

Filiation paternelle dans le mariage :
le droit de contestation du mari et l'intérêt de l'enfant
selon la Cour constitutionnelle

par

Nicole Gallus,

avocat au barreau de Bruxelles et maître de Conférences à l'U.L.B.

L'arrêt n° 20/2011 du 3 février 2011 de la Cour constitutionnelle dit pour droit que l'article 318, § 1, du Code civil viole l'article 22 de la Constitution combiné avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, en ce qu'il rend irrecevable la contestation de paternité lorsque l'enfant a la possession d'état vis-à-vis du mari de la mère.

La disposition censurée organise la contestation de la présomption de paternité qui désigne le mari de la mère comme père de tout enfant né dans le mariage ou dans les 300 jours suivant sa dissolution ou son annulation.

Soucieux d'assurer à l'enfant la persistance de son lien de filiation - source de droits importants notamment au plan alimentaire ou successoral -, et de ne pas risquer une perturbation excessive de la « paix des familles » - c'est-à-dire également la stabilité de ce lien vécu dans le cadre de la cellule familiale -, le législateur belge a toujours voulu limiter les possibilités de contestation.

Cette limitation vise essentiellement à encadrer la contestation afin de ne l'autoriser que dans des conditions permettant la sauvegarde de l'intérêt de l'enfant.

A cet effet, le législateur de 2006 a maintenu le caractère réservé de l'action, c'est-à-dire la limitation des personnes autorisées à agir en contestation, tout en veillant à ouvrir la procédure à un nouveau titulaire - soit le père biologique de l'enfant -, afin de tenir compte de l'évolution sociologique qui ne permet plus de donner un monopole d'action au mari et à la mère, monopole aujourd'hui dépassé eu égard notamment à la dissociation des règles de la filiation et de celles de la conjugalité.

Le même objectif de protection de l'intérêt de l'enfant a conduit le législateur de 2006 à faire de la possession d'état une fin de non recevoir générale soit un moyen interdisant la contestation dans tous les cas et pour tous les titulaires de l'action.

La possession d'état représente la parenté vécue, l'engagement parental dans l'affectif et la responsabilité assumée par ceux qui élèvent l'enfant au titre de père ou de mère, sans nécessairement être toujours le parent génétique.

Cette institution de la possession d'état a toujours été fondamentale dans notre droit parce qu'elle protège le vécu affectif de l'enfant. Elle représente le pilier socio-affectif de la parenté, lequel constitue un des fondements de la filiation, au même titre que la vérité génétique.

En d'autres termes, notre conception de la filiation a toujours reposé sur une recherche d'équilibre entre cette vérité génétique et la vérité affective. Lorsque les deux piliers coïncident, aucune difficulté n'existe dans l'établissement du lien de filiation ; s'il y a discordance, c'est-à-

dire si celui qui se comporte comme parent, qui traite l'enfant comme le sien, qui le présente comme tel à la famille et aux tiers et qui est perçu par eux et par l'enfant comme le parent, n'est pas génétiquement le père ou la mère, le législateur choisit de donner la préférence au pilier affectif, sous la forme de la possession d'état.

Cette préférence s'exprime par une fin de non recevoir, soit d'une interdiction de contestation d'une filiation certes génétiquement mensongère, mais affectivement vécue.

L'institution est fondamentale parce qu'elle tend à répondre à l'intérêt de l'enfant et constitue le fondement constant de la construction du droit de la filiation en droit belge et de l'équilibrage des composantes du lien de parenté.

L'arrêt du 3 février 2011 constitue une réelle menace pour cet équilibre et risque de faire perdre à la législation issue de la réforme de 2006 toute sa cohérence.

Cette situation est d'autant plus regrettable que la réforme de 2006 est le résultat de multiples réflexions et discussions sur les fondements de la filiation qui constitue un lien de droit et non un simple constat d'une réalité biologique qui peut être très éloignée du sens d'engagement et de responsabilité de la parenté.

Filiation et procréation sont des concepts différents et la fonction du droit est précisément de ne pas les confondre en retenant la dimension culturelle et affective de la parenté.

Le risque est grand, en mettant en cause la fonction de la possession d'état, de dénaturer la parenté en permettant à celui qui a assumé la fonction de parent pendant une longue période, de décider unilatéralement et donc au mépris de l'intérêt de l'enfant, de mettre fin à son engagement.

Le risque est d'autant plus grand que la menace du désengagement parental unilatéral existe dans la paternité légale établie par le jeu de la présomption pesant sur la mari de la mère, mais également dans la paternité hors mariage établie par reconnaissance ; dans cette matière en effet, la possession joue également le rôle de fin de non recevoir générale de la contestation d'une reconnaissance mensongère.

Certes, la Cour constitutionnelle prend soin de rappeler qu'il est pertinent de ne pas laisser prévaloir a priori la réalité biologique sur la réalité socio-affective de la paternité et de souligner que la censure de l'article 318 du Code civil tient au caractère absolu de la fin de non recevoir et non à la fin elle-même.

Ce raisonnement ne nous paraît de nature à exclure ni même à atténuer les critiques que nous pensons devoir réserver à cet arrêt et ce, pour plusieurs motifs.

Avant 2006, la possession était une fin de non recevoir non pas de toutes les actions en contestation de paternité du mari de la mère, mais uniquement de celles qui exigeaient non pas une preuve de sa non paternité biologique, mais une « *simple dénégation* », c'est-à-dire le constat d'une situation révélant que l'enfant avait été conçu alors que les époux étaient en situation de rupture de cohabitation. Cette rupture rendait la présomption de paternité douteuse et justifiait une contestation simplifiée, sauf toutefois lorsqu'une possession d'état existait vis-à-vis du mari et redonnait force à la présomption qui ne pouvait alors être renversée que par une preuve de la non paternité biologique et non plus par une simple dénégation.

Le législateur de 2006 a voulu, dans le cadre de la marge d'appréciation qui lui revient, revoir l'équilibrage des fondements affectifs et biologiques du lien en procédant en parallèle à

deux réformes : d'une part, il ouvre l'action en contestation au père biologique mais, d'autre part, il donne un caractère général à la fin de non recevoir que constitue la possession d'état.

Prétendre, comme le fait la Cour, que le caractère absolu est critiquable revient à rendre indispensable une réforme de l'article 318 puisqu'on imagine mal que le juge du fond exerce un pouvoir d'appréciation, au cas par cas, sur l'application de fin de non recevoir dans l'état actuel du texte ; l'insécurité juridique liée à ce pouvoir d'appréciation exercé différemment selon les juridictions est certaine.

La solution est-elle dans une telle réforme ?

Nous ne le pensons pas et préférons considérer que le véritable point central du débat tient à une définition précise de la possession d'état : celle-ci n'est pas une « *apparence* » - éventuellement trompeuse -, de parenté, mais un réel engagement de parenté ayant un contenu, une consistance et une persistance telle que l'intérêt de l'enfant s'oppose à toute rupture du lien créé, que ce soit à l'initiative d'un tiers ou sur décision unilatérale de celui qui a créé la possession d'état.

Nous pensons en effet que les critiques souvent formulées contre la possession d'état sont contestables en ce qu'elles s'attaquent à une institution fondamentale alors pourtant que ce qui est à débattre tient non pas à l'institution elle-même, mais à son contenu et aux conditions de son existence.

Par ailleurs, l'arrêt de la Cour constitutionnelle génère un réel sentiment de malaise dans la mesure où sa motivation est centrée exclusivement sur le droit au respect de la vie privée et familiale du mari au sens de l'article 22 de la Constitution et de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Ce raisonnement omet de considérer que la parenté est une relation réciproque entre un parent et un enfant et que ce dernier a aussi droit au respect de sa vie privée et familiale.

Ce raisonnement oublie également de tenir compte de l'incidence de l'article 3 de la Convention internationale des droits de l'enfant et de l'article 22bis de la Constitution, dispositions qui font de l'intérêt de l'enfant la considération primordiale dans toute décision qui le concerne.

En présence d'une contradiction, c'est donc l'intérêt de l'enfant qui doit l'emporter, précisément parce qu'il est la partie faible de la relation.

Cette référence à la primauté de l'intérêt de l'enfant correspond également à l'exigence constante de la Cour européenne des droits de l'homme. La Cour constitutionnelle dans son arrêt du 3 février fait référence à plusieurs arrêts de la Cour européenne mais force est de constater que cette référence manque souvent de rigueur.

On rappellera liminairement que la Cour européenne ne dit pas le droit mais apprécie, dans chaque espèce qu'il lui est soumise, la conformité d'une législation nationale aux droits reconnus par la Convention européenne.

Il est donc très délicat de vouloir tirer des règles théoriques ou des principes généraux de droit des arrêts de la Cour.

De plus, certains des arrêts cités ont une portée très différente de celle prétendue en manière telle qu'ils ne peuvent justifier la solution retenue dans l'arrêt du 3 février.

On retiendra sur ce plan quelques exemples.

Si dans l'arrêt *Kroon c. Pays-Bas* du 27 octobre 1994, la Cour européenne des droits de l'homme conclut bien à la nécessité de faire prévaloir la réalité biologique et sociale sur une présomption légale heurtant de front les faits établis et les vœux des personnes concernées, sans réellement profiter à personne, c'est dans une espèce très particulière où l'enfant vit avec sa mère et son père biologique qui se voit totalement empêché d'établir sa paternité dès lors que la filiation paternelle de l'enfant est couverte par la présomption de paternité légale du mari de la mère qui, selon le droit des Pays-Bas alors en vigueur, a le monopole de l'action en contestation.

Aucune comparaison utile ne peut donc être faite avec l'article 318 du Code civil belge.

L'arrêt *Znamenfakya c. Russie* du 2 juin 2005 de la Cour européenne des droits de l'homme est, quant à lui, totalement étranger à la question posée puisqu'il concerne le droit de la mère, au nom de sa vie familiale personnelle, à revendiquer un statut – fut-il symbolique –, pour son enfant mort-né auquel la personnalité juridique, et dès lors le lien juridique de filiation, est refusé.

Les autres arrêts cités, et notamment l'arrêt *Mizzy c. Malte* du 12 janvier 2006, concernent essentiellement des espèces dans lesquelles la Cour européenne retient une violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme au motif que le droit national interdit au mari la contestation de sa paternité légale ou la rend pratiquement impossible, soit en imposant des délais particulièrement restrictifs, soit en imposant des conditions de recevabilité trop sévères.

Une fois encore, aucune comparaison ne peut utilement être faite avec l'article 318 du Code civil, qui n'interdit pas ou ne restreint pas exagérément le droit d'agir en contestation mais organise, dans l'intérêt de l'enfant et dans le cadre de la marge d'appréciation du législateur, un équilibre des intérêts de l'enfant et de ceux du père légal, par une référence à l'importance de la parenté affective.

Ce faisant, le législateur belge ne contrevient à aucune disposition de la Convention européenne, la Cour elle-même rappelant, notamment dans l'arrêt *Mizzy* précité, qu'elle n'a pas pour tâche de se substituer aux autorités nationales compétentes pour trancher les litiges en matière de paternité au niveau national, mais d'examiner sous l'angle de la Convention, les décisions que ces autorités ont rendu dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire.

L'arrêt de la Cour constitutionnelle du 3 février va à l'encontre de l'équilibrage recherché et, à ce titre, risque de porter préjudice à l'intérêt de l'enfant à ne pas être privé du lien de parenté longtemps vécu et générateur de droits dont le père légal ne devrait pas pouvoir se désengager unilatéralement.

- - - - -