

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

L'interdit de l'inceste

Mathieu, Géraldine; Rasson, Anne-Catherine

*Published in:*

Journal du droit des jeunes : la revue d'action juridique et sociale

*Publication date:*

2012

*Document Version*

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for published version (HARVARD):*

Mathieu, G & Rasson, A-C 2012, 'L'interdit de l'inceste: une norme symbolique évanescence ?', *Journal du droit des jeunes : la revue d'action juridique et sociale*, numéro 319, pp. 23-34.

### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

# L'interdit de l'inceste : une norme symbolique évanescence (1) ?

par Géraldine Mathieu \* et Anne-Catherine Rasson \*\*

*« Tout inceste fait l'objet d'une condamnation sociale. Mais dans le même temps, il fascine et hante les esprits. Il scandalise par son côté scabreux, mais tourmente, suscitant par là le discours »<sup>(2)</sup>.*

1. L'arrêt commenté, (voyez p. 35 de ce numéro) prononcé le 9 août dernier par la Cour constitutionnelle, est particulièrement prenant en ce qu'il touche à l'inceste, l'une des prohibitions les plus universelles et les plus fondamentales de la société humaine, et ce depuis des millénaires : « cette prohibition est la règle commune à toutes les cultures, à toutes les civilisations et à tous les systèmes juridiques dans le temps et dans l'espace »<sup>(3)</sup>.

À cela s'ajoute que, contrairement à d'autres arrêts rendus dans un passé récent<sup>(4)</sup>, la Haute juridiction s'attaque, cette fois, à la prohibition d'un inceste biologique, soit consommé entre un frère et une sœur, de pères différents, mais de mère commune. Elle touche ici au « carré noir » de Jean Carbonnier ou au « cercle rouge » de Gérard Cornu, la prohibition de l'inceste entre parents en ligne directe ou entre frères et sœurs<sup>(5)</sup>.

2. Notre réflexion se divisera en trois points. Dans un premier temps, nous présenterons le cadre juridique de l'inceste tel qu'il a été construit en Belgique. Ensuite, nous montrerons les implications concrètes qui découlent de l'arrêt commenté sur le droit de la filiation. Enfin, nous élargirons notre réflexion pour examiner comment la Cour constitutionnelle parvient à articuler l'interdit de l'inceste, symbole « inscrit au plus profond de notre culture »<sup>(6)</sup>, et le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, devenu fondamental dans notre société occidentale.

Trouver un juste équilibre dans un monde en évolution permanente entre l'ancien et le neuf est un exercice périlleux qui ne peut réussir qu'au prix de certains renoncements.

## I. La prohibition de l'inceste

### 1. Prélude autour de la notion de l'inceste

3. Étymologiquement, l'inceste est lié à l'existence d'une union charnelle. En latin, *incestus* ; adj. *in, castus* : non chaste, non pur ; subst. *incestum* : souillure<sup>(7)</sup>.

Gérard Cornu le définit comme suit : « union en vue du mariage que la loi interdit entre parents ou alliés qu'elle détermine »<sup>(8)</sup>.

Il faut distinguer deux sortes d'inceste : l'inceste biologique, qui concerne les parents par le sang, et l'inceste relationnel, qui concerne les personnes entre lesquelles le lien familial n'est pas biologique, mais fondé sur l'alliance ou l'adoption<sup>(9)</sup>.

4. La prohibition de l'inceste paraît universelle<sup>(10)</sup>. Néanmoins, contrairement à ce que certains ont pu soutenir<sup>(11)</sup>, cette prohibition ne trouve pas son fondement dans une répulsion naturelle. Une personne

\* Assistante en droit de la famille – FUNDP.

\*\* Assistante en droit constitutionnel et en libertés publiques – FUNDP.

(1) *Évanescence*, -e : « Qui disparaît par degré, qui s'efface peu à peu » (Le Petit Larousse illustré, 1991).

(2) A. BATTEUR, « L'interdit de l'inceste - Principe fondateur du droit de la famille », R.T.D. civ., 2000, p. 768.

(3) J. FIERENS, « Partie préliminaire », in X, Famille : union et désunion. Commentaire pratique, Waterloo, Kluwer, juillet 2010, Prélim.0.1.1 – 1, p. 21.

(4) Cour const., 17 décembre 2003, n° 169/2003 et Cour const., 18 octobre 2006, n° 157/2006.

(5) A.-Ch. VAN GYSEL, « Quelle prohibition de l'inceste pour la société actuelle ? », in Droit des familles, genre et sexualité, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2012, p. 298.

(6) P. MARTENS, « Inceste et filiation : égalité et tabou. Obs. sous Cour const., 9 août 2012, n° 103/2012 », J.L.M.B., 2012, p. 1286.

(7) G. CORNU, Vocabulaire juridique, Paris, PUF, 2009, p. 476.

(8) Ibid.

(9) A.-Ch. VAN GYSEL, « Quelle prohibition de l'inceste pour la société actuelle ? », op. cit., p. 267.

(10) Cour const., 9 août 2012, n° 103/2012, B.4.2 ; F. LAPLANTINE, Les 50 mots clés de l'anthropologie, Toulouse, Privat, 1974, p. 105 ; Y.-H. LELEU et E. LANGENAKEN, « Inceste, mariage et filiation : les cours supérieures ouvrent une voie libérale », J.T., 2007, p. 269 ; Cl. LÉVI-STRAUSS, Les structures élémentaires de la parenté, Paris, P.U.F., 1967, p. 28.

(11) Voy. not. WESTERMARK et HAVELOCK ELLIS, cités par Cl. LÉVI-STRAUSS, Les structures élémentaires de la parenté, op. cit., p. 19.

peut en effet tomber amoureuse de son père, de sa mère, de son frère ou de sa sœur. Lévi-Strauss observe, notamment, en ce sens : «*Mais rien n'est plus douteux que cette prétendue répugnance instinctive car l'inceste, bien que prohibé par la loi et les mœurs, existe ; il est même, sans doute, beaucoup plus fréquent qu'une convention collective de silence ne tendrait à le laisser supposer. Expliquer l'universalité théorique de la règle par l'universalité du sentiment ou de la tendance, c'est ouvrir un nouveau problème ; car le fait prétendu universel ne l'est en aucune façon. Si l'on veut, alors, traiter les nombreuses exceptions comme des perversions ou des anomalies, il faudra définir en quoi ces anomalies consistent, sur le seul plan où il soit possible de les invoquer sans tautologie, c'est-à-dire le plan physiologique, et cela sera sans doute d'autant plus difficile qu'une importante école contemporaine a pris, sur ce problème, une attitude en contradiction totale avec celle de Havelock Ellis et de Westermarck : la psychanalyse découvre un phénomène universel, non point dans la répulsion vis-à-vis des relations incestueuses, mais au contraire dans leur poursuite*»<sup>(12)</sup>.

Le célèbre récit biblique des «*filles de Loth*» illustre notre propos, certes de manière ambiguë, le père n'ayant manifestement pas consenti :

Loth monta de Çoar pour loger à la montagne, et ses deux filles l'accompagnaient. Il craignait en effet d'habiter Çoar et il logea dans une caverne, lui et ses deux filles.

L'aînée dit à la cadette : «*Notre père est vieux et il n'y a pas d'homme dans le pays pour venir à nous selon la coutume du pays tout entier.*

*Allons ! Faisons boire du vin à notre père et nous coucherons avec lui pour donner vie à une descendance issue de notre père.*»

Elles firent boire du vin à leur père cette nuit-là, et l'aînée vint coucher avec son père qui n'eut conscience ni de son coucher ni de son lever.

Or, le lendemain, l'aînée dit à la cadette : «*Vois ! J'ai couché la nuit dernière avec mon père. Faisons-lui boire du vin cette nuit encore, et tu iras coucher avec lui. Nous aurons donné vie à une descendance issue de lui.*»

Cette nuit encore, elles firent boire du vin à leur père. La cadette alla coucher avec lui ; il n'eut conscience ni de son coucher ni de son lever.

Les deux filles de Loth devinrent enceintes de leur père.

L'aînée donna naissance à un fils qu'elle appela Moab ; c'est le père des Moabites d'aujourd'hui.

La cadette, elle aussi, donna naissance à un fils qu'elle appela Ben-Ammi ; c'est le père des fils d'Ammon d'aujourd'hui.<sup>(13)</sup>

La prohibition de l'inceste n'étant donc pas naturelle, il importe de présenter sommairement<sup>(14)</sup> les fondements de cette interdiction tels qu'ils sont aujourd'hui communément acceptés<sup>(15)</sup>.

- Le fondement physiologique et eugénique : les enfants issus de deux parents consanguins «*pourraient naître gravement handicapés*»<sup>(16)</sup>
- Le fondement anthropologique : «*la prohibition de l'inceste est moins une règle qui interdit d'épouser mère, sœur ou fille, qu'une règle qui oblige à donner mère, sœur ou fille à autrui. C'est la règle du don par excellence*»<sup>(17)</sup>. Ce fondement, particulièrement développé par Claude Lévi-Strauss, trouve son origine dans l'idée selon laquelle une société ne peut fonctionner qu'en créant des alliances avec les autres familles. L'interdiction de l'inceste est alors une obligation «*d'échange exogamique*»<sup>(18)</sup>.
- Le fondement psychologique : tout être humain crée son identité au sein de sa famille et, plus particulièrement, dans les relations qu'il noue avec ses parents, lesquels lui donnent «*ce qui lui est nécessaire pour assurer son développement dans toutes dimensions de sa personne, jusqu'à ce qu'il soit devenu adulte, et donc à même de jouer, à son tour, un rôle parental*»<sup>(19)</sup> et avec ses frères et

(12) Cf. LÉVI-STRAUSS, Les structures élémentaires de la parenté, op. cit., p. 20. Pour de plus amples détails, cf. pp. 14 à 29, spéc. 19 à 21. Voy. également idem, Le regard éloigné, Paris, Plon, 1983, p. 83. F. ZONABEND souligne de la même manière : «L'interdit de l'inceste, c'est-à-dire l'idée qu'il faut éviter les unions entre proches parents, n'est pas le résultat d'un réflexe de tendances physiologiques ou psychologiques propres à l'individu, quelque chose qui lui viendrait de ses instincts biologiques, mais tout au contraire le premier acte d'organisation sociale de l'humanité. C'est une règle établie par les sociétés pour agencer les relations entre sexes, dans le but explicite de substituer, dans ce domaine comme dans les autres, l'ordre au hasard» («De la famille, regard ethnologique sur la parenté et la famille», in Histoire de la famille, sous la direction de A. BURGHIÈRE, Ch. KLAPISCH-ZUBER, M. SEGALIN et F. ZONABEND, t. 1er, Mondes lointains, Paris, Livre de poche, 1986, p. 40, cité par E. VIEUJEAN, D. CARRE, «Nullités du mariage», in X, Divorce. Commentaire pratique, Prélim. 1.3, p. 13, note 4).

(13) Gn 19, 30-38, Traduction œcuménique de la Bible. Abraham a épousé sa demi-sœur Sarai (Gn 12 et 20). Ruben s'est uni à la concubine de son père (Gn 35, 22), Amnon à sa demi-sœur Tamar (2 Sam 13, 1). Le Lévitique interdit toutefois explicitement diverses formes d'inceste (Lv 18).

(14) Pour de plus amples détails, voy. A. HUYGENS, «Het relatieve huwelijksbeletsel tussen aanverwanten in de rechte lijn», R.W., 2008, pp. 891 et 892 ; E. LANGENAKEN, «Le droit de la filiation face à l'inceste : norme égalitaire ou norme symbolique ?», Rev. trim. dr. fam., 2004, p. 367 ; F. SWENNEN, Het personen-en familierecht, Antvers, Intersentia, 2010, pp. 414 et 415 ; IDEM, O tempora, o mores ! The evolving marriage concept and the impediments to marriage, www.ua.ac.be/frederik.swennen ; A.-Ch. VAN GYSEL, «Quelle prohibition de l'inceste pour la société actuelle ?», op. cit., pp. 268 à 279 ; E. VIEUJEAN, D. CARRE, «Nullités du mariage», op. cit., pp. 13 à 15.

(15) Un fondement politique a été mis en exergue par Alain-Charles Van Gysel : l'État doit contrôler socialement les familles et doit s'assurer des alliances stratégiques (A.-Ch. VAN GYSEL, «Quelle prohibition de l'inceste pour la société actuelle ?», op. cit., p. 274). Ce fondement n'a cependant plus de sens aujourd'hui (Ibid., p. 276).

(16) C. const., 9 août 2012, n° 103/2012, B.4.1 ; C.C., 18 octobre 2006, n° 157/2006, B.4.1 ; références citées à la note 14. Il va de soi que ce fondement ne concerne que l'inceste biologique.

(17) Cf. LÉVI-STRAUSS, Les structures élémentaires de la parenté, op. cit., p. 552. Voy. également sur ce fondement F. LAPLANTINE, Les 50 mots clés de l'anthropologie, op. cit., pp. 107 et 108.

(18) F. LAPLANTINE, Les 50 mots clés de l'anthropologie, op. cit., 108. Voy. également Cf. LÉVI-STRAUSS, Le regard éloigné, op. cit., pp. 65 à 92 ; idem, Les structures élémentaires de la parenté, op. cit., pp. 28 et 29 et 552 à 556. Certains auteurs semblent toutefois relativiser ce fondement sociologique : «Si l'on considère la règle dans son rôle actuel, force est de constater que le mariage n'est plus le facteur essentiel de création du lien social : le travail, le sport, la religion, la politique, la culture artistique fédèrent les individus dans des institutions sociales – sociétales, oserions-nous dire – bien plus que l'union matrimoniale» (A.-Ch. VAN GYSEL, «Quelle prohibition de l'inceste pour la société actuelle ?», op. cit., p. 277).

(19) A.-Ch. VAN GYSEL, «Quelle prohibition de l'inceste pour la société actuelle ?», op. cit., p. 277. Voy. également Y.-H. LELEU et E. LANGENAKEN, Inceste, mariage et filiation : les cours supérieures ouvrent une voie libérale», op. cit., p. 272.

sœurs, soit les enfants qui ont été éduqués avec lui<sup>(20)</sup>. Il importe donc, selon Alain-Charles Van Gysel, d'exclure toute relation sexuelle entre un enfant et une personne engagée «dans un lien parental ou de fratrie» pour éviter la «confusion des rôles familiaux», garantir la place de chaque génération<sup>(21)</sup> et permettre la construction de la personnalité<sup>(22)</sup>.

- Le fondement moral : «Protéger l'intégrité de la famille en garantissant un certain ordre dans les ménages et en évitant une concurrence entre les membres du ménage»<sup>(23)</sup>.

5. Le fondement physiologique et eugénique qui est souvent le premier, voire le seul invoqué est cependant de plus en plus discuté à l'heure actuelle<sup>(24)</sup>. Outre le fait que l'on ne peut que difficilement déterminer si, réellement, les enfants issus d'une union incestueuse auraient plus de risques de développer un handicap que les autres<sup>(25)</sup> et que l'on ne voit pas exactement en quoi ce potentiel handicap pourrait légitimer l'interdiction absolue du droit à fonder une famille<sup>(26)</sup>, il nous semble aller de soi que la prohibition de l'inceste garderait tout son sens même si la science permettait d'empêcher lesdits potentiels handicaps. L'on peut également ajouter que «si l'eugénisme devait justifier la prohibition de l'inceste, alors, à bien plus forte raison, devrait-on combattre, par des interdictions de reproduction frappant les femmes 'âgées', la tendance des sociétés développées à la maternité tardive, puisque c'est là un facteur statiquement bien plus pertinent d'anomalie génétique. Or force est de constater que l'idée même d'un eugénisme est repoussée par les législations actuelles»<sup>(27)</sup>.

Par conséquent, suivant la position de Laurence Brunet et de Jehanne Sosson, nous estimons que la prohibition de l'inceste doit être «centrée sur les rôles sociaux occupés par chacun dans l'espace familial et sur les sentiments parentaux et fraternels qui se développent au quotidien, [le fondement qui] semble mieux adaptée aux mutations contemporaines de la famille, dont les contours peuvent fortement varier au gré du temps et des parcours amoureux»<sup>(28)</sup>.

6. Après ce préluce autour de la notion de l'inceste, voyons comment sa prohibition est encadrée en droit belge.

## 2. Le cadre légal de la prohibition de l'inceste en Belgique

7. Si la prohibition de l'inceste est universelle, la manière dont elle est encadrée varie sous plusieurs déclinaisons possibles, selon les lieux, les époques et les cultures, non seulement quant aux catégories de personnes touchées par les prohibitions (parents par le sang, par alliance, degré de parenté), mais aussi quant à la manière dont le droit va traduire cette prohibition : empêchements à mariage, interdiction de l'établissement de la double filiation ou répression pénale<sup>(29)</sup>.

La Belgique, quant à elle, se limite à interdire l'officialisation de relations incestueuses par le mariage et l'établissement du double lien de filiation faisant

apparaître la nature incestueuse du lien unissant les parents. Les relations sexuelles incestueuses entre adultes consentants ne sont pas réprimées pénalement en tant que telles<sup>(30)</sup>.

### a. Les empêchements à mariage : de 1804 jusqu'à ce jour<sup>(31)</sup>

8. Le Code de Napoléon, en 1804, disposait:

«161

*En ligne directe, le mariage est prohibé entre tous les ascendants légitimes ou naturels, et les alliés dans la même ligne.*

162

*En ligne collatérale, le mariage est prohibé entre le frère et la sœur légitime ou naturelle, et les alliés au même degré.*

(20) A.-Ch. VAN GYSEL, «Quelle prohibition de l'inceste pour la société actuelle ?», op. cit., p. 278. Un bel exemple gît dans l'interdiction de l'union des frères et sœurs de lait en droit musulman (Le Coran, sourate IV An'issaa, 22-33.)

(21) C. const., 9 août 2012, n° 103/2012, B.4.1.

(22) A.-Ch. VAN GYSEL, «Quelle prohibition de l'inceste pour la société actuelle ?», op. cit., p. 279.

(23) C. const., 18 octobre 2006, n° 157/2006, B.4.2.

(24) L. BRUNET et J. SOSSON, «L'engendrement à plusieurs en droit comparé : quand le droit peine à distinguer filiation, origines et parentalité», in Parenté, filiation, adoption, H. Fulchiron (dir.), Bruxelles, Larcier, 2012 (à paraître); J. FIERENS, «Partie préliminaire», op. cit., I.III.4.1, p. 15; F. SWENNEN, Het personen-en familierecht, op. cit., p. 415; idem, O tempora, o mores ! The evolving marriage concept and the impediments to marriage, op. cit., p. 5; A.-Ch. VAN GYSEL, «Quelle prohibition de l'inceste pour la société actuelle ?», op. cit., pp. 270 à 273. Claude Lévy-Strauss le soulignait déjà il y a un demi-siècle : Cl. LÉVY-STRAUSS, Le regard éloigné, op. cit., p. 87; idem, Les structures élémentaires de la parenté, op. cit., pp. 15 à 19.

(25) Certains affirment même que les risques seraient accrues dans les sociétés qui prévoient des empêchements à mariage (Voy. notamment F. SWENNEN, O tempora, o mores ! The evolving marriage concept and the impediments to marriage, op. cit., p. 5).

(26) Article 12 de la Convention européenne des droits de l'homme.

(27) A.-Ch. VAN GYSEL, «Quelle prohibition de l'inceste pour la société actuelle ?», op. cit., p. 273.

(28) L. BRUNET et J. SOSSON, «L'engendrement à plusieurs en droit comparé : quand le droit peine à distinguer filiation, origines et parentalité», op. cit. Voy. également A.-Ch. VAN GYSEL, «Quelle prohibition de l'inceste pour la société actuelle ?», op. cit., p. 295. Cette évolution dans la perception des fondements de l'inceste montre qu'une révision des empêchements à mariage devrait sans doute intervenir : il ne paraît plus justifié, à l'heure actuelle, qu'ils soient absolus exclusivement en raison des liens du sang (voy. les réflexions d'A.-Ch. VAN GYSEL, «Quelle prohibition de l'inceste pour la société actuelle ?», op. cit., pp. 294 à 301 et de L. BRUNET et J. SOSSON, «L'engendrement à plusieurs en droit comparé : quand le droit peine à distinguer filiation, origines et parentalité», op. cit., qui approfondissent cette problématique).

(29) E. LANGENAKEN, «Le droit de la filiation face à l'inceste : norme égalitaire ou norme symbolique ?», op. cit., p. 362; Y.-H. LELEU et E. LANGENAKEN, «Inceste, mariage et filiation : les cours supérieures ouvrent une voie libérale», op. cit., p. 269. Voy. également C. const., 9 août 2012, n° 103/2012, B.4.2. Pour un aperçu de droit comparé au sein des pays membres du Conseil de l'Europe : C.E.D.H., arrêt Stübing c. Allemagne, 12 avril 2012, req. n° 43547/08, § 28 à § 30.

(30) L'absence de répression pénale ne vise évidemment que les relations entre adultes consentants. Une relation sexuelle entre un adulte et un mineur – qu'elle soit ou non incestueuse – relève soit de l'attentat à la pudeur, soit du viol et est à ce titre pénalement répréhensible. Il existe toutefois une circonstance aggravante tenant à la qualité de l'auteur de l'infraction qu'il soit l'ascendant, l'adoptant de la victime, son frère, sa sœur soit encore toute personne qui occupe une place similaire au sein de la famille (article 372 du Code pénal pour l'attentat à la pudeur et article 377 du même Code pour le viol). En outre, dans ce cas particulier, la majorité sexuelle passe à 18 ans.

(31) Pour plus de détails sur l'historique, voy. notamment J. FIERENS, «Partie préliminaire», op. cit., pp. 21, 23, 25 et 31; A.-Ch. VAN GYSEL, «Quelle prohibition de l'inceste pour la société actuelle ?», op. cit., pp. 261 à 264.

163

*Le mariage est encore prohibé entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu.*

164

*Néanmoins, le Gouvernement pourra, pour les causes graves, lever les prohibitions portées au présent article.»*

Quelques modifications sont intervenues depuis lors, mais elles restent mineures. La loi du 11 février 1920 abolit l'empêchement à mariage entre alliés en ligne collatérale suite au décès du conjoint d'où résultait l'alliance <sup>(32)</sup>, en 1949 «le Gouvernement» visé à l'article 164 devient «le Roi» <sup>(33)</sup>, la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1957 prévoit la possibilité pour les beaux-frères et belles-sœurs de demander une dispense – en cas de divorce tenant compte de la modification de 1920 <sup>(34)</sup>, la loi du 31 mars 1987 supprime les mots «enfants naturels et enfants légitimes» aux articles 162 et 163 du Code civil <sup>(35)</sup>, la loi du 27 mars 2001 supprime définitivement l'empêchement à mariage entre les alliés collatéraux <sup>(36)</sup> et la loi du 15 mai 2007 <sup>(37)</sup> instaure la possibilité de demander une dispense pour les mariages entre alliés en ligne directe quand l'alliance a pris fin <sup>(38)</sup>. La loi du 13 février 2003 ouvrant le mariage aux homosexuels a également apporté quelques changements à ces dispositions <sup>(39)</sup>.

À la suite de cette évolution, les articles 161 et 164 du Code civil sont libellés comme suit :

«Art. 161

*En ligne directe, le mariage est prohibé entre tous les ascendants et descendants et les alliés dans la même ligne.*

Art. 162

*En ligne collatérale, le mariage est prohibé entre frères, entre sœurs ou entre frère et sœur.*

Art. 163

*Le mariage est encore prohibé entre l'oncle et la nièce ou le neveu, ou entre la tante et la nièce ou le neveu.*

Art. 164

*Néanmoins, il est loisible au Roi de lever, pour des causes graves, la prohibition prévue pour les alliés au sens de l'article 161 et la prohibition portée au précédent article.»*

Dans un souci d'exhaustivité, nous souhaitons également mentionner l'existence d'empêchements à mariage fondés sur un lien d'adoption <sup>(40)</sup> ainsi que sur une parenté alimentaire <sup>(41)</sup>. Dans le cadre limité de notre commentaire, il ne nous paraît toutefois pas opportun de les approfondir.

9. Deux observations résultent de cette brève description.

Premièrement, les divers empêchements à mariage institués par le Code civil visent à prohiber tant des incestes biologiques – parents au premier degré, frères et sœurs, oncle, nièce, parenté alimentaire – que des incestes relationnels – parents par alliance, adoption.

Deuxièmement, certains empêchements à mariage, «absolus», sont, selon le législateur, plus fondamentaux : ils ne peuvent, dès lors, être levés par le Roi. Les autres, «relatifs», peuvent quant à eux faire l'objet d'une dispense.



## b. La filiation incestueuse : de 1804 jusqu'à ce jour

10. Dans le Code de Napoléon, en 1804, la règle était limpide : nul ne peut établir, que ce soit par une reconnaissance ou par une recherche de parenté, une double filiation qui résulterait d'un «commerce incestueux» :

«335

*Cette reconnaissance ne pourra avoir lieu au profit des enfants nés d'un commerce incestueux ou adultérin.»*

(32) Loi du 11 février 1920 supprimant, en certains cas, la prohibition de mariage entre beaux-frères et belles-sœurs. Voy. également R. PIKET, «Le Code Napoléon en Belgique de 1804 à 1954», Rev. intern. dr. comp., 1954, vol. 6, n° 4, p. 757.

(33) Article 2 de la loi du 15 décembre 1949 corrigeant les termes périmés du texte français du Code civil et y constatant certaines abrogations tacites.

(34) Loi du 1<sup>er</sup> juillet 1957 modifiant l'article 164 du Code civil.

(35) Loi du 31 mars 1987 modifiant diverses dispositions légales relatives à la filiation.

(36) Loi du 27 mars 2001 modifiant les articles 162 et 164 du Code civil. Pour plus de développements, voy. A.-Ch. VAN GYSEL, «Abrogation de la prohibition du mariage entre beau-frère et belle-sœur», Div. Act., 2001, pp. 106 et 107.

(37) Loi du 15 mai 2007 modifiant le Code civil en ce qui concerne le mariage entre alliés. Cette loi fait suite à un arrêt de la Cour constitutionnelle dans le cadre duquel la Haute juridiction déclare que «l'article 161 du Code civil, en ce que, combiné avec les articles 163 et 164 du même Code, il prohibe de manière absolue le mariage entre un beau-parent et un bel-enfant après le décès du conjoint qui a créé l'alliance viole les articles 10 et 11 de la Constitution combinés avec l'article 12 de la Convention européenne des droits de l'homme» (C. const., 18 octobre 2006, n° 157/2006, dispositif). Pour plus de développements, voy. A. HUYGENS, «Het relatieve huwelijksbeletsel tussen aanverwanten in de rechte lijn», op. cit., pp. 890 à 898 et G. VERSCHULDEN et K. VERSTRAETE, «Pleidooi voor afschaffing van de huwelijksbeletsel tussen aanverwanten. Commentaar bij de Wet van 15 mei 2007», R.G.D.C., 2008, n° 49, pp. 293 à 306.

(38) Le Code civil ne précise pas que le lien d'alliance d'origine doit avoir pris fin pour demander une dispense, mais cette condition va de soi, la bigamie étant interdite conformément à l'article 147 du Code civil.

(39) Loi du 13 février 2003 ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil.

(40) Voy. les articles 350, 353-13, 353-18, 354-3, 356-1 et 356-3 du Code civil.

(41) Voy. l'article 341 du Code civil.

*Un enfant ne sera jamais admis à la recherche soit de la paternité, soit de la maternité, dans les cas où, suivant l'article 335, la reconnaissance n'est pas admise.»*

Nous ne reviendrons pas sur les modifications que ces articles ont pu connaître avant la loi du 31 mars 1987, celle-ci ayant radicalement modifié le régime juridique de la filiation en Belgique <sup>(42)</sup>.

11. La loi du 31 mars 1987 a été adoptée après un parcours parlementaire mouvementé, le premier projet de loi ayant été déposé le 15 février 1978. Celui-ci mentionne que la volonté du législateur est *«l'égalité de droit entre tous les enfants. (...) La réalisation de ce principe d'égalité se traduit au plan de l'établissement de la filiation, par le droit pour tout enfant de voir sa filiation juridiquement établie et par la suppression corrélatrice de l'interdiction d'établir une filiation adultérine ou incestueuse. Ce principe s'exprime aussi sur le plan des effets de la filiation par la reconnaissance de droits identiques à tous les enfants quel que soit le mode d'établissement de la filiation»* <sup>(43)</sup>.

En ce qui concerne la filiation incestueuse, ce même projet mentionne <sup>(44)</sup> :

*«L'interdiction d'établir la filiation incestueuse au moyen de la reconnaissance ou de la recherche de filiation, n'est pas maintenue.*

*Déjà actuellement, la filiation incestueuse de parents au degré prohibé, mariés entre eux, est maintenue en cas d'annulation du mariage.*

*Dans certains pays, notamment en Allemagne fédérale, aux Pays-Bas et en France, l'interdiction est maintenue non pas comme mesure discriminatoire, mais parce qu'on estime qu'en agissant de la sorte on sert davantage l'intérêt de l'enfant. On pense moins aux possibilités pour l'enfant de découvrir la vérité sur sa filiation en consultant les actes de l'état civil, qu'au fait que cette filiation, tenue pour scandaleuse, sera constatée officiellement à la suite d'une reconnaissance ou d'une recherche de filiation. Le droit comparé révèle que cet argument pèse moins depuis quelques temps (loi suisse de 1976, projet luxembourgeois). Par ailleurs, la reconnaissance reste un acte volontaire auquel l'auteur peut renoncer et l'enfant reste maître de la demande en recherche de filiation.»*

Le projet initial prévoyait donc de mettre tous les enfants sur un pied d'égalité, en ce inclus les enfants issus d'une relation incestueuse.

Néanmoins, lorsque le projet fut repris par la Chambre des représentants le 18 juin 1985 <sup>(45)</sup>, le législateur changea son fusil d'épaule. Il relève que *«dès le début des discussions, (...) la liberté de reconnaissance à l'égard des enfants nés d'une relation ne pouvant déboucher sur un mariage avait suscité de très sérieuses réserves»* <sup>(46)</sup>. Au nom de l'intérêt de l'enfant, auquel il déclare avoir *«accordé une très grande importance»* <sup>(47)</sup>, il décide que la reconnaissance paternelle ou la recherche de paternité qui ferait apparaître un empêchement à mariage absolu (dont le Roi ne peut dispenser) est irrecevable (articles 321 et 325 du Code civil) <sup>(48)</sup> et précise que *«compte tenu des conceptions qui*

*ont cours dans nos sociétés, on peut partir de l'hypothèse qu'une reconnaissance servira rarement les intérêts de cette enfant»* <sup>(49)</sup>. Il ressort des discussions parlementaires que c'est le secret de la naissance, autrement dit le tabou de l'inceste, qui est recherché : *«l'inceste ressortirait de l'acte de naissance étant donné que cet acte doit être produit à diverses époques de la vie ; (...) la mère devrait au moins avoir la possibilité de dissimuler les circonstances dans lesquelles cet enfant a été conçu ; (...) le texte entend éviter que le caractère incestueux ressorte de l'acte, ce qui se fait d'ailleurs aussi dans de nombreux pays»* <sup>(50)</sup>.

Nous nous interrogeons sur la pertinence de ces justifications, alors même que l'on peut lire dans le projet de loi que le principe qui sous-tend le projet est la complète liberté de reconnaissance et qu'*«il n'est fait aucune distinction ; la reconnaissance d'un enfant est toujours possible, quelles que soient les circonstances de sa naissance»* <sup>(51)</sup>, que *«la finalité du projet de loi (...) vise à supprimer toutes distinctions et toutes discriminations entre les enfants, qu'ils soient légitimes ou naturels»* <sup>(52)</sup> ou encore que certains membres estiment que l'on ne peut faire supporter à l'enfant *«les effets néfastes des rapports familiaux ou sexuels des adultes»* <sup>(53)</sup>.

(42) Loi du 31 mars 1987 modifiant diverses dispositions légales relatives à la filiation. Cette loi faisait suite au célèbre arrêt Marckx (C.E. D.H., arrêt Marckx c. Belgique, 13 juin 1979, req. n° 6833/74).

(43) Projet de loi modifiant diverses dispositions légales relatives à la filiation et à l'adoption, Exposé des motifs, Doc. parl., Sénat, 1977-1878, n° 305/1, pp. 3 et 4. C'est nous qui soulignons.

(44) Ibid., pp. 13 et 14.

(45) Projet de loi modifiant diverses dispositions légales relatives à la filiation et à l'adoption, Rapport Staels-Dompas, Doc. parl., Chambre, 1984-1985, n° 904/2.

(46) Ibid., p. 87.

(47) Ibid., p. 4.

(48) Ibid., pp. 87, 88 et 94. Voy. également : projet de loi modifiant diverses dispositions légales relatives à la filiation, Rapport Hermans, Doc. parl., Chambre, 1985-1986, n° 378/16, p. 32. Pour la filiation maternelle, voy. : projet de loi modifiant diverses dispositions légales relatives à la filiation, amendements n° 20 et n°21, Doc. parl., Chambre, 1985-1986, n° 378/7, pp. 2 et 3. La symétrie ainsi créée entre l'homme et la femme est qualifiée par Alain-Charles Van Gysel de purement «cosmétique», dans la mesure où la femme qui accouche devient automatiquement, dans notre droit, la mère légale de l'enfant. La consécration de l'adage Mater semper certa est a ainsi pour conséquence que c'est la filiation paternelle qui sera systématiquement celle qui ne pourra être établie. Cela ne tient pas à la «nature» des choses, mais à une construction juridique qui s'appuie sur le système d'état civil et qui n'est apparue dans notre Code civil qu'avec la réforme de la filiation en 1987. Dans le Code Napoléon en effet, la mention du nom de la mère non mariée dans l'acte de naissance de l'enfant n'établissait pas la filiation maternelle : voy. A.-Ch. VAN GYSEL, «Les personnes. Examen de jurisprudence (2003-2011). La filiation», R.C.J.B., 2011, p. 438.

(49) Projet de loi modifiant diverses dispositions légales relatives à la filiation et à l'adoption, Rapport Staels-Dompas, Doc. parl., Chambre, 1984-1985, n° 904/2, p. 88.

(50) Ibid. Il est intéressant d'observer qu'un membre déclare que ce régime est théorique étant entendu qu'en général, les enfants sont au courant (Projet de loi modifiant diverses dispositions légales relatives à la filiation, Rapport Hermans, Doc. parl., Chambre, 1985-1986, n° 378/16, p. 33).

(51) Projet de loi modifiant diverses dispositions légales relatives à la filiation et à l'adoption, Rapport Staels-Dompas, Doc. parl., Chambre, 1984-1985, n° 904/2, p. 74.

(52) Projet de loi modifiant diverses dispositions légales relatives à la filiation, Rapport Hermans, Doc. parl., Chambre, 1985-1986, n° 378/16, p. 5. Il faut également ajouter que les enfants, fruits d'un inceste, mais dont les parents ont été mariés, nonobstant un empêchement à mariage absolu, bénéficient, en cas d'annulation, des effets du mariage putatif et conservent ainsi leur double lien de filiation (articles 184 et 202 du Code civil). La différence de traitement qui subsiste en vertu des articles 313, 314, 321 et 325 du Code civil paraît donc d'autant plus injustifiée.

(53) Projet de loi modifiant diverses dispositions légales relatives à la filiation et à l'adoption, Rapport Staels-Dompas, Doc. parl., Chambre, 1984-1985, n° 904/2, p. 80.

Ainsi, l'enfant incestueux est aujourd'hui le seul enfant «à l'égard duquel il subsiste une prohibition en matière d'établissement du lien de la filiation. L'enfant incestueux pâtit aujourd'hui des circonstances de sa naissance comme l'enfant adultérin en pâtissait hier»<sup>(54)</sup>.

12. Après l'adoption de la loi du 31 mars 1987, une seule modification est intervenue dans le régime de l'établissement de la double filiation d'un enfant «incestueux», par l'intermédiaire de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 2006<sup>(55)</sup> qui a permis l'établissement de la double filiation d'un enfant né d'un rapport entre alliés en ligne directe (beau-père/belle-fille; belle-mère/beau-fils) lorsque l'union créant l'empêchement a été dissoute par décès ou divorce.

Par conséquent, les articles pertinents sont à présents libellés comme suit :

#### Art. 313

(...) § 2 Toutefois, la reconnaissance n'est pas recevable lorsqu'elle ferait apparaître entre le père et la mère un empêchement à mariage dont le Roi ne peut dispenser à moins que le mariage qui a fait naître cet empêchement ait été annulé ou dissous par décès ou divorce. (...)

#### Art. 314

(...) Toutefois, l'action n'est pas recevable lorsqu'elle ferait apparaître entre les père et mère un empêchement à mariage dont le Roi ne peut dispenser à moins que le mariage qui a fait naître cet empêchement ait été annulé ou dissous par décès ou divorce. (...)

#### Art. 321

Le père ne peut reconnaître l'enfant, lorsque la reconnaissance ferait apparaître entre la mère et lui un empêchement à mariage dont le Roi ne peut dispenser à moins que le mariage qui a fait naître cet empêchement ait été annulé ou dissous par décès ou divorce.

#### Art. 325

La recherche de paternité est irrecevable lorsque le jugement ferait apparaître entre le père prétendu et la mère un empêchement à mariage dont le Roi ne peut dispenser à moins que le mariage qui a fait naître cet empêchement ait été annulé ou dissous par décès ou divorce.

### c. Le cadre actuel : incohérence du législateur<sup>(56)</sup>

13. Il résulte de l'ensemble de ces dispositions, d'une part, que les seuls empêchements absolus à mariage sont ceux qui existent, en ligne directe, entre tous les ascendants et descendants et, en ligne collatérale, entre frères, entre sœurs ou entre frères et sœurs, d'autre part qu'un enfant issu de personnes entre lesquelles existe un empêchement absolu à mariage ne peut jamais voir établi dans son chef un double lien de filiation, que ce soit par reconnaissance ou par établissement judiciaire. Il en résulte également que les personnes entre lesquelles

existe un empêchement à mariage relatif, n'étant pas visées par les articles 313, 314, 321 et 325 du Code civil, peuvent faire établir le double lien de filiation à l'égard de l'enfant qu'elles auraient ensemble, qu'elles soient mariées ou non.

Le cadre législatif actuel paraît ainsi bien clair, mais une étude attentive des modifications successives relatives aux alliés en ligne directe permet de déduire que ce n'est pas le cas. Pour rappel, en 2006, le législateur décide d'autoriser l'établissement du double lien de filiation des enfants issus d'une union entre alliés en ligne directe, entre lesquels il existe alors un empêchement à mariage absolu, moyennant une condition : la fin du mariage qui a fait naître cet empêchement. Les articles 313, 314, 321 et 325 du Code civil précisent donc que l'établissement du double lien de filiation n'est pas recevable «lorsqu'il ferait apparaître entre le père et la mère un empêchement à mariage dont le Roi ne peut dispenser à moins que le mariage qui a fait naître cet empêchement ait été annulé ou dissous par décès ou divorce». Ensuite, en 2007, il transforme l'empêchement absolu à mariage entre alliés en ligne directe en un empêchement relatif : une dispense peut désormais être demandée au Roi en vertu de l'article 164 du Code civil modifié<sup>(57)</sup>. Il apparaît clairement des discussions parlementaires que le législateur a uniquement voulu modifier le régime des empêchements à mariage pour se conformer à l'arrêt de la Cour constitutionnelle n° 157/2006<sup>(58)</sup> et à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>(59)</sup> et qu'il n'a pas évoqué, sans doute pour ne pas y avoir pensé, les conséquences qui pourraient en découler, implicitement, sur le droit de la filiation<sup>(60)</sup>. Pourtant, en faisant de l'empêchement à mariage entre alliés un empêchement à mariage relatif, il permettait désormais à l'enfant issu de l'union entre alliés en ligne directe de se voir établir un double lien de filiation, que le mariage ait été dissous ou non<sup>(61)</sup>. En conclusion de

(54) E. LANGENAKEN, «Le droit de la filiation face à l'inceste : norme égalitaire ou norme symbolique ?», op. cit., p. 363. Pour la France, voy. A. BATTERU, «L'interdit de l'inceste - Principe fondateur du droit de la famille», op. cit., p. 770.

(55) Loi du 1<sup>er</sup> juillet 2006 modifiant des dispositions du Code civil relatives à l'établissement de la filiation et aux effets de celle-ci. Cette modification fait suite à l'arrêt de la Cour constitutionnelle n° 169/2003 qui mentionne : «En ce qu'il ne permet pas au père de reconnaître l'enfant, lorsque la reconnaissance ferait apparaître entre la mère et lui un empêchement à mariage, dû à l'alliance, dont le Roi ne peut dispenser, lorsque ce lien d'alliance a disparu, l'article 321 du Code civil viole les articles 10 et 11 de la Constitution.» (C. const., 17 décembre 2003, n° 169/2003, dispositif). Voy sur ce point : proposition de loi modifiant des dispositions du Code civil relatives à l'établissement de la filiation et aux effets de celle-ci, Rapport Van Der Auwera, Doc. parl., Chambre, 2004-2005, n° 0597/024, p. 121.

(56) Voy. également sur cette incohérence : A.-Ch. VAN GYSEL, «Les personnes. Examen de jurisprudence (2003-2011). La filiation», op. cit., p. 439 ; IDEM, «Quelle prohibition de l'inceste pour la société actuelle ?», op. cit., pp. 280 et 281.

(57) Ces deux changements législatifs résultaient de deux arrêts prononcés par la Cour constitutionnelle, respectivement en 2003 et 2006, voy. notes 37 et 55.

(58) Cf. note 37.

(59) C.E.D.H., arrêt B. and L. c. Royaume-Uni, 13 septembre 2005, req. n° 3656/02.

(60) Proposition de loi modifiant le Code civil en ce qui concerne le mariage entre alliés, Doc. parl., Chambre, 2005-2006, n° 2293/001, p. 3 ; Proposition de loi modifiant le Code civil en ce qui concerne le mariage entre alliés, Rapport Storms, Doc. parl., Chambre, 2005-2006, n° 2293/002, p. 3.

(61) Également en ce sens A. HUYGENS, «Het relatieve huwelijksbeletsel tussen aanverwanten in de rechte lijn», op. cit., p. 896 ; F. SWENNEN, Het personen en familierecht, op. cit., pp. 259 et 260.

quoi, la condition ajoutée aux articles 313, 314, 321 et 325 en 2006 ne concerne aujourd'hui plus personne, les deux derniers empêchements à mariage absolus, soit entre ascendants et descendants en ligne directe ou entre frère et sœur<sup>(62)</sup>, découlant non d'un mariage mais de la consanguinité entre les personnes concernées<sup>(63)</sup>.

Une illustration pourra permettre au lecteur de mieux comprendre la problématique.

A et B sont mariés. A a un fils d'une précédente union, C, qui est donc le beau-fils de B. B et C ont un enfant D.

Avant la loi de 2006, l'empêchement à mariage entre B et C étant absolu, le double lien de filiation de D ne peut être établi.

Entre la loi de 2006 et la loi de 2007, l'empêchement à mariage entre B et C est toujours absolu, mais le double lien de filiation de D peut être établi si, et seulement si, le mariage entre A et B est dissous.

Après la loi de 2007, l'empêchement à mariage entre B et C est devenu relatif. Ainsi, le double lien de filiation de D peut être établi sans autre condition.

14. Nous ne croyons pas que le législateur ait réellement souhaité que la condition ajoutée aux articles 313, 314, 321 et 325 du Code civil en 2006 disparaisse et que les alliés en ligne directe puissent faire établir le double lien de filiation alors que le mariage créant l'empêchement n'est pas dissous.

Cependant telle est bien la situation juridique actuelle, du moins *de lege lata* (en application du droit actuellement en vigueur).

Le législateur devrait donc, pour réparer cette incohérence, modifier les articles 313, § 2, 314, al. 2, 321 et 325 du Code civil dans le sens qu'il souhaite :

- soit maintenir la condition : pour qu'un double lien de filiation à l'égard de l'enfant issu d'une relation entre alliés en ligne directe puisse être établi, le mariage qui a créé le lien d'alliance et donc l'empêchement doit être dissous ;
- soit la supprimer : le double lien de filiation d'un enfant issu de l'union entre alliés en ligne directe peut être établi nonobstant le maintien du mariage ayant créé l'empêchement.

15. Enfin, par son arrêt n°103/2012, la Cour constitutionnelle vient bousculer le droit de la filiation incestueuse pour la troisième fois en l'espace de dix ans. Nous allons voir comment.

## II. L'arrêt de la Cour constitutionnelle n° 103/2012

16. Notre étude de l'arrêt n° 103/2012 sera divisée en deux points. Après avoir évoqué les faits et la décision de la Cour constitutionnelle, nous examinerons les conséquences de cet arrêt sur le droit de la filiation à l'égard des enfants incestueux, d'une part, des enfants non incestueux, d'autre part.

## 1. Les faits et la décision de la Cour constitutionnelle

17. Au cours de l'année 1989, une jeune fille, M.M., et un jeune homme, A.P., se rencontrent et tombent amoureux. Ils débutent une relation sentimentale. En soi, rien d'inhabituel, jusqu'au jour où ils apprennent qu'ils ont la même mère. Nonobstant le caractère incestueux de leur couple, ils décident de poursuivre leur relation. À partir de l'année 1991, ils vivent ensemble et, en 2008, ils font une déclaration de cohabitation légale<sup>(64)</sup>.

Trois enfants naissent de cette union, en 1995, 1999 et 2000. S'ils n'ont pas été reconnus par leur père<sup>(65)</sup>, ils ont été élevés, éduqués, nourris et entourés d'amour par leurs deux parents<sup>(66)</sup>.

Une vie de famille incestueuse se déroulait donc dans les faits.

18. A.P. décède accidentellement sur le chemin de son travail le 12 mai 2010.

Le tribunal de première instance de Huy est alors saisi d'une demande d'établissement judiciaire *post mortem* de la paternité de A.P. à l'égard de ses trois enfants. Cette demande est introduite par M.M. et par le tuteur *ad hoc* des enfants mineurs, tenant compte des «*problèmes matériels et psychologiques que l'absence de filiation paternelle engendrait pour [les] trois enfants*»<sup>(67)</sup>.

19. En vertu de l'article 325 du Code civil, combiné avec les articles 162 et 164 du Code civil, l'action introduite est en principe irrecevable. M.M. et le tuteur *ad hoc* des enfants demandent au tribunal de poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle, dès lors qu'il existerait une discrimination entre, d'une part, ces enfants, nés d'une relation incestueuse qui ne

(62) Il subsiste également des empêchements à mariage absolu dans le cadre de l'adoption, mais dans ce cas l'origine de l'empêchement est le lien d'adoption lui-même, de sorte que la condition tirée de la disparition du lien d'alliance ne les concerne pas non plus (articles 353-13 et 356-1 du Code civil).

(63) Contra : A.-Ch. VAN GYSEL, «*Quelle prohibition de l'inceste pour la société actuelle ?*», op. cit., p. 280.

(64) On relèvera qu'il n'existe pas d'empêchement à une cohabitation légale fondé sur la parenté ou l'alliance, le législateur ayant voulu «*confondre dans un même moule la vie maritale homosexuelle – public "cible" de l'institution – et d'autres formes de vie commune, comme celle de proches parents, supposée "non sexuel"*». (...) Ce faisant, le législateur ne s'est pas rendu compte qu'il offrirait aux couples incestueux un mariage, certes, de second ordre, mais porteur d'effets relativement étendus, car si rien dans la cohabitation légale ne prévoit des relations sexuelles entre partenaires, rien ne l'exclut non plus !» (A.-Ch. VAN GYSEL, «*Quelle prohibition de l'inceste pour la société actuelle ?*», op. cit., pp. 286-287). À l'inverse, le Pacs français est interdit entre parents proches (ascendant et descendant en ligne directe, alliés en ligne directe et collatéraux jusqu'au troisième degré inclus, voy article 515-2 du Code civil). C'est également l'option prise par les législateurs allemand (§ 1 (2) Lebenspartnerschaftsgesetz) et hollandais (article 80a-6 N.B.W.). Voy. à cet égard A. HUYGENS, «*Het relatieve huwelijksbeletsel tussen aanverwanten in de rechte lijn*», op. cit., p. 898. Pour Alain-Charles Van Gysel, il ne fait aucun doute que le législateur belge devrait également interdire la cohabitation légale aux personnes qui ne peuvent se marier entre elles et que celle-ci devrait donner lieu aux mêmes interdictions que l'alliance en ligne directe, avec la même possibilité de dispense (A.-Ch. VAN GYSEL, «*Quelle prohibition de l'inceste pour la société actuelle ?*», op. cit., p. 299).

(65) Nous avons vu que c'était interdit (cf. I.2).

(66) Voy. C. const., 9 août 2012, n° 103/2012, A.1.3.

(67) Ibid. A.1.1. Voy. également A.2.2.

peuvent avoir qu'un seul parent légal et, d'autre part, tous les autres enfants qui peuvent voir une double filiation établie.

Le tribunal fait droit à leur demande et interroge la Cour constitutionnelle.

20. Après avoir rappelé le cadre légal belge de la prohibition de l'inceste et les fondements de celle-ci, la Cour constitutionnelle souligne que «*si la réprobation des relations sexuelles entre personnes partageant un lien de sang semble quasiment universelle, les législations des États interdisant ces relations concrétisent cette interdiction de manière différente*»<sup>(68)</sup>. Elle épingle, notamment, le fait que les États membres du Conseil de l'Europe n'interdisent pas tous l'établissement de liens de filiation faisant apparaître la relation incestueuse et en déduit «*qu'il n'y a pas de lien nécessaire entre l'interdiction du mariage entre les personnes qui partagent un lien de sang et la prohibition de l'établissement du double lien de filiation dans le chef des enfants issus d'une relation entre ces personnes*»<sup>(69)</sup>.

La Cour fonde son raisonnement sur les articles 10 et 11 de la Constitution combinés avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et avec les articles 3.1 et 7.1 de la Convention relative aux droits de l'enfant.

Elle observe dans un premier temps que l'interdiction d'établir un double lien de filiation est justifiée, par le législateur belge, au nom de l'intérêt de l'enfant issu d'une relation incestueuse<sup>(70)</sup>. Elle estime, cependant, que l'on ne peut affirmer, à l'heure actuelle, «*qu'il est toujours de l'intérêt de l'enfant né dans de telles circonstances que sa double filiation ne soit pas établie*»<sup>(71)</sup> et que le fait d'interdire cette double filiation, dans tous les cas, ne permet pas de prendre en considération l'intérêt de l'enfant. Elle conclut en estimant qu'une «*telle atteinte aux droits des enfants concernés (...) n'est pas une mesure pertinente*»<sup>(72)</sup> pour prévenir les relations incestueuses entre personnes apparentées et qu'elle est disproportionnée «*en ce qu'elle préjudicie surtout aux enfants issus de la relation jugée répréhensible (...) à bénéficier, si tel est leur intérêt, d'un double lien de filiation*»<sup>(73)</sup>. La Cour ajoute sur ce point que le tribunal, lorsqu'il statue sur une demande d'établissement judiciaire de la paternité devra vérifier, en cas d'opposition de la mère ou de l'enfant âgé de plus de douze ans, si elle n'est pas manifestement contraire à l'intérêt de l'enfant, en vertu de l'article 332quinquies du Code civil<sup>(74)</sup>.

21. La Cour constitutionnelle décide donc que «*l'article 325 du Code civil viole les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'il empêche le juge saisi d'une demande d'établissement judiciaire de paternité de faire droit à cette demande s'il constate que l'établissement de la filiation correspond à l'intérêt supérieur de l'enfant*»<sup>(75)</sup>.

## 2. Les conséquences pratiques sur le droit de la filiation

### a. Les conséquences sur la filiation incestueuse<sup>(76)</sup>

22. Les arrêts de la Cour constitutionnelle n'ont qu'une autorité relative de la chose jugée, mais celle-ci est «*renforcée*»<sup>(77)</sup>.

Il importe donc de bien percevoir les implications de l'arrêt commenté sur le droit de la filiation.

23. Pour rappel, l'article 325 dispose : «*La recherche de paternité est irrecevable lorsque le jugement ferait apparaître entre le père prétendu et la mère un empêchement à mariage dont le Roi ne peut dispenser à moins que le mariage qui a fait naître cet empêchement ait été annulé ou dissous par décès ou divorce*».

L'empêchement absolu à mariage – entre parents du premier degré et entre collatéraux – constitue ainsi une fin de non-recevoir de l'action en recherche de paternité.

24. La Cour décide que cet article 325 du Code civil viole les articles 10 et 11 de la Constitution, lesquels consacrent le principe d'égalité et de non-discrimination.

Néanmoins, une lecture attentive de l'arrêt permet de comprendre que c'est en réalité au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant (article 3.1 de la Convention relative aux droits de l'enfant) et au nom de son droit, dans la mesure du possible, de connaître ses parents et d'être élevés par eux (article 7.1 de la même Convention) qu'elle statue<sup>(78)</sup>.

(68) Ibid. B.4.2.

(69) Ibid.

(70) Ibid., B.5.

(71) Ibid., B.8.1.

(72) Ibid., B.8.2.

(73) Ibid., B.8.3.

(74) Ibid.

(75) Ibid., dispositif.

(76) «Filiation incestueuse», soit celle visée aux articles 313, § 2, 314, al. 2, 321 et 325 du Code civil.

(77) M.-F. RIGAUX et B. RENAULD, La Cour constitutionnelle, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 256-258. L'on parle d'une autorité relative renforcée de la chose jugée pour trois motifs. D'une part, le juge qui saisit la Cour constitutionnelle d'une question préjudicielle ainsi que toute juridiction qui statuerait dans la même affaire devra se conformer à la décision que la Cour aura prise (article 28 de la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle du 16 janvier 1989). D'autre part, l'arrêt qui déclare, via une question préjudicielle, qu'une norme viole la Constitution ouvre un nouveau délai de six mois pour l'introduction d'un recours en annulation contre ladite norme (article 4, al. 2, de la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle du 16 janvier 1989). Enfin, «on s'accorde à reconnaître aux arrêts rendus sur question préjudicielle une autorité de chose interprétée s'imposant au juge de fond et ce, en vertu de l'article 26 de la loi spéciale : les juridictions sont tenues de poser la question préjudicielle, sauf dans certains cas, et, notamment, "lorsque la Cour constitutionnelle a déjà statué sur une question ou un recours ayant un objet identique"» (D. PIRE, «Le point en matière de filiation. Survol de jurisprudence et commentaires épars – 1999 – 2003», in Actualités de droit familial. Le point en 2003, Liège, Anthemis, Commission Université-Palais Université de Liège, 2003, p. 23, qui cite l'article 26, § 2, al. 2, 2 de la loi spéciale).

(78) Notons que la Cour constitutionnelle n'est pas compétente pour vérifier si les normes législatives respectent ou non la Convention relative aux droits de l'enfant. En l'espèce, pour s'en saisir, elle combine les articles 3.1 et 7.1 de cette convention avec les articles 10 et 11 de la Constitution. Il eût sans doute été plus opportun qu'elle fonde son raisonnement directement sur l'article 22bis, al. 4, de la Constitution, dont elle est la gardienne (cf. infra).

Elle estime en effet que l'on ne peut affirmer, abstraitement, que l'établissement d'une double filiation «serait généralement contraire à l'intérêt des enfants issus d'une relation incestueuse»<sup>(79)</sup> : «si dans certains cas, il peut être contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant de voir établie une double filiation qui révèle le caractère incestueux de la relation entre ses parents, l'on ne saurait affirmer qu'il en va toujours ainsi. (...) Entre autres hypothèses, lorsque les circonstances de sa naissance sont connues de l'enfant et de son entourage, il peut en effet être estimé que les avantages, notamment en termes de sécurité d'existence, qu'il retirera de l'établissement d'un double lien de filiation sont supérieurs aux inconvénients qu'il pourrait subir en conséquence de l'officialisation de la circonstance qu'existe entre ses parents un empêchement absolu à mariage»<sup>(80)</sup>.

Elle en déduit que la fin de non-recevoir étant absolue, l'intérêt supérieur de l'enfant n'est pas réellement pris, dans tous les cas, en considération : dans certains cas, il sera rencontré, au mieux, par le tabou, dans d'autres, par exemple si la filiation incestueuse est connue des enfants, la sauvegarde du tabou pourrait être contraire audit intérêt de l'enfant.

Elle ajoute que cette atteinte aux droits des enfants – la non-prise en considération réelle et effective de leurs intérêts – ne peut pas être justifiée par l'objectif de prohibition des relations incestueuses. Non seulement la mesure n'est pas pertinente, «la disposition en cause ne saurait contribuer à prévenir une situation qui est, par définition, déjà réalisée», mais elle n'est pas proportionnée au regard de l'atteinte portée aux droits des enfants de bénéficier, si c'est dans leur intérêt, d'un double lien de filiation<sup>(81)</sup>.

25. Arrivé à ce stade de l'analyse, le lecteur de l'arrêt croit connaître la conclusion : le verrou institué par l'article 325 du Code civil va être levé et un juge saisi d'une demande de recherche de paternité devra la recevoir, même si elle fait apparaître entre le père prétendu et la mère un empêchement à mariage absolu.

Il peut alors assez logiquement penser que le juge devra se référer au droit commun de l'établissement judiciaire de la paternité qui est organisé comme suit :

Article 322, al. 1<sup>er</sup> : Lorsque la paternité n'est établie, ni en vertu des articles 315 ou 317, ni par une reconnaissance, elle peut l'être par un jugement, aux conditions fixées à l'article 332quinquies. (...)

Article 332quinquies :

(...) § 2. Si l'opposition à l'action émane d'un enfant mineur non émancipé qui a douze ans accomplis, ou de celui des auteurs de l'enfant à l'égard duquel la filiation est établie, le tribunal ne rejette la demande, sans préjudice du § 3, que si elle concerne un enfant âgé d'au moins un an au moment de l'introduction de la demande, et si l'établissement de la filiation est manifestement contraire à l'intérêt de l'enfant. (...)

§ 3. Le tribunal rejette en toute hypothèse la demande s'il est prouvé que celui ou celle dont la filiation est recherchée n'est pas le père ou la mère biologique de l'enfant. (...)

En vertu des articles précités, les conditions de fond que le juge vérifiera pour faire droit à la demande seront donc<sup>(82)</sup> : le lien biologique qui doit exister entre l'enfant et le père demandeur et, en cas d'opposition de la mère ou de l'enfant mineur de plus de douze ans, le contrôle marginal de l'intérêt de l'enfant – les termes «manifestement contraire» indiquant cette solution<sup>(83)</sup>.

En appliquant ces dispositions à l'affaire en cause, le père prétendu étant le père biologique, d'une part, la mère et les enfants ne s'opposant pas – ils sont les demandeurs de l'établissement du lien de filiation –, d'autre part, le tribunal de première instance devra automatiquement faire droit à leur demande et établir le lien de filiation *post mortem* avec le père, sans vérifier si c'est dans l'intérêt ou non des enfants.

26. Une telle situation ne semble pas convenir à la Cour qui témoigne, dans l'arrêt, de sa volonté de prise en considération, dans tous les cas, de l'intérêt concret et complet de l'enfant.

Pour pouvoir parvenir à ce résultat, elle est contrainte, à nos yeux, d'infliger quelques entorses aux dispositions du Code civil. Premièrement, elle va imposer une lecture inexacte de l'article 332quinquies du Code civil puisqu'elle en déduit que «l'intérêt de l'enfant doit toujours être pris en considération par le juge saisi d'une demande d'établissement judiciaire de la paternité»<sup>(84)</sup>. Deuxièmement, elle libelle comme suit son dispositif : «l'article 325 du Code civil viole les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'il empêche le juge saisi d'une demande d'établissement judiciaire de paternité de faire droit à cette demande s'il constate que l'établissement de la filiation correspond à l'intérêt supérieur de l'enfant». Ce faisant, la Haute juridiction semble avoir transformé l'article 325 du Code civil, condition de recevabilité pour l'établissement de la double filiation de certains enfants incestueux<sup>(85)</sup>, en une condition de fond supplémentaire pour ces mêmes enfants, dérogeant ainsi partiellement au droit commun instauré par les articles 322, al. 1<sup>er</sup>, et 332quinquies, du Code civil. Le dispositif de l'arrêt, tel qu'il est libellé, implique en effet que lorsqu'une demande d'établissement de filiation paternelle est

(79) C. const., 9 août 2012, n° 103/2012, B.8.1.

(80) Ibid.

(81) Ibid., B.8.2 et B.8.3.

(82) Pour simplifier notre propos, nous évoquons uniquement les conditions de l'article 332quinquies du Code civil qui intéressent les faits étudiés.

(83) Le délai pivot d'un an visé à l'article 332quinquies, § 2, du Code civil a été sanctionné par la Cour constitutionnelle (C. const., 3 mai 2012, n° 64/2012). Nous ne le mentionnons donc pas et verrons que la Haute juridiction raisonne également en ce sens.

(84) C. const., 9 août 2012, n° 103/2012, B.8.3, al. 2.

(85) Ceux dont le jugement ferait apparaître entre le père prétendu et la mère un empêchement à mariage dont le Roi ne peut dispenser.

introduite et que l'établissement de la filiation ferait apparaître entre les père et mère un empêchement à mariage dont le Roi ne peut dispenser, le juge ne peut faire droit à la demande que s'il constate que l'établissement de la filiation est conforme à l'intérêt supérieur (étant pris en considération de manière globale et non plus marginale) de l'enfant concerné, l'opposition de la mère ou de l'enfant n'ayant plus de pertinence.

27. La Cour constitutionnelle a ainsi cherché le plus juste équilibre entre «*la norme symbolique – l'interdit de l'inceste – et la norme égalitaire – plus précisément, l'égalité entre enfants, lue à la lumière de l'intérêt supérieur de ceux-ci*»<sup>(86)</sup>, au prix – sans doute inévitable – d'une certaine audace dans l'interprétation. En effet, la création d'un nouveau régime dérogatoire en matière d'établissement de la filiation ne relève pas, à notre sens, des missions de la Haute juridiction<sup>(87)</sup>. Par ailleurs, et nous insistons, il aurait été opportun qu'elle invoque l'article 22bis, al. 4, de la Constitution, dont elle est la gardienne, selon lequel «*dans toute décision qui le concerne, l'intérêt de l'enfant est pris en considération de manière primordiale*», comme fondement de sa décision, et non une interprétation erronée de l'article 332quinquies du Code civil.

Malgré ces observations relatives au raisonnement de la Haute juridiction, nous ne pouvons qu'approuver la décision dans son principe. Elle met, enfin, un terme à la discrimination qui subsistait entre les enfants nés d'un inceste et les autres<sup>(88)</sup> : comme le législateur l'affirmait lui-même en 1987, l'on ne peut faire supporter à l'enfant «*les effets néfastes des rapports familiaux ou sexuels des adultes*»<sup>(89)</sup> ! Aujourd'hui, grâce à nos juges constitutionnels, «*l'enfant incestueux [ne] pâtit [plus] (...) des circonstances de sa naissance*»<sup>(90)</sup>.

28. Au final, il nous paraît incontestable que le droit de la filiation belge est à présent «*doté*»<sup>(91)</sup> d'un nouvel article 325 et, par un effet en cascade, de nouveaux articles 313, § 2, 314, al. 2 et 321 du Code civil<sup>(92)</sup>.

Il serait adéquat que le législateur intervienne et modifie ces dispositions au regard du principe de l'intérêt de l'enfant et de la nouvelle jurisprudence de la Cour pour éviter l'insécurité juridique qui découle inévitablement de l'arrêt commenté.

## b. Les conséquences sur la filiation non incestueuse<sup>(93)</sup>

29. Au-delà de la portée immédiate de l'arrêt, nous pensons que la *lex specialii* que la Cour constitutionnelle a «*adoptée*» au profit des enfants incestueux – prise en considération de l'intérêt de l'enfant en toutes circonstances – qui déroge à la *lex generalii* visée aux articles 321 et 332quinquies du Code civil – prise en considération marginale de l'intérêt de l'enfant en cas d'opposition de la mère ou de l'enfant mineur de plus de douze ans – sera, dans un futur proche, la solution qui prévaudra pour tous les enfants.

Rien ne nous paraît justifier que les enfants incestueux soient traités différemment des autres enfants – cette fois, en leur faveur – en ce que leurs intérêts sont examinés en tous les cas et pleinement tandis que ceux des autres le sont uniquement en cas d'opposition du parent légal ou de l'enfant et marginalement. À cet égard, nous pouvons donc croire que la Cour constitutionnelle, qui est actuellement interrogée par la Cour de cassation sur la violation par l'article 332quinquies, § 2, al. 1<sup>er</sup>, du Code civil de l'article 22bis, al. 4, de la Constitution, en ce que le premier impose un contrôle marginal de l'intérêt de l'enfant alors que le second exige qu'il soit pris en considération «*de manière primordiale*»<sup>(94)</sup>, répondra positivement : à l'évidence, l'article 332quinquies ne respecte pas l'article 22bis, al. 4, de la Constitution.

L'arrêt commenté va clairement en ce sens lorsque la Cour constitutionnelle lit, certes à tort, qu'en vertu de l'article 332quinquies, «*l'intérêt de l'enfant doit toujours être pris en considération par le juge saisi d'une demande d'établissement judiciaire de la paternité*».

Nous verrons dans l'arrêt qui répondra à la question préjudicielle de la Cour de cassation susmentionnée si la Haute juridiction a commis une simple erreur de forme en mentionnant l'article 332quinquies ou si son intention est à terme d'imposer un contrôle complet de l'intérêt de l'enfant en matière de filiation.

30. Les implications concrètes de l'arrêt ayant été exposées, nous souhaitons à présent élargir quelque peu notre réflexion. L'interdit de l'inceste, à l'aune de l'intérêt supérieur de l'enfant, est-il devenu une norme symbolique évanescence ?

(86) P. MARTENS, «*Inceste et filiation : égalité et tabou. Obs. sous C. const., 9 août 2012, n° 103/2012*», op. cit., p. 1286.

(87) Nous notons à cet égard que Paul Martens observe qu'«*on aurait pu imaginer que notre Cour constitutionnelle se retranchât derrière le pouvoir d'appréciation du législateur, qu'elle rappelât, comme elle l'a parfois fait, qu'elle ne dispose pas d'un pouvoir de décision comparable à celui des assemblées démocratiquement élues, et que, spécialement dans les matières qui touchent au plus profond de la condition humaine, elle s'interdit de devancer le législateur. Ce n'est pas la voie qu'elle a choisie*» (ibid., p. 1287). Il souligne cependant : «*en instituant des juges constitutionnels, et en permettant à chacun d'en appeler devant eux des injustices des lois, le constituant a indiqué qu'il préfère le désordre qu'ils créent à l'injustice qu'ils évitent*» (ibid., p. 1289).

(88) Sur l'égalité entre les enfants incestueux et les autres enfants, voy. not. : E. LANGENAKEN, «*Le droit de la filiation face à l'inceste : norme égalitaire ou norme symbolique ?*», op. cit., p. 364 ; F. SWENNEN, *Het personen-en familierecht*, op. cit., p. 258.

(89) *Projet de loi modifiant diverses dispositions légales relatives à la filiation et à l'adoption*, Rapport Staels-Dompas, Doc. parl. Chambre, 1984-1985, n° 904/2, p. 80.

(90) E. LANGENAKEN, «*Le droit de la filiation face à l'inceste : norme égalitaire ou norme symbolique ?*», op. cit., p. 363.

(91) Nous renvoyons sur ce point à l'autorité relative renforcée de la chose jugée des arrêts de la Cour constitutionnelle cf. note 77.

(92) *Il faudra attendre de nouveaux arrêts de la Cour constitutionnelle pour que ces autres modifications soient effectives. La Belgique appliquant l'adage mater semper certa est, l'on peut raisonnablement supposer qu'elle ne rendra pas d'arrêt à l'égard des articles 313, § 2, et 314, al. 2, du Code civil. S'agissant de l'article 321 du Code civil, la situation sera quelque peu différente. En effet, soit l'officier de l'état civil refuse de mentionner la double filiation en raison de la relation incestueuse qu'elle ferait apparaître et le père saisit le tribunal de première instance, conformément à l'article 569, al. 1<sup>er</sup>, du Code judiciaire, soit, comme dans l'affaire n° 169/2003 de la Cour constitutionnelle, le père reconnaît l'enfant, mais le procureur du Roi demande au tribunal de première instance l'annulation de cette reconnaissance. À notre estime, le père devrait, dans ces cas-là, demander au tribunal de poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle.*

(93) «*Filiation non incestueuse*», soit toute filiation à l'exclusion de celles visées aux articles 313, § 2, 314, al. 2, 321 et 325 du Code civil.

(94) Cass. 2 mars 2012, Rev. trim. dr. fam., 2012/3, à paraître.

### III. L'intérêt supérieur de l'enfant dicte sa loi au tabou de l'inceste

#### 1. L'intérêt de l'enfant *in abstracto* cède le pas à un intérêt de l'enfant *in concreto*

31. Protégé par l'article 3.1 de la Convention relative aux droits de l'enfant<sup>(95)</sup> et par l'article 22bis, al. 4, de la Constitution, l'intérêt de l'enfant est un principe constitutionnel dont l'importance n'est plus contestée à l'heure actuelle.

Force est cependant de constater que «l'intérêt de l'enfant» est une notion peu claire. D'aucuns l'ont qualifiée de concept «protéiforme»<sup>(96)</sup>, «évolutif»<sup>(97)</sup>, «difficile à définir»<sup>(98)</sup>, «à multiples facettes»<sup>(99)</sup>, «d'objet flottant non identifié»<sup>(100)</sup>. Alain-Charles Van Gysel considère, quant à lui, que c'est une notion-«méthode», soit qu'elle impose la recherche du meilleur intérêt de l'enfant<sup>(101)</sup>. Nous partageons également cette idée. L'intérêt de l'enfant, à notre estime, est un objectif vers lequel il ne faut cesser de tendre sans nécessairement l'atteindre, comme dans la quête du graal ou la navigation guidée par l'étoile polaire.

32. Dans l'arrêt étudié, la Cour constitutionnelle va en ce sens. Elle condamne, en effet, le choix du législateur d'avoir défini, *in abstracto*, l'intérêt de l'enfant et impose au juge un contrôle concret et effectif de celui-ci. Paul Martens observe également dans son commentaire de l'arrêt que la Haute juridiction veut protéger des «droits non pas théoriques ou illusoire, mais effectifs et concrets»<sup>(102)</sup>.

Cette position paraît pleine de bon sens : l'intérêt d'un enfant ne sera pas celui d'un autre, et c'est en prenant en considération tous les aspects du dossier que le juge pourra au mieux s'en rapprocher. Il est impossible de pouvoir embrasser théoriquement la diversité des situations<sup>(103)</sup>. L'Unicef plaide d'ailleurs dans les mêmes termes : «La détermination de l'intérêt supérieur doit se faire en fonction du court et du long terme. Elle doit correspondre à l'esprit de la Convention tout entière, particulièrement dans l'accent qu'elle place sur l'enfant en tant qu'individu, avec ses opinions et ses sentiments propres, et en tant que sujet de droits civils et politiques en même temps que bénéficiaire de protections spéciales»<sup>(104)</sup>. Or comment mieux traiter l'enfant comme un individu et un sujet de droits qu'en prenant concrètement et effectivement ses intérêts en considération ?

33. En prenant encore un peu plus de recul, nous constatons que ce nouvel arrêt s'inscrit dans la tendance générale qui se dégage de la jurisprudence actuelle de la Cour constitutionnelle en matière de filiation : elle choisit «l'homme-individu» au détriment de «l'homme générique»<sup>(105)</sup> ou, en l'espèce, l'enfant-individu au détriment de l'enfant générique<sup>(106)</sup>.

34. Cette évolution suscite bien des espoirs, mais inspire une crainte : n'y aurait-il pas un risque de solutions multiples pour des situations similaires,

voire identiques, chaque juge examinant à la lumière de ses propres valeurs et de ses propres sentiments les cas qui lui sont présentés<sup>(107)</sup> ? Comment une seule personne peut-elle décider que ceci est dans l'intérêt de l'enfant alors que cela ne l'est pas ? Il serait donc indispensable d'aider le juge dans sa mission : ce sera du «croisement des divers éclairages – parties, experts, juges – que [pourra] naître aux yeux du juge, point central, des discours dont chacun a sa "couleur" et sa valeur particulière, la petite étincelle blanche et fugitive, qui lui permettra de prendre la meilleure décision dans le meilleur des mondes possibles»<sup>(108)</sup>.

35. Quelles conséquences ces diverses considérations vont-elles avoir sur la norme symbolique de la prohibition de l'inceste ?

(95) Convention relative aux droits de l'enfant adoptée à New York le 20 novembre 1989. Parmi les 193 États reconnus par l'ONU, seuls les États-Unis, la Somalie et le Soudan du Sud ne sont pas parties à ce traité que l'on peut donc qualifier de quasi universel. La Convention a été approuvée en Belgique par la loi du 25 novembre 1991 et est entrée en vigueur le jour même. Rappelons que cette Convention jouit, en Belgique, d'une force obligatoire supérieure aux lois internes en raison du principe de primauté des sources de droit international.

(96) N. MASSAGER, «Autorité parentale et hébergement», in X, Droit des personnes et des familles: Chronique de jurisprudence 1999-2004, coll. Les dossiers du Journal des Tribunaux, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 566.

(97) Projet de loi modifiant diverses dispositions légales relatives à la filiation et à l'adoption, Rapport Staels-Dompas, Doc. parl. Chambre, 1984-1985, n° 904/2, pp. 88 et 61

(98) Ibid., pp. 59 et 61.

(99) E. LANGENAKEN, «Le droit de la filiation face à l'inceste : norme égalitaire ou norme symbolique ?», op. cit., p. 365.

(100) M.-S. DUPONT-BOUCHAT, «L'intérêt de l'enfant. Approche historique», in Droit et intérêt, Ph. Gérard, F. Ost et M. van de Kerchove (dir), Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1990, p. 53.

(101) A.-Ch. VAN GYSEL, «L'intérêt de l'enfant, mythe et réalité», in Actualités de droit familial, le point en 2001, CUP, 2001, vol. 49, p. 206.

(102) P. MARTENS, «Inceste et filiation : égalité et tabou. Obs. sous C. const., 9 août 2012, n° 103/2012», op. cit., p. 1288 qui cite C.E.D.H., Airey c. Royaume-Uni, 9 octobre 1974, § 24.

(103) En ce sens : Y.-L. LELEU, Droit des personnes et des familles, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 608 ; Y.-H. LELEU et E. LANGENAKEN, «Inceste, mariage et filiation : les cours supérieures ouvrent une voie libérale», op. cit., p. 273 ; P. MARTENS, «Inceste et filiation : égalité et tabou. Obs. sous C. const., 9 août 2012, n° 103/2012», op. cit., p. 1288, sp.

(104) Unicef, Manuel d'application de la Convention relative aux droits de l'enfant, Publications des Nations unies, Bureau régional pour l'Europe, Atar Roto Presse, Genève, décembre 2002, p. 42.

(105) Cf. N. MASSAGER, «La prophétie de Gerlo. Réflexions à propos des derniers arrêts de la Cour constitutionnelle en matière de filiation», Act. dr. fam., 2011, pp. 130 à 139, spéc. 139 ; P. MARTENS, «Inceste et filiation : égalité et tabou. Obs. sous C. const., 9 août 2012, n° 103/2012», op. cit., pp. 1288 et 1289 ; A. RASSON-ROLAND et J. SOSSON, «Coups de tonnerre constitutionnels dans la filiation : l'article 318 du Code civil dans la tourmente...», Rev. trim. dr. fam., 2011, p. 613.

(106) C'est en ce sens que plaide également Yves-Henri Leleu : «Quand on évoque l'enfant sur fond de droit créatif, c'est de chaque enfant concrètement impliqué dans une configuration familiale qu'il doit s'agir, et non de l'"enfant" comme être abstrait dont l'intérêt serait défini de manière générale ou dogmatique» : Y.-L. LELEU, Droit des personnes et des familles op. cit., p. 30.

(107) Certains pourraient alors préférer la solution unique du législateur qui bénéficie en outre de la légitimité démocratique. Nous ne partageons pas ce point de vue dès lors qu'il nous paraît que l'examen de chaque cas individuel répond mieux à la notion constitutionnelle et conventionnelle de l'intérêt de l'enfant.

(108) A.-Ch. VAN GYSEL, «L'intérêt de l'enfant, mythe et réalité», op. cit., p. 206

## 2. Le tabou de l'inceste à l'aune de l'intérêt de l'enfant *in concreto*

36. À chaud, l'arrêt interpelle en ce qu'il touche, au nom de l'intérêt de l'enfant, à l'un des principes «*au fondement des mœurs de la société occidentale*»<sup>(109)</sup>, la prohibition de l'inceste.

Une étude attentive de la décision permet cependant d'en relativiser la portée : il ne porte nullement atteinte à la prohibition de l'inceste en tant que telle, mais au tabou, au secret de l'inceste.

La Cour constitutionnelle le montre clairement : «*L'établissement des liens de filiation qui font apparaître le caractère incestueux de la relation unissant les parents d'un enfant n'est pas interdit dans tous les États membres du Conseil de l'Europe, ni même dans ceux qui répriment pénalement l'inceste. Tel est le cas, par exemple, en Allemagne, où les enfants nés d'une relation entre frère et sœur peuvent bénéficier du lien de filiation avec leurs deux parents (§§ 1592, 1594 à 1598 et 1600 du Code civil allemand), alors que les relations sexuelles entre frère et sœur sont passibles de sanctions pénales (§ 173 du Code pénal allemand). Il en ressort qu'il n'y a pas de lien nécessaire entre l'interdiction du mariage entre les personnes qui partagent un lien de sang et la prohibition de l'établissement du double lien de filiation dans le chef des enfants issus d'une relation entre ces personnes. (...) Toutefois, contrairement à l'empêchement à mariage, l'interdiction absolue de l'établissement du double lien de filiation dans le chef des enfants issus d'une telle relation n'est pas une mesure pertinente pour atteindre ces objectifs. En effet, en empêchant dans tous les cas l'enfant de bénéficier d'un double lien de filiation, la disposition en cause ne saurait contribuer à prévenir une situation qui est, par définition, déjà réalisée.*»<sup>(110)</sup>

L'inceste étant consommé, l'interdiction d'établir la double filiation d'un enfant incestueux ne poursuit pas l'objectif de prévenir les relations incestueuses mais simplement d'éviter le scandale de l'union de ses parents et l'opprobre qui pourrait en découler dans notre société<sup>(111)</sup>.

37. Même s'il ne touche qu'au tabou de l'inceste, l'arrêt n'est pas anodin.

Le secret dont le droit entoure ce tabou est en rapport avec le rôle symbolique que l'inceste tient en matière familiale<sup>(112)</sup>. Si «*le droit [tente] de couvrir sans relâche du voile du secret (...) l'inceste 'lieu maudit de tous les interdits'*»<sup>(113)</sup>, c'est sans aucun doute parce que sa prohibition détient une fonction symbolique<sup>(114)</sup>.

Or, en décidant que le tabou de l'inceste sera levé, ou non, au regard du seul critère de l'intérêt de l'enfant *in concreto*, la Cour met un terme au caractère dogmatique de ce tabou<sup>(115)</sup> et, donc, porte atteinte à la fonction symbolique de la prohibition de l'inceste. Cela peut effrayer : «*l'histoire du droit des personnes est émaillée de la crainte que la levée, même partielle, des tabous entraîne une dérive des principes fondateurs de la société*»<sup>(116)</sup>.

38. La prohibition de l'inceste subit-elle alors un recul face à «*la montée des droits de l'enfant*»<sup>(117)</sup> ? L'intérêt de l'enfant devient-il une valeur qui précède un interdit ancestral ?<sup>(118)</sup>

Sans jouer à la Pythie et avec toute la prudence que ces réflexions requièrent, nous ne pensons pas que cet arrêt remet d'une quelconque manière en question la prohibition de l'inceste, dont on a rappelé le caractère universel et les fondements pour partie inchangés aujourd'hui.

Par contre, l'arrêt commenté, comme ceux prononcés en 2003 et 2006, laisse penser que la fonction symbolique de l'interdit de l'inceste est, elle, évanescence et qu'aujourd'hui, le juge doit s'inscrire dans la réalité concrète des individus. Pour répondre à la question posée en 2004 par Evelyne Langenaken<sup>(119)</sup>, le droit, devant l'enfant incestueux, doit d'abord voir l'enfant, cet enfant-là, réclamant les mêmes droits que ses pairs et envisager ce qui lui conviendrait le mieux, dans la situation qui est la sienne, avant de voir le fruit de l'inceste et le tabou symbolique qui le nimbe. Le tabou de l'inceste, tout comme l'intérêt de l'enfant défini *in abstracto* par un législateur dogmatique, descendent de leur piédestal, quittent un monde abstrait pour rejoindre le monde concret et se confronter à la vie réelle des êtres humains.

(109) E. LANGENAKEN, «Le droit de la filiation face à l'inceste : norme égalitaire ou norme symbolique ?», op. cit., p. 361 ; A. BATTEUR, «L'interdit de l'inceste - Principe fondateur du droit de la famille», op. cit., p. 759.

(110) C. const., 9 août 2012, n° 103/2012, B.4.2 et B.8.2. C'est nous qui soulignons. Voy. également C. const., 17 décembre 2003, n° 169/2003, B.2.3

(111) Cf. supra, C. const., 17 décembre 2003, n° 169/2003, B. 5 et C. const., 9 août 2012, n° 103/2012, B.8.1 et B.8.2. Contra : A.-Ch. VAN GYSEL, «Quelle prohibition de l'inceste pour la société actuelle ?», op. cit., p. 299.

(112) E. LANGENAKEN, «Le droit de la filiation face à l'inceste : norme égalitaire ou norme symbolique ?», op. cit., p. 366.

(113) Ibid.

(114) En ce sens, E. LANGENAKEN, «Le droit de la filiation face à l'inceste : norme égalitaire ou norme symbolique ?», op. cit., p. 366 : le droit en fait un interdit, mais ne fait rien pour qu'il soit effectivement respecté.

(115) Y.-H. LELEU et E. LANGENAKEN, «Inceste, mariage et filiation : les cours supérieures ouvrent une voie libérale», op. cit., p. 274.

(116) E. LANGENAKEN, «Le droit de la filiation face à l'inceste : norme égalitaire ou norme symbolique ?», op. cit., p. 368.

(117) P. MARTENS, «Inceste et filiation : égalité et tabou. Obs. sous C. const., 9 août 2012, n° 103/2012», op. cit., p. 1286.

(118) P. MARTENS, «Allocution de clôture», in X, Les couples, les enfants et la Cour constitutionnelle, Waterloo, Kluwer, 2008, p. 64.

(119) E. LANGENAKEN, «Le droit de la filiation face à l'inceste : norme égalitaire ou norme symbolique ?», op. cit., p. 369.