

Comité Consultatif de Bioéthique

***Annexe à l'avis n° 37 du 13 novembre 2006 portant sur
l'usage des tests d'ADN en matière de détermination de la
filiation***

Considérations juridiques concernant la filiation

Contenu

1.	Conceptions juridiques de la filiation.....	2
1.1.	Conception juridique traditionnelle.....	2
1.2.	Conception juridique moderne	3
2.	Cadre juridique.....	5
2.1.	Principes du droit de la filiation	5
2.2.	Règles actuelles d'établissement et de contestation de la filiation paternelle	7
2.2.1.	S'il s'agit d'un enfant né dans un couple marié	7
2.2.2.	S'il s'agit d'un enfant né dans un couple non marié.....	8
2.2.3.	En conclusion	9
2.3.	Incidence des modifications du droit de la filiation résultant du projet de loi adopté en séance plénière de la Chambre le 8 juin 2006	9
2.3.1.	Quant à la présomption de paternité.....	9
2.3.2.	Quant à la reconnaissance	11
2.3.3.	Quant à la filiation établie judiciairement	12

1. Conceptions juridiques de la filiation¹

1.1. Conception juridique traditionnelle

La filiation est le lien juridique qui unit un enfant à son père et à sa mère. Ce rapport dédoublé en paternité et maternité suppose, de par la nature des choses, des règles d'établissement différentes et comporte des enjeux ne se superposant pas.

Traditionnellement, le mariage était ordonné à la procréation, c'est-à-dire à la filiation, laquelle ne devait, en règle, découler que de lui. La volonté du couple intervenait en amont : en choisissant de se marier, ils choisissaient par là même de devenir parents puisque l'un ne pouvait aller sans l'autre. A l'époque où il était nettement dominé par le dogme de "l'ordre normal des choses" tel qu'il ressortait des conceptions chrétiennes romaines, le droit ne laissait, juridiquement parlant, aucune place à la volonté humaine dans l'engendrement. Cette perspective traditionnelle a dominé les droits occidentaux pendant plusieurs siècles.

La filiation était vue au départ comme un moyen d'organiser la société, en étroite association avec le mariage. Le droit qui la régit véhicule de tout temps des options éthiques, économiques, patrimoniales et organisationnelles. L'histoire de ce droit illustre le basculement du modèle matrimonio-patriarcal vers une famille resserrée autour d'individus égaux en droit. Le Code civil de 1804 privilégiait la filiation issue du mariage, gage de stabilité et de pérennité de l'ordre social. La filiation naturelle et plus encore adultérine étaient très difficiles à établir et ne généraient que des droits restreints, inégalités petit à petit atténuées mais abolies seulement par la loi du 31 mars 1987.

La notion traditionnelle de paternité et les conséquences juridiques qui s'y attachent supposent que la causalité physiologique soit renforcée par un élément volontaire. Supprimer tout frein à l'établissement de la paternité biologique induirait dès lors une inflexion notable de cette conception traditionnelle. Cet élément volontaire se déduit de la communauté de vie des parents

¹ Cette section s'inspire des ouvrages suivants : Leleu Y.-H., *Droit des personnes et des familles*, Bruxelles, Larcier, coll. Faculté de droit de Liège, 2005, p. 479-487 ; De Page H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, vol. II, 4^e éd. par J.-P. Masson, Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 865-878 ; Rigaux F., *Les personnes, tome I, Les relations familiales*, Bruxelles, Larcier, coll. Précis de la Faculté de droit de l'UCL, 1971, p. 579-602 ; Carbonnier J., *Droit civil, tome 2, La famille*, Paris, P.U.F., coll. Thémis Droit privé, 17^e éd., 1995, p. 367-394 ; Cornu G., *Droit civil. La famille*, Paris, Domat/Montchrestien, 5^e éd., 1996, p. 103-118 et 269-290 ; Terré F. et Fenouillet D., *Droit civil. Les personnes, la famille, les incapacités*, Dalloz, 7^e éd., 2005, p. 561-610 ; Lefebvre-Teillard A., *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, Paris, P.U.F., coll. Droit fondamental, 1996.

Sur les fondements juridiques du lien de filiation, voir aussi *Vérité scientifique, vérité psychique et droit de la filiation*, Khaïat L. (dir.), Toulouse, Erès, 1995 ; Théry I., *Couple, filiation et parenté aujourd'hui. Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, Paris, Odile Jacob/La Documentation française, 1998 ; Cornu G., *La filiation, Arch. philos. dr.*, 1975, p. 29 ; Dekeuwer-Défossez Fr., « Modèles et normes en droit contemporain de la famille », in *Mélanges Christian Mouly*, Paris, Litec, 1998, p. 281; Meulders-Klein M.-Th., « Fondements nouveaux du concept de filiation », *Ann. dr. Louvain*, 1973, p. 285 et *La personne, la famille et le droit. 1968-1998. Trois décennies de mutation en Occident*, Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 1999, p. 153 ; du même auteur, « Quels fondements pour la parenté? », in *La famille et les familles : quelle identité aujourd'hui?*, Steichen R. et De Villers G. (éd.), Louvain-la-Neuve, Academia/Bruylant, 1996, p. 41 ; adde Hurstel F., « La construction de la parenté : approche psychanalytique », in *Quels repères pour les familles recomposées?*, Meulders-Klein M.-Th. et Théry I. (éd.), Paris, LGDJ, coll. Droit et Société, 1995, p. 107; Terré F., *L'enfant de l'esclave. Génétique et droit*, Paris, Flammarion, 1987.

ou de la manifestation expresse par le père qu'il entend endosser pleinement ce rôle (possession d'état, reconnaissance : volonté et responsabilité, tant vis-à-vis de l'enfant et de sa mère que dans sa dimension sociale).

Il s'en déduit que sans l'appoint de la volonté persévérente du père et de la mère, le lien physiologique est insuffisant à établir un rapport de filiation authentique. Le caractère persévérant que doit revêtir cette volonté, dans la conception traditionnelle, explique l'importance de la stabilité du couple parental, voire l'exigence qu'il s'agisse d'un couple marié, ceci procédant de l'idée que l'enfant doit être durablement encadré pour grandir de manière harmonieuse. Il lui faut un véritable père au sens plein du terme, et non un simple géniteur. Le concept sociologique et juridique de paternité peut ainsi s'avérer inadéquat pour traduire la causalité parfois purement physiologique qui relie un enfant à son géniteur. Les obligations de ce dernier dérivant de sa responsabilité dans la procréation peuvent alors être légalement sanctionnées sans recours au concept de paternité (action alimentaire non déclarative de filiation; art. 336 à 341 du Code civil). L'absence de rapport sociologique justifie que tous les effets de la filiation ne soient pas consacrés en pareil cas.

La doctrine classique (assez nettement influencée par la religion catholique) enseigne que les concepts juridiques de filiation, paternité et maternité ne coïncident pas nécessairement avec les notions différentes que les mêmes mots désignent en biologie de la reproduction ou dans les sciences sociales. Il s'en déduit qu'il faut nécessairement admettre que le droit impose certaines distorsions à la réalité biologique : la causalité biologique de la procréation n'est pas toujours une raison suffisante d'établir entre ceux qu'elle relie un rapport juridique de filiation. Au demeurant, reconnaissance et adoption attestent qu'une telle causalité n'est pas non plus un élément nécessaire à la constitution d'un rapport de droit puisque celle-ci procède alors d'un acte de volonté.

Toujours selon la doctrine classique, la simple existence d'un lien biologique entre l'enfant et l'homme qui l'a engendré ne justifie pas, en l'absence de toute relation socio-affective, qu'il puisse être ici question de « paternité » sur le plan juridique. Dans le même ordre d'idée, la contestation de la filiation peut rarement se faire au moyen de la simple preuve d'un fait biologique : la loi établit des barrières pour empêcher la découverte de la vérité biologique lorsqu'elle se heurterait au vécu familial concret (possession d'état), barrières dont la pertinence mériterait parfois d'être réexaminée mais qui ne sont pas toutes intrinsèquement critiquables.

1.2. Conception juridique moderne

La volonté du couple a pris une place grandissante dans le domaine de la procréation. La maîtrise de la procréation fut, à maints égards, l'une des grandes conquêtes du siècle dernier (contraception, avortement). Les progrès de la science exercent depuis longtemps une influence sur la conception juridique de la filiation (lois de l'hérédité, génétique, biologie de la reproduction, essor des procréations médicalement assistées). La maîtrise de la procréation et les progrès de la science ont induit une dissociation entre sexualité et procréation, d'abord dans les faits, puis en droit. Certaines conquêtes scientifiques ont permis de mieux connaître la réalité, notamment quant à la preuve scientifique de la paternité; d'autres ont introduit la volonté humaine dans l'acte de procréation, évolution présentée comme révolutionnaire à l'époque.

Le droit familial belge contemporain a fait le deuil de ses certitudes ancestrales et des modèles qui le gouvernaient, pour accompagner désormais les mouvements d'une société qui génère en permanence de nouvelles formes de familles et de parentés. Au-delà de l'évidence que les enfants

sont le fruit de l'union de deux gamètes sexués, tout paraît susceptible d'être remis en question : mariage, existence d'un couple, fécondité des parents, différence des sexes, soit tout ce que l'on croyait (en ordre décroissant de prévalence socio-historique) nécessaire à l'épanouissement d'un enfant.

Le droit de la filiation se départit nettement, à l'heure actuelle, des valeurs qu'il tendait autrefois à garantir. Il n'est plus le vecteur d'une organisation sociale de type patriarchal mais un système d'ancrage des droits et devoirs parentaux, par-delà les vicissitudes du couple et les circonstances de la conception, voulant offrir une stabilité suffisante permettant de faciliter l'exercice de ces droits et devoirs dans l'intérêt des enfants.

Cela étant, le droit de la filiation reste en grande partie soustrait aux volontés individuelles et relève toujours de l'ordre public, tandis que l'état des personnes est, au sens juridique, indisponible. Cet impératif est maintenu et demande à être combiné avec les multiples enjeux récents suscités par l'impact de la science sur la procréation.

Parmi les dispositions relatives à la preuve de la filiation figurent celles qui concernent l'identification génétique². Ces règles de preuve traduisent une volonté d'équilibrer les modèles biologique et socio-affectif. Le droit familial, au départ centré sur les aspects patrimoniaux et pécuniaires, s'est en effet progressivement élargi pour englober une dimension psycho-socio-affective, visant au premier chef la protection des enfants.

Le droit belge de la filiation met l'accent sur sa composante socio-affective, au travers notamment du rôle probatoire et consolidateur joué par la possession d'état. On lui a d'ailleurs reproché de ne pas suffisamment intégrer l'élément biologique de la procréation – ce qui se conçoit cependant, s'agissant de la paternité, lorsque aucune volonté d'assumer le rôle paternel ne vient stabiliser un aspect biologique alors accidentel. Il en irait différemment de la maternité puisque la période de gestation établit un lien biologique suffisamment intense pour que le droit le consacre.

Le droit de la filiation est évolutif car notre système juridique n'est plus orienté vers un modèle familial unique. Il accompagne au contraire des individus qui cherchent, chacun à sa manière, un épanouissement personnel au travers de la fondation (successive voire concomitante) d'un ou plusieurs couples et d'une ou plusieurs familles. C'est un droit complexe car il est appelé à régir des situations très diverses et son objet même est une donnée composite : la filiation est un

² Voir notamment à ce propos, parmi une abondante doctrine, *L'analyse génétique à des fins de preuve et les droits de l'homme. Aspects médico-scientifique, éthique et juridique*, Hennau-Hublet Ch. et Knoppers B.M. (dir.), Bruxelles, Bruylant, 1997 ; Malauzat M.-I., *Le droit face aux pouvoirs des données génétiques*, P.U. Aix-Marseille, 2000 ; Rohmer S., *Spécificité des données génétiques et protection de la sphère privée. Les exemples des profils d'ADN dans la procédure pénale et du diagnostic génétique*, Genève, Schulthess, 2006; Bellivier F., Brunet L. et Labrusse-Riou C., « La filiation, la génétique et le juge : où est passée la loi? », *RTDciv.*, 1999, p. 529 ; Brijs S., « DNA-onderzoek in afstammingsgeschillen : wie weigert, heeft (meestal) ongelijk », note sous Cass., 17 décembre 1998, *Rec. Arr. Cass.*, 1999, p. 175 ; Frank R., « La signification différente attachée à la filiation par le sang en droits allemand et français de la famille », *Rev. Int. Dr. Comp.*, 1993, p. 635 ; du même auteur, « L'examen biologique sous contrainte dans le cadre de l'établissement de la filiation en droit allemand », *Rev. Int. Dr. Comp.*, 1995, p. 905 ; du même auteur, « L'établissement et les conséquences de la filiation maternelle et paternelle en droit européen », *Rev. Int. Dr. Comp.*, 1999, p. 29 ; Meulders-Klein M.-Th., « Les empreintes génétiques et la filiation : la fin d'une énigme ou la fin des dilemmes? », in *La personne, la famille et le droit*, précité, p. 209 ; Pousson-Petit J., « Empreintes génétiques et filiation : les discordances et les incohérences juridiques », in *L'identité de la personne humaine*, Pousson-Petit J. (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 431 ; Verellen-Dumoulin Ch., Walon C. et Freund-Moldan M., « Empreintes génétiques et recherche de paternité », in *L'analyse génétique à des fins de preuve et les droits de l'homme*, précité, p. 79.

mélange de liens biologiques et affectifs, ceux-ci pouvant prévaloir sur ceux-là. Son enjeu capital, centré sur la personne de l'enfant, et l'incidence des droits fondamentaux des protagonistes expliquent l'importance de la matière.

Désormais, la désaffection relative pour le mariage et l'acceptation sociale du divorce révèlent de nouveaux parcours éducatifs dans lesquels les rôles parentaux ne sont pas nécessairement assumés par un couple marié ni surtout par les mêmes personnes tout au long de l'éducation de l'enfant. Parallèlement, l'essor des modes scientifiques de preuve de la parenté a libéré le droit de la filiation des fictions et présomptions et encouragé la réflexion sur le dosage entre parenté biologique et parenté socio-affective; il est vrai que jusqu'ici, il y avait surtout en droit de la filiation des vraisemblances non nécessairement certaines. Enfin, la maîtrise de la fécondité et le développement de l'assistance médicale à la procréation ont accru l'autonomie de la volonté en cette matière.

2. Cadre juridique

La proposition de loi Nyssens ne vise que les analyses génétiques pratiquées à titre privé, en dehors de toute procédure judiciaire, en vue de résoudre une question de descendance (art. 5). Ses auteurs ont ainsi entendu en limiter le champ d'application.

Sauf dans des circonstances exceptionnelles, il s'agit donc uniquement d'établir ou de contester la filiation paternelle, au sein d'un couple marié ou non. Il faut garder à l'esprit que l'analyse génétique pourra permettre soit de détruire une paternité juridique apparente mais génétiquement fausse (anéantissement d'une présomption de paternité ou mise à néant d'une reconnaissance ne correspondant pas à la réalité), soit de constater une paternité biologique non établie³.

Un test génétique effectué à titre privé n'aboutira pas forcément à une remise en question de la filiation sur le plan juridique. D'une part, les conditions ne le permettront peut-être pas ; d'autre part, il se peut que les intéressés ne le souhaitent pas. Il n'empêche que la problématique examinée s'inscrit dans un contexte dominé par le droit de la filiation et c'est sous cet angle que nous l'examinons.

2.1. Principes du droit de la filiation

Les principes fondamentaux de la loi du 31 mars 1987 – base du droit belge de la filiation – sont, d'une part, l'égalité des filiations légitime et naturelle (art. 334 C.civ.) – et, plus largement, l'égalité de tous les enfants, quels que soient le mode et les circonstances de leur conception – et, d'autre part, l'essor de la vérité biologique, même si celle-ci a toujours dû être articulée avec la dimension socio-affective. Quel que soit le mode de preuve auquel l'on recourt pour établir la filiation ou le moment auquel celle-ci est consacrée, les effets en sont identiques. Une fois établie la vérité biologique, la situation ancienne, seulement apparente et identifiée comme fausse, disparaît et l'état véritable de l'enfant s'y substitue pleinement, tant pour le passé que pour le

³ Nous excluons la problématique des dons de sperme et d'ovules, qui comporte des enjeux distincts et excède les limites du présent avis, ayant au demeurant déjà fait l'objet d'un avis du Comité (Avis n°27 du 8 mars 2004 relatif au don de sperme et d'ovules, in Bogaert M., Cassiers L., Roelandt M. et Stiennon J.-A. (éd.), *Les avis du Comité consultatif de bioéthique de Belgique 2000-2004*, p.455-504). Nous nous concentrerons sur la filiation paternelle, en raison de la certitude quasi générale que présente la filiation maternelle, la femme qui a accouché voyant son nom inscrit dans l'acte de naissance de l'enfant ("mater semper certa est"). L'hypothèse particulière de la gestation pour autrui (mères porteuses) peut cependant être réservée.

présent et l'avenir. Tel est au demeurant l'objet de l'action en contestation ou en réclamation d'état: elle tend à faire officiellement constater l'état véritable du demandeur, lequel se substituera à l'état apparent dont il jouissait jusque-là.

Mais la recherche de la filiation véritable n'est possible que dans un certain délai (art. 331ter C.civ. : délai résiduaire de 30 ans, applicable à l'action en recherche de paternité naturelle); une fois ce délai dépassé, la situation apparente est consolidée et l'état véritable ne pourra plus être constaté⁴.

La filiation est l'une des bases fondamentales du droit privé en raison des multiples conséquences qu'elle entraîne. Sa preuve doit dès lors être d'une exactitude aussi rigoureuse que possible. En définitive, seules deux preuves solides et sérieuses de la filiation sont envisagées par le droit. Tout d'abord, la possession d'état, signifiant que le rapport de filiation apparent est effectivement vécu comme tel par les intéressés et est socialement reconnu. Gage de stabilité de la cellule familiale effective, elle joue un double rôle : obstacle à la remise en cause d'une filiation peut-être inexacte mais vécue au quotidien et mécanisme de preuve en matière de filiation hors mariage⁵. Ensuite, la preuve scientifique, conçue comme implacable ; observons toutefois que le droit belge (tant les textes que la pratique judiciaire) est loin de favoriser pleinement la vérité biologique, au rebours d'autres pays, notamment anglo-saxons.

En substance, les dispositions pertinentes du Code civil figurent dans le chapitre "Actions relatives à la filiation", section "Généralités".

Il s'agit en particulier de l'article 331octies qui dispose que "*Les tribunaux peuvent ordonner, même d'office, l'examen du sang ou tout autre examen selon des méthodes scientifiques éprouvées*", et ce en vue, selon l'article 331septies qui précède, de "*statu(er) sur les conflits de filiation que la loi n'a pas réglés en déterminant par toutes voies de droit la filiation la plus vraisemblable*".

Le législateur permet la preuve par toutes voies de droit dans les actions visant à établir ou contester une filiation⁶. La circonstance que telle personne est ou non issue de telle autre est en effet un fait juridique susceptible d'être prouvé par tous moyens.

On peut ainsi d'emblée observer qu'au rang de ces moyens de preuve pourrait désormais figurer une analyse génétique effectuée à titre privé. Son résultat pourra être soumis au juge à l'appui de l'action introduite ; cela peut déjà être le cas, puisque ces analyses privées ne sont proscrites par aucun texte ni aucun principe.

Parmi les divers modes de preuve admissibles, un statut particulier est réservé à la preuve

⁴ De Page H., *op.cit.*, p.872-873.

⁵ Actuels articles 314, al. 4, 324, al. 1^{er} – s'agissant de la recherche de paternité naturelle – et 331septies, al. 2, du Code civil. La possession d'état est définie par l'article 331nonies comme "des faits qui, ensemble ou séparément, indiquent le rapport de filiation", certains de ceux-ci étant ensuite énumérés. Sur la notion de possession d'état, voy., not., Groslière J., « La possession d'état pivot du droit de la filiation ou le danger d'une vérité sociologique », *D.*, 1991, chr., p. 149 ; Jourdain-Fortier C., « Les "enfants de la nature" au XXIe siècle : la possession d'état à l'épreuve de l'expertise biologique », *Dr. fam.*, 2003, p. 17; Massip J., « Possession d'état, nom et état civil », *Defr.*, 2000, p. 945 ; Meulders- Klein M.-Th., « Réflexions sur les destinées de la possession d'état d'enfant », in *Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller*, Paris, L.G.D.J., 1994, p. 319 et *La personne, la famille et le droit*, précité, p. 185; Rémond-Gouilloud M., « La possession d'état d'enfant (à propos de la loi du 3 janvier 1972) », *RTDciv.*, 1975, p. 459 ; Vidal J., « Observations sur le rôle et la notion de possession d'état dans le droit de la filiation », in *Mélanges Pierre Hébraud*, 1981, 887.

⁶ Voir les actuels articles 312, § 2, 314, al. 5, 318, § 2, 324, al. 2 – preuve de la paternité naturelle par toutes voies de droit lorsqu'il n'y a pas de possession d'état – et 330, § 2, du Code civil – contestation d'une reconnaissance.

scientifique, dont la fiabilité a révolutionné les procès en matière de filiation. Les autres modes de preuve ne sont d'ailleurs admis qu'avec prudence et parcimonie, et seulement s'ils se confortent les uns les autres pour constituer un faisceau convergent dépourvu de tout doute raisonnable. Mais la preuve scientifique n'est, jusqu'à présent, envisagée par le droit que dans la phase contentieuse, lorsqu'une action judiciaire a été engagée et qu'une preuve, la plus décisive possible, est requise dans ce cadre. On constate dans la jurisprudence que l'expertise génétique remplace le plus souvent l'examen sanguin pour prouver – positivement ou négativement – la paternité. L'administration de cette preuve ne déroge pas au droit commun de l'expertise (art. 962 et s. du Code judiciaire) : le juge ordonne une expertise si son résultat peut lui permettre de trancher le litige et il conserve une liberté d'appréciation quant à ce résultat (art. 986 C.jud.).

Pour autant, la vérité biologique n'est pas la seule à être prise en considération : en effet, il faut d'abord que l'action elle-même soit recevable, ce qui n'est pas toujours le cas lorsqu'un lien de parenté socio-affectif s'est installé, la possession d'état pouvant alors empêcher que celui-ci soit remis en question. Bien plus, aux termes de l'article 324 du Code civil, la paternité naturelle se prouve d'abord par la possession d'état et seulement à défaut par toutes voies de droit. On voit donc que le législateur favorise, dans une certaine mesure, la filiation socio-affective effectivement vécue. C'est dans ce contexte légal que se développent les pratiques que veut appréhender la proposition de loi Nyssens.

2.2. Règles actuelles d'établissement et de contestation de la filiation paternelle

Ces règles peuvent être brièvement résumées comme suit.

2.2.1. S'il s'agit d'un enfant né dans un couple marié

La paternité du mari est présumée⁷. Cette paternité peut être contestée "*s'il est prouvé [que le mari de la mère] ne peut être le père de l'enfant*", preuve qui "*peut être fournie par toutes voies de droit*" (art. 318, § 1^{er} et 2 C. civ.). Cette contestation peut émaner du mari, de la mère ou de l'enfant (art. 332, al. 1^{er} C. civ.) – et donc pas du père biologique.

Le délai durant lequel l'action en contestation est recevable est le suivant. L'action de la mère doit être intentée dans l'année de la naissance et celle du mari dans l'année de la naissance ou de la découverte de celle-ci (art. 332, al. 4 C. civ.);. L'action de l'enfant doit être intentée au plus tard dans les quatre ans de sa majorité et "*sauf circonstances exceptionnelles, elle est irrecevable si le mari a élevé l'enfant comme sien*" (art. 332, al. 5 C. civ.).

Il s'en déduit donc :

- 1°) que l'action en contestation du mari ou de la mère est possible même s'il y a possession d'état ; elle est simplement subordonnée à la preuve que le mari n'est pas le père ;
- 2°) qu'un délai strict leur est néanmoins imposé, afin de ne pas permettre indéfiniment une remise en question des liens établis⁸;
- 3°) que l'action de l'enfant semble déjà ouverte du temps de sa minorité, l'enfant étant représenté par l'un de ses parents, mais cette interprétation est douteuse et n'est généralement pas retenue⁹;

⁷ Art. 315 C.civ.; on laisse de côté les hypothèses particulières des art. 316 et 317.

⁸ Ni la Cour européenne des droits de l'Homme ni la Cour d'arbitrage ne jugent ce bref délai discriminatoire, alors que la contestation de la filiation maternelle est, quant à elle, possible dans un délai trentenaire (Leleu Y.-H., *op. cit.*, p.496 et les références citées).

⁹ Leleu Y.-H., *op. cit.*, p.497 et les références citées note 93.

4°) qu'au contraire de l'action de ses parents, celle de l'enfant est irrecevable, "sauf circonstances exceptionnelles", si le mari de sa mère l'a élevé comme sien.

2.2.2. S'il s'agit d'un enfant né dans un couple non marié

La filiation paternelle peut être établie par reconnaissance (art. 319 et 327 à 329 C.civ.), laquelle doit faire l'objet d'une homologation judiciaire si le père est marié et reconnaît un enfant conçu par une femme autre que son épouse (art. 319bis C.civ.). On vise ainsi à préserver les droits de cette dernière en lui permettant d'établir que cette reconnaissance n'est pas conforme à la vérité biologique¹⁰. Lorsque la paternité du mari est présumée mais que l'enfant est né dans des "circonstances suspectes" où l'existence d'une procédure de séparation des époux laisse présumer qu'il a été conçu par un autre homme, le père biologique peut demander au tribunal de première instance d'être autorisé à reconnaître l'enfant (art. 320 C.civ.). Les circonstances dans lesquelles cette autorisation doit ou ne doit pas être délivrée ne sont pas précisées. De manière générale, la reconnaissance peut parfaitement être mensongère et contribuer à l'établissement d'un lien légal entre l'enfant et l'homme qui, dans les faits, l'éduque.

La reconnaissance peut être contestée par tout intéressé¹¹ mais le reconnaissant et la mère, voire l'enfant s'il était alors âgé de plus de 15 ans¹², doivent à cette fin prouver que leur consentement a été vicié (art. 330, § 1^{er}), faute de quoi leur action n'est pas recevable. La reconnaissance sera "*mise à néant s'il est prouvé, par toutes voies de droit, que son auteur n'est pas le père*" mais "*la demande doit être rejetée si l'enfant a la possession d'état à l'égard de celui qui l'a reconnu*" (art. 330, § 2 C. civ.).

La reconnaissance ne peut donc être contestée s'il y a possession d'état, c'est-à-dire lorsque le rapport de filiation est effectivement vécu et est socialement reconnu. La contestation de la paternité présumée du mari reste quant à elle possible même s'il y a possession d'état.

A défaut de délai plus bref, la contestation d'une reconnaissance est possible pendant 30 ans à dater de l'acte (art. 331ter C.civ.).

En toute hypothèse, le cas échéant après anéantissement d'une filiation établie, la paternité peut être judiciairement établie (art. 322 C.civ.). L'enfant majeur peut s'y opposer ainsi que la mère, l'enfant âgé d'au moins 15 ans ou son représentant légal (il peut s'agir d'un tuteur *ad hoc* désigné par le tribunal), en prouvant que l'établissement de la filiation paternelle serait contraire à l'intérêt de l'enfant. C'est le seul endroit où cette notion continue d'intervenir dans le droit de la filiation. Dans ce cadre, "*la possession d'état à l'égard du père prétendu prouve la filiation*" et "*à défaut de possession d'état, la filiation paternelle se prouve par toutes voies de droit*" (art. 324 C.civ.).

¹⁰ Seule cette circonstance peut faire obstacle à l'homologation (art. 319bis, al. 3); il s'agit là d'une règle dont l'on a pu déduire le postulat de primauté de la vérité biologique, même si elle a pour conséquence d'introduire un "bâtard" dans la famille.

¹¹ Pourvu qu'il justifie d'un intérêt qui ne soit pas purement patrimonial (art. 332bis C.civ.).

¹² Ils doivent en effet consentir à la reconnaissance, en vertu de l'art. 319, § 2 et 3, mais la Cour d'arbitrage juge discriminatoire de subordonner celle-ci au consentement de la mère alors qu'elle ne conteste pas la paternité du reconnaissant. (C. arb., arrêts n° 63/92 du 8 octobre 1992 et 66/2003 du 14 mai 2003). Voy., not., Van Gysel A.-Ch., « La jurisprudence de la Cour d'arbitrage en matière de filiation », in *10 années d'application du nouveau droit de la filiation*, vol. II, éd. Jeune barreau de Liège, 1997, p. 377 ; du même auteur, « Le raisonnement de la Cour d'arbitrage en droit de la filiation : cohérences et argumentations », *Rev. dr. ULB*, 2002, p. 129 ; Pire D., « Filiation et Cour d'arbitrage : les prêtres d'Apollon de la place Royale », *J.L.M.B.*, 2003, p. 1123.

La possession d'état suffit donc¹³ et ce n'est qu'à défaut que la matière constituera le terrain d'élection des analyses génétiques.

2.2.3. En conclusion

D'une part, la loi actuelle ne prévoit que d'une manière restrictive l'accès à la preuve génétique :

- il doit s'agir d'une action judiciaire visant à l'établissement ou à la contestation d'un lien de filiation;
- il faut respecter certains délais et règles de procédure;
- l'existence d'une possession d'état à l'égard du père apparent peut constituer un frein ou une barrière rendant impossible toute forme d'action par les principaux intéressés;
- il est impossible pour le père biologique de faire établir sa paternité s'il est confronté à une présomption de paternité que ni la mère, ni son mari ne veulent contester ou qu'ils ne contestent pas dans les délais impartis.

D'autre part et corrélativement, aucune disposition (ni aucun principe) n'interdisent les analyses génétiques effectuées à titre privé. Il sera rarement possible d'en traduire le résultat sur le plan juridique mais elles ne sont nullement prohibées en tant que telles dans l'état actuel du droit.

2.3. Incidence des modifications du droit de la filiation résultant du projet de loi adopté en séance plénière de la Chambre le 8 juin 2006

Un projet de loi modifiant certaines dispositions du Code civil relatives à l'établissement de la filiation et aux effets de celle-ci est en passe d'être promulgué¹⁴. Les principales innovations comportant une incidence sur la proposition de loi Nyssens sont les suivantes.

2.3.1. Quant à la présomption de paternité

1°) En vertu du nouvel article 316bis C.civ., la présomption n'est pas applicable, sauf déclaration conjointe des époux au moment de la déclaration de la naissance, lorsque l'enfant est né dans des "circonstances suspectes" laissant présumer qu'il n'est pas né des œuvres du mari (séparation des époux, le cas échéant constatée ou autorisée judiciairement, depuis plus de 300 jours).

Il ne sera donc plus nécessaire, dans les hypothèses visées, d'introduire une action en contestation de paternité : la présomption ne jouant pas, le père biologique pourra d'emblée reconnaître l'enfant. Un test génétique privé pourrait toutefois être souhaité par le mari pour vérifier s'il est ou non le géniteur.

Actuellement, la présomption joue dans ces hypothèses mais peut être contestée par simple dénégation (donc sans devoir fournir la preuve positive de la non paternité) et ce, sauf si l'enfant a la possession d'état à l'égard des deux époux ou s'il y a eu réunion de ceux-ci au temps de la

¹³ Sauf s'il existe des doutes sur la paternité, celle-ci est au demeurant présumée s'il est établi que l'homme en question a eu des "relations" avec la mère durant la période légale de la conception (art. 324, al. 3).

¹⁴ Le texte a été adopté en séance plénière de la Chambre et soumis à la sanction royale le 8 juin 2006 (Doc. parl., DOC 51 0597/038 et 039). Voy. Demaret M., « La réforme du droit de la filiation », *Chron. not.*, Bruxelles, Larcier, 2006, vol. 44, p. 299 ; Massager N., « La proposition de loi 597 modifiant des dispositions du Code civil relatives à l'établissement de la filiation et aux effets de celle-ci », in *Régulation des relations parentales : questions approfondies*, Rev. dr. ULB, 2006, vol. 32, p. 193 ; Verschelden G., *Origineel ouderschap herdacht. Pleidooi voor een globale hervorming van het afstammingsrecht*, Bruges, Die Keure, 2005, p. 290-309.

conception (actuel article 318, § 3 du Code civil).

2°) Le régime de la contestation de la présomption est assez profondément modifié (nouvel article 318 C.civ.), ce qui aura nécessairement une incidence sur les circonstances dans lesquelles les intéressés pourraient souhaiter qu'un test génétique privé soit pratiqué. Ces modifications ôtent toute pertinence juridique aux conditions et délais prévus dans la proposition de loi Nyssens, qui se réfère sur ce point à l'état actuel de la législation.

La présomption pourra être contestée, sauf si l'enfant a la possession d'état à l'égard du mari, par la mère, l'enfant, le mari présumé père et l'homme qui revendique la paternité de l'enfant. Cette innovation a deux conséquences majeures :

- elle met fin à l'impossibilité pour le père biologique d'établir sa paternité lorsqu'il se heurte à une présomption qu'il n'est, actuellement, pas en son pouvoir de contester;
- l'existence d'une possession d'état constitue désormais un obstacle à la contestation de la présomption de paternité, ce qui aligne de ce point de vue son régime sur celui de la reconnaissance et généralise le rôle "consolidateur" de la possession d'état.

Les délais sont précisés plus clairement et rendent non justifiées les limitations prévues par la proposition de loi Nyssens à cet égard :

- l'action du mari doit être intentée dans l'année de la *découverte du fait qu'il n'est pas le père de l'enfant*;
- celle du père biologique, dans l'année de la *découverte du fait qu'il est le père de l'enfant*;
- celle de l'enfant, au plus tôt le jour où il atteint l'âge de 12 ans et au plus tard le jour où il atteint l'âge de 22 ans.

Si les délais d'intentement de l'action sont respectés et s'il n'y a pas de possession d'état, la présomption de paternité est mise à néant s'il est prouvé par toutes voies de droit que l'intéressé n'est pas le père, d'où l'importance décisive et persistante de cette preuve.

La référence à la "découverte du fait" conduit clairement à la conclusion que le projet de loi favorise le recours aux tests génétiques privés, sans lequel on aperçoit mal comment le fait en question pourrait être découvert par les intéressés avec la certitude requise. Il en est d'autant plus ainsi que les dispositions transitoires insérées ouvrent, d'une part, au père biologique un délai d'un an à partir de l'entrée en vigueur de la loi pour contester une filiation paternelle préexistante et, d'autre part, au mari et à l'auteur de la reconnaissance un délai de contestation d'un an à dater de la découverte du fait qu'il n'est pas le père de l'enfant, même si plus d'un an s'est écoulé depuis la naissance ou la découverte de celle-ci.

La proposition de loi Nyssens ne permet pas, quant à elle, au père biologique de demander une analyse génétique et constraint le père et/ou la mère à le faire dans l'année de la naissance. Les modifications envisagées ôtent tout sens à ces restrictions puisque ce qui importera désormais, c'est d'agir en justice dans l'année de la prise de connaissance du résultat du test, peu importe le laps de temps entre la naissance et la réalisation de celui-ci. Il en va de même pour la contestation de la reconnaissance, les deux régimes étant alignés.

Un autre élément conduit clairement à la conclusion que le projet de loi modifiant le droit de la filiation est favorable aux tests génétiques privés – préalables à toute action judiciaire et visant précisément à en confirmer, voire conditionner, les chances de succès –, alors que la proposition de loi Nyssens y est quant à elle hostile, de par les restrictions qu'elle comporte.

Il est en effet prévu que l'action en contestation introduite par le père biologique ne sera déclarée fondée que si sa paternité est établie (entendons, préalablement ou à tout le moins

concomitamment à l'intentement de l'action). Le succès de celle-ci est ainsi conditionné par la preuve préalable, dont doit disposer le demandeur, qu'il est bien le père (*idem* de la contestation d'une reconnaissance).

2.3.2. Quant à la reconnaissance

1°) S'agissant de l'établissement de la filiation par reconnaissance, on observe tout d'abord que les nouvelles dispositions envisagent conjointement la reconnaissance paternelle et maternelle. Rappelons toutefois que celle-ci, de même que la recherche de maternité, restent tout à fait exceptionnelles en raison de la généralité de l'adage *mater semper certa est* : la mère est la femme qui a accouché et son nom est mentionné dans l'acte de naissance.

Selon le nouvel article 319bis C.civ., la reconnaissance d'un enfant majeur, mineur émancipé ou âgé de 12 ans accomplis n'est recevable que moyennant son consentement préalable. S'il est mineur non émancipé, elle n'est en outre recevable que moyennant le consentement préalable du parent à l'égard duquel la filiation est établie, ou de la mère si la reconnaissance est faite avant la naissance de l'enfant.

Le législateur n'a donc pas supprimé, dans leur principe, ces consentements.

S'ils ne sont pas obtenus, le candidat à la reconnaissance cite les personnes dont le consentement est requis devant le tribunal, lequel – à défaut de parvenir à concilier les parties – rejette la demande s'il est prouvé que le demandeur n'est pas le père ou la mère biologique, ce qui ne modifie pas substantiellement le droit actuel.

Toutefois, le tribunal peut également refuser la reconnaissance si elle est manifestement contraire à l'intérêt de l'enfant, mais ce uniquement si celui-ci est âgé d'un an ou plus au moment de l'introduction de la demande.

2°) Le nouvel article 330 C.civ. prévoit que la reconnaissance ne peut plus être contestée par "tout intéressé" mais uniquement par l'autre parent, l'enfant, le reconnaissant et l'homme ou la femme qui revendique sa paternité/maternité et pour autant que l'enfant n'ait pas la possession d'état à l'égard du reconnaissant. Les régimes de contestation de la présomption de paternité et de la reconnaissance sont alignés : aucune filiation ne peut être contestée si elle se double d'une possession d'état; les titulaires du droit d'action et les délais sont identiques.

Le délai n'est dès lors plus de 30 ans mais :

- l'action du reconnaissant, ainsi que celle de l'autre parent, doivent être intentées dans l'année de la découverte du fait que le reconnaissant n'est pas le père ou la mère de l'enfant;
- celle du père ou de la mère biologiques, dans l'année de la découverte du fait qu'il (elle) est le père (la mère) de l'enfant ;
- celle de l'enfant, au plus tôt le jour où il atteint l'âge de 12 ans et au plus tard le jour où il atteint l'âge de 22 ans.

Pour aboutir, il faut, comme à présent, prouver par toutes voies de droit que le reconnaissant n'est pas le père ou la mère de l'enfant.

Les remarques relevées *supra* à propos de la contestation de la présomption de paternité, quant à la cohérence des nouvelles règles avec la proposition de loi Nyssens, sont également d'application ici.

Il est également prévu que la demande en contestation de reconnaissance introduite par le père ou la mère biologiques n'est fondée que si sa paternité ou sa maternité est déjà établie, notamment par un test génétique préalable à l'intentement de l'action.

2.3.3. Quant à la filiation établie judiciairement

Le nouvel article 332*quinquies* C.civ. maintient que l'action n'est pas recevable si l'enfant majeur ou mineur émancipé s'y oppose. L'opposition peut également émaner d'un enfant mineur non émancipé âgé de plus de 12 ans accomplis ou de son autre parent, mais dans ce cas, le tribunal ne peut rejeter la demande que si elle concerne un enfant âgé d'au moins un an au moment de l'introduction de celle-ci et si l'établissement de la filiation est manifestement contraire à l'intérêt de l'enfant (le terme "manifestement" est une innovation).

La demande doit en toute hypothèse être rejetée s'il est prouvé que le défendeur n'est pas le père ou la mère biologiques de l'enfant. C'est une innovation. En revanche, il apparaît que l'article 324 C.civ. actuel subsiste tel quel ; or, il dispose que la possession d'état à l'égard du père présumé prouve la filiation et que ce n'est qu'à défaut de possession d'état que la filiation paternelle se prouve par toutes voies de droit¹⁵.

La possession d'état à l'égard du père présumé reste ainsi la "preuve reine" dans le cadre de l'action en recherche de paternité – autre illustration de l'absence de réelle primauté accordée à la vérité biologique en droit belge. L'action n'est toujours pas ouverte – du moins expressément, l'interprétation restant controversée – au père présumé lui-même; celui-ci peut toutefois, désormais, établir sa filiation concomitamment à la contestation d'une présomption de paternité ou d'une reconnaissance, de sorte que le domaine de l'action en recherche de paternité semble voué à se restreindre à l'hypothèse d'un père biologique absent ou réticent, avec absence de filiation paternelle autrement établie.

L'action peut toujours être introduite dans un délai trentenaire; l'article 331*ter* C.civ. est simplement modifié en ce qui concerne le point de départ de ce délai, pour privilégier à cet égard l'incidence (de la disparition) d'une possession d'état. L'idée d'un délai résiduaire de 10 ans, antérieurement soutenue, a été abandonnée au cours du processus parlementaire.

En conclusion, à maints égards, les règles instaurées par le projet de loi réformant le droit de la filiation rendent dépourvues de cohérence juridique les restrictions figurant dans la proposition de loi Nyssens quant aux personnes habilitées à solliciter un test génétique privé et surtout quant au délai dans lequel elles peuvent le faire, d'autant plus que les règles nouvelles tendent clairement à inciter les intéressés à recourir à pareil test, son résultat conditionnant la possibilité d'introduire une action judiciaire et l'issue de celle-ci.

¹⁵ Anomalie apparente d'un point de vue légistique: ici également, les nouvelles dispositions envisagent conjointement les filiations paternelle et maternelle, mais laissent intact un article traitant uniquement de la filiation paternelle.