

B.9. La question préjudicielle appelle une réponse positive.

PAR CES MOTIFS,

LA COUR,

Dit pour droit :

L'article 325 du Code civil viole les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'il empêche le juge saisi d'une demande d'établissement judiciaire de paternité de faire droit à cette demande s'il constate que l'établissement de la filiation correspond à l'intérêt supérieur de l'enfant.

Note

La filiation incestueuse et la Cour constitutionnelle

1. Un ensemble de dispositions civiles traduit le vœu de notre législateur qu'un enfant issu de relations entre deux personnes frappées d'un empêchement absolu à mariage ne puisse jamais voir établie sa double filiation, même si elle correspond à une réalité socio-affective⁽¹⁾.

Mais plusieurs arrêts et lois récents ont atténué cette interdiction, sans que les effets annoncés dévastateurs d'une telle libéralisation ne se vérifient empiriquement⁽²⁾. Sans doute s'agit-il d'un signe de l'évolution générale de la société et des comportements dans un sens plus libéral. L'interdit de l'inceste, quoique presque universel, se décline différemment selon les lieux, mais aussi selon les époques et les cultures⁽³⁾. Il n'est donc pas étonnant que l'évolution normative aille chez nous dans le sens d'une restriction des cas dans lesquels l'interdit demeure.

⁽¹⁾ Articles 313, § 2 (reconnaissance maternelle), 314, alinéa 2 (action en recherche de paternité), 321 (reconnaissance paternelle) et 325 (action en recherche de paternité) du Code civil.

⁽²⁾ Voy. notamment: A. BATTEUR, «L'interdit de l'inceste en matière civile», in *Les grandes décisions du droit des personnes et de la famille*, sous la direction de A. BATTEUR, Paris, L.G.D.J., 2012, p. 198; D. FENOUILLET, «L'adoption de l'enfant incestueux par le demi-frère de sa mère, ou comment l'intérêt prétendu de l'enfant tient lieu de seule règle de droit», *Dr. fam.*, novembre 2003, p. 12 et «La filiation incestueuse interdite par la Cour de cassation», note sous Cass. fr., 6 janvier 2004, *Dr. fam.*, février 2004, pp. 19-20; D. MAYER, «La pudeur du droit face à l'inceste», *D.*, 1988, p. 413. Sur l'absence de conséquences macro-sociales, jusqu'à preuve du contraire: E. LANGENAKEN, «Le droit de la filiation face à l'inceste: norme égalitaire ou norme symbolique?», note sous C. const., 17 décembre 2003, n° 169/2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, pp. 368-369. Plus généralement, au sujet des libéralisations en droit des familles: Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 27-28, n° 6.

⁽³⁾ Pour une présentation de l'interdit de l'inceste en droit de la filiation, ses fondements et ses corollaires, voy. notamment: Y.-H. LELEU et E. LANGENAKEN, «Inceste, mariage et filiation: les cours supérieures ouvrent une voie libérale», *J.T.*, 2007, pp. 269-274; F. SWENNEN, *Het personen-en familierecht*, 2^e éd., Anvers, Intersentia, 2012, pp. 420-428, n°s 684-692; A.-Ch. VAN GYSEL, «Quelle prohibition de l'inceste pour la société actuelle», in *Droit des familles, genre et sexualité*, sous la direction de N. GALLUS, L.G.D.J., Limal, Anthemis, 2012, pp. 261-301.

Les dix dernières années ont vu la Cour européenne des droits de l'homme⁽⁴⁾, la Cour constitutionnelle⁽⁵⁾ et le législateur belge⁽⁶⁾ détricoter les empêchements à mariage fondés sur l'alliance et prohibitions de double filiation qui en découlent⁽⁷⁾, en laissant subsister comme seuls empêchements absolus à mariage et prohibitions de double filiation ce que d'aucuns appellent le «carré noir» de l'inceste⁽⁸⁾. Cette zone se limite aux relations entre ascendant et descendant et entre (demi-) frère et (demi-) sœur (art. 161 et 162 du C. civ.). Dans la filiation adoptive *simple*, elle ne concerne plus que les relations entre l'adoptant et l'adopté ou ses descendants (art. 353-13 du C. civ.)⁽⁹⁾.

Cette évolution ne semble pas s'arrêter. Après l'inceste fondé sur l'alliance, c'est à présent celui fondé sur la parenté collatérale que questionne l'arrêt commenté du 9 août 2012⁽¹⁰⁾. Nous verrons, toutefois, que la détermination des effets immédiats de cet arrêt n'est pas aussi évidente qu'il n'y paraît.

Au préalable, nous analyserons les arguments éayant le dispositif d'inconstitutionnalité, pour ensuite discuter sa pertinence et tenter d'en définir la portée.

⁽⁴⁾ Remise en cause de l'interdiction absolue du mariage entre un père et l'ex-épouse de son fils (belle-fille au sens juridique): C.E.D.H., 13 septembre 2005, *B. et L. c. Royaume-Uni*, n° 36536/02, *Dr. fam.*, 2005, comm. 234, note A. GOUTTENOIRE et M. LAMARCHE; *Rev. trim. dr. civ.*, 2005, p. 735, obs. J.-P. MARGUENAUD et p. 758, obs. J. HAUSER; *Rev. trim. dr. fam.*, 2008/3, p. 807, note M. DEMARET; *Juristenkrant*, 2005, p. 9, n° 117, obs. M. VANDELDE.

⁽⁵⁾ Inconstitutionnalité de l'interdiction absolue de reconnaissance par un père de l'enfant issu de la fille de son ex-épouse (belle-fille au sens sociologique): C. const., 17 décembre 2003, n° 169/2003, *Juristenkrant*, 2004, p. 12, reflet G. VERSCHELDEN, *J.L.M.B.*, 2004, p. 628, *NjW*, 2004, p. 409, note GV, *R.W.*, 2003-2004, p. 1375, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 349, note E. LANGENAKEN, *T.J.K.*, 2004, p. 126. Inconstitutionnalité de l'interdiction absolue du mariage entre un veuf et la fille de son épouse prédécédée (belle-fille au sens sociologique): C. const., 18 octobre 2006, n° 157/2006, *Div. Act.*, 2007, p. 10, *Juristenkrant*, 2006, p. 8, reflet M. VANDELDE, *J.T.*, 2007, p. 177, note, *J.L.M.B.*, 2007, p. 504, *NjW*, 2007, p. 317, note G. VERSCHELDEN, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 682, *R.W.*, 2007-2008, p. 905 (somm.), note A. HUYGENS, *T. Fam.*, 2007, p. 43, note W. VERRIJT, *T.J.K.*, 2007, p. 264 (somm.).

⁽⁶⁾ Loi du 27 mars 2001 modifiant les articles 162 et 164 du Code civil; loi du 1^{er} juillet 2006 modifiant les articles 313, 314, 321 et 325 du Code civil; loi du 15 mai 2007 modifiant l'article 164 du Code civil; loi du 2 juin 2010 modifiant les articles 343 et 353-13 du Code civil.

⁽⁷⁾ Sur cette évolution, voy. not.: N. GALLUS, *Le droit de la filiation. Rôle de la vérité socio-affective et de la volonté en droit belge*, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 298-301; Y.-H. LELEU et E. LANGENAKEN, *op. cit.*, pp. 269-272; F. SWENNEN, *Het personen-en familie-recht*, *op. cit.*, pp. 425-426, n° 687; A.-Ch. VAN GYSEL, «Quelle prohibition de l'inceste pour la société actuelle», *op. cit.*, pp. 263-264.

⁽⁸⁾ G. CORNU, *Droit civil. La famille*, 5^e éd., Paris, Montchrestien, Domat Droit privé, 1996, p. 339, n° 250. 2°.

⁽⁹⁾ L'adopté plénier est traité comme un enfant par le sang et, ce, tant dans sa famille adoptive que dans sa famille d'origine (art. 356-1 du C. civ.). Voy. Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, *op. cit.*, p. 662, n° 726-1.

⁽¹⁰⁾ C. const., 9 août 2012, n° 103/2012, *Act. dr. fam.*, 2012, liv. 7, p. 150, note A.-Ch. VAN GYSEL; *J. dr. jeun.*, 2012/11, p. 23, note G. MATHIEU et A.-Ch. RASSON; *J.L.M.B.*, 2012/27, p. 1281, note P. MARTENS; *Juristenkrant*, 2012, liv. 253, p. 4, reflet M. VERHOEVEN; *T. Fam.*, 2012, p. 209, note T. WUYTS.

I. UN ABSOLU RELATIVISÉ

2. Les faits ayant donné lieu à l'arrêt commenté sont simples. Un demi-frère et une demi-sœur débutent une relation amoureuse alors qu'ils ignorent leur lien de sang⁽¹¹⁾. De cette union, officialisée par une déclaration de cohabitation légale, naissent trois enfants qui, bien que ne pouvant être reconnus par leur père, sont éduqués par leurs parents avec lesquels ils vivent en famille. Incestueuse, cette situation était néanmoins pleinement consentie par les adultes⁽¹²⁾. Suite au décès accidentel de leur père, une action en établissement judiciaire de paternité est introduite par leur mère en son nom propre, et par un tuteur *ad hoc* en leurs noms. L'intérêt était notamment successoral. L'indication, dans l'exposé des faits, que le père est décédé accidentellement sur le chemin du travail, peut aussi laisser penser qu'une indemnisation importante pour la famille était en jeu.

Induisant de l'article 325 du Code civil une probable irrecevabilité de la demande, le tribunal interroge la Cour constitutionnelle quant à la conformité de cette disposition au regard des articles 10 et 11 de la Constitution, combinés aux articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme et aux articles 3.1 et 7.1 de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant.

3. La Cour pose d'abord quelques prémisses. Elle réaffirme les fondements de l'interdit de l'inceste, mais se base sur l'absence de consensus en Europe quant à la mise en œuvre de l'interdit, dégagée d'une étude de droit comparé, pour affirmer qu'il n'y a pas de lien nécessaire entre l'interdiction au mariage entre parents par le sang et la prohibition de la double filiation de leurs enfants. Elle rappelle, ensuite, le postulat du législateur : bien qu'ayant envisagé, lors de la réforme de 1987, de supprimer l'interdiction pour assurer l'égalité entre tous les enfants⁽¹³⁾, il l'a finalement maintenue dans l'intérêt de l'enfant lui-même, celui-ci « devant l'emporter sur tous les autres intérêts »⁽¹⁴⁾. Le législateur est donc parti de l'hypothèse qu'une reconnaissance servirait rarement l'intérêt d'enfants issus de relations incestueuses⁽¹⁵⁾.

La Cour constate une différence de traitement entre les enfants visés par l'article 325 du Code civil et tous les autres enfants qui, quelles que soient les circonstances de leur naissance, peuvent voir établie une double filiation.

⁽¹¹⁾ L'on peut déduire de cette méconnaissance une absence de promiscuité dans leur éducation. Voy. J.-P. BRANLARD, *Le sexe et l'état des personnes. Aspects historique, sociologique et juridique*, L.G.D.J., Paris, 1993, p. 222, n° 566 : c'est « un fait divers classique que celui des relations sexuelles entre personnes méconnaissant leur lien de parenté » ; l'auteur fait notamment allusion au mythe d'« Œdipe roi ». Selon l'effet dit *Westermarck*, l'attraction exceptionnelle entre enfants ayant des liens de sang se produirait surtout lorsqu'ils n'ont pas grandi ensemble, et ce serait notamment l'éducation en commun qui abolirait l'attraction sexuelle (voy. E. WESTERMARCK sur www.wikipedia.be).

⁽¹²⁾ Nous ne nous intéressons, ici, qu'à l'amour hors des normes civiles. Quant à l'inceste non consenti, voy. A. CERF-HOLLENDER, « Les sanctions pénales des agressions sexuelles au sein de la famille », in *Les grandes décisions du droit des personnes et de la famille*, sous la direction de A. BATTEUR, Paris, L.G.D.J., 2012, pp. 233-244 ; D. DUSSY, « L'inceste à l'épreuve de la justice masculiniste », in *Droit des familles, genre et sexualité*, sous la direction de N. GALLUS, L.G.D.J., Limal, Anthemis, 2012, pp. 303-319.

⁽¹³⁾ *Doc. parl.*, Sénat, 1977-1978, n° 305-1, pp. 3-4.

⁽¹⁴⁾ *Doc. parl.*, Sénat, 1984-1985, n° 904/2, p. 88.

⁽¹⁵⁾ *Ibid.*, p. 88.

Exemples à l'appui, elle considère qu'à l'heure actuelle, il ne peut plus être affirmé que la double filiation d'un enfant incestueux est *toujours* contraire à son intérêt, et qu'en interdisant celle-ci *dans tous les cas*, l'article 325 du Code civil empêche la prise en compte de son intérêt (B.8.1.). Elle estime aussi que l'interdiction absolue de la double filiation n'est pas pertinente pour atteindre l'objectif de prévention du législateur (B.8.2.) et disproportionnée en ce qu'elle préjudicie surtout aux enfants (B.8.3.).

La Cour déclare l'inconstitutionnalité de l'article 325 «*en ce qu'il empêche le juge saisi d'une demande d'établissement judiciaire de paternité de faire droit à cette demande s'il constate que l'établissement de la filiation correspond à l'intérêt supérieur de l'enfant*».

4. Cet arrêt, que nous approuvons, est au confluent de deux évolutions majeures du droit des familles.

La première est l'évolution libérale qui réduit les conséquences civiles attachées à l'inceste. L'on doit en effet établir un parallèle entre l'arrêt commenté et celui de la Cour constitutionnelle du 17 décembre 2003⁽¹⁶⁾. Il était dans ces deux arrêts question de l'interdiction du double lien de filiation et la Cour, par deux fois, réaffirme les motifs de la prohibition de l'inceste. Mais contrairement à l'arrêt de 2003, le présent arrêt aborde le fond du problème, et ose envisager plus avant l'intérêt de l'enfant dans le cas d'espèce.

La Cour franchit un pas de plus — en touchant à l'inceste «biologique» —, mais moins radicalement qu'en 2003. Alors qu'elle encourageait en 2003 la levée pure et simple de l'interdiction de double filiation dès la dissolution du lien d'alliance⁽¹⁷⁾, elle ne propose plus à présent la levée automatique de l'interdiction, et ne remet en cause que son caractère absolu, c'est-à-dire le fait qu'elle ne permette pas au juge de prendre en compte l'intérêt de l'enfant.

C'est précisément cette remise en cause du caractère absolu de l'interdiction qui place l'arrêt de la Cour au cœur d'une seconde évolution : celle de sa propre jurisprudence qui tourmente le droit de la filiation depuis 2010⁽¹⁸⁾. Dans la lignée

⁽¹⁶⁾ Précité, note 5.

⁽¹⁷⁾ Ce qui est critiqué par A.-Ch. Van Gysel selon lequel l'enfant est troublé de la même façon que le lien d'alliance soit dissous ou non (A.-Ch. VAN GYSEL, *Précis de droit de la famille*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 9; «Examen de jurisprudence. Les personnes. La filiation (2003-2011)», *R.C.J.B.*, 2011, n° 10, p. 440; «Quelle prohibition de l'inceste pour la société actuelle», *op. cit.*, p. 281 et «La fin de l'interdit de l'inceste en droit belge?», note sous C. const., 9 août 2012, *Act. dr. fam.*, 2012, p. 155, note 5). Certains auteurs, que nous rejoignons, partagent l'inquiétude de cet auteur mais considèrent qu'il ne faut pas nécessairement en déduire des conséquences au plan du droit de la filiation. Voy. en ce sens : N. GALLUS, *op. cit.*, p. 301, note 180.

⁽¹⁸⁾ Voy. à ce sujet : N. MASSAGER, «La prophétie de Gerlo. Réflexion à propos des derniers arrêts de la Cour constitutionnelle en matière de filiation», *Act. dr. fam.*, 2011/7, Bruxelles, Kluwer, pp. 130-139; 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, pp. 581-613; P. SENAËVE, «Rechterlijke censurering van wetgeving op het vlak van het familierecht op grond van de bescherming van de mensenrechten-twintig jaar later», in *Confronting the frontiers of family and succession law. Liber Amicorum Walter Pintens*,

des arrêts déjà rendus, la Cour critique, à nouveau, le caractère absolu d'une interdiction qui empêche, dans tous les cas, l'accès à un juge et l'appréciation concrète par celui-ci des intérêts en présence, ici exclusivement l'intérêt supérieur de l'enfant. Au-delà, cet arrêt s'inscrit dans la tendance de la Cour à remettre en cause des solutions législatives imposées aux juges, établies *in abstracto*, révélant une prise de position normative et fondée sur des valeurs détachées du vécu⁽¹⁹⁾.

II. L'INTÉRÊT DE L'ENFANT CONCRÉTISÉ

5. Il est très intéressant de constater que c'est en écho précis aux deux objectifs poursuivis par le législateur — protéger l'enfant et prévenir les relations incestueuses entre personnes apparentées — que la Cour constitutionnelle remet en question cette interdiction. Cela renforce sa décision.

D'une part, le législateur justifie l'interdiction⁽²⁰⁾ au nom de l'*intérêt de l'enfant*⁽²¹⁾ et la Cour l'atténue en ce même nom. Elle critique dans la loi une vision abstraite et trop générale de l'intérêt de l'enfant en cette matière⁽²²⁾. Certes, un enfant pourrait pâtir de l'officialisation de la relation incestueuse entre ses parents⁽²³⁾, mais,

Cambridge- Antwerp-Portland, Intersentia, 2012, p. 1311; F. SWENNEN, «Afstamming en Grondwettelijk Hof», *R. W.*, 2011-2012, pp. 1102-1110; A.-Ch. VAN GYSEL, «Examen de jurisprudence. Les personnes (2003-2011). La filiation», *op. cit.*, pp. 409-452; G. VERSCHULDEN, «Betwisting huwelijks vaderschap niet langer ontoelbaar bij bezit van staat», note sous C. const., 3 février 2011, n° 20/2011, *Juristenkrant*, 23 février 2011, p. 3 et «Het vertrekpunt van de vervaltermijn waarbinnen de beweerd biologische vader een vaderlijke erkenning moet betwisten», note sous C. const., 6 avril 2011, n° 54/2011, *T. Fam.*, 2011, pp. 96-100.

⁽¹⁹⁾ P. MARTENS, «Inceste et filiation: égalité et tabou», obs. sous C. const., 9 août 2012, n° 103/2012, *J.L.M.B.*, 2012/27, Bruxelles, Larcier, pp. 1287-1288. Voy. également: G. MATHIEU et A.-Ch. RASSON, «L'interdit de l'inceste: une norme symbolique évanescence?», note sous Cour const., 9 août 2012, n° 103/2012, *J. dr. jeun.*, 2012/11, p. 33, n° 33; T. WUYTS, «Het verbod tot vaststelling van een afstammingsband ingeval daaruit incest blijkt strijdig bevonden met het gelijkheidsbeginsel», note sous Cour const., 9 août 2012, n° 103/2012, *T. Fam.*, 2012, p. 224, n° 6.

⁽²⁰⁾ *Doc. parl.*, Sénat, 1984-1985, n° 904/2, pp. 87-88.

⁽²¹⁾ Sur l'intérêt de l'enfant incestueux à son adoption: D. FENOUILLET, «L'adoption de l'enfant incestueux par le demi-frère de sa mère, ou comment l'intérêt prétendu de l'enfant tient lieu de seule règle de droit», *op. cit.*, pp. 7-9 et «La filiation incestueuse interdite par la Cour de cassation», *op. cit.*, p. 20. De façon plus générale, sur la montée en puissance de l'intérêt de l'enfant: P. MARTENS, «Allocution de clôture», in *Les couples, les enfants et la Cour constitutionnelle*, sous la coordination de E. CEREXHE, M. VERWILGHEN et J. DELOUVROY, Institut international de droit d'expression et d'inspiration françaises I.D.E.F., section belge, Waterloo, Kluwer, 2008, pp. 61-69.

⁽²²⁾ Nous rejoignons la Cour sur ce point. Voy.: Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, *op. cit.*, pp. 30 et 608, nos 7 et 637.

⁽²³⁾ Et de la *confusion des rôles* qu'elle génère. Notons, toutefois, qu'en France, la filiation incestueuse n'est, selon la cour d'appel de Riom, rangée ni par la loi, ni par la jurisprudence parmi les «causes objectives et incontestables de danger pour les mineurs» (Riom, 16 décembre 2003, *A.J. Famille*, 2004, p. 280, obs. F. BICHERON).

dans certains cas⁽²⁴⁾, les avantages juridiques⁽²⁵⁾ qu'il en retire sont supérieurs aux inconvénients, et c'est pour cela qu'il est essentiel de permettre au juge d'apprécier son intérêt au cas par cas, en fonction de tous les éléments de la cause. Nous approuvons la Cour qui ne rentre pas dans l'extrême inverse consistant à affirmer que l'établissement de la double filiation est *toujours* dans l'intérêt de l'enfant. Sa démarche permet de réaliser le double souhait du législateur d'assurer l'égalité entre les enfants tout en les protégeant⁽²⁶⁾.

Les inconvénients purement juridiques de l'interdiction de la double filiation ne sont pas anodins, comme le révèle la motivation successorale et probablement indemnitaire de la demande des requérants. L'enfant est privé de tous les effets de la filiation, notamment matériels (aliments, succession, droits sociaux,...)⁽²⁷⁾. L'action alimentaire non déclarative de filiation (art. 336 et s. du C. civ.) est souvent avancée à titre de palliatif⁽²⁸⁾, mais le passé de cette institution exhale l'hypocrisie d'une prise en charge nécessaire mais à regret des familles hors normes en dissimulant juridiquement leurs structures⁽²⁹⁾. Cette protection alimentaire est surtout insuffisante à compenser l'absence de droit successoral. Nous estimons, au contraire, que si le but de la prohibition est de protéger l'enfant contre une situation familiale préjudiciable, il serait plus efficace et certainement plus opportun d'offrir à celui-ci une double filiation tout en le protégeant de ses conséquences éventuellement négatives *in concreto* en agissant, par exemple, sur l'autorité parentale ou l'hébergement⁽³⁰⁾.

⁽²⁴⁾ La Cour cite, notamment, le cas où l'enfant et son entourage connaissent son origine incestueuse, comme en l'espèce où il y avait une vraie famille.

⁽²⁵⁾ La (re)connaissance de l'origine de l'enfant peut aussi avoir des avantages *psychologiques*. Voy. à ce sujet : L. DALIGANT, « Les effets du secret de l'inceste : sclérose interne et vide générationnel », *Les Petites Affiches*, n° 53, 3 mai 1995, p. 56.

⁽²⁶⁾ *Contra* : A.-Ch. VAN GYSEL, « La fin de l'interdit de l'inceste en droit belge ? », *op. cit.*, pp. 153-155, pour qui le droit de l'enfant à la non-perturbation de sa structure familiale doit prévaloir. Pour plus de détails sur ce droit : A.-Ch. VAN GYSEL, « Quelle prohibition de l'inceste pour la société actuelle », *op. cit.*, pp. 283-285 et 294-297.

⁽²⁷⁾ On ajoutera comme effets personnels évidents l'autorité parentale, l'hébergement (en principe égalitaire en cas de rupture) ou le droit au nom.

⁽²⁸⁾ En ce sens, notamment : C. PHILIPPE, « Un droit de la famille résolument tourné vers la diversité », *Dr. fam.*, janvier 2007, p. 23 ; E. LANGENAKEN, *op. cit.*, p. 365, note 44 ; D. PIRE, « L'enfant incestueux et la Cour européenne des droits de l'homme », note sous Liège, 27 février 1990, *J.L.M.B.*, 1990, p. 1169.

⁽²⁹⁾ Dans le même sens : A.-Ch. VAN GYSEL, « Quelle prohibition de l'inceste pour la société actuelle », *op. cit.*, pp. 293-294 et 298. Certains auteurs, bien que reconnaissant l'hypocrisie de cette institution, proposent d'étendre celle-ci pour que soient accordés à l'enfant *tous* les effets de la filiation qui lui sont profitables, sans pour autant établir celle-ci. Voy. notamment : D. FENOUILLET, « L'adoption de l'enfant incestueux par le demi-frère de sa mère, ou comment l'intérêt prétendu de l'enfant tient lieu de seule règle de droit », *op. cit.*, p. 9.

⁽³⁰⁾ En ce sens : Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, *op. cit.*, p. 608, n° 637 ; F. SWENNEN, *Het personen-en familierecht*, *op. cit.*, pp. 265-266, n° 418. Plusieurs auteurs plaident pour cette solution en cas de *viol* de la mère pendant la période légale de conception, un autre empêchement absolu à l'établissement de la double filiation (*infra*, n° 10). La jurisprudence y semble prête : dans une affaire où un père s'opposait au refus par la mère de la reconnaissance de son enfant en raison de faits de toxicomanie, le tribunal civil de Liège

D'autre part, c'est dans un but de *prévention de relations incestueuses*, même consenties, que la Cour critique l'interdiction d'établir la double filiation. Selon elle, l'interdiction n'est *pas pertinente* à cet égard pour la simple raison qu'elle ne peut contribuer à prévenir une situation qui, par définition, s'est déjà réalisée. Pour preuve, on notera que cette interdiction n'empêchera jamais qu'une relation de couple se développe, soit même officialisée par une cohabitation légale⁽³¹⁾, que des enfants naissent de cette union, qu'une famille⁽³²⁾ se construise et même, on l'a vu, qu'un lien alimentaire reconnu par la loi lie les enfants à leur géniteur. C'est donc une mesure totalement inefficace dans sa dimension structurante qui est démantelée⁽³³⁾.

La Cour pointe en outre la *disproportion* de la mesure qui pénalise surtout les enfants qui n'ont pas à supporter les conséquences juridiques de la conduite de leurs parents. Nous continuons, néanmoins, avec la Cour, de penser que le droit doit se donner les moyens de prévenir de telles relations entre proches parents, à condition d'être efficace et sans léser les enfants issus de ces unions. Autant il est (toujours) légitime de prévenir l'inceste, autant le droit doit prendre en considération les conséquences d'un inceste avéré et notamment reconnaître à l'enfant, si tel est son intérêt, les mêmes droits qu'à tous les enfants⁽³⁴⁾. La Cour constitutionnelle sépare clairement ces deux questions (B.3.2., B.4.2. et B.6.2.)⁽³⁵⁾.

a estimé que « face au bénéfice essentiel pour l'enfant de voir sa filiation établie, le parcours du demandeur ne doit pas amener au refus de reconnaissance; si c'est nécessaire, c'est via d'autres mesures que l'exercice des droits paternels devra être encadré » (Civ. Liège, 16 mai 2008, *F. cl B.*, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009/1, pp. 211-213) Rapp. pour un père convaincu de faits de méurs et d'extorsion: Civ. Liège, 16 mai 2008, *A. cl B.*, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009/1, pp. 214-216. *Contra*: T. WUYTS, « Het verbod tot vaststelling van een afstammingsband ingeval daaruit incest blijkt strijdig bevonden met het gelijkheidsbeginsel », *op. cit.*, p. 223, n° 5.

⁽³¹⁾ Tel était le cas en l'espèce. On ne manquera pas de relever que la possibilité de nouer une cohabitation légale enlève depuis 1998 en droit belge toute pertinence à l'objectif de ne pas officialiser ou reconnaître des relations incestueuses, un des objectifs pourtant assigné aux articles 321 et 325 du Code civil. Ce n'est pas le cas en France où le P.A.C.S. ne peut être conclu entre parents empêchés de se marier.

⁽³²⁾ Éventuellement nuisible pour l'enfant sur le plan structurel, en fonction des circonstances.

⁽³³⁾ L'existence de règles inefficaces avait déjà été vivement blâmée par la Cour européenne des droits de l'homme en matière d'empêchements à mariage (C.E.D.H., 13 septembre 2005, *B. et L. c. Royaume-Uni*, n° 36536/02, *op. cit.*). Voy. à ce sujet: A. BATTEUR, *op. cit.*, p. 197; Y.-H. LELEU et E. LANGENAKEN, *op. cit.*, p. 272; F. SWENNEN, *Het personen-en familierecht*, *op. cit.*, p. 425, n° 687.

⁽³⁴⁾ E. LANGENAKEN, *op. cit.*, p. 369; Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, *op. cit.*, p. 347, n° 329.

⁽³⁵⁾ *Adde* C. const., 17 décembre 2003, n° 169/2003, précité note 5, B. 2.3. D'autres auteurs ne partagent pas cet avis et refusent de dissocier l'interdiction de l'union sexuelle entre les parents de celle de la filiation de l'enfant issu de cette union, car, pour eux, la double filiation équivaldrait, en amont, à donner un effet juridique à une union « réprouvée » (D. FENOUILLET, « La filiation incestueuse interdite par la Cour de cassation », *op. cit.*, p. 19 et « L'adoption de l'enfant incestueux par le demi-frère de sa mère, ou comment l'intérêt prétendu de l'enfant tient lieu de seule règle de droit », *op. cit.*, p. 5; A.-Ch. VAN GYSEL, « Quelle prohibition de l'inceste pour la société actuelle », *op. cit.*, p. 285 et « La fin de l'interdit de l'inceste en droit belge? », *op. cit.*, p. 154).

6. Les effets concrets et immédiats de l'arrêt ne sont pas évidents à tracer.

Quelle doit être, tout d'abord, la position d'un tribunal saisi d'une action en recherche de paternité formée dans des circonstances similaires⁽³⁶⁾, mais introduite *par le père*, un des adultes «responsables» de la situation? Le juge estimera-t-il que la Cour a statué sur un recours ayant un «objet identique» et se conformera-t-il à l'arrêt sans poser de nouvelle question préjudicielle⁽³⁷⁾?

Il ressort de l'analyse des arrêts récents de la Cour sur les empêchements absolus à l'établissement de la filiation que l'origine de la démarche peut avoir une incidence⁽³⁸⁾, et, en l'espèce, la Cour tient effectivement compte du fait que la filiation serait établie judiciairement à la demande de l'enfant dûment représenté (B.8.1.). Elle fait toutefois précéder cette précision du terme «notamment», ce qui laisse à penser que l'initiative de l'enfant n'est pas déterminante. Force est également de constater que l'arrêt déclare inconstitutionnel l'article 325 du Code civil sans distinguer selon le demandeur en établissement judiciaire de la paternité. Elle aurait pu rendre une décision sensible à l'origine de la démarche, en précisant son dispositif ou le champ de son investigation. Or, alors qu'elle précise avec soin les contours de la question préjudicielle (B.3.2.), à aucun moment elle ne la limite à la seule hypothèse d'une action *introduite par les enfants et/ou leur mère*. Nous en concluons que si l'origine de la démarche a certainement été prise en considération, elle n'a été déterminante ni dans les motifs, ni dans le dispositif. On peut donc étendre le constat d'inconstitutionnalité, sans nouvelle question préjudicielle, à une demande formée par le père.

⁽³⁶⁾ Limitons-nous à la même configuration familiale, un enfant issu d'une relation incestueuse entre demi-frère et demi-sœur. Pour l'extension à la parenté plus proche, *infra*, n° 9.

⁽³⁷⁾ Loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle (*M.B.*, 7 janvier 1989), article 26, § 2, alinéa 2, 2°.

⁽³⁸⁾ Les auteurs s'accordent pour estimer que de nouvelles questions préjudicielles doivent être posées si des actions similaires sont introduites par d'autres titulaires dans leur analyse de la portée de deux arrêts rendus par la Cour constitutionnelle sur la *possession d'état* et sur la *prescription* comme causes absolues d'irrecevabilité (C. const. 3 février 2011, n° 20/2011, *Act. dr. fam.*, 2011, p. 75, note N. GALLUS; *Juristenkrant*, 2011, p. 1, reflet G. VERSCHULDEN; *Juristenkrant*, 2012, p. 2, reflet L. PLUYM; *R.W.*, 2011-12, p. 1111, note F. SWENNEN; *T. Fam.*, 2011, p. 61, note T. WUYTS; *T.J.K.*, 2011 (somm. C. MELKEBEEK), pp. 201 et 254; C. const., 31 mai 2011, n° 96/2011, *Act. dr. fam.*, 2011, p. 142, note N. MASSAGER; *Juristenkrant*, 2011, p. 4, reflet M. VERHOEVEN; *R.W.*, 2011-12, p. 1113, note F. SWENNEN; *T. Fam.*, 2011, p. 214, note A. QUIRYNEN; *T.J.K.* 2011 (somm. C. MELKEBEEK), pp. 254 et 302, note C. MELKEBEEK). Voy. N. MASSAGER, «La prophétie de Gerlo. Réflexion à propos des derniers arrêts de la Cour constitutionnelle en matière de filiation», *op. cit.*, p. 137; A. RASSON-ROLAND et J. SOSSON, *op. cit.*, pp. 599-603 et 608-609; G. VERSCHULDEN, «Betwisting huwelijks vaderschap niet langer ontoelaatbaar bij bezit van staat», *op. cit.*, p. 3; T. WUYTS, «Het bezit van staat als absolute grond van niet-ontvankelijkheid bij betwisting van de afstamming strijdig met het recht op eerbiediging van het privéleven», note sous Cour const., 3 février 2011, *T. Fam.*, 2011, p. 73, n° 26. Ces constats ont, toutefois, été faits en raison des spécificités de l'espèce, du raisonnement particulier de la Cour et, dans le cas du deuxième arrêt, en raison de la présence d'un dispositif très clair. Ces auteurs admettent qu'en dehors de ces spécificités, on aurait pu concevoir que le litige introduit par un autre demandeur ait un objet *identique*.

7. Plus complexe est, ensuite, la détermination du sort réservé à une *reconnaissance paternelle* dans un même contexte d'inceste (art. 321 du C. civ.).

Il ressort du dispositif de l'arrêt et de la délimitation par la Cour de la question préjudicielle que le juge saisi⁽³⁹⁾ ne pourra pas, cette fois, se dispenser d'une nouvelle question pour obtenir éventuellement un constat d'inconstitutionnalité. Au vu des constats faits précédemment sur le titulaire de l'action en recherche en paternité, le seul fait qu'une reconnaissance paternelle soit, par définition, initiée par le père, ne devrait pas poser de difficultés.

Mais un autre obstacle pourrait contrarier le souhait, manifeste, de la Cour d'une prise en compte *in concreto* de l'intérêt de l'enfant. En effet, cette prise en considération, dont elle critique l'absence dans l'article 325 du Code civil, est-elle techniquement possible, *de lege lata*, en matière de reconnaissance? Tant dans l'établissement judiciaire de la filiation que dans la reconnaissance, l'intérêt de l'enfant n'est, en principe, apprécié par le juge (quel que soit l'âge de l'enfant)⁽⁴⁰⁾, qu'en cas de *contestation* par l'autre parent ou par l'enfant âgé de plus de douze ans (art. 329*bis* et 332*quinquies* du C. civ.). Mais ce parallélisme apparent masque une différence fondamentale: en matière de reconnaissance, le juge n'est pas toujours appelé à intervenir⁽⁴¹⁾.

Selon nous, l'idée sous jacente de la Cour pourrait être de seulement *atténuer* l'interdiction absolue, en imposant qu'un juge apprécie l'intérêt de l'enfant *dans tous les cas*, pas seulement dans ceux où il devrait déjà être pris en considération⁽⁴²⁾. La Cour l'affirme, même si elle cite l'article 332*quinquies* du Code civil: l'intérêt de l'enfant doit *toujours* être pris en considération par le juge saisi d'une demande d'établissement judiciaire de la paternité (B.8.3.). Surtout, elle condamne l'article 325 du

⁽³⁹⁾ Il faut au préalable se demander par quel biais un juge pourrait être saisi de cette demande (non judiciaire en principe) et amené à poser cette question! En effet, sauf à étendre par analogie le recours ouvert au père en cas de refus de consentements (art. 329*bis* du C. civ.) au cas, très différent, du refus de l'*officier d'état civil* pour cause d'inceste constaté, aucun juge n'est saisi pour pouvoir poser la question de constitutionnalité de l'article 321 du Code civil, sauf dans le cadre d'une action en annulation de la reconnaissance initiée par le ministère public (art. 138*bis*, § 1^{er} du C. jud.). Tel était le cas dans l'arrêt rendu par la Cour le 17 décembre 2003. Voy. C. const., 17 décembre 2003, n° 169/2003, précité, note 5. Comp.: G. MATHIEU et A.-Ch. RASSON, *op. cit.*, p. 32, n° 28, note 92. Comp. sans précision quant au fondement du recours en cas de refus de l'officier de l'état civil: A.-Ch. VAN GYSEL, «La fin de l'interdit de l'inceste en droit belge?», *op. cit.*, p. 155; T. WUYTS, «Het verbod tot vaststelling van een afstammingsband ingeval daaruit inest blijkt strijdig bevonden met het gelijkheidsbeginsel», *op. cit.*, p. 226, n° 9.

⁽⁴⁰⁾ C. const., 16 décembre 2010, n° 144/2010, *Act. dr. fam.*, 2011, p. 2, note N. MASSAGER; *Juristenkrant*, 2011, p. 4, reflet L. STEVENS; *R.A.B.G.*, 2011, p. 883, note E. DE MAEYER et C. VERGAUWEN; *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, (somm.), p. 118; *R.W.*, 2010-11, (somm.), pp. 894 et 1431; *T. Fam.*, 2011, p. 56, note F. SWENNEN; *T.G.R.-T.W.V.R.*, 2011, p. 166; *T.J.K.*, 2011, p. 139, note C. MELKEBEEK et pp. 201, 254 et 320 (somm. C. MELKEBEEK) (reconnaissance); C. const., 3 mai 2012, n° 61/2012, *Act. dr. fam.*, 2012, p. 135, note; *Juristenkrant*, 2012, p. 2, reflet M. VERHOEVEN; *R.W.*, 2011-12 (somm.), p. 1827; *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 704 (recherche de paternité).

⁽⁴¹⁾ Il n'interviendra qu'en cas de demande d'autorisation ou d'annulation de reconnaissance.

⁽⁴²⁾ Dans le même sens, voy. G. MATHIEU et A.-Ch. RASSON, *op. cit.*, p. 31, n° 26.

Code civil pour non-prise en considération de cet intérêt dans une configuration factuelle où celui-ci n'aurait légalement *pas* dû être apprécié par le juge sur la base de l'article 332quinquies du Code civil⁽⁴³⁾. Enfin, n'oublions pas que l'arrêt s'inscrit dans la tendance plus générale de la Cour à démanteler les causes d'irrecevabilité absolues pour réaffirmer la nécessité d'une prise en compte par le juge saisi, *dans tous les cas*, si pas de l'intérêt de l'enfant uniquement, du moins de la situation concrète. Nous pensons donc que le souhait de la Cour est qu'un juge saisi d'une demande d'établissement judiciaire de la filiation ne puisse plus déclarer la demande irrecevable sur la base de l'article 325 du Code civil, mais puisse encore la rejeter au fond après examen de l'intérêt de l'enfant, et si la demande est *manifestement*⁽⁴⁴⁾ contraire à celui-ci. Le problème est que s'il a été facile à la Cour de concevoir l'implémentation de sa décision dans tous les cas de recherche de paternité, tel n'est pas le cas en matière de reconnaissance⁽⁴⁵⁾. A-t-elle les moyens de susciter une procédure de contrôle para-légale? Nous en doutons et cela peut nous porter à croire qu'elle ne rendra pas nécessairement la même décision en matière de reconnaissance.

Il reste que, dans l'attente d'un éventuel arrêt, l'interdiction absolue d'une reconnaissance incestueuse peut être contournée⁽⁴⁶⁾. Un père incestueux frustré dans sa tentative de reconnaissance par un refus de l'officier d'état civil peut introduire une action en établissement judiciaire de paternité. Notre lecture de l'arrêt invite à accueillir favorablement cette demande si le juge constate qu'elle n'est pas manifestement contraire à l'intérêt de l'enfant.

Plus subtile serait une autre stratégie de contournement via l'«action 2 en 1» de contestation par le père biologique, ici le père incestueux (art. 330, § 3 du C. civ.). Cette possibilité semble, de façon surprenante, résulter de la loi elle-même. Les dispositions relatives à cette action ne font, en effet, aucune référence aux articles relatifs à l'inceste, et n'imposent comme vérification que celle des conditions de l'article 332quinquies du Code civil⁽⁴⁷⁾. On pourrait donc imaginer qu'une personne de complaisance reconnaisse dans un premier temps l'enfant, pour «permettre»

⁽⁴³⁾ Aucune opposition à l'action n'émanait, en l'espèce, de la mère et/ou d'un enfant âgé de plus de douze ans.

⁽⁴⁴⁾ Nous rejoignons ici en partie A.-Ch. VAN GYSEL selon lequel, sauf à créer *ex nihilo* une norme d'appréciation nouvelle et jurisprudentielle de l'intérêt de l'enfant, celui-ci doit être *préssumé*, et le contrôle du juge *marginal* («La fin de l'interdit de l'inceste en droit belge?», *op. cit.*, pp. 154-155). *Contra*: G. MATHIEU et A.-Ch. RASSON, *op. cit.*, pp. 31-32, n° 26; Cour const., 7 mars 2013, n° 30/2013, inédit.

⁽⁴⁵⁾ La Cour ne disposerait pas, en cette matière, d'un cadre juridique lui permettant d'envisager la présence d'un juge dans tous les cas et d'exiger de lui, en toutes circonstances, la prise en considération de l'intérêt de l'enfant.

⁽⁴⁶⁾ Pas comme le suggère A.-Ch. Van Gysel, en profitant de la naïveté de l'officier d'état civil. Si les parents «mentent» à l'officier d'état civil, l'intérêt de l'enfant ne sera pas non plus pris en compte par un juge. Notons que, contrairement à ce que soutient A.-Ch. Van Gysel, si une discrimination entre enfants peut résulter de telles manœuvres, elle ne découlerait pas de l'arrêt commenté, mais d'un contournement frauduleux des dispositions légales (A.-Ch. VAN GYSEL, «La fin de l'interdit de l'inceste en droit belge?», *op. cit.*, pp. 153, notes I et 155).

⁽⁴⁷⁾ Sauf à y lire un oubli, peu probable eu égard à l'attention portée aux articles 329bis et 332quinquies du Code civil, cela prouve, comme la cohabitation légale incestueuse, que le législateur n'est pas absolument convaincu par les fondements qu'il donne à sa «répression» de l'inceste consenti et vécu. Comp. pour la thèse de l'inadvertance législative: T. WUYTS,

dans un deuxième temps au père incestueux de contester cette reconnaissance et par là d'établir sa paternité⁽⁴⁸⁾.

8. Enfin, une brève étude de droit comparé permet déjà de constater que l'interdit de l'inceste se concrétise différemment, d'abord et avant tout selon les lieux⁽⁴⁹⁾. Si nos voisins français ont, dans un premier temps, connu une évolution libérale de la matière⁽⁵⁰⁾, ils font marche arrière ces dernières années. Après l'arrêt de la Cour de cassation par lequel l'adoption simple par le père d'un enfant conçu avec sa demi-sœur⁽⁵¹⁾ a été déclarée contraire à la prohibition de l'établissement d'une filiation incestueuse (art. 334-10 du C. civ. fr.)⁽⁵²⁾, le législateur français a renforcé la prohibition en précisant qu'en cas d'inceste, «il est interdit d'établir la filiation à l'égard de l'autre (parent) par quelque moyen que ce soit» (art. 310-2 du C. civ. fr., réd. 4 juillet 2005).

À cet égard, l'état du droit français contraste avec la tendance libérale de notre Cour constitutionnelle dont nous saluons la capacité d'anticipation, tant les moyens de contourner l'interdiction⁽⁵³⁾ sont le signe d'un besoin social grandissant⁽⁵⁴⁾.

«Het verbod tot vaststelling van een afstammingsband ingeval daaruit incest blijkt strijdig bevonden met het gelijkheidsbeginsel», *op. cit.*, pp. 225-226, n° 9.

⁽⁴⁸⁾ Notons quand même qu'outre les conditions de l'article 332quinquies, doivent aussi être remplies les conditions de recevabilité et de fond de l'action en contestation de paternité, et notamment l'absence de possession d'état à l'égard de l'homme qui a reconnu l'enfant (art. 330, § 1^{er} du C. civ.). Mais cette possession d'état, si elle existe, pourrait être équivoque ou écartée suivant la nouvelle prescription constitutionnelle pour permettre la prise en compte des intérêts en présence. Rappr. : Mons, 14 mai 2012, *Act. dr. fam.*, 2012, p. 140; *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 796, note G. MATHIEU.

⁽⁴⁹⁾ C. const., 9 août 2012, n° 103/2012, précité note 10, B.4.2. Pour un autre aperçu : C.E.D.H., 12 avril 2012, *Stübing c. Allemagne*, req. n° 43547/08, § 28.

⁽⁵⁰⁾ Voy. : J.-P. BRANLARD, *op. cit.*, pp. 205-215 et 276-283; E. LANGENAKEN, *op. cit.*, p. 363, note 29.

⁽⁵¹⁾ Et dont la reconnaissance avait été annulée sur base de l'article 334-10 du Code civil français.

⁽⁵²⁾ Cass. fr., 6 janvier 2004, *Dr. Fam.*, 2004, p. 19, note D. FENOUILLET; *D.*, 2004, p. 362, note D. VIGNEAU; *J.C.P.*, 2004, p. 783, note C. LABRUSSE-RIOU; *D.*, 2004, somm. comm., p. 1419, note; *Rép. Defrénois*, 2004, p. 594, note. J. MASSIP. Arrêt cassé : Rennes, 24 janvier 2000, *J.C.P.*, 2000, p. 2020, obs. F. GRANET; *Rev. trim. dr. civ.*, 2000, p. 819, note J. HAUSER. Sur cette affaire et ses suites : A. BATTEUR, *op. cit.*, pp. 196-197.

⁽⁵³⁾ Notons que la question du contournement par l'adoption de l'interdiction de reconnaissance en cas d'inceste aurait pu se poser dans les mêmes termes en Belgique. Rien ne semble, en effet, interdire à une personne d'adopter son enfant biologique incestueux (également en ce sens : G. VERSCHELDEN, *Handboek Belgisch Familierecht*, Bruges, die Keure, 2010, p. 233, n° 546. *Contra*. F. SWENNEN, *Het personen-en familierecht*, *op. cit.*, p. 303, n° 488), sauf à tirer de l'article 343 du Code civil une règle générale selon laquelle l'adoption ne peut servir à créer un lien de filiation non permis par la loi (en ce sens : A.-Ch. VAN GYSEL, «Quelle prohibition de l'inceste pour la société actuelle», *op. cit.*, pp. 288-289) et sauf à craindre que l'adoption ne soit rejetée à défaut de justes motifs (en ce sens : G. VERSCHELDEN, «Arbitragehof mildert verbod tot erkenning aanverwant kind», *Juristenkrant*, 28 janvier 2004, n° 82, p. 12). Pour une conception récente et restrictive des justes motifs en matière d'adoption dans le cadre d'une maternité de substitution : Gand, 30 avril 2012, *R.G.D.C.*, 2012, p. 372, note G. VERSCHELDEN; *T.J.K.*, 2012, p. 261, note L. PLUYM.

⁽⁵⁴⁾ J. HAUSER a, par exemple, pris argument de la «ncas de demande d'adoption. Dans l'espèce qui a donné lieu à l'arrêt rendu par la Cour de cassation française, l'inceste a été mis

La situation française contraste aussi sur le plan pénal. Comme en droit belge, les rapports sexuels incestueux entre majeurs (sexuels) consentants ne sont pas incriminés, et le lien de parenté, en cas de relations non consenties, n'est qu'une circonstance aggravante. Mais la France a voulu se démarquer sur ce dernier point en qualifiant «incestueux» les viols et agressions sexuelles sur mineurs commis «au sein de la famille» (art. 222-31-1 et 227-27-2 du C. pén. fr., réd. 8 février 2010). Ce fut une tentative symbolique et vaine puisque la formulation de la loi lui a valu deux déclarations d'inconstitutionnalité⁽⁵⁵⁾.

Fondamentalement différent, le droit allemand s'est concentré sur le choix des adultes, et a pris le parti, très responsable pensons-nous, de permettre à l'enfant incestueux d'établir sa double filiation quels que soient les liens entre les parents (§§ 1592, 1594-1598 et 1600 du C. civ. all.), sans renoncer à prévenir les relations incestueuses entre adultes consentants par une répression pénale plus franche. Les relations sexuelles consenties entre frères et sœurs sont punissables (art. 173 du C. pén. all.) et la Cour européenne des droits de l'homme l'approuve au regard de l'article 8 de la Convention, dans une affaire concernant la condamnation pénale d'un homme ayant eu quatre enfants avec sa sœur⁽⁵⁶⁾. La Cour valide, certes, l'immixtion du système dans la vie privée d'un individu, mais on ne peut lire dans son arrêt un recul de la Cour dans la protection de la vie privée et de l'auto-détermination en matière sexuelle⁽⁵⁷⁾. À notre avis, cet arrêt ne porte pas non plus d'enseignement général quant à la position de la Cour face à l'interdit de l'inceste, et encore moins face à l'interdiction absolue de l'établissement de la double filiation⁽⁵⁸⁾. La Cour évite tout jugement de valeur et relève seulement l'absence de consensus entre les états et le caractère «sensible» de la question pour reconnaître

au jour par une tentative infructueuse de reconnaissance (J. HAUSER, «L'adoption simple d'un enfant par son parent incestueux», note sous Rennes, 24 janvier 2000, *R.T.D.C.*, 2000, p. 819). Outre le contournement via l'adoption simple aujourd'hui empêché, pensons aussi, en France, à l'action à fins de subsides (art. 342 du C. civ. fr.). Rappr. avec la Belgique: action alimentaire non déclarative de filiation (*cf. supra*, n° 5).

⁽⁵⁵⁾ La référence aux «membres de la famille» a notamment été jugée trop générale et contraire au principe de légalité des délits et des peines. Voy. C. const., fr., 16 septembre 2011, QPC n° 2011-163, *J.O.*, 17 septembre 2011, p. 15.600; C. const. fr., 17 février 2012, QPC n° 2011-222 (disponibles sur www.lexisnexis.fr). Sur cette législation: A. CERF-HOLLENDER, *op. cit.*, pp. 239-244; C. NEIRINCK, «Inceste: qui peut définir l'aire de la famille?», *Dr. fam.*, novembre 2011, pp. 1 et s.

⁽⁵⁶⁾ C.E.D.H., 12 avril 2012, *Stübing c. Allemagne*, req. n° 43547/08.

⁽⁵⁷⁾ C'est d'ailleurs en référence à la protection de l'auto-détermination sexuelle que la Cour trouve une justification à l'incrimination pénale! (arrêt précité, § 63). Rappr.: C.E.D.H., 17 février 2005, *K.A. et A.D. c. Belgique*, *J.T.*, 2005, p. 331, obs. F. KRENC; *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 697, note M. DEMARET; *J.T.D.E.*, 2005, p. 95; *R.W.*, 2006-2007, p. 1617, obs. W. VANDENHOLE; *T. Strafr.*, 2005, p. 426, note A. DIERICKX; G. GENICOT, «Le sadomasochisme face à la liberté sexuelle et au droit au respect de la vie privée», note sous Cass. (2^e ch.), 6 janvier 1998, *Rev. trim. dr. fam.*, 2000, p. 213; Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, *op. cit.*, pp. 152-154, n° 124.

⁽⁵⁸⁾ Rappr.: T. WUYTS, «Het verbod tot vaststelling van een afstammingsband ingeval daaruit incest blijkt strijdig bevonden met het gelijkheidsbeginsel», *op. cit.*, p. 222, note 6. *Contra*: A.-Ch. VAN GYSEL, «La fin de l'interdit de l'inceste en droit belge?», *op. cit.*, p. 154.

à l'Allemagne une large marge d'appréciation⁽⁵⁹⁾. Il faut surtout noter la spécificité des faits présentés à la Cour, bien différents des situations dont nous défendons, ci-avant, la reconnaissance juridique : la sœur était âgée de seulement seize ans au moment des faits et se trouvait, à ce moment, dans un lien de dépendance fort à l'égard de son frère, donc sous son influence⁽⁶⁰⁾.

III. D'AUTRES PERSPECTIVES?

9. La question que tout le monde se pose, peut-être parce que ces situations interpellent ou intriguent, est celle du devenir de l'interdiction de la double filiation pour les enfants issus de frère et sœur, ou de parents en ligne directe.

À notre avis, la voie est ouverte à de nouvelles questions préjudicielles et il y a de fortes chances pour que la Cour statue dans le même sens⁽⁶¹⁾. Le raisonnement de la Cour nous semble, en effet, transposable en tous points, quels que soient la nature et le degré du lien entre les parents incestueux. Mais peut-être le juge saisi constatera-t-il que la balance concrète des intérêts de l'enfant prônée par la Cour constitutionnelle penche manifestement dans le sens opposé à la double filiation⁽⁶²⁾.

10. Cette question entraîne celle de la pertinence d'autres obstacles absolus à l'établissement de la filiation. L'enfant issu d'un viol ne peut actuellement pas bénéficier d'un lien de filiation avec son père biologique (art. 329bis, § 2 et 332quinquies, § 4 du C. civ.)⁽⁶³⁾. Malgré le particularisme de cette exception⁽⁶⁴⁾,

⁽⁵⁹⁾ Sur la marge d'appréciation des états, voy. not. les réflexions récentes suivantes : N. BRATZA, «Aux côtés de Françoise Tulkens», *J.T.*, 2012, pp. 589-591 ; D. SPIELMANN, «Consensus et marge d'appréciation nationale», *J.T.*, 2012, pp. 592-593 ; P. THIELBÖRGER, «Judicial passivism at the european court of human rights», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2012, pp. 345-347.

⁽⁶⁰⁾ Suite à la perte récente de leur mère. *Contra* : P. THIELBÖRGER, *op. cit.*, p. 343. Selon cet auteur, cette influence n'a pas été décisive dans la décision de la Cour. Nous y voyons une confirmation de l'auto-détermination sexuelle. Notamment en matière de sadomasochisme, c'est, pour la Cour, le consentement de la victime qui est décisif pour la non-incrimination (Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, *op. cit.*, pp. 152-154, n° 124).

⁽⁶¹⁾ Sous réserve du cas particulier de la reconnaissance (*supra*, n° 7).

⁽⁶²⁾ En se basant, par exemple, sur le degré plus élevé de promiscuité de fait entre les membres de la famille pour invoquer une perturbation plus grande de l'enfant. Voy. *supra*, note 11.

⁽⁶³⁾ Cet obstacle est toutefois moins absolu que celui de l'inceste : rien n'empêche d'établir la filiation par reconnaissance avec le consentement de la mère et de l'enfant, ou judiciairement à la demande de l'un de ces derniers. Sur la possibilité de reconnaissance : J. SOSSON, «Le droit de la filiation nouveau est arrivé», *J.T.*, 2007, p. 398, n° 42 ; F. SWENNEN, *Het personen-en familierecht*, *op. cit.*, p. 290, n° 459. Sur la possibilité d'établissement judiciaire de la filiation : Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, *op. cit.*, p. 622, n° 671-2 ; F. SWENNEN, *Het personen-en familierecht*, *op. cit.*, p. 295, n° 473.

⁽⁶⁴⁾ Le viol est pénalement répréhensible contrairement à l'inceste qui ne l'est que socialement. L'intérêt de l'enfant ne semble pas, ici, avoir été la (seule) priorité du législateur, ce qui est, d'ailleurs, critiqué à juste titre par certains auteurs. Voy. not. : N. GALLUS, *op. cit.*, p. 298 ; N. MASSAGER, «La nouvelle loi sur la filiation», in *Droit des familles*, sous la coordination de D. PIRE, C.U.P., vol. 92, février 2007, Liège, Anthemis, 2007, pp. 83-84 ; F. SWENNEN, *Het personen-en familierecht*, *op. cit.*, p. 267, n° 420.

nous sommes d'avis qu'un tel enfant pourrait, si une nouvelle question préjudicielle était posée, bénéficier du raisonnement de la Cour et voir son intérêt pris en considération⁽⁶⁵⁾. Et comme, malheureusement, c'est souvent au sein de leur environnement familial ou habituel que les mineurs sont victimes d'abus sexuels, il faut également s'attendre à devoir se pencher sur le cas d'enfants issus d'un viol incestueux, favorablement et sous les réserves qui précèdent⁽⁶⁶⁾.

Répétons que si nous attendons que ces interdictions puissent être relativisées, nous conseillons le cas échéant d'agir sur les *effets* de la filiation établie pour moduler les prérogatives parentales dans ces familles atypiques, toujours dans l'intérêt de l'enfant⁽⁶⁷⁾.

11. Ainsi se poursuit l'évolution du droit belge des familles dans la direction d'un droit décomplexé et efficace, audacieux à déployer sa fonction opératoire dans une zone particulièrement sensible sur le plan des valeurs portées par la norme. Nous accordons pour cela une attention et une importance toute particulière à cette libéralisation de l'établissement de la filiation dans la famille incestueuse par le sang.

Elle est à la fois un aboutissement et un départ. Enfin est acquis, selon nous, le traitement égalitaire de tous les enfants contre les discriminations infligées par des lois pouvant brimer leurs intérêts au profit de valeurs abstraites. Ce mouvement est continu depuis l'arrêt *Marckx*, il y a plus de 40 ans. Commence aussi une période où le droit de la filiation sera plus judiciaire et moins réglementaire, d'abord teintée d'une certaine agressivité méthodologique car le juge constitutionnel contraint la loi, mais qui devrait s'apaiser avec la modification des lois critiquées. Le législateur devrait normalement réformer les principes fondateurs de la matière, prendre acte de ce que l'institution de la filiation ne peut plus heurter les faits ni les besoins des membres d'une famille. Nous ne redoutons pas l'insécurité juridique souvent annoncée car, avec Paul Martens, nous croyons que l'existence même du juge constitutionnel prouve que le constituant a préféré le « désordre » aux injustices⁽⁶⁸⁾.

L'arrêt commenté aura-t-il la même suite que celui du 17 décembre 2003 en matière d'inceste entre alliés, à savoir l'ouverture du mariage dans la fratrie? Nous ne le pensons pas, par égard pour l'interdit que personne ne nie s'agissant

⁽⁶⁵⁾ Sous réserve du cas particulier de la reconnaissance (*supra*, n° 7). Dans le même sens, avec regret: A.-Ch. VAN GYSEL, «La fin de l'interdit de l'inceste en droit belge?», *op. cit.*, p. 155. L'intérêt matériel de l'enfant à établir sa filiation est incontestable lorsqu'il existe et est recherché. Dans le cas d'un viol entre partenaires affectifs, l'intérêt de l'enfant peut être le rattachement à une fratrie.

⁽⁶⁶⁾ Dans le même sens, avec regret, voy. A.-Ch. VAN GYSEL, «La fin de l'interdit de l'inceste en droit belge?», *op. cit.*, p. 155.

⁽⁶⁷⁾ En ce sens: M. DEMARET, «Le droit de la filiation réformé», *Rev. Not. belge*, 2007, p. 142; Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, *op. cit.*, pp. 606-607, n° 634-4; N. MASSAGER, «La proposition de loi 597 modifiant des dispositions du Code civil relatives à l'établissement de la filiation et aux effets de celle-ci», *Rev. Dr. ULB*, 2005/2, pp. 228-229 et «La nouvelle loi sur la filiation», *op. cit.*, p. 84; F. SWENNEN, *Het personen-en familierecht*, *op. cit.*, p. 268, n° 420.

⁽⁶⁸⁾ P. MARTENS, «Inceste et filiation: égalité et tabou», obs. précitées, p. 1289, n° 6.

des adultes. Un droit des familles accompagnateur n'est pas sans limites, celles que des valeurs objectivement reconnues comme importantes imposent via les lois et leurs sanctions. La Cour ne considérera probablement pas un tel empêchement déraisonnable ou disproportionné, au vu de son utilité sociale sinon établie du moins généralement ressentie⁽⁶⁹⁾. La Cour est d'ailleurs réticente à considérer que les effets du mariage doivent se diffuser sur les autres statuts, sur tous les couples ; elle pourrait ne pas se formaliser du déficit de protection juridique des couples incestueux. Il n'en demeure pas moins que certains auteurs proposent d'ouvrir le mariage dans certains cas d'inceste consanguin⁽⁷⁰⁾, et qu'il est objectivement problématique que des couples incestueux stables doivent se contenter d'une protection juridique qualitativement inférieure à celle du mariage. Le conjoint survivant de l'affaire commentée, réduit à la cohabitation légale, a subi des inconvénients patrimoniaux certains.

Dans ce droit de la filiation qui s'annonce plus humain, moins conceptuel, disparaîtront certainement des symboles diffusés par un législateur qui pensait pouvoir structurer des familles autour de modèles. Le vide — s'il fallait regretter ces symboles — est déjà partiellement comblé grâce à l'autorité des arrêts de la Cour constitutionnelle qui laissent un droit doté de moyens d'écouter les individus dans leurs demandes⁽⁷¹⁾. D'ailleurs, le souffle symbolique qui animerait le droit de la filiation est très relatif si l'on considère qu'une part très importante des demandes en matière de filiation sont formées à des fins exclusivement patrimoniales, sans projet affectif actuel.

Si le présent commentaire n'est pas le lieu de reprendre le débat sur les missions du droit de la famille⁽⁷²⁾, notons quand même que le droit de la filiation était un des derniers « bastions » d'un droit structurant les comportements privés. Il est significatif et important qu'il cède, comme d'autres avant lui, quelques années après une réforme qui n'avait délibérément pas dépassé les aménagements techniques. Cela ne nous étonne guère, tant certaines valeurs du droit de la filiation étaient ou bien désincarnées ou bien incapables de saisir les faits : la « paix des familles » protégée par la prescription ne régnait pas *toujours* dans la famille unie par le lien de filiation contesté, la « parenté socio-affective » coulée en possession d'état était *souvent*, au moment de la contestation, plutôt du côté de la famille sans

⁽⁶⁹⁾ Curieusement les arguments biologiques contre l'inceste consanguin semblent de plus en plus questionnés (D. FENOUILLET, « L'adoption de l'enfant incestueux par le demi-frère de sa mère, ou comment l'intérêt prétendu de l'enfant tient lieu de seule règle de droit », *op. cit.*, p. 4 n° 4 citant F. HERITIER, B. CYRULNIK et A. NAOURI, *De L'inceste*, Paris, Odile Jacob, pp. 29 et s.). Dans l'art, les enfants de l'inceste sont parfois les héros du drame (ex. Adonis, Siegfried). Sur Siegfried, « le pur héros », voy. Y.-H. LELEU, « L'amour hors normes dans la Walkyrie », in *Liber Amicorum Hélène Casman*, Anvers, Intersentia, à paraître ; sur Adonis, « Et ce fruit fut le plus beau qui fût », voy. J.-P. BRANLARD, *op. cit.*, p. 219, n° 558.

⁽⁷⁰⁾ Lorsque les partenaires n'ont pas été éduqués ensemble (A.-Ch. VAN GYSEL, « La fin de l'interdit de l'inceste en droit belge ? », *op. cit.*, p. 155).

⁽⁷¹⁾ Il reste des lacunes techniques, comme celle évoquée en matière de reconnaissance (*supra*, n° 7), mais de nouvelles questions préjudicielles peuvent aider à les combler également.

⁽⁷²⁾ Voy. not. Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, *op. cit.*, pp. 22 et s., n° 6 et s.

droits, et l'«ordre socio-familial» protégé par les empêchements liés à l'inceste était *parfois* bouleversé par la famille qui existe, ou délibérément rejeté par la famille qui exclut une structure de vie typique. Ces incertitudes, aussi nombreuses que les familles sont complexes, seront dorénavant prises en compte par le juge. Il n'idéaliserà plus ce que doit être une famille, mais tentera de donner un sens juridique aux liens tissés ou souhaités. L'application des lois, toujours existantes malgré les inconstitutionnalités, sera plus incertaine, mais probablement plus juste ou mieux acceptée, après avoir été vivifiée par une écoute attentive.

Yves-Henri LELEU

Professeur à l'ULg et à l'U.L.B.

Professeur invité à l'Université Panthéon-Assas

Avocat au Barreau de Bruxelles

et

Laure SAUVEUR

Assistante à l'ULg

Collaboratrice notariale