

La contestation de la filiation paternelle en droit belge : à qui la place ?

Auteur : Natalis, Juliette

Promoteur(s) : Leleu, Yves-Henri

Faculté : Faculté de Droit, de Science Politique et de Criminologie

Diplôme : Master en droit, à finalité spécialisée en mobilité interuniversitaire

Année académique : 2017-2018

URI/URL : <http://hdl.handle.net/2268.2/4907>

Avertissement à l'attention des usagers :

Tous les documents placés en accès ouvert sur le site le site MatheO sont protégés par le droit d'auteur. Conformément aux principes énoncés par la "Budapest Open Access Initiative" (BOAI, 2002), l'utilisateur du site peut lire, télécharger, copier, transmettre, imprimer, chercher ou faire un lien vers le texte intégral de ces documents, les disséquer pour les indexer, s'en servir de données pour un logiciel, ou s'en servir à toute autre fin légale (ou prévue par la réglementation relative au droit d'auteur). Toute utilisation du document à des fins commerciales est strictement interdite.

Par ailleurs, l'utilisateur s'engage à respecter les droits moraux de l'auteur, principalement le droit à l'intégrité de l'oeuvre et le droit de paternité et ce dans toute utilisation que l'utilisateur entreprend. Ainsi, à titre d'exemple, lorsqu'il reproduira un document par extrait ou dans son intégralité, l'utilisateur citera de manière complète les sources telles que mentionnées ci-dessus. Toute utilisation non explicitement autorisée ci-avant (telle que par exemple, la modification du document ou son résumé) nécessite l'autorisation préalable et expresse des auteurs ou de leurs ayants droit.

La contestation de la filiation paternelle en droit belge : à qui la place ?

Juliette NATALIS

Travail de fin d'études

Master en droit à finalité spécialisée en mobilité interuniversitaire

Année académique 2017-2018

Recherche menée sous la direction de :

Monsieur Yves-Henri LELEU

Professeur ordinaire

RESUME

Le droit de la filiation est dans une période de mutation. Lorsque deux hommes se disputent la filiation d'un enfant, le juge est confronté à un difficile dilemme. Utilisant autrefois la présomption légale de paternité et les dispositions de l'article 318 du Code civil, il semble aujourd'hui bien démunir. Fondée sur le mariage, la présomption de paternité ne rencontre plus les besoins de notre temps. Depuis de nombreuses années, les censures constitutionnelles et les condamnations européennes encouragent législateur à s'adapter aux mentalités actuelles. Pourtant, très peu de changements sont observés. Le récent arrêt de la Cour de cassation du 7 avril 2017 a apporté un souffle nouveau en validant la pondération *in concreto* des intérêts. Lorsqu'il est confronté à une contestation « 2 en 1 », le juge devrait dorénavant apprécier au cas par cas chaque situation familiale et les intérêts de toutes les personnes concernées (en privilégiant l'intérêt supérieur de l'enfant). Ceci reste à l'heure actuelle du droit jurisprudentiel et suscite diverses controverses dans la doctrine. Ne conviendrait-il pas que le législateur délimite les contours de cette nouvelle méthodologie afin de faciliter la tâche du juge et respecter les droits fondamentaux ? Notre travail sera l'occasion de repenser le rôle du droit de la filiation, du magistrat et de la famille du XXI^e siècle.

Table des matières

INTRODUCTION	7
I. LA FILIATION LEGALE PATERNELLE EN DROIT BELGE : QUELQUES RAPPELS THEORIQUES.....	9
I.1. ETABLISSEMENT	9
I.2. CONTESTATION	9
I.3. UN DROIT JURISPRUDENTIEL	11
II. L'ARRET DU 7 AVRIL 2017	13
II.1. CONTEXTE	13
II.2. LES FAITS	13
II.3. ANALYSE DE L'ARRET	14
II.4. ENSEIGNEMENT DE L'ARRET DANS LE DROIT DE LA FILIATION	16
III. L'ARTICLE 318 DU CODE CIVIL : QUELLE MARGE DE MANŒUVRE?	17
IV. L'ACTION « 2 EN 1 » AU REGARD DES DROITS FONDAMENTAUX	20
IV.1. MARCKX COMME POINT DE DEPART	20
IV.2. L'INTERET SUPERIEUR DE L'ENFANT	21
IV.3. LE DROIT AUX ORIGINES	25
IV.4. LE DROIT A UN PROCES EQUITABLE	29
V. VERS UNE NOUVELLE METHODOLOGIE	32
V.1. REPENSER LA LOI.....	32
V.2. REPENSER LE ROLE DU JUGE.....	34
V.3. REPENSER LA FAMILLE	36
CONCLUSION	41
BIBLIOGRAPHIE.....	44

INTRODUCTION

Chaque jour, des milliers de naissances sont comptabilisées dans le monde. Tous les enfants issus de celles-ci sont, par la force des choses, plongés dans une lignée. Ils s'inscrivent dans une famille et vont se construire à travers celle-ci. La filiation est le lien juridique qui unit l'enfant à un père et à une mère. Très souvent, ceux-ci sont ses géniteurs et vont l'éduquer. Toutefois, il arrive que les liens biologiques et socio-affectifs se répartissent entre plusieurs adultes réclamant chacun le lien de filiation. Le droit belge de la famille a alors établi un système permettant de gérer ce difficile conflit de droits. Depuis toujours, le législateur essaye de trouver un équilibre entre la vérité biologique et la vérité affective¹.

Le présent travail se consacre à la filiation paternelle et en particulier aux situations dans lesquelles le père biologique conteste la paternité du père légal, afin revendiquer son propre lien de filiation. Basée sur le mariage et la paix des familles, la présomption de paternité est depuis plusieurs années considérée comme archaïque par la Cour constitutionnelle. Le législateur éprouvant des difficultés à adapter le droit aux nouvelles mentalités sociétales, un véritable droit des juges est venu prendre *sa place*. Mais concrètement, que doit faire le magistrat lorsqu'il est soumis à une contestation de paternité, dite « contestation 2 en 1 » ? L'enjeu est crucial dans la mesure où la filiation concerne le statut de l'individu, ses relations et sa construction personnelle. Pour tenter de répondre à cette question, nous articulerons notre propos comme suit. Dans un premier temps, nous évoquerons brièvement les principes théoriques de la filiation légale paternelle en droit belge. Il sera l'occasion de rappeler à quel point le droit de la filiation est un droit mixte, à la fois légal et jurisprudentiel. Ensuite, nous constaterons que la Cour de cassation a récemment rendu un arrêt intéressant en la matière, affirmant que la pondération concrète des intérêts en présence est le *modus operandi* dans le cadre d'une action en contestation de paternité. L'analyse de cet arrêt ouvrira une nouvelle discussion sur la raison d'être de l'article 318 du Code civil. A l'unanimité, la doctrine existante met en avant les inadéquations législatives et appelle à un changement, cependant aucune solution générale consensuelle n'en ressort. Il y aura alors lieu d'observer la contestation de paternité à la lumière des droits de l'Homme afin de démontrer que l'application stricte et abstraite de la loi est

¹ N. GALLUS, « Filiation paternelle dans le mariage : le droit de contestation du mari et l'intérêt de l'enfant selon la Cour constitutionnelle », *Act. dr. fam.*, 2011/3-4, p.77

contraire aux droits fondamentaux tels que l'intérêt supérieur de l'enfant, le droit aux origines ou encore le droit à un procès équitable. *A qui la place* ? Au père biologique ? Au père légal ? Notre hypothèse de recherche est que la pondération au fond de tous les intérêts en présence doit être la méthode à adopter mais pour ce faire, il faut en délimiter légalement les contours, soutenir le juge de la famille dans sa tâche difficile et éviter l'amalgame filiation/parentalité. La famille nucléaire traditionnelle n'est plus l'unique configuration familiale possible. Le temps est venu d'écouter les revendications individuelles et de repenser les structures de parenté.

I. LA FILIATION LÉGALE PATERNELLE EN DROIT BELGE :

QUELQUES RAPPELS THÉORIQUES

I.1. ETABLISSEMENT

Le droit de la filiation s'inscrit dans un modèle matrimonio-patriarcal. L'établissement légal de la filiation maternelle résulte de l'acte de naissance (article 312 du Code civil) tandis que la filiation paternelle s'appuie sur le principe *pater is est quem nuptiae demonstrant*. Le législateur de 1804 a décidé d'établir une présomption de paternité dans le chef du mari de la mère (article 315 et 317 du Code civil). Cette présomption est fondée sur la probabilité de fidélité dans le mariage et permet de faciliter l'établissement de la filiation paternelle, la filiation maternelle étant, quant à elle, plus facile à démontrer². Ceci s'explique par la proportion très majoritaire et le caractère central du mariage à l'époque. Le législateur de 1804 a toutefois prévu un mécanisme pour écarter cette présomption. Au départ, on considérait que l'enfant naissant plus de 300 jours après le divorce n'était pas celui du mari. En 2006, le législateur a inversé la tendance en ajoutant l'article 316 bis au Code civil. En effet, il y a de plus fortes chances que l'enfant qui naît après le divorce soit d'un autre homme. De cette manière, la loi a inséré trois hypothèses pour écarter la présomption de paternité. La présomption de paternité n'est pas applicable si l'enfant naît plus de 300 jours après que la séparation judiciaire des époux n'ait été actée, ou s'il naît plus de 300 jours après la date d'inscription des époux à des adresses différentes dans le registre de la population ou encore, lorsque l'enfant est né plus de 300 jours après un jugement du juge de paix prononcé en vertu de l'article 223 et autorisant les époux à résider séparément, et moins de 180 jours après que cette mesure ait pris fin, ou après la réunion de fait des époux.

I.2. CONTESTATION

La présomption de paternité est une présomption réfragable. Dès 1804, le législateur a prévu une procédure pour la contester. En effet, il y a des cas où le mari de la mère, présumé père de

² *Mater semper certa est*

l'enfant, n'est en réalité pas son géniteur. Dans un premier temps, seul le père légal et la mère pouvaient contester la présomption de paternité. En 1987, le législateur a permis à l'enfant de contester sa filiation paternelle. En 2006, le législateur a permis à toute personne qui revendique la paternité de l'enfant d'introduire une action en contestation. Cela signifie que jusqu'en 2006, le père biologique de l'enfant ne pouvait pas revendiquer sa paternité. Le fait qu'il soit considéré comme un tiers à la famille était considéré comme contraire au droit au respect de la vie familiale. Aujourd'hui, le père biologique est devenu un élément central en matière de contestation de la filiation³. Si le juge fait droit à la demande du père biologique, le lien juridique entre lui et l'enfant est établi de plein droit. C'est ce qu'on appelle la contestation « 2 en 1 » (contestation/établissement). L'intérêt de l'enfant doit être prioritairement pris en compte dans ce genre de procédure. Cette action va retenir notre attention tout au long de la présente.

Le père biologique peut s'avérer un élément perturbateur aux yeux du législateur. Il vient chambouler l'enfant et la paix des familles réconciliées après un adultère⁴. Craignant que la contestation de paternité soit exercée de manière intempestive, le législateur a introduit l'article 318 du Code civil mettant en place des obstacles à l'action en contestation.

Tout d'abord, le Code civil prévoit que si l'enfant a la possession d'état à l'égard du mari de sa maman, le père biologique sera débouté (article 318§1 Code civil). Le législateur de 2006 a généralisé la possession d'état comme fin de non-recevoir à toutes les contestations de filiation ce qui a pour conséquence d'entraîner l'irrecevabilité de l'action et empêche le juge du fond d'apprécier le fondement de la demande. Le concept de possession d'état, basé sur le *nomen*, *tractatus* et *fama*, n'a toutefois jamais été actualisé. Nous reviendrons sur cette problématique plus loin.

Un deuxième obstacle à la contestation de la filiation paternelle est prévu à l'article 318§2 du Code civil. L'action en contestation est soumise à des délais qui, à défaut de respect, rendront la demande irrecevable. Le père biologique a un an à partir de la découverte de la réalité biologique pour intenter l'action. L'enfant, quant à lui, peut intenter une action dès qu'il atteint l'âge de 12 ans et jusqu'à l'âge de 22 ans. Après avoir atteint l'âge de 22 ans, il peut encore contester la filiation de son père légal dans l'année où il découvre que ce dernier

³ 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 », *Rev. trim. dr. fam.*, 2017/1, p.127

⁴ Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Bruxelles, Larcier, 2016, p.612

n'est pas son vrai père. En outre, le père biologique doit prouver sa propre paternité lorsqu'il agit (article 318§5 Code civil).

I.3. UN DROIT JURISPRUDENTIEL

Aujourd'hui, ces obstacles sont considérés comme obsolètes. Les mentalités ont changé, le mariage est en déclin, et l'idéal familial ne correspond plus à celui de 1804⁵. Les progrès techniques n'ont cessé de perfectionner les modes de preuves, notamment le test ADN apparu dans les années 80 et presque 100% fiable aujourd'hui. Les droits fondamentaux aussi jouent un rôle important dans le droit de la famille et des personnes. Pourtant, la loi associe toujours l'établissement de la filiation au mariage. La condamnation de la Belgique par la Cour européenne des droits de l'Homme a, à plusieurs reprises, contraint le législateur belge d'adapter son droit de la filiation⁶. Les réformes ont cependant été imparfaites et ponctuelles (1987, 2006 et 2014) laissant à chaque fois un peu plus de place à la réalité biologique tout en souhaitant préserver la filiation vécue et affective⁷, plongeant ainsi le juge dans une situation inconfortable.

Dans l'attente d'une véritable réforme, le droit de la filiation se présente comme un droit hybride, à la fois légal et jurisprudentiel. En effet, un droit judiciaire de la filiation est né afin de combler les lacunes de la loi. La Cour constitutionnelle, influencée par la Cour européenne des droits de l'homme, se bat depuis quelques années contre ces causes d'irrecevabilité absolues qui portent atteinte au droit d'accès au juge. La Cour refuse d'appliquer de manière abstraite des règles contraires à l'intérêt des personnes concernées. Au gré des questions préjudiciales, les juges écartent les obstacles légaux du délai et de la possession d'état pour laisser place à un droit qu'ils jugent plus humain et qui répond mieux aux besoins de chacun. Nous ne ferons pas l'historique de ces nombreux arrêts au risque de reproduire ce qui a déjà été traité dans de nombreux ouvrages⁸. Se consacrer à un tel historique serait en outre superflu puisque la

⁵ J. SOSSON, « Filiation, origines, parentalité », *Filiation et parentalité*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 5

⁶ Arrêt *Marckx contre Belgique* du 13 juin 1979 ; Arrêt *Vermeire contre Belgique* du 4 octobre 1993

⁷ J. SOSSON, « Filiation, origines, parentalité », *Filiation et parentalité*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 20

⁸ Voy. Notamment : N. MASSAGER ET J. SOSSON, « Filiation et Cour constitutionnelle », *Actualités de droit des familles*, CUP, vol. 163, Liège, février 2016, pp. 57 à 122

tendance jurisprudentielle est à présent claire et établie : la Cour condamne le caractère absolu de la fin de non-recevoir résultant d'une possession d'état. Lorsque le juge est confronté à une action en contestation de paternité, il ne peut plus rejeter automatiquement l'action même s'il constate que la possession d'état est établie entre père légal et l'enfant. La possession d'état n'étant plus une cause d'irrecevabilité, elle devient un élément de fond parmi d'autres, soumis au pouvoir d'appréciation du juge⁹. Concernant le délai, bien que l'action en contestation introduite par l'enfant est dorénavant considérée comme imprescriptible¹⁰, la Cour reste plus sévère lorsqu'il s'agit d'une action tardive du père biologique¹¹. La différence entre ces deux protagonistes est fondamentale. Alors que l'enfant possède un droit précieux à connaître ses origines¹², l'action du père, quant à elle, peut se fonder sur des motifs moins nobles tels qu'une revanche conjugale ou un intérêt financier¹³.

Les décisions de la Cour constitutionnelle s'accumulent et transforment le droit de la filiation en un véritable droit prétorien. Cela inquiète un grand nombre d'auteurs et juges attachés à la sécurité juridique¹⁴. Plus que jamais confrontés à des hésitations sur le fondement biologique et socio-affectif de la filiation, ils ne trouvent pas de réponse à leurs interrogations dans la loi. La jurisprudence de la Cour constitutionnelle est remarquable à de nombreux égards. Néanmoins, son rôle consiste à apprécier, dans chaque cas d'espèce qui lui est soumis, la conformité des lois par rapport aux droits reconnus par la Constitution. Bien que la Cour soutienne une appréciation de tous les intérêts en présence pour établir la filiation paternelle, il est délicat de vouloir en retirer une méthodologie, une stratégie à adopter quand une action en contestation est diligentée.

⁹ N. MASSAGER , « Filiation 2.0 : méthode de résolution en droit de la filiation incluant la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, la loi sur la comaternité, la pratique de la GPA et les nouvelles formes de coparentalité », *Le droit familial et le droit patrimonial de la famille dans tous leurs états*, Bruxelles, Larcier, 2017, p.33

¹⁰ C. Const., arrêt n° 18/2016 du 3 février 2016

¹¹ G. MATHIEU, « L'intérêt de l'enfant en sursis », *Rev.trim.dr.fam.*, 2017/1, p. 91

¹² *Infra* p. 24

¹³ C.E.D.H. Arrêt *Vermeire contre Belgique* du 4 octobre 1993

¹⁴ G. VERSCHELDEN, « Pleidooi voor een wetgevende hervorming van het Belgische afstammingsrecht », *T.Fam.* 2015, p. 57; A. RASSON ET J. SOSSON, « Coups de tonnerre constitutionnels dans la filiation: l'article 318 du Code civil dans la tourmente... », *Rev. trim. dr. fam.*, 2011/3, p. 5 ; N. GALLUS ET A.-C. VAN GYSEL, « Les décisions récentes de la Cour constitutionnelle en matière de filiation : humanisme ou aberrations ? », *Rev. not. belge*, 2013, livr. 3075, p. 399

II. L'ARRÊT DU 7 AVRIL 2017

II.1. CONTEXTE

Comme nous venons de le souligner, le droit de la filiation paternelle se détricote au fil du temps par le biais de censures constitutionnelles de l'article 318 du Code civil. Les deux premiers paragraphes de l'article 318 ont été invalidés par la Cour constitutionnelle. Cependant, cela ne permet pas de mettre un terme à la problématique. Que doit faire le juge une fois ces obstacles soulevés ? Doit-il appliquer purement et simplement le §3 en établissant la paternité biologique ? Doit-il faire prévaloir la réalité affective ? L'intérêt de l'enfant doit-il systématiquement l'emporter ? Le législateur reste muet face à ces questions. Pourtant, répondre à ces interrogations permettrait, dans une certaine mesure, de sécuriser le droit de la filiation. L'arrêt de la Cour de cassation du 7 avril 2017 est, en ce sens, venu apporter une première pierre à l'édifice. Cet arrêt est innovant puisque, pour la première fois, la Cour consacre une méthodologie en droit de la filiation en apportant la théorie de la pondération *in concreto* des intérêts.

II.2. LES FAITS

Monsieur G et Madame C sont mariés et ont trois enfants. Monsieur P introduit une action en contestation de paternité à l'égard du mari, Monsieur G. Monsieur P, soutient que le plus jeune des enfants, âgé de 3 ans à l'époque de sa demande est biologiquement le sien. Entre temps, Monsieur P est devenu le compagnon de la maman. Celle-ci fait cause commune avec lui. La possession d'état entre l'enfant et le père légal est établie. Le père biologique est toujours dans le délai légal d'un an pour agir¹⁵.

Le dossier se retrouve en appel. Au vu de la possession d'état avec le père légal, le juge d'appel pose une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle. Sans surprise, cette dernière lève l'obstacle de la possession d'état, tant concernant l'article 318§1 que l'article 330§1 du Code

¹⁵ L. SALOMEZ, « Bezit van staat en het Hof van Cassatie », *R.W.*, 2017-1018, p. 941

civil¹⁶. La Cour d'appel de Bruxelles, liée par l'arrêt de renvoi de la Cour constitutionnelle, déclare l'action en contestation du père biologique recevable dans un arrêt du 12 mai 2015¹⁷.

Le père légal se pourvoit en cassation en invoquant l'article 3 de la Convention de New-York relative aux droits de l'enfant, l'article 8 de la CEDH, l'article 22 de la Constitution ainsi que les articles 315, 318, 331 *sexies* et 332 *quinquies* du Code civil. Il défend que la possession d'état qu'il a avec l'enfant est telle qu'on ne peut lui retirer sa filiation. Cependant, la Cour de cassation rejette son pourvoi dans un arrêt du 7 avril 2017 et de cette manière, déclare « l'action 2 en 1 » fondée.

II.3. ANALYSE DE L'ARRET

Dans sa décision, la Cour de cassation évoque l'article 318§1 du Code civil et rappelle qu'il consacre une fin de non-recevoir absolue de l'action en contestation. Puis, elle continue son dispositif en reproduisant des morceaux de l'arrêt de la Cour constitutionnelle pour motiver que la possession d'état n'est plus un critère d'irrecevabilité :

Door het 'bezit van staat' als absolute grond van niet-ontvankelijkheid van de vordering tot betwisting van het vermoeden van vaderschap in te stellen, heeft de wetgever de socio-affectieve werkelijkheid van het vaderschap evenwel steeds laten prevaleren op de biologische werkelijkheid. Door die absolute grond van niet-ontvankelijkheid wordt de man die het vaderschap opeist op absolute wijze uitgesloten van de mogelijkheid om het vermoeden van vaderschap van een andere man, ten aanzien van wie het kind bezit van staat heeft, te betwisten¹⁸.

Il apparaît que la Cour d'appel de Bruxelles, à défaut d'autre moyen légal, a établi la filiation dans le chef du père biologique en application de l'article 318§3 du Code civil, seul survivant des censures de la Cour constitutionnelle. Cet article prévoit que « sans préjudice des §§ 1er et 2, la présomption de paternité du mari est mise à néant s'il est prouvé par toutes voies de droit que l'intéressé n'est pas le père ». La Cour d'appel se sent liée par l'arrêt de renvoi de la Cour constitutionnelle ainsi que par le critère biologique prévu par loi. De cette manière, elle semble

¹⁶ C.C., arrêt n° 96/2013 du 9 juillet 2013, *Act. dr. fam.*, 2013, p. 143

¹⁷ Bruxelles (42e ch.), 12 mai 2015, *Rev. trim.dr.fam.*, 2017/1, p.97

¹⁸ Cass., 7 avril 2017, (3)

s’interdire d’apprécier concrètement les intérêts au fond, comme la tendance constitutionnelle le requiert. En cassation, la Cour ne peut contredire cette position puisque le père légal ne la saisit pas sur ce point¹⁹.

L’arrêt d’appel est surprenant voire paradoxalement, car, malgré l’application à la lettre de l’article 318§3 du Code Civil qui fait droit au père biologique, la Cour observe et analyse en amont toute une série de faits. La famille légale est assez stable. Il existe un lien socio-affectif entre l’enfant et le père légal ainsi qu’entre l’enfant et ses frères et sœurs légaux. Une différence de traitement est toutefois remarquée dans le chef de l’enfant dont la filiation est contestée. En outre, le père biologique et la mère de l’enfant forment de nouveau un couple. Leur relation est équilibrée et ils ont eu d’autres enfants entre temps. Pour toutes ces raisons, la Cour d’appel estime qu’elle doit accepter la contestation « 2 en 1 » du père biologique. Ainsi, elle tranche « sur la base d’une appréciation *in concreto* de l’intérêt de l’enfant »²⁰.

La Cour de cassation, saisie du pourvoi, estime à son tour qu’il faut mettre en balance l’ensemble des intérêts en cause sans faire prévaloir d’emblée la réalité socio-affective. En outre, l’intérêt de l’enfant doit être pris en compte de façon primordiale et peut s’opposer à l’irrecevabilité d’une demande en contestation :

Uit een grondwetsconforme lezing van artikel 318, § 1, Burgerlijk Wetboek, zoals opgevat door het Grondwettelijk Hof, volgt dat de daarin bepaalde grond van niet-ontvankelijkheid wegens het bezit van staat geen absoluut karakter heeft en dat de rechter, rekening houdende met de belangen van alle betrokken partijen, in het bijzonder met die van het kind, hierop een uitzondering kan maken²¹.

Par conséquent, la Cour de cassation rejette le pourvoi en cassation de Monsieur G. et adhère de cette manière à la pondération des intérêts *in concreto* de la Cour d’appel de Bruxelles.

¹⁹ Y.-H. LELEU, « Filiation 2017 : l’intérêt bien pondéré », *Rev. trim. dr. fam.*, 2017/1, p.15

²⁰ Bruxelles (42e ch.), 12 mai 2015, *Rev. trim.dr.fam.*, 2017/1, p. 97

²¹ *Op.cit.* (4)

II.4. ENSEIGNEMENT DE L'ARRET DANS LE DROIT DE LA FILIATION

Pour la première fois en matière de contestation de la filiation, une pondération concrète des intérêts est réalisée. Celle-ci s'est faite au stade de la recevabilité. Une grande partie de la doctrine revendiquait déjà cette pratique²², mais jusqu'à présent, la Cour de cassation considérait que l'appréciation marginale prévue par le législateur suffisait²³. Ainsi, les juges analysaient de manière abstraite et stéréotypée les intérêts. Ils estimaient que la loi tenait suffisamment compte de l'intérêt de l'enfant à travers la possession d'état. Aujourd'hui, les intérêts de chacun ont enfin été pris en compte, et celui de l'enfant, partie faible dans les relations familiales, prévaut²⁴. Cet arrêt est donc important puisqu'il vient clarifier la jurisprudence de la Cour constitutionnelle concernant l'appréciation des intérêts en présence et le poids supplémentaire accordé à l'enfant²⁵. En justifiant correctement sa décision par rapport aux intérêts des parties concernées, le juge peut s'éloigner des dispositions archaïques du Code civil. De cette manière, l'arrêt du 7 avril 2017 vient dans une certaine mesure redéfinir le rôle du juge. Son pouvoir d'appréciation est large. Une fois la possession d'état écartée, la réalité biologique ne doit plus consister en un fait décisif, mais au contraire, en un fait à pondérer parmi d'autres. Certes, le raisonnement légaliste de la Cour d'appel laisse perplexe sur plusieurs points, mais en tout état de cause, le juge a apprécié *in casu* les faits établis et les intérêts des personnes concernées avant de trancher. L'arrêt de la Cour de cassation reste à l'heure actuelle un arrêt isolé. Néanmoins, il pourrait être le précurseur d'une nouvelle méthodologie.

²² J. SOSSON, « Filiation, origines, parentalité », *Filiation et parentalité*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p.23 ; 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 », *Rev. trim. dr. fam.*, 2017/1, p.137

²³ P. SENAEVE, « Ontwikkelingen in het afstammingsrecht (2014-2016) », *Personen-en familierecht*, Brugge, Die Keure, 2017, p.45

²⁴ G. MATHIEU, « L'intérêt de l'enfant en sursis », *Rev.trim.dr.fam.*, 2017/1, p. 92

²⁵ L. SALOMEZ, « Bezik van staat en het Hof van Cassatie », *R.W.*, 2017-1018, p. 942

III. L'ARTICLE 318 DU CODE CIVIL : QUELLE MARGE DE MANŒUVRE ?

Censuré par la Cour constitutionnelle et contourné par la Cour de cassation pour pondérer les intérêts individuels, l'article 318 du Code civil suscite aujourd'hui des critiques. Où situer l'équilibre entre l'affectif et le biologique dans le cadre d'une contestation de paternité ? Trois tendances semblent se dégager dans la jurisprudence et la doctrine²⁶.

La première tendance est notamment suivie par Patrick SENAeve et, en partie, par la Cour d'appel de Bruxelles dans l'arrêt présenté ci-dessus. Elle consiste à dire que tant que le législateur ne remédie pas à l'inconstitutionnalité de l'article 318§1 du Code civil, ce dernier ne peut plus être utilisé. Actuellement, la possession d'état n'est alors plus un outil à la disposition du juge. Cette première tendance donne un poids important à la réalité biologique. L'obstacle de la possession d'état étant écarté, la contestation de la paternité est recevable dans chaque cas d'espèce. En suivant le prescrit de l'article 318§3 du Code civil, le juge fait ensuite droit au père biologique. Lié par la loi, il n'a pas la possibilité d'analyser *in concreto* les intérêts en présence. Ce premier courant est une belle démonstration du caractère mixte du droit de la filiation à l'heure actuelle, mélange légal et jurisprudentiel. En outre, la recherche des origines et le lien génétique ne peuvent être négligés.

La deuxième tendance, soutenue par Paul QUIRYNEN et Nicole GALLUS, conteste les critiques formulées à l'égard de l'article 318 du Code civil. La possession d'état est une institution qu'il faut préserver. Les auteurs de cette tendance soutiennent que la possession d'état puisse être considérée comme un motif d'irrecevabilité de la demande en contestation, mais cette notion devrait être redéfinie²⁷. L'article 331 *nonies* du Code civil stipule que la possession d'état s'établit par des faits qui, ensemble ou séparément, indiquent le rapport de filiation. Ces faits sont le *nomen* (le fait pour un enfant d'avoir toujours porté le nom de celui dont on le dit issu), le *tractatus* (le fait pour un parent de traiter une personne comme son enfant) et le *fama* (le fait d'être considéré dans la société comme le seul parent de l'enfant déterminé). En d'autres termes, il s'agit de la parenté autour de laquelle l'enfant se construit. Le *tractatus* est l'aspect le plus

²⁶ *Ibid.* p.942

²⁷ P. QUIRYNEN, « Een andere (grondwetsconforme?) kijk op bezit van staat », *T. Fam.*, 2011, liv. 7, p. 160

important de la notion de possession d'état dans la mesure où il est le résultat d'un enfant et de son papa qui se conduisent comme tels. Actuellement, ce triptyque ne tient plus suffisamment compte de la situation réelle de l'enfant. A titre d'exemple, une possession d'état autrefois présente mais aujourd'hui éteinte pourrait être validée²⁸. Lorsque le concept de possession d'état sera actualisé, le juge pourra l'utiliser comme obstacle à l'établissement du lien de filiation²⁹. Dans cette optique, Nicole GALLUS estime que l'article 318 du Code civil ne restreint pas exagérément le droit d'agir en contestation et laisse au juge une marge d'appréciation suffisante pour équilibrer les intérêts. La discussion devrait alors porter sur le contenu de l'article 331 *nonies* et sur ses éléments constitutifs et non sur le terme « possession d'état » en tant que tel³⁰. La possession d'état implique un engagement parental renforcé et un lien socio-affectif parfois très ancré. Pour toutes ces raisons, elle doit primer. Contester une telle réalité sociale mettrait en péril l'intérêt supérieur de l'enfant protégé par la Constitution³¹. Contrairement à la première tendance, celle-ci attache plus d'importance à la parenté affective.

La troisième et dernière tendance soutient une pondération concrète des intérêts en présence (*belangenafweging*). Elle tente de trouver un équilibre entre le biologique et l'affectif en mettant sur le même pied d'égalité le père légal et le père biologique. Ce sont les circonstances du cas d'espèce et les intérêts de chacun qui doivent définir de manière casuistique la filiation. Cette tendance affirme que l'article 318 du Code civil ne donne aucune marge d'appréciation au juge pour effectuer cela. En outre, il n'est plus concevable que le juge se base sur des critères préalables et abstraits pour déterminer une filiation. La position du dernier arrêt en la matière de la Cour constitutionnelle, corroboré par l'arrêt de la Cour de cassation donne la responsabilité au juge de « tenir compte des faits établis ainsi que de l'intérêt de toutes les parties concernées »³². La question est ensuite de savoir à quel moment de la procédure le juge doit prendre en considération les intérêts des personnes concernées. De manière assez intuitive, deux écoles apparaissent. Certains auteurs, comme Gerd VERSCHELDEN, défendent une pondération concrète des intérêts au stade de la recevabilité. C'est également la position adoptée

²⁸ Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Bruxelles, Larcier, 2016, p.625

²⁹ F. SWENNEN, G. VERSCHELDEN ET T. WUYTS, « Afstammingsvorderingen van het kind: *nihil obstat?* », *T.Fam.*, 2016/4, p.85

³⁰ N. GALLUS., « Filiation paternelle dans le mariage : le droit de contestation du mari et l'intérêt de l'enfant selon la Cour constitutionnelle », *Act. dr. fam.*, 2011/3-4, p.78

³¹ *Ibid.* p.77

³² C. Const., arrêt n° 18/2016 du 3 février 2016, B.16

par la Cour de cassation le 4 avril 2017. Selon eux, bien que l'irrecevabilité de la possession d'état soit le principe, on peut y déroger. Le juge peut déclarer une demande recevable, nonobstant la possession d'état, à condition que le demandeur en contestation prouve des circonstances exceptionnelles ou un cas de force majeure et que le juge motive correctement sa décision dans ce sens³³. D'autres auteurs, tels que Paul MARTENS et Yves-Henri LELEU, estiment qu'une appréciation *in concreto* des intérêts au fond est préférable³⁴. La Cour constitutionnelle a, à plusieurs reprises, confirmé que tous les intérêts individuels doivent être pris en compte et confrontés au fond³⁵. Il s'agit d'une famille subitement bouleversée. Le juge doit tenir compte de chaque personne affectée par la contestation de paternité, ce qui n'est possible qu'au fond. En effet, au stade de la recevabilité, le juge est confronté aux censures de la Cour constitutionnelle. Une fois les obstacles de l'article 318 du Code civil écartés, il risque d'établir purement et simplement la filiation biologique en vertu de l'article 318§3 du Code civil. Le lien biologique doit, au contraire, perdre sa nature décisive pour n'être plus qu'un fait établi soumis à pondération³⁶. A côté de la réalité biologique, la réalité socio-affective et l'intérêt supérieur de l'enfant sont également des éléments importants à l'établissement de la filiation. Contrairement à la deuxième tendance, la possession d'état et l'intérêt de l'enfant sont deux notions autonomes. Tantôt les circonstances les font se recouper, tantôt elles sont antinomiques. La possession d'état n'a plus de rôle confirmatif en terme de filiation, mais elle reste pertinente dans l'analyse de la réalité socio-affective³⁷. Par conséquent, certains estiment qu'elle peut revenir au fond même si elle a été écartée au niveau de la recevabilité³⁸. Yves-Henri LELEU, quant à lui, estime que la possession d'état n'a plus lieu d'être dans l'analyse concrète des intérêts. Seule la réalité socio-affective doit être prise en compte et cette dernière n'entre pas dans la définition classique et restreinte du « *nomen fama tractatus* »³⁹.

³³ G. VERSCHELDEN, « Afstamming (2012-2015) », *T.fam.*, 2015, p.183

³⁴ Y.-H. LELEU, « Filiation 2017 : l'intérêt bien pondéré », *Rev. trim. dr. fam.*, 2017/1, p.12

³⁵ C.Const., arrêt n° 38/2015 du 19 mars 2015, B.7.5 ; C.C., arrêt n°139/2014 du 25 septembre 2014, B.30.6 ; 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 », *Rev. trim. dr. fam.*, 2017/1, p.135

³⁶ Y.-H. LELEU, « Filiation 2017 : l'intérêt bien pondéré », *Rev. trim. dr. fam.*, 2017/1, p.31

³⁷ *Ibid*, p.21

³⁸ F.SWENNEN, G. VERSCHELDEN ET T. WUYTS, « Afstammingsvorderingen van het kind: *nihil obstat?* », *T.Fam.*, 2016/4, p.84

³⁹ Y.-H. LELEU, « Filiation 2017 : l'intérêt bien pondéré », *Rev. trim. dr. fam.*, 2017/1, p.24

IV. L'ACTION « 2 EN 1» AU REGARD DES DROITS

FONDAMENTAUX

IV.1. MARCKX COMME POINT DE DEPART

Le droit de la famille et les droits de l'Homme sont liés à de nombreux égards. Plusieurs fois condamnée par la Cour européenne des droits de l'Homme, la Belgique n'a pas toujours été un bon élève en droit de la filiation. Il faut dire que ce dernier était jadis un lieu où résidaient de nombreuses discriminations. Le droit d'égalité et l'interdiction de discrimination prévus aux articles 14 de la Convention européenne des droits de l'homme et aux articles 10 et 11 de la Constitution belge ont été les premiers droits fondamentaux considérés comme violés par la Cour strasbourgeoise et par la Cour constitutionnelle. L'arrêt *Marckx* a considérablement été le point de départ « d'une filiation pour tous »⁴⁰. Pour la première fois, un peu d'égalité entre les enfants fut octroyée. A coups de réformes, de censures constitutionnelles et de condamnations européennes, notre droit de la filiation tente de remédier depuis plusieurs années à ces violations. La loi du 1er juillet 2006 était censée remettre de l'ordre en supprimant les inégalités contenues dans la loi de 1987 mais la réforme s'est avérée incomplète⁴¹. Le but de la réforme de 1987 était double. Non seulement, elle voulait moderniser le droit de la famille, mais elle voulait également créer l'égalité entre les enfants nés dans le mariage et ceux nés hors mariage. De plus, elle souhaitait établir un véritable équilibre entre la vérité biologique et la réalité socio-affective⁴². Aujourd'hui encore, des distinctions entre filiation naturelle et filiation légitime persistent dans les règles relatives à l'établissement et la contestation de la filiation. Par exemple, il demeure des différences entre l'enfant ayant bénéficié de la présomption de paternité du mari de sa mère et l'enfant né hors mariage ayant fait l'objet d'une reconnaissance paternelle ou encore entre les pères biologiques et les pères légaux. Comment trouver un équilibre entre les droits d'un homme qui élève un enfant depuis sa naissance et les droits d'un

⁴⁰ N. MASSAGER, « Filiation 2.0 : méthode de résolution en droit de la filiation incluant la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, la loi sur la comaternité, la pratique de la GPA et les nouvelles formes de coparentalité », *Le droit familial et le droit patrimonial de la famille dans tous leurs états*, Bruxelles, Larcier, 2017, p.67

⁴¹ A.-C. RASSON ET J. SOSSON, « Coups de tonnerre constitutionnels dans la filiation : l'article 318 du Code civil dans la tourmente... », *Rev. trim. dr. fam.*, 2011/3, pp. 58 ; N. MASSAGER ET J. SOSSON, « Filiation et Cour constitutionnelle », *Actualités de droit des familles*, CUP, vol. 163, Liège, février 2016, pp. 58

⁴² G. MATHIEU ET A.-C. RASSON, « L'intérêt de l'enfant sur le fil : Réflexions à partir des arrêts de la Cour constitutionnelle en matière de filiation », *J.T.*, 2013, p.426

homme génétiquement lié à cet enfant ? Les piliers affectif et biologique ne devraient-ils pas être traités de la même manière sans que l'un ne prévale sur l'autre ? Le mariage hétérosexuel fécond n'est plus le seul modèle familial. Les couples ne passent plus systématiquement par le mariage pour fonder une famille. Les chiffres parlent d'eux-mêmes : en 1960, seulement 2,1% d'enfants sont nés hors mariage en Belgique. En 2014, ce taux atteignait les 49,4%. La Belgique s'inscrit dans une tendance globale au niveau européen⁴³. En outre, il est fréquent que des couples se marient après avoir eu des enfants. Ces tendances chiffrées démontrent que les dispositions légales fondant la filiation paternelle sur le mariage n'ont plus lieu d'être au XXI^e siècle. Elles sont source de discriminations entre les familles et en leur sein.

La Cour européenne des droits de l'Homme s'est positionnée sur les obstacles légaux concernant la contestation de la filiation paternelle et a déclaré ceux-ci contraires à la protection de la vie privée et au droit à un procès équitable⁴⁴. Elle enseigne avec constance qu'appliquer des normes abstraites dans un souci de sécurité juridique et de paix des familles va à l'encontre des droits fondamentaux et ne profite à personne⁴⁵. Plus les intérêts et besoins des personnes seront pris en compte dans les décisions concernant la famille (avec une attention plus particulière à ceux de l'enfant), plus les droits de l'Homme seront respectés. Il sera question de démontrer que les droits fondamentaux ont un rôle à jouer dans l'évolution du droit de contester la paternité.

IV.2. L'INTERET SUPERIEUR DE L'ENFANT

La Constitution belge consacre une place à l'intérêt de l'enfant dans son Titre II relatif aux droits fondamentaux des Belges. L'article 22 *bis* de la Constitution prévoit que chaque enfant a droit au respect de son intégrité morale, physique, psychique et sexuelle. Il doit pouvoir s'exprimer sur toute question qui le concerne et son intérêt doit être pris en considération de manière primordiale dès qu'une décision est prise à son encontre. Cet article 22 *bis* a été inséré dans la Constitution en 2000. Deux grandes raisons ont poussé les Belges à insérer une

⁴³ Données Eurostat : « Live births outside marriage, selected years, 1960-2015 (share of total live births, %) » disponible sur <http://ec.europa.eu/eurostat>

⁴⁴ C.E.D.H., arrêt *Kroon contre Pays-Bas* du 27 octobre 1994

⁴⁵ Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Bruxelles, Larcier, 2016, p.591

disposition permettant d'assurer la protection des droits de l'enfant. L'adoption de la Convention relative aux droits de l'enfant signée à New York en novembre 1989 fut le point de départ. Ensuite, les événements tragiques vécus par la Belgique en raison de l'affaire Dutroux au mois d'août 1996 ont parachevé l'idée que l'intérêt de l'enfant devait se voir attribuer une place plus importante⁴⁶.

Concernant les sources internationales, plusieurs dispositions consacrent une place primordiale à l'intérêt de l'enfant. L'article 3 de la Convention internationale relatif aux Droits de l'enfant de 1989 prévoit que « dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ». La Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants du 25 janvier 1996 consacre dans son article 6 que « dans les procédures intéressant un enfant, l'autorité judiciaire, avant de prendre toute décision doit examiner si elle dispose d'informations suffisantes afin de prendre une décision dans l'intérêt supérieur de celui-ci ». L'article 24.2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne prévoit que « dans tous les actes relatifs aux enfants, qu'ils soient accomplis par des autorités publiques ou des institutions privées, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ».

Certains auteurs critiquent la pondération des intérêts en présence parce qu'elle viendrait à l'encontre de la primauté de l'intérêt de l'enfant consacrée par la Constitution et les législations internationales⁴⁷. La Cour constitutionnelle est d'avis que l'article 22 bis §4 de la Constitution et l'article 3.1 de la Convention internationale relatif aux droits de l'enfant obligent les tribunaux à d'abord prendre en compte les intérêts de l'enfant dans les procédures le concernant, y compris dans les procédures qui déterminent sa filiation⁴⁸. Depuis l'arrêt n°30/2013 du 7 mars 2013, la Cour constitutionnelle accorde une place prépondérante à l'intérêt de l'enfant dans la balance des intérêts en présence effectuée dans le cadre de l'action en contestation de

⁴⁶ Proposition de Révision du titre II de la Constitution, en vue d'y insérer des dispositions nouvelles permettant d'assurer la protection des droits de l'enfant à l'intégrité morale, physique, mentale et sexuelle, *Doc. Parl.*, Sénat, 16 juillet 1999, n°2-21/1

⁴⁷ N. GALLUS, « Filiation paternelle dans le mariage : le droit de contestation du mari et l'intérêt de l'enfant selon la Cour constitutionnelle » note sous C. const., n°20/2011, arrêt du 3 février 2011, *Act. dr. fam.*, 2011, pp. 77-78

⁴⁸ B. LAMBERSY ET C. VERGAUWEN, « Het belang van het kind als weigeringsgrond in het afstammingsrecht, een belangenafweging die nog steeds voor heel veel commotie zorgt », *R.A.B.G.*, 2017/4, p.283

paternité⁴⁹. Du fait que l'enfant soit une partie faible de la famille, son intérêt ne peut faire l'objet d'une simple appréciation marginale comme le Code civil le prévoit⁵⁰. Les cours et tribunaux ne semblent pas négliger cet aspect. Quelques exemples récents le démontrent. La Cour d'appel de Liège affirme qu'il faut « veiller à donner une solution la plus favorable à la proportionnalité et à l'équilibre des droits des parties en fonction de l'intérêt supérieur de l'enfant »⁵¹. La Cour d'appel de Mons, dans son arrêt du 30 novembre 2015, rejette une contestation de paternité introduite par le père biologique dans l'intérêt de l'enfant⁵². La Cour d'appel de Bruxelles a récemment affirmé que « la prise en compte de l'intérêt de l'enfant, notamment pour l'établissement de sa filiation paternelle, doit être considérée comme étant d'ordre public »⁵³. La volonté de placer l'enfant au cœur des débats concernant la filiation s'explique par le fait qu'il est le principal concerné dans un procès qu'il n'a pas souhaité. Il souffre des choix de vie et de conception de ses parents. Par conséquent, c'est l'intérêt de l'enfant qui doit guider le juge dans sa décision et non les potentielles qualités éducatives des parents qui contestent sa filiation⁵⁴. De façon non exhaustive, l'âge de l'enfant, sa maturité, la présence ou non de ses parents, ses sentiments ou l'environnement dans lequel il vit sont tous des facteurs qui doivent guider le juge à prendre une décision⁵⁵. La Cour constitutionnelle souligne que cette place particulière attribuée à l'enfant ne permet toutefois pas de méconnaître les intérêts des autres parties. L'intérêt de l'enfant a un caractère primordial mais pas absolu⁵⁶. Pondérer *in concreto* tous les intérêts ne signifie aucunement négliger ceux de l'enfant. Au contraire, prendre en considération chaque élément du dossier ainsi que l'investissement, les

⁴⁹ C.Const., arrêt n°30/2013 du 7 mars 2013 ; P. SENAeve., « Ontwikkelingen in het afstammingsrecht (2014-2016) », *Personen-en familierecht*, Brugge, Die Keure, 2017, p.45 ; 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 », *Rev. trim. dr. fam.*, 2017/1, p.136

⁵⁰ Bruxelles, 28 juin 2016, R.A.B.G., 2017/1, p. 275 ; G. MATHIEU ET A.-C. RASSON, « L'intérêt de l'enfant sur le fil : Réflexions à partir des arrêts de la Cour constitutionnelle en matière de filiation », *J.T.*, 2013, p. 425 ; P. SENAeve., « Ontwikkelingen in het afstammingsrecht (2014-2016) », *Personen-en familierecht*, Brugge, Die Keure, 2017, p.47

⁵¹ Liège (10e ch.civ.), 1er juin 2016, *J.L.M.B.*, 2017/9, pp. 412

⁵² Mons (34e ch.), 30 novembre 2015, *Rev. trim. dr. fam.*, 2017/1, p. 105

⁵³ Bruxelles (43e ch.), 2 février 2017, *J.L.M.B.*, 2017, pp. 420

⁵⁴ L. VAN DEUN, « Het belang van het kind als joker in afstammingsrecht », *T. Fam.*, 2016/1, p.15

⁵⁵ G. MATHIEU ET A.-C. RASSON, « L'intérêt de l'enfant sur le fil : Réflexions à partir des arrêts de la Cour constitutionnelle en matière de filiation », *J.T.*, 2013, p.433

⁵⁶ C. const., n° 30/2013 du 7 mars 2013, considérant B.9 et B.10 ; G. MATHIEU ET A.-C. RASSON, « L'intérêt de l'enfant sur le fil : Réflexions à partir des arrêts de la Cour constitutionnelle en matière de filiation », *J.T.*, 2013, p. 435 ; F. SWENNEN, G. VERSCHELDEN ET T. WUYTS, « Afstammingsvorderingen van het kind: *nihil obstat?* », *T.Fam.*, 2016/4, p.89

intérêts et mobiles de chacun des protagonistes apparaît comme une plus-value pour l'enfant⁵⁷. Cela conduit à une décision plus humaine, plus réfléchie et par conséquent, plus favorable pour l'enfant.

Un récent arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme est venu renforcer cette position⁵⁸. La Convention européenne des droits de l'Homme ne contient, à proprement parler, aucune disposition concernant l'intérêt supérieur de l'enfant. Toutefois, depuis de nombreuses années, la jurisprudence de la Cour strasbourgeoise se montre très attentive aux besoins de l'enfant en matière de filiation. Elle affirme dans de multiples arrêts que l'intérêt de l'enfant doit primer dès qu'il est concerné par une procédure⁵⁹. La Cour l'a à nouveau souligné dans l'arrêt *Mandet contre France* du 14 janvier 2016, dernier arrêt en date relatif à une « contestation 2 en 1 ». La Cour considère que l'intérêt de l'enfant est un principe essentiel et qu'en l'espèce les juridictions internes ont suffisamment impliqué l'enfant dans le processus décisionnel. Bien que l'enfant ait invoqué son souhait de maintenir la filiation avec son père affectif, la Cour estime qu' « en jugeant, dans les circonstances de l'espèce que l'intérêt supérieur de l'enfant se trouvait moins dans la filiation établie par la reconnaissance de paternité effectuée par le futur mari de la mère que dans l'établissement de sa filiation réelle, ce en quoi son intérêt rejoignait en partie celui du demandeur en annulation (père biologique), les juridictions internes n'ont pas excédé la marge d'appréciation dont elles disposaient »⁶⁰.

Aujourd'hui, l'intérêt supérieur de l'enfant est reconnu comme un véritable droit fondamental⁶¹. La doctrine et la jurisprudence semblent d'accord pour dire que l'enfant est au cœur de la filiation. Evelien DE KEZEL parle même d'un « pedocentrisch georiënteerd familierecht »⁶². Certains regrettent que la notion d'intérêt supérieur de l'enfant ne soit pas explicitement

⁵⁷ G. MATHIEU ET A.-C. RASSON, « L'intérêt de l'enfant sur le fil : Réflexions à partir des arrêts de la Cour constitutionnelle en matière de filiation », *J.T.*, 2013, p.433

⁵⁸ C.E.D.H., arrêt *Mandet contre France*, 14 janvier 2016, *J.L.M.B.*, 2016/9, p. 388

⁵⁹ Voy. notamment : arrêt *Mennesson contre France*, 24 juin 2014, §81 et arrêt *Wagner et J.M.W.L contre Luxembourg*, 28 juin 2007, §133 ; C.E.D.H., arrêt *Mandet contre France*, 14 janvier 2016, B.53, *J.L.M.B.*, 2016/9, p. 394

⁶⁰ C.E.D.H., arrêt *Mandet contre France*, 14 janvier 2016, B.59, *J.L.M.B.*, 2016/9, p. 394

⁶¹ G. MATHIEU ET A.-C. RASSON, « L'intérêt de l'enfant sur le fil : Réflexions à partir des arrêts de la Cour constitutionnelle en matière de filiation », *J.T.*, 2013, p. 431

⁶² L. VAN DEUN, « Het belang van het kind als joker in afstammingsrecht », *T. Fam.*, 2016/1, p.18 ; E. DE KEZEL, « Het begrip 'het belang van het kind' », *R.W.*, 1999, p.1163

consacrée dans les dispositions relatives à la filiation⁶³. En ce sens, l'intérêt de l'enfant n'est pas suffisamment pris en compte dans le concept de possession d'état⁶⁴. Ce qui est certain, c'est que l'obligation de faire prévaloir l'intérêt de l'enfant dans les questions concernant la filiation est devenu un principe général de droit et rien ne semble pouvoir changer cette tendance⁶⁵.

IV.3. LE DROIT AUX ORIGINES

Le droit de connaître ses origines est consacré par l'article 7.1 de la Convention internationale relative aux Droits de l'enfant : « L'enfant est enregistré aussitôt sa naissance et a dès celle-ci le droit à un nom, le droit d'acquérir une nationalité et, dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux ». Cette disposition n'a pas d'effet direct en droit belge mais les cours et tribunaux l'utilisent régulièrement pour justifier que la prééminence soit donnée au lien biologique dans une contestation de filiation⁶⁶. La Convention européenne des droits de l'Homme ne contient pas de disposition relative au droit d'accès aux origines. C'est à travers le droit au respect de la vie privée et familiale, prévu à l'article 8 de la Convention, que la Cour a progressivement dégagé un droit général de l'enfant de connaître ses origines. L'arrêt *Gaskin*⁶⁷ est, en ce sens, considéré comme un précurseur. Ce premier arrêt ne porte pas directement sur le secret de l'identité des parents génétiques du requérant mais sur le refus de l'accès aux informations concernant son enfance. Ainsi, les autorités britanniques ont violé le droit à la vie privée et familiale du requérant⁶⁸. La Cour a déclaré que « le respect à la vie privée exige que chacun puisse établir les détails de son identité d'être humain et que le droit d'un

⁶³ G. VERSCHELDEN, « Het belang van het kind in het komende afstammingsrecht: considerans voor de wetgever, niet voor de rechter », *T.fam.*, 2013, p. 99

⁶⁴ F. SWENNEN, G. VERSCHELDEN ET T. WUYTS, « Afstammingsvorderingen van het kind: *nihil obstat?* », *T.Fam.*, 2016/4, p.85

⁶⁵ G. MATHIEU, « Le secret des origines en droit de la filiation », *J.D.J.*, janvier 2017, pp. 24 ; L. VAN DEUN, « Het belang van het kind als joker in afstammingsrecht », *T. Fam.*, 2016/1, p. 18

⁶⁶ 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 », *Rev. trim. dr. fam.*, 2017/1, p.140 ; J. SOSSON., « Filiation, origines, parentalité », *Filiation et parentalité*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p.17

⁶⁷ C.E.D.H., arrêt *Gaskin contre Royaume-Uni*, 7 juillet 1989

⁶⁸ G. MATHIEU ET G. WILLEMS, « Origines, parentalité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », *Filiation et parentalité*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 40

individu à de telles informations est essentiel du fait de leur incidences sur la formation de la personnalité »⁶⁹.

Au départ, dans l'arrêt *Gaskin contre Royaume-Uni*, la Cour reconnaît un droit à la connaissance des informations essentielles sur l'identité. Progressivement, c'est un droit plus spécifique de la connaissance de ses origines qui est né⁷⁰. La Cour se montre très favorable à la quête identitaire de l'enfant qui veut établir sa paternité biologique. On comprend dans l'arrêt *Mikulic contre Croatie* qu'aux yeux de la Cour, accéder à ses origines est vital pour l'enfant. Cela contribue à son épanouissement personnel et à la formation de sa personnalité⁷¹. La naissance et les circonstances qui en découlent relèvent de la vie privée de l'enfant dont le respect est garanti par l'article 8 de la CEDH⁷². L'intérêt que peut avoir l'enfant de connaître l'identité de son père biologique ne diminue pas lorsqu'il devient adulte. Bien au contraire, il n'y a pas d'âge pour savoir d'où on vient et établir sa véritable filiation⁷³. De cette manière, la Cour se montre réfractaire aux obstacles procéduraux absous. En matière de recherche de paternité et suite à la jurisprudence *Kroon*, la Cour n'a cessé de rappeler qu'il est contraire aux prescrits de l'article 8 d'établir des délais inflexibles sans égard pour la réalité biologique⁷⁴. Les états ont une obligation positive de permettre un accès aux informations relatives à la naissance sans quoi, elle risque de violer le droit au respect de la vie privée et familiale. Certes, la Cour se montre plus réticente quand l'action en contestation est introduite par le père⁷⁵, mais à ses yeux, découvrir la vérité biologique est également vital pour le père biologique en quête du lien qui l'unit à son enfant⁷⁶.

Dans le récent arrêt *Mandet contre France*, la Cour européenne des droits de l'Homme fait une analyse intéressante à ce sujet. Un père biologique intente une action afin de contester la

⁶⁹ C.E.D.H., arrêt *Mikulic contre Croatie*, 7 février 2002, §54

⁷⁰ 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 », *Rev. trim. dr. fam.*, 2017/1, p.139 ; G. MATHIEU ET G. WILLEMS, « Origines, parentalité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », *Filiation et parentalité*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p.37

⁷¹ C.E.D.H., arrêt *Mikulic contre Croatie*, 7 février 2002, §54-64

⁷² G. MATHIEU ET G. WILLEMS, « Origines, parentalité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », *Filiation et parentalité*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 54

⁷³ C.E.D.H., arrêt *Jäggi contre Suisse*, 13 juillet 2006 ; C.Const., arrêt n° 18/2016 du 3 février 2016 ; F.SWENNEN, G. VERSCHELDEN ET T. WUYTS, « Afstammingsvorderingen van het kind: *nihil obstat?* », *T.Fam.*, 2016/4, p.85

⁷⁴ G. MATHIEU ET G. WILLEMS, « Origines, parentalité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », *Filiation et parentalité*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 55-56 ; C.E.D.H., arrêt *Backlund contre Finlande*, 6 juillet 2010

⁷⁵ C.E.D.H., arrêt *Nylund contre Finlande*, 26 juin 1999

⁷⁶ C.E.D.H., arrêt *Kruskovic contre Croatie*, 21 juin 2011

paternité du père légal et se voir reconnaître sa paternité naturelle (contestation « 2 en 1 »). Le premier tribunal saisi écarte la présomption de paternité dans le chef du mari de la mère puisque l'enfant est né plus de 300 jours après qu'une décision de justice ait autorisé les époux à résider séparément. Le tribunal estime qu'il est dans l'intérêt de l'enfant de connaître la vérité sur ses origines et ordonne ainsi une expertise génétique. Les parents légaux, remariés depuis lors, refusent de se soumettre à une expertise et d'amener l'enfant à un examen comparatif des sanguins. Suite à cela, le tribunal annule la reconnaissance du père légal et estime qu'il est contraire à l'intérêt de l'enfant, conscient que sa filiation est contestée, de vivre dans l'incertitude de ses origines biologiques. En appel, la Cour va dans le même sens et estime que « l'intérêt primordial de l'enfant était de connaître la vérité sur ses origines »⁷⁷. Les époux vont en cassation. Suite au rejet de leur pourvoi, ils dénoncent l'annulation de la reconnaissance de paternité effective devant la Cour européenne des droits de l'Homme. Ils jugent cette décision disproportionnée à l'intérêt supérieur de l'enfant et à sa stabilité affective. Ils estiment qu'il y a une ingérence de la part du père biologique dans le droit au respect de sa vie privée et familiale de l'enfant. À travers cet arrêt, la Cour fait une analyse intéressante de l'article 8 de la CEDH. Certes, il est question d'une ingérence, mais l'article 8 prévoit qu'une telle ingérence est possible si elle est prévue par la loi et qu'elle est nécessaire à la protection des droits et libertés d'autrui dans une société démocratique. Le cas échéant, la Cour estime que ces conditions sont remplies. Non seulement, l'action en contestation de paternité est prévue par le Code civil, mais en plus, elle vise à établir la vérité biologique et informer l'enfant sur son identité, ce qui est nécessaire à la protection des droits et libertés du parent biologique et de l'enfant concernés dans une société démocratique. L'article 8 de la Convention n'étant pas violé, la Cour donne raison au père biologique.

Parenté et origines sont deux concepts différents qui ne se recoupent pas forcément. Le droit de connaître ses origines doit se comprendre comme « le droit d'accéder à la vérité biologique ». La jurisprudence strasbourgeoise peine parfois à distinguer véritablement la connaissance des origines et l'établissement de la filiation juridique. La Cour constitutionnelle a également confondu les deux concepts dans l'arrêt n°18/2016 du 3 février 2016⁷⁸. La connaissance des parents biologiques porte sur le fait génétique de la conception de l'enfant tandis que la filiation établit un lien dont les conditions et les effets sont prévus par la loi, à savoir notamment,

⁷⁷ C.E.D.H., arrêt *Mandet contre France*, 14 janvier 2016, B.59, *J.L.M.B.*, 2016/9, p. 390

⁷⁸ G. MATHIEU, « Filiation et Cour constitutionnelle : l'Enfant Roi », *Rev. trim. dr. fam.*, 2016/2, p.375

l'exercice de l'autorité parentale, la transmission du nom, l'obligation d'éducation et d'entretien ou la vocation successorale⁷⁹. En règle générale, la filiation comprend aussi l'aspect affectif. Dans la majorité des cas, la vérité biologique est recherchée dans le but d'établir la filiation juridique⁸⁰.

Comment le droit de connaître ses origines doit-il être appréhender dans la pondération des intérêts ? A partir du moment où le père biologique apparaît et par conséquent le secret sur les origines est levé, il est dans l'intérêt de l'enfant de le laisser établir les détails de son existence. Il est question d'un intérêt qui touche au plus profond de son être et à la construction psychique de son identité⁸¹. La *ratio legis* de favoriser le pilier socio-affectif par rapport au biologique se trouve dans la volonté de conserver la paix et la stabilité des familles. Toutefois, lorsque la vérité éclate au grand jour, la famille est de toute façon chamboulée. La Cour d'appel de Mons a d'ailleurs déclaré que l'intérêt de l'enfant ne s'opposait pas à ce que sa situation familiale soit bouleversée par une remise en cause d'un lien juridique non conforme à la réalité biologique⁸². Dans un premier temps, il paraît nécessaire que l'intérêt du lien biologique soit observé par le juge. Ensuite, il conviendrait de pondérer cet intérêt biologique avec les autres intérêts en présence. Le lien de sang et le lien socio-affectif sont deux éléments à prendre en considération sans que l'un doive, *a priori*, nécessairement prévaloir sur l'autre⁸³. Il serait alors question de « cas par cas ». En effet, l'intérêt de l'enfant ne se trouve pas toujours dans l'établissement de la filiation avec ses géniteurs⁸⁴. Conserver le socio-affectif, et donc conserver une filiation contraire à la vérité scientifique peut s'avérer plus favorable pour l'enfant désireux de garder pour père l'homme qui l'a toujours aimé et élevé. Parfois, il est préférable que l'enfant connaisse la vérité sur ses origines biologiques sans pour autant modifier sa filiation⁸⁵. C'est à travers le droit de connaître ses origines qu'on comprend que la pondération *in concreto* des

⁷⁹ J. SOSSON, « Filiation, origines, parentalité », *Filiation et parentalité*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p.9

⁸⁰ G. MATHIEU, « Filiation et Cour constitutionnelle : l'Enfant Roi », *Rev. trim. dr. fam.*, 2016/2, p.375 ; G. MATHIEU ET G. WILLEMS, « Origines, parentalité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », *Filiation et parentalité*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 49

⁸¹ P. LEVY SOUSSAN, « Filiation, sexuation et construction psychique : nature et culture », *L'institué : le donné, la volonté et la responsabilité*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 85

⁸² J. SOSSON, « Filiation, origines, parentalité », *Filiation et parentalité*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 17 ; Mons, 14 mai 2012, *Rev.trim.dr.fam.* 2012/3, p. 796 note G. MATHIEU

⁸³ *Ibid.* p. 21

⁸⁴ L. VAN DEUN, « Het belang van het kind als joker in afstammingsrecht », *T. Fam.*, 2016/1, p. 13 ; F. SWENNEN, G. VERSCHELDEN ET T. WUYTS, « Afstammingsvorderingen van het kind: *nihil obstat?* », *T.Fam.*, 2016/4, p.85

⁸⁵ 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 », *Rev. trim. dr. fam.*, 2017/1, p.141

intérêts à à nouveau tout son sens. Aujourd’hui, connaître ses parents est un droit fondamental qui doit être pris en compte dans la balance des intérêts. Il apporte plus de transparence et d’humanité dans les familles. En outre, selon Géraldine MATHIEU, spécialiste en droit de l’enfant, donner du poids à un enfant qui est fragile doit être la manière de résoudre les questions que pose le secret des origines en droit de la filiation⁸⁶. Pour concrétiser cela, certains auteurs souhaiteraient que le législateur protège le droit de connaître ses origines dans une disposition⁸⁷.

IV.4. LE DROIT A UN PROCES EQUITABLE

Le droit de la filiation peut également être repensé au travers de l’article 6 de la CEDH : « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial ». Le droit au délai raisonnable et l'accès au juge sont deux aspects de cette disposition fréquemment bafoués dans le cadre des contestations de la filiation paternelle.

Premièrement, l’existence de barrages procéduraux absolus empêchant une personne de contester sa paternité ne permet pas d'accéder à un juge comme le requiert l’article 6 de la Convention. Le législateur a voulu définir au préalable des solutions idéales en insérant des conditions de recevabilité et de fondement des actions en justice relatives à la contestation de la filiation⁸⁸. Se référant à l’article 6 de la CEDH, donner une seule réponse à des cas d’espèce aussi différents les uns des autres, reviendrait à restreindre le droit de toute personne à ce que sa cause (unique et particulière) soit véritablement entendue. Avant 2006, le père biologique ne pouvait agir en contestation de paternité pour établir un lien qui l’unit à son enfant biologique. En octroyant le droit d’action au père biologique, le législateur a permis une première avancée dans le respect l’article 6 de la Convention. Cependant, bien que censurés par la Cour constitutionnelle, les obstacles légaux prévus à l’article 318 du Code civil, à savoir la possession d’état (§1) et les délais (§2) figurent toujours dans le Code civil. La Cour européenne des droits de l’Homme ainsi que la Cour constitutionnelle condamnent le fait que les parties soient dans

⁸⁶ G. MATHIEU, « Le secret des origines en droit de la filiation », *J.D.J.*, janvier 2017, p. 24

⁸⁷ F. SWENNEN, G. VERSCHELDEN ET T. WUYTS, « Afstammingsvorderingen van het kind: *nihil obstat?* », *T.Fam.*, 2016/4, p. 90 ; *Infra* p. 37

⁸⁸ J. SOSSON., « Filiation, origines, parentalité », *Filiation et parentalité*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p.21

l'impossibilité de présenter leurs arguments devant un juge⁸⁹. Le §3 de l'article 318 n'a jamais été censuré par la Cour constitutionnelle mais il fait l'objet des mêmes critiques que les deux premiers paragraphes dans la mesure où il ne permet pas d'effectuer une appréciation au fond des intérêts en présence. Comme nous l'avons vu plus haut, l'application à la lettre de l'article 318§3 constraint le juge à fonder l'action sur le lien biologique lorsque le lien affectif fait défaut. Malgré que cette disposition empêche le juge de prendre en compte une série d'éléments essentiels à l'intérêt de l'enfant comme par exemple, son jeune âge, son environnement familial actuel ou encore la relation qu'il noue avec sa fratrie et sa maman, celle-ci est encore approuvée en Flandre⁹⁰. En traçant *a priori* des destins individuels, de telles normes théoriques ne permettent pas au juge d'apprécier *in concreto* les intérêts des individus ce qui est critiquable au regard de l'esprit constitutionnel et des droits fondamentaux⁹¹.

Deuxièmement, d'un point de vue du délai raisonnable, les actions en contestation de paternité peuvent faire l'objet de critiques. De longues procédures ne sont profitables à personne *a fortiori* lorsqu'elles concernent la contestation de la filiation, procédure émotionnellement difficile sur le plan humain et psychologique. Si nous prenons le dernier arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme rendu en la matière et évoqué plus haut⁹², l'affaire a été introduite en justice le 22 février 2005 et le jugement de la Cour européenne est tombé le 16 janvier 2016, soit plus de 10 ans plus tard. L'enfant avait 9 ans lorsque la procédure a été initiée. Le procès s'est donc déroulé durant toute son adolescence, période de changements dans la vie de l'enfant qui, rempli de questionnements, essaye de construire sa personnalité et son autonomie. Comment une telle procédure peut-elle rencontrer l'intérêt de l'enfant quand on sait que plus la décision sur la filiation tarde, plus les conséquences psychologiques seront néfastes pour lui⁹³? Ceci est un exemple français, mais, cela est chose courante en Belgique également. La Cour d'appel de Liège a notamment rendu un arrêt le 1er juin 2016 après plus de 10 ans de procédure et sept décisions judiciaires antérieures. Le père biologique introduit une action en contestation de paternité le 12 juillet 2007 devant le Tribunal de première instance de Namur.

⁸⁹ G. MATHIEU, « Filiation et Cour constitutionnelle : l'Enfant Roi », *Rev. trim. dr. fam.*, 2016/2, p.376

⁹⁰ Y.-H. LELEU, « Filiation 2017 : l'intérêt bien pondéré », *Rev. trim. dr. fam.*, 2017/1, p.31

⁹¹ N. MASSAGER, « La prophétie de Gerlo », *Act. dr. fam.*, 2011/7, p. 139 ; L 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 », *Rev. trim. dr. fam.*, 2017/1, p.142

⁹² C.E.D.H., Arrêt *Mandet contre France* du 14 janvier 2016, *J.L.M.B.*, 2016, pp. 388 et suivants.

⁹³ 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 », *Rev. trim. dr. fam.*, 2017/1, p.138

L'enfant est à ce moment-là âgé de deux ans. Le père biologique manifestait sa volonté d'établir sa filiation depuis bien avant la naissance de l'enfant, mais à cette époque, la loi ne lui permettait pas d'agir en justice⁹⁴. Le 14 mai 2008, le tribunal de première instance de Namur rend une première décision. Estimant que la possession d'état n'est pas établie avec le père légal, le juge ordonne une expertise génétique A.D.N. de sorte que la vérité biologique puisse être établie dans le chef du demandeur en contestation. Dès ce moment, a commencé une « véritable saga judiciaire » pour reprendre les termes très évocateurs de Maïté BEAGUE, assistante en droit de la famille à l'Université de Namur⁹⁵. Les époux sont déboutés en appel (le 30 juin 2009) ainsi qu'en cassation (19 mars 2010). Renvoyés devant la Cour d'appel de Mons, un arrêt est rendu le 21 mai 2012. Les époux font un second pourvoi le 6 septembre 2012. L'affaire est alors renvoyée devant le Tribunal de première instance de Namur. Les époux demandent au juge de questionner la Cour constitutionnelle, chose qu'il refuse. Le 6 mai 2015, le tribunal de première instance de Namur fait droit à la demande du père biologique. Les époux font appel de ce jugement. Entre-temps, ils ont également introduit un recours devant la Cour européenne des droits de l'Homme. Le 1er juin 2016, la Cour d'appel de Liège confirme le jugement du tribunal de première instance et déclare fondée la demande du père biologique. La saga est loin d'être finie puisqu'un pourvoi a été introduit par les défendeurs⁹⁶. Recenser cette interminable procédure n'a évidemment pas pour but d'embrumer le lecteur, mais au contraire, de lui faire réaliser à quel point une telle procédure est inconcevable au regard « du droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et dans un délai raisonnable »⁹⁷. La position de la Cour de cassation n'est pas encore connue, mais il est intéressant de remarquer que les huit décisions qui ont eu lieu dans cette affaire sont allées dans le même sens en octroyant la paternité au père biologique, le lien génétique étant plus conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant⁹⁸. La situation est tout à fait paradoxale. Pendant plus de dix ans, les parents légaux s'obstinent à coups de recours à revendiquer la filiation d'un enfant, qui selon eux trouverait sa stabilité familiale au sein de leur couple. L'enfant n'était pas encore né que trois adultes se disputaient sa filiation. Peut-on vraiment parler de stabilité familiale ? Cette question est particulièrement interpellante et

⁹⁴ *Supra* p. 10

⁹⁵ 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 », *Rev. trim. dr. fam.*, 2017/1, p.124

⁹⁶ *Ibid.* p.127

⁹⁷ Article 6 C.E.D.H.

⁹⁸ 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 », *Rev. trim. dr. fam.*, 2017/1, p.136

conduit à se demander si l'établissement et la contestation de la filiation ont toujours leur place au sein de procédures judiciaires classiques. Si la question avait été tranchée dix ans plus tôt, la situation n'aurait-elle pas été plus vivable pour tout le monde ?

V. VERS UNE NOUVELLE MÉTHODOLOGIE

V.1. REPENSER LA LOI

La pondération *in concreto* des intérêts en présence semble bel et bien s'installer dans notre droit de la filiation. Une porte s'est ouverte avec l'arrêt de cassation du 7 avril 2017 mais de nouvelles questions se posent. Il reste à trouver une méthode qui permettrait de réaliser la pondération au fond de manière telle qu'elle se conforme aux droits fondamentaux, à la jurisprudence constitutionnelle et aux lois non-censurées. Nul doute que le législateur a conscience de l'obsolescence du droit de la filiation et du besoin de l'actualiser⁹⁹. Dans la note de politique générale du 3 novembre 2016, la chambre des représentants affirme que « le droit de la filiation sera modernisé compte tenu de la jurisprudence des juridictions supérieures. L'objectif est de créer un équilibre entre la parentalité sociale et la parentalité biologique »¹⁰⁰. Pourtant, à l'heure actuelle, aucune avancée législative n'est intervenue. La réforme Pot-Pourri V a récemment apporté des modifications au droit de la famille notamment au niveau de la détermination du nom et de l'adoption¹⁰¹. La filiation a, à nouveau, passé son tour.

Comment envisager la filiation *de lege ferenda* ? Comment la pondération des intérêts doit-elle être appréhendée par le législateur ? Deux tendances semblent se dégager : la première préconise l'établissement d'un cadre juridique dans lequel une place importante est donnée aux juges, la deuxième souhaite consacrer la pondération des intérêts dans une législation relativement détaillée¹⁰².

⁹⁹ Salomez Loes, « Bezit van staat en het Hof van Cassatie », *R.W.*, 2017-1018, pp. 944

¹⁰⁰ Note de politique générale, *Doc. Parl.*, Chambre, 2016-2017, n°54 2111/021, p. 54

¹⁰¹ N. GALLUS, « Chronique de législation en droit privé (1er janvier - 30 juin 2017) », *J.T.*, 2017, pp. 797-799

¹⁰² F. SWENNEN, G. VERSCHELDEN ET T. WUYTS, « Afstammingsvorderingen van het kind: *nihil obstat?* », *T.Fam.*, 2016/4, p.89

La première approche préconisant un droit des juges est soutenue par Frederic SWENNEN, Yves-Henri LELEU, Paul MARTENS et Nathalie MASSAGER. Selon eux, la jurisprudence constitutionnelle et européenne est allée tellement loin qu'il est inconcevable de faire marche arrière. L'appréciation large et concrète des intérêts en présence mise en place ces dernières années trouverait difficilement sa place dans des lois détaillées. En tout état de cause, même si le législateur le souhaitait, il ne paraît plus possible de renverser la pratique des juges ou à tout le moins d'y mettre fin. Selon eux, il faut repenser la manière de légiférer dans des domaines tels que le droit de la famille afin de s'adapter aux évolutions sociétales et respecter les droits fondamentaux. Des dispositions abstraites (même détaillées) ne sont pas souhaitables en filiation. Il existe une multitude de scénarios familiaux. Il paraît donc illusoire de croire que chaque situation familiale, aussi singulière qu'elle soit, trouvera une réponse dans un carcan juridique. La parenté doit dorénavant être appréhendée de manière flexible en écoutant davantage les besoins individuels. De cette manière, le législateur doit se limiter à instituer une méthodologie générale que les juges utiliseront pour procéder à la pondération concrète des intérêts¹⁰³. Cathy HERBRAND et Nicole GALLUS font référence « à une norme-cadre permettant de définir des solutions au cas par cas en fonction des circonstances particulières de la situation familiale »¹⁰⁴. Il est certain que cette manière d'envisager la filiation ne répond pas à 100% au principe de sécurité juridique. Ce procédé concéderait un large pouvoir d'appréciation au juge et donnerait lieu à un droit très casuel mais les solutions auraient le mérite d'être personnalisées. En outre, selon cette première tendance, la Cour de cassation pourrait intervenir pour contrôler et unifier la jurisprudence de sorte que le risque d'insécurité juridique reste limité. Les principes de justice et d'équité seraient mieux respectés, ce qui compenserait largement le manque de sécurité juridique et les rigidités du Code civil¹⁰⁵. L'approche *common law* est patente.

La deuxième école, dans laquelle on retrouve Gerd VERSCHELDEN et Tim WUYTS, n'est pas convaincue qu'un simple cadre légal général et sans réserve soit suffisant¹⁰⁶. La réalité est plus complexe à leurs yeux. Un cadre juridique offrant une telle marge d'appréciation au juge

¹⁰³ N. MASSAGER ET J. SOSSON, « Filiation et Cour constitutionnelle », *Actualités de droit des familles*, CUP vol. 163, février 2016, p.113

¹⁰⁴ C. HERBRAND ET N. GALLUS, « La parentalité sous l'angle du droit et de la sociologie : évolutions, enjeux et régulation », *Filiation et parentalité*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 339

¹⁰⁵ P. MARTENS, « Inceste et filiation : égalité et tabou », *J.L.M.B.*, 2012/27, p.1286 et s.

¹⁰⁶ F. SWENNEN, G. VERSCHELDEN ET T. WUYTS, « Afstammingsvorderingen van het kind: *nihil obstat?* », *T.Fam.*, 2016/4, p.90

pourrait conduire à de l'arbitraire et à « un gouvernement des juges »¹⁰⁷. Il est question de conserver notre système juridique de *civil law*. La loi doit être prévisible et accessible sinon elle constitue une ingérence dans la vie privée des individus. Selon eux, la thèse adverse ne tient pas suffisamment compte de ce problème. La majorité de la doctrine flamande soutient que la Cour constitutionnelle met en péril la sécurité juridique, le côté francophone étant plus divisé sur la question¹⁰⁸. Considérant qu'une ligne de conduite générale applicable à chaque cas d'espèce est trop incertaine au regard de la sécurité juridique, cette deuxième tendance soutient une législation plus détaillée. En outre, la Cour de cassation n'est pas une solution idéale selon eux. Non seulement, elle n'apportera pas, à elle seule, suffisamment de sécurité juridique mais en plus, la Cour de cassation ne regarde pas les faits (nécessaires à la prise en compte des intérêts). A côté de cela, il ne faut pas perdre de vue qu'une procédure en cassation est conséquente en terme de coût et de temps. Puisque la pondération *in concreto* des intérêts des personnes concernées donne beaucoup de pouvoir au juge, ils estiment nécessaire de prévoir des garanties. La seule manière d'envisager cela consiste en la création de dispositions claires et précises qui permettront aux juges de trancher plus objectivement. Enfin, les magistrats ne sont pas toujours au courant de la jurisprudence constitutionnelle et de fond concernant la filiation ce qui les rend fort dépendants des données qu'ils reçoivent des avocats. C'est pourquoi, cette seconde tendance estime que les juges de la famille devraient davantage être formés et supervisés lorsqu'ils traitent de litiges relatifs à la filiation¹⁰⁹.

V.2. REPENSER LE ROLE DU JUGE

Bien que ces deux tendances conçoivent différemment la manière de légiférer et d'organiser la filiation, la première se rapprochant du *common law*, la seconde optant pour une approche plus civiliste, elles évoquent toutes les deux la nécessité de repenser le rôle du juge dans les actions relatives à la contestation « 2 en 1 ». Lorsque les liens biologiques et socio-affectifs se

¹⁰⁷ N. GALLUS ET A.-C. VAN GYSEL, « Les décisions récentes de la Cour constitutionnelle en matière de filiation : humanisme ou aberrations ? », *Rev. not. belge*, 2013, livr. 3075, p.404

¹⁰⁸ G. VERSCHELDEN, « Pleidooi voor een wetgevende hervorming van het Belgische afstammingsrecht », *T.Fam.* 2015, p. 573 ; N. GALLUS ET A.-C. VAN GYSEL, « Les décisions récentes de la Cour constitutionnelle en matière de filiation : humanisme ou aberrations? », *Rev. not. belge*, 2013, livr. 3075, p. 374 et s.

¹⁰⁹ F. SWENNEN, G. VERSCHELDEN ET T. WUYTS, « Afstammingsvorderingen van het kind: *nihil obstat?* », *T.Fam.*, 2016/4, p.90

répartissent entre deux adultes réclamant chacun la filiation, le juge doit s'atteler à un difficile exercice d'arbitrage de conflits de droits¹¹⁰. La position du juge n'est pas confortable puisqu'il doit trancher de manière définitive quel homme est le plus enclin à être le père d'un enfant, soit le mari de sa mère qui l'élève depuis sa naissance, soit le père biologique désireux d'établir une relation avec celui qu'il a conçu¹¹¹. Même si cette décision sera *in fine* prise dans l'intérêt de l'enfant, quelle tâche éminemment complexe de convoquer un homme pour lui dire qu'il peut faire une croix sur le lien qu'il espérait établir avec un enfant ! Pour reprendre les dires de Nathalie MASSAGER : « nul autre domaine du droit familial n'expose autant la responsabilité du praticien »¹¹². De cette manière, nous pouvons potentiellement comprendre la raison d'être d'une loi strictement applicable et derrière laquelle le juge peut se retrancher. Nous pouvons davantage concevoir que la possession d'état puisse avoir un rôle confirmatif dans le sens où il paraît humainement plus facile pour le juge de laisser perdurer une relation qui existe depuis toujours et dans laquelle un amour important a pu grandir plutôt que d'accorder l'établissement d'un lien encore inexistant. Cependant, comme nous l'avons soutenu tout au long de la présente, décharger en amont le magistrat ne permet pas de saisir la problématique par le bon bout. Afin d'éviter au juge cette situation embarrassante, nous rejoignons la deuxième tendance dans la mesure où il serait intéressant de ne pas le laisser seul en aval prendre une telle décision. Il nous paraît primordial qu'il se fasse accompagner de spécialistes tout au long de la procédure. Le tribunal de la famille devrait devenir un lieu d'échange et d'expertise lorsqu'il est confronté à des questions aussi sophistiquées et techniques que celles rencontrées en filiation. Sociologues, anthropologues, juristes spécialisés en droit de la famille, psychologues, pédopsychiatres ont certainement un rôle à jouer. Assisté et soutenu par divers spécialistes, le juge serait plus informé et plus à l'aise face à la créativité des plaideurs, et par conséquent, serait plus serein devant cet enjeu considérable.

S'accompagner de spécialistes tout au long de l'affaire comprend un deuxième avantage. Les diverses expertises, témoignages et points de vue permettront de mieux écouter et interpréter les besoins de chacune des personnes concernées par l'action en contestation. Cela aura pour

¹¹⁰ G. MATHIEU ET G. WILLEMS, « Origines, parentalité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », *Filiation et parentalité*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 82

¹¹¹ 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 », *Rev. trim. dr. fam.*, 2017/1, p.137

¹¹² N. MASSAGER, « Filiation 2.0 : méthode de résolution en droit de la filiation incluant la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, la loi sur la comaternité, la pratique de la GPA et les nouvelles formes de coparentalité », *Le droit familial et le droit patrimonial de la famille dans tous leurs états*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 11

but de contextualiser correctement le cas d'espèce et optimisera la pondération des intérêts en présence. Le proverbe « seul on va plus vite, ensemble on va plus loin » est dans ce cadre très évocateur. Il est certain que mobiliser et écouter les différents intervenants nécessitera plus de temps (et d'argent) au début de la procédure et des délais plus longs devront être accordés au juge pour trancher. Néanmoins, « seul le juge va plus vite » dans un premier temps uniquement. « Seul » il laisse des enfants et des familles dépendre d'une loi rigide et abstraite. « Seul », il prend des décisions qui fâchent et dès lors, engendre potentiellement des recours plus nombreux. L'apport, la concertation et la collaboration des différents praticiens pourraient apporter des solutions qui font sens sur le plan humain et sur le plan de l'équité. La famille aurait la sensation d'être entendue et comprise dès le premier juge. De cette manière, les recours seraient limités et les procédures raccourcies. Comme nous l'avons souligné précédemment, personne ne trouve un intérêt (financier et émotionnel) à demander à la Cour européenne des droits de l'Homme ce qu'elle pense de sa filiation.

V.3. REPENSER LA FAMILLE

A la lecture de la doctrine et de la jurisprudence toujours plus dense sur le sujet, une question revient systématiquement. Pourquoi imposer *in fine* au juge et à l'enfant de choisir à tout prix pour un des deux hommes ? Est-ce vraiment nécessaire de vouloir tout ramener au pilier biologique ou au contraire vouloir tout ramener au pilier affectif¹¹³ ? La méthode « on/off » consistant à choisir ou non un homme comme père peut faire l'objet de critiques¹¹⁴.

La famille, au sens classique du terme, est fondée sur le mariage et la filiation¹¹⁵. D'un point de vue sociologique, la filiation est une institution sociale permettant d'insérer un enfant dans une généalogie en lui fournissant des repères nécessaires à la construction de son identité¹¹⁶. Sur le plan juridique, la filiation est source de droits et d'obligations. L'attribution du nom, l'autorité

¹¹³ J. SOSSON, « Filiation, origines, parentalité », *Filiation et parentalité*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p.30

¹¹⁴ 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 », *Rev. trim. dr. fam.*, 2017/1, p.137

¹¹⁵ P. MURAT, « Les enjeux d'un droit de la filiation. Le droit français et l'ordonnance du 4 juillet 2005 », *Informations sociales*, 2006/3, p. 7

¹¹⁶ C. HERBRAND ET N. GALLUS, « La parentalité sous l'angle du droit et de la sociologie : évolutions, enjeux et régulation », *Filiation et parentalité*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 313-340.

parentale, le droit d'hébergement, l'obligation alimentaire et la vocation successorale en sont les principaux effets. Etablie traditionnellement sur l'alliance et le biologique, la filiation est bilatérale : l'homme et la femme qui ont conçu l'enfant deviennent le père et la mère de l'enfant. Seules ces deux personnes possèdent des droits parentaux, de sorte que la parenté (pilier juridique) et la parentalité (pilier socio-affectif) se confondent. Depuis quelques années, ce modèle classique familial est en déclin et ces deux concepts ne coïncident plus nécessairement. La responsabilité parentale se détache peu à peu de la parenté exercée par les seuls pères et mères pour laisser d'autres personnes s'investir de façon complémentaire dans la vie de l'enfant¹¹⁷. La fragilisation du mariage et la diversification des configurations familiales mènent au constat que la filiation devrait davantage être fondée sur le projet parental et l'affectif et non sur des normes juridiques abstraites rattachant nécessairement l'enfant au mari de la mère. Le législateur éprouve des difficultés à dépasser certaines normes de représentations sociales de la famille et de la parenté, maintenant l'autorité parentale à l'égard de deux personnes maximum¹¹⁸. Se posent alors des questions sur le rôle du droit de la famille aujourd'hui. Comment le droit peut-il contribuer au bien-être familial de l'enfant ? A notre sens, deux alternatives devraient être mises en place pour le père biologique et l'enfant en cas d'échec de la contestation « 2 en 1 ». En fonction de l'intérêt supérieur de l'enfant, elles auront plus ou moins d'impact en terme juridique, le but étant d'octroyer un minimum de reconnaissance au père biologique.

Tout d'abord, il est grand temps que le législateur belge permette au géniteur et *a fortiori* à l'enfant de consacrer juridiquement leurs origines biologiques, de sorte que notre droit national se conforme complètement à la jurisprudence européenne. En effet, dans l'arrêt *Nylund contre Finlande*, la Cour européenne semble claire sur le sujet lorsqu'elle affirme qu'obtenir l'homologation des circonstances biologiques relève du droit à la vie privée. Cette pratique est déjà utilisée dans plusieurs Etats européens. A titre d'exemple, la Suisse et l'Allemagne consacrent dans leur droit interne une action *sui generis* en connaissance de ses origines dont le seul objet est reconnaître le lien biologique exempt de tout effet lié à la filiation juridique. De la même manière, cette première alternative consisterait à donner au père biologique et à

¹¹⁷ P. LEVY SOUSSAN, « Filiation, sexuation et construction psychique : nature et culture », *L'institué : le donné, la volonté et la responsabilité*, Bruxelles, Bruylants, 2016, pp. 86

¹¹⁸ C. HERBRAND, « L'impasse de la pluriparentalité au niveau légal : analyse du projet de « parenté sociale » en Belgique », *Enfance, Familles, Générations*, INRS, 2011, p. 25

l'enfant un droit d'action imprescriptible dans le but d'établir juridiquement le lien biologique sans porter atteinte à la filiation¹¹⁹. L'importance de l'aspect identitaire ayant été soulignée plus haut, il nous semble que découvrir la vérité sur sa paternité biologique et la voir reconnaître par le droit est le minimum que le législateur puisse offrir au géniteur et à l'enfant lorsque l'action en contestation n'aboutit pas.

Ensuite, pour autant que l'intérêt de l'enfant le permette, une seconde alternative serait d'octroyer certains droits parentaux au père biologique débouté de l'action en contestation. Il peut y avoir des cas où il serait bénéfique pour l'enfant d'entamer ou poursuivre une relation avec son géniteur malgré le fait que la filiation avec le père légal ait été privilégiée. A nouveau, la Cour européenne des droits de l'Homme demande aux autorités étatiques plus de souplesse¹²⁰. Quand bien même l'enfant entretient depuis toujours une relation socio-affective étroite avec son père légal, permettre au père biologique de conserver certains contacts avec l'enfant adultérin *a matre* est une option que le législateur doit envisager, sous réserve que cela corresponde à l'intérêt de l'enfant¹²¹. Les mentalités tendent à sortir du schéma traditionnel bilatéral « papa-maman-enfant » pour laisser d'autres acteurs s'investir dans la vie et l'éducation de l'enfant. L'article 375 *bis* du Code civil consacre un droit aux relations personnelles à d'autres personnes que les parents comme par exemple les grands-parents, les frères et sœurs ou encore un parent éducatif. Le père biologique pourrait voir dans cette disposition un ultime recours pour établir le contact avec l'enfant¹²². Cependant l'article impose de prouver un « lien d'affection particulier » ce qui n'est pas toujours le cas quand le père biologique apparaît soudainement dans la vie de l'enfant¹²³. Quand bien même le père biologique parvenait à démontrer un lien d'affection particulier avec l'enfant, cette disposition semble insuffisante¹²⁴. C'est à travers une véritable action en reconnaissance légale de parentalité que le législateur devrait permettre à une tierce personne d'obtenir des prérogatives

¹¹⁹ G. MATHIEU, « Filiation et Cour constitutionnelle : l'Enfant Roi », *Rev. trim. dr. fam.*, 2016/2, p.379

¹²⁰ G. MATHIEU ET G. WILLEMS « Origines, parentalité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », *Filiation et parentalité*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 62 ; C.E.D.H., arrêt *Anayo contre Allemagne*, 21 décembre 2010 et C.E.D.H., arrêt *Schneider contre Luxembourg*, 10 juillet 2007

¹²¹ *Ibid.* p. 61

¹²² S. CAP ET J. SOSSON., « La place juridique du tiers au lien de filiation », *Filiation et parentalité*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p.297

¹²³ C. COUQUELET, « Le droit aux relations personnelles du père biologique avec son enfant », *J.L.M.B.*, 1998/28, p. 1223-1224 ; S. CAP ET J. SOSSON., « La place juridique du tiers au lien de filiation », *Filiation et parentalité*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p.298

¹²⁴ C. HERBRAND ET N. GALLUS, « La parentalité sous l'angle du droit et de la sociologie : évolutions, enjeux et régulation », *Filiation et parentalité*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 319

parentales. Des tentatives législatives ont déjà vu le jour en Belgique¹²⁵. En 2000, la création d'un statut de « parenté sociale » a été proposé afin de reconnaître la place et l'investissement du beau-parent. A travers cette initiative inédite, un véritable statut conférant des avantages parentaux à une tierce personne sans pour autant établir un lien de filiation fut envisagé¹²⁶. Depuis lors, des dizaines de propositions de loi ont été déposées mais ces questions peinent à être discutées et ne semblent pas être à l'ordre du jour au Parlement. Les divers projets de parenté sociale proposés se consacrent principalement à la beau-parentalité et à la parentalité dans les couples de même sexe. Cependant, si ce statut de parentalité sociale aboutissait, il pourrait, à notre sens, être octroyé au père biologique. En accordant une telle reconnaissance, le législateur permettrait au père biologique d'exercer certaines fonctions parentales sans toutefois empiéter sur la parenté légale. Certains ont peur que l'enfant perde ses repères si on ajoute un parent au double lien de filiation qu'il a déjà avec son père légal et sa mère¹²⁷. Selon nous, dans de tels cas de figure, partager la parentalité ne déstabilisera pas plus l'enfant. En effet, à partir du moment où l'enfant est conscient que deux pères gravitent autour de lui et manifestent leur désir de participer aux fonctions éducatives et de soin, ses « repères » ne sont-ils déjà pas chamboulés ? Au contraire, un équilibre pourrait être retrouvé dans une parentalité bien organisée et exempte de tabou. A nouveau, c'est du cas par cas. Nous n'affirmons pas que chaque échec d'action en contestation de paternité pourrait aboutir à une reconnaissance légale de parentalité dans le chef du père biologique, loin de là. Tout est question d'appréciation. La raison de prévoir une telle possibilité est de laisser la porte ouverte à toutes les compositions familiales possibles. En laissant les membres d'une famille être les acteurs de leur propre vie relationnelle, on refuse les carcans légaux préétablis qui ne répondent pas aux besoins individuels. La famille est profondément importante sur le plan du développement personnel, il ne paraît plus concevable, en 2018, que la loi inscrive et fige l'enfant dans une parenté indissoluble¹²⁸. Ce défi est audacieux car il nécessite une articulation des liens de parenté et parentalité. Cela nécessiterait que le rôle de chacun soit clairement défini en privilégiant la voie

¹²⁵ J. SOSSON, « Filiation, origines, parentalité », *Filiation et parentalité*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p.12

¹²⁶ C. HERBRAND ET N. GALLUS, « La parentalité sous l'angle du droit et de la sociologie : évolutions, enjeux et régulation », *Filiation et parentalité*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 340

¹²⁷ S. CAP ET J. SOSSON., « La place juridique du tiers au lien de filiation », *Filiation et parentalité*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p.300 ; Herbant C. Et Gallus N., « La parentalité sous l'angle du droit et de la sociologie : évolutions, enjeux et régulation », *Filiation et parentalité*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 326

¹²⁸ Y.-H. LELEU, « Filiation 2017 : l'intérêt bien pondéré », *Rev. trim. dr. fam.*, 2017/1, p.37

conventionnelle¹²⁹. Le père biologique devrait bien entendu démontrer sa volonté et sa capacité de s'impliquer dans le quotidien de l'enfant. L'opportunité de maintenir un contact avec le père biologique serait appréciée par rapport à l'intérêt de l'enfant. Les diverses prérogatives seraient modulées en fonction de la situation familiale et des besoins spécifiques rencontrés¹³⁰. A défaut d'accord entre les parents, le juge de la famille en déterminerait les modalités au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant. A nouveau, la pondération des intérêts en présence prendrait tout son sens. Il ne s'agit pas de considérer que l'enfant ait deux papas exerçant les mêmes fonctions¹³¹. Puisqu'il y a déjà un père légal, les droits qui seront accordés au père biologique seraient limités aux diverses activités et décisions liées à la vie quotidienne de l'enfant, laissant les choix éducatifs et futurs de l'enfant aux parents légaux. Ses prérogatives pourraient varier dans leur ampleur et dans le temps en fonction de l'intérêt prééminent de l'enfant et en respectant le rôle du parent légal¹³². Bien que ces droits de contact et éducatifs paraissent futiles sur le plan légal, ils ont un poids symbolique non négligeable. Ils rendent visible un lien qui existe génétiquement entre un père et son enfant et protègent une relation potentiellement favorable pour l'enfant. Ne conviendrait-il donc pas de relancer les discussions relatives à l'octroi d'un statut social au père biologique et au partage de l'autorité parentale afin de laisser plus de place à une parenté plurielle s'opposant aux généralisations théoriques qui ne tiennent pas compte des vécus ?

¹²⁹ C. HERBRAND ET N. GALLUS, « La parentalité sous l'angle du droit et de la sociologie : évolutions, enjeux et régulation », *Filiation et parentalité*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p.324

¹³⁰ *Ibid.* p.335

¹³¹ J. SOSSON, « Filiation, origines, parentalité », *Filiation et parentalité*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p.11

¹³² G. MATHIEU ET G. WILLEMS, « Origines, parentalité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », *Filiation et parentalité*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 65

CONCLUSION

Les parents sont des piliers essentiels à la construction de soi. C'est pourquoi les questions de filiation sont d'une importance considérable. Soutenant une pondération *in concreto* des intérêts, les hautes juridictions du pays ainsi que la Cour européenne des droits de l'Homme affirment à l'unanimité que les moules législatifs abstraits doivent se retirer pour laisser place aux revendications individuelles. Comment parvenir à convaincre le législateur d'adapter le droit de la famille ? Il est certain que bousculer les constructions sociales bien établies n'est pas chose aisée, mais cela nous semble pourtant être la seule manière d'accéder à un droit juste et plus humain. Le rôle du droit de la famille n'est plus d'intervenir en amont pour figer un individu dans un lien de parenté jugé idéal. A titre d'exemple, il fut un temps où le mariage était indissoluble et le divorce inimaginable. Le législateur de 1804 établit un modèle-type de couple dans le but de réguler les mœurs. Libéré des discriminations d'autrefois, le mariage est aujourd'hui ouvert à tous et peut plus facilement être dissout. De la même manière, il semble qu'un lien de filiation indissoluble en raison de règles strictes et générales n'est plus concevable à l'heure actuelle. Tirailé par la quête de ses origines et les liens affectifs qu'il entretient, l'enfant peut être amené à repenser sa filiation. Paul MARTENS refuse « 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 »¹³³. Seule une analyse concrète de la situation familiale peut mener à plus d'humanité dans des situations aussi sensibles que la contestation de filiation. Le choix effectué, à travers ce travail, d'analyser la pondération des intérêts à la lumière des droits de l'Homme n'est en aucun cas anodin. Plus le juge prendra en compte l'ensemble des circonstances, les besoins de chacun et *a fortiori* celui de l'enfant, plus la décision sera prise en équité et dans le respect des droits fondamentaux. Afin d'optimiser la balance concrète des intérêts, il conviendrait d'en délimiter les contours. A cette fin, la pondération devrait se réaliser au fond et non au stade de la recevabilité ce qui retirerait tout utilité aux trois premiers paragraphes de l'article 318 du Code civil. Ces derniers ne permettent effectivement pas d'analyser concrètement et séparément la réalité biologique et la réalité socio-affective et par la suite, de les mettre en balance. Ensuite, il est essentiel que

¹³³Voy. en ce sens les propos de Paul Martens relatés par Nicole Gallus et Alain-Charles Van Gysel : N. GALLUS ET A.-C. VAN GYSEL, « Les décisions récentes de la Cour constitutionnelle en matière de filiation : humanisme ou aberrations ? », *Rev. not. belge*, 2013, liv. 3075, p. 403

d'autres intervenants, notamment des spécialistes de l'enfant, supportent le juge dans ce type de contentieux. Dès sa naissance, l'enfant hérite d'une histoire familiale. Celle-ci est parfois lourde de conséquences. Le Code civil ne doit pas être le seul outil à la disposition du juge pour prendre des décisions aussi complexes et délicates que sont celles concernant la filiation. Enfin, établir *de lege ferenda* un statut de parenté sociale permettant à plusieurs personnes d'intervenir dans la vie de l'enfant et contribuer à son épanouissement personnel est un projet ambitieux qui mériterait d'être observé attentivement.

En définitive, nous pouvons répondre à la question de savoir *à qui la place* doit être attribuée lorsque deux pères se disputent la filiation d'un enfant. La *place* n'est certainement pas nominative. Elle est libre, libre d'accueillir celui qui répondra au mieux aux intérêts de l'enfant. Le législateur ne semble, quant à lui, plus à sa *place*. Les moules juridiques abstraits restreignent l'espace dans lequel les divers scénarios familiaux actuels pourraient s'installer. Les questions concernant la contestation de la filiation doivent se résoudre au moyen d'une appréciation large et concrète de la situation familiale, ce qui conduit à revoir la position du juge et autres spécialistes de la famille. Et s'il n'y avait pas qu'*une seule place* ?

BIBLIOGRAPHIE

Sources jurisprudentielles

Juridictions internationales

C.E.D.H., arrêt *Marckx contre Belgique* du 13 juin 1979

C.E.D.H., arrêt *Gaskin contre Royaume-Uni*, 7 juillet 1989

C.E.D.H., arrêt *Vermeire contre Belgique* du 4 octobre 1993

C.E.D.H., arrêt *Kroon contre Pays-Bas* du 27 octobre 1994

C.E.D.H., arrêt *Nylund contre Finlande*, 26 juin 1999

C.E.D.H., arrêt *Mikulic contre Croatie*, 7 février 2002

C.E.D.H., arrêt *Jäggi contre Suisse*, 13 juillet 2006

C.E.D.H., arrêt *Wagner et J.M.W.L contre Luxembourg* du 28 juin 2007

C.E.D.H., arrêt *Schneider contre Luxembourg*, 10 juillet 2007

C.E.D.H., arrêt *Backlund contre Finlande*, 6 juillet 2010

C.E.D.H., arrêt *Anayo contre Allemagne*, 21 décembre 2010

C.E.D.H., arrêt *Kruskovic contre Croatie*, 21 juin 2011

C.E.D.H., arrêt *Mennesson contre France* du 24 juin 2014

C.E.D.H., arrêt *Mandet contre France* du 14 janvier 2016

Juridictions internes

C. Const., arrêt n°20/2011 du 3 février 2011, *Act. dr. fam.*, 2011, note N. GALLUS

C. Const., arrêt n° 96/2013 du 9 juillet 2013, *Act. dr. fam.*, 2013, p. 143

C. Const., arrêt n° 30/2013 du 7 mars 2013, *Act. dr. fam.* 2013, p. 76

C. Const., arrêt n°139/2014 du 25 septembre 2014, *J.T.*, 2015, p.391

C. Const., arrêt n° 38/2015 du 19 mars 2015,

C. Const., arrêt n° 18/2016 du 3 février 2016 *Act. dr. fam.*, 2016/3, p. 52

Cass. (1e k.), 7 avril 2017 , *R.W.*, 2017-2018/24, pp. 940-944, note L. SALOMEZ

Mons, 14 mai 2012, *Rev.trim.dr.fam.* 2012/3, p. 796 note G. MATHIEU

Mons (34e ch.), 30 novembre 2015, *Rev. trim. dr. fam.*, 2017/1, p. 105

Bruxelles (42e ch.), 12 mai 2015, *Rev. trim.dr.fam.*, 2017/1, p. 97

Liège, 1er juin 2016, *J.L.M.B.*, 2017/9, pp. 412

Bruxelles, 28 juin 2016, *R.A.B.G.*, 2017/4, pp. 275-282, note B. LAMBERSY ET C. VERGAUWEN

Bruxelles, 2 février 2017, *J.L.M.B.*, 2017/9, pp. 418-422

Sources législatives

Convention internationale relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989

Convention européenne des droits de l'Homme

Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants du 25 janvier 1996

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

Constitution belge

Code civil belge

Proposition de Révision du titre II de la Constitution, en vue d'y insérer des dispositions nouvelles permettant d'assurer la protection des droits de l'enfant à l'intégrité morale, physique, mentale et sexuelle, *Doc. Parl.*, Sénat, 16 juillet 1999, n°2-21/1

Note de politique générale, *Doc. Parl.*, Chambre, 2016-2017, n°54 2111/021

Doctrine

BEAGUE, M., « 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 », *Rev. trim. dr. fam.*, 2017/1, pp.124-143.

CAP, S. ET SOSSON J., « La place juridique du tiers au lien de filiation », *Filiation et parentalité*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 267-312.

COUQUELET, C., « Le droit aux relations personnelles du père biologique avec son enfant », *J.L.M.B.*, 1998/28, pp. 1223-1224.

DE KEZEL, E., « Het begrip ‘het belang van het kind’ », *R.W.*, 1999, p.1163.

DE MAEYER, E. EN VERGAUWEN, C., « Het belang van het kind versus de biologische werkelijkheid : het blijft een moeilijk vraagstuk », *R.A.B.G.*, 2011/13, pp. 887-889.

GALLUS, N. ET VAN GYSEL, A.-C., « Les décisions récentes de la Cour constitutionnelle en matière de filiation : humanisme ou aberrations ? », *Rev. not. belge*, 2013, livr. 3075, pp 374-405

GALLUS, N., « Chronique de législation en droit privé (1er janvier - 30 juin 2017) », *J.T.*, 2017, pp. 797-817

GALLUS, N., « Filiation paternelle dans le mariage : le droit de contestation du mari et l'intérêt de l'enfant selon la Cour constitutionnelle », *Act. dr. fam.*, 2011/3-4, pp. 77-79.

HERBRAND, C. ET GALLUS, N., « La parentalité sous l'angle du droit et de la sociologie : évolutions, enjeux et régulation », *Filiation et parentalité*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 313-340.

HERBRAND, C., « L'impasse de la pluriparentalité au niveau légal : analyse du projet de « parenté sociale » en Belgique », *Enfance, Familles, Générations*, INRS, 2011, pp. 26-50

LAMBERSY, B. ET VERGAUWEN, C., « Het belang van het kind als weigeringsgrond in het afstammingsrecht, een belangenafweging die nog steeds voor heel veel commotie zorgt », note sous Bruxelles, 28 juin 2016, *R.A.B.G.*, 2017/4, pp. 283-289.

LELEU, Y.-H., « Filiation 2017 : l'intérêt bien pondéré », *Rev. trim. dr. fam.*, 2017/1, pp. 9- 41.

LELEU, Y.-H., *Droit des personnes et des familles*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 586-639

LEVY SOUSSAN, P., « Filiation, sexuation et construction psychique : nature et culture », *L'institué : le donné, la volonté et la responsabilité*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 85-99.

MASSAGER, N. ET SOSSON, J., « Filiation et Cour constitutionnelle », *Actualités de droit des familles*, CUP, vol. 163, Liège, février 2016, pp. 57-122.

MASSAGER, N., « Filiation 2.0 : méthode de résolution en droit de la filiation incluant la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, la loi sur la comaternité, la pratique de la GPA et les nouvelles formes de coparentalité », *Le droit familial et le droit patrimonial de la famille dans tous leurs états*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp 10-68.

MATHIEU, G. ET RASSON, A.-C., « L'intérêt de l'enfant sur le fil : Réflexions à partir des arrêts de la Cour constitutionnelle en matière de filiation », *J.T.*, 2013, pp.425-436.

MATHIEU, G. ET WILLEMS, G., « Origines, parentalité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », *Filiation et parentalité*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 35-94.

MATHIEU, G., « Filiation et Cour constitutionnelle : l'Enfant Roi », *Rev. trim. dr. fam.*, 2016/2, pp. 368-380.

G. MATHIEU, « L'intérêt de l'enfant en sursis », *Rev.trim.dr.fam.*, 2017/1, pp. 90-93

MATHIEU, G., « Le secret des origines en droit de la filiation », *J.D.J.*, janvier 2017, pp. 22-27.

MASSAGER, N., « La prophétie de Gerlo », *Act. dr. fam.*, 2011/7, p. 139

MURAT, P., « Les enjeux d'un droit de la filiation. Le droit français et l'ordonnance du 4 juillet 2005 », *Informations sociales*, 2006/3, pp. 6-21

QUIRYNEN, P., « Een andere (grondwetsconforme?) kijk op bezit van staat », *T. Fam.*, 2011, liv. 7, p. 154-161

RASSON, A. ET SOSSON, J., « Coups de tonnerre constitutionnels dans la filiation: l'article 318 du Code civil dans la tourmente... », *Rev. trim. dr. fam.*, 2011/3, pp. 581-613.

SALOMEZ, L., « Bezik van staat en het Hof van Cassatie », *R.W.*, 2017-1018, pp. 941-944

SOSSON, J., « Filiation, origines, parentalité », *Filiation et parentalité*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 5-33.

SWENNEN, F., VERSCHELDEN, G. ET WUYTS, T., « Afstammingsvorderingen van het kind: *nihil obstat?* », *T.Fam.*, 2016/4, pp. 84-90.,

VAN DEUN, L., « Het belang van het kind als joker in afstammingsrecht », *T. Fam.*, 2016/1, pp. 12-18.

VERSCHELDEN, G., « Afstamming (2012-2015) », *T.fam.*, 2015, p.183

VERSCHELDEN, G., « Het belang van het kind in het komende afstammingsrecht : considerans voor de wetgever, niet voor de rechter », *T.fam.*, 2013 p. 99

VERSCHELDEN, G., « Pleidooi voor een wetgevende hervorming van het Belgische afstammingsrecht », *T.Fam.* 2015, pp. 53-59

