

## LES DECISIONS RECENTES DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE EN MATIERE DE FILIATION : HUMANISME OU ABERRATION ?

Par

Et

Nicole Gallus  
Chargée de cours à l'ULB

Alain-Charles Van Gysel  
Professeur à l'ULB

### *A. Le cadre de la discussion*

Le 29 février 2012, a eu lieu à l'ULB, dans le cadre de l'ARC facultaire "Le juge un acteur en mutation", et particulièrement du cycle de séminaires "Les décisions aberrantes, mythe ou réalité ?", un séminaire relatif aux décisions récentes de la Cour constitutionnelle en matière de filiation.

Ce séminaire, animé par Monsieur Bernard Bléro, a confronté les interventions de Nicole Gallus et d'Alain-Charles Van Gysel à leur discussion par Monsieur Paul Martens, président émérite à la Cour constitutionnelle et Professeur émérite à l'ULB, l'Ulg et Paris XII.

Pour ne retenir qu'une des décisions récentes de la Cour constitutionnelle, l'arrêt 20/2011 du 3 février 2011 a paru aux intervenants particulièrement "aberrante" -pour retenir le terme suggéré par les organisateurs du cycle de séminaires- à plusieurs points de vue.

Pour résumer très brièvement cette décision, elle estime inconstitutionnelle la règle -qui est pourtant un des principes de notre droit de la filiation- selon laquelle un titre de filiation -en l'espèce une filiation paternelle établie de plein droit dans les liens du mariage- ne peut plus être contesté lorsque l'auteur a conféré à l'enfant une possession d'état non-viciée, laquelle constitue donc une fin de non-recevoir absolue à l'action en contestation.

### *B. La référence erronée à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg*

Le premier angle de critiques relève que cette décision se réfère à une série d'arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme, dont elle s'approprie la teneur, dans le but –en soi louable- de réaliser la plus grande concordance possible entre la jurisprudence de la Cour de la place Royale et celle de Strasbourg.

Les attendus pertinents sont les suivants :

"B4. (...) Il ressort des travaux préparatoires de l'article 22 de la Constitution que le Constituant a entendu rechercher la plus grande « concordance [possible] avec l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH), afin d'éviter toute contestation sur le contenu respectif de l'article de la Constitution et de l'article 8 de la CEDH » (*Doc. parl.*, Chambre, 1992-1993, n° 997/5, p. 2).

B.5. Le régime juridique de la relation du père avec l'enfant né dans les liens du mariage concerne la vie privée du père (CEDH, 28 novembre 1984, *Rasmussen c. Danemark*, § 33; 24 novembre 2005, *Shofman c. Russie*, § 30; 12 janvier 2006, *Mizzi c. Malte*, § 102). L'expression « toute personne » qui ouvre l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme désigne aussi bien l'enfant que le père présumé (CEDH, 6 juillet 2010, *Grönmark*

c. Finlande, § 48). Le régime de contestation de la présomption de paternité en cause relève donc de l'application de l'article 22 de la Constitution et de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

B.6. Le droit au respect de la vie privée et familiale, tel qu'il est garanti par les dispositions précitées, a pour but essentiel de protéger les personnes contre les ingérences dans leur vie privée et leur vie familiale.

Ni l'article 22, alinéa 1er, de la Constitution ni l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme n'excluent une ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit mais ils exigent que cette ingérence soit prévue par une disposition législative suffisamment précise, qu'elle corresponde à un besoin social impérieux et soit proportionnée à l'objectif légitime qu'elle poursuit. Ces dispositions engendrent de surcroît l'obligation positive pour l'autorité publique de prendre des mesures qui assurent le respect effectif de la vie privée et familiale, même dans la sphère des relations entre les individus (CEDH, 27 octobre 1994, *Kroon et autres c. Pays-Bas*, § 31).

B.7. Le législateur, lorsqu'il élabore un régime légal qui entraîne une ingérence de l'autorité publique dans la vie privée, jouit d'une marge d'appréciation pour tenir compte du juste équilibre à ménager entre les intérêts concurrents de l'individu et de la société dans son ensemble (CEDH, 26 mai 1994, *Keegan c. Irlande*, § 49; 27 octobre 1994, *Kroon et autres c. Pays-Bas*, § 31; 2 juin 2005, *Znamenskaya c. Russie*, § 28; 24 novembre 2005, *Shofman c. Russie*, § 34).

Cette marge d'appréciation du législateur n'est toutefois pas illimitée : pour apprécier si une règle légale est compatible avec le droit au respect de la vie privée, il convient de vérifier si le législateur a trouvé un juste équilibre entre tous les droits et intérêts en cause. Pour cela, il ne suffit pas que le législateur ménage un équilibre entre les intérêts concurrents de l'individu et de la société dans son ensemble mais il doit également ménager un équilibre entre les intérêts contradictoires des personnes concernées (CEDH, 6 juillet 2010, *Backlund c. Finlande*, § 46), sous peine de prendre une mesure qui ne serait pas proportionnée aux objectifs légitimes poursuivis. Cette balance des intérêts doit conduire à ce que la réalité biologique et sociale prévale sur une présomption légale heurtant de front les faits établis et les vœux des personnes concernées, sans réellement profiter à personne (CEDH, 27 octobre 1994, *Kroon et autres c. Pays-Bas*, § 40; 24 novembre 2005, *Shofman c. Russie*, § 44; 12 janvier 2006, *Mizzi c. Malte*, § 113).

B.8. L'intérêt potentiel de l'enfant à bénéficier de la « possession d'état » d'enfant du mari de la mère ne saurait l'emporter sur le droit légitime de ce dernier à avoir au moins une occasion de contester la paternité d'un enfant qui, selon les preuves scientifiques, n'est pas de lui. Une situation dans laquelle une présomption légale peut prévaloir sur la réalité biologique ne saurait être compatible avec l'obligation de garantir le « respect » effectif de la vie privée et familiale, même eu égard à la marge d'appréciation dont jouit le législateur (CEDH, 12 janvier 2006, *Mizzi c. Malte*, §§ 112 et 113).

Pour la Cour européenne des droits de l'homme, le fait qu'une personne n'a jamais été autorisée à contester sa paternité n'est pas proportionné aux buts légitimes poursuivis, parce que, de cette façon, un juste équilibre n'a pas été ménagé entre l'intérêt général de la protection de la sécurité juridique des liens familiaux et le droit de l'intéressé à obtenir un réexamen de la présomption légale de paternité à la lumière des preuves biologiques (CEDH, 12 janvier 2006, *Mizzi c. Malte*, § 114)."

Une lecture du texte même des décisions citées dans ces attendus permet toutefois de constater qu'elles n'ont nullement été rendues dans des conditions comparables à celles qui présidaient à l'arrêt commenté (filiation consacrée par un titre légal, lui-même renforcé par une possession d'état non-viciée, mais contraire à la réalité biologique).

Or, la Cour de Strasbourg, contrairement à ce que semble penser la Cour constitutionnelle, n'a pas vocation à statuer par voie "d'arrêts de règlement"<sup>1</sup>, en établissant des règles générales, mais à appliquer au cas d'espèce les principes de la CEDH, en tenant compte de la marge d'appréciation, large ou étroite, suivant le cas, dont disposent tant le législateur national que le juge national.

Dans chacune de ses décisions relatives à la contestation d'une paternité présumée, la Cour européenne prend en effet soin de rappeler que sa mission consiste à contrôler la conformité des décisions nationales aux règles conventionnelles et non pas à se substituer aux législateurs nationaux dans le règlement des conflits de filiation<sup>2</sup>.

C'est précisément par cette référence à la finalité ainsi définie du contrôle relevant de la compétence de la Cour qu'on peut comprendre que des arrêts apparemment « *contradictoire*s » sont prononcés, les différences relevées tenant aux spécificités des cas d'espèce et à la circonstance que la Cour ne statue pas par voie de règle générale.

Ainsi, s'il est vrai que certains arrêts de la Cour européenne vont dans le sens retenu par la Cour constitutionnelle dans son arrêt du 3 février 2011 en retenant une violation des droits reconnus par la Convention européenne lorsqu'une contestation de filiation est rendue difficile sinon même impossible, d'autres arrêts tout aussi importants sont en sens contraire.

A titre d'exemple, on citera deux arrêts dans lesquels la Cour européenne a l'occasion de préciser que les limites temporelles à l'introduction d'une action en contestation de paternité sont justifiées par le souci d'assurer la sécurité juridique des relations familiales et de protéger l'intérêt de l'enfant<sup>3</sup> ; la Cour souligne encore qu'après l'expiration du délai de contestation de la filiation paternelle, l'intérêt de l'enfant doit être pris en considération de façon plus importante que l'intérêt du père présumé à contester sa paternité<sup>4</sup>.

On notera immédiatement ici que bien que faisant abondamment référence à la jurisprudence de Strasbourg, la Cour constitutionnelle néglige totalement l'intérêt de l'enfant ; bien plus, elle énonce expressément que cet intérêt ne saurait l'emporter sur le droit légitime du père présumé à contester sa paternité.

Il n'y a ni balance des intérêts concurrents ni recherche d'équilibre puisque l'intérêt de l'enfant est totalement négligé alors cependant qu'il doit être la considération primordiale

---

<sup>1</sup> Etant les arrêts à portée normative générale édictés par les cours souveraines de l'Ancien régime. Ils ont été interdits par l'article 5 du Code civil (« Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises. »), dispositions abrogée en Belgique, mais dont la teneur demeure dans notre Droit.

<sup>2</sup> G. WILLEMS, Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droit des personnes et des familles, 2005-2008, 1<sup>ère</sup> partie, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 2011, p. 483

<sup>3</sup> C.E.D.H., 28 novembre 1984, RASMUSSEN/ Danemark.

<sup>4</sup> C.E.D.H., 17 octobre 1999, YILDIRIM / Autriche.

conformément, notamment, à l'article 3 de la Convention internationale sur les droits de l'enfant et l'article 22bis de la Constitution.

Par ailleurs, les arrêts retenus par la Cour constitutionnelle à l'appui de sa motivation n'ont le plus souvent pas le sens que la Cour cherche à leur donner<sup>5</sup>, essentiellement parce qu'elle ne retient pas les différences fondamentales dans les situations de fait envisagées.

Ainsi, l'arrêt KROON et Autres / Pays-Bas du 27 octobre 1994 retient une violation de l'article 8 de la Convention européenne dès lors que le père biologique d'un enfant ne peut établir sa paternité, la filiation paternelle de cet enfant étant fixée par présomption à l'égard du mari de la mère qui n'avait aucun contact depuis plusieurs années avec son épouse mais était – selon le droit alors applicable –, seul titulaire de l'action en contestation.

La situation de fait est totalement étrangère au cas tranché par la Cour constitutionnelle le 3 février 2011 puisque dans l'arrêt KROON, le lien biologique, social et affectif existe uniquement entre l'enfant et le requérant – père biologique –, tandis que la paternité légale du mari ne correspond à aucune vie familiale effective.

Il s'agit donc d'arbitrer un conflit entre un lien légal vide de sens et un lien biologique constitutif d'une vie familiale mais dont la réalité ne peut accéder à un statut juridique en raison d'une présomption de paternité fondée sur le mariage de la mère et dont le monopole de contestation appartient alors au mari.

L'intérêt de l'enfant qui est au centre de ce conflit justifie certainement qu'une réalité biologique et affective l'emporte sur un lien légal tout à fait artificiel et qui ne correspond en rien à l'intérêt de l'enfant.

Dans le cas tranché par la Cour constitutionnelle, la situation est tout à fait différente puisqu'il s'agit de faire disparaître un lien légal qui ne correspond certes pas à la vérité biologique mais qui s'appuie sur une réalité affective de possession d'état prolongée et dès lors, de priver l'enfant de toute filiation paternelle sans qu'il soit établi qu'un nouveau lien de paternité pourra se substituer à la présomption contestée.

L'intérêt de l'enfant est donc totalement ignoré, la Cour constitutionnelle ne s'interrogeant nullement sur les effets, pour l'enfant, d'une réalité affective de longue durée ni sur les droits dont il allait être privé au seul profit de la vie privée du père légal.

L'arrêt SHOFMAN/ Russie du 24 novembre 2005 également cité par la Cour constitutionnelle porte sur compatibilité avec l'article 8 de la Convention européenne des règles de droit russe fixant des limites temporelles à l'action en contestation de paternité du père présumé, sans dérogation possible.

---

<sup>5</sup> Ils sont même parfois totalement étrangers à la cause. Il en va ainsi de la référence à l'arrêt ZNAMENSKAYA/ Russie du 2 juin 2005, relatif au statut de l'enfant mort-né à l'intervention du droit au respect de la vie privée et familiale de sa mère (la question porte sur la filiation paternelle de cet enfant vis-à-vis du compagnon décédé de sa mère alors qu'il a été inscrit dans les registres de l'état civil comme étant le fils de son ex-mari; l'examen est fait non pas au regard du droit de l'enfant puisque celui-ci, mort-né, n'a pas la personnalité juridique, mais bien au regard du droit de la mère).

La Cour européenne retient certes que la circonstance que le mari qui ne prend connaissance de la réalité biologique que plus d'un an après l'enregistrement de la naissance soit – sans exception possible –, empêché d'agir en contestation viole l'article 8 de la Convention. La situation est toutefois très différente, en droit et en fait, de celle dont la Cour constitutionnelle connaît dans son arrêt du 3 février 2011.

Au plan juridique, on remarquera que le point de départ du délai d'action du père est très différent en droit belge – un an à dater de la découverte de la non-paternité biologique –, et en droit russe – un an à dater de la naissance –.

Le droit belge protège donc mieux les intérêts du mari de la mère, même si la possession d'état comme fin de non-recevoir à l'action en contestation restreint les possibilités d'action au motif que le législateur a – dans les limites de la marge d'appréciation qui est la sienne –, considéré que l'intérêt de l'enfant – référence prioritaire –, justifiait qu'une considération soit accordée à la parenté affective et effective prolongée plutôt qu'à la seule parenté biologique.

Dans l'arrêt SHOFMAN, ce qui est en cause est avant tout le caractère trop restrictif du délai en raison de son point de départ qui ne tient en aucun cas compte de la connaissance que le mari de la mère peut avoir de la réalité de sa paternité.

En fait, on soulignera également que la durée effective des relations entre le requérant et l'enfant est sans comparaison possible dans les deux arrêts puisqu'elle est de moins de deux ans dans le cas SHOFMAN et de 10 ans dans l'espèce tranchée par la Cour constitutionnelle.

Cette différence de fait n'est pas sans importance alors surtout que dans l'arrêt SHOFMAN, la Cour européenne prend soin de rappeler que l'institution d'un délai pour l'engagement d'une action en désaveu de paternité peut se justifier par le souci de garantir la sécurité juridique des rapports familiaux et de protéger les intérêts de l'enfant.

L'arrêt MIZZI/ Malte du 12 janvier 2006 conclut à la violation de l'article 8 de la Convention dès lors que le droit maltais alors applicable désigne le mari de la mère comme père de l'enfant, sans aucune possibilité de contestation.

La situation est donc fondamentalement différente en droit puisque la contestation de la présomption n'est pas recevable et en fait, dans la mesure où le requérant qui doutait de sa paternité dès la naissance de l'enfant, n'avait noué aucun lien avec celui-ci et s'était séparé de son épouse quelques mois après cette naissance.

La Cour dit ne pas apercevoir en quoi la société aurait bénéficié de l'application de la présomption, ni comment l'intérêt de l'enfant de bénéficier de la « *réalité sociale* » d'être la fille du requérant aurait été de nature à primer le droit du requérant d'avoir au moins la possibilité de contester la paternité.

On remarquera immédiatement que la Cour européenne prend soin de motiver sa décision par une référence expresse à l'intérêt de l'enfant pour qui la présomption de paternité ne correspond à aucun vécu affectif protecteur en manière telle que l'impossibilité de toute contestation ne peut se justifier en ce qu'elle constitue une atteinte disproportionnée au droit du requérant à la protection de sa vie privée.

Une fois de plus, on comprend mal l'enseignement théorique que la Cour constitutionnelle croit pouvoir tirer de cet arrêt en le détachant des circonstances de fait qui le sous-tendent et qui sont sans comparaison possible avec celles dont a connu la Cour constitutionnelle.

L'arrêt TAVLI/ Turquie du 9 novembre 2006 n'est pas cité par la Cour constitutionnelle – ni par le tuteur ad hoc de l'enfant -, alors cependant qu'il est intéressant pour comprendre comment l'intérêt de l'enfant est nécessairement pris en considération et confronté avec le droit à la vie privée du père présumé, sans que ce droit n'ait jamais une quelconque priorité.

Dans cette espèce, le requérant, père légalement présumé, avait, dès la naissance de l'enfant, agit en contestation mais sans aboutir dans son action dans la mesure où les modes de preuve scientifique alors disponibles n'avaient pas permis d'établir la non-paternité biologique.

Quinze années plus tard, un test ADN – réalisé de commun accord, il faut le souligner -, permet au requérant de prouver qu'il n'est pas le père et il tente alors d'obtenir la réouverture de la procédure.

Ceci lui est refusé dès lors que les juridictions nationales considèrent que le progrès scientifique ne constitue pas une preuve nouvelle d'un élément préexistant mais inaccessible pour cause de force majeure.

La Cour européenne considère que l'impossibilité de rejouer la cause n'est pas proportionnée au but légitime poursuivi alors surtout que, dans le cas d'espèce, l'intérêt de l'enfant n'est pas protégé par cette impossibilité.

On notera une fois encore que la solution retenue est motivée par une recherche d'équilibre des intérêts en présence, avec une priorité donnée à ceux de l'enfant.

La même problématique est analysée dans l'arrêt PAULIK/ Slovaquie du 10 octobre 2010, la différence étant que la paternité du requérant est ici établie non pas par une présomption mais par un jugement rendu sur une action en recherche de paternité introduite par la mère de l'enfant.

Quelques années plus tard, le requérant sollicite la révision de la décision judiciaire dès lors que de nouvelles preuves scientifiques – toujours réalisées du commun accord des parties -, ont établi sa non-paternité biologique.

La Cour juge que l'article 8 de la Convention a été violé dès lors qu'aucune balance des intérêts en présence n'a été réalisée dans cette situation de fait très particulière où l'enfant devenu adulte avait déclaré ne pas s'opposer à l'anéantissement du lien de filiation, ayant construit sa propre famille et ne dépendant en aucune mesure du requérant.

Plusieurs arrêts récents permettent d'autre part d'établir que tirer des conclusions définitives et univoques de la jurisprudence de la Cour européenne serait erroné.

En cause, I.L.V / Roumanie, la Cour juge le 24 août 2010 irrecevable la requête d'un homme qui fait grief aux juridictions nationales d'avoir refusé d'ordonner un test ADN qui aurait pu établir qu'il n'était pas le père biologique d'une fille de 13 ans avec laquelle il n'avait jamais eu de contact mais dont la filiation paternelle avait été établie par jugement à une époque où les tests ADN n'étaient pas accessibles.

Contrairement aux situations de fait relevées dans les arrêts TAVLI et PAULIK, l'enfant du requérant refuse de se soumettre au test ADN, ce qui conduit la Cour a considéré qu'il y a lieu de mettre en balance le droit du requérant à savoir s'il est ou non le père biologique de l'enfant et, d'autre part, le droit de celle-ci à conserver la sécurité juridique d'une filiation établie<sup>6</sup>.

Cette recherche d'équilibre conduit à donner la priorité aux droits de l'enfant au terme d'une motivation particulièrement importante si on la compare avec celle de la Cour constitutionnelle dans une espèce où les éléments de fait sont proches : « *l'apparition du test ADN et la possibilité de tout justiciable de s'y soumettre constitue une évolution sur le plan judiciaire, permettant d'établir avec certitude l'existence de liens biologiques entre différentes personnes* » mais « *la nécessité de protéger les tiers peut exclure la possibilité de les contraindre à se soumettre à quelques analyses médicales que ce soit, notamment à des test ADN* » surtout « *quand, comme en l'espèce, le tiers en question est une enfant, bénéficiant d'une filiation légitime de longue date* » (§42). La Cour conclut que « *l'absence d'une quelconque manifestation de la part de l'enfant démontrant son souhait de voir vérifier sa paternité (...), combiné avec l'âge de A., le laps de temps pendant lequel elle a bénéficié de son état civil stable et les conséquences patrimoniales, mêmes modestes, que cela peut entraîner, jouent en l'espèce en faveur de l'intérêt de l'enfant de ne pas être privé d'une paternité biologique distincte de la filiation* » (§46).

L'arrêt d'irrecevabilité du 27 avril 2010 en cause KLOCEK/ Pologne va dans le même sens. De même, l'arrêt du 6 décembre 2011 en cause YILIK/ Turquie conclut à la non violation de l'article 8 de la Convention lorsque le requérant ne peut entamer une nouvelle procédure judiciaire lui offrant la possibilité de désavouer sa paternité présumée sur le fondement de test ADN<sup>7</sup>.

La Cour souligne qu'elle ne voit rien d'arbitraire ou de disproportionné dans les décisions des juridictions nationales qui ont donné plus de poids aux intérêts de l'enfant qu'aux éventuels intérêts du requérant à vérifier un fait biologique.

Dès lors, l'absence d'une manifestation de la part de l'enfant démontrant son souhait de voir vérifier sa paternité, combinée avec le laps de temps pendant lequel elle a bénéficié de son état civil de manière stable et avec les conséquences patrimoniales que l'acceptation d'une action en désaveu peut entraîner, joue en l'espèce en faveur de l'intérêt de la fille putative du requérant, consistant à ne pas être privée de sa filiation.

Enfin, la Cour conclut à la non violation de la Convention dans l'arrêt CHAVDAROV/ Bulgarie du 21 décembre 2010, cet espèce concernant l'impossibilité pour le requérant d'établir juridiquement sa filiation à l'égard de trois enfants biologiques conçus avec une femme mariée et dont la paternité légale était établie par présomption à l'égard de son mari. Alors cependant que ces trois enfants vivent désormais avec le requérant, la Cour ne retient pas une violation de l'article 8 de la Convention dès lors que la vie familiale n'est pas menacée en dépit de l'absence de filiation juridiquement établie et souligne que sa mission consiste à rechercher si un juste équilibre a été ménagé entre les intérêts concurrents de la société et des personnes concernées et non pas à se substituer au législateur national en

---

<sup>6</sup> Pour une analyse de cet arrêt, voir G. WILLEMS, Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droit des personnes et des familles, 2009-2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 62

<sup>7</sup> A. GOUTTENOIRE, « *La famille dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme* », *Dr. famille*, mars 2012, p. 11

déterminant les conditions de la contestation de la présomption de paternité légale du mari de la mère.

Ces derniers arrêts permettent de retenir qu'il est dangereux de prétendre déduire une règle de droit univoque de la jurisprudence de la Cour européenne et plus encore, d'affirmer que la Convention européenne interdirait dans tous les cas les restrictions intangibles à la contestation de la paternité présumée au nom du droit au respect de la vie familiale du mari de la mère.

Cette conclusions néglige l'importance des situations de fait et l'exigence de la recherche d'un équilibre entre les intérêts concurrents, avec une attention particulière réservée à l'intérêt de l'enfant en présence d'une contradiction.

Tout au plus, peut-on retenir de la jurisprudence strasbourgeoise que la Cour juge qu'il doit être possible de contester un lien de filiation lorsqu'il ne correspond à aucune réalité biologique *ou* sociologique et pour autant qu'aucun intérêt légitime ne s'oppose à la suppression du lien considéré<sup>8</sup>.

Il faut dès lors notamment être attentif à ne pas confondre les situations dans lesquelles un requérant cherche à anéantir la paternité qui lui a été imposée et à priver ainsi l'enfant d'une branche de la filiation et celles dans lesquelles existe un conflit entre une paternité légalement établie et une paternité biologique différente.

Il faut également veiller à ne pas confondre les cas d'espèce dans lesquels la contestation du lien de filiation est impossible par le seul effet de l'écoulement du temps – ce qui est contraire aux droits conventionnels -, et ceux où le refus de contestation se fonde sur un examen concret de l'intérêt de l'enfant – ce qui est conforme à la Convention -.

Ces nuances et réserves semblent avoir été négligées par la Cour constitutionnelles qui nous paraît faire un usage arbitraire des arrêts de la Cour européenne, retenant certains de ceux-ci de façon très partielle – et donc souvent inexacte -, et négligeant par ailleurs d'autres arrêts qui sont dans un sens très différent de celui qui ressort de l'interprétation faite par la Cour constitutionnelle.

Ainsi, on peut encore citer l'arrêt YOUSEF/ Pays-Bas du 5 novembre 2002, qui concerne certes une demande différente puisqu'il s'agit de l'interdiction faite à un père biologique d'établir sa paternité au motif que celle-ci perturberait la vie familiale de l'enfant – changement de nom, de résidence ... -, après le décès de sa mère qui avait décidé, par testament, de confier la tutelle de sa fille à son frère.

Il ne s'agit donc pas d'apprécier les conditions de l'anéantissement d'une filiation mais bien celle de son établissement. L'arrêt est cependant intéressant en ce qu'il permet à la Cour de rappeler que dans les décisions de justice portant sur les droits de parents et ceux d'un enfant au titre de l'article 8, ce sont ceux de l'enfant qui doivent primer dans la recherche de l'équilibre.

Enfin, les arrêts ARHENS et KAUTZOR/ Allemagne du 22 mars 2012 concerne le refus des juridictions allemandes d'autoriser la contestation de la paternité légale d'un enfant dont le

---

<sup>8</sup> G.WILLEMS, Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droit des personnes et des familles, *op. cit.*, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 63

premier requérant est le père biologique (première espèce) et le second requérant, le père biologique présumé (deuxième espèce).

Une fois encore, la situation est différente de celle tranchée par la Cour constitutionnelle puisqu'il s'agit ici du conflit entre la paternité légale d'un homme et la paternité biologique d'un autre homme qui entend contester le statut juridique de l'enfant contraire à la réalité génétique de la filiation.

L'intérêt de ces arrêts tient à la considération selon laquelle il y a lieu de protéger l'enfant et sa famille sociale des perturbations extérieures.

Pour la Cour européenne, la décision de faire prévaloir la relation familiale existant entre l'enfant et ses parents légaux par rapport à la relation entre l'enfant et le père biologique relève, pour ce qui touche au statut juridique, de la marge d'appréciation de l'Etat.

On peut en déduire une fois encore, que la principale préoccupation de la Cour en présence d'intérêts contradictoires est de privilégier une recherche d'équilibre axée sur une priorité donnée à l'intérêt de l'enfant.

On peut également en déduire que toute perturbation du vécu de parenté de l'enfant est susceptible de porter atteinte à cet intérêt.

En ignorant l'intérêt de l'enfant et se focalisant sur le seul droit à la vie privée du mari, père légal présumé, la Cour constitutionnelle méconnaît le sens réel de la jurisprudence de la Cour européenne, à laquelle elle fait ainsi une référence contestable.

### ***C. Contradiction avec la jurisprudence antérieure de la Cour***

Un deuxième grief, qu'un des intervenants avait déjà soulevé autre part<sup>9</sup>, est que la Cour, dans l'arrêt commenté, contredit frontalement sa jurisprudence antérieure.

On se permettra de reproduire ici le passage topique de cette étude antérieure :

" (...) L'intérêt de l'enfant ne doit-il pas prévaloir sur celui des autres personnes adultes à la cause, en vertu de l'article 22bis de la Constitution, et de l'article 3.1 de la Convention internationale des droits de l'Enfant ?

L'arrêt de la Cour constitutionnelle entrevoit bien le problème, mais de façon très étonnante, écarte l'intérêt de l'enfant au profit du droit du père à la vie privée et (non-)familiale<sup>10</sup>, en ces termes catégoriques : "L'intérêt potentiel<sup>11</sup> de l'enfant à bénéficier de la "possession d'état"<sup>12</sup> d'enfant du mari de la mère ne saurait l'emporter sur le droit légitime de ce dernier à avoir au

---

<sup>9</sup> A.-Ch. VAN GYSEL, "Examen de jurisprudence "Les Personnes" (2003-2011) "La Filiation"", R.C.J.B., 2011, p.409, spécialement n°4, p.422 et s.

<sup>10</sup> Attendu B.8.

<sup>11</sup> N'est-il pas réel et actuel pour l'enfant, après dix ans ?

<sup>12</sup> Pourquoi mettre cette expression entre guillemets ?

moins une occasion<sup>13</sup> de contester la paternité d'un enfant qui, selon les preuves scientifiques, n'est pas de lui." .

Cette formulation absolue paraît singulière, si on la compare à l'importance donnée tout récemment par la Cour à l'intérêt de l'enfant dans l'établissement de la filiation<sup>14</sup>, même si le contexte est sensiblement différent<sup>15</sup>.

Elle est, surtout, diamétralement opposée, nous paraît-il, à la teneur de l'arrêt de la Cour d'Arbitrage du 12 juillet 2001<sup>16</sup>, laquelle statue en ces termes<sup>17</sup> :

"B.9. Le législateur a pu estimer que l'homme, en se mariant, accepte d'être considéré, en principe, comme le père de tout enfant que sa femme aura. Compte tenu des préoccupations du législateur et des valeurs qu'il a voulu concilier, *il n'apparaît pas comme déraisonnable*, en principe, qu'il n'ait voulu accorder au mari qu'un *court délai* pour intenter l'action en contestation de paternité.

*Des cas peuvent toutefois exister dans lesquels le conjoint n'a connaissance des faits qui démontrent l'absence d'un lien génétique entre lui et l'enfant né de sa femme qu'après l'écoulement du délai fixé par l'article 332, alinéa 4, du Code civil.* La situation du mari diffère, à cet égard, de celle de la mère, qui a ou peut toujours avoir connaissance des circonstances de la conception<sup>18</sup>.

B.10. L'écoulement du délai de forclusion fixé par l'article 332, alinéa 4, du Code civil empêche le mari de contester sa paternité.

Il appartient au législateur d'apprécier si et dans quelle mesure il y a lieu, compte tenu notamment de *l'intérêt de l'enfant*, de soumettre l'action en contestation de paternité à des délais de forclusion stricts.

L'article 3, paragraphe 1, de la Convention de New York du 20 novembre 1989 relative

---

<sup>13</sup> Il nous semble avoir démontré qu'il a eu cette occasion à la naissance de l'enfant : s'il ne l'avait pas élevé comme le sien, il aurait bien eu la possibilité de le désavouer.

<sup>14</sup> Arrêt 144/2010, du 16 décembre 2010.

<sup>15</sup> En effet, dans l'établissement de la filiation, l'engendrement biologique est toujours présent, et dans la contestation, il est toujours absent, sinon l'un ou l'autre ne pourraient avoir lieu. Et la Cour de cassation a plusieurs fois décidé que l'intérêt de l'enfant ne pouvait justifier le maintien d'un lien ne correspondant pas à la réalité biologique (Cass. 28 avril 1995, *Pas.*, 1995, I, p.449; Cass., 11 septembre 1995, *R.T.D.F.*, 1996, p.563). Mais c'est parce que, dans ce cas, par hypothèse, il n'y a pas de possession d'état de l'enfant vis-à-vis de son père légal. Il est donc logique de ne pas laisser subsister une filiation "purement" légale, qui n'a aucun soutènement biologique ni sociologique. Mais, dans le cas d'espèce, il y avait bien possession d'état, confortant le lien légal, et militant, dans l'intérêt de l'enfant, pour le maintien du lien.

<sup>16</sup> Arrêt 95/2001, du 12 juillet 2001.

<sup>17</sup> Les italiques sont d'A. -Ch. VAN GYSEL, et soulignent les passages qui sont le plus nettement contradictoires avec l'arrêt du 3 février 2011.

<sup>18</sup> La Cour d'arbitrage ne semble pas connaître toute l'étendue de l'âme humaine... Le législateur de 1908 en avait sans doute eu une vision plus complète en instaurant *l'exceptio plurium* dans l'ancienne action alimentaire non-déclarative de filiation (article 340, d), de la loi du 6 avril 1908) : la mère peut en effet avoir eu plusieurs partenaires dans la période légale -et même biologique- de la conception, et il y a un siècle, il était impossible de désigner le géniteur. Au lieu d'instaurer une solidarité des pères potentiels, la loi avait préféré en faire une fin de non-recevoir pour l'action de la mère "immorale". Actuellement, la preuve de la non-paternité biologique est toujours une fin de non-recevoir (article 338*bis*, du Code civil), mais au moins y a-t-il à présent une certitude scientifique à ce sujet, et non pas un simple doute.

aux droits de l'enfant, approuvée notamment par la loi du 25 novembre 1991, prescrit que, dans toutes les décisions qui concernent les enfants, *l'intérêt de l'enfant doit être une considération primordiale*.

Compte tenu de cet objectif, il n'apparaît *pas déraisonnable* de donner la priorité à la *paternité légale* plutôt qu'à la paternité biologique et de rendre une action en contestation de paternité impossible, dans l'intérêt de l'enfant, dès lors que celui-ci peut prendre conscience de la paternité *et qu'il peut être raisonnablement admis qu'il y a possession d'état à l'égard du père légal*, avec le consentement de la mère, qui n'a pas exercé son droit personnel de contester cette paternité."

En résumé, la Cour constate que le mari de la mère peut apprendre qu'il a été trompé plus d'un an après la naissance de l'enfant, alors qu'il est forclos et qu'il a commencé à donner à l'enfant une possession d'état d'enfant.

Elle décide que c'est tant pis pour lui, parce que l'intérêt de l'enfant prime celui du mari.

En somme, ce raisonnement est exactement l'opposé de celui que la Cour tient dans l'arrêt du 3 février 2011, et il y a donc bien dans son chef un " (...) "net -et à notre sens, malheureux- revirement de jurisprudence de la Cour<sup>19</sup>. "

Certes, il n'est pas interdit à la Cour d'opérer un revirement de jurisprudence<sup>20</sup>, encore que, compte tenu de son rôle éminent et quasi-législatif, elle devrait à notre estime faire montre dans ce cas d'une particulière précaution.

Mais à tout ce moins devrait-elle, en changeant ainsi de position, d'une part l'indiquer clairement, en motivant les raisons de cette modification, et d'autre part, ne pas créer, par sa nouvelle jurisprudence, un système normatif moins cohérent que la norme déclarée inconstitutionnelle.

#### ***D. Incohérence du système créé***

Or, le même intervenant souligne encore<sup>21</sup> dans la même contribution :

"Par ailleurs, lorsqu'on considère une fois encore le système mis en place par la Cour constitutionnelle, il nous paraît de beaucoup plus défectueux que celui que le législateur avait instauré.

En fait, tant la loi du 31 mars 1987 que celle du 1er juillet 2006 étaient cohérentes et équilibrées à nos yeux.

La première avait donné un délai court au mari de la mère pour agir, étant un an à dater de la naissance de l'enfant ou du jour où il avait appris cette naissance<sup>22</sup>, mais il n'était pas, pendant

---

<sup>19</sup> On rapprochera également cet arrêt de celui prononcé le 17 décembre 2003 (n°169/2003) en matière de filiation incestueuse, où le primat de l'intérêt de l'enfant est également repris (attendu B.4.).

<sup>20</sup> F. DELPEREE, « Les revirements de jurisprudence en Belgique », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°20, juin 2006, consulté sur le site du Conseil constitutionnel français.

<sup>21</sup> A.-Ch. VAN GYSEL, "Examen de jurisprudence "Les Personnes" (2003-2011) "La Filiation"", *R.C.J.B.*, 2011, p.409, spécialement n°4, p.427.

ce temps, arrêté par la possession d'état qu'il aurait pu par erreur commencer à conférer à l'enfant<sup>23</sup>.

Au rebours, la seconde avait différé le point de départ du délai au jour de la prise de connaissance par le mari de sa non-paternité<sup>24</sup>, mais elle avait, pour équilibrer la législation, instauré la barrière de la possession d'état.

En comparaison, le système instauré par la Cour constitutionnelle ouvre la porte à toutes les dérives : en s'inspirant des *Faux Monnayeurs* de Gide, on pourrait imaginer un homme de 85 ans, devenu veuf après un long et paisible mariage, vidant avec émotion la commode de sa feuve épouse, et tombant -toujours avec une émotion, mais différente- sur un paquet de lettres nouées d'une faveur rose, qui lui apprend qu'il n'est pas le père de l'enfant de sa femme, quinquagénaire et magistrat, qu'il a élevé avec amour.

Selon la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, il peut, au moins durant une année, désavouer son fils<sup>25</sup>.

Est-ce bien raisonnable<sup>26</sup> ? "

Une telle incohérence n'est pas la seule de la jurisprudence récente de la Cour constitutionnelle en matière de filiation.

Ainsi -mais c'est là un avis que tous ne partagent pas- il nous semble que déclarer inconstitutionnel le délai d'un an durant lequel la reconnaissance de l'enfant par son géniteur est réputée lui être favorable a, en réalité, créé un système moins cohérent que celui de la loi.

Nous nous en expliquions ainsi<sup>27</sup> :

"Cette décision<sup>28</sup> -qui paraît logiquement avoir vocation à s'appliquer aux autres hypothèses qui renvoient, soit à ce même article 329bis<sup>29</sup>, soit à l'article 332quinquies, § 2, alinéa 1er, qui prévoit un délai identique<sup>30</sup>- paraît *prima facie* fondée en raison : pourquoi le tribunal

---

<sup>22</sup> Et non de la découverte de ce qu'il n'en était pas le père : la Cour, alors d'arbitrage, avait été saisie d'une question sur ce point, et avait jugé qu'il n'y avait là aucune discrimination (arrêt 138/2000, du 21 décembre 2000, confirmé par l'arrêt 95/2001, du 12 juillet 2001.).

<sup>23</sup> Article 332, alinéas 4 et 5, anciens, du Code civil. L'enfant, lui, disposait de quatre années à partir de sa majorité, mais il ne pouvait agir si le mari l'avait "élevé comme le sien", amorce, donc, de la solution légale ultérieure.

<sup>24</sup> La solution légale nouvelle était donc, non pas contraire, mais *autre* que celle qui se déduisait des arrêts des 21 décembre 2000 et 12 juillet 2001, précités en note 22.

<sup>25</sup> Celui-ci pourra néanmoins conserver son nom (article 335, § 5, du Code civil, issu de la réforme de 2006).

<sup>26</sup> On relèvera que, dans les *Faux Monnayeurs*, Bernard PROFITENDIEU, qui a appris au début du roman, en découvrant par indiscretion les lettres de l'amant de sa mère, qu'il n'était par le fils du bon juge Albéric PROFITENDIEU, finit, à l'issue de l'œuvre, par estimer que les liens de sang sont une fausse valeur, et à revenir auprès de son père légal et social, tombé malade.

<sup>27</sup> A.-Ch. VAN GYSEL, "Examen de jurisprudence "Les Personnes" (2003-2011) "La Filiation"", *R.C.J.B.*, 2011, p.409, spécialement n°2, p.413.

<sup>28</sup> Arrêt 144/2010 du 16 décembre 2010.

<sup>29</sup> Reconnaissance maternelle: article 313, § 1er, du Code civil.

<sup>30</sup> Illustration, s'il en est, de la confusion engendrée par la "rebroderie" que le législateur a fait en 2006 sur la loi de 1987, au lieu de repartir d'une page blanche. Cela concerne : l'action en recherche de paternité (article 322); action en recherche de maternité (article 314); annulation de la paternité du mari de la mère par le père biologique, qui établit par là sa propre filiation (article 318, § 5); annulation de la reconnaissance paternelle par

pourrait-il vérifier que la reconnaissance ne blesse pas l'intérêt de l'enfant s'il a treize mois, mais non s'il en a onze ?

Cependant, considérons le système tel qu'il résulte de cette décision : il peut être résumé ainsi : chaque fois que la question de la création du lien de filiation est soumise à un tribunal, celui-ci doit pouvoir, quel que soit l'âge de l'enfant, contrôler l'intérêt de ce dernier à voir sa filiation établie vis-à-vis de tel de ses auteurs biologiques.

Cette formulation en terme généraux cache en réalité une réalité nettement dissymétrique, dont nous doutons qu'elle soit moins discriminatoire que celle mise en place par la réforme de 2006.

En effet, en théorie, la règle de l'examen de l'intérêt de l'enfant existe pour l'établissement de la filiation maternelle comme pour celui de la filiation paternelle, mais tout le monde sait que ce parallélisme n'est, dans les faits, qu'un trompe l'œil, puisqu'en raison de l'établissement automatique de la maternité par la simple mention du nom de la mère dans l'acte de naissance<sup>31</sup>, la quasi-totalité des enfants ont une filiation maternelle établie de plein droit<sup>32</sup>.

Ce principe *mater semper certa* est d'ailleurs la pierre angulaire du système belge de la filiation depuis 1987<sup>33</sup>.

Or, dans ce cas, il n'y a nul contrôle de l'adéquation entre cet établissement et l'intérêt de l'enfant, puisque la maternité étant établie de plein droit, par effet de la Loi, il n'y a par hypothèse aucun contrôle juridictionnel de l'établissement de la filiation.

Certes, cette automaticité -et donc cette absence de contrôle- existe aussi dans le cas de la paternité établie de plein droit<sup>34</sup>, symétrie oblige.

Mais force est de constater qu'alors que la maternité est systématiquement établie de plein droit, sauf dans des cas d'écologie, la paternité ne l'est que dans le cadre du mariage<sup>35</sup>.

Or, le nombre d'enfants nés hors mariage est en constante augmentation et constitue une proportion du même ordre de grandeur que celle des enfants nés de parents mariés<sup>36</sup>.

---

le père biologique, qui établit sa propre filiation (article 330, § 3); annulation de la reconnaissance maternelle par la mère biologique, qui établit sa propre maternité (article 330, § 3).

<sup>31</sup> Article 312 du Code civil.

<sup>32</sup> Cependant, la Cour constitutionnelle, dans l'arrêt rendu dans le cadre de la filiation incestueuse (arrêt 169/2003 du 17 décembre 2003, dans son attendu B.7), relève la filiation maternelle est "le plus souvent" établie avant la filiation paternelle, mais "non pas "toujours"" : on jugera lequel des deux qualificatifs est le plus près de la réalité des choses.

<sup>33</sup> Par réaction à la situation antérieure, où même la mention du nom de la femme ayant mis l'enfant au monde dans l'acte de naissance, n'établissait pas de plein droit la filiation maternelle de cet enfant : ce système a été condamné par la Cour de Strasbourg dans l'arrêt MARCKX c./ Belgique, du 13 juin 1979 (voyez la description du système belge dans les attendus 14 à 19 de la Cour), et cette condamnation a été le point de départ du projet dit "305" (dit aussi "projet "VAN ELSLANDE", du nom du Ministre de la Justice de l'époque, *Doc. Parl. Sénat*, S.O. 1977/78, n°305/1) qui devait aboutir à la loi du 31 mars 1987.

<sup>34</sup> Articles 315 et suivants du Code civil.

<sup>35</sup> La cohabitation légale ne crée pas de présomption de paternité, ce qui est logique dès lors qu'elle ne lie pas la cohabitante légale par une obligation de fidélité (*cf.* les articles 1477 à 1479 du Code civil).

<sup>36</sup> En 2008, il y a eu 56.901 naissances hors mariage sur 127.205, soit 44,73 % (chiffres issus de l'institut "Statistics Belgium" (sic) du SPF Economie).

Il se déduit de ce qui précède que le contrôle de l'intérêt de l'enfant, pour l'établissement de sa filiation, n'existe, dans la réalité des choses, que pour les pères non mariés à la mère, et uniquement lorsque celle-ci<sup>37</sup> s'oppose à cet établissement.

Dès lors, on peut s'interroger : s'il est, selon la Cour constitutionnelle, disproportionné que le juge ne puisse "jamais rejeter la demande de reconnaissance (...) s'il est établi que la personne qui souhaite reconnaître l'enfant est le père biologique de l'enfant"<sup>38</sup>, est-il normal et "proportionné" que seul ce père biologique non-marié et confronté à l'opposition maternelle soit contrôlé ?

Ainsi, notre Droit contiendrait l'adage : *Mater semper certa, ergo mater semper bona*<sup>39</sup>, bien qu'éventuellement agressive, alcoolique, droguée *etc.* ?

Pourquoi le mari de la mère, serait-il agressif, alcoolique, drogué et même violeur<sup>40</sup>, échappe-t-il à tout contrôle, alors que, si par hypothèse il n'est pas le géniteur de l'enfant, et que le père biologique agit en "contestation-établissement"<sup>41</sup>, l'intérêt de l'enfant est pris en compte à l'égard de ce dernier ?

Pourquoi le géniteur alcoolique *etc.* mais qui est agréé par la mère, peut-il reconnaître l'enfant, sans que nul<sup>42</sup> ne puisse y mettre le holà<sup>43</sup> ?

Dans cette perspective, le système légal actuel, qui présume qu'un géniteur qui, dès les premiers temps de la vie de l'enfant, a manifesté son intention d'assumer son rôle parental, est un aussi bon parent que ne l'est la mère ou le mari de la mère, est-il réellement plus critiquable que celui qui se trouve ainsi créé par la Cour constitutionnelle ?"

Cette jurisprudence a cependant été confirmée par la Cour constitutionnelle<sup>44</sup>.

### ***E. Intérêt de l'enfant***

A ces commentaires critiques, le discutant a opposé essentiellement deux arguments.

---

<sup>37</sup> Ou l'enfant, s'il a plus de 12 ans (article 329bis, §2, du Code civil), mais dans les faits ces reconnaissances très tardives sont rares.

<sup>38</sup> Voir l'attendu B.6. de l'arrêt commenté.

<sup>39</sup> La mère est toujours connue, donc elle est toujours bonne (pour l'enfant).

<sup>40</sup> Sur le viol entre époux, voir Bruxelles, 21 juin 1979, *R.T.D.F.*, 1980, p.159, note B. MAINGAIN.

<sup>41</sup> Article 318, § 5, du Code civil.

<sup>42</sup> Il serait difficilement concevable à nos yeux de donner en cette matière un rôle de contrôle à l'officier de l'état civil, bien que l'on constate ces derniers temps un mouvement législatif vers une telle délégation de compétence (mariages simulés, transsexuels, et même, en matière de filiation, la "désactivation" de la présomption de paternité (article 316bis du Code civil).

<sup>43</sup> Il n'est pas interdit de penser que, sans le viol intervenu durant la grossesse, la mère aurait consenti à la reconnaissance de son enfant par son compagnon, quelles qu'aient été ses défauts. Il est à noter que, dans ce cas, même s'il avait violé la mère après que l'acte de reconnaissance aurait été établi, celui-ci n'aurait pu être annulée pour contrariété de la filiation à l'intérêt de l'enfant. Seul le viol ayant conduit à la conception de l'enfant est une cause péremptoire de refus de la reconnaissance (article 329bis, §2, dernier alinéa, du Code civil).

<sup>44</sup> Arrêt 61/2012 du 3 mai 2012.

Tout d'abord, il a invoqué le fait que l'intérêt de l'enfant avait bien été pris en considération par la Cour constitutionnelle dans son arrêt du 3 février 2011.

Cette prise en considération n'est toutefois pas reflétée par la partie B de l'arrêt, qui constitue, comme on le sait, la motivation propre de la Cour, mais dans la partie A, qui reprend les diverses argumentations des parties à la cause.

Parmi celles-ci se trouve la tutrice *ad hoc* de l'enfant mineur dont la filiation était en cause.

On lit en effet dans cette partie les attendus suivants :

*"Position de la tutrice ad hoc*

A.4. La tutrice *ad hoc* fait référence à l'évolution de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme concernant la vie privée et familiale.

Il découle, selon elle, de l'arrêt *Kroon c. Pays-Bas* du 27 octobre 1994, dans lequel la demande avait été introduite par la mère mariée, que le respect de la vie familiale exige que la réalité biologique et sociale prévale sur la règle légale d'attribution de paternité qui, comme dans le cas d'espèce, était contraire tant aux faits établis qu'aux souhaits de tous les intéressés.

Dans l'arrêt *Znamenskaya c. Russie* du 2 juin 2005, la Cour a jugé que la situation dans laquelle une présomption légale prévaut sur la réalité biologique et sociale, sans tenir compte des faits établis et des souhaits des intéressés et sans que quiconque en tire un avantage, n'était pas compatible avec l'obligation de garantir efficacement le respect de la vie privée et familiale. Dans le même sens, l'impossibilité, en droit russe, de contester la paternité du mari après l'expiration du délai fixé pour ce faire, indépendamment du fait que le mari réalise ultérieurement qu'il n'est pas le père biologique, a été jugée contraire à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (arrêt *Shofman c. Russie* du 24 novembre 2005). Dans son arrêt *Mizzi c. Malte* du 12 janvier 2006, la Cour de Strasbourg a jugé que la fixation d'un délai de déchéance pour l'introduction, par le mari, d'une action en contestation de paternité n'était pas contraire en soi à la Convention européenne des droits de l'homme, mais que l'impossibilité de fait – résultant, dans le droit maltais, d'une combinaison de restrictions de droit matériel et d'un délai de déchéance strict – pour un mari de contester sa paternité en droit, nonobstant le fait qu'un examen ADN a démontré qu'il n'était pas le père biologique, était contraire aux articles 6.1 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Il en allait de même pour le fait de soumettre le mari à un délai de déchéance strict auquel les autres intéressés, comme l'enfant lui-même, n'étaient pas soumis.

Dans le même esprit, mais cette fois du point de vue de l'enfant, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé, dans l'arrêt *Phinikaridou c. Chypre* du 20 décembre 2007, qu'un délai de déchéance pour l'introduction d'une demande en établissement d'un lien de filiation qui ne tient pas compte de la découverte de la paternité après l'écoulement de ce délai était contraire à l'article 8 précité. La Cour a souligné que la Convention a pour but de garantir des droits qui ne sont pas théoriques ou illusoire, mais pratiques et effectifs.

La tutrice *ad hoc* reconnaît qu'en vertu de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, les intérêts de l'enfant bénéficient de la priorité sur ceux du père biologique, ainsi qu'il ressort de l'arrêt *Yousef c. Pays-Bas* du 5 novembre 2002, et que cette Cour, lors de l'interprétation de la disposition concernée de la Convention, tient également compte de la stabilité des rapports familiaux, mais le père légal doit avoir une occasion effective de

contester sa paternité à partir du moment où il découvre qu'il n'est pas le père biologique de l'enfant.

A.5. La tutrice *ad hoc* déduit de la jurisprudence citée que le mari légal doit avoir une occasion effective de contester sa paternité s'il découvre qu'il n'est pas le père biologique de l'enfant. Dès lors que le législateur a érigé la possession d'état utile de l'enfant à l'égard du mari en fin de non-recevoir générale de l'action, s'appliquant à tous les cas de contestation de paternité, les possibilités de contester cette dernière sont totalement fermées pour une catégorie bien précise et très fréquente de maris. Le droit belge de la filiation n'offre dès lors toujours pas au mari qui s'est comporté en père, en ignorant, en toute bonne foi, qu'il n'était pas le père biologique, une occasion réelle de contester sa paternité, ce qui, selon la tutrice *ad hoc*, n'est pas compatible avec l'article 22 de la Constitution ni avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Ni la stabilité des liens familiaux, ni l'intérêt de l'enfant ne peuvent être invoqués en l'espèce. En effet, le demandeur est divorcé de la mère de l'enfant dont il conteste la paternité et il ne semble plus avoir de contacts avec l'enfant elle-même. Cette dernière n'a par ailleurs aucun intérêt à ce qu'un père juridique lui soit imposé qui n'est pas son père biologique et qui ne souhaite manifestement plus avoir de contacts avec elle, même dans l'hypothèse où le père biologique ne réclame pas (encore) sa paternité."

Deux remarques nous semblent pouvoir être faites à cette position, qui ressortissent toutes deux au rôle du tuteur *ad hoc*.

Celui-ci, croyons-nous, est de défendre l'intérêt personnel, actuel et concret de l'enfant en cause, qui est mineur, et dont les auteurs et représentants légaux, parties au procès, pourraient avoir des intérêts contraires aux siens.

Force est de constater que la tutrice *ad hoc*, sans nul doute juriste, se livre en l'espèce essentiellement à une analyse de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, agissant ainsi en *amica curiae*.

Outre que cette analyse ne nous semble pas rencontrer la teneur réelle des arrêts invoqués<sup>45</sup>, et conduit dont la Cour à se fourvoyer, comme elle nous semble l'avoir effectivement fait, la tutrice manque à ses devoirs premiers, dont elle ne se rappelle que dans un ultime et bref paragraphe.

Elle y déclare péremptoirement que "ni la stabilité des liens familiaux, ni l'intérêt de l'enfant ne peuvent être invoqués en l'espèce"".

Et pourquoi cela ?

Parce qu'il lui "semble" que le père légal n'a désormais plus de contacts avec l'enfant.

La tutrice confesse donc à demi-mot qu'elle n'a en fait pas réellement vérifié si des tels contacts avaient lieu ou pas, ce qui signifie qu'elle n'a, selon toute vraisemblance, jamais rencontré l'enfant qu'elle est réputée représenter, pour lui demander ce qu'il en était de la rupture du lien parental, et, dans l'hypothèse d'une telle rupture, si l'enfant souhaitait, ou non, la reprise de ces contacts, ou au contraire la suppression de son lien avec celui qui était son père légal et l'avait élevé et entretenu comme tel pendant 10 ans<sup>46</sup>.

---

<sup>45</sup> Voyez ci-dessus la partie B du présent exposé.

<sup>46</sup> Ce dernier élément résulte de l'exposé liminaire des faits de la cause par la Cour elle-même.

En bref, la tutrice *ad hoc* a estimé de son propre chef qu'il valait mieux pas de père du tout qu'un père non-géniteur avec lequel le lien pourrait être distendu.

Chacun se fera -comme nous- l'appréciation qu'il voudra de cette conception pour le moins particulière du rôle de tuteur *ad hoc*<sup>47</sup>...

### ***F. Plutôt l'incohérence que l'injustice***

Second argument mis en avant par le discutant : s'inspirant du Doyen Carbonnier<sup>48</sup>, il déclare préférer l'incohérence à l'injustice, et expose que ce que condamne en réalité la Cour constitutionnelle dans l'ensemble de ces arrêts, ce sont les normes *absolues*.

Qu'il s'agisse de délais prescrits à peine forclusion, ou de fins de non-recevoir, c'est leur aspect absolu qui paraît inacceptable à la Cour : il faut toujours laisser au juge la possibilité d'écarter la règle si son application dans le cas d'espèce lui paraît injuste.

Et, selon le discutant, c'est ce que fait la Cour constitutionnelle au fil de sa jurisprudence, qui statue dans des cas d'espèce, et non de manière générale.

Une telle assertion nous paraît très singulière.

En effet, alors que la Cour constitutionnelle attribue à la Cour de Strasbourg une vocation à établir des normes générales -ce que nous pensons avoir démontré inexact dans la partie B de cette étude- elle semblerait à rebours se dénier à elle-même le rôle "quasi-législatif" que lui a pourtant conféré la loi spéciale du 6 janvier 1989 : si l'article 26, § 2, 2° de cette loi permet au juge saisi d'une question préjudicielle d'"adopter" la solution déjà donnée par la Cour dans un cas semblable, c'est pourtant bien que cette solution a une portée au-delà du cas d'espèce dans laquelle la Cour avait statué<sup>49</sup> : troublant chiasme...

L'un des intervenants avait déjà perçu cette intention.

Il s'exprimait ainsi<sup>50</sup> :

"Les choses sont donc moins simples encore qu'elles n'y paraissent.

En effet, en relisant l'ensemble des arrêts récents de la Cour constitutionnelle, il nous semble percevoir que ce que la Cour désire réellement, c'est que le juge puisse, dans chaque cas

---

<sup>47</sup> Même en faisant abstraction de tout l'aspect personnel de la paternité -qui est l'élément fondamental de celle-ci- la suppression du père légal sans remplacement par un autre a d'évidence fait perdre à l'enfant un débiteur alimentaire (article 203 du Code civil), ce qui est pour lui un intérêt économique majeur.

<sup>48</sup> Notamment (voir plus bas la citation d'une étude récente du Professeur Paul MARTENS) "Summum jus, summa injuria" texte inédit de J. CARBONNIER, site *expocujas.univ-paris1.fr*, qu'évoque le discutant ? Voy. les citations reprises dans PAUL MARTENS, "Jean Carbonnier : juriste, sociologue, historien, moraliste et poète", *Cahiers d'anthropologie du droit*, 2009, p. 217 à 228.

<sup>49</sup> L'article 4 de la même loi spéciale, qui rouvre le délai d'annulation en cas de déclaration d'inconstitutionnalité sur question préjudicielle, va dans le même sens.

<sup>50</sup> A.-Ch. VAN GYSEL, "Examen de jurisprudence "Les Personnes" (2003-2011) "La Filiation"", *R.C.J.B.*, 2011, p.409, spécialement n°13, p.449.

d'espèce, non seulement apprécier librement les éléments factuels de la cause, mais encore prendre en considération les notions juridiques en présence de façon relative, en opérant *in concreto* entre elles une balance, afin de déterminer en équité la solution la plus adéquate au litige.

Plusieurs passages nous semblent exprimer une telle pensée :

Ainsi, dans l'arrêt du 31 mai 2011<sup>51</sup>, on peut lire :

"B.12. La fixation d'un délai de prescription pour l'ouverture d'une action en recherche de paternité peut se justifier par le souci de garantir la sécurité juridique et un caractère définitif aux relations familiales. Pour établir si l'article 8 de la Convention européenne est respecté, il y a lieu de vérifier si l'Etat a ménagé un juste équilibre entre les droits et les intérêts concurrents en jeu. Il faut ainsi « non seulement mesurer les intérêts de l'individu à l'intérêt général de la collectivité prise dans son ensemble, *mais encore peser les intérêts privés concurrents en jeu* » (CEDH, 20 décembre 2007, *Phinikaridou c. Chypre*, §§ 51 à 53)."

Egalement, dans celui du 6 avril 2011<sup>52</sup> :

"B.3.2. L'intérêt de l'enfant ne saurait pas davantage justifier que la reconnaissance par le père biologique puisse, dans toutes les hypothèses, être empêchée par un refus de la mère, suivi d'une reconnaissance mensongère. *La réponse à la question de savoir si l'enfant a davantage intérêt à la reconnaissance par le père biologique qu'à la reconnaissance par un tiers dépendra des circonstances concrètes de chaque cas.*"

Mais surtout, dans celui du 3 février 2011<sup>53</sup>

"B.9. La paix des familles et la sécurité juridique des liens familiaux, d'une part, et l'intérêt de l'enfant, d'autre part, constituent des buts légitimes dont le législateur peut tenir compte pour empêcher que la contestation de paternité puisse être exercée sans limitation. A cet égard, il est pertinent de ne pas laisser prévaloir *a priori* la réalité biologique sur la réalité socio-affective de la paternité.

B.10. Toutefois, en érigeant la « possession d'état » en fin de non-recevoir *absolue* de l'action en contestation de la présomption de paternité, le législateur fait *toujours* prévaloir la réalité socio-affective de la paternité sur la réalité biologique. Du fait de cette fin de non-recevoir absolue, le mari de la mère qui a assumé de bonne foi la paternité socio-affective se voit refuser de manière absolue la possibilité de contester sa paternité, parce que son attitude de bonne foi a précisément contribué à la réalisation des faits qui sont constitutifs de la possession d'état.

*Il n'existe dès lors, pour le juge, aucune possibilité de tenir compte des faits établis et des intérêts de toutes les parties concernées.*

Une telle mesure n'est pas proportionnée aux buts légitimes poursuivis par le législateur et n'est dès lors pas compatible avec l'article 22 de la Constitution, combiné avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme."

---

<sup>51</sup> Arrêt 96/2011 du 31 mai 2011.

<sup>52</sup> Arrêt 54/2011 du 6 avril 2011.

<sup>53</sup> Arrêt 20/2011 du 3 février 2011.

L'avenir nous dira sans doute, si cette lecture correspond à la réalité de la pensée de la Cour d'arbitrage".

On a vu que notre intuition a bien été confirmée, lors du séminaire du 29 février 2012, par une source des plus éminentes et émérites, étant celle de Monsieur Paul MARTENS.

Le discutant s'est d'ailleurs exprimé très clairement à ce sujet, dans un commentaire de l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 9 août 2012 relatif à la question de l'inceste<sup>54</sup>, en ces termes<sup>55</sup> :

« Ce que confirme également la Cour, c'est son allergie aux législations qui, partant d'un objectif louable, croient pouvoir le réaliser par des interdictions totales, des irrecevabilités absolues, des présomptions irréfragables. Qu'il s'agisse de matières aussi diverses que les amendes<sup>56</sup>, les interdictions professionnelles<sup>57</sup> ou les reconnaissances d'enfants, quand elle est interrogée par un juge qui répugne à devoir s'incliner devant l'automatisme d'une sanction ou d'une interdiction, il n'est pas rare que la Cour, tout en approuvant l'objectif poursuivi par la loi, la condamne en ce qu'elle enlève au juge le pouvoir d'apprécier si, dans l'hypothèse qui lui est soumise, elle n'a pas des effets désastreux. C'est la victoire du *summum jus summa injuria* sur *dura lex sed lex*.

Il ne s'agit pas d'enlever au législateur un pouvoir pour le confier au juge mais de tenir compte de ce que le droit à un procès équitable, que les exégètes « littéralistes » de la Convention européenne des droits de l'homme avaient voulu cantonner dans le droit procédural, est devenu un droit substantiel : à quoi bon garantir à chacun le droit d'être équitablement traité lorsqu'il est devant un juge si on ne lui garantit pas, d'abord, le droit d'arriver devant ce juge<sup>58</sup> ? Ce n'est pas parce que les juges ont le goût de gouverner qu'ils optent pour l'interprétation dynamique et constructive mais parce qu'ils partagent le souci, exprimé par la Cour européenne, de « protéger des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs »<sup>59</sup>.

Il fut un temps où les législateurs traduisaient des constatations arithmétiques en normes dogmatiques sans que personne ne pût s'en plaindre devant les juges même si ceux-ci étaient

---

<sup>54</sup> Cour constitutionnelle, arrêt 103/2012 du 9 août 2012, *A.D.F.*, 2012, p.150, note A.-Ch. VAN GYSEL, « La fin de l'interdit de l'inceste en droit belge ». Relevons que, dans cette décision, pour appuyer sa décision de déclarer *inconstitutionnelle* la prohibition absolue de l'inceste, Cour se réfère à l'arrêt STUBING c. Allemagne rendu le 12 avril 2012 par la Cour de Strasbourg, lequel arrêt –ce qui ne ressort pas de l'arrêt du 9 août 2012– déclare *conforme* à la C.E.D.H., l'incrimination pénale des relations sexuelles entre frère et sœur en droit allemand : à nouveau, la référence de la Cour constitutionnelle à la jurisprudence de Strasbourg ne nous semble pas conforme à la teneur de cette dernière.

<sup>55</sup> P.MARTENS, « Inceste et filiation : égalité et tabou », *J.L.M.B.*, 2012/27, p.1286 et s.

<sup>56</sup> Arrêts 40/97, 40/97, 128/99, 86/2007, 157/2008, 42/2009 pour les amendes administratives, arrêts 138/2006, 165/2006, 199/2006, 81/2007, pour les amendes en matière de douanes et accises, arrêt 79/2008 pour les amendes en matière de TVA.

<sup>57</sup> Arrêts 119/2006, 144/2007, 70/2012.

<sup>58</sup> Voy., pour une lecture dynamique, constructive, téléologique de l'article 6 de la Convention européenne, l'arrêt *Golder* du 21 février 2005 et, pour une lecture positiviste, fixiste et littérale, les opinions dissidentes exprimées sous l'arrêt, spécialement celle du juge FITZMAURICE.

<sup>59</sup> Arrêt *Airey c./ Royaume-Uni* du 9 octobre 1974, paragraphe 24.

conscients que la dureté de la loi les contraignait à rendre des décisions injustes. Ainsi, en l'espèce, la Cour constate, avec le législateur, qu'on peut partir de l'hypothèse qu'une reconnaissance servira rarement les intérêts des enfants issus d'une relation incestueuse (B.5.). Mais elle refuse, au nom de cette vérité statistique, de sacrifier les cas, fussent-ils rares, où tant la mère que le représentant légal des enfants plaident qu'il est de l'intérêt supérieur de ceux-ci d'avoir une double filiation.

Ce que la Cour fait ici à propos de l'inceste est ce qu'elle a fait quelques mois plus tôt à propos de la possession d'état dans les arrêts 20/2011 et 122/2011 : dans la plupart des cas, il ne sera pas de l'intérêt de l'enfant de voir remise en cause une filiation qui correspond à la réalité vécue. Mais faut-il pour autant sacrifier les cas où il est démontré que cette affirmation est fautive ?

La généralité de la loi ne peut prévoir toutes les situations : « elle est exposée à toutes les difficultés et périls qui sont le propre de la prophétie »<sup>60</sup>. Le pouvoir législatif, observait CARBONNIER, est « sans vocation à régir l'imprévu »; la loi sait « quelle ne tombe pas juste dans tous les cas » parce que, contrairement au juge, elle « n'a pas à partager des biens concrets mais à départager des vocations abstraites » ; la jurisprudence a cette supériorité sur la loi : « elle écoute les mœurs » ; on pourrait ajouter « et elle écoute les gens »<sup>61</sup>. Sans le correctif du procès, la loi crée fatalement des « sinistrés de la légalité » car « il est forcé de faire tort en détail celui qui veut faire droit en gros »<sup>62</sup>.

Une certaine conception de la sécurité juridique voudrait que ceux que le législateur a oubliés ne puissent faire entendre leur voix devant un juge, sous peine d'offenser la généralité des lois. En instituant des juges constitutionnels, et en permettant à chacun d'en appeler devant eux des injustices des lois, le constituant a indiqué qu'il préfère le désordre qu'ils créent à l'injustice qu'ils évitent.

Sans doute peut-on déplorer que des juges puissent défaire les équilibres difficiles que le législateur s'efforce de réaliser entre les aspects affectifs, génétiques, symboliques de la parenté et de la filiation<sup>63</sup>.

Mais on peut aussi, même si on sacrifie la généralité, la sécurité, la prévisibilité des lois, préférer un droit pensé par l'homme pour « l'homme individuel », non plus pour « L'homme générique »<sup>64</sup> et refuser de fermer la porte du prétoire à l'enfant qui conteste une filiation ou qui la revendique sous prétexte que le législateur a jugé, à sa place, ce que requiert son intérêt, une fois pour toutes. »

Sans répondre à la Cour et au discutant, avec GOETHE<sup>65</sup> : "Je préfère une injustice que tolérer un désordre", il nous semble cependant que la jurisprudence de la cour suprême ferait

---

<sup>60</sup> ROSCOE POUND, cité par MAURO CAPPELLETTI, *Le pouvoir des juges*, Economica – Presses universitaires d'Aix-en-Provence, 1990, p. 94.

<sup>61</sup> Voy. les citations reprises dans PAUL MARTENS, " Jean Carbonnier : juriste, sociologue, historien, moraliste et poète ", Cahiers d'anthropologie du droit, 2009, p. 217 à 228.

<sup>62</sup> MICHEL DE MONTAIGNE, *Les essais*, III, XIII, *La Pléiade*, p. 1118.

<sup>63</sup> Voy. NICOLE GALLUS, " Filiation paternelle dans le mariage : le droit de contestation du mari et l'intérêt de l'enfant selon la Cour constitutionnelle ", *Actualités du droit de la famille*, 2011, p. 77 à 79.

<sup>64</sup> Nathalie MASSAGER, « La prophétie de GERLO. Réflexions à propos des arrêts de la Cour constitutionnelle en matière de filiation », *Actualités du droit familial*, 2011, pp. 130 à 139.

<sup>65</sup> J. W. von GOETHE, "Le siège de Mayence", texte autobiographique.

bien de s'inspirer de la réflexion suivante de la Cour de Cassation, qui, dans son arrêt du 11 juin 2010<sup>66</sup>, fait selon nous entendre la voix de la sagesse.

Statuant sur la branche de pourvoi qui invoquait l'article 7 de la Convention relative aux droits de l'Enfant, qui édicte que l'enfant a le droit, dans la mesure du possible, de connaître ses parents et d'être élevé par eux, et après avoir estimé que cette disposition n'était pas suffisamment précise et complète pour pouvoir lui donner un effet direct, la Cour de cassation estime qu' "(...) il n'appartient pas au juge d'écarter la protection des intérêts de l'enfant imposée par le législateur au bénéfice d'une appréciation personnelle qu'il considère comme plus appropriée"<sup>67</sup>.

En d'autres termes, la paix des familles ne nous semble pas une vieille lune obsolète, mais au contraire l'expression particulière, au sein du droit familial, d'un principe fondamental -mais sans doute un peu oublié-, celui de la sécurité juridique à laquelle peuvent s'attendre les personnes.

Il en va d'autant plus ainsi que l'effet général du courant de pensée et de jurisprudence exprimé par le Professeur MARTENS aboutit en fait à ceci : puisqu'il n'y a plus de règle absolue, alors « tout est possible »<sup>68</sup>; et toute personne pourra à tout moment remettre en cause une situation juridique, aussi ancienne et consacrée socialement soit-elle, puisque cette personne peut avoir l'espoir –oserions-nous dire « raisonnable » ?- que la Cour constitutionnelle la prendra en pitié, et écartera la règle légale abstraite au profit de l'équité concrète, au nom de l' « intérêt de l'enfant », tel que discerné *in concreto* par la juridiction.

Et si un plaideur a un intérêt à introduire un recours, nul doute qu'il le fera...

On sera donc passé d'un système, sans doute imparfait comme toute œuvre humaine, mais équilibré et cohérent, étant la loi de 2006; tout d'abord à un système incohérent, celui de « *mater semper bona* », résultant de l'addition des divers arrêts rendus par la Cour constitutionnelle dans le domaine du droit de la filiation depuis 2006; puis ensuite à « plus de système du tout », c'est-à-dire au juge appréciant les demandes qui lui sont faites à l'aune de principes heuristiques sans contenu concret<sup>69</sup>.

Contrairement à ce qu'affirme Le Professeur MARTENS, une telle situation, dans une matière aussi fondamentale que celle de la filiation, ne nous semble pas éloignée du Gouvernement des Juges.

Et quel que soit le respect que nous ayons pour les magistrats, dont le travail de transposition de la norme abstraite au cas concret est capital, il ne nous paraît pas envisageable, dans une société démocratique, qu'ils se prononcent autrement qu'en appliquant des normes dont le contenu substantiel a été défini par des représentants de la nation, seuls légitimement habilités à ce faire, et dont la teneur, connue du public, ou à tout le moins des juristes, permet au

---

<sup>66</sup> Cass. 11 juin 2010, *R.T.D.F.*, p.119.

<sup>67</sup> A.-Ch. VAN GYSEL, "Examen de jurisprudence "Les Personnes" (2003-2011) "La Filiation"", *R.C.J.B.*, 2011, p.409, spécialement n°13, p.451.

<sup>68</sup> Cf. F. DOSTOÏEVKY, *Les Frères Karamazov* : « Si Dieu n'existe pas, alors tout est possible ».

<sup>69</sup> Voy. A.-Ch. VAN GYSEL, « *L'intérêt de l'enfant : Mythe et réalité* » in *Actualités de droit familial, le point en 2001*, CUP, 2001, Vol. 49, p. 173.

Citoyen d'avoir un comportement dont les conséquences peuvent être raisonnablement prévisibles.