

# L'influence du droit constitutionnel sur le droit de la famille\*

par Anne Rasson-Roland

*Référendaire à la Cour constitutionnelle  
Professeur à l'Université catholique de Louvain*

et Bernadette Renauld

*Référendaire à la Cour constitutionnelle  
Maître de conférences à l'UCL-Mons*

## INTRODUCTION

Quelle influence peut avoir le droit constitutionnel sur le droit de la famille ? La question ne se posait guère il y a trente ans, lorsque la Cour constitutionnelle, appelée à l'époque Cour d'arbitrage, rendait ses premiers arrêts. Le droit de la famille était bien sûr confronté à ce moment aux effets de l'arrêt *Marckx*, rendu par la Cour européenne des droits de l'homme le 13 juin 1979. Une réforme du droit de la filiation était indispensable pour assurer l'égalité entre les enfants. Elle intervint le 31 mars 1987. Quelques années plus tard, la Cour d'arbitrage vient frapper l'édifice patiemment construit par le législateur, législateur qui ne l'avait certainement pas vue venir. Le droit de la filiation fait ensuite l'objet d'une réforme en 2006 dont l'un des objectifs est de tenir compte des arrêts de la Cour. Plusieurs dispositions de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 2006 seront cependant à nouveau censurées par la Cour, répondant à de nouvelles questions préjudicielles. Les arrêts surprennent les spécialistes de la matière <sup>1</sup>.

Nous tenterons d'expliquer dans cette contribution comment le droit de la famille a progressivement été, sinon impacté, à tout le moins encadré par la Constitution, par le prisme des règles d'égalité et de non-discrimination (articles 10 et 11 de la Constitution), du droit au respect de la vie privée et familiale (article 22 de la Constitution) et des droits de l'enfant (article 22*bis* de la Constitution). Nous limiterons notre propos au droit relatif à la constitution de la famille nucléaire, au sein duquel les règles relatives à l'établissement de la filiation occupent une place prépondérante, sans aborder les régimes juridiques propres au mariage et à la cohabitation sur le plan social ou fiscal.

---

\* La matière qui forme l'objet de cette étude est arrêtée au 1<sup>er</sup> décembre 2015.

<sup>1</sup> Voy. not. N. MASSAGER et J. SOSSON, « Filiation et Cour constitutionnelle », in N. MASSAGER et J. SOSSON (dir.), *Cour constitutionnelle et droit familial*, Limal, Anthemis, 2015, pp. 34 à 40 et les références citées par ces auteurs.



Pour bien comprendre les arrêts de la Cour, il convient de prendre en compte l'évolution progressive des compétences du juge constitutionnel, ainsi que l'évolution des normes de référence qui se combinent par ailleurs avec les dispositions de traités internationaux, en particulier la Convention européenne des droits de l'homme, ce qui amène la Cour constitutionnelle à prendre en compte la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

Par ailleurs, il est également important de se rappeler que la quasi-totalité du contentieux constitutionnel en matière d'établissement et de contestation de la filiation est d'origine préjudicielle. Ceci a pour conséquence que la question posée à la Cour est toujours, d'une part, contextuée et, d'autre part, limitée à un aspect précis de la législation. Le même phénomène est tangible au niveau de la Cour européenne des droits de l'homme, qui statue toujours dans le contexte d'une situation particulière. Cette caractéristique explique les différences qui peuvent apparaître entre les appréciations de l'une et de l'autre au gré d'espèces qui sont rarement exactement semblables, ce qui rend les tentatives de systématisation périlleuses<sup>2</sup>.

Les arrêts rendus par la Cour constitutionnelle en droit de la famille nous amènent à aborder successivement l'apport à ce droit des règles constitutionnelles d'égalité et de non-discrimination, du droit au respect de la vie privée et familiale et des droits de l'enfant.

## I. — LES RÈGLES D'ÉGALITÉ ET DE NON-DISCRIMINATION

Le contentieux de l'égalité et de la non-discrimination a connu un essor considérable en raison de l'extension du contrôle de constitutionnalité intervenue en 1988<sup>3</sup>. Avant cette date, le contrôle de constitutionnalité des lois exercé par la Cour se limitait au contrôle du respect des règles qui répartissent les compétences de l'État, des communautés et des régions. L'extension du contrôle de constitutionnalité s'explique à l'époque par le souci de contrôler le respect par les communautés, désormais très largement compétentes en matière d'enseignement, des droits et libertés en cette matière et, en particulier, du principe d'égalité entre écoles, élèves ou étudiants, parents, enseignants.

<sup>2</sup> Voy., sur le contrôle concret, P. MARTENS, « Le contrôle préjudiciel de constitutionnalité est-il un art abstrait ? », in *Mélanges en hommage à Robert Andersen*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 423-450 et M. VERDUSSEN, « La Cour constitutionnelle belge exerce-t-elle un contrôle concret ? », *Annuaire international de justice constitutionnelle XXIX-2013*, pp. 17 à 23. Voy. en particulier, sur le contentieux étudié dans ce rapport, la réponse de Paul Martens à certaines critiques doctrinales (P. MARTENS, « Filiation et Cour constitutionnelle : contrepoint », in N. MASSAGER et J. SOSSON (dir.), *Cour constitutionnelle et droit familial*, op. cit., pp. 97 et 98).

<sup>3</sup> Révision constitutionnelle du 15 juillet 1988 et loi spéciale du 6 janvier 1989. Voy. not., sur cette évolution, M.-F. RIGAUX et B. RENAULD, *La Cour constitutionnelle*, Bruxelles, Bruylant, 2008.

L'article 24 (anciennement 17) de la Constitution est réécrit à cette fin et la compétence de la Cour, très logiquement, étendue au contrôle du respect de cette disposition. Le Constituant a cependant ajouté à cette norme de référence les articles 10 et 11 (anciennement 6 et *6bis*) de la Constitution censés appuyer la règle d'égalité déjà inscrite à l'article 24, § 4, de la Constitution. La Cour a d'emblée considéré que les trois règles n'étaient pas indissociablement liées et qu'elle pouvait être saisie d'un problème d'égalité et de non-discrimination qui ne touche pas à l'enseignement. Un champ d'action très large s'ouvrait ainsi à son contrôle, l'amenant à connaître de toutes les branches du droit, pour autant qu'elle soit saisie d'un recours en annulation ou d'une question préjudicielle.

De 1989 à 2003, le principe d'égalité et de non-discrimination représente l'unique porte d'entrée pour accéder au contrôle du respect des droits et libertés fondamentaux par les différents législateurs belges. Même si la Cour combine régulièrement les règles d'égalité et de non-discrimination avec les droits et libertés inscrits dans la Constitution ou dans des traités internationaux, en particulier la Convention européenne des droits de l'homme, les articles 10 et 11 de la Constitution occupent le devant de la scène constitutionnelle. Ce n'est que par le prisme de l'égalité que la norme législative est confrontée aux droits fondamentaux, ce qui induit chez les plaideurs qui acquièrent le réflexe préjudiciel une gymnastique intellectuelle particulière ; pour obtenir que le juge constitutionnel examine la violation d'un droit fondamental, quel qu'il soit, il y a toujours lieu de comparer des catégories de personnes qui auraient dû être traitées soit de manière égale soit de manière différente.

Le droit familial a très rapidement été investi par la Cour puisque le premier arrêt en matière de filiation intervient dès la fin de l'année 1990. Un juge a pris l'initiative de poser d'office une question préjudicielle : « Un juriste perspicace et imaginatif a compris, le premier, les ressources qu'offraient les articles [10 et 11] combinés de la Constitution pour dénoncer une discrimination en matière de droit de la filiation »<sup>4</sup>. La réforme « du siècle » des règles en matière de filiation, réalisée par la loi du 31 mars 1987, qui abolissait « le système issu du Code Napoléon » et tirait les leçons de l'arrêt *Marckx* précité est ainsi précipitée « sous les fourches caudines » de la Cour<sup>5</sup>.

« La débâcle fut cinglante et sans appel : une multitude d'arrêts censurant principalement l'unique erreur commise par le législateur de 1987, celle de n'avoir pas réalisé une égalité formelle en droit entre le père et la mère »<sup>6</sup>. Par ailleurs, d'autres questions préjudicielles furent adressées à la Cour, exploitant les ressources du principe d'égalité et de non-discrimination. Le

<sup>4</sup> E. JAKHIAN, Observations sous C.A., arrêt n° 39/90 du 21 décembre 1990, *J.T.*, 1991, pp. 252-253.

<sup>5</sup> N. MASSAGER et J. SOSSON, « Filiation et Cour constitutionnelle », *op. cit.*, p. 33.

<sup>6</sup> *Idem.*

juge constitutionnel fut ainsi invité à examiner les différences de traitement entre enfants et les différences de traitement entre les parents légaux et les tiers revendiquant un lien de filiation avec l'enfant. Depuis lors, les questions liées à l'établissement et à la rupture du lien de filiation font partie des problématiques les plus récurrentes dans le contentieux constitutionnel <sup>7</sup>.

### A. — L'égalité entre père et mère

La première affaire soumise à la Cour en matière de filiation posait essentiellement un problème d'égalité entre les père et mère d'un enfant né en dehors du mariage. Conformément à l'invitation qui lui en était faite par le juge *a quo*, la Cour procède à une comparaison des conditions posées par la loi à l'établissement de la filiation maternelle et de la filiation paternelle et constate qu'alors que la filiation maternelle est établie automatiquement, par l'application de l'adage *Mater semper certa est*, la loi du 31 mars 1987 soumet la reconnaissance paternelle au consentement de la mère. À défaut de consentement et de conciliation entre parties, le tribunal statue sur la demande de reconnaissance et la rejette si elle est contraire à l'intérêt de l'enfant. La Cour, à l'issue d'un raisonnement qui ne mobilise que le principe d'égalité et de non-discrimination, juge contraire à ce principe cette différence de traitement systématique entre pères et mères qui n'a pas été justifiée objectivement et raisonnablement par le législateur. Elle relève en outre que le législateur porte aussi atteinte à l'égalité entre enfants <sup>8</sup>.

Le contrôle concret exercé par la Cour sur question préjudicielle va l'amener à affiner sa jurisprudence. Elle va ainsi être saisie du cas d'un refus de consentement exprimé par une mère qui conteste la paternité biologique du candidat à la reconnaissance. À cette occasion, elle distingue l'hypothèse de l'établissement de la filiation paternelle hors mariage lorsque la filiation biologique n'est pas contestée de celle dans laquelle la réalité du lien biologique est mise en cause par la mère. Elle affine son constat de violation de la manière suivante : dans le premier cas, les différences naturelles entre le père et la mère ne permettent pas de justifier qu'un des auteurs de l'enfant soit placé dans une position d'infériorité par rapport à l'autre puisqu'ils « contribuent, l'un comme l'autre, à déterminer les caractéristiques génétiques de l'enfant et [...] qu'ils ont en principe une égale aptitude à apprécier l'intérêt de celui-ci » ; dans le second cas, l'inégalité qui apparaît entre la mère, qui dispose d'une possibilité de s'opposer à la reconnaissance de son enfant par un homme qui prétend en être le père, et ce dernier, n'est pas dépourvue de justification car l'homme et la femme se trouvent « objectivement dans des situations différentes à deux égards ». D'une part, « la

<sup>7</sup> À titre d'exemple, en 2014, sept arrêts concernent cette matière.

<sup>8</sup> C.C., arrêt n° 39/90 du 21 décembre 1990.

femme qui a mis un enfant au monde est presque toujours connue avec certitude alors que tel n'est pas le cas pour l'homme qui l'a engendré » et, d'autre part, « sauf circonstance extraordinaire, elle est mieux renseignée qu'un homme sur la filiation biologique de l'enfant ». La conclusion qui suit est typique d'un raisonnement basé sur le principe d'égalité : « Ces différences de situation ne sont pas pertinentes lorsqu'il s'agit de déterminer qui est à même d'apprécier l'intérêt d'un être humain, mais elles le sont lorsqu'il s'agit de vérifier la réalité d'un lien biologique ». La Cour insère ensuite une allusion au droit à la vie familiale, pour l'évacuer immédiatement en affirmant qu'il ne comprend pas le droit d'un homme à établir sa paternité vis-à-vis d'un enfant qui n'est pas le sien <sup>9</sup>.

Le juge constitutionnel est ensuite saisi de l'hypothèse de la reconnaissance d'un enfant par son père biologique, alors que la mère est décédée, le tuteur tentant d'obtenir l'annulation de cette reconnaissance par le tribunal. La Cour, au terme du même raisonnement qu'en 1991, considère que le père biologique ne doit pas « être *a priori* considéré comme moins apte à apprécier l'intérêt de l'enfant que la mère de celui-ci, que le représentant légal de l'enfant ou que des parents unis par les liens du mariage », de sorte que la différence de traitement entre père et mère n'est pas justifiée. Il est intéressant de relever qu'apparaît ici le droit au respect de sa vie familiale dans le chef du père qui souhaite reconnaître l'enfant, la Cour estimant qu'il est porté atteinte, de manière discriminatoire, à ce droit. L'essentiel du raisonnement du juge demeure toutefois centré sur le principe d'égalité, la Cour concluant que la différence de situation, au regard de la conception et de la naissance d'un enfant, entre le père et la mère, à savoir « le lien particulier » qui s'est développé entre la mère et l'enfant « dès avant la naissance [...] ne suffit pas à justifier que l'établissement de la filiation paternelle soit susceptible d'un contrôle qui n'existe pas pour l'établissement de la filiation maternelle » <sup>10</sup>.

Deux ans plus tard, la Cour est à nouveau invitée à comparer la situation du père et celle de la mère en ce qui concerne l'établissement de la filiation hors mariage. À cette occasion, le juge est confronté, cette fois, aux refus de consentement opposés par deux enfants, âgés de plus de quinze ans, à leur reconnaissance par leur père biologique. À nouveau, la Cour juge que la différence de traitement en cause, l'exigence de consentement de l'enfant de plus de 15 ans à sa reconnaissance paternelle, alors qu'une telle exigence n'existe pas pour sa reconnaissance par la mère, n'est pas compatible avec le principe d'égalité et de non-discrimination. Toutefois, elle n'en conclut pas pour autant, à la différence des espèces précédentes, que la disposition en cause doit être

<sup>9</sup> C.C., arrêt n° 63/92 du 8 octobre 1992.

<sup>10</sup> C.C., arrêt n° 62/94 du 14 juillet 1994. Voy. cependant C.C., arrêt n° 35/2007 du 7 mars 2007 qui, prenant en considération l'intérêt de l'enfant (*infra*), aboutit à une conclusion inverse.

écartée. La prise en considération, par le juge constitutionnel, de l'intérêt de l'enfant, l'amène à prononcer un arrêt « lacune »<sup>11</sup> : « L'absence de possibilité pour l'enfant non émancipé de plus de quinze ans de refuser son consentement à sa reconnaissance par une femme, alors que cette possibilité existe dans le cas d'une reconnaissance par un homme, est contraire au principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination contenu dans les articles 10 et 11 de la Constitution. Cette situation n'est toutefois pas une conséquence de la disposition sur laquelle porte la question préjudicielle, mais de l'absence d'une mesure comparable dans les dispositions relatives à l'établissement de la filiation maternelle »<sup>12</sup>. Les arrêts « lacunes », typiques du contentieux de l'égalité, procèdent de la volonté du juge constitutionnel, qui se trouve en quelque sorte piégé par la comparaison qu'il doit effectuer, d'indiquer en quel sens il convient, le cas échéant, de rétablir l'égalité blessée par la disposition analysée et de sauver cette dernière. Ils sont la conséquence logique de la prise en considération, par la Cour, d'autres impératifs que le seul principe d'égalité. En l'espèce, il est remarquable que l'intérêt de l'enfant, garanti par la Convention du 20 novembre 1989, joue ce rôle et induise un premier correctif à ce qu'une application par trop mécanique ou rigoureuse du principe d'égalité entre le père et la mère pourrait avoir pour conséquence négative sur la situation des enfants. C'est également, dans le sillage de cet arrêt, la prise en considération de l'intérêt de l'enfant qui conduit la Cour à infléchir ultérieurement sa jurisprudence fondée sur la comparaison de la situation du père et de la mère en ce qui concerne les conditions de l'établissement de la filiation hors mariage<sup>13</sup>.

## B. — L'égalité entre enfants

Dès 1991, la Cour reconnaît le principe de l'égalité des naissances. Elle est interrogée par question préjudicielle sur une disposition du Code civil qui maintient, à titre transitoire, une différence de traitement entre enfants, condamnée par l'arrêt *Marckx* de la Cour européenne des droits de l'homme

<sup>11</sup> Voy. not., sur les lacunes législatives, M. MELCHIOR et C. COURTOY, « L'omission législative ou la lacune dans la jurisprudence constitutionnelle », *J.T.*, 2008, pp. 669-678 ; B. RENAULD, « Les illusions de l'égalité ou du "nivellement par le bas" à la "lacune" », in *Liber Amicorum Paul Martens. L'humanisme dans la résolution des conflits. Utopie ou réalité ?*, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 419 à 437, C. BEHRENDT et M. VRANCKEN, « Qui a peur des lacunes législatives ? Le juge tiraillé entre le respect du législateur et la défense de l'égalité des citoyens », in M. DAMBRE et P. LECOQ (eds.), *Rechtskroniek voor de vrede- en politierechters 2013 – Chronique de droit à l'usage des juges de paix et de police 2013*, (Dossiers Tijdschrift van de vrede- en politierechters – Les dossiers du Journal des Juges de Paix, 20), Bruges, die Keure, 2013, pp. 333-352 et M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 262 à 265.

<sup>12</sup> C.C., arrêt n° 36/96 du 6 juin 1996 ; voy. égal. C.C., arrêt n° 112/2002 du 26 juin 2002.

<sup>13</sup> C.C., arrêt n° 66/2003 du 14 mai 2003, cet arrêt étant bâti sur une comparaison entre enfants, il est évoqué ci-dessous.

du 13 juin 1979. « L'interdiction de porter atteinte de manière injustifiée à l'égalité devant la loi a pour conséquence qu'il convient d'appliquer, même aux situations [nées avant l'entrée en vigueur de la loi] la règle non discriminatoire établie par la loi du 31 mars 1987. S'il n'en était pas ainsi, le contrôle de la Cour serait dépourvu de tout effet utile »<sup>14</sup>. Ce raisonnement est repris dans un arrêt de 1993 à propos des enfants adultérins. La Cour se base également dans ce deuxième arrêt sur l'arrêt *Johnston* de la Cour européenne du 18 décembre 1986 et ajoute de manière plus générale que « lorsque le législateur met fin à une discrimination apparue à la suite d'une évolution des notions de vie familiale et de vie privée, il lui appartient de le faire dès que la distinction qui avait motivé à l'origine un traitement différent n'est plus justifiée »<sup>15</sup>.

Le principe de l'égalité des naissances interdit également de priver du bénéfice d'une rente accordée par la loi sur les accidents du travail, les enfants dont la filiation est établie après le décès de leur auteur<sup>16</sup>.

L'égalité entre enfants conduit la Cour à censurer une disposition du Code civil qui soumettait à un délai de déchéance de trois ans à dater de la naissance de l'enfant l'action en réclamation d'une pension alimentaire à l'encontre d'un homme dont la paternité n'est pas établie. Cette disposition de 1908 n'est plus justifiée par la difficulté de prouver la paternité de l'intéressé, compte tenu des procédés scientifiques qui existent aujourd'hui<sup>17</sup>.

Dans un arrêt du 22 juillet 2004, la Cour renforce le principe de l'égalité des naissances en lui reconnaissant expressément un caractère fondamental. « Le contrôle exercé par la Cour est plus rigoureux lorsque le principe fondamental de l'égalité des naissances est en cause »<sup>18</sup>. Elle n'aperçoit donc

<sup>14</sup> C.C., arrêt n° 18/91 du 4 juillet 1991, B.12. Comme le relève Paul Martens, l'arrêt « est à la fois un décalque de l'arrêt *Marckx* du 13 juin 1979 et un hommage à celui-ci, hommage que lui retourna d'ailleurs la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt *Vermeire* du 29 novembre 1991 » (P. MARTENS, « La Cour constitutionnelle et la famille », *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, pp. 657-672, ici, p. 659).

<sup>15</sup> C.C., arrêt n° 83/93 du 1<sup>er</sup> décembre 1993, B.5.3.

<sup>16</sup> Le législateur peut toutefois, dans un souci de sécurité juridique, empêcher que des réclamations tardives ne puissent remettre en cause des situations acquises en les soumettant à des exigences de délai.

C.C., arrêts n° 142/2001 du 6 novembre 2001 et n° 10/2002 du 9 janvier 2002. La Cour se réfère dans le premier arrêt à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui juge contraire aux articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme l'exclusion d'un enfant reconnu *post mortem* de la succession de son père en raison de son caractère disproportionné au regard de l'objectif de protéger les droits des autres successibles.

<sup>17</sup> C.C., arrêt n° 79/2004 du 12 mai 2004.

<sup>18</sup> C.C., arrêt n° 140/2004 du 22 juillet 2004, B.3. La Cour fait ainsi du critère des circonstances de la naissance un critère « suspect ». À ce sujet, voy. B. RENAULD et S. VAN DROOGHENBROECK, « Le principe d'égalité et de non-discrimination », in M. VERDUSSEN et N. BONBLED (dir.),

pas sur quelle base le législateur pourrait protéger les droits des enfants d'un précédent mariage face au nouveau conjoint de leur père ou mère décédé(e) et priver de la même protection les enfants nés hors mariage, avant le mariage de leur père ou mère. « En effet, les enfants ne peuvent être lésés du fait que leurs parents ont choisi de ne pas se marier »<sup>19</sup>. Le principe fondamental de l'égalité des naissances interdit également au législateur de priver l'enfant adultérin du droit de demander la conversion de l'usufruit du conjoint survivant, alors que tous les autres descendants héritiers du conjoint prédécédé ont ce droit. « Une différence de traitement en matière successorale entre enfants selon les circonstances de leur naissance, qui désavantage uniquement les enfants issus d'une relation extraconjugale, ne peut être justifiée par le seul souci de protéger les intérêts moraux du conjoint survivant »<sup>20</sup>.

Dans plusieurs arrêts, la Cour prend en compte dans son contrôle l'article 2 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant qui oblige les États à protéger effectivement l'enfant contre toutes formes de discrimination motivée par la situation juridique de ses parents<sup>21</sup>. Elle se fonde aussi sur cette disposition pour renforcer le « principe fondamental de l'égalité des sexes » lorsqu'il concerne des enfants<sup>22</sup>.

Le « principe fondamental de l'égalité des naissances » et le souci du législateur, depuis l'arrêt *Marckx*, d'abolir toute discrimination entre enfants en fonction des circonstances de la naissance conduisent également la Cour à annuler une disposition législative qui refuse le droit au regroupement familial aux seuls enfants issus d'un mariage polygame lorsqu'une épouse autre que leur mère réside déjà sur le territoire belge. « Le critère des circonstances de la naissance de l'enfant et de la situation conjugale de ses parents ne présente aucune pertinence ni avec l'objet de la disposition, ni avec l'objectif de défense de l'ordre public international belge ou européen, dès lors que les enfants concernés ne sont en aucune manière responsables de la situation conjugale de leurs parents et que le regroupement familial, en ce qui les concerne, n'est pas un effet du mariage de ceux-ci, mais bien un effet du lien de filiation qui les lie à leur auteur établi ou autorisé à séjourner en Belgique »<sup>23</sup>.

---

*Les droits constitutionnels en Belgique – Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 586 et s.

<sup>19</sup> C.C., arrêt n° 140/2004, cité, B.4.

<sup>20</sup> C.C., arrêt n° 52/2007 du 28 mars 2007. La Cour constitutionnelle cite, à l'appui de son raisonnement, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

<sup>21</sup> C.C., arrêts n° 106/2003 du 22 juillet 2003, n° 32/2006 et n° 35/2006 du 1<sup>er</sup> mars 2006, n° 43/2006 et n° 44/2006 du 15 mars 2006, n° 66/2006 du 3 mai 2006, n° 110/2006 du 28 juin 2006, n° 145/2008 du 30 octobre 2008 et n° 62/2009 du 25 mars 2009.

<sup>22</sup> C.C., arrêt n° 166/2003 du 17 décembre 2003.

<sup>23</sup> C.C., arrêt n° 95/2008 du 26 juin 2008.

Le législateur doit, par ailleurs, consacrer juridiquement le droit de chaque enfant à la protection et au bien-être, tel qu'il est reconnu par l'article 3.2. de la Convention relative aux droits de l'enfant. À cette fin, le législateur a instauré, pour renforcer la responsabilité des deux parents à l'égard de l'enfant, le principe de la « co-parenté », à savoir, l'autorité parentale conjointe. Le Code civil n'accordait, cependant, pas cette protection à l'enfant dont la filiation n'est établie qu'à l'égard d'un seul parent, mais qui a vécu de manière durable au sein du ménage formé par ce parent et par un tiers qui assument tous deux la charge de l'entretien de l'enfant. Selon la Cour constitutionnelle, cet enfant est donc discriminé, mais l'origine de la discrimination ne se trouve pas dans les dispositions soumises à son contrôle. Il appartient, en réalité, au législateur de préciser sous quelle forme, à quelles conditions et selon quelle procédure l'autorité parentale pourrait, dans l'intérêt de l'enfant, être étendue à d'autres personnes qui n'ont pas un lien de filiation avec lui <sup>24</sup>.

L'égalité des enfants, quelles que soient les circonstances de leur naissance, est encore invoquée lorsqu'il s'agit du droit de chaque enfant à voir établi un double lien de filiation, avec son père et avec sa mère. La Cour juge incompatible avec le droit à l'égalité la différence de traitement entre les enfants issus de l'union entre un homme et une femme entre lesquels existe un empêchement absolu à mariage, en l'espèce, un demi-frère et sa demi-sœur <sup>25</sup>. L'égalité des filiations interdit d'établir une différence de traitement entre les enfants selon qu'ils sont nés ou non dans le mariage. « Alors qu'une présomption légale établit la filiation paternelle des premiers, rien ne justifie de soumettre l'établissement de la paternité [des seconds] à un aléa — le consentement de la mère et, à défaut, une décision du tribunal pouvant conduire au rejet de la demande, alors même que la paternité n'est pas contestée — qui ne trouve pas de raison d'être dans [leur] condition particulière » <sup>26</sup>.

L'enfant a droit à la protection de ses deux parents qui tous deux contribuent à déterminer ses caractéristiques génétiques et « ont en principe une aptitude égale » à apprécier son intérêt <sup>27</sup>. Cependant, « il peut exister des cas dans lesquels l'établissement juridique de la filiation paternelle d'un enfant

<sup>24</sup> C.C., arrêt n° 134/2003 du 8 octobre 2003. Voy. égal. C.C., arrêt n° 48/2002 du 13 mars 2002 qui consacre l'égalité entre les enfants créanciers d'aliments.

<sup>25</sup> C.C., arrêt n° 103/2012 du 9 août 2012.

<sup>26</sup> C.C., arrêt n° 39/90, cité. Comme le relève Paul Martens, « c'est par un contrôle au regard de l'égalité des sexes que la Cour, en matière de reconnaissance d'enfants, inaugura son entreprise de déconstruction du droit des personnes, délégitimant les différences de traitement entre le père et la mère qui se trouvaient dans l'article 319 du Code civil. Cependant, "au fil des arrêts, le centre de gravité du contrôle de la Cour se déplaça vers l'intérêt supérieur de l'enfant" » (*op. cit.*, p. 658).

<sup>27</sup> C.C., arrêt n° 62/94, cité. La Cour se fonde notamment sur les articles 3.1. et 7.1. de la CDE.

cause à celui-ci un préjudice. Si, en règle générale, on peut estimer qu'il est de l'intérêt de l'enfant de voir établie sa double filiation, on ne peut présumer de manière irréfragable que tel soit toujours le cas »<sup>28</sup>.

Exiger le consentement d'un enfant de 15 ans accomplis dont le père — ou la mère — demande la reconnaissance n'est pas contraire au principe constitutionnel d'égalité<sup>29</sup>. Un éventuel refus sera, pour le tribunal, une indication importante lors de l'appréciation de l'opportunité de la reconnaissance qu'il peut, malgré tout, autoriser lorsqu'il estime qu'elle sert l'intérêt de l'enfant<sup>30</sup>. Il est, toutefois, contraire à ce principe de ne pas prévoir une procédure permettant la prise en compte par le juge du consentement du mineur de moins de 15 ans, soit en personne s'il est capable de discernement, soit par voie de représentation par les personnes qui en assument la charge<sup>31</sup>.

### C. — L'égalité entre les père et mère légaux et un tiers

Appliquant un raisonnement exclusivement basé sur le principe d'égalité et de non-discrimination, comme le juge *a quo* l'invitait du reste à le faire, la Cour constitutionnelle estime, en 1997, que l'absence de possibilité, dans la législation alors applicable et modifiée depuis sur ce point, pour l'homme qui se prétend le père biologique d'un enfant de contester la paternité du mari de la mère n'est pas inconstitutionnelle, au motif que les titulaires du droit d'action en contestation de paternité, « le mari, l'épouse et l'enfant sont inclus dans la cellule familiale résultant du mariage », alors que « le père biologique y est étranger », que « ce tiers n'a pas intérêt à cette contestation et qu'il ne lui appartient pas d'apprécier l'intérêt de l'enfant »<sup>32</sup>. Cet arrêt illustre de façon emblématique les limites du principe d'égalité et de non-discrimination lorsqu'il est invoqué isolément. Il paraît clair, à la lumière des développements ultérieurs de la jurisprudence de la Cour sur la base, aussi bien du droit à la vie privée et familiale que des droits de l'enfant, que la prise en considération de ces deux droits fondamentaux aurait pu conduire à une approche radicalement différente de la question.

<sup>28</sup> C.C., arrêt n° 66/2003, cité. Voy. aussi C.C., arrêt n° 35/2007, cité.

<sup>29</sup> « À la lumière des articles 3, 7 et 12 de la Convention relative aux droits de l'enfant » (C.C., arrêt n° 36/96, cité).

<sup>30</sup> *Idem*.

<sup>31</sup> C.C., arrêt n° 66/2003, cité. Voy. aussi C.C., arrêt n° 35/2007, cité.

<sup>32</sup> C.C., arrêt n° 41/97 du 14 juillet 1997.

## II. — LE DROIT AU RESPECT DE LA VIE PRIVÉE ET FAMILIALE

En 2003, la Cour constitutionnelle a été chargée de veiller au respect de tous les droits et libertés inscrits au Titre II de la Constitution<sup>33</sup>. Nombreux sont cependant, même après cette date, les arrêts rendus au contentieux de l'égalité et de la non-discrimination ; c'est en quelque sorte l'héritage des habitudes prises entre 1989 et 2003. Un contrôle direct au regard des droits et libertés permet cependant à la Cour d'avoir une vue plus large sur le problème. Nous ne pouvons qu'encourager le praticien à préférer, comme véhicule constitutionnel, le droit à la vie privée et familiale<sup>34</sup>. « Il a, en effet, le mérite de confronter le juge constitutionnel au cœur du problème, à savoir le droit d'une mère, d'un père, d'un enfant, à la vie privée ou familiale, ou un des droits de l'enfant garantis par l'article 22bis de la Constitution ; ce droit est sans doute en conflit avec le droit d'autres personnes, mais la mission du juge est précisément de rechercher un équilibre entre ces droits. Le recours aux règles d'égalité et de non-discrimination reste certes une possibilité et ces "dispositions de longue portée" permettent au juge constitutionnel de tenir compte des droits et libertés, mais les comparaisons entre, par exemple, le mari de la mère et le père d'un enfant né hors mariage ou entre un enfant de moins d'un an et un enfant de plus d'un an appellent souvent des raisonnements plus "artificiels" qui laissent parfois des zones d'ombre. "Comparaison, poison", dit l'adage populaire »<sup>35</sup>.

Si la Cour constitutionnelle n'a pas attendu la réforme de 2003 pour appliquer effectivement l'article 22 de la Constitution, elle n'avait pas attendu non plus l'inscription du droit à la vie privée et familiale dans la Constitution pour l'inclure dans ses normes de contrôle. Dès 1992, ce droit fondamental, inscrit à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, est pris en considération dans un arrêt en matière de filiation<sup>36</sup>. On connaît la jurisprudence classique de la Cour qui lui permet de faire entrer, par le biais des articles constitutionnels garantissant le principe d'égalité et de non-discrimination, l'ensemble des droits et libertés reconnus aux Belges, notamment par les traités internationaux : « parmi les droits et

<sup>33</sup> Voy. not., sur cette réforme, S. DEPRÉ et V. OST, « La Cour d'arbitrage et les droits fondamentaux du titre II de la Constitution », in A. RASSON-ROLAND, D. RENDERS et M. VERDUSSEN (dir.), *La Cour d'arbitrage vingt ans après*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 81-107 et M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, op. cit., pp. 99 à 101.

<sup>34</sup> Sur le droit au respect de la vie familiale, voy. la contribution de J.-L. RENCHON et G. WILLEMS, « Le droit au respect de la vie familiale », in M. VERDUSSEN et N. BONBLED, *Les droits constitutionnels en Belgique...*, op. cit., vol. 2, pp. 1037-1063.

<sup>35</sup> A. RASSON-ROLAND et J. SOSSON, « Coups de tonnerre constitutionnels dans la filiation : l'article 318 du Code civil dans la tourmente », *Rev. trim. dr. fam.*, 2011/1, p. 596.

<sup>36</sup> C.C., arrêt n° 63/92, cité.

libertés garantis par les articles 10 et 11 de la Constitution [qui consacrent le principe d'égalité et de non-discrimination] figurent les droits et libertés résultant de dispositions conventionnelles internationales liant la Belgique »<sup>37</sup>. Cette technique s'est révélée particulièrement utile tant que la Cour voyait sa compétence, en matière de contrôle du respect des droits fondamentaux, limitée au principe d'égalité et de non-discrimination.

Lorsque, le 31 janvier 1994, le Constituant adopte le nouvel article 22, établissant le droit au respect de la vie privée et familiale, il cherche expressément à établir une concordance avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, afin d'éviter toute contestation sur les contenus respectifs des deux dispositions<sup>38</sup>. Dès ce moment, l'article 22 de la Constitution peut être invoqué, à l'instar de l'article 8 de la Convention européenne, en combinaison avec les articles 10 et 11 de la Constitution.

Devenue compétente, en 2003, pour contrôler le respect de l'ensemble du Titre II de la Constitution, la Cour n'en abandonne pas pour autant les dispositions conventionnelles. Classiquement, elle répète : « lorsqu'une disposition conventionnelle liant la Belgique a une portée analogue à celle d'une des dispositions constitutionnelles dont le contrôle relève de la compétence de la Cour et dont la violation est alléguée, les garanties consacrées par cette disposition conventionnelle constituent un ensemble indissociable avec les garanties inscrites dans les dispositions constitutionnelles en cause. Il s'ensuit que, lors du contrôle au regard de ces dispositions constitutionnelles, la Cour tient compte des dispositions de droit international qui garantissent des droits ou libertés analogues »<sup>39</sup>. La Cour combine ainsi les dispositions constitutionnelles garantissant des droits et libertés et les dispositions de droit international liant la Belgique garantissant les mêmes droits et libertés.

L'adoption de l'article 22 de la Constitution et, neuf ans plus tard, son inclusion officielle parmi les normes dont la Cour assure le respect, n'ont donc pas provoqué de révolution dans la jurisprudence de la Cour, d'une part parce que le juge constitutionnel les utilisait déjà fréquemment et, d'autre part, parce que les plaideurs et les juges ont gardé le réflexe d'opérer un détour, pour accéder au contentieux constitutionnel, par la combinaison de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme avec le principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination. La violation de l'article 22 de la Constitution n'est pour ainsi dire jamais invoquée isolément, elle est le plus souvent combinée avec celle des articles 10 et 11 de la Constitution. Il arrive

<sup>37</sup> Voy. not. C.C., arrêt n° 197/2011 du 22 décembre 2011. Voy., sur la méthode combinatoire, M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, op. cit., pp. 94 à 101.

<sup>38</sup> *Doc. parl.*, Sénat, S.E. 1991-1992, n° 100-4/5, p. 8.

<sup>39</sup> Voy. not. C.C., arrêts n° 201/2011 du 22 décembre 2011 et n° 49/2013 du 28 mars 2013.

également que l'article 22 de la Constitution ne figure même pas parmi les normes de référence invoquées, le juge *a quo* ou les plaideurs se limitant à renvoyer aux articles 10 et 11 de la Constitution combinés avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme <sup>40</sup>.

Lorsque la Cour est invitée à comparer la situation, en matière de constitution de la famille et d'établissement des liens familiaux, entre le père et la mère, c'est un raisonnement en application du principe d'égalité et de non-discrimination qui va prévaloir, le droit à la vie privée et à la vie familiale intervenant en tant que droit concret dont le refus, à l'une des catégories comparées, fait l'objet de la différence de traitement questionnée. De même, lorsqu'est en question une différence de traitement entre enfants sur la base des circonstances de leur naissance, certains enfants se voyant refuser la possibilité de jouir d'un double lien de filiation <sup>41</sup>, le principe d'égalité et de non-discrimination occupe l'essentiel du raisonnement du juge constitutionnel. En revanche, lorsque sont mises en cause les règles législatives, identiques pour tous, qui limitent, par exemple par l'imposition de délais stricts, ou qui empêchent, par l'exigence de conditions à remplir, la possibilité soit d'établir un lien de filiation, soit au contraire d'en effacer un, le principe d'égalité et de non-discrimination, qui suppose la démonstration d'une différence de traitement entre des catégories comparables de personnes, atteint ses limites. Le juge constitutionnel mobilise alors le contenu, la portée et les limites du droit à la vie privée et du droit à la vie familiale, convoquant ensemble l'article 22 de la Constitution et l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, pour donner naissance à une jurisprudence plus axée sur le droit à la vie de famille en tant que tel.

En matière de droit à la vie privée et familiale, la combinaison des articles 22 de la Constitution et 8 de la Convention pourrait paraître superflue, compte tenu de la concordance des textes voulue par le Constituant. Il ne s'agit toutefois pas d'un luxe inutile, car cette combinaison permet à la Cour d'intégrer dans son raisonnement, non seulement le texte de la Convention, mais également toute la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme interprétant et appliquant l'article 8. Citant l'arrêt *Kroon c. Pays-Bas* du 27 octobre 1994, la Cour aligne ainsi la portée et l'interprétation qu'elle donne à l'article 22 sur celles conférées à l'article 8 de la Convention par le juge strasbourgeois :

« Ni l'article 22, alinéa 1<sup>er</sup>, de la Constitution ni l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme n'excluent une ingérence d'une autorité

<sup>40</sup> Voy., par ex., C.C., arrêts n° 13/2010 du 18 février 2010, n° 96/2011 du 31 mai 2011, n° 122/2011 du 7 juillet 2011 et n° 147/2013 du 7 novembre 2013.

<sup>41</sup> Soit parce qu'existe entre leurs parents un empêchement à mariage, soit parce qu'ils sont nés ou éduqués au sein d'un couple formé des personnes de même sexe.

publique dans l'exercice de ce droit mais ils exigent que cette ingérence soit prévue par une disposition législative suffisamment précise, qu'elle corresponde à un besoin social impérieux et soit proportionnée à l'objectif légitime qu'elle poursuit. Ces dispositions engendrent de surcroît l'obligation positive pour l'autorité publique de prendre des mesures qui assurent le respect effectif de la vie privée et familiale, même dans la sphère des relations entre les individus ». <sup>42</sup>

L'une des convergences les plus évidentes et les plus récurrentes de la jurisprudence strasbourgeoise et de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle réside dans les notions d'« équilibre » à trouver entre des intérêts concurrents ou contradictoires et de « balance » entre ces intérêts. Le juge constitutionnel, citant plusieurs arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, répète régulièrement : « Le législateur, lorsqu'il élabore un régime légal qui entraîne une ingérence de l'autorité publique dans la vie privée, jouit d'une marge d'appréciation pour tenir compte du juste équilibre à ménager entre les intérêts concurrents de l'individu et de la société dans son ensemble. Cette marge d'appréciation du législateur n'est toutefois pas illimitée : pour apprécier si une règle légale est compatible avec le droit au respect de la vie privée, il convient de vérifier si le législateur a trouvé un juste équilibre entre tous les droits et intérêts en cause. Pour cela, il ne suffit pas que le législateur ménage un équilibre entre les intérêts concurrents de l'individu et de la société dans son ensemble mais il doit également ménager un équilibre entre les intérêts contradictoires des personnes concernées » <sup>43</sup>. La balance des intérêts qui est ainsi faite par le juge constitutionnel le conduit généralement à la sévérité à l'égard des présomptions rigides qui « heurtent de front les faits établis et les vœux des personnes concernées » <sup>44</sup> et l'incite à exiger du législateur qu'il permette aux autorités compétentes de « procéder *in concreto* à la mise en balance des intérêts des différentes personnes concernées » <sup>45</sup>. Cette jurisprudence condamne les fins de non-recevoir absolues et modifie le rôle du juge qui ne peut plus se limiter à examiner la seule recevabilité de l'action, mais doit vérifier son fondement en mettant en balance l'ensemble des conditions prévues par la loi et les intérêts des différentes personnes en présence <sup>46</sup>.

<sup>42</sup> Entre autres, arrêt n° 20/2011 du 3 février 2011.

<sup>43</sup> C.C., arrêts n° 20/2011, n° 96/2011 et n° 122/2011, cités, n° 46/2013 du 28 mars 2013, n° 139/2013 du 17 octobre 2013, n° 165/2013 du 5 décembre 2013, n° 16/2014 du 29 janvier 2014, n° 46/2014 du 20 mars 2014, n° 139/2014 du 25 septembre 2014, n° 145/2014 du 9 octobre 2014 et n° 38/2015 du 19 mars 2015.

<sup>44</sup> C.C., arrêts n° 20/2011, n° 96/2011, n° 122/2011, n° 46/2013 et n° 139/2013, cités.

<sup>45</sup> C.C., arrêts n° 16/2014 et n° 46/2014, cités, n° 48/2014 du 20 mars 2014, n° 139/2014, n° 145/2014 et n° 38/2015, cités.

<sup>46</sup> Voy., à cet égard, N. MASSAGER et J. SOSSON, *op. cit.*, pp. 45 et 46.

Les différentes personnes concernées apparaissant dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle sont l'enfant lui-même, le cas échéant, devenu adulte, le père légal, soit par présomption, soit par reconnaissance et le père présumé, soit qu'il souhaite reconnaître l'enfant, soit que l'établissement d'un lien de filiation avec lui soit recherché par l'enfant. Comme on l'a dit, la mère est, quant à elle, plutôt présente dans la jurisprudence appliquant un raisonnement basé sur le principe d'égalité (ci-dessus). Enfin, il arrive que la Cour considère que les proches du père ont également un intérêt à faire valoir.

### A. — L'enfant

Le droit à la vie familiale doit être reconnu dès l'établissement du lien de filiation. Le juge est amené à cet égard à concilier la prise en compte de la vérité biologique et de l'intérêt de l'enfant <sup>47</sup>.

Le droit à la vie familiale trouve aussi à s'appliquer aux relations entre un enfant et ses parents d'accueil <sup>48</sup>.

Dans la prise en compte des intérêts concurrents des personnes figurant dans la relation de filiation, l'intérêt de l'enfant occupe une place particulière et est protégé par l'article 22bis de la Constitution. Cette place particulière justifie que l'intérêt de l'enfant soit évoqué ci-dessous (*infra*), avec l'étude de cette disposition constitutionnelle spécifique.

Concernant l'application du droit à la vie privée de l'enfant, devenu adulte, la Cour juge que ce droit est violé par une disposition enserrant dans un délai strict l'action de l'enfant tendant à contester la paternité du mari de sa mère, lorsque la présomption de paternité ne correspond ni à la vérité biologique, ni à la vérité socio-affective, qu'il n'y a pas eu de possession d'état, qu'il n'y a pas de « famille » constituée à protéger et que le maintien du lien juridique de filiation ne sert, *in fine*, les intérêts de personne <sup>49</sup>. De même, en érigeant la possession d'état en cause d'irrecevabilité de l'action en contestation de la paternité établie avec le mari de la mère introduite par un enfant, le législateur empêche le juge de pouvoir tenir compte des faits établis et de l'intérêt de toutes les parties concernées, ce qui constitue une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée des enfants <sup>50</sup>. Sur cette question, la Cour constitutionnelle s'écarte de la jurisprudence de la Cour européenne des droits

<sup>47</sup> Dans plusieurs arrêts, la Cour se fonde expressément sur l'article 3, § 1<sup>er</sup>, de la CDE pour prendre en compte l'intérêt de l'enfant. À propos de l'article 22bis, alinéa 4, de la Constitution, voy. *infra*.

<sup>48</sup> C.C., arrêts n° 47/96 du 12 juillet 1996, n° 122/98 du 3 décembre 1998 et n° 114/99 du 21 octobre 1999.

<sup>49</sup> C.C., arrêt n° 96/2011, cité.

<sup>50</sup> C.C., arrêts n° 122/2011 et 147/2013, cités.

de l'homme, soulignant que le fait que cette dernière ait jugé qu'une décision judiciaire allemande appliquant un régime comparable à la disposition en cause ne violait pas l'article 8 de la Convention ne l'empêchait pas de considérer que l'article 22 de la Constitution était violé par la disposition belge, la Cour européenne ayant explicitement souligné que la question ne faisait pas l'unanimité au sein des États membres du Conseil de l'Europe <sup>51</sup>.

Le juge constitutionnel fait sien le constat, posé par la Cour européenne des droits de l'homme, selon lequel le droit de connaître ses origines et de voir établie sa filiation, qui fait partie du droit à la vie privée, « ne cesse nullement avec l'âge, bien au contraire » <sup>52</sup>. Dans une espèce opposant un enfant, devenu adulte, qui cherchait à faire établir sa filiation avec un homme décédé et les héritiers de ce dernier, lesquels invoquaient leur droit à la vie familiale et leur intérêt à ce que la paix de leur famille ne soit pas troublée par l'établissement de cette filiation, la Cour a fait prévaloir le droit à la vie privée de l'enfant, considérant que « le droit de chacun à l'établissement de sa filiation doit l'emporter, de façon générale, sur l'intérêt de la paix des familles et de la sécurité juridique de l'établissement des liens familiaux, et, en particulier, sur le droit des personnes apparentées au père biologique à ce qu'il ne soit pas porté atteinte à leur vie privée et familiale » <sup>53</sup>.

## B. — Le père légal

Si la Cour juge en 1992 que le droit d'un homme au respect de sa vie familiale n'inclut pas celui de reconnaître un enfant qui n'est pas le sien <sup>54</sup>, qu'en est-il de la compatibilité des limites mises à la possibilité, pour le père légal d'un enfant qui n'est pas le sien, de le désavouer, avec le droit à la vie privée de cet homme ? Cette question a nourri un important contentieux constitutionnel.

La Cour juge que le législateur, en empêchant toute contestation de paternité lorsque l'enfant a la possession d'état vis-à-vis du mari de sa mère, viole le droit légitime de ce dernier à avoir au moins une occasion de contester sa paternité à l'égard d'un enfant qui, selon les preuves scientifiques, n'est pas de lui. S'il est pertinent de ne pas laisser prévaloir *a priori* la réalité biologique sur la réalité socio-affective de la paternité, il n'est pas justifié, en revanche,

<sup>51</sup> C.C., arrêt n° 147/2013, cité.

<sup>52</sup> Cour eur. D.H., 13 juillet 2006, *Jaggi c. Suisse*, § 40 ; 16 juin 2011, *Pascaud c. France*, § 65 ; 25 septembre 2012, *Godelli c. Italie*, § 69, cités par C.C., arrêt n° 48/2014.

<sup>53</sup> C.C., arrêt n° 48/2014, cité.

<sup>54</sup> C.C., arrêt n° 63/92, cité. Peut-être est-il utile de souligner que cette affirmation a pris place dans un contexte étranger à tout technique de procréation médicalement assistée. Les développements de ces techniques risquent en effet, à l'avenir, de susciter de nouvelles et difficiles questions à cet égard.

de faire toujours prévaloir la réalité socio-affective de la paternité sur la réalité biologique. En effet, du fait de cette fin de non-recevoir absolue, le mari de la mère qui a assumé de bonne foi la paternité socio-affective se voit refuser de manière absolue la possibilité de contester sa paternité, parce que son attitude de bonne foi a précisément contribué à la réalisation des faits qui sont constitutifs de la possession d'état. La Cour juge qu'une telle situation entraîne une ingérence disproportionnée dans le droit à la vie privée du mari de la mère et qu'il en résulte une violation de l'article 22 de la Constitution, combiné avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme <sup>55</sup>. La même solution doit prévaloir vis-à-vis de l'homme qui a reconnu l'enfant en ignorant qu'il n'en était pas le père biologique et qui, à cause de son attitude de bonne foi qui a constitué la possession d'état, se trouve empêché, par la suite, de contester sa paternité lorsqu'il découvre qu'il n'est pas le père de l'enfant qu'il a reconnu <sup>56</sup>.

En revanche, la disposition qui oblige le mari de la mère à agir dans l'année de la découverte du fait qu'il n'est pas le père de l'enfant n'entraîne pas, aux yeux du juge constitutionnel, d'atteinte disproportionnée au droit de l'homme qui voudrait désavouer l'enfant, le législateur entendant par-là protéger la paix des familles et la sécurité juridique des liens familiaux <sup>57</sup>. La Cour souligne, à cet égard, que l'enfant dispose également d'une possibilité d'agir pour rompre le lien de filiation, dans l'hypothèse où cette rupture rencontrerait son intérêt. À nouveau, la même solution est retenue par la Cour à l'égard de l'action en contestation de la reconnaissance intentée par l'homme qui a reconnu l'enfant <sup>58</sup>.

La Cour juge que l'impossibilité pour l'homme qui a reconnu un enfant en sachant qu'il n'en était pas le père biologique de contester par la suite sa paternité, dès lors que la loi impose qu'il prouve que son consentement a été vicié, ne représente pas une atteinte disproportionnée à son droit à la vie privée. Elle relève que, dès lors que d'autres parties, comme l'enfant lui-même ou encore l'homme qui voudrait établir sa paternité à son égard, peuvent agir en contestation de la reconnaissance sans devoir prouver le vice du consentement, la loi permet que le juge puisse examiner tous les intérêts en présence <sup>59</sup>.

<sup>55</sup> C.C., arrêt n° 20/2011, cité.

<sup>56</sup> C.C., arrêts n° 127/2014 du 19 septembre 2014 et n° 139/2014, cité (voy. toutefois ci-dessous, en ce qui concerne le vice de consentement du père qui a procédé à la reconnaissance, C.C., arrêt n° 35/2015 du 12 mars 2015).

<sup>57</sup> C.C., arrêt n° 46/2013, cité.

<sup>58</sup> C.C., arrêt n° 139/2014, cité. Cette jurisprudence fait l'objet de critiques doctrinales plutôt sévères. Voy. N. MASSAGER et J. SOSSON, *op. cit.*, pp. 52 et s. et les références citées par ces auteurs.

<sup>59</sup> C.C., arrêt n° 139/2014, cité.



### C. — Le père présumé

La possession d'état vis-à-vis du père légal, considérée comme obstacle absolu à la contestation de paternité d'un enfant par un homme qui prétend en être le père biologique, dans la mesure où elle empêche le juge saisi de la contestation de tenir compte des intérêts de toutes les parties en présence, représente une atteinte disproportionnée au droit à la vie privée et familiale de l'homme qui souhaite faire établir sa paternité et viole en conséquence les articles 22 de la Constitution et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>60</sup>. En revanche, la disposition qui oblige l'homme qui souhaite faire établir sa paternité à l'égard d'un enfant à agir en contestation de la paternité du père légal de celui-ci dans l'année de la découverte du fait qu'il est le père biologique de l'enfant n'entraîne pas, aux yeux du juge constitutionnel, d'atteinte disproportionnée au droit du père biologique, le législateur entendant par-là protéger la paix des familles et la sécurité juridique des liens familiaux<sup>61</sup>. La Cour ajoute que l'enfant dispose également d'un droit d'action lui permettant, dans les délais légaux, de rompre le lien de filiation avec son père légal.

### D. — Des tiers à la relation de filiation

La Cour estime que l'intérêt de tiers à la relation de filiation, à savoir, les ayants droit de l'homme dont la paternité est recherchée, doit pouvoir également s'exprimer à l'occasion de l'établissement du lien de paternité. En l'espèce, elle considère toutefois que « le législateur a raisonnablement pu considérer [...] que, dans une procédure judiciaire d'établissement de la filiation, le droit de chacun à l'établissement de sa filiation doit l'emporter, de façon générale, sur l'intérêt de la paix des familles et de la sécurité juridique des liens familiaux et, en particulier, sur le droit des personnes apparentées au père biologique à ce qu'il ne soit pas porté atteinte à leur vie privée et familiale »<sup>62</sup>.

## III. — LES DROITS DE L'ENFANT

Comme nous l'avons précisé à propos des règles d'égalité et de non-discrimination, la Cour a progressivement pris en compte dans son contrôle l'intérêt de l'enfant, en combinant les règles constitutionnelles avec l'article 3 de la Convention relative aux droits de l'enfant.

<sup>60</sup> C.C., arrêts n° 29/2013 du 7 mars 2013, n° 96/2013 du 9 juillet 2013 et n° 105/2013 du 9 juillet 2013.

<sup>61</sup> C.C., arrêts n° 139/2013, n° 165/2013 et n° 16/2014, cités.

<sup>62</sup> C.C., arrêt n° 48/2014, cité.

Elle a ainsi considéré que, pour l'enfant né dans le mariage, l'intérêt de l'enfant peut conduire à donner la priorité à la paternité légale plutôt qu'à la paternité biologique lorsqu'il y a possession d'état à l'égard du père parce que cet intérêt pourrait être gravement affecté si la filiation paternelle au sein de la famille où il vit était remplacée par un nouveau lien de filiation en dehors de celle-ci <sup>63</sup>. Cette jurisprudence est évidemment dépassée aujourd'hui par la réforme de 2006 en matière de filiation.

Elle a aussi estimé que l'intérêt de l'enfant est la considération primordiale en matière d'adoption <sup>64</sup>. Elle sanctionne, dès lors, une disposition qui a des effets qui contredisent l'objectif poursuivi par le législateur, à savoir veiller à ce que l'enfant, grâce à l'adoption, fasse son entrée dans un milieu qui garantit la réalisation d'une filiation ressemblant à la filiation biologique et à l'intérêt de l'enfant d'être éduqué par un couple pour garantir son équilibre psychologique <sup>65</sup>.

Afin de privilégier l'intérêt de l'enfant en matière d'adoption, le législateur peut empêcher que « l'établissement de la filiation de l'adopté à l'égard d'un tiers porte atteinte aux liens sociaux et affectifs nés de l'adoption et qu'il soit fait usage de l'établissement de la filiation en vue de servir des intérêts qui ne correspondraient pas à ceux de l'adopté » <sup>66</sup>.

En disposant, cependant, que l'adoption plénière fait cesser le lien juridique qui unit l'adopté à sa famille d'origine, même à l'égard de sa mère, alors qu'il continue de vivre avec elle et qu'elle forme une famille de fait avec l'adoptant, le législateur a pris une mesure qui est manifestement disproportionnée à l'objectif poursuivi <sup>67</sup>. Le droit de l'enfant d'être élevé par ses parents, c'est-à-dire par ses auteurs, est un droit « fondamental » dont un enfant doit pouvoir se prévaloir, même lorsque l'établissement de sa filiation fait apparaître qu'il est issu d'une relation « incestueuse » entre des personnes alliées à un degré interdit, dans l'hypothèse où le lien d'alliance est dissous. « Si certains peuvent souffrir de ce qu'une reconnaissance survenant à ce moment révèle rétrospectivement qu'ils sont issus d'une relation jugée scandaleuse, il ne s'ensuit pas nécessairement que disparaisse dans leur chef tout intérêt à faire valoir le droit fondamental, que la Convention internationale relative aux droits de l'enfant reconnaît à celui-ci, d'être élevé par ses parents, c'est-à-dire par ses auteurs » <sup>68</sup>.

<sup>63</sup> C.C., arrêt n° 56/2001 du 8 mai 2001.

<sup>64</sup> C.C., arrêts n° 50/98 du 20 mai 1998 et n° 117/2001 du 3 octobre 2001.

<sup>65</sup> C.C., arrêt n° 154/2001 du 28 novembre 2001.

<sup>66</sup> C.C., arrêt n° 50/98, cité.

<sup>67</sup> C.C., arrêt n° 53/2000 du 3 mai 2000.

<sup>68</sup> C.C., arrêt n° 169/2003 du 17 décembre 2003.

Par l'article 22*bis* de la Constitution, le Constituant a notamment entendu reconnaître l'intérêt de l'enfant, qui doit être « pris en considération de manière primordiale », comme un principe général de droit constitutionnel. Ce n'est cependant qu'à partir de 2008 que la Cour a pu se fonder expressément sur cet intérêt en tant que valeur constitutionnelle. Si le droit de l'enfant à l'intégrité a été inscrit dans la Constitution par la révision constitutionnelle du 23 mars 2000, les autres droits de l'enfant inscrits à l'article 22*bis* n'ont été garantis que par la révision constitutionnelle du 22 décembre 2008<sup>69</sup>. Ce fondement constitutionnel exprès permet de renforcer la jurisprudence relative à l'intérêt de l'enfant.

Saisie d'une question l'invitant à un contrôle direct au regard de l'article 22*bis*, alinéa 4 de la Constitution, la Cour considère ainsi que dans la balance des intérêts en jeu, obligation procédurale qui découle du droit au respect de la vie privée et familiale, comme nous l'avons expliqué, « l'intérêt de l'enfant revêt une importance particulière »<sup>70</sup>. Elle rappelle également le principe consacré par la Cour européenne des droits de l'homme, qui oblige l'État à agir de manière à permettre le développement du lien familial avec un enfant dont l'existence est établie et à accorder une protection juridique rendant possible l'intégration de l'enfant dans sa famille.

La Cour relève, en se fondant sur les travaux parlementaires, que la révision constitutionnelle de 2008 « visait à étendre la reconnaissance constitutionnelle des droits de l'enfant à ce qui constitue l'essence de la Convention relative aux droits de l'enfant ». Elle se réfère dès lors à l'article 3, § 1, de cette Convention pour affirmer l'obligation pour les juridictions de prendre en compte, de manière primordiale, l'intérêt de l'enfant dans les procédures le concernant, ce qui englobe les procédures relatives à l'établissement de la filiation. « L'article 22*bis*, alinéa 5, de la Constitution donne par ailleurs au législateur compétent la mission de garantir que l'intérêt de l'enfant soit pris en considération de manière primordiale ».

La disposition en cause est l'article 332*quinquies*, § 2, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil qui ne permet au tribunal de rejeter une demande de recherche de paternité que si l'établissement de la filiation est « manifestement contraire à l'intérêt de l'enfant ». La Cour de cassation interprète cette disposition comme « imposant seulement une prise en compte marginale de l'intérêt de l'enfant ». Cette norme est antérieure à la disposition constitutionnelle invoquée puisqu'elle est issue de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 2006 modifiant des dispositions du Code civil

<sup>69</sup> Voy. not., sur ces révisions, A. RASSON-ROLAND et A.-C. RASSON, « Les droits constitutionnels des enfants », in M. VERDUSSEN et N. BONBLED (dir.), *Les droits constitutionnels en Belgique...*, op. cit., vol. 2, pp. 1608 à 1616.

<sup>70</sup> C.C., arrêt n° 30/2013 du 7 mars 2013.

relatives à l'établissement de la filiation et aux effets de celle-ci. L'analyse des travaux préparatoires conforte l'interprétation retenue par la Cour de cassation, l'intérêt de l'enfant n'étant pris en compte que lorsqu'il est gravement atteint.

La Cour constitutionnelle se fonde sur plusieurs arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme pour conclure que « importance particulière » ou « caractère primordial » ne signifient pas caractère absolu. « Dans la mise en balance des différents intérêts en jeu, l'intérêt de l'enfant occupe une place particulière du fait qu'il représente la partie faible dans la relation familiale. Cette place particulière ne permet pas pour autant de ne pas prendre également en compte les intérêts des autres parties en présence »<sup>71</sup>.

Il n'en demeure pas moins que la limitation du contrôle du juge à un contrôle marginal de l'intérêt de l'enfant est incompatible avec l'exigence constitutionnelle d'accorder, dans la balance des intérêts en présence, une place prépondérante à l'intérêt de l'enfant<sup>72</sup>.

L'arrêt a eu un effet « domino » puisque la Cour a confirmé cette jurisprudence à deux reprises, en utilisant la procédure préliminaire<sup>73</sup>.

Un dernier arrêt retient l'attention. La Cour se fonde également sur l'article 22bis, alinéa 4, de la Constitution et l'article 21 de la Convention relative aux droits de l'enfant pour faire « primer » l'intérêt de l'enfant. L'affaire est contextualisée, ce qui illustre une nouvelle fois le fait que la Cour exerce un contrôle concret. La disposition en cause empêche l'ancien partenaire de la mère d'un enfant d'adopter cet enfant, alors qu'il a vécu, depuis l'accueil de l'enfant, de façon permanente et affective, plus de trois ans avec la mère adoptive et l'enfant. Ne pas permettre cette adoption, alors qu'elle pourrait contribuer à la stabilité de l'environnement dans lequel l'enfant grandit et confirmer juridiquement les rapports de fait existant au sein de cet environnement, est contraire à l'article 22bis, alinéa 4, de la Constitution<sup>74</sup>. La Cour conclut par un arrêt de lacune intrinsèque auto-réparatrice, qui permet au juge *a quo* de corriger l'inconstitutionnalité.

Comme le relève Paul Martens, « si on devait trouver un fil conducteur à la jurisprudence de la Cour, c'est qu'elle accorde une attention constante à l'intérêt de l'enfant, qu'au nom de celui-ci, elle est prête à faire sauter tous les

<sup>71</sup> C.C., arrêt n° 30/2013, cité, B.10. Ce passage a son importance puisqu'*in fine*, la Cour s'y réfère : « Compte tenu de ce qui est dit en B.10, la question préjudicielle appelle une réponse affirmative » (B.12).

<sup>72</sup> Pour une critique de cette jurisprudence, voy. N. MASSAGER et J. SOSSON qui contestent notamment la légitimité du concept d'intérêt de l'enfant en droit de la filiation (*op. cit.*, pp. 74 et s.).

<sup>73</sup> C.C., arrêts n° 101/2015 du 2 juillet 2015 et n° 102/2015 du 2 juillet 2015.

<sup>74</sup> C.C., arrêt n° 94/2015 du 25 juin 2015.

verrous procéduraux qui le privent de l'accès au juge, mais que, en revanche, en ce qui concerne l'action d'autres intervenants, lesquels peuvent être mus par des mobiles qui ne sont pas toujours désintéressés et qui sont parfois inavouables, elle respecte les choix du législateur, sauf quand il n'a pas pris suffisamment en compte les cas où ils étaient dans l'impossibilité d'agir »<sup>75</sup>.

## CONCLUSION

Au vu de l'évolution du contentieux et de la jurisprudence, le principe d'égalité demeure sans aucun doute un outil intéressant pour dénoncer un traitement différent des enfants lorsqu'il est établi sur la base des circonstances de leur naissance. Par contre, le raisonnement en égalité montre ses limites lorsqu'il s'agit de contester les conditions dans lesquelles les différents acteurs de la relation familiale peuvent contester un lien de filiation établi conformément à la loi ou, au contraire, tenter de faire établir par le juge un lien de filiation qui ne découle pas de l'application de la loi. Dans ces hypothèses, le droit à la vie privée et/ou familiale et les droits de l'enfant sont bien plus féconds que la seule application du principe d'égalité. L'apparition d'arrêts dits « lacune » dans le contentieux de la filiation en est l'illustration : lorsque la Cour, constatant une différence de traitement entre père et mère, pressent que ce constat conduit à un résultat contraire au droit de l'enfant à la prise en considération de son intérêt, elle prononce un arrêt lacune qui neutralise en réalité l'effet du constat de discrimination<sup>76</sup>.

Pour permettre à la Cour, qui est limitée par sa saisine, de jouer pleinement son rôle de gardienne des droits et libertés fondamentaux, les questions préjudicielles gagneraient à intégrer toutes les dispositions constitutionnelles pertinentes compte tenu des droits des parties en cause. En matière de filiation, les articles 22 et 22*bis* de la Constitution sont à cet égard incontournables. Comment procéder à une balance des intérêts sans prendre en considération le droit à la vie privée ou familiale de chacune des parties au conflit, qu'elle soit père, présumé ou légal, mère ou enfant, et pour ce dernier, ses droits en tant qu'enfant, tels qu'ils sont reconnus par l'article 22*bis* de la Constitution ?

<sup>75</sup> P. MARTENS, « Filiation et Cour constitutionnelle : contrepoint », *op. cit.*, p. 100.

<sup>76</sup> Voy., pour les premiers cas, C.C., arrêts n° 36/96, n° 112/2002 et n° 66/2003, cités.