

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Les discriminations à l'égard des hommes dans l'établissement de la paternité

Fierens, Jacques; Beague, Maite

*Published in:*

Les violences de genre au prisme du droit

*Publication date:*

2020

*Document Version*

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Fierens, J & Beague, M 2020, Les discriminations à l'égard des hommes dans l'établissement de la paternité. dans *Les violences de genre au prisme du droit*. Collection de la Faculté de droit de l'UNamur, Larcier , Bruxelles, pp. 63-86.

### 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.

# CHAPITRE 3

## Les discriminations à l'égard des hommes dans l'établissement de la paternité

Jacques FIERENS<sup>1</sup> et Maité BEAGUE<sup>2</sup>

*Wer reitet so spät durch Nacht und Wind?  
Es ist der Vater mit seinem Kind.  
Er hat den Knaben wohl in dem Arm,  
Er fasst ihn sicher, er hält ihn warm.*

*Qui chevauche si tard à travers la nuit et le vent ?  
C'est le père avec son enfant.  
Il porte l'enfant dans ses bras,  
Il le tient ferme, il le réchauffe.*

J.W. GOETHE, *Erlkönig (Le Roi des Aulnes)*, 1782.

### Introduction

Ce chapitre évoque deux hypothèses de violences de genre à l'égard des hommes, discriminantes dans la façon dont elles conditionnent l'établissement de la paternité hors mariage. La première concerne l'établissement du lien de filiation par un acte de volonté, la reconnaissance ; la seconde concerne l'action en établissement de la paternité du père biologique.

---

<sup>1</sup> Jacques Fierens est professeur extraordinaire émérite de la Faculté de droit de l'Université de Namur, membre du Centre Vulnérabilités et Sociétés et avocat.

<sup>2</sup> Maité Beague est assistante-doctorante à la Faculté de droit de l'Université de Namur et membre du Centre Vulnérabilités et Sociétés et du Centre interdisciplinaire des droits de l'enfant.

## SECTION 1. – La reconnaissance par un homme de l'enfant né d'une femme qui n'est pas son épouse

Par Jacques Fierens

*Il était une fois un homme et une femme qui se rencontrèrent dans un établissement spécialisé, à l'occasion d'un traitement destiné à soigner leur dépendance à l'alcool. Ils se plurent, s'aimèrent, et donnèrent naissance à un joli petit garçon. Après qu'ils eurent habité ensemble quelques semaines, cet homme et cette femme ne s'aimèrent plus et se séparèrent. L'homme voulut reconnaître le joli bébé, mais la femme s'y opposa. Devant le tribunal de la famille saisi de cette opposition, la mère ne contesta pas la paternité biologique de son ex-compagnon, mais argua que le père était alcoolique et que, dès lors, la reconnaissance n'était pas conforme à l'intérêt de l'enfant. Le tribunal ordonna une expertise psychiatrique du père, censée éclairer le juge sur la dangerosité éventuelle de l'homme. Profondément humilié par cette décision, celui-ci renonça au combat juridique qu'il devait mener pour devenir le père de son enfant. On rapporte qu'il retomba dans l'alcoolisme et qu'il a quitté le pays.*

Cette histoire vraie, triste et violente parce que tout pouvoir qui s'impose est violent, est l'illustration d'une évidente injustice à l'égard du père de l'enfant, puisque la même suspicion que celle qui pèse sur lui aurait pu concerner la mère, alors que l'établissement du lien maternel n'a fait l'objet d'aucun contrôle de l'intérêt de l'enfant. La situation décrite n'est pourtant qu'une application ordinaire des articles 312, § 1<sup>er</sup>, et 329bis, § 2, du Code civil, dans leur formulation actuelle. Le premier énonce que l'enfant a pour mère la personne qui est désignée comme telle dans l'acte de naissance. Si la mère a accouché en Belgique, la mention de son nom dans l'acte de naissance est obligatoire<sup>3</sup>. La seconde disposition citée dispose que si un enfant est mineur non émancipé, sa reconnaissance n'est recevable que moyennant le consentement préalable du parent à l'égard duquel la filiation est établie, ou de la mère si la reconnaissance est faite avant la naissance de l'enfant. Le consentement préalable de l'enfant lui-même n'est requis que s'il a douze ans accomplis et cette règle ne s'applique donc pas à notre histoire. Si ces consentements ne sont pas donnés, le candidat à la reconnaissance est contraint de lancer citation devant le tribunal de la famille. À défaut de conciliation, la demande est rejetée s'il est prouvé que le demandeur n'est pas le père ou la mère biologique. Le tribunal peut en outre refuser la reconnaissance si elle est contraire à l'intérêt de l'enfant.

<sup>3</sup> Art. 43 et 44, 2<sup>o</sup>, C. civ.

Les articles 312, § 1<sup>er</sup>, et 329bis, § 2, du Code civil ont une histoire, plutôt mouvementée en ce qui concerne le second.

La règle relative à l'établissement de la maternité a été introduite dans notre droit par la loi du 31 mars 1987 modifiant diverses dispositions légales relatives à la filiation, qui constituait la première grande réforme en la matière depuis le Code de 1804. Elle est une conséquence tardive de l'arrêt *Marckx c. Belgique* du 13 juin 1979 de la Cour européenne des droits de l'homme (le législateur a longtemps réfléchi, au point de donner l'occasion à la Cour européenne de le condamner une seconde fois pour les mêmes motifs<sup>4</sup>). L'établissement de la maternité obéit à présent aux mêmes conditions, que la mère soit mariée ou non.

Ce système, réputé application de l'adage *Mater semper certa est*, paraît depuis trois décennies résulter de l'évidence et d'un élémentaire bon sens. Jusqu'à cette réforme, la mère non mariée devait reconnaître un enfant que l'on qualifiait de « naturel ». Si nul ne plaide pour un retour à cette règle, il faut préciser qu'elle n'était pas aussi absurde qu'il n'y paraît aujourd'hui. Elle tendait même à assurer une forme d'égalité des femmes et des hommes. En effet, la paternité d'un enfant né hors mariage dépendait (et dépend toujours) en principe d'un acte de volonté de la part de l'homme, la reconnaissance, la filiation établie par aboutissement d'une action en recherche de paternité étant l'exception. La femme qui avait accouché était dès lors supposée libre de poser également un acte de volonté pour devenir la mère de son enfant.

Ajoutons que l'évidence de la règle qui veut que la femme qui accouche soit la mère juridique de l'enfant s'estompe aujourd'hui en raison de la dissociation entre la mère « gestatrice », la mère « génétique » et la mère « d'intention », inspirée notamment par les débats autour des procréations médicalement assistées, de la gestation pour autrui, de l'accouchement « sous X » ou de l'accouchement « dans la discrétion ».

En ce qui concerne la paternité, selon le Code de 1804, les enfants nés hors mariage, autres que ceux « nés d'un commerce incestueux ou adultérin », pouvaient être légitimés par le mariage subséquent de leur père avec la mère, ou reconnus. La recherche de paternité était interdite. Divers aménagements de ces règles originaires avaient été apportés par les lois du 10 février 1958 (autorisation de reconnaître et de légitimer certains enfants adultérins) et du 21 mars 1969 (introduction de la légitimation par adoption), sans modifier les principes. C'est également la loi du 31 mars 1987 qui les bouleversa, instaurant une discrimination entre la mère « naturelle » et le père « naturel », qui n'a pas disparu à ce jour.

<sup>4</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Vermeire c. Belgique*, 29 novembre 1991.

L'article 319 du Code civil a introduit le critère de l'intérêt de l'enfant dans l'établissement de la filiation paternelle. Il a aussi instauré une différence entre le régime de la reconnaissance de maternité et celui de la reconnaissance de paternité. Si cette différence finira par disparaître formellement, la discrimination instaurée en défaveur des hommes en 1987 ne disparaîtra pas.

Le paragraphe 3 de l'article 319 du Code civil était libellé comme suit :

« Si l'enfant est mineur non émancipé, la reconnaissance n'est recevable que moyennant le consentement préalable de la mère.

Est en outre requis le consentement préalable de l'enfant s'il a quinze ans accomplis.

À défaut de ces consentements, l'homme qui veut reconnaître l'enfant saisit par simple requête le juge de paix du domicile de l'enfant. Le requérant et les personnes dont le consentement est requis sont convoqués en chambre du conseil. S'il concilie les parties, le juge de paix reçoit les consentements nécessaires. Sinon il renvoie la cause au tribunal de première instance.

Le tribunal entend les parties et le ministère public. Il rejette la demande s'il est prouvé que le requérant n'est pas le père. À défaut de cette preuve, il décide, en tenant compte de l'intérêt de l'enfant, si la reconnaissance peut avoir lieu ».

Du patriarcat du Code civil de 1804, on était passé en une fois à un matriarcat tout aussi évident, au nom d'un féminisme peu clairvoyant.

Par ailleurs, mais ce point ne concerne pas la violence de genre, la différence tant critiquée entre le statut d'enfant « légitime » et « naturel » était réintroduite en filigrane : à l'égard de l'enfant né dans le mariage, la paternité était (et est toujours) établie sans appréciation de son intérêt, en principe par application des articles 315 et 317 du Code civil qui consacrent l'adage *Pater is est quem nuptiae demonstrant*, tandis que l'enfant né hors mariage n'aura un père que si sa mère l'accepte ou, sur recours, que si le tribunal estime qu'il y va de son intérêt<sup>5</sup>. À partir de 15 ans (12 ans aujourd'hui), l'enfant, par le consentement à la reconnaissance qu'il doit donner, devait et doit accepter que son père soit son père. Personne ne semble avoir sérieusement interrogé les questions abyssales que pose cette règle sur les plans symbolique ou psychanalytique. La filiation signifie fondamentalement que nous avons tous une mère et un père, que nul ne décide de se mettre soi-même au monde et que ce monde était déjà là avant nous, habité par des hommes et des femmes dont notre existence dépend. Prétendre maîtriser sa propre filiation par le jeu du consentement

<sup>5</sup> En ce sens, C.A., arrêt n° 39/90, 21 décembre 1990, B.5.

ou du refus remet en cause la signification même de la paternité et de la maternité.

Pourtant, en ce qui concerne l'exigence du consentement de la mère à la reconnaissance de son enfant par un homme, le « projet 305 » qui aboutira à la loi du 31 mars 1987, tel que déposé par le gouvernement, ne la prévoyait pas. La lecture des travaux préparatoires révèle que « [d]es voix se sont élevées pour que soit octroyé à la mère de l'enfant lors de la reconnaissance paternelle un droit de consentement ou de veto. Cette règle est à écarter car elle entraverait plutôt qu'elle ne servirait la consécration juridique de la vérité qu'il fournirait à la mère animée, dans certains cas, de sentiments négatifs à l'égard du père, des armes pour faire valoir ses propres intérêts plutôt que sur son enfant. On part du principe que la parenté est un fait qui ne doit pas être caché "dans l'intérêt de l'enfant" »<sup>6</sup>. Si ces considérations avaient guidé jusqu'au bout le législateur de 1987, notre histoire vraie, triste et violente n'aurait pas à être racontée. Ce sont les débats parlementaires qui ont abouti à introduire l'exigence de consentement de la mère et la référence à l'intérêt de l'enfant. Les principales raisons avancées pour les justifier étaient d'éviter les reconnaissances de complaisance, les reconnaissances tardives et les reconnaissances rappelant de manière persistante à la mère le contexte traumatisant de la conception, par exemple un viol<sup>7</sup>.

Les conditions relatives à la recherche de paternité, jusqu'à l'actuel article 332*quinquies* du Code civil, vont constamment être rendues similaires à celles de la reconnaissance, afin d'éviter qu'un homme contourne celle-ci en introduisant une action en recherche de sa propre paternité.

La Cour d'arbitrage, par arrêt n° 39/90 du 21 décembre 1990, n'a pas tardé à condamner les options prises et à décider que l'exigence du consentement de la mère ou l'intervention éventuelle du juge dans l'intérêt de l'enfant était un moyen disproportionné pour atteindre les buts que le législateur s'était fixé. Selon la Cour, la disposition qui subordonne la reconnaissance du père au consentement de la mère ne permet pas d'atteindre le premier objectif qui est d'éviter les reconnaissances de complaisance. Il est en effet inutile à cet égard d'exiger le consentement de la mère lorsqu'il n'est pas contesté que l'homme qui désire reconnaître l'enfant en est le vrai père. Le consentement de la mère n'éviterait par

<sup>6</sup> *Doc. parl., Sén., sess. ord. 1977-1978, n° 305/1, Exposé des motifs, p. 13.*

<sup>7</sup> *Voy. Doc. parl., Sén., sess. 1984-1985, n° 904/2, Rapport fait au nom de la Commission de la Justice par Mme STAELS-DOMPAS, pp. 57 à 62 ; Doc. parl., Ch. repr., sess. ord. 1985-1986, Rapport fait au nom de la Commission spéciale chargée de l'examen du projet de loi modifiant diverses dispositions légales relatives à la filiation et à l'adoption par M. HERMANS, n° 378/16, pp. 36 à 40.*

ailleurs pas non plus une reconnaissance de complaisance, dès lors que ce consentement serait donné malgré le fait que l'homme qui désire reconnaître l'enfant n'en est pas le vrai père<sup>8</sup>. Le souci du législateur d'éviter des reconnaissances tardives n'était rencontré qu'en ce qui concerne les hommes puisque la reconnaissance d'un enfant par une femme pouvait intervenir sans limites dans le temps. Enfin, le souci d'écarter une reconnaissance rappelant à la mère le contexte traumatisant de la conception de l'enfant était un motif qui ne pouvait en aucun cas fonder une distinction générale entre le père et la mère d'un enfant. Cet objectif, aux yeux de la Cour, aurait pu être atteint par des mesures spécifiques<sup>9</sup>.

On aurait pu croire la cause entendue, et le législateur invité à supprimer l'exigence du consentement de la mère à la reconnaissance, de même que celui de l'enfant de plus de 15 ans. Or, l'étape suivante fut la 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, qui n'alla pas dans ce sens. L'article 329*bis*, § 2, du Code civil, dans sa première mouture, énonçait :

« Si l'enfant est mineur non émancipé, la reconnaissance n'est recevable que moyennant le consentement préalable du parent à l'égard duquel la filiation est établie, ou de la mère si la reconnaissance est faite avant la naissance de l'enfant.

Est en outre requis, le consentement préalable de l'enfant s'il a douze ans accomplis. Ce consentement n'est pas requis de l'enfant interdit, en état de minorité prolongée ou dont le tribunal estime, en raison d'éléments de fait constatés par procès-verbal motivé, qu'il est privé de discernement.

À défaut de ces consentements, le candidat à la reconnaissance cite les personnes dont le consentement est requis devant le tribunal. Les parties sont entendues en chambre du conseil. Le tribunal tente de les concilier. S'il concilie les parties, le tribunal reçoit les consentements nécessaires. À défaut de conciliation, la demande est rejetée s'il est prouvé que le demandeur n'est pas le père ou la mère biologique. Lorsque la demande concerne un enfant âgé d'un an ou plus au moment de l'introduction de la demande, le tribunal peut en outre

<sup>8</sup> B.4.3.1.

<sup>9</sup> Voy. B.4.3.1 à B.4.3.3. ; dans le même sens, C.A., arrêt n° 62/94, 14 juillet 1994. Cette dernière décision, rendue comme la première sur question préjudicielle, visait plus particulièrement l'article 319, § 4, du Code civil en ce qu'il accorde au tribunal, la mère étant 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.

refuser la reconnaissance si elle est manifestement contraire à l'intérêt de l'enfant.

Si une action publique est intentée contre le candidat à la reconnaissance, du chef d'un fait visé à l'article 375 du Code pénal, commis sur la personne de la mère pendant la période légale de conception, la reconnaissance ne peut avoir lieu et le délai d'un an visé à l'alinéa 4 est suspendu jusqu'à ce que la décision sur l'action publique soit coulée en force de chose jugée. Si le candidat à une reconnaissance est reconnu coupable de ce chef, la reconnaissance ne peut avoir lieu et la demande d'autorisation de reconnaissance est rejetée ».

Le premier objectif du législateur de 2006 était d'imposer les mêmes conditions au candidat à la reconnaissance, tant maternelle que paternelle, afin de prétendument supprimer la discrimination dénoncée par la Cour d'arbitrage<sup>10</sup>. Certains parlementaires avaient pourtant soulevé cette objection évidente : « En maintenant le consentement préalable, la discrimination entre le père et la mère est maintenue indirectement, étant donné que la plupart du temps c'est la mère qui est le seul auteur connu et le père qui fera une demande de reconnaissance »<sup>11</sup>. Les reconnaissances d'enfant par une femme prétendant être la mère sont en effet rarissimes, alors que l'établissement de la filiation paternelle par reconnaissance concerne plus de la moitié des enfants nés en Belgique<sup>12</sup>. L'égalité formelle masque donc une discrimination indirecte, notion juridique connue depuis longtemps<sup>13</sup>. Sur le plan symbolique, cette pseudo-

<sup>10</sup> Cette solution avait déjà été proposée par le professeur Vieujean lors des travaux parlementaires de la loi du 31 mars 1987. Voy. *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1985-1986, Rapport fait au nom de la Commission spéciale chargée de l'examen du projet de loi modifiant diverses dispositions légales relatives à la filiation et à l'adoption par M. HERMANS, n° 378/16, p. 36.

<sup>11</sup> *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2004-2005, n° 51-0597/024, Rapport fait au nom de la sous-commission « droit de la famille » par Mmes Liesbeth VAN DER AUWERA, Martine Taelman et Marie-Christine MARCHÉ, p. 44. Un indice de cette pseudo-égalité se lit dans la phrase mal genrée (mais vous imaginez le Code civil en écriture « inclusive » ?), « la demande est rejetée s'il est prouvé que le demandeur n'est pas le père ou la mère biologique ».

<sup>12</sup> Selon Statbel, dont les statistiques sont disponibles en ligne, en 2015, dernière année pour laquelle les chiffres sont disponibles, plus de la moitié des enfants (50,6 %) sont nés de couples non mariés contre 49,4 % nés de couples mariés.

<sup>13</sup> La Cour d'arbitrage elle-même avait déjà discuté la notion de discrimination indirecte dans son arrêt n° 157/2004 du 6 octobre 2004 statuant sur les recours en annulation totale ou partielle de la loi du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination et modifiant la loi du 15 février 1993 créant un Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme. Elle avait relevé qu'aux termes de l'article 2, § 2, de cette loi, « il y a discrimination indirecte lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre a en tant que tel un résultat dommageable pour des personnes auxquelles s'applique un des motifs de discrimination visés au § 1<sup>er</sup>, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique

égalité, qui est une pseudo-identité de la mère et du père, participe de la tendance du droit de la famille de nier la différence entre une femme et un homme, entre la mère et le père, faisant de celui-ci un droit « cache-sexe ». Il faudrait se pencher sur les liens qui existent entre cette négation et les violences de genre. Dans la lutte contre celles-ci, comme celle de la reconnaissance du féminicide<sup>14</sup>, la revendication est à l'inverse de souligner que la différence de genre est bien réelle, et que le sexe des personnes a, dans la manière dont elles sont traitées, une importance irréductible.

Le caractère « marginal » de la prise en compte de l'intérêt de l'enfant de plus d'un an, signifié par le mot « manifestation », visait à rencontrer le problème des reconnaissances tardives. Le raisonnement était que si une reconnaissance est rapide, elle doit être légalement supposée conforme à l'intérêt de l'enfant, sans qu'un contrôle judiciaire soit nécessaire. Il avait même été proposé que lorsque l'enfant était âgé de moins d'un an, le consentement de l'auteur dont la filiation est établie ne soit plus requis. En outre, « la nécessité d'introduire un délai d'un an au cours duquel l'autorisation du parent dont la filiation est établie, c'est-à-dire dans la grande majorité des cas la mère, ne serait pas nécessaire, est justement d'éviter que celle-ci refuse de donner son accord, par simple caprice, ce qui arrive régulièrement »<sup>15</sup>. L'on constate que les parlementaires n'étaient pas dupes des risques de discrimination que continuait à faire courir la condition de consentement de la mère à la reconnaissance.

---

ne repose sur une justification objective et raisonnable ». La Cour avait estimé que cette définition contient un élément d'incertitude *qui n'empêche pas qu'une discrimination indirecte puisse faire l'objet d'une mesure civile* (nous soulignons) mais qui n'est pas compatible avec l'exigence de prévisibilité propre à la loi pénale. Voy. aussi les art. 4, 7° et 8°, et 9 de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, qui qualifient de « distinction indirecte » la situation qui se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner, par rapport à d'autres personnes, un désavantage particulier pour des personnes caractérisées par l'un des critères protégés (ici, le genre), et de « discrimination indirecte » une distinction indirecte fondée sur l'un des critères protégés. Toute distinction indirecte fondée sur l'un des critères protégés constitue une discrimination indirecte, à moins que la disposition, le critère ou la pratique apparemment neutre qui est au fondement de cette distinction indirecte soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens de réaliser ce but soient appropriés et nécessaires.

<sup>14</sup> À ce sujet, voy. dans le présent ouvrage la contribution : S. WATTIER et N. COLETTE-BASECQZ, « La reconnaissance juridique du féminicide comme moyen de lutte contre les violences de genre ? », chapitre 1<sup>er</sup>.

<sup>15</sup> Intervention de Mme Taelman, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2004-2005, n° 51-0597/032, Rapport fait au nom de la Commission de la justice par Mmes Liesbeth VAN DER AUWERA, Martine Taelman et Marie-Christine Marghem, p. 28.

Un débat a également eu lieu sur la problématique très spécifique du viol, étendu à d'autres hypothèses de maltraitance de la mère par le candidat à la reconnaissance. Les « mesures spécifiques » visées à ce propos par l'arrêt n° 39/90 de la Cour d'arbitrage se sont concrétisées par le dernier alinéa de l'article 329*bis*, § 2, du Code civil qui peut être jugé adéquat et opportun. Sur ce point, la loi tient compte, à juste titre, de la violence de genre dont les mères peuvent être victimes.

La Cour constitutionnelle a bien sûr été saisie de questions préjudicielles portant sur ces nouvelles dispositions et a décidé, par son arrêt n° 144/2010 du 16 décembre 2010, qu'elles violaient les articles 10 et 11 de la Constitution en ce que l'article 329*bis*, § 2, alinéa 3, du Code civil ne permettait pas au juge saisi d'une demande de reconnaissance avant le premier anniversaire de l'enfant non émancipé, introduite par un homme qui est le père biologique, d'exercer un contrôle portant sur l'intérêt de l'enfant à voir établie cette filiation<sup>16</sup>. En outre, par ses arrêts n° 101/2015 et n° 102/2015 du 2 juillet 2015, la Cour constitutionnelle a considéré que les mêmes articles, en disposant que le tribunal ne pouvait refuser la reconnaissance que si elle était « manifestement » contraire à l'intérêt de l'enfant, violaient l'article 22*bis*, alinéa 4, de la Constitution et, indirectement, l'article 3 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant, dès lors qu'ils n'autorisaient le tribunal qu'à opérer un contrôle « marginal » de l'intérêt de l'enfant. La Cour constitutionnelle s'est appuyée sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, qui a estimé que la reconnaissance paternelle peut être refusée dans l'intérêt de l'enfant, bien que l'existence du lien biologique ne soit pas contestée, et qui a précisé que, dans la balance des intérêts en jeu, l'intérêt de l'enfant revêt une importance particulière. « La Cour [européenne] réaffirme que lorsque sont en jeu les droits garantis aux parents par l'article 8 et ceux d'un enfant, les cours et tribunaux doivent attacher la plus grande importance aux droits de l'enfant. Lorsqu'une mise en balance des intérêts s'impose, il y a lieu de faire prévaloir les intérêts de l'enfant »<sup>17</sup>.

<sup>16</sup> Voy. E. DE MAEYER et C. VERGAUWEN, « Het belang van het kind versus de biologische werkelijkheid : het blijft een moeilijk vraagstuk », *R.A.B.G.*, 2011, pp. 887 et s. ; N. MASSAGER, « La prophétie de Gerlo. Réflexion à propos des derniers arrêts de la Cour constitutionnelle en matière de filiation », *Act. dr. fam.*, 2011, pp. 130 à 139 ; A.-C. RASSON, « Reconnaissance d'un enfant hors mariage : l'intérêt de l'enfant aurait-il vaincu l'égalité ? Réflexions à partir de l'arrêt n° 144/2010 de la Cour constitutionnelle », *C.D.P.K.*, 2011, pp. 46 à 66.

<sup>17</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Yousef c. Pays-Bas*, 5 novembre 2002, § 73. La Cour constitutionnelle invoque aussi, quant à la surpondération de l'intérêt de l'enfant dans la balance des intérêts, qui renvoie à la « prise en considération primordiale » de cet intérêt, inscrite à l'article 3 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant ou à l'article 22*bis*

Par un arrêt du 2 février 2017, la cour d'appel de Bruxelles a même estimé que la prise en compte de l'intérêt de l'enfant, notamment pour l'établissement par voie de reconnaissance de sa filiation paternelle, doit être considérée comme étant d'ordre public et qu'il convient dès lors d'écarter, en vertu de l'article 19 du Code de droit international privé, l'application d'une législation étrangère qui ne permettrait pas de le prendre en compte<sup>18</sup>.

Et c'est ainsi qu'on en est arrivé à la loi du 21 décembre 2018 portant des dispositions diverses en matière de justice<sup>19</sup>, qui a modifié une fois de plus la législation relative à la reconnaissance pour intégrer l'enseignement des arrêts de la Cour constitutionnelle. Le mot « manifestement » a été supprimé, de même que la référence à l'âge de l'enfant pour la prise en compte de son intérêt.

Voilà comment et pourquoi, dans notre histoire vraie, triste et violente, la maman est devenue la maman par le simple fait de l'accouchement, tandis qu'a été menée devant le tribunal, avec les conséquences que l'on a dites, une discussion portant sur le point de savoir s'il était de l'intérêt de l'enfant que le papa devienne le papa. La différence de traitement entre hommes et femmes dans l'établissement de la filiation à l'égard d'un enfant né hors mariage constitue une discrimination indirecte et par voie de conséquence une violence de genre à l'égard des hommes.

Il existe un tempérament du côté de la jurisprudence, qui ne supprime toutefois pas l'injustice. Les tribunaux considèrent que l'intérêt de l'enfant doit s'apprécier en fonction de l'objet de l'action en non en fonction des droits dérivés de la filiation et qu'en règle générale, il est de l'intérêt de l'enfant de voir sa double filiation établie. En d'autres mots il faudrait dissocier le débat sur l'établissement de la filiation et le débat sur les effets de la filiation, comme le droit d'exercer l'autorité parentale<sup>20</sup>.

de la Constitution, Cour eur. D.H., arrêt *Maire c. Portugal*, 26 juin 2003, §§ 71 et 77 ; Cour eur. D.H., arrêt *Sommerfeld c. Allemagne*, 8 juillet 2003, § 64 ; Cour eur. D.H., arrêt *Neulinger et Shuruk c. Suisse*, 6 juillet 2010, § 135 ; Cour eur. D.H., arrêt *Görgülü c. Allemagne*, n° 74969/01, 26 février 2004, § 43 ; Cour eur. D.H., arrêt *Ahrens c. Allemagne*, 22 mars 2012, § 63 ; Cour eur. D.H., arrêt *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg*, 28 juin 2007, § 119.

<sup>18</sup> Bruxelles, 2 février 2017, *J.L.M.B.*, 2017/9, p. 418 et *Rev. trim. dr. fam.*, 2018, p. 566, note G. MATHIEU.

<sup>19</sup> *M.B.*, 31 décembre 2018.

<sup>20</sup> Pour des applications, voy. not. trib. fam. Namur, 28 mars 2018, *Rev. trim. dr. fam.*, 2018, p. 630 ; Mons, 6 mars 2017, *Rev. trim. dr. fam.*, 2017, p. 533 ; trib. fam. Namur, 21 décembre 2016, *Rev. trim. dr. fam.*, 2017, p. 598 ; trib. fam. Hainaut, div. Mons, 14 décembre 2016, *Rev. trim. dr. fam.*, 2017, p. 593 ; trib. fam. Namur, 13 janvier 2016, *Rev. trim. dr. fam.*, 2016, p. 693 ; trib. fam. Hainaut, div. Charleroi, 11 mai 2016, *Rev. trim. dr. fam.*, 2017, p. 538.

La discrimination entre l'homme marié à la mère et celui qui ne l'est pas, soulignée par l'arrêt de la Cour d'arbitrage n° 39/90 du 21 décembre 1990, n'a plus jamais, semble-t-il, été discutée devant les juridictions.

## SECTION 2. – L'action en recherche de paternité introduite à l'encontre d'un homme qui ne veut pas être père

Par Maïté Beague

*Il était une fois un homme et une femme qui se rencontrèrent sur les réseaux sociaux et qui, après quelques échanges écrits, se donnèrent rendez-vous autour d'un verre. Une nuit intime s'ensuivit. Ils se fréquentèrent régulièrement et eurent des relations sexuelles sans moyen de contraception parce que la femme affirmait en utiliser un. L'homme était pilote de ligne et sa vie professionnelle, sa priorité. Il avait 36 ans et ne voulait pas d'enfant. La femme avait 32 ans et voulait devenir mère. Ils se perdirent de vue pendant plusieurs mois jusqu'à ce courriel reçu par l'homme entre deux voyages : « J'accoucherai de notre enfant dans quelques jours. J'ai été voir une avocate et tu en seras le père ».*

Cette histoire, qui peut paraître anodine, ne l'est pas tant. Elle concerne des hommes qui s'estiment victimes ou trompés et qui revendiquent le droit de ne pas devenir père. Si une réponse toute simple pourrait être : « Il n'avait qu'à se protéger, il n'a qu'à assumer ses responsabilités », le débat peut aussi s'élever au regard des discriminations pouvant exister en matière d'établissement de la filiation paternelle. N'existe-t-il pas, par ailleurs, un paradoxe ? D'un côté, une femme peut empêcher un homme de devenir père et de l'autre, elle peut le lui imposer.

Il fut un temps où l'homme concerné par notre histoire n'aurait pas pu, s'il l'avait souhaité, tenter lui-même une action en recherche de paternité afin de faire établir sa paternité à l'égard de l'enfant. Avant l'adoption de la loi du 31 mars 1987 modifiant diverses dispositions légales relatives à la filiation<sup>21</sup>, le père biologique n'était en effet pas titulaire de l'action en recherche de paternité. En vertu des articles 340a) et 341b) anciens du Code civil, l'action judiciaire visant à établir le lien de filiation paternelle de l'enfant était en principe interdite. Deux exceptions étaient néanmoins prévues dans lesquelles seul l'enfant pouvait agir en recherche

<sup>21</sup> Loi du 31 mars 1987 modifiant diverses dispositions légales relatives à la filiation, *M.B.*, 27 mai 1985, art. 39.

de paternité<sup>22</sup>. D'une part, si il y avait possession d'état entre l'enfant et le père prétendu. D'autre part, si, pendant la période légale de conception, il y avait eu enlèvement par violence, ruse ou menace, détention, séquestration arbitraire ou viol de la mère<sup>23</sup>. La loi du 31 mars 1987 a cependant élargi le champ des titulaires de l'action en recherche de paternité en permettant désormais au père biologique d'introduire cette action<sup>24</sup>. Par ailleurs, jusqu'à la loi du 1<sup>er</sup> juillet 2006 modifiant les dispositions du Code civil en matière de filiation<sup>25</sup>, le père biologique n'était pas non plus titulaire de l'action en contestation de la filiation paternelle. Certains hommes étaient donc privés de tout moyen pour contester le lien de filiation paternelle de l'enfant. Ils ont donc revendiqué le droit de devenir père. Régulièrement saisie de cette question, la Cour constitutionnelle a conclu à plusieurs reprises que les dispositions du Code civil critiquées, qui empêchaient le père biologique de contester la paternité du mari de la mère, ne violaient pas les articles 10 et 11 de la Constitution en ce que le législateur entendait « prendre en considération et protéger ce que [l]es travaux [préparatoires] appellent la « paix des familles », en tempérant si nécessaire à cette fin la recherche de la vérité biologique »<sup>26</sup>. La loi a néanmoins changé en 2006 et le père biologique est à présent titulaire des actions en contestation de la filiation<sup>27</sup>.

Mais qu'en est-il, à l'inverse, de l'homme qui est le père biologique de l'enfant mais qui ne souhaite pas devenir juridiquement son père ? Peut-il s'opposer à l'action en recherche de paternité introduite à son encontre ?

<sup>22</sup> Cette action était donc strictement personnelle à l'enfant. Durant sa minorité, cette action devait être introduite par son représentant légal. La loi exigeait par ailleurs obligatoirement que le mineur se fasse autoriser par le conseil de famille.

<sup>23</sup> Pour plus de développements : *R.P.D.B.*, « Paternité et filiation », t. IX, Bruxelles, Bruylant, et Paris, LGDJ, 1938, p. 366, nos 129-130 et p. 368, nos 147-149 ; *Les Nouvelles, Droit civil*, « De la paternité et de la filiation », t. II, Bruxelles, Larcier, 1938, p. 575, nos 318 et s. ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 1962, nos 1030, 1059 et 1115.

<sup>24</sup> Art. 332ter, al. 1<sup>er</sup>, C. civ. Notez qu'en droit français, le père biologique n'est pas titulaire de l'action en recherche de paternité (article 328 C. civ. fr.). Seule la mère, durant la minorité de l'enfant, ou l'enfant devenu majeur peuvent introduire cette action.

<sup>25</sup> 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, *M.B.*, 29 décembre 2006.

<sup>26</sup> C.A., n° 12/98, 11 février 1998, *Rev. trim. dr. fam.*, 1998/2, p. 295, considérant B.6.1. Voy. égal. C.A., n° 41/97, 14 juillet 1997, *Rev. trim. dr. fam.*, 14 juillet 1997, pp. 184 et s.

<sup>27</sup> Pour plus de développements, voy. M. BEAGUE, « La filiation paternelle en tension : la place du père biologique en droit de la filiation et la mise en balance des intérêts en présence par le juge », note sous Liège (10<sup>e</sup> ch. civ.), 1<sup>er</sup> juin 2016, *Rev. trim. dr. fam.*, 2017/1, p. 127, n° 4.

En France, cette problématique a été qualifiée par Mary Plard de « paternité imposée »<sup>28</sup>. Au Canada, cette question est notamment portée par Marc Zaffran, docteur en médecine<sup>29</sup>. En Belgique, seules quelques décisions de jurisprudence ont été rendues en la matière. Les solutions apportées à cette problématique font l'objet de critiques et sont loin de rencontrer l'adhésion des auteurs. Selon Eve Delvosal par exemple, les pères qui dénoncent une « paternité imposée » utilisent une rhétorique féministe au service d'une construction masculiniste<sup>30</sup>.

Aussi complexe soit-il, nous pensons que ce débat doit être approfondi et qu'il ne peut être nécessairement réduit à une tentative de reprise du pouvoir des hommes sur les femmes, au risque d'oublier le principal concerné : l'enfant. Cette problématique met par ailleurs en exergue l'existence d'une éventuelle discrimination, entre les hommes et les femmes en matière d'établissement de la filiation.

La question posée est, en effet, la suivante : le fait d'établir un lien de filiation paternelle à l'égard d'un homme qui ne l'a pas souhaité – par l'intermédiaire d'une action en recherche de paternité – est-il discriminatoire au regard du principe de l'égalité homme/femme ? Afin de répondre à cette question, nous présentons les dispositions légales belges régissant cette matière (sous-section 1). Nous analysons ensuite les moyens invoqués devant les juges concernant la paternité imposée (sous-section 2).

### **Sous-section 1. Les dispositions légales belges permettant de faire établir un lien de filiation paternelle à l'égard d'un homme qui ne l'a pas souhaité**

En vertu des articles 322 et suivants du Code civil, et plus particulièrement de l'article 332*ter*, la mère, le père et l'enfant peuvent introduire une action en recherche de paternité afin de faire établir le lien de filiation paternelle de l'enfant. Il découle de l'article 324 du Code civil que le demandeur doit prouver l'existence d'une possession d'état entre l'enfant

<sup>28</sup> M. PLARD, *Paternités imposées*, Mayenne, éd. Les Liens qui Libèrent, 2013, 202 p. Ce livre a été fort médiatisé et a fait l'objet d'un film de L. DEBAISIEUX : « Sois père et tais-toi », Morgane production, janvier 2015. Voy. aussi A. CHARNOIS, « Paternité imposée : un contentieux grandissant », 26 décembre 2014, <https://www.village-justice.com/articles/Paternite-imposee-contentieux,18574.html>.

<sup>29</sup> M. ZAFFRAN, « Au Québec, hommes et femmes disposent-ils des mêmes droits d'être ou ne pas être parents ? (version étendue avec proposition d'aménagement de la loi) », 2013, 18 p., disponible sur [www.academia.edu](http://www.academia.edu).

<sup>30</sup> E. DELVOSAL, « La paternité imposée : une problématique soluble en droit belge et au regard des thèses féministes ? », *e-legal, Revue de droit et de criminologie de l'ULB*, vol. n° 1, janvier 2018, p. 7 et pp. 26-27.

et le prétendu père. À défaut de possession d'état, la filiation paternelle se prouve par toutes voies de droit. La paternité sera néanmoins présumée s'il est établi que le défendeur a eu des relations avec la mère de l'enfant pendant la période légale de conception<sup>31</sup>. En vertu de l'article 332*quinquies*, § 3, du Code civil, le tribunal rejette en toute hypothèse la demande s'il est prouvé que celui à l'égard duquel la filiation est recherchée n'est pas le père biologique de l'enfant. Lorsque c'est l'homme qui revendique la paternité de l'enfant, son action ne sera par ailleurs pas recevable si l'enfant majeur ou mineur émancipé s'y oppose<sup>32</sup>. L'enfant mineur non émancipé âgé de douze ans accomplis, la mère de l'enfant et le ministère public peuvent également s'opposer à l'action. Le tribunal peut alors rejeter la demande s'il estime qu'elle ne correspond pas à l'intérêt de l'enfant<sup>33</sup>. À l'inverse, lorsque c'est la mère ou l'enfant qui agit, le prétendu père ne peut s'opposer à l'action et le tribunal n'est pas tenu d'examiner si la demande correspond à l'intérêt de l'enfant. Dès lors que le fondement de la demande est rapporté, l'homme à l'égard duquel la filiation est recherchée sera déclaré le père de l'enfant. Le poids du pôle biologique de la filiation paternelle est ainsi prépondérant. Précisons enfin qu'en vertu de l'article 331*quater* du Code civil, les actions relatives à la filiation ne sont pas susceptibles de renonciation. Un homme ne peut donc éviter une action en recherche de paternité – jugée recevable et fondée – introduite à son encontre, une fois qu'elle est engagée.

C'est dans ce contexte que la Cour constitutionnelle a été saisie de deux questions préjudicielles portant sur l'existence éventuelle d'une discrimination entre la mère et l'enfant, d'une part, et le père biologique, d'autre part<sup>34</sup>. Selon le texte légal actuel, la mère et l'enfant sont en effet admis à s'opposer à l'action en recherche de paternité introduite par le père biologique et à invoquer l'intérêt de l'enfant. Le père biologique ne peut par contre s'opposer à une action en recherche de paternité introduite à son encontre et cette

<sup>31</sup> Même si la disposition légale ne le dit pas expressément, il va de soi que l'article 324 du Code civil vise les relations sexuelles entre la mère et le prétendu père.

<sup>32</sup> Conformément à l'article 332*quinquies*, § 1<sup>er</sup> et § 1<sup>er</sup>/1, du Code civil, il ne sera pas tenu compte de l'opposition de l'enfant majeur dont le tribunal estime, en raison d'éléments de fait constatés par procès-verbal motivé, que l'enfant n'est pas capable d'exprimer sa volonté ou s'il a été déclaré incapable de s'opposer à l'action par le juge de paix.

<sup>33</sup> Avant la loi du 21 décembre 2018 portant diverses dispositions en matière de justice (M.B., 31 décembre 2018), l'article 332*quinquies* prévoyait que le contrôle de l'intérêt de l'enfant n'était opéré que lorsqu'il était âgé de plus d'un an. Ce contrôle n'était par ailleurs que « marginal ». Cette disposition fut rapidement censurée par la Cour constitutionnelle sur ces deux points (voy. not. l'arrêt n° 144/2010, 16 décembre 2010, à propos du seuil pivot d'un an et l'arrêt n° 30/2013 du 7 mars 2013 à propos du contrôle de l'intérêt de l'enfant). La disposition a ainsi été modifiée par l'article 109 de la loi du 21 décembre 2018.

<sup>34</sup> Numéros de rôle 6938 (FR) et 7235 (FR).

action ne fait jamais l'objet d'un contrôle de conformité avec l'intérêt de l'enfant. Un homme ne peut donc invoquer qu'il ne compte pas assumer sa paternité ni s'investir dans un rôle de père auprès de l'enfant.

Dans ses arrêts n° 190/2019 et n° 92/2020, la Cour constitutionnelle s'est prononcée sur chacune des deux questions préjudicielles qui lui ont été posées<sup>35</sup>. Comme nous le verrons ci-après (sous-section 2, § 2), ces arrêts permettent désormais au juge de prendre en compte l'intérêt de l'enfant même lorsque le père biologique est défendeur à l'action en recherche de paternité.

Si nous nous interrogeons plus largement sur le droit de la filiation, nous pouvons également pointer l'existence d'une différence de traitement entre les pères et les mères, ces dernières bénéficiant très majoritairement d'un établissement automatique de leur lien de filiation par la mention de leur nom dans l'acte de naissance de l'enfant<sup>36</sup>. Le lien de filiation maternelle, parce que les reconnaissances par des prétendues mères ou les actions en recherche de maternité sont exceptionnelles, ne fait par ailleurs que très rarement l'objet d'un contrôle de conformité avec l'intérêt de l'enfant.

### **Sous-section 2. Les moyens invoqués devant le juge par les pères biologiques qui ne souhaitent pas devenir père**

Deux voies juridiques sont empruntées par les hommes concernés par une paternité non souhaitée<sup>37</sup>. La première concerne le champ de la responsabilité civile (§ 1). La seconde concerne le champ de la filiation (§ 2).

<sup>35</sup> « L'article 332quinquies du Code civil, en ce qu'il ne prévoit pas que l'intérêt de l'enfant soit pris en considération et contrôlé par le Juge dans l'hypothèse où sa mère agit en établissement judiciaire de paternité contre le père biologique, dans un contexte en fait où une seule relation sexuelle a été entretenue entre les parents de l'enfant, sans volonté aucune, dans leur chef, de procréer mais aussi, corrélativement, sans mode de contraception, viole-t-il les articles 10, 11, 22 et 22bis de la Constitution, pris isolément ou ensemble, combinés ou non avec d'autres dispositions légales supranationales telle la Convention européenne des droits de l'homme et notamment l'article 8 de cette dernière, compte tenu du fait que lorsque le père biologique est demandeur en établissement judiciaire de sa filiation, la prise en compte de l'intérêt de l'enfant à voir établir sa filiation biologique est prise en considération, notamment en cas de refus de la mère et/ou de l'enfant ? » (C. const., n° 190/2019, 28 novembre 2019). La seconde question préjudicielle posée à la Cour constitutionnelle est identique à la première (C. const., n° 92/2020, 18 juin 2020).

<sup>36</sup> J. Sossion, « Les actions judiciaires relatives à la filiation : tableaux synthétiques. Mise à jour et commentaire de la réforme partielle opérée par la loi du 21 décembre 2018 », *Rev. trim. dr. fam.*, 2019, p. 14, note 16.

<sup>37</sup> Les décisions de jurisprudence sur la paternité imposée sont encore peu nombreuses en droit belge mais l'arrêt rendu récemment par la Cour constitutionnelle (n° 190/2019) pourrait changer la donne. Sur ce point, *infra*, §§ 2 et 3.

Après avoir analysé ces deux voies, nous développons d'autres pistes de réflexions (§ 3).

### § 1. Invoquer une faute dans le chef de la mère : la « fraude conceptionnelle »<sup>38</sup>

Une action en responsabilité civile, qui ne remet pas en cause l'établissement même de la filiation paternelle, peut tendre à démontrer l'existence d'une faute dans le chef de la mère, d'un dommage subi par l'homme qui se voit imposer une paternité et d'un lien causal entre la faute et le dommage.

À notre connaissance, un seul jugement en droit belge a reconnu, dans un contexte particulier, qu'une mère avait commis une faute et qu'un père avait subi un préjudice moral par les pressions subies et par le fait de devoir assumer la paternité d'un enfant conçu dans le cadre des activités professionnelles de sa mère. En effet, par un jugement du 9 avril 2010, le tribunal de première instance de Liège a fait droit à l'action en recherche de paternité introduite par la mère de l'enfant à l'encontre du père biologique mais également à la demande reconventionnelle de ce dernier, fondée sur l'article 1382 du Code civil<sup>39</sup>. Concernant l'action en recherche de paternité, il fut prouvé que le défendeur avait eu des rapports non protégés avec la mère dans le cadre de ses activités de *call girl* pendant la période de conception de l'enfant<sup>40</sup>. Le tribunal ajoute qu'« [e]n ayant des relations non protégées avec une femme, le défendeur devait savoir qu'une grossesse pouvait s'ensuivre : l'enfant né de cette relation a le droit de voir sa filiation établie nonobstant l'attitude de sa mère et la légèreté de l'homme qui a eu des relations avec celle-ci »<sup>41</sup>. Concernant la demande reconventionnelle, le tribunal a estimé que les conditions de l'article 1382 du Code civil étaient remplies. Le tribunal déclare notamment fautif le fait que la mère a organisé avec son mari (dont la paternité fut donc d'abord contestée) la preuve de sa relation avec le défendeur et qu'elle a utilisé sa grossesse pour obtenir des sommes d'argent importantes à charge du défendeur. Quant au dommage, le tribunal conclut : « Le fait de devoir subir des pressions et de devoir assumer une paternité dans le cadre de relations sexuelles avec une femme qui en fait une

<sup>38</sup> C'est le terme utilisé par certains pour qualifier les circonstances ayant entouré la conception de l'enfant et permettant d'invoquer une faute dans le chef de la mère : voy. Liège (1<sup>re</sup> ch.), 9 novembre 2015, n° 2013/RG/1794, *Act. dr. fam.*, 2017, p. 247 (somm.)

<sup>39</sup> Civ. Liège (3<sup>e</sup> ch.), 9 avril 2010, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, pp. 180-184.

<sup>40</sup> Le défendeur avait par ailleurs refusé de se soumettre à une expertise ordonnée par le tribunal, ce qui lui aurait éventuellement permis de renverser la présomption légale.

<sup>41</sup> Civ. Liège (3<sup>e</sup> ch.), 9 avril 2010, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 182.

profession, constitue un dommage moral pouvant être évalué *ex aequo et bono* à 30 000 EUR »<sup>42</sup>.

Le glissement du champ de la responsabilité civile dans le champ de la parenté et de la filiation peut surprendre. Cette voie est pourtant utilisée dans d'autres actions en matière de filiation, non liées à la problématique de la paternité imposée. Ce fut par exemple le cas dans le cadre d'une action en recherche de paternité, introduite par un enfant devenu majeur à l'encontre de son père biologique décédé<sup>43</sup>. Le neveu du défunt, défendeur à l'action, invoqua que le demandeur avait commis une faute lui causant un dommage en programmant stratégiquement d'introduire son action *post mortem* alors qu'il présumait depuis longtemps que l'homme décédé était son père. Cette demande reconventionnelle fut néanmoins rejetée par le juge, la preuve du comportement fautif du demandeur n'ayant pas été rapportée. Le champ de la responsabilité civile est également invoqué dans le cadre des actions en *wrongful pregnancy* et en *wrongful life*. Ces actions consistent, pour les parents d'un enfant, à invoquer la réparation d'un dommage causé par la faute du médecin. L'action en *wrongful pregnancy* est intentée par les parents lorsqu'un enfant est né suite à l'échec d'une interruption volontaire de grossesse ou d'une stérilisation du père ou de la mère. L'action en *wrongful life* consiste, quant à elle, à obtenir réparation du dommage subi par l'enfant né handicapé et dont le handicap n'a pas été détecté lors du diagnostic prénatal, ou dont les parents n'ont pas été informés du risque détecté. Concernant cette dernière action, la Cour de cassation a néanmoins décidé, au regret de certains auteurs, qu'il n'y a pas de dommage réparable lorsqu'il y a lieu de comparer l'existence d'une personne née avec un handicap et sa non-existence<sup>44</sup>.

Tant qu'il n'existe pas d'autres voies en la matière, et à l'heure où l'existence de relations sexuelles peut être dissociée de la procréation, il n'est pas si étonnant – même si cette voie est critiquable – qu'un homme

<sup>42</sup> Civ. Liège (3<sup>e</sup> ch.), 9 avril 2010, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 184. Le tribunal n'a pas retenu l'existence d'un dommage matériel et il a estimé qu'ayant fait preuve d'une légèreté fautive en acceptant des relations non protégées, le défendeur devait supporter la moitié de son dommage moral.

<sup>43</sup> Civ. Liège (3<sup>e</sup> ch.), 19 octobre 2012 et 11 janvier 2013, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, pp. 142 et s., note J. SOSSON.

<sup>44</sup> B. DUBUISSON, « L'arrêt de la Cour de cassation du 14 novembre 2014 sur la vie préjudiciable. L'être ou le néant : l'alternative illégitime », *J.T.*, 2015, pp. 209-219. Pour de plus amples développements : G. GÉNICOT, « Naissance et (absence de) préjudice », *Rev. dr. santé*, 2016, n° 17, pp. 305-310 ; G. GÉNICOT, note sous Cass. (3<sup>e</sup> ch.), 17 octobre 2016 et Cass. (1<sup>re</sup> ch.), 13 avril 2018, *J.L.M.B.*, 2018, n° 23, p. 1074 et pp. 1080-1081 et B. FOSSÉPREZ, « Le dommage et sa réparation : quoi de neuf, Maître ? », in *Les grandes évolutions du droit des obligations* (F. GEORGES, B. HAVET et A. PÜTZ coord.), Limal, Anthemis, 2019, pp. 37-86.

invoque l'article 1382 du Code civil dans le cadre d'une paternité forcée. S'appuyant sur la décision du tribunal de première instance de Liège du 9 avril 2010, lue en parallèle avec un arrêt de la Cour de cassation du 17 octobre 2016 concernant l'erreur d'un diagnostic anténatal ayant empêché la mère d'avorter, certains auteurs s'inquiètent d'une éventuelle reconnaissance de la naissance comme pouvant constituer un préjudice pour un homme et non pour une femme<sup>45</sup>. Il est vrai que, dans sa décision du 9 avril 2010, le juge a reconnu que le fait de subir des pressions et de devoir assumer une paternité dans le cadre de relations sexuelles avec une femme qui en fait une profession constitue un dommage moral. Ce n'est cependant pas la naissance en soi d'un enfant qui constitue, selon le juge, un préjudice, mais plutôt le fait de subir des pressions et de devoir assumer une paternité au regard des circonstances particulières de la conception de l'enfant. Nous approuvons par ailleurs l'insistance du tribunal sur l'idée que tout homme est censé savoir qu'en ayant des rapports non protégés avec une femme, une grossesse peut s'ensuivre. Enfin, le mérite de cette décision est de remettre l'enfant au cœur du débat. Peu important l'attitude de la mère et la légèreté du défendeur, l'enfant a le droit de voir sa filiation paternelle établie.

## **§ 2. Les arrêts n° 190/2019 et n° 92/2020 de la Cour constitutionnelle et la possibilité de s'opposer à l'établissement même de la filiation paternelle : une reconnaissance de la discrimination à l'égard des hommes**

Une deuxième voie procédurale ouverte à l'homme qui se voit imposer une paternité concerne l'établissement même de la filiation. Avant que la Cour constitutionnelle ne rende son arrêt n° 190/2019 du 28 novembre 2019, il n'était pas légalement possible pour un homme supposé être le père biologique de l'enfant d'invoquer la prise en compte de l'intérêt de l'enfant en s'opposant à l'action en recherche de paternité introduite à son encontre.

Cet arrêt statue sur une question préjudicielle posée par le tribunal de la famille de Namur par jugement du 16 mai 2018<sup>46</sup>. Dans un arrêt plus ancien datant du 9 novembre 2015, la cour d'appel de Liège avait rejeté la demande de l'appelant d'interroger la Cour constitutionnelle sur l'existence d'une discrimination entre lui – en ce qu'il ne peut invoquer l'intérêt de l'enfant (ni aucun autre élément) pour s'opposer à l'établissement

<sup>45</sup> D. BERNARD et O. SIMONE, « La pertinence des approches féministes du droit : une démonstration par l'exemple », *J.T.*, 2018, n° 28, pp. 646-648.

<sup>46</sup> Trib. fam. Namur, div. Namur (2<sup>e</sup> ch.), 16 mai 2018, *Rev. trim. dr. fam.*, 2018, pp. 638-644.

de sa paternité – et la mère et l'enfant qui sont au contraire autorisés à se prévaloir de l'intérêt de l'enfant pour faire échec à l'établissement de la paternité<sup>47</sup>. Elle justifia ce refus par le fait « qu'il serait déraisonnable de permettre à chaque père potentiel qui ne veut pas assumer ses responsabilités d'invoquer l'intérêt de l'enfant pour échapper à ses responsabilités et se décharger de toute obligation à l'égard de celui qu'il a conçu »<sup>48</sup>. Se priver de l'appréciation de la Cour constitutionnelle dans une matière aussi complexe est critiquable, d'autant que la justification donnée par la cour d'appel au contenu de l'article 332quinquies du Code civil relève d'une interprétation très personnelle plutôt que d'une analyse des travaux préparatoires de la loi.

Confronté à la même question, le tribunal de la famille de Namur a au contraire décidé d'interroger la Cour constitutionnelle<sup>49</sup>. En l'espèce, le tribunal indique qu'en ce qui concerne l'action en recherche de paternité, tant la mère que le père biologique estiment que l'intérêt de l'enfant à voir sa filiation paternelle établie devrait être pris en considération<sup>50</sup>. Il souligne néanmoins que l'article 332quinquies du Code civil ne prévoit pas la prise en compte de l'intérêt de l'enfant lorsque le père biologique est défendeur à l'action en recherche de paternité. Il estime donc que « sa paternité peut lui être, le cas échéant, automatiquement imposée, sans autre vérification que la réalité biologique »<sup>51</sup>. Une question préjudicielle fut donc posée à la Cour constitutionnelle concernant la conformité de l'article 332quinquies du Code civil « dans un contexte en fait où une seule relation sexuelle a été entretenue entre les parents de l'enfant, sans

<sup>47</sup> Liège (1<sup>re</sup> ch.), 9 novembre 2015, n° 2013/RG/1794, *Act. dr. fam.*, 2017, pp. 247-248. En l'espèce, l'appelant souhaitait s'opposer à l'action en recherche de paternité introduite à son encontre par la mère de l'enfant, en invoquant que, même si ce n'est pas prévu par l'article 332quinquies du Code civil, l'intérêt de l'enfant devrait être pris en compte. Il invoquait qu'il n'est pas dans l'intérêt de l'enfant d'avoir un père qui ne compte pas s'investir dans son rôle et qui ne lui cachera pas les conditions de sa procréation (l'enfant ayant été conçu dans le cadre des activités de prostitution de sa mère).

<sup>48</sup> Liège (1<sup>re</sup> ch.), 9 novembre 2015, n° 2013/RG/1794, *Act. dr. fam.*, 2017, p. 247.

<sup>49</sup> Trib. fam. Namur, div. Namur (2<sup>e</sup> ch.), 16 mai 2018, *Rev. trim. dr. fam.*, 2018, pp. 638-644. Le juge devait se prononcer sur une action en contestation de la filiation paternelle établie par reconnaissance avant la naissance de l'enfant et sur une action en recherche de paternité introduite à l'encontre du père biologique. Les deux actions furent introduites par la mère de l'enfant à la fois en son nom personnel et en qualité de représentante légale de son fils. Concernant l'action en contestation de la filiation paternelle établie par reconnaissance, le tribunal a estimé que toutes les conditions étaient remplies, y compris celle consistant à démontrer l'existence d'un vice de consentement.

<sup>50</sup> La mère défend qu'il est dans l'intérêt de l'enfant de voir sa filiation paternelle établie alors que le défendeur estime qu'il n'est pas dans son intérêt d'avoir un père qui ne l'a pas voulu et qui ne compte pas s'investir auprès de lui.

<sup>51</sup> Trib. fam. Namur, div. Namur (2<sup>e</sup> ch.), 16 mai 2018, *Rev. trim. dr. fam.*, 2018, p. 643.

volonté aucune, dans leur chef de procréer mais aussi, corrélativement, sans mode de contraception ».

Dans son arrêt n° 190/2019 du 28 novembre 2019, la Cour constitutionnelle a estimé que – selon l’interprétation qui peut en être donnée – l’article 332*quinquies* du Code civil n’est pas compatible avec l’article 22*bis* de la Constitution. Elle n’a donc pas suivi la position du Conseil des ministres selon laquelle, même si l’article 332*quinquies* du Code civil ne le prévoit pas, l’intérêt de l’enfant peut être pris en considération par le juge lorsque le père biologique est défendeur à l’action puisque l’article 22*bis* de la Constitution prévoit la prise en considération de l’intérêt de l’enfant dans toute décision qui le concerne. Dans son considérant B.6., la Cour précise en effet qu’« (...) en cas d’action en établissement judiciaire de paternité engagée par la mère de l’enfant à l’encontre du père biologique, en l’absence d’une opposition de l’enfant mineur non émancipé qui a douze ans accomplis ou du ministère public, le tribunal n’est ni autorisé ni contraint par la disposition en cause à prendre en considération l’intérêt de l’enfant, de sorte qu’il est tenu à faire droit à la demande de la mère (...) ». La Cour ajoute que dans cette hypothèse, le législateur présume de manière irréfragable qu’il est nécessairement de l’intérêt de l’enfant de se voir établir son double lien de filiation puisque le contrôle de l’intérêt de l’enfant n’est pas pris en compte lorsque le père biologique s’oppose à l’action. Or, pour la Cour, il peut, dans certains cas, être préjudiciable à l’enfant de se voir établir un lien de filiation paternelle<sup>52</sup>. Si le critère de la qualité de la personne habilitée à s’opposer à l’établissement judiciaire de la paternité est bien un critère objectif, la Cour ne le juge toutefois pas pertinent au regard de la mesure en cause. La Cour ajoute que l’intérêt de la mère et de l’enfant peuvent ne pas nécessairement se confondre<sup>53</sup>.

La Cour constitutionnelle conclut son raisonnement en estimant donc que « dans l’interprétation selon laquelle elle ne permet pas au juge de prendre en considération l’intérêt de l’enfant lorsque la mère de celui-ci a introduit une action en établissement judiciaire de paternité contre le père biologique, en cas d’opposition de celui-ci, la disposition en cause n’est pas compatible avec l’article 22*bis* de la Constitution »<sup>54</sup>. Elle souligne

<sup>52</sup> La Cour rappelle la position qu’elle a développée sur ce point dans ses arrêts précédents (n°s 66/2003, 35/2007, 144/2010 et 61/2012) : C. const., 28 novembre 2019, n° 190/2019, B.7.

<sup>53</sup> B.8. Sur ce point, voy. la contribution de M. LANSMANS, « L’intérêt de l’enfant dans les actions en établissement judiciaire de paternité. Vers une prise en compte de l’intérêt de l’enfant dans les actions diligentées par la mère ? », note sous trib. fam. Namur, div. Namur (2<sup>e</sup> ch.), 16 mai 2018, *Rev. trim. dr. fam.*, 2018, p. 650, n° 10 et p. 652, n° 15.

<sup>54</sup> C. const., 28 novembre 2019, n° 190/2019, B.9.1.

toutefois que « la disposition en cause peut aussi être interprétée en ce sens qu'elle permet, en revanche, au juge de prendre en considération l'intérêt de l'enfant lorsque la mère de celui-ci a introduit une action en établissement judiciaire de paternité contre le père biologique, en cas d'opposition de ce dernier. Dans cette interprétation, la disposition en cause est compatible avec l'article 22*bis* de la Constitution »<sup>55</sup>.

On peut regretter que la Cour n'ait pas également abordé la conformité de la disposition en cause avec le principe d'égalité et de non-discrimination puisqu'elle s'est contentée de signaler que le contrôle de l'article 332*quinquies* du Code civil au regard des articles 10, 11 et 22 de la Constitution, lus ou non en combinaison avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, n'appelle pas d'autre conclusion<sup>56</sup>.

Dans son arrêt n° 92/2020 du 18 juin 2020, la Cour développe le même raisonnement que celui développé dans son arrêt n° 190/2019 puisqu'elle souligne en effet que « Pour les mêmes motifs que ceux de l'arrêt n° 190/2020 précité, la question préjudicielle appelle une réponse identique »<sup>57</sup>.

Quelle que soit l'interprétation retenue, il faut donc conclure que l'application concrète de l'article 332*quinquies* du Code civil ne sera compatible avec l'article 22*bis* de la Constitution que si le juge prend l'intérêt de l'enfant en considération, y compris lorsque le père biologique s'oppose à l'action en recherche de paternité introduite à son encontre. Il découle donc des arrêts de la Cour que tant les circonstances de la conception de l'enfant que le fait que le père biologique n'en ait pas voulu et qu'il ne compte pas s'investir dans son éducation sont des éléments qui pourront être retenus dans le contrôle de conformité de l'établissement judiciaire de la paternité avec l'intérêt de l'enfant. Cela n'empêchera néanmoins pas les juges, *in fine*, d'estimer que l'action est conforme à l'intérêt de l'enfant même si le père biologique s'y oppose<sup>58</sup>. La place centrale de l'intérêt de l'enfant en droit de la filiation a ainsi été réaffirmée et le pôle biologique de la filiation paternelle tempéré<sup>59</sup>. Un rôle important est par ailleurs dévolu aux juges qui devront trancher la question de savoir s'il est préjudiciable ou non pour l'enfant d'avoir un père qui ne veut pas l'assumer.

<sup>55</sup> C. const., 28 novembre 2019, n° 190/2019, B.9.2.

<sup>56</sup> C. const., 28 novembre 2019, n° 190/2019, B.9.3.

<sup>57</sup> C. const., 18 juin 2020, n° 92/2020, B.4.

<sup>58</sup> Le juge pourrait en effet estimer que l'intérêt de l'enfant est *a priori* de voir sa filiation paternelle établie tout en ne se prononçant pas, pour autant, sur la question de l'exercice des droits dérivés de la filiation. Sur ce point, voy. la Section 1 développée par J. FIERENS.

<sup>59</sup> M. BEAGUE, « La filiation paternelle en tension : la place du père biologique en droit de la filiation et la mise en balance des intérêts en présence par le juge », *op. cit.*, pp. 136-142.

### § 3. Conclusions et pistes de réflexions

Le père biologique d'un enfant peut désormais s'opposer à l'action en recherche de paternité et invoquer la prise en compte de l'intérêt de l'enfant afin d'empêcher l'établissement de sa paternité. Un homme qui ne veut pas assumer sa paternité empruntera sans doute cette voie plutôt que celle consistant à invoquer la faute de la mère, même si rien ne l'empêche d'utiliser les deux.

La position prise par la Cour dans ses deux arrêts (n° 190/2019 et 92/2020) est venue quelque peu rétablir la différence de traitement existant entre l'homme et la femme en matière d'établissement de la filiation. Sur ce point, cet arrêt doit être approuvé.

Pour le reste, ces arrêts suscitent quand même des réserves. La première est que la Cour ne perçoit pas toujours qu'en concluant à la non-compatibilité d'une disposition légale, le risque est présent de créer d'autres inégalités. Nous pensons ici à la différence de traitement existant entre les enfants. Un contrôle de conformité de l'établissement de la filiation paternelle avec l'intérêt de l'enfant n'est en effet pas opéré lorsque la paternité est établie en vertu des articles 315 ou 317 du Code civil. Ces articles concernent l'application de la présomption de paternité du mari de la mère ou les cas dans lesquels le nouveau mari de la mère est présumé être le père de l'enfant. Comme nous l'avons évoqué, l'établissement de la filiation maternelle n'est pratiquement jamais évalué au regard de l'intérêt de l'enfant. Dans la ligne de la jurisprudence de la Cour, faudrait-il aller jusqu'à remettre également en cause les cas d'établissement automatique de la filiation, qu'il s'agisse de la filiation maternelle, paternelle ou encore de celle de la coparente ? À l'instar des cas dans lesquels un enfant peut s'opposer à l'établissement de la filiation paternelle<sup>60</sup>, un enfant pourrait-il également s'opposer à l'établissement de la filiation maternelle ? Un enfant peut-il devenir l'enfant *de personne* ?

La deuxième concerne les conséquences des arrêts de la Cour constitutionnelle au regard du droit de l'enfant de connaître ses origines. En effet, un homme peut désormais s'opposer à l'action en recherche de paternité introduite à son encontre et le juge pourrait estimer qu'il ne va pas dans l'intérêt de l'enfant d'avoir un père qui ne veut pas l'assumer. Le droit de l'enfant de connaître ses origines, tel que consacré par l'article 7 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant, est-il compatible avec le refus d'établir la filiation paternelle, sauf à créer une action spécifique permettant à l'enfant de connaître ses origines sans

<sup>60</sup> L'enfant doit évidemment être dans les conditions légales pour le faire : être majeur, être mineur émancipé, ou être mineur non émancipé mais âgé de plus de douze ans.

créer pour autant un lien de filiation<sup>61</sup> ? Cette action pourrait s'inspirer de l'article 336 du Code civil qui régit l'action alimentaire non déclarative de filiation. Cette disposition permet en effet à l'enfant de faire condamner l'homme qui a eu des relations sexuelles avec sa mère pendant la période légale de conception, au versement d'une pension alimentaire, sauf si cet homme prouve qu'il n'est pas le père. L'action « identitaire » non déclarative de filiation permettrait à l'enfant d'introduire une action devant le tribunal de la famille à l'encontre de son père biologique afin que ses origines paternelles soient inscrites dans son acte de naissance, tout en n'empêchant pas l'établissement ultérieur de la paternité<sup>62</sup>. Le droit de l'enfant de connaître ses origines ne devrait pas non plus être oublié dans les autres pistes de solution développées en matière de paternité imposée. Certains auteurs s'interrogent en effet sur la nécessité de mettre en place une paternité sous X<sup>63</sup> ou une fin de non-recevoir à l'action en établissement de la filiation paternelle<sup>64</sup>, ou encore de rendre les conventions en matière de filiation licites afin de pouvoir renoncer à l'avance à une action en établissement de la filiation<sup>65</sup>. Le débat est donc loin d'être clos...

## Conclusion sous forme de questions

Les controverses évoquées à propos de l'établissement de la paternité en droit belge, qui sont loin d'avoir abouti et qui dépassent la question de la violence de genre, sont multiples : quelles sont les limites de la prise en compte de la parole de l'enfant ? Peut-il prétendre maîtriser sa filiation ? Quel est le fondement de la parenté, y compris la fraternité, la sororité et le cousinage ? Dépend-elle d'abord d'une intention (parenté de parole, comme dans la « reconnaissance », prise au sens littéral, par laquelle le

<sup>61</sup> En droit belge actuel, le droit de l'enfant de connaître ses origines se confond avec l'établissement de la filiation.

<sup>62</sup> De nombreux experts du droit souligneront sans doute le caractère inutile de cette démarche. Nous pensons pourtant que d'autres professionnels issus d'autres disciplines et plus spécialisés dans le développement de l'enfant pourraient juger cette piste pertinente.

<sup>63</sup> M. PLARD, *Paternités imposées, op. cit.*, spéc. pp. 90 et 203.

<sup>64</sup> E. DELVOSAL, « La paternité imposée : une problématique soluble en droit belge et au regard des thèses féministes ? », *op. cit.*, p. 12. Cet auteur a étudié les pistes dégagées par M. Plard en matière de paternité imposée au regard du droit belge. La piste d'une fin de non-recevoir à l'action en établissement de la filiation paternelle est ainsi développée. Soulignons toutefois que pour cet auteur, les solutions dégagées en matière de paternité imposée sont incompatibles avec les thèses féministes contemporaines.

<sup>65</sup> A.-Ch. VAN GYSEL et N. MASSAGER, « Les limites de l'autonomie de la volonté en droits des personnes », in *L'ordre public : concepts et applications* (V. SIMONART, J.-F. ROMAIN et M. GREGOIRE dir.), Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 199-203.

parent désigne son enfant parce qu'il le reconnaît en tant que tel) ou d'un donné biologique (parenté du corps). Dans les cas qui nous occupent, ne peut-on dire que la parole de l'enfant, à partir de 12 ans, est prise en compte pour l'établissement de sa filiation paternelle si la mère n'est pas mariée, mais pas pour l'établissement de sa filiation maternelle ? Ne peut-on dire que la filiation maternelle consacre la parenté biologique, tandis que la filiation paternelle se cherche à travers la désignation par la parole ? Ces différences sont-elles inéluctables ? Dans le cas plus spécifique d'une action en recherche de paternité, ne peut-on dire que le donné biologique primait lorsque l'action était menée à l'encontre du père biologique, mais que ce donné peut à présent s'effacer au profit de l'intérêt de l'enfant ? Le principe de l'intérêt de l'enfant prend une place centrale en droit de la filiation mais sait-on réellement ce qu'il recouvre ?