

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le Livre premier du Code civil belge

Fierens, Jacques

*Published in:*  
Les Cahiers de droit

*Publication date:*  
2005

*Document Version*  
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for published version (HARVARD):*  
Fierens, J 2005, 'L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le Livre premier du Code civil belge', *Les Cahiers de droit*, vol. 46, pp. 89-112.

#### 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.

## Article

---

« L'influence de la Convention européenne des droits de l'Homme sur le Livre premier du Code civil belge »

Jacques Fierens

*Les Cahiers de droit*, vol. 46, n° 1-2, 2005, p. 89-114.

Pour citer cet article, utiliser l'adresse suivante :

<http://id.erudit.org/iderudit/043830ar>

Note : les règles d'écriture des références bibliographiques peuvent varier selon les différents domaines du savoir.

---

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter à l'URI <http://www.erudit.org/apropos/utilisation.html>

---

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche. Érudit offre des services d'édition numérique de documents scientifiques depuis 1998.

Pour communiquer avec les responsables d'Érudit : [erudit@umontreal.ca](mailto:erudit@umontreal.ca)

# L'influence de la Convention européenne des droits de l'Homme sur le Livre premier du Code civil belge

---

Jacques FIERENS\*

*À la suite de la condamnation de la Belgique par la Cour européenne des droits de l'Homme le 13 juin 1979, le droit belge de la filiation a été « décodifié ». Le législateur a tenté de reconstruire le Code civil par la loi du 31 mars 1987 modifiant diverses dispositions légales relatives à la filiation. Cette recodification a échoué, la Cour d'arbitrage et les juridictions du fond ayant déclaré, à de multiples reprises, plusieurs dispositions nouvelles contraires aux droits de la personne, spécialement sous l'angle du principe de l'égalité et de la non-discrimination.*

*Comment analyser cet échec ? Certes, le législateur n'a pas toujours fait preuve de suffisamment de discernement en 1987 ; certes encore, la difficulté de proposer un droit de la famille cohérent se heurte aujourd'hui à la diversité des modèles familiaux et à la disparition de repères sociaux univoques en la matière. Mais la difficulté s'explique surtout par la perte de la prévalence du législateur sur le juge, condition d'une codification stable.*

---

*Following the sanctioning of Belgium by the European Court of Human Rights on June 13, 1979, Belgian law on filiation was « de-codified ». The legislator thereafter attempted to rebuild the Civil Code via the*

---

\* Avocat, Barreau de Bruxelles ; professeur, Facultés Notre-Dame de la Paix, Namur et Université de Liège.

*Law of March 31, 1987 amending various legal provisions pertaining to filiation. This re-codification was unsuccessful as the Court of Arbitration and courts of first instance then declared on a number of occasions many of the new provisions in contradiction with human rights, especially from the standpoint of principles of equality and non-discrimination.*

*How may one analyze this failure? For sure, the legislator had not consistently demonstrated enlightened judgement in 1987; equally sure, the difficulty proposing coherent family law collides nowadays with the diversity of typical family role-models and the disappearance of unequivocal social reference points in this field. Yet the difficulty may mainly be explained by the loss of the legislator's predominance over judge-made law, a prerequisite for stable codification.*

---

	<i>Pages</i>
<b>1 Les mécanismes de contrôle de conformité du droit belge à la Convention européenne des droits de l'Homme</b> .....	93
<b>2 La décodification du Livre premier du Code civil par la Cour européenne</b> .....	97
<b>3 La volonté de recodifier</b> .....	101
<b>4 La jurisprudence de la Cour d'arbitrage après la recodification</b> .....	102
<b>5 La jurisprudence des tribunaux du fond</b> .....	106
<b>6 Quelques considérations finales</b> .....	110
6.1 La rationalité, une enveloppe vide?.....	110
6.2 La perte du modèle familial unique.....	112
6.3 Le juge international et le juge constitutionnel, superlégislateurs .....	113

---

Un Code, quelque complet qu'il puisse paraître,  
n'est pas plutôt achevé, que mille questions inattendues  
viennent s'offrir au magistrat.  
PORTALIS, *Discours préliminaire du Code civil.*

La Belgique, à l'heure de son indépendance, a hérité du Code civil napoléonien de 1804, toujours en vigueur. On sait que l'entreprise de codification visait — au moins dans l'esprit du premier consul — la perfection rationnelle à travers la cohérence, la publicité, la maniabilité, la structura-

tion logique, la clarté, la non-contradiction entre les solutions, l'exclusivité et la complétude<sup>1</sup>.

Comme le révèle le fameux discours préliminaire de Portalis, la famille occupe idéologiquement dans le Code la place principale<sup>2</sup>. Le Livre premier consacré aux « personnes », a évidemment subi, en deux siècles, nombre de modifications. Certaines sont spectaculaires, que ce soit dans le domaine du mariage, du divorce ou de la filiation<sup>3</sup>. On pense surtout à l'introduction récente du mariage homosexuel à laquelle les réactions sont encore vives<sup>4</sup>,

- 
1. Voir : J. VANDERLINDEN, *Le concept de Code en Europe occidentale du XIIIe au XIXe siècle. Essai de définition*, Bruxelles, Éditions de l'Institut de sociologie, 1967 ; F. OST, « La codification : idéal et métamorphoses », *J. Tribun*, vol. 123, n° 6132 (spécial Bicentenaire du Code civil), 18 mars 2004, p. 226-229.
  2. On sait que Cambacères avait présenté trois projets qui furent rejetés respectivement le 9 août 1793, le 9 septembre 1794 et le 12 juin 1796, notamment en raison des propositions qu'ils contenaient en matière de droit des personnes.
  3. Pour un rappel de la conception du mariage qui prévalait en 1804 et son évolution en Belgique, voir : D. STERCKX, « Le mariage », *J. Tribun*, vol. 123, n° 6132 (spécial Bicentenaire du Code civil), 18 mars 2004, p. 257-259. Sur l'évolution des règles relatives au divorce, voir : J.-P. MASSON, « Le divorce », *J. Tribun*, vol. 123, n° 6132 (spécial Bicentenaire du Code civil), 18 mars 2004, p. 260-262. Sur l'évolution des règles relatives à la filiation, voir : A.-C. VAN GYSEL, « Deux siècles de droit de la filiation », *J. Tribun*, vol. 123, n° 6132 (spécial Bicentenaire du Code civil), 18 mars 2004, p. 263-265.
  4. Art. 143 nouveau du Code civil, introduit par la loi du 13 février 2003. Voir : J.-L. RENCHON, « L'avènement du mariage homosexuel dans le Code civil belge », (2003) *R.T.D.F.* 439 ; P. SENAËVE, « De Wet van 13 februari 2003 tot invoering van het homohuwelijk in het Belgische recht », (2003) *E.J.* 50 ; D. STERCKX, « À propos de la loi ouvrant le mariage aux personnes de même sexe », *J. Tribun*, vol. 122, n° 6099, 31 mai 2003, p. 434 ; N. DENIES, « Discriminations, mariage, accès à la parentalité pour les couples de même sexe. État des lieux et perspectives », *Revue politique*, n° 1, 2003, p. 31-84. Selon la nouvelle législation, le mariage entre personnes de même sexe n'établit aucun droit en matière de filiation ou d'adoption. Les couples homosexuels n'ont pas la possibilité d'adopter. Différentes propositions de loi récentes visent à mettre un terme à cette interdiction en ouvrant l'adoption, y compris l'adoption internationale, aux couples de même sexe. Voir : *Proposition de loi modifiant certaines dispositions du Code civil en vue de permettre l'adoption par les personnes de même sexe*, Document 51 1144/001 (19 mai 2004), 2<sup>e</sup> session, 51<sup>e</sup> législature (Belgique) ; également : *Proposition de loi modifiant certaines dispositions du Code civil en vue de permettre l'adoption par des personnes de même sexe*, Document 51 0980/001 (30 mars 2004), 2<sup>e</sup> session, 51<sup>e</sup> législature (Belgique). La Cour d'arbitrage, dont il va être amplement question dans la suite de notre texte, a rejeté le recours en annulation de la loi du 13 février 2003 par : C.A. 20 octobre 2004, n° 159/2004. Il n'y a pas, ici, d'influence de la *Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales telle qu'amendée par le Protocole n° 11*, Rome, 4.XI.1950 (ci-après citée : « Convention européenne » ou « Convention »). La Cour européenne des droits de l'Homme a souligné que l'article 12 de la Convention se borne à garantir le droit de se marier à l'âge nubile à deux personnes de sexe différent (*Fretté c/ France*, 12 juin 2001).

mais aussi à l'assouplissement considérable du divorce<sup>5</sup> ou à l'égalité entre les enfants nés dans le mariage et ceux nés hors mariage. Ces modifications ont été le fait du législateur, et aucun juriste jusqu'à la seconde moitié du xx<sup>e</sup> siècle, de Portalis à Henri De Page<sup>6</sup>, n'aurait pu imaginer qu'il en fût autrement. Le Code civil de 1804 était celui du législateur tout-puissant. Le juge était là pour appliquer la norme, pas pour la modifier. Le contrôle de constitutionnalité de la loi semblait inconcevable<sup>7</sup>, de même que la suprématie de certaines règles de droit international. Aujourd'hui encore, et on ne peut sans doute qu'en être rassuré, les modifications du droit de la famille font l'objet de longs débats devant la Chambre ou le Sénat, contrairement à bien d'autres réformes qui réduisent ces instances à des organes d'entérinement des projets gouvernementaux.

La « décodification » la plus évidente du Code civil, en Belgique, sera pourtant la conséquence de l'application jurisprudentielle de la Convention européenne des droits de l'Homme<sup>8</sup> dans le domaine plus particulier de la filiation et de ses effets. Le célèbre arrêt *Marckx* du 13 juin

- 
5. Ainsi, depuis la *Loi modifiant l'article 232 du Code civil et les articles 1270bis, 1309 et 1310 du Code judiciaire, en ce qui concerne le divorce pour cause de séparation de fait*, M.B. 19 mai 2000, p. 16477, loi du 16 avril 2000, l'article 232 du *Code civil* permet à chacun des époux de demander le divorce après séparation de fait de plus de deux ans. Lors de l'introduction de cette disposition déjà considérée comme très novatrice en 1974, la durée de la séparation devait atteindre dix ans. En 1830, année de l'indépendance de la Belgique, 4 procédures de divorce furent intentées. Au cours de l'année 2003, 31 373 divorces furent prononcés sur le territoire du Royaume, pour 41 805 mariages célébrés la même année.
  6. Henri De Page, auteur, il y a plus d'un demi-siècle, de l'imposant *Traité élémentaire de droit civil belge*, est tenu pour un des plus grands privatistes belges : H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, Bruxelles, Bruylant, 1949.
  7. En Belgique, un arrêt de la Cour de cassation du 3 mai 1974 (Cas. 3 mai 1974, Pas. I, 910) semblait avoir ouvert la voie à un contrôle de constitutionnalité des lois par les juridictions de l'ordre judiciaire. La création de la Cour d'arbitrage (voir *infra*) a mis fin à la controverse.
  8. Force est de limiter le propos. Nous nous en tenons donc à l'incidence de la Convention européenne des droits de l'Homme sur le Livre premier du Code civil, parce qu'il s'agit du traité qui, en 1979 par l'arrêt *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, série A, n° 31, p. 15, a le premier ébranlé profondément l'édifice napoléonien. L'examen de l'influence d'autres normes internationales relatives aux droits fondamentaux pourrait compléter le propos, spécialement celui de la *Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989*. Les articles 17, § 1<sup>er</sup> et 23 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, 999 R.T.N.U. 107, de même que l'article 10 du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 16 décembre 1966, 993 R.T.N.U. 3, qui protègent aussi la vie familiale, sont de moindre importance pratique. En raison de l'impact de la Convention européenne, lié à l'efficacité du contrôle par la Cour de Strasbourg, ces dispositions des pactes onusiens sont peu invoquées devant les tribunaux.

1979, rendu par la Cour européenne des droits de l'Homme, a contraint la Belgique à réécrire tout le droit de la filiation et de l'adoption<sup>9</sup>. Le législateur s'est efforcé d'adapter la norme interne à l'interprétation donnée à la Convention, sans faire preuve d'une particulière diligence ni d'une suffisante capacité de discernement. La loi nouvelle, qui voulait et pouvait encore prétendre contribuer à une codification, a été soumise à l'incessant martèlement de la Cour d'arbitrage, cour constitutionnelle belge, au nom du droit fondamental à l'égalité et à la non-discrimination, consacré tant par la Convention européenne en son article 14 que par la Constitution belge en ses articles 10 et 11.

### **1 Les mécanismes de contrôle de conformité du droit belge à la Convention européenne des droits de l'Homme**

Pour comprendre la manière dont la Convention européenne des droits de l'Homme a pu à ce point influencer le droit civil belge, il convient de rappeler dans quel contexte et avec quels effets les tribunaux peuvent y avoir égard. La jurisprudence relative au respect de la Convention européenne des droits de l'Homme peut émaner de la Cour européenne elle-même, de la Cour d'arbitrage ou de n'importe quelle juridiction interne, selon divers mécanismes.

La Cour européenne est, le cas échéant, saisie conformément aux articles 33 et 34 de la Convention, qui vise soit les requêtes étatiques, soit les requêtes émanant de particuliers. Dans la matière qui nous intéresse, les arrêts pertinents ont tous été rendus sur requête individuelle<sup>10</sup>. La disposition principalement en cause en matière de droit de la famille est l'article 8 de la Convention qui porte :

1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.
2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.

---

9. Arrêt *Marckx*, précité, note 8. Les arrêts de la Cour européenne peuvent être consultés dans : COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME, [En ligne], 2005, [www.echr.coe.int/] (15 mars 2005).

10. Jusqu'à l'entrée en vigueur du *Protocole n° 9*, STE n° 140, les particuliers n'avaient pas le pouvoir de saisir la Cour et portaient leur requête exclusivement devant la Commission européenne des droits de l'homme. Celle-ci n'existe plus depuis l'entrée en vigueur du *Protocole n° 11*, STE n° 155.

Elle peut être invoquée en combinaison avec la clause de non-discrimination de l'article 14, qui dispose :

La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation<sup>11</sup>.

Mentionnons aussi l'article 12 en raison de ses aspects familiaux indéniables, quoique, comme on le verra, cette disposition n'ait guère eu d'incidence sur les transformations du Code civil belge<sup>12</sup> : « À partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit. »

En cas de condamnation d'un État par la Cour européenne, la norme interne en cause subsiste, aussi bien que les décisions rendues dans l'ordre étatique. La Cour n'est pas compétente pour décider des mesures que l'État doit prendre pour mettre un terme à la violation<sup>13</sup>. Dans l'arrêt *Marckx*, elle déclare :

La Cour n'a pas à se livrer à un examen abstrait des textes législatifs incriminés : elle recherche si leur application aux requérantes cadre ou non avec la Convention. Sans doute sa décision produira-t-elle fatalement des effets débordant les limites du cas d'espèce, d'autant que les violations relevées ont leur source immédiate dans lesdits textes et non dans des mesures individuelles d'exécution, mais elle ne saurait annuler ou abroger par elle-même les dispositions litigieuses : déclaratoire pour l'essentiel, elle laisse à l'État le choix des moyens à utiliser dans son ordre juridique interne pour s'acquitter de l'obligation qui découle pour lui de l'article 53<sup>14</sup>.

- 
11. Comme on le voit, la portée de cette clause se limite aux droits et libertés reconnus dans la Convention. Le *Protocole no 12 à la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales*, Rome, 4.XI.2000, non encore entré en vigueur, comporte quant à lui une clause générale : « La jouissance de tout droit prévu par la loi doit être assurée, sans discrimination aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation » (article 1<sup>er</sup>, § 1<sup>er</sup>; l'italique est de nous).
  12. La *Loi du 19 janvier 1990* abaissant à 18 ans l'âge de la majorité civile a modifié l'article 144 du Code civil qui porte actuellement : « Nul ne peut contracter mariage avant dix-huit ans. » De cette manière, l'âge du mariage de la fille, antérieurement autorisé à partir de 15 ans, a été aligné sur celui du garçon, mais le législateur belge n'a pas estimé que cette limite trouvait son fondement dans l'article 12 de la Convention européenne.
  13. Voir, sur ce sujet : E. LAMBERT, *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 1999.
  14. Arrêt *Marckx*, précité, note 8, par. 58.

La Cour d'arbitrage, cour constitutionnelle belge, a depuis 1988 le pouvoir de censurer une loi<sup>15</sup> sur la base des articles 10 et 11 de la Constitution, qui disposent quant à eux :

Art. 10. Il n'y a dans l'État aucune distinction d'ordres.

Les Belges sont égaux devant la loi ; seuls ils sont admissibles aux emplois civils et militaires, sauf les exceptions qui peuvent être établies par une loi pour des cas particuliers.

L'égalité des femmes et des hommes est garantie.

Art. 11. La jouissance des droits et libertés reconnus aux Belges doit être assurée sans discrimination. À cette fin, la loi et le décret garantissent notamment les droits et libertés des minorités idéologiques et philosophiques.

Or, la Cour d'arbitrage a considéré que, à travers ces dispositions constitutionnelles, elle a le pouvoir d'exercer également son contrôle sur le respect des normes internationales ayant effet direct<sup>16</sup>, pourvu que la

- 
15. Sont aussi soumis à la censure de la Cour d'arbitrage, par voie de demande d'annulation ou sur question préjudicielle, les décrets pris par les Communautés et les Régions, ainsi que les ordonnances de la région de Bruxelles-Capitale. Ces normes ont, dans leur domaine de compétence, une valeur comparable à celle de la loi fédérale. Depuis la *Loi spéciale modifiant la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage*, M.B. 11 avril 2003, p. 18384, du 9 mars 2003, celle-ci statue, par voie d'arrêt, sur les recours en annulation, en tout ou en partie, d'une loi, d'un décret ou d'une ordonnance de la région de Bruxelles-Capitale pour cause de violation des articles du titre II « Des Belges et de leurs droits », et des articles 170, 172 et 191 de la Constitution (qui concernent le régime de l'impôt et les droits des étrangers qui se trouvent sur le territoire de la Belgique). Le titre II de la Constitution inclut l'article 22, al. 1 qui dispose que « chacun a droit au respect de sa vie privée et familiale, sauf dans les cas et conditions fixés par la loi ». Cependant, depuis l'extension de compétence de 2003, la Cour n'a pas encore censuré de dispositions du Livre premier du Code civil sur la base de cette disposition, ni d'ailleurs d'un droit constitutionnel autre que les articles 10 et 11. Depuis sa création en 1983, la Cour d'arbitrage statue aussi sur les règles qui sont établies par la Constitution ou en vertu de celle-ci pour déterminer les compétences respectives de l'État, des Communautés et des Régions.
16. « Les articles 10 et 11 de la Constitution ont une portée générale. Ils interdisent toute discrimination, quelle qu'en soit l'origine : les règles constitutionnelles de l'égalité et de la non-discrimination sont applicables à l'égard de tous les droits et de toutes les libertés, en ce compris ceux résultant des conventions internationales liant la Belgique, rendues applicables dans l'ordre juridique interne par un acte d'assentiment et ayant effet direct » : C.A. n° 91/98, 15 juillet 1998. B.5.3. Jurisprudence constante, voir : C.A. n° 4/96, 9 janvier 1996 ; C.A. n° 66/95, 28 septembre 1995 ; C.A. n° 51/95, 22 juin 1995 ; C.A. n° 51/94, 29 juin 1994 ; C.A. n° 22/94, 8 mars 1994 ; C.A. n° 62/93, 15 juillet 1993 ; C.A. n° 14/93, 18 février 1993 ; C.A. n° 39/91, 19 décembre 1991 ; C.A. n° 18/90, 23 mai 1990. Nous ne donnons que la date des arrêts ; ils peuvent être consultés dans le site de la COUR D'ARBITRAGE DE BELGIQUE, [En ligne], 2005, [www.arbitrage.be/] (15 mars 2005). La notion d'effet direct n'est pas nettement définie. Pour notre part, nous défendons la plus simple : une norme est pourvue d'effets directs lorsqu'elle peut être comme

question se pose au travers des principes constitutionnels d'égalité et de non-discrimination<sup>17</sup>. C'est ce qui explique qu'elle ait pris en compte, sous cet angle, plusieurs dispositions de la Convention européenne, dont les articles 8 et 14.

La Cour d'arbitrage peut être saisie par diverses instances ou par un particulier<sup>18</sup>, d'un recours en annulation dans un délai de six mois suivant la publication de la norme au *Moniteur belge*, ce qui ne se conçoit évidemment pas pour le Code civil de 1804. Elle statue également à titre préjudiciel.

Les arrêts d'annulation rendus par la Cour d'arbitrage ont pour conséquence de faire disparaître la norme censée n'avoir jamais existé, ce qui ouvre d'ailleurs un recours extraordinaire en rétractation contre les décisions des juridictions civiles et répressives fondées sur une loi, un décret ou une ordonnance annulés<sup>19</sup>. Toutefois, comme on l'a dit, aucune annulation ne concerne notre sujet. En cas de constatation d'une violation de la constitution à l'occasion d'une réponse à une question préjudicielle, la

---

telle invoquée devant les tribunaux de l'ordre interne. Voir : J. FIERENS, « L'efficacité juridique de la consécration des droits économiques, sociaux et culturels », (2000) 39 *Le point sur les droits de l'homme* 165. En Belgique, la Cour de cassation a soumis l'applicabilité directe à deux conditions : les obligations d'un État contractant doivent avoir été exprimées complètement et de manière précise et les parties à la convention devaient avoir l'intention d'accorder des droits subjectifs ou d'imposer des obligations aux individus au moyen du traité (Cass. 21 avril 1983, J.T.1984.212. Jurisprudence constante, voir aussi : Cass. 19 septembre 1997, R.W.1998-99.435, note S. Mosselmans ; R.G.D.C., 1999, 45, note Y.-H. Leleu ; *J. dr. jeun.*, 1999.182, 59, note J. Jacquain ; *Bull.*, 1997.886 ; *Arr. Cass.* 1997.843). En réalité, la Cour d'arbitrage n'a plus rappelé l'exigence d'applicabilité directe des traités qu'elle contrôle indirectement et a pris en compte aussi des normes pourvues d'un effet de *standstill*. Voir par exemple : C.A. n° 33/92, 7 mai 1992 ; C.A. n° 81/95, 14 décembre 1995 ; C.A. n° 42/97, 14 juillet 1997 ; C.A. no 169/2002, 27 novembre 2002. Sur l'effet de *standstill* ou « effet cliquet », voir J. FIERENS, *loc. cit.*, note 16.

17. C.A. n° 26/90, 14 juillet 1990, 6.B.2 : « Il y a lieu d'examiner les griefs en tant seulement qu'ils s'appuient sur les articles 6 et 6bis [actuellement 10 et 11] de la Constitution, parce que celle-ci et la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage ne lui ont pas conféré le pouvoir d'annuler des règles législatives pour violation directe de règles d'un traité international, même si, parmi les droits et libertés garantis aux Belges par l'article 6bis de la Constitution figurent les droits et libertés résultant des dispositions des conventions internationales liant la Belgique, rendues applicables dans l'ordre juridique interne par un acte d'assentiment et ayant effet direct. » Les articles 10 et 11 de la Constitution ne visent que les Belges, mais les droits des étrangers font aussi l'objet du contrôle de la Cour d'arbitrage, en raison du fait que l'article 191 de la Constitution dispose que tout étranger qui se trouve sur le territoire de la Belgique jouit de la protection accordée aux personnes et aux biens, sauf les exceptions établies par la loi.
18. Voir l'article 142 de la Constitution et l'article 2 de la *Loi spéciale sur la Cour d'arbitrage*, M.B. 7 janvier 1989, p. 315, du 6 janvier 1989.
19. Voir l'article 127 de la *Loi spéciale sur la Cour d'arbitrage du 6 janvier 1989*.

norme concernée subsiste. Dans son arrêt n° 18/91 du 4 juillet 1991, rendu en matière de filiation<sup>20</sup>, la Cour a cependant souligné que si, en vertu de l'article 28 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage, l'autorité d'un arrêt rendu par la Cour en réponse à une question préjudicielle ne s'impose qu'au juge *a quo* et aux juridictions appelées à statuer « dans la même affaire », la Cour se doit d'avoir égard aux répercussions que peut avoir sa décision sur d'autres situations que celle qui a fait l'objet de la question préjudicielle. C'est le bon sens même.

Enfin, depuis un arrêt célèbre de la Cour de cassation du 27 mai 1971<sup>21</sup>, le traité directement applicable jouit d'une primauté par rapport à la loi interne, que le juge du fond, sous le contrôle des instances d'appel et de la Cour de cassation, doit considérer comme inopposable ou inapplicable si elle viole, à ses yeux, la norme internationale. Les articles 8, 12 et 14 de la Convention européenne, dont le contenu a été rappelé, sont habituellement considérés comme pourvus d'effet direct<sup>22</sup>. Le cas échéant, parce que les dispositions de la Convention européenne sont d'ordre public, le juge doit soulever d'office un moyen pris de leur violation<sup>23</sup>.

Dans le cas d'une déclaration d'inapplicabilité de la norme interne par une autre juridiction belge que la Cour d'arbitrage, la norme interne demeure. La solution ne vaut que pour le cas d'espèce.

Ainsi, la Cour européenne elle-même, la Cour d'arbitrage ou n'importe quelle juridiction belge ont-elles le pouvoir d'opérer un contrôle de conformité du Code civil, loi ordinaire dans la hiérarchie des normes, à l'égard de la Convention européenne des droits de l'Homme.

## **2 La décodification du Livre premier du Code civil par la Cour européenne**

La décision de la Cour européenne des droits de l'Homme qui a provoqué la décodification du Livre premier du Code civil belge est donc l'arrêt *Marckx* du 13 juin 1979<sup>24</sup>. Les requérantes, Paula et Alexandra Marckx, une mère non mariée et sa fille, se plaignaient d'abord des

---

20. C.A. n° 18/91 du 4 juillet 1991.

21. Cass. 27 mai 1971, J.T.1971.471.

22. Il faut ajouter, selon la Cour de cassation, des nuances en ce qui concerne les obligations positives des États parties déduites de l'article 8.

23. Cass. 18 septembre 1981, Pas.1982.I.98. Voir aussi: O. DE SCHUTTER et S. VAN DROOGHENBROECK, *Droit international des droits de l'homme devant le juge national*, Bruxelles, Larcier, 1999.

24. L'arrêt ne visait pas seulement des dispositions du Livre premier du *Code civil*, mais aussi du Livre 3 en matière de successions.

dispositions du Code civil relatives au mode d'établissement de la filiation maternelle « naturelle » (selon la terminologie de l'époque). Une mère non mariée devait reconnaître son enfant. Les requérantes critiquaient ensuite les effets de cet établissement quant à l'étendue de la famille et aux droits patrimoniaux de l'enfant et de la mère. Elles dénonçaient aussi la nécessité, pour celle-ci, d'adopter celle-là si elle voulait en accroître les droits. Malgré certains aménagements<sup>25</sup>, cette législation avait été héritée du Code Napoléon originaire. Aux yeux de la Cour européenne, tel que le conçoit l'article 8, le respect de la vie familiale implique en particulier l'existence en droit national d'une protection juridique rendant possible dès la naissance l'intégration de l'enfant dans sa famille. Divers moyens s'offrent en la matière au choix de l'État, mais une législation ne répondant pas à cet impératif enfreint le paragraphe premier de l'article 8. Or, la Cour relève : une violation de cette disposition, considérée isolément, dans le chef de la mère, parce qu'elle a dû reconnaître sa fille ; une violation de l'article 8 dans le chef de cette dernière parce que la législation belge ne lui ouvrait qu'une seule voie pour établir sa filiation maternelle, la recherche de maternité ; une violation de l'article 8 dans le chef des deux requérantes parce que l'établissement de la filiation ne créait de lien qu'entre la mère et la fille, à l'exclusion notamment des grands-parents ; une violation, dans le chef des deux requérantes, de l'article 14 combiné avec l'article 8, parce que les enfants naturels étaient traités de manière différente des enfants légitimes sans justification objective et raisonnable quant à l'établissement de la filiation maternelle et quant à l'étendue de leur famille ; une violation de l'article 14, combiné avec l'article 8, dans le chef de l'enfant naturel du fait tant des restrictions à sa capacité de recevoir des biens de sa mère que de son absence complète de vocation successorale à l'égard de ses proches parents du côté maternel ; une violation de l'article 14, combiné avec l'article 8, dans le chef de la mère, parce que les mères célibataires et les mères mariées n'ont pas la même liberté de donner ou de léguer leurs biens à leur enfant<sup>26</sup>.

Si la Cour n'avait évidemment pas vocation à condamner la loi belge elle-même, mais seulement à constater une violation de la Convention dans une espèce concrète, il a paru évident à tous les commentateurs de l'arrêt

---

25. Ces aménagements sont notamment jurisprudentiels. La Cour de cassation avait ainsi reconnu un droit de visite aux grands-parents de l'enfant naturel alors qu'en principe aucun lien familial ne les unissait : Cass. 22 septembre 1966, Pas.I.1967. 78-79 ; *R.C.J.B.*, 1966, note J. Dabin ; *Ann. not.*, 1968, note Mahillon.

26. La Cour constate aussi, à propos du mode de dévolution de la succession aux enfants naturels, une violation de l'article 14 de la Convention, combiné avec l'article premier du Protocole n° 1 qui protège les biens.

*Marckx* qu'étaient indirectement et généralement censurées les dispositions du Code civil relatives à l'établissement et aux effets de la filiation maternelle hors mariage, ainsi que celles relatives à la dévolution successorale qui concernait l'enfant naturel. Un éminent auteur ne titrait-il pas « La loi condamnée<sup>27</sup> » ?

En attendant la réforme, fallait-il appliquer le Code civil tel qu'il existait ? La Cour européenne n'avait pas manqué d'apercevoir le problème. Aussi n'hésita-t-elle pas à définir elle-même la portée de son arrêt dans le temps : « le principe de sécurité juridique, nécessairement inhérent au droit de la Convention comme au droit communautaire, dispense l'État belge de remettre en cause des actes ou situations juridiques antérieurs au prononcé du présent arrêt<sup>28</sup> ». Les juridictions internes ne l'entendirent toutefois pas toujours de cette oreille. Plusieurs n'hésitèrent pas à refuser d'appliquer les dispositions censurées dans l'arrêt *Marckx*, voire d'autres qui leur semblaient non conformes à la Convention, et à y substituer leur propre solution<sup>29</sup>. La Cour de cassation mit le holà à ce mouvement jurisprudentiel en décidant que l'article 8, § 1<sup>er</sup> de la Convention européenne, en tant qu'il interdit en principe à l'État de s'immiscer dans la vie privée et familiale des individus, énonce une norme qui, en règle, est suffisamment précise et complète pour produire des effets directs, mais que, en tant que cette disposition comporte des obligations en ce sens que l'État doit agir de manière à permettre à ces personnes de mener une vie de famille normale, elle n'est pas suffisamment précise et complète pour avoir des effets directs. Dans cette mesure, elle n'impose à l'État qu'une obligation de faire que le législateur doit observer, mais ne saurait être invoquée comme source de droits subjectifs et d'obligations pour des particuliers<sup>30</sup>.

- 
27. F. RIGAUX, « La loi condamnée. À propos de l'arrêt du 13 juin 1979 de la Cour européenne des droits de l'Homme », *J. Tribun.*, vol. 94, n° 5093, 22 septembre 1979, p. 513. M. Rigaux critique également les audaces interprétatives de la Cour.
28. Arrêt *Marckx*, précité, note 8, § 58. Pour une application de cette solution, voir Mons 25 février 1999, *R.G.D.C.*, 2000, 190.
29. Voir, par exemple, les solutions contradictoires du Tribunal de première instance de Charleroi et du Tribunal de première instance de Namur : Civ. Charleroi, 20 juillet 1988, *J.L.M.B.* 1989.1455, *J.T.* 1989.240 ; *R.G.D.C.* 1990.78 ; et Civ. Namur, 30 mai 1989, *J.L.M.B.*, 1989.1458, note.
30. Cass. 10 mai 1985, *Arr. Cass.* 1984-85.1230, concl. A. Tillekaerts ; *Bull.* 1985.1122 ; Pas. 1985.I.1122 ; *R.C.J.B.* 1987.5, note F. Rigaux ; *R.W.* 1985-86.1848, note P. Senaeve ; *Rev. not. b.* 1986.48, note C. Defays ; *Rev. trim. dr. fam.* 1985.189 ; *T. Not.*, 1985.157. Voir déjà : Cass. 3 octobre 1983, *Arr. Cass.* 1983-84.110, concl. E. Krings ; *Bull.* 1984.108 ; *J.T.* 1984.648 ; Pas., 1984.I.108 ; *R.C.J.B.* 1984.605, note F. Rigaux ; *R.W.* 1983-84.1972. Voir aussi : Cass. 6 mars 1986, *Arr. Cass.* 1985-86.937 ; *Bull.* 1986.852 ; *J.T.* 1987.469 ; Pas. 1986.I.852 ; *R.C.J.B.* 1987.8, note F. Rigaux ; *R.W.* 1986-87.236, note P. Senaeve ; *Rec. gén. enr. not.* 1986.411, note ; *Rev. not. b.* 1986.438, note D.S. ; *T. Not.* 1986.142, note F. Bouckaert.

Ces controverses aboutirent au second arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme relatif aux mêmes dispositions du Code civil que celles qui étaient visées dans l'arrêt *Marckx*, ou plus précisément aux effets de celui-ci. Il s'agit de l'arrêt *Vermeire* du 29 novembre 1991<sup>31</sup>. M<sup>me</sup> Astrid Vermeire, fille « naturelle », s'était vue exclue de la succession de ses grands-parents paternels, la parenté naturelle n'établissant aucun lien de filiation avec les aïeuls. La succession de son grand-père s'était cependant ouverte après le 13 juin 1979, date de l'arrêt *Marckx*. La Cour d'appel de Bruxelles décida par arrêt du 23 mai 1985, avant donc la promulgation de la loi réformant la filiation, ce qui suit :

[En] tant que l'article 8 [de la Convention européenne des Droits de l'Homme] comporte des obligations négatives qui prohibent l'immixtion arbitraire de l'État dans la vie privée et familiale des personnes qui résident sur son territoire, il énonce une règle suffisamment précise et complète qui revêt un caractère directement applicable, mais il n'en est pas de même en tant que l'article 8 inclut pour l'État belge l'obligation positive d'élaborer un statut juridique conforme aux principes que cette disposition de la Convention énonce; [...] dès lors que de multiples moyens s'offrent en la matière au choix de l'État belge pour réaliser cet impératif, cette disposition n'est plus suffisamment précise et complète et s'analyse en une obligation de faire dont le pouvoir législatif et non le pouvoir judiciaire doit assumer la responsabilité.

La Cour d'appel refusa donc tout effet direct à l'arrêt *Marckx* au sujet de la vocation successorale de l'enfant naturel à l'égard des parents de l'auteur qui l'a reconnu. Un pourvoi en cassation fut rejeté et l'affaire portée devant la Cour européenne. Devant celle-ci, l'État belge plaidait qu'on ne saurait reprocher au législateur aucun manque de diligence à la suite de l'arrêt *Marckx*. Le Code civil n'ayant été modifié en matière de filiation qu'en 1987, le fait que l'entreprise de réforme ait mis plus de neuf ans à aboutir s'expliquait selon lui à la fois par la complexité notoire de la matière et par la prévoyance du Parlement. À des retouches partielles et fragmentaires, ce dernier avait préféré une refonte globale et systématique. C'était donc bien une « recodification » que le législateur avait eue en vue. La Cour européenne a affirmé toutefois ne pas discerner ce qui pouvait empêcher la Cour d'appel de Bruxelles, puis la Cour de cassation, de se conformer aux conclusions de l'arrêt *Marckx* à l'instar du Tribunal de première instance : n'était ni imprécise ni incomplète la règle qui interdisait d'opérer au détriment d'Astrid Vermeire, par rapport à ses cousins nés dans le mariage, une discrimination fondée sur le caractère « naturel » du lien de parenté l'unissant au *de cuius*. Un remaniement global, destiné à modifier en profondeur et de manière cohérente l'ensemble du droit de

---

31. *Vermeire c. Belgique*, 29 novembre 1991, Série A, n° 214C.

la filiation et des successions, ne s'imposait nullement comme préalable indispensable au respect de la Convention européenne, telle que la Cour venait de l'interpréter dans l'affaire *Marckx*<sup>32</sup>.

Aucune autre situation mettant en cause une disposition du Livre premier du Code civil belge n'a été déférée à la censure de la Cour européenne, excepté — sans succès — une affaire de transsexualisme touchant aux règles relatives à l'état civil<sup>33</sup>. L'arrêt *Marckx* avait cependant clairement « décodifié » le Livre premier du Code civil belge. Il s'agissait de reconstituer l'unité rationnelle perdue.

### 3 La volonté de recodifier

Le gouvernement belge avait saisi le Sénat dès le 15 février 1978 — avant donc de subir les foudres de la Cour européenne — d'un projet de loi visant à instaurer une égalité de droit entre tous les enfants. Au cours des débats précédant l'arrêt *Marckx*, il avait déjà soutenu que l'introduction de la règle *mater semper certa est* devait s'accompagner d'une refonte des

---

32. Arrêt *Marckx*, précité, note 8, §§ 25-26. Comme le relève la Cour européenne elle-même, la Cour d'arbitrage avait dit pour droit, en s'appuyant notamment sur l'arrêt *Marckx*, que l'article 756 ancien du Code civil, maintenu en vigueur en vertu de l'article 107 de la loi du 31 mars 1987, viole les articles 6 et 6bis de la Constitution (actuellement 10 et 11) en tant qu'il s'applique à des successions ouvertes à partir du 13 juin 1979. La Cour d'appel de Liège en a tiré les conséquences en décidant que les articles 756 à 766 du Code civil que la loi du 31 mars 1987 déclare applicables aux successions ouvertes avant son entrée en vigueur constituent une atteinte à l'article 14 de la Convention européenne combiné avec l'article 8, § 1<sup>er</sup> de la même Convention, en tant qu'ils reposent sur une discrimination entre les enfants naturels et les enfants légitimes en matière successorale. L'article 14, combiné avec l'article 8, § 1<sup>er</sup>, en tant qu'il interdit de discriminer les enfants naturels par rapport aux enfants légitimes, est d'une précision et d'une clarté suffisantes pour en reconnaître les effets directs et, partant, l'applicabilité immédiate dans l'ordre juridique belge (Liège, 7 février 1992, *J.L.M.B.* 1993.376, note S. Nudelhole). La Cour d'appel de Gand avait déjà condamné l'État, sur la base de la Convention, à rembourser des droits de succession payés par des enfants naturels à un taux plus élevé que les enfants légitimes (Gand, 13 novembre 1990, Pas. 1991.II.70; *R.W.* 1991-92.50, note L. Van Schoubroeck; *T. Not.* 1990.434). L'ancien régime de succession de l'article 756 du Code civil pour les frères et sœurs d'un enfant « naturel » diverge essentiellement de la succession entre frères et sœurs légitimes. Une telle discrimination est contraire à l'article 14 en rapport avec l'article 8 de la *Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales*. Pour le frère d'un enfant « naturel », les mêmes règles doivent être appliquées qu'entre frères et sœurs « légitimes » même s'il s'agit de successions qui ont été ouvertes avant la nouvelle loi de filiation. Le frère d'un enfant naturel décédé peut par conséquent aussi, pour le calcul du tarif de droits de succession, revendiquer le tarif « entre frères et sœurs ». L'État belge qui avait appliqué le tarif « entre toutes autres personnes » est tenu au remboursement.

33. *Van Oosterwijck c. Belgique*, 6 novembre 1980, Série A, n° 40.

textes relatifs à la recherche de paternité, sans quoi la mère célibataire subirait un accroissement unilatéral considérable de ses charges. On a vu que cette argumentation, selon laquelle la réforme devait envisager tout le droit de la filiation, sera reprise dans l'affaire *Vermeire*. Il s'agissait, aux yeux du gouvernement, d'un problème d'ensemble qu'il aurait été dangereux de ne pas résoudre en entier<sup>34</sup>.

Ce n'est que par la loi du 31 mars 1987 modifiant diverses dispositions légales relatives à la filiation que le législateur belge, entendant tirer les conséquences de la condamnation encourue à Strasbourg<sup>35</sup>, a profondément réformé le droit de la filiation. La loi du 27 avril 1987 modifiant diverses dispositions légales relatives à l'adoption a eu également en vue, notamment, d'améliorer la condition juridique des enfants nés hors mariage dans la perspective de la réforme du droit de la filiation. La Belgique a donc mis neuf ans pour faire aboutir une réforme suscitée essentiellement par la Cour européenne. Il n'est pas douteux que le législateur entendait conserver la cohérence et la complétude du Code en matière de droit des personnes.

#### 4 La jurisprudence de la Cour d'arbitrage après la recodification

Les commentateurs avaient cependant immédiatement émis des doutes au sujet de la conformité de la nouvelle loi à la Convention européenne. Étaient surtout en cause les droits du père, défavorisé au regard de la mère au nom d'un féminisme peu clairvoyant<sup>36</sup>. Aujourd'hui encore, les polémiques demeurent vives<sup>37</sup>. On aurait donc pu imaginer que la Cour européenne soit ressaisie de diverses affaires impliquant des dispositions de la nouvelle loi — ou du nouveau code. Or, il n'en fut rien. Lors de la révision de la Constitution du 15 juillet 1988, la compétence de la Cour d'arbitrage avait en effet été étendue au contrôle du respect des articles 10 et 11 de la Constitution, qui, on l'a vu, garantissent le principe d'égalité et de non-discrimination<sup>38</sup>. Les contestations relatives à plusieurs dispositions de la nouvelle loi sur la filiation ou sur l'adoption furent dès lors de

34. Arrêt *Marckx*, précité, note 8, par. 42; arrêt *Vermeire*, précité, note 31, par. 24.

35. Le ministre de la Justice de l'époque, présentant le projet de réforme, souligna d'emblée que «l'arrêt *Marckx* a créé une certaine insécurité juridique»: *Doc. parl.*, Ch., sess. 1985-1986, n° 378/16.

36. Le sénateur R. Lallemand, avant la doctrine, avait en vain attiré l'attention du législateur à ce sujet lors des débats parlementaires.

37. C'est le cas notamment quant au droit de la mère ou de l'enfant de consentir à la reconnaissance de ce dernier par un homme, ou à propos de l'attribution du nom patronymique.

38. Ainsi qu'à l'article 24 relatif aux droits et libertés en matière d'enseignement.

préférence portées devant la cour constitutionnelle, par la voie de questions préjudicielles<sup>39</sup>. Il n'est guère possible d'analyser ici tous les arrêts de la Cour d'arbitrage relatifs à notre matière. Le phénomène de décodification nous intéresse pour le moment davantage que les solutions retenues, relevons, sans entrer dans les détails, la liste impressionnante des arrêts qui remettent en question, au regard du principe d'égalité, des dispositions de la loi du 31 mars 1987 ou du 27 avril 1987 :

- L'arrêt n° 39/90 du 21 décembre 1990 dit pour droit que l'article 319, § 3 du Code civil viole les articles 6 et *6bis* de la Constitution (actuellement 10 et 11) en ce qu'il subordonne au consentement préalable de la mère la recevabilité de la reconnaissance d'un enfant mineur non émancipé par l'homme dont la paternité n'est pas contestée ;
- L'arrêt n° 18/91 du 4 juin 1991 dit pour droit que la différence de traitement entre enfants naturels et légitimes en matière de droits successoraux, instaurée par l'article 756 du Code civil, maintenu en vigueur à titre transitoire par l'article 107 de la loi du 31 mars 1987 modifiant diverses dispositions légales relatives à la filiation, viole les articles 6 et *6bis* de la Constitution (actuellement 10 et 11) ;
- L'arrêt n° 38/93 du 19 mai 1993 dit pour droit que l'article 335, § 3, alinéa 2 du Code civil, relatif à l'attribution du nom de l'enfant, viole les articles 6 et *6bis* de la Constitution (actuellement 10 et 11) ;
- L'arrêt n° 62/94 du 14 juillet 1994 dit pour droit que l'article 319, § 4 du Code civil viole les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'il accorde au tribunal, la mère étant inconnue, décédée ou dans l'impossibilité de manifester sa volonté, le pouvoir d'annuler, en fonction de son appréciation de l'intérêt de l'enfant, la reconnaissance d'un enfant mineur non émancipé opérée par un homme dont la non-paternité biologique n'est pas démontrée ;
- L'arrêt n° 36/96 du 6 juin 1996 dit pour droit que l'absence de possibilité pour un enfant non émancipé de 15 ans accomplis de refuser son consentement à sa reconnaissance par une femme, alors que cette possibilité existe dans le cas de reconnaissance par un homme, est contraire au principe d'égalité et de non-discrimination contenu dans les articles 10 et 11 de la Constitution ;
- L'arrêt n° 104/98 du 21 octobre 1998 dit pour droit que l'article 323 du Code civil, interprété comme attribuant au père biologique d'un enfant

---

39. Voir, entre autres, A.-C. VAN GYSEL, *loc. cit.*, note 3, note sous C.A. 14 juillet 1994, J.T. 1995.701.

une action en recherche de sa propre paternité, viole les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'il n'offre pas une protection comparable à celle organisée par l'article 322 du même Code ;

- L'arrêt n° 53/2000 du 3 mai 2000 considère qu'en disposant que l'adoption plénière fait cesser le lien juridique qui unit l'adopté à sa famille d'origine, même à l'égard de sa mère, alors qu'il continue de vivre avec elle et qu'elle forme une famille de fait avec l'adoptant, le législateur a pris une mesure qui est manifestement disproportionnée à l'objectif poursuivi ;
- L'arrêt n° 61/2000 du 25 mai 2000 dit pour droit que l'article 320, 4° du Code civil, qui permet la reconnaissance d'un enfant par un autre homme que le mari, viole les articles 10 et 11 de la Constitution en tant qu'il ne mentionne pas le divorce par consentement mutuel ;
- L'arrêt n° 154/2001 du 28 novembre 2001 dit pour droit que l'article 361, § 2, alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil<sup>40</sup> viole les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'il n'étend pas ses effets à deux personnes de sexe différent qui ont fait une déclaration de cohabitation légale ;
- L'arrêt n° 112/2002 du 26 juin 2002 dit pour droit que l'absence de possibilité pour un enfant majeur de refuser son consentement à sa reconnaissance par une femme, alors que cette possibilité existe dans le cas de reconnaissance par un homme, viole les articles 10 et 11 de la Constitution ;
- L'arrêt n° 66/2003 du 14 mai 2003 dit pour droit que l'article 319, § 3, alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil viole les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'il réserve à la seule mère d'un enfant âgé de moins de 15 ans la possibilité de refuser de consentir à la reconnaissance de celui-ci par un homme dont la paternité n'est pas contestée. La même disposition ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'elle permet au juge, saisi d'une demande de reconnaissance d'un enfant âgé de moins de 15 ans par un homme dont la paternité n'est pas contestée, d'exercer un contrôle portant sur l'intérêt de l'enfant à voir établie cette filiation<sup>41</sup> ;

---

40. Cet article dispose ceci : « Lorsque l'adoption a été faite par deux époux ou que l'adopté est l'enfant ou l'enfant adoptif du conjoint de l'adoptant, les droits de la puissance paternelle sont exercés par les deux époux, conformément aux règles applicables aux père et mère. »

41. M. van Gysel souligne le revirement de jurisprudence que constitue cet arrêt ; voir : A.-C. VAN GYSEL, *loc. cit.*, note 3, 265.

- L'arrêt n° 169/2003 du 17 décembre 2003 dit pour droit qu'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 (enfant dit « incestueux »), lorsque ce lien d'alliance a disparu, l'article 321 du Code civil viole les articles 10 et 11 de la Constitution ;
- L'arrêt n° 79/2004 du 12 mai 2004 dit pour droit que viole les articles 10 et 11 de la Constitution l'article 337, § 1<sup>er</sup> du Code civil, en tant qu'il dispose que les enfants qui intentent (ou au nom desquels il est intenté) une action en réclamation d'une pension d'entretien à l'encontre de leur géniteur conformément à l'article 336 du Code civil, doivent intenter cette action dans un bref délai de forclusion de trois ans suivant soit la naissance, soit la cessation des secours volontaires, dans la mesure où il est ainsi établi une différence de traitement entre ces enfants et tous les autres enfants qui, pour réclamer une pension d'entretien à leur père, ne sont pas confrontés à pareil délai de forclusion ;
- L'arrêt n° 81/2004 du 12 mai 2004 dit pour droit que l'article 232 du Code civil viole les articles 10 et 11 de la Constitution en tant qu'il subordonne l'admission d'un divorce pour cause de séparation de fait de plus de deux ans à la condition que « l'admission du divorce sur cette base n'aggrave pas de manière notable la situation matérielle des enfants mineurs, issus du mariage des époux ou adoptés par eux ».

On le voit, la censure du législateur est constante et la date des arrêts les plus récents indique que le processus n'est sans doute pas arrivé à son terme.

À vrai dire, dans la plupart des cas, la discussion s'est cantonnée devant la cour constitutionnelle aux articles 10 et 11 de la Constitution, sans référence à la Convention européenne ou à d'autres traités internationaux, notamment parce que les plaideurs ne songent pas suffisamment à les invoquer. Par arrêt n° 18/91 du 4 juin 1991, la Cour d'arbitrage estime néanmoins que l'article 320 du Code civil ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution, considérés isolément ou combinés avec les articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'Homme et la *Convention de New York du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant*. Par arrêt n° 56/2001 du 8 mai 2001, elle dit pour droit que l'article 320 du Code civil ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution considérés isolément ou combinés avec les articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'Homme et la *Convention de New York du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant*, en tant qu'il ne permet pas au tribunal de première instance d'autoriser la reconnaissance de l'enfant par un autre homme que

le mari si l'enfant a été conçu avant le mariage de la mère<sup>42</sup>. Dans l'arrêt n°112/2002 du 26 juin 2002, une partie invoque la *Convention relative aux droits de l'enfant*<sup>43</sup>. Dans l'arrêt n° 169/2003 du 17 décembre 2003, la Cour d'arbitrage se fonde elle-même sur ce traité<sup>44</sup>.

## 5 La jurisprudence des tribunaux du fond

En ce qui concerne la censure des dispositions du Livre premier du Code civil par les juridictions du fond après la réforme de 1987, notamment sur la base de la Convention européenne, le Tribunal de première instance de Termonde avait anticipé l'arrêt de la Cour d'arbitrage n° 154/2001 du 28 novembre 2001, mentionné plus haut, en décidant que la possibilité de reconnaissance d'un enfant par un homme en application de l'article 320, 4° du Code civil doit être ouverte aussi lorsque le divorce a été prononcé par suite d'une procédure de divorce par consentement mutuel et ne peut rester limitée aux divorces prononcés en vertu des articles 229, 231 ou 232 du Code civil<sup>45</sup>. L'article 320, 4°, précité, est, aux yeux de cette juridiction, contraire aux articles 8, § 1<sup>er</sup> et 14 de la Convention européenne des droits de l'Homme puisque tous les enfants adultérins *a matre* ne sont pas traités de la même manière et qu'il existe une différence de traitement des différents enfants adultérins *a matre* selon la manière dont la dissolution du mariage de leur mère adultère et de son conjoint a été prononcée<sup>46</sup>.

42. L'article 320 du Code civil est actuellement libellé comme suit :

Lorsque la paternité établie en vertu des articles 315 ou 317 n'est pas corroborée par la possession d'état, l'enfant peut, sur l'autorisation du tribunal de première instance de son domicile, être reconnu par un autre homme que le mari :

1° s'il est né 180 jours au moins après la dissolution ou l'annulation du mariage de la mère ;

2° s'il est né plus de 300 jours après l'audience d'introduction visée à l'article 1258 du Code judiciaire et qu'un procès-verbal de conciliation n'a pas été établi, ou après l'ordonnance du président siégeant en référé et autorisant les époux à résider séparément, ou après la déclaration prévue à l'article 1289 du même Code, et moins de 180 jours après le rejet définitif de la demande ou depuis la conciliation des époux ;

3° s'il est né plus de trois cents jours après une ordonnance du juge de paix rendue en vertu de l'article 223 du présent Code et autorisant les époux à résider séparément, et moins de cent quatre-vingts jours depuis que cette mesure a pris fin ou depuis la réunion de fait des époux ;

4° si l'enfant est né plus de 300 jours après la date de la séparation de fait lorsque le divorce a été prononcé en vertu des articles 229, 231 ou 232.

43. C.A. n° 112/2002 du 26 juin 2002, A.2.

44. C.A. n° 169/2003 du 17 décembre 2003, B.5.

45. Ces dernières dispositions régissent le divorce pour cause d'adultère, d'excès, de sévices ou d'injures graves et le divorce après séparation de fait de plus de deux ans.

46. Civ. Termonde, 2 juin 1999, *A.J.T.* 1999-00.609, note G. Verschelden.

Par jugements des 1<sup>er</sup> décembre 1999 et 10 octobre 2001, le Tribunal de première instance de Mons a statué sur les conséquences juridiques de l'article 57 du Code civil, relatif aux mentions de l'acte de naissance, en estimant que, si l'ordre public s'oppose à ce que soit reconnu au transsexuel un statut qui correspond au sexe qu'il revendique mais dont il n'a pas acquis tous les caractères, il s'oppose également à ce que soit maintenu un statut qui ne correspond plus à la réalité. Le tribunal rejette en l'espèce la demande de rectification de l'acte de naissance, mais estime que rien ne s'oppose à ce qu'il soit fait mention en marge de l'acte de naissance d'une femme transsexuelle que celle-ci est désormais autorisée à se dire de sexe masculin, puisque pareille mention prend en compte la circonstance qu'elle présente actuellement des éléments acquis du sexe qu'elle revendique. Cette mention sera le reflet juridique de la réalité et peut contribuer à apaiser les tourments de la requérante tout en préservant les intérêts des tiers, à la protection desquels l'ordre public est intéressé. L'obligation de respecter la vie privée, imposée par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme implique que soient prises toutes mesures utiles pour qu'une personne qui a pris l'apparence, et, dans une certaine mesure, les caractères du sexe opposé à celui qui est indiqué dans son acte de naissance, puisse se faire délivrer des documents d'identité indiquant son sexe apparent<sup>47</sup>.

Parfois, la Convention européenne est l'occasion d'ajouter au Code civil. Ainsi, le juge de paix d'Alost n'hésite pas à décider que, en vertu des articles 8 et 14 de la Convention européenne, les articles 213 et 221 du Code civil qui définissent les devoirs de secours entre époux et de contribution aux charges du mariage doivent être appliqués à l'action alimentaire entre concubins séparés<sup>48</sup>. Selon le Tribunal d'arrondissement de Tongres, en vertu de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, la vie familiale de la famille « illégitime » doit être protégée comme celle de la famille « légitime ». Les articles 215 et suivants du Code civil<sup>49</sup> sont dès lors également d'application à la famille hors mariage. Le juge de paix est, par conséquent, compétent pour connaître d'une action tendant à obtenir des mesures provisoires entre des concubins<sup>50</sup>.

---

47. Civ. Mons, 1<sup>er</sup> décembre 1999, *J.L.M.B.* 2000.821, note K. Uytterhoeven ; Civ. Mons, 10 octobre 2001, *J.L.M.B.* 2002.652, note I.M.

48. J.P. Alost, 11 juin 1991, *R.W.* 1993-94.1307 ; *J.J.P.* 1992.11.

49. Ces dispositions définissent le régime matrimonial primaire entre époux, c'est-à-dire celui qui échappe à la définition consensuelle.

50. Trib. arr. Tongres, 1<sup>er</sup> avril 1992, *Limb. Rechtsl.* 1993.59.

Plusieurs décisions envisagent la compatibilité d'une disposition du Livre premier du Code civil avec la Convention européenne, mais constatent une absence de violation du traité. Elles indiquent néanmoins que les plaideurs n'hésitent pas à invoquer le droit international des droits de la personne et, en creux, apparaît la puissance potentiellement déstabilisatrice de celui-ci.

Ainsi, avant l'arrêt de la Cour d'arbitrage n° 169/2003 du 17 décembre 2003 mentionné plus haut, qui retiendra une solution contraire, la Cour d'appel de Liège avait décidé qu'en application de l'article 321 du Code civil le père ne peut reconnaître l'enfant qu'il a engendré avec sa belle-fille séparée de fait de son fils, même si elle a divorcé après la naissance. Cette disposition n'est pas contraire à l'article 8 et/ou à l'article 14 de la *Convention européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales*<sup>51</sup>.

La Cour d'appel d'Anvers décide que l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme permet au ministère public de s'immiscer dans la vie privée en vue de la protection de l'ordre public. Une violation de la vie privée ne peut dès lors pas être invoquée lorsque le procureur du roi agit en protection de l'institution du mariage contre des mariages simulés. Les époux ne peuvent se prévaloir non plus de la protection prévue à l'article 12 de la Convention<sup>52</sup>.

Selon le Tribunal de première instance de Mons, il n'existe pas, dans l'état actuel de notre droit positif, d'obligation alimentaire légale, ni même d'obligation naturelle, entre les concubins. Les articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'Homme ne permettent nullement de consacrer une telle obligation alimentaire<sup>53</sup>.

Selon la Cour d'appel de Bruxelles, la reconnaissance d'un enfant est régie par le droit national de l'enfant, en l'espèce le droit belge. Les fonctionnaires publics ne sont pas habilités à enregistrer la reconnaissance d'un enfant mineur par un homme sans que la mère y consente. L'article 319, § 3 du Code civil ne viole ni l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme ni l'article 14<sup>54</sup>.

Le Tribunal de la jeunesse d'Anvers a estimé que, sur la base de l'article 8 de la Convention européenne, l'État ne peut être obligé d'élaborer,

---

51. Liège, 27 février 1990, *J.L.M.B.* 1990.1168, note D. Pire; *Rev. trim. dr. fam.* 1990.239.

52. Anvers, 17 octobre 1990, *R.G.D.C.* 1992.355, note J. Roodhooft; Bruxelles, 7 juin 1994, *R.G.D.C.* 1995.377, note J. Roodhooft.

53. Civ. Mons, 23 mai 2001, *J.L.M.B.* 2002.648, note S.D. Cette solution est contraire à celle mentionnée au paragraphe précédent.

54. Bruxelles, 22 décembre 1995, *A.J.T.* 1995-96.488, note K. Lambein; *Rev. trim. dr. fam.* 1996.288; Bruxelles, 17 septembre 2002, *NjW* 2002.liv.9.315, note K. Swerts.

en rapport avec le droit de la filiation pour personnes cohabitantes du même sexe, un statut qui soit analogue à celui des personnes de sexe différent. Dès lors, l'exercice conjoint de l'autorité parentale par une mère et son ex-partenaire lesbienne n'est pas possible<sup>55</sup>.

En marge de notre propos qui concerne d'abord le Code civil belge, relevons encore qu'à plusieurs reprises les tribunaux belges ont écarté l'application du droit étranger de la filiation, en principe imposé par le droit international privé<sup>56</sup>, sur la base de la Convention européenne des droits de l'Homme. Ainsi, lorsqu'un candidat à la reconnaissance de nationalité turque demande l'autorisation de reconnaître deux enfants nés d'une relation adultère, les conditions de fond de la reconnaissance découlent du droit de la nationalité commune du parent reconnaissant et de l'enfant. Le droit turc interdit toutefois la reconnaissance d'enfants nés d'une relation adultère. L'application de la loi turque à titre principal est rejetée parce qu'elle n'est pas conforme à l'ordre public international belge. Les droits que tout un chacun possède des liens de filiation et des liens familiaux avec les personnes avec lesquelles il est lié par un lien de sang constituent par ailleurs l'expression des droits de l'homme au respect de sa vie privée et familiale consacrés par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme<sup>57</sup>. Il a été jugé également que la loi marocaine qui prohibe l'établissement d'un lien de filiation non légitime doit être écartée en raison de sa contrariété à l'ordre international «privé» belge, le principe d'égalité des filiations ayant été substitué au principe de primauté de la filiation légitime par la législation actuelle belge, conformément aux articles 8 et 14 de la Convention européenne. Il convient en conséquence d'appliquer la loi belge<sup>58</sup>. Par ailleurs, pour autant que l'application de la loi néerlandaise implique que l'adoption d'un beau-fils ou d'une belle-fille majeur néerlandais par un beau-parent belge n'est pas recevable alors qu'une même adoption est possible en droit belge, les articles 14 et 8 de la Convention européenne qui touchent l'ordre public international sont violés<sup>59</sup>. De même, l'application des dispositions du Code civil néerlandais qui ne prévoit pas l'adoption des majeurs conduirait à une discrimination sur la

---

55. Trib. jeun. Anvers, 3 octobre 2002, *R.W.* 2002-03.liv.30.1188, note T. Robert.

56. La Belgique vient de se doter, par la loi du 16 juillet 2004, d'un nouveau Code de droit international privé. Sur le droit applicable à la filiation, voir les articles 62 à 65 ; sur le droit applicable à l'adoption, les articles 67 à 71.

57. Civ. Anvers, 6 mai 1992, *T. Vreemd.* 1992.275 ; *R.G.D.C.* 1994.77.

58. Civ. Bruxelles (12<sup>e</sup> ch.), 29 juin 1994, *Rev. trim. dr. fam.* 1996.231. Dans le même sens, Civ. Bruxelles (réf.), 1<sup>er</sup> mars 1994, *Rev. trim. dr. fam.* 1995.41 ; *R.G.D.C.* 1994.408.

59. Civ. Gand, 5 mars 1992, *Not. Fisc. M.* 1994.liv.3.19, note K. Lambein ; *R.W.* 1992-93.1099.

base de l'âge et de la nationalité et serait contraire aux articles 8 et 14 de la Convention<sup>60</sup>. Par contre, la Cour d'appel de Bruxelles a relevé que l'article 344, § 2 du Code civil dispose pour le cas d'une adoption entre un Belge et un étranger, que, lorsque l'adopté a plus de 15 ans, chacune des parties doit satisfaire aux conditions que lui impose son statut personnel. L'article 67 du *Code de la famille* roumain dispose que les personnes majeures ne peuvent être adoptées que si elles ont été élevées durant leur minorité par la personne qui désire les adopter. La différence de traitement entre les majeurs roumains élevés par l'adoptant et les majeurs roumains dont les liens avec l'adoptant n'ont été créés que tardivement est justifiée par des raisons objectives compatibles avec l'institution même de l'adoption et est proportionnée au but poursuivi par le législateur roumain, de telle sorte que cette disposition ne viole pas les articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'Homme<sup>61</sup>.

## 6 Quelques considérations finales

### 6.1 La rationalité, une enveloppe vide ?

L'arrêt *Marckx* a décodifié le Livre premier du Code civil belge. Le législateur n'a manifestement pas réussi à lui redonner cohérence. Les profondes réformes légales de 1987 sont jugées implicitement mais certainement peu satisfaisantes sous divers aspects, puisque de multiples dispositions ont été remises en question avec succès devant la Cour d'arbitrage et parfois devant les juridictions du fond. Comment expliquer cet échec ?

La logique qui sous-tendait la démarche législative en 1987 et celle qui guide en principe au jour le jour celle des juridictions sont la recherche de la rationalité. De ce point de vue, rien n'a changé depuis 1804. On sait à quel point le Code civil se voulait consécration de la Raison. Selon Portalis, « le droit est la raison universelle, la suprême raison fondée sur la nature même des choses<sup>62</sup> ». On pourrait d'ailleurs remonter beaucoup plus loin pour indiquer la constance, en Occident, de la prétention du droit à la rationalité. Le législateur raisonnable est déjà celui que Platon appelle de ses vœux

60. Civ. Anvers, 25 mars 1997, *T. Not.* 1997.538, note K. Lambein; Civ. Anvers, 25 janvier 2002, *R.W.* 2002-03.liv.35.1395; Civ. Turnhout, 12 décembre 1996, *J. dr. jeun.* 1999.liv.190.57, note; *R.W.* 1999-00.334.

61. Bruxelles, 4 septembre 2001, *J.T.* 2002.469; *Rev. trim. dr. fam.* 2003.386. Dans le même sens: Civ. Bruxelles, 21 novembre 2000, *Rev. trim. dr. fam.* 2002.484.

62. J.M.E. PORTALIS, *Discours préliminaire sur le projet de code civil*, 1<sup>er</sup> pluviôse an IX, réédition, Centre de philosophie politique et juridique de l'Université de Caen, 1989-1992, p. 15.

dans *La République*<sup>63</sup>. Comme le Code Napoléon, la Cour européenne ou la Cour d'arbitrage prétendent fonder leurs solutions sur leur caractère raisonnable. Celle-ci a emprunté à celle-là sa formule devenue classique :

Les règles constitutionnelles de l'égalité et de la non-discrimination n'excluent pas qu'une différence de traitement soit établie entre des catégories de personnes, pour autant qu'elle repose sur un critère objectif et qu'elle soit *raisonnablement* justifiée. Les mêmes règles s'opposent, par ailleurs, à ce que soient traitées de manière identique, sans qu'apparaisse une justification *raisonnable*, des catégories de personnes se trouvant dans des situations qui, au regard de la mesure considérée, sont essentiellement différentes. L'existence d'une telle justification doit s'apprécier en tenant compte du but et des effets de la mesure critiquée ainsi que de la nature des principes en cause; le principe d'égalité est violé lorsqu'il est établi qu'il n'existe pas de rapport *raisonnable* de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé<sup>64</sup>.

L'arrêt *Marckx* utilise huit fois le mot « raisonnable » pour justifier ses solutions. Selon la jurisprudence constante de la Cour européenne, une distinction se révèle discriminatoire si elle « manque de justification objective et raisonnable », c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un « but légitime » ou si fait défaut un « rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé ». Portalis aurait dit exactement la même chose, alors qu'il justifiait par la raison des choix très différents.

La rationalité ne serait-elle alors qu'une enveloppe vide, l'alibi plutôt facile de n'importe quel système juridique, une contradiction inévitable et permanente, le droit n'étant que le jouet des mœurs ? C'est en partie vrai. L'enveloppe n'est pas vide, mais son contenu éminemment variable. Le Code civil de 1804 exprime adéquatement les présupposés rationnels du droit produit par son époque et sa culture, qu'il veut justifier. Le législateur belge, en 1987, élabore une loi rationnelle. La Cour européenne, à l'échelle du Conseil de l'Europe, ou la Cour d'arbitrage à celle de la Belgique, font de même. Vouloir identifier les présupposés rationnels du droit est déjà beaucoup et est infiniment précieux. Le sens n'est pas donné, il est à construire. On peut cependant regretter que, contrairement à ce qui apparaît dans l'effort pédagogique du codificateur de 1804, les tribunaux se contentent souvent d'affirmer la rationalité de leurs décisions, sans tenter d'en rendre compte de la manière dont Portalis a voulu le faire au nom des rédacteurs du Code civil, par exemple. La Cour européenne ou la Cour d'arbitrage sont rationnelles avant tout parce qu'elles l'affirment.

---

63. La tradition sémite et sumérienne, qui est encore celle de l'islam aujourd'hui et qui a profondément marqué le droit occidental à travers la référence biblique, suppose plutôt une incapacité de la seule raison d'arriver à la connaissance de la vraie loi, donnée par Dieu dans un geste gratuit.

64. Par exemple: C.A. n° 10/94, 27 janvier 1994 [l'italique est de nous].

## 6.2 La perte du modèle familial unique

Bien sûr, la circonstance que le droit de la famille est en cause explique aussi les incertitudes légales et jurisprudentielles. On peut en effet mettre en avant un problème de fond, constitué par la difficulté actuelle de définir la famille, et partant les droits et devoirs de ceux qui la composent. Cela expliquerait l'éparpillement des solutions. Le problème est d'autant plus difficile à surmonter que, tout comme le Livre premier du Code civil est le fondement de l'ensemble, le droit des personnes, et plus précisément le droit de la famille, a toujours été au cœur du phénomène juridique. La famille fut le berceau du droit, tout comme le droit permit la constitution de familles. Les premières règles de vie en société, à l'époque paléolithique, ont sans doute concerné les relations familiales<sup>65</sup>. La prohibition de l'inceste, qui pour Lévi-Strauss n'a rien de « naturel » — car, si tel était le cas, pourquoi les sociétés auraient-elles formulé l'interdit avec tant de constance et tant de rigueur ? — est la condition de la vie en société<sup>66</sup>. Les règles relatives au mariage et à la filiation sont à l'origine de l'existence même du phénomène normatif, et, aujourd'hui encore, elles reflètent mieux que d'autres les conceptions philosophiques et sociales qui prévalent au sein d'un groupe humain. On constate d'ailleurs que les règles relatives aux relations familiales sont les plus résistantes et les plus réfractaires aux changements fondamentaux, ainsi que le montre la persistance des coutumes en la matière dans des régions du monde qui tendent à leur substituer un droit écrit, comme en Afrique noire, ou encore les immenses difficultés rencontrées par les États islamiques ou d'inspiration islamique pour modifier leur droit de la famille<sup>67</sup>. Mais lorsque ces conceptions sociales ne sont plus univoques, lorsqu'elles sont menacées de dilution, le droit de la famille ne peut sauvegarder sa cohérence. Il devient lui aussi, nécessairement, pluriel.

Dans son arrêt n° 18/91 du 4 juillet 1991, déjà cité, la Cour d'arbitrage a relevé que l'exposé des motifs du projet de loi du 15 février 1978 modifiant diverses dispositions légales relatives à la filiation et à l'adoption<sup>68</sup>, qui aboutira à la loi du 31 mars 1987, est fondé, entre autres, sur l'opinion que « le changement des mœurs ainsi que l'évolution des idées à

---

65. Voir : N. ROULAND, *Aux confins du droit, anthropologie juridique de la modernité*, Paris, Odile Jacob, 1991.

66. Voir : C. LÉVI-STRAUSS, *Les structures élémentaires de la parenté*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Mouton, 1967.

67. Voir cependant l'adoption d'un nouveau code de la famille par le Parlement marocain en janvier 2004. Demeure la question de la réception de celui-ci par la population.

68. *Doc. parl.*, Sénat, sess. 1977-1978, n° 305/1.

l'égard de la mère célibataire et de l'enfant né hors mariage appellent une réforme complète de notre droit de la filiation». C'est devenu un truisme de constater que, d'un modèle monolithique du point de vue juridique, social, psychologique, économique, on est passé à la diversité manifeste. Ce constat peut être fait dans la plupart des pays, en tout cas ceux de l'hémisphère nord. La famille, au sens commun, est aujourd'hui l'idée que ses membres s'en font; au sens juridique, c'est l'idée que le législateur et les juges s'en font au moment où ils définissent ou interprètent la norme. Dans les deux cas, le moins que l'on puisse dire est que l'unité qui prévalait en 1804 est perdue. Devant les juridictions supérieures s'affrontent avec des fortunes diverses les tenants de diverses conceptions.

### **6.3 Le juge international et le juge constitutionnel, superlégislateurs**

Cette explication n'est cependant pas encore suffisante. L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme protège toutes les familles, et il serait injuste de soutenir que l'interprétation qu'en donne la Cour de Strasbourg est chaotique, contradictoire, variable au gré des opinions des juges qui la composent. La jurisprudence de la Cour d'arbitrage, de la Cour de cassation ou des tribunaux du fond, à quelques exceptions près, ne l'est pas davantage. La diversité des modèles familiaux ne devrait pas empêcher l'avènement d'une législation respectant les droits fondamentaux de toutes les familles et de chacun de leurs membres, spécialement au regard du principe d'égalité.

La difficulté, voire l'impossibilité, de recodifier doit plutôt être recherchée dans la prévalence que la jurisprudence des cours internationales ou des cours constitutionnelles ont acquise. Le premier des trois pouvoirs n'est plus le législateur. L'exécutif l'avait progressivement dominé depuis la Révolution française. Aujourd'hui, les juges contrôlent les lois et les codes. Or, leur intervention est, par nature, occasionnelle et ponctuelle. Non seulement, dans bien des cas, ils n'ont à envisager qu'un cas d'espèce, mais, même au contentieux objectif, ils ne statuent pas sur l'ensemble des dispositions codifiées, opérant une approche pointilliste. Toutefois, une fresque dans laquelle des trous ont été pratiqués n'en est plus une; un tableau mutilé perd son expressivité; le temple dont l'une ou l'autre colonne est sapée ne peut conserver son harmonie. Les systèmes romano-germaniques, qui ont produit les grandes codifications, voient miner, par l'existence des cours internationales et constitutionnelles, leur fondement principal, la prévalence d'une loi conçue comme générale et abstraite. En Belgique, en droit de la filiation, il n'y a plus de «code». La structure, les articulations de celui-ci ont été brisées par les décisions de la Cour européenne, de la Cour d'arbitrage et des juridictions de l'ordre judiciaire. La

tentative de recréer l'unité par des lois ambitieuses comme celle du 31 mars 1987 se révèle un échec. Le droit belge est davantage façonné par l'intervention nécessairement occasionnelle et ponctuelle de la jurisprudence qui prend le pas sur l'intervention législative, faisant songer, à l'horizon, à un rapprochement significatif avec les systèmes de common law.

L'incertitude quant à l'avenir vient du fait que la Convention européenne, par son imprécision, n'impose pas de solutions immédiatement lisibles en matière familiale. L'article 8 a d'ailleurs été utilisé à d'autres fins que celles qui lui avaient été assignées par les rédacteurs. L'exégèse nous apprend qu'il n'avait pas été conçu, en 1950, pour protéger la famille en tant que telle, mais plutôt pour protéger la vie privée, qui comporte un aspect familial. L'influence de la Convention européenne s'inscrit dans le contexte d'une interprétation extensive, très largement ouverte par les textes.

Le Code civil a été «décodifié» parce que le législateur n'est plus le premier des pouvoirs, et la recodification a échoué pour la même raison. Or, cette primauté est une des conditions de possibilité d'un code en tant que référence stable et cohérente. La loi a été détrônée par le jugement international et constitutionnel. À partir du moment où l'on permet à un juge de censurer le codificateur, il n'y a plus de code. Faut-il le déplorer? Certainement pas, si on y gagne en échange une meilleure définition et une meilleure protection des droits de la personne.