

Filiation 2017 : l'intérêt bien pondéré

Yves-Henri LELEU

Professeur à l'ULg et à l'ULB, avocat

1. Les législateurs successifs ont refusé de centrer le droit de la filiation sur l'intérêt concret de l'enfant et de sa famille. Ils ont préféré renforcer des équilibres socio-familiaux abstraits prétendus garants du bien collectif. La Cour européenne des droits de l'homme s'en préoccupe pourtant depuis 25 ans, la Cour constitutionnelle depuis plus de cinq. Une réforme attendra probablement la prochaine législature. Le législateur semble avoir peine à envisager de couler un droit du concret dans des normes générales. Qu'à cela ne tienne, les juges s'en chargent.

Les arrêts de la Cour constitutionnelle ont levé depuis 2011 les principaux obstacles légaux à l'examen *in concreto* des contestations de filiation (possession d'état, prescription, inceste). Ils n'apportent cependant pas de réponse aux questions que la jurisprudence et la doctrine se posent sur la nature et l'étendue du pouvoir du juge du fond dans les espaces ouverts. Ces arrêts mentionnent que les constats d'inconstitutionnalité ont pour objectif de donner aux parties un forum judiciaire «susceptible d'apprécier les intérêts en présence», mais ne prescrivent pas — et ne sauraient prescrire — une manière de le faire qui serait (la seule) conforme aux droits protégés (art. 8 C.E.D.H., art. 22 et 22*bis* Const.). L'élaboration du nouveau droit judiciaire de la filiation est donc duale : en voie d'achèvement à la Cour constitutionnelle⁽¹⁾, émergente et multiforme devant les juridictions de fond.

⁽¹⁾ La cohérence de la jurisprudence constitutionnelle sur la contestation de filiation est à présent évidente et se résume comme suit :

1. La possession d'état n'est plus une cause d'irrecevabilité.
2. L'action des enfants demandeurs n'est pas irrecevable en raison du dépassement de délais.
3. L'action des adultes empêchés d'agir en raison d'une règle de droit ou d'un fait non maîtrisable n'est pas irrecevable en raison du dépassement de délais.
4. Les autres parties adultes ayant agi hors délais demeurent prescrits, certainement lorsque d'autres personnes peuvent encore agir, en particulier l'enfant.

En ce sens : Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 592, n° 603 ; P. MARTENS, «Contrepoint», in *Cour constitutionnelle et droit familial*, J. SOSSON et N. MASSAGER (éds), Limal, Anthemis, 2015, p. 100. *Contra* : N. GALLUS, «La filiation», *R.P.D.B.*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 107, n° 84.



2. La tentation est grande de tracer les lignes de conduite de la jurisprudence *de fond*, pour y poser des rails et, inévitablement, l'inviter à les suivre. Des études à finalité comparable ont été faites sur le matériau des arrêts *constitutionnels*⁽²⁾. De nombreuses recherches investiguent par ailleurs le principe de proportionnalité⁽³⁾ et la balance des intérêts par le juge, tant pour l'application des droits fondamentaux (européens) qu'en droit patrimonial des couples⁽⁴⁾, mais pas encore en droit civil de la filiation.

Cette tentation doit composer avec les particularités de la hiérarchie normative belge. La méthode d'analyse doctrinale de la jurisprudence en droit de la filiation doit elle-même être fondamentalement renouvelée.

Si les arrêts constitutionnels ont force de précédent dans les espèces qu'ils concernent, et au-delà pour toute cause similaire, les décisions de fond demeurent non liantes. Les juges se conseillent des chemins de raisonnement, qu'ils empruntent en motivant des décisions non générales, dont ils pourront toujours s'écarter au détour d'une affaire nouvelle. Même les arrêts de la Cour de cassation n'ont pas valeur de précédent. En droit de la

⁽²⁾ Les dernières en date, en forme exploitable par les praticiens: N. MASSAGER, «Filiation 2.0. Méthode de résolution en droit de la filiation incluant la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, la loi sur la comaternité, la pratique de la GPA et les nouvelles formes de coparentalité», in *Le droit familial et le droit patrimonial de la famille dans tous leurs états*, Th. VAN HALTEREN (éd.), Bruxelles, Larcier, 2017, 10; J. SOSSON, «Les actions relatives à la filiation: tableaux synthétiques. Que reste-t-il de nos amours», in *États généraux de la famille II*, Bruxelles-Limal, Larcier-Anthemis, 2016, p. 48.

⁽³⁾ Voy. not. S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2001. Dans une perspective de droit comparé fonctionnel, le problème ici réglé par la Cour constitutionnelle, l'est en France, à un stade plus embryonnaire via le «contrôle de proportionnalité» sous le contrôle de la Cour de cassation. La Cour de cassation de France valide la jurisprudence de fond qui fonde des décisions d'écarter des obstacles à l'accès au juge en droit de la filiation sur le droit au respect de la vie familiale (art. 8 C.E.D.H.). Dans un arrêt du 6 juillet 2016 (*D.*, 2016, 1980, note H. FULCHIRON), elle confirme la possibilité de faire exception à la prescription des actions relatives à la filiation (art. 333 C. civ. fr.) en cas de restriction disproportionnée du droit d'une personne à voir établie sa filiation. Dans un arrêt du 10 juin 2015 (*D.*, 2015, 2365, note H. FULCHIRON, *D.*, 2016, 857, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS, *RTD civ.*, 2015, 596, obs. J. HAUSER, *RTD civ.*, 2015, 825, obs. J.-P. MARGUÉNAUD), elle reproche un manque de recherche d'un juste équilibre dans la mise en œuvre de l'article 8 C.E.D.H. entre le droit d'un demandeur de voir établir sa filiation biologique et les intérêts des filles du père prétendu qui refusaient qu'il hérite. Ces deux arrêts éclairent les modalités d'exercice du contrôle de proportionnalité. Dans une note approuvative H. Fulchiron expose que «le contrôle de proportionnalité ne transforme pas la Cour de cassation, saisie d'on ne sait quelle *ubris*, en une super Cour suprême, traitant de tout, tranchant de tout et bafouant les arbitrages démocratiquement réalisés par le législateur au nom du peuple souverain. L'exercice du contrôle de proportionnalité est encadré et contrôlé. Il n'est pas synonyme d'arbitraire: la méthode, et les limites de ce contrôle, se construisent peu à peu». *Contra*: J. HAUSER, obs. précitées, *RTD civ.*, 2015, 825.

⁽⁴⁾ Voy. not. N. GEELHAND, «Het vertrouwensbeginsel als instrument van belangenafweging in het huwelijksvermogensrecht», *T.P.R.*, 1995, pp. 10-15, nos 5-13.



filiation, la Cour de cassation a rendu un premier arrêt sur la pondération concrète des intérêts par le juge validant le choix de la faire au stade de la recevabilité sans exclure celui de la faire au fond⁽⁵⁾. Dans d'anciens arrêts, elle valide leur pondération abstraite par le législateur⁽⁶⁾, estimant que la loi tient compte de l'intérêt de l'enfant⁽⁷⁾.

Aussi, le présent commentaire se démarque-t-il des analyses d'arrêts constitutionnels en droit de la filiation, par son objet d'étude et sa finalité⁽⁸⁾. Là où indiquer la (non-)cohérence d'arrêts de la Cour constitutionnelle permet l'ordonnancement de cette jurisprudence autour de précédents⁽⁹⁾, la

⁽⁵⁾ Cass., 7 avril 2017, R.G. n° C.15.0379.NL, rendu dans l'affaire tranchée par la cour d'appel de Bruxelles commentée ci-après (*infra*, n° 6), inédit au jour de la parution de la présente contribution. L'arrêt de la Cour de cassation du 11 avril 2014 rendu dans l'affaire tranchée par l'arrêt de la cour d'appel de Mons commenté ci-après (*infra*, n° 17) ne se prononce que sur la nature non marginale du contrôle de l'intérêt de l'enfant dans l'article 329*bis* censuré par l'arrêt n° 30/2013 du 7 mars 2013 de la Cour constitutionnelle.

⁽⁶⁾ Voy. à ce sujet : N. GEELHAND, « Het vertrouwensbeginsel als instrument van belangenafweging in het huwelijksvermogensrecht », *T.P.R.*, 1995, pp. 10-15, n°s 5-13.

⁽⁷⁾ La Cour de cassation refuse de valider l'instauration d'un contrôle judiciaire de l'intérêt de l'enfant sur la base de l'article 3 de la Convention de New-York relative aux droits de l'enfant, qui n'a pas d'effet direct (Cass., 2 mars 2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 712, note J. SOSSON; Cass., 4 novembre 1999, *Rev. trim. dr. fam.*, 2000, p. 680, *R.W.*, 2000-2001, note A. VANDAELE). La Cour estime que l'intérêt de l'enfant est pris en compte par la loi notamment via la possession d'état, et qu'il n'appartient pas au juge d'y substituer une appréciation de l'intérêt de l'enfant qui lui paraîtrait « plus appropriée ».

⁽⁸⁾ Dans un *droit continental*, la doctrine a pour mission de systématiser les matériaux du système pour lui donner sa cohérence ou découvrir des principes sous-jacents — le droit y est conçu comme un ensemble clos et cohérent ; dans un droit de type *common law*, il n'y a à proprement parler pas de « doctrine » ni de « science du droit » dont elle serait le révélateur, car le droit est conçu comme une série de solutions ponctuelles adoptées à l'occasion de litiges déterminés (rappr. : A.-F. DEBRUCHE, « La tradition romaniste, une espèce menacée ? Libre propos sur le mythe du droit civil inutile et abstrait », *Les Cahiers de Droit*, 2015-56, pp. 3-33). Dans un système qui, pour être à l'origine issu de la tradition continentale, consent une place de plus en plus importante, notamment dans la présente matière, au rôle du juge et au droit jurisprudentiel, la doctrine occupe une position inconfortable si elle entend se prévaloir d'une posture scientifique (exempte de jugement de valeur sur les productions des agents du système juridique ; se limitant à émettre des jugements de réalité). La doctrine devrait en théorie se borner à analyser les décisions de justice, les rapprocher, en évaluer la cohérence interne et externe, et avec retenue dans un système jurisprudentiel où l'essentiel est de résoudre des cas concrets et où le souci de cohérence est moins présent.

⁽⁹⁾ La Cour constitutionnelle installe visiblement un système de précédent pour sa propre jurisprudence en droit de la filiation. La lecture des trois récents arrêts censurant la prescriptibilité de la demande en contestation des enfants (arrêts n° 18/2016 du 3 février 2016, n° 77/2016 du 25 mai 2016 et 161/2016 du 14 décembre 2016) est éclairante quant au suivi formel d'une méthodologie « *judge made law* ». Ces trois arrêts constatent l'absence de nécessité de distinction (*distinguishing*) du cas soumis par rapport à des précédents (notamment le premier précédent, l'arrêt n° 96/2011 du 31 mai 2011). Ils reproduisent textuellement les attendus décisifs des précédents. Certains arrêts (n°s 77/2016 et 161/2016) constatent la similarité de problématiques en vue de justifier l'extension des solutions (entre la contestation de paternité et de reconnaissance par exemple).



recherche de points communs ou de divergences dans les décisions de fond permet, au mieux, de leur attribuer une valeur juridique et d'apprécier leur portée dans la construction du droit casuel. La présente contribution ne vise donc pas la « prévisibilité du produit du débat » mais l'anticipation des « règles et axes du débat lui-même »⁽¹⁰⁾.

3. Pour atteindre notre objectif, nous analyserons des arrêts des cours d'appel qui ont statué sur des contestations de paternité⁽¹¹⁾ dans des configurations familiales plus ou moins éloignées.

Notre *hypothèse de recherche* est que le juge du fond ne se conformera à la jurisprudence constitutionnelle et européenne ainsi qu'aux lois non censurées qu'à condition :

- de procéder à une appréciation d'intérêts au fond et non au stade de la recevabilité ;
- de hiérarchiser et pondérer les intérêts ;
- de se nourrir des données de la cause et non de critères abstraits.

L'analyse d'arrêts récents permettra de vérifier cette hypothèse, à confirmer par sa réitération sur la jurisprudence à venir. Il ne suffit plus,

⁽¹⁰⁾ Sur ces notions : S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 713, n° 1012. La présente contribution entend donc dépasser ce qui a été décrit comme des « joutes » ou « disputes » (*disputatio*) « éloignées des préoccupations des praticiens et bien plus fondamentalement des citoyens » (J. SOSSON, « Les actions relatives à la filiation : tableaux synthétiques. Que reste-t-il de nos amours », in *États généraux de la famille II*, Bruxelles-Limal, Larcier-Anthemis, 2016, p. 38, n° 1). Ces « disputes » nous ont semblé nécessaires pour conscientiser les praticiens, et via eux les citoyens, à la cohérence de la jurisprudence constitutionnelle et à l'assurance de ce que le droit censuré en demeurait un à part entière.

⁽¹¹⁾ Notons que la méthode de pondération des intérêts en présence est déjà pratiquée au stade de l'établissement de la filiation (autorisation de reconnaissance — art. 329bis), et ce bien que ni la loi ni la Cour constitutionnelle ne le prescrivent. On approuvera cette progression du principe de proportionnalité en droit de la filiation. Voy. en ce sens : Trib. fam. Namur, 13 janvier 2016, *Rev. trim. dr. fam.*, 2016, 693 : « Le tribunal de céans estime devoir raisonner sur base de la balance des intérêts en présence en donnant une place prépondérante à l'intérêt de l'enfant, en excluant dès lors que le contrôle soit purement marginal, et ce sur base de l'arrêt rendu par la Cour constitutionnelle le 7 mars 2013 (n° 30/2013). Dans le même sens : G. MATHIEU, « L'intérêt de l'enfant sur le fil — Réflexions à partir des arrêts de la Cour constitutionnelle en matière de filiation », *J.T.*, 2013, 425 « (...) le pouvoir judiciaire, lorsqu'il est saisi d'une demande de reconnaissance ou d'établissement judiciaire de la filiation, doit, à notre estime, dans son examen concret de la cause, opérer une balance des intérêts dans laquelle la prise en compte de l'intérêt de l'enfant doit revêtir un poids supplémentaire, compte tenu de la vulnérabilité de l'enfant. Il va de soi que cela ne signifie pas que l'intérêt de l'enfant est la seule considération qui doit guider le juge. Ce dernier devra tenir compte de tous les intérêts en présence, tout en accordant une place particulière à la partie la plus fragile du conflit, à savoir l'enfant » (*adde* Trib. fam. Namur, 20 mai 2015, *Rev. trim. dr. fam.*, 2016, 125). Pour plus de détails, N. MASSAGER, « Filiation 2.0. », in *Le droit familial et le droit patrimonial de la famille dans tous leurs états*, pp. 41 et s.



dans la phase actuelle de construction du droit judiciaire de la filiation, de constater que la jurisprudence constitutionnelle encourage, voire oblige, une pondération des intérêts⁽¹²⁾. Il faut encore fixer le stade procédural auquel opérer cette pondération, et arrêter une méthode de la réaliser conforme aux droits fondamentaux qui percolent via la jurisprudence constitutionnelle et les lois non censurées.

Nous sérions dans la vérification de cette hypothèse plusieurs *questions* à traiter quant à l'office du juge du fond, et exposerons pour chaque arrêt la question principalement abordée et la manière d'y répondre :

1. *Quelle portée conserve l'article 318, § 3 non censuré par la Cour constitutionnelle (ou de l'article 330, § 2) selon lequel le lien de filiation « est mis à néant s'il est prouvé que l'intéressé n'est pas le père » ?* À la lettre, la loi oblige le juge à déclarer fondée toute contestation de filiation légale en l'absence de lien biologique.
2. *Le juge doit-il apprécier les intérêts en présence au stade de la recevabilité ou au fond ?* L'hésitation est légitime en raison du problème n° 1 : si le juge estime opportun que l'enfant non biologique reste intégré à sa famille légale, il pourrait préférer contourner l'article 318, § 3 en déclarant l'action irrecevable malgré les censures de la cause d'irrecevabilité. Est-ce conforme à la jurisprudence constitutionnelle ?
3. *La possession d'état (ou la prescription ou l'inceste) peut-elle revenir au fond à titre de « fait établi », alors que la jurisprudence constitutionnelle impose de l'écarter en recevabilité ?* Ces faits peuvent-ils revenir même devant le juge « de renvoi », celui qui a posé la question préjudicielle ?
4. *Variante : le juge peut-il considérer que le seul effet de la jurisprudence constitutionnelle serait de transformer les causes d'irrecevabilité en « obstacles relatifs » ?* Cela les maintiendrait à l'état de droit positif, exigeant pour être écartés une balance d'intérêts voire la preuve de « circonstances exceptionnelles » ou d'autres conditions préconçues.

4. Au-delà de leur apport technique, les quatre arrêts publiés ci-après et commentés sont exemplatifs de la diversité des premiers résultats individuels de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle. Celle-ci a traité des situations toujours plus différentes qui finissent par couvrir l'éventail des familles et tous les conflits généalogiques possibles. À présent, la jurisprudence de fond peut s'atteler à la pondération des intérêts, et moins à s'interroger sur les arbitrages préjudiciels en confrontant le cas aux précédents constitutionnels.

⁽¹²⁾ Pour quelques suggestions antérieures : Y.-H. LELEU, « À l'orée d'un droit judiciaire des familles. Propos introductifs », in *Actualités de droit des personnes et des familles* (Y.-H. LELEU et D. PIRE (éds)), Limal, Anthemis, 2013, p. 1.

Ce constat est positif si l'on se rallie à l'option d'un droit des familles qui a évolué progressivement vers le respect de l'auto-détermination des individus⁽¹³⁾. La diversité des solutions au fond favorise en effet l'individualisation et l'humanisation du droit de la filiation, ainsi que sa lisibilité par les personnes concernées, cela à un moment où progresse en parallèle la réflexion sur les dilemmes identitaires⁽¹⁴⁾.

À l'adresse des praticiens du droit de la filiation, nous réitérerons *in fine* notre confiance dans une sécurité juridique renouvelée et modernisée, inhérente à un droit jurisprudentiel bien pensé, bien motivé, opportuniste dans l'intérêt pondéré de l'enfant et de sa famille, et sous une veille doctrinale de sa méthodologie et de son contenu⁽¹⁵⁾.

5. Avant de proposer la synthèse de nos repérages et une grille hiérarchisée de lecture des intérêts potentiellement en cause (6), nous résumerons pour chaque arrêt (1 — 5) les faits de la cause, la procédure suivie et la réponse à la question de recherche posée, que nous apprécierons en droit et en opportunité au regard de nos options dans cette problématique.

1. Bruxelles, 12 mai 2015 (*infra*, p. 97) et Cass., 7 avril 2017 : refus de pondération des intérêts au fond — Action fondée par application de l'article 318, § 3

6. L'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles, chambre néerlandophone, du 12 mai 2015 sanctionne une contestation de paternité introduite par un père biologique contre le père légal marié à la mère de l'enfant, âgée de

⁽¹³⁾ La jurisprudence constitutionnelle n'est donc pas à notre avis le «fer de lance de l'entrée du droit de la famille dans la modernité» et encore moins l'effet collatéral d'une «lutte de pouvoirs entre différents organes de l'État» (J. SOSSON, «Les actions relatives à la filiation : tableaux synthétiques. Que reste-t-il de nos amours», in *États généraux de la famille II*, Bruxelles-Limal, Larcier-Anthemis, 2016, p. 48) mais la conséquence voire la confirmation de la modernisation du droit des familles par les réformes à tendance auto-déterministe des 20 dernières années et sans autre dessein que le respect du droit à la vie privée et familiale.

⁽¹⁴⁾ *Contra*: N. GALLUS, «La filiation», *R.P.D.B.*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 21, n° 13 et p. 38, n° 25, pour qui la nouvelle façon de concevoir le droit de la filiation est contestable en ce qu'elle ouvre la porte à l'insécurité liée au pouvoir d'appréciation du juge, et donc à l'imprévisibilité, et en ce qu'elle supprime le caractère instituant de la filiation. Pour cet auteur, la pondération des intérêts en présence est l'office de la loi: «Approches nouvelles des parentés et parentalités en droit belge», *Rev. dr. U.L.B.*, 2001, p. 159: «(le droit) intervient essentiellement pour pondérer les intérêts en présence lorsque leur équilibre est menacé, pondération qui se fait en fonction de principes généraux tels que l'égalité et la non-discrimination ou l'intérêt de l'enfant».

⁽¹⁵⁾ Sur cette mission de la doctrine dans un système ouvert à la proportionnalité: S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 711, nos 1009-1011.



3 ans au moment de l'introduction de la demande (2011). Il y avait possession d'état dans la famille légale. Le père biologique n'était pas tardif.

Cette procédure fut émaillée d'un arrêt de la Cour constitutionnelle, n° 105/2013 du 9 juillet 2013, qui leva en l'espèce l'irrecevabilité pour possession d'état. En appel, le père biologique et la mère étaient convergents contre le père légal : obtenir que la paternité du père biologique soit établie, dans le cadre d'une action en contestation « 2 en 1 »⁽¹⁶⁾.

La cour statue sur renvoi de la Cour constitutionnelle et se conforme, mécaniquement, à l'arrêt. Constatant que sa décision sur la recevabilité et celle sur le fond sont « liées entre elles »⁽¹⁷⁾, elle dissocie néanmoins l'examen de la recevabilité de l'examen du bien fondé en jugeant, dans un premier temps, l'action recevable malgré des arguments de prétendue contrariété de la jurisprudence constitutionnelle avec la jurisprudence CEDH. Elle rappelle, à juste titre, les préceptes de conformation du juge de renvoi à « son » arrêt de Cour constitutionnelle (art. 28, loi du 6 janvier 1989). Pour la cour, l'article 318, § 1^{er} (irrecevabilité en cas de possession d'état) « ne peut plus être appliqué ». La cour ne fonde pas cette décision de recevabilité sur une appréciation d'intérêts. Son arrêt échappe à la censure de la Cour de cassation qui rejette le pourvoi dans son arrêt du 7 avril 2017⁽¹⁸⁾.

7. Reste, dans un second temps, à vaincre un survivant aux censures constitutionnelles, l'article 318, § 3 (la présomption de paternité « *est mise à néant* » si le lien biologique fait défaut).

La Cour bute contre cet article, assez dogmatiquement, suscitant une critique fondée⁽¹⁹⁾. Elle s'estime liée par la loi et privée du droit d'apprécier les intérêts concrets. Une telle attitude n'est pas conforme à la jurisprudence constitutionnelle, du moins son esprit⁽²⁰⁾. Elle n'est pas contredite par la Cour de cassation dans son arrêt du 7 avril 2017, qui n'était pas saisie sur ce point.

⁽¹⁶⁾ La Cour constate qu'à défaut d'opposition à l'établissement de filiation après contestation, l'article 332*quinquies* du Code civil ne doit pas être appliqué (comp. *infra*, n° 14, la configuration différente à la cour de Mons).

⁽¹⁷⁾ Rappr. Trib. fam. Liège, div. Verviers, 23 novembre 2015, inédit, R.G. n° 15/1254/A, ayant posé la question préjudicielle tranchée par l'arrêt de la Cour constitutionnelle n° 161/2016 du 14 décembre 2016, où le juge déclare que « la possession d'état n'est pas en l'espèce suffisamment continue pour justifier le *non-fondement* de l'action sur cette seule base » (nous soulignons).

⁽¹⁸⁾ Précité, note 5.

⁽¹⁹⁾ Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 628, n° 621 ; J. SOSSON, « Un enfant majeur a-t-il un droit inconditionnel à contester sa filiation ? », *J.T.*, 2016, p. 295, n° 17 et « Les actions relatives à la filiation : tableaux synthétiques. Que reste-t-il de nos amours », in *États généraux de la famille II*, Bruxelles-Limal, Larcier-Anthemis, 2016, p. 48.

⁽²⁰⁾ J. SOSSON, « Une enfant majeur a-t-il un droit inconditionnel à contester sa filiation ? Les enseignements de l'arrêt dit "Boël" de la Cour constitutionnelle », *J.T.*, 2016, p. 295.



Non sans paradoxe, la Cour examine en détail les faits établis et les intérêts des personnes concernées, mais pour les écarter et non les sous-pondérer, car ils révèlent une famille légale assez unie, une stabilité pouvant être utile à l'enfant :

- le lien socio-affectif entre la fille biologique du demandeur et le père légal ;
- l'existence et la stabilité *in casu* d'un couple formé par la mère et le père biologique ;
- la naissance d'autres enfants au sein de ce couple, de demi-frères ou sœurs de l'enfant dont la filiation est contestée ;
- une différence de traitement alléguée entre l'enfant dont la filiation est contestée et sa fratrie légale ;
- les liens socio-affectifs existants au sein de la fratrie légale ;
- les pertes de contacts possibles entre le père légal et l'enfant dont la filiation est contestée.

Et de conclure que « vu ce qui précède, la cour ne peut rejeter la contestation de paternité qui satisfait à toutes les conditions de recevabilité et de fondement, sur la base d'une appréciation *in concreto* de l'intérêt (de l'enfant) ».

8. La décision ainsi motivée laisse perplexe, tout en faisant progresser le débat ouvert sur la première question posée en introduction.

Sans doute et heureusement la cour avait-elle toute possibilité de rendre une décision juste sans renoncer au respect de la loi, notamment parce que la famille biologique devait être réunie. Elle finalisait, notamment via ce procès, une construction affective doublée d'un projet familial et d'une fratrie. Il apparaissait donc vain pour le père légal de s'y opposer, ce d'autant que la cour évoque sa possibilité de faire valoir un droit aux relations personnelles⁽²¹⁾.

Peut-être aussi le fait de s'être prononcée au fond sur renvoi, après un arrêt constitutionnel rendu dans la même cause, explique-t-il l'analyse légaliste de la cour. Encore qu'elle ne le dise pas, il est assez logique que le juge

⁽²¹⁾ La jurisprudence du tribunal du Brabant wallon est éclairante sur l'application automatique ou pas de l'article 318, § 3. Dans deux jugements, le tribunal anéantit le lien de filiation sans pondérer les intérêts à défaut de lien biologique : Civ. Nivelles, 25 juin 2013, *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, 306 : contestation fondée sur la base de l'article 316bis du Code civil après déclaration de recevabilité malgré l'écoulement du délai par application de l'arrêt n° 96/2011 de la Cour constitutionnelle ; Trib. fam. Brabant wallon, 9 septembre 2014, *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, 90 et Trib. fam. Brabant wallon, 4 novembre 2014, *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 597 : *idem* sur la base de l'article 318, § 3. Dans un quatrième jugement, le tribunal a des hésitations, désigne un expert pour lui dire s'il convient de rompre le lien légal faute de contacts avec la famille biologique et dans un contexte de brutalité des révélations de la mère, y compris de ce que l'enfant fut le fruit d'un viol : Trib. fam. Brabant wallon, 4 novembre 2014, *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 603.

de renvoi soit plus lié qu'un autre par «son» arrêt constitutionnel. Lorsqu'il a posé une question préjudicielle, nourrie de faits distinctifs des précédents pour justifier la saisine de la Cour constitutionnelle (*distinguishing*), les intérêts en présence ont nécessairement déjà été pris en compte par le juge constitutionnel, certes pour la censure de la norme et la décision sur le cas. Le reproche de non-pondération des intérêts au fond pourrait, pour ce motif, être tempéré : un juge a été susceptible d'apprécier *in casu* les faits établis et a pondéré les intérêts en présence. L'obligation de se conformer à un arrêt de renvoi pourrait ainsi justifier une plus grande retenue dans l'appréciation au fond des intérêts, mais pas à notre avis une dispense totale, comme le pense la cour en se fondant sur la lettre de l'article 318, § 3⁽²²⁾.

Aussi vérifions-nous au départ des autres espèces que le juge a le pouvoir d'anéantir ou de maintenir le lien légal, indépendamment du lien biologique. Il suffit de justifier une décision de *maintien* du lien par des intérêts supérieurs à l'établissement de la filiation de l'enfant. Le juge fera bien de motiver spécialement une telle décision au regard de l'intérêt de l'enfant, par exemple son jeune âge et son besoin de stabilité avant de pouvoir décider lui-même (12 ans et plus). D'autres faits sont mobilisables pour maintenir une filiation non biologique : l'absence de liens entre le père biologique et la mère de l'enfant, la qualité de la vie familiale effective dans la famille légale, les bienfaits même matériels de l'environnement de la famille légale, la fratrie tant dans la famille légale (ne pas la briser) que dans la famille biologique future (inexistante ou sans contacts), l'environnement social familial (et le nom), la volonté de l'enfant (en comparution personnelle ou via un expert)⁽²³⁾.

2. Liège, 1^{er} juin 2016 (*infra*, p. 114) : pondération des intérêts au fond — Action fondée sur l'absence de lien biologique et l'intérêt de l'enfant

9. L'arrêt de la cour d'appel de Liège du 1^{er} juin 2016 déclare également fondée une contestation de paternité à la demande du père biologique, pour un enfant de 10 ans. Au contraire de l'affaire précédente, le couple

⁽²²⁾ L'arrêt de la cour de Bruxelles, en dépit de son dogmatisme, a le mérite de signaler implicitement le risque de cassation pour rejet de l'action en mauvaise application de l'article 318, § 3 pris à la lettre (Cass., 2 mars 2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 712, note J. SOSSON; Cass., 4 novembre 1999, *Rev. trim. dr. fam.*, 2000, p. 680, *R. W.*, 2000-2001, note A. VANDAELE). Encore faudrait-il que soit défendable l'interprétation littérale de cette disposition, à l'encontre de la jurisprudence constitutionnelle, laquelle est de droit positif puisqu'elle donne effet à l'article 8 C.E.D.H. Il serait sans utilité sociale que la Cour de cassation réduise sur ce point le principal effet de la jurisprudence constitutionnelle : la pondération au fond des intérêts en présence.

⁽²³⁾ Pour d'autres arguments : Trib. fam. Brabant wallon, 19 décembre 2016, R.G. n° 12/2031/A, inédit.



mère-père biologique était conflictuel et se sépara pendant la grossesse. La mère s'est immédiatement mise en ménage avec le futur père légal, qui a reconnu l'enfant pendant la grossesse, avant d'épouser la mère, encore enceinte, si bien que la filiation résulta *in fine* de la présomption de paternité. La procédure fut toutefois lancée avant même la reconnaissance par le père biologique qui demanda un test ADN.

Cette procédure interminable (2006-2016; deux arrêts d'appel, un de cassation) fut jugée abusive avec condamnation des perdants — la famille légale — à une indemnité record de 15.275,75 euros (dommage moral du père biologique à hauteur de 8.000 euros compris)⁽²⁴⁾.

Une affaire similaire mais moins harassante a été déférée à la cour d'appel de Bruxelles pour être tranchée dans un sens proche: le père biologique s'est vu reconnaître sa paternité, malgré l'opposition vaine des parents légaux, principalement la mère⁽²⁵⁾.

10. C'est d'abord sur les liens fond/recevabilité — deuxième problème posé en introduction —, que cet arrêt construit la jurisprudence.

L'enseignement de la cour dans cet arrêt, en contraste avec celui de la cour de Bruxelles, est qu'une appréciation pondérée des intérêts en présence est la seule manière de se conformer à la jurisprudence constitutionnelle et européenne. Il est donc logique qu'elle intervienne au fond et non au seuil de la recevabilité⁽²⁶⁾.

La Cour constitutionnelle le confirme dans le motif de plusieurs arrêts, malheureusement seulement dans leur version néerlandaise: le juge «susceptible de tenir compte des faits établis et des intérêts en présence» le fera «*ten gronde*», «au fond»⁽²⁷⁾. On verra plus loin et en réponse à la quatrième question posée en introduction, que pondérer les intérêts au stade de la recevabilité comporte le risque d'induire un *a priori* restrictif sur la portée des inconstitutionnalités des causes d'irrecevabilité, et ouvre la porte aux

⁽²⁴⁾ En appel, alors que le tuteur *ad hoc* se ralliait à la contestation, la famille légale s'acharnait, demandant de poser trois nouvelles questions préjudicielles alors que, dans la même affaire, la cour d'appel de Mons avait refusé de les poser.

⁽²⁵⁾ Bruxelles, 5 novembre 2015, *Rev. trim. dr. fam.*, 2016, 673; rappr.: Trib. fam. Brabant wallon, 4 novembre 2014, *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 597.

⁽²⁶⁾ Dans le même sens: D. PIRE, «Filiation: la Cour constitutionnelle, seul tribunal de la famille du Royaume?», note sous C. const., 3 février 2016, *J.L.M.B.*, 2016, p. 415; J. SOSSON, «Actions en contestation de paternité: la Cour constitutionnelle ne souffle-t-elle pas le chaud et le froid?», *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 556 et «L'enfant a-t-il un droit inconditionnel à contester sa filiation», *J.T.*, 2016, p. 295, n° 17.

⁽²⁷⁾ Arrêts (seulement version NL) n° 139/2014 du 25 septembre 2014, B.30.6; n° 38/2015 du 19 mars 2015, B.7.5; n° 126/2015 du 24 septembre 2015, B.7.5; n° 168/2015 du 25 novembre 2015, B.10.



prérequis abstraits : obliger à prouver des « circonstances exceptionnelles » ou une « force majeure », par exemple (*infra*, n^{os} 23-24).

11. Au fond, la cour tranche de manière orthodoxe, sans affronter l'article 318, § 3 comme la cour de Bruxelles (*supra*, n^o 8). Le résultat est identique — mise à néant de la filiation légale — mais la pondération des intérêts est pleinement assumée au fond. La cour estime à bon droit devoir accorder « une place prépondérante à l'intérêt de l'enfant ».

Elle décide, en opportunité, d'extraire l'enfant de sa famille légale, dans un contexte différent de celui de l'arrêt de Bruxelles : le père biologique était contrarié par la famille légale resserrée autour de l'enfant ou de la procédure, et qui n'avait même pas informé l'enfant des tourments judiciaires qui le concernaient.

Les intérêts retenus, leur précision, leur hiérarchisation retiennent l'attention. Dans une description/définition correcte, la cour énonce que la pondération des intérêts garantie par la jurisprudence constitutionnelle consiste à « veiller à donner une solution la plus favorable à la proportionnalité et à l'équilibre des droits des parties en fonction de l'intérêt supérieur de l'enfant ». Elle examine pour chaque intérêt ou fait avancé par les parties le poids à lui reconnaître dans la pondération.

- La présence d'intérêts privés concurrents appelle une conciliation « en fonction de l'intérêt supérieur de l'enfant » et de son droit au respect de sa vie privée, qui inclut le droit à la connaissance de ses origines.
- L'intérêt de l'enfant à court terme (stabilité) peut être concurrent de son intérêt à long terme (vérité sur les origines), mais le second est jugé *in casu* supérieur au premier.
- La constance du père biologique dans ses démarches, initiées avant la naissance (demande d'un test ADN), est systématiquement contrée par des procédures judiciaires.
- L'environnement familial au sein de la famille légale est jugé léger au regard de l'attitude ultra-procédurière des parents légaux (imposer à l'enfant un père qui n'est pas le sien).
- Le fait d'avoir caché la procédure à l'enfant est retenu contre les parents légaux.
- Le fait d'avoir privé le père biologique de tout lien avec l'enfant justifie de sous-pondérer l'intérêt de l'enfant à être accueilli dans une famille biologique construite, comme c'était le cas devant la cour d'appel de Bruxelles (*supra*, n^o 7).

Paradoxe apparent, l'audition de l'enfant est refusée, la cour pensant qu'une audition aurait pu être plus déstabilisante qu'informatrice puisque l'enfant était tenu à l'écart de ce qui se tramait, sans compter que questionner un enfant de 9 ans sur son identité ou sa quête d'origines serait illusoire.

Selon nous, une audition de l'enfant à tout âge raisonnable, le cas échéant par voie d'expertise⁽²⁸⁾, aurait le mérite d'affiner la balance des deux intérêts concurrents de l'enfant : ancrage à long terme *vs.* stabilité du court terme. L'intérêt de l'enfant à connaître son origine et à établir sa filiation biologique, quitte à changer de nom et de parents, peut être prépondérant d'emblée. Les adultes, la mère et peut-être même le père légal, auront d'autres tribunes pour faire valoir leurs intérêts en matière d'hébergement ou de relations personnelles si la filiation légale est contestée.

12. L'insistance de la cour de Liège, comme celle de Bruxelles, sur la qualité des liens familiaux dans la famille légale invite à proposer une réponse à la troisième question posée en introduction : la possession d'état peut-elle, après avoir été écartée au stade de la recevabilité, resurgir dans la pondération au fond au titre de « fait établi » ?

À notre avis, la possession d'état au sens légal des termes, sous son tryptique ancien « *nomen fama tractatus* » (art. 331 *nonies* C. civ.), comme à la cour d'appel de Liège dans l'arrêt suivant, ne peut plus être invoquée à titre de fait établi. Si la Cour constitutionnelle est si sévère à son encontre, c'est probablement parce que la possession d'état classique est désincarnée, asservie à une protection abstraite, législative, de la paix des familles (légales). Elle n'est pas *ipso facto* révélatrice d'une réalité socio-affective⁽²⁹⁾. Elle ne doit même pas être actuelle pour produire ses effets bloquants⁽³⁰⁾. La possession d'état ne protège pas en toute hypothèse l'intérêt actuel de l'enfant⁽³¹⁾ et n'a pas pour finalité de recueillir une appréciation pondérée de tous les intérêts en cause⁽³²⁾. S'il fallait conserver l'institution, il faudrait en redéfinir les contours pour qu'elle contribue avec d'autres faits et intérêts

⁽²⁸⁾ Trib. fam. Brabant wallon, 19 décembre 2016, R.G. n° 12/2031/A, inédit.

⁽²⁹⁾ *Contra*: N. GALLUS, « La filiation », *R.P.D.B.*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 25-26, n° 37, pour qui la possession d'état protège le vécu affectif de l'enfant et tend à répondre à l'intérêt de l'enfant.

⁽³⁰⁾ N. GALLUS, *Droit de la filiation. Rôle de la vérité socio-affective et de la volonté en droit belge*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 111; A. QUIRYNEN, note sous C.C. n° 122/2011 du 7 juillet 2011, *T. Fam.*, 2011, p. 160, n° 21; 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 C.C. n° 20/2011 du 3 février 2011, *T. Fam.*, 2011, p. 64, n° 10.

⁽³¹⁾ « La possession d'état ne coïncide pas toujours avec l'intérêt de l'enfant et la conception de la paix des familles qu'elle veut protéger évolue rapidement » (*Doc. parl.*, Chambre, 2004-2005, 51-0597/024 60-62); *adde* N. MASSAGER, « Filiation 2.0. », in *Le droit familial et le droit patrimonial de la famille dans tous leurs états*, p. 34; J. SOSSON et N. MASSAGER, « Filiation et Cour constitutionnelle », in *Cour constitutionnelle et droit familial*, J. SOSSON et N. MASSAGER (éds), Limal, Anthemis, 2015, p. 47, n° 13.

⁽³²⁾ G. MATHIEU, « Filiation et Cour constitutionnelle : l'Enfant Roi », note sous C.C. n° 18/2016 du 3 février 2016, *Rev. trim. dr. fam.*, 2016, p. 376, note 24. En sens contraire : N. GALLUS et A.-Ch. VAN GYSEL, « Les décisions récentes de la Cour constitutionnelle en matière de filiation : humanisme ou aberrations ? », *Rev. not. belge*, 2013, p. 399.



à démontrer la nécessité de privilégier le lien légal sur le lien biologique au jour de la contestation⁽³³⁾.

Par contre, il demeure légitime, comme le fait la cour de Liège, d'intégrer certains éléments constitutifs de la possession d'état dans la balance d'intérêts au fond, s'ils caractérisent la vie familiale dans la famille légale. Si l'institution de la possession d'état n'a plus aucun rôle confirmatif en droit de la filiation, la vie socio-affective dans la famille légale (comme dans la famille biologique) reste pertinente.

13. Il faut se poser la même question (non à l'ordre du jour dans l'arrêt de la cour de Liège) sur le temps mis pour décider d'agir, même dans une espèce où ce temps n'emporte plus prescription grâce à la jurisprudence constitutionnelle (enfant tardif, adulte empêché d'agir).

Avoir agi «exagérément trop tard», pour l'exprimer en termes de proportionnalité, peut encore justifier de sous-pondérer au fond l'intérêt du demandeur, même si c'est l'enfant⁽³⁴⁾. Une latence anormale peut s'expliquer par la vigueur ou la chaleur des liens dans la famille légale, auquel cas le respect des intérêts en cause commande d'y maintenir l'enfant contestataire «sur vive famille». Rappelons qu'il sera exceptionnel de reprocher au fond la tardiveté à agir, car la jurisprudence constitutionnelle encadre très sévèrement le dépassement des délais. Telle est d'ailleurs sa cohérence (*supra*, note 1): seul l'enfant demandeur et l'adulte techniquement empêché d'agir sont recevables après prescription, au contraire des adultes tardifs, surtout si un autre titulaire conserve le droit d'agir⁽³⁵⁾. C'est donc à notre avis seulement pour les deux premières catégories de demandeurs que le temps mis pour agir peut «revenir» au fond, avec une sous-pondération importante quand l'enfant agit car celui-ci est en principe imprescriptible⁽³⁶⁾.

⁽³³⁾ Rappr.: J. SOSSON et N. MASSAGER, «Filiation et Cour constitutionnelle», in *Cour constitutionnelle et droit familial*, J. SOSSON et N. MASSAGER (éds), Limal, Anthemis, 2015, p. 47, n° 13.

⁽³⁴⁾ Plus restrictifs: G. MATHIEU, A. ROLAND, R. HAZÉE, *Manuel pratique de la filiation*, Waterloo, Kluwer, 2016, p. 18, n° 59 (action «non nécessairement jugée irrecevable» si le juge estime la forclusion non protectrice d'un intérêt légitime).

⁽³⁵⁾ Au sujet de la pression prétendument induite sur l'enfant à partir de 12 ans: *infra*, n° 20.

⁽³⁶⁾ J. SOSSON, «Un enfant a-t-il un droit inconditionnel à contester sa filiation?», note sous C.C. n° 18/2016, du 3 février 2016, *J.T.*, 2016, p. 295, n° 18; déjà en ce sens: G. MATHIEU et A.-C. RASSON, «Les fins de non-recevoir en matière de filiation, entre verrous absolus et verrous relatifs», *J.T.*, 2013, p. 679 et G. MATHIEU, A. ROLAND, R. HAZÉE, *Manuel pratique de la filiation*, Waterloo, Kluwer, 2016, p. 199, note 645.

3. Mons, 30 novembre 2015 (*infra*, p. 105) : pondération des intérêts au fond — Action non fondée malgré l'absence de lien biologique, dans l'intérêt de l'enfant

14. L'arrêt de la cour d'appel de Mons du 30 novembre 2015 tranche une autre guérilla (deux arrêts de cassation, trois d'appel) en mode inverse de la précédente : elle déclare non fondée une contestation de paternité par le père biologique, à l'égard de son fils de 9 ans, conçu en double adultère, lui marié comme la mère lors de la conception. La mère est restée mariée avec le père légal, qui fait bloc avec elle en défense à la contestation. Comme dans la précédente affaire, le père biologique manifesta très rapidement son intérêt pour l'établissement de la filiation, ce qui permit aux juges d'éviter un débat constitutionnel sur la possession d'état : elle est en l'espèce équivoque et l'action est recevable.

Cet arrêt est le second à rejeter la contestation malgré l'absence de lien biologique, signe que la jurisprudence francophone ne s'encombre pas de l'article 318, § 3, du moins dans son expression littérale.

15. La Cour se prononce, comme ses homologues, sur le deuxième problème soulevé en introduction : balance d'intérêt au fond ou en recevabilité ?

La possession d'état est ici écartée au stade de la recevabilité, non pour des motifs constitutionnels mais pour vice d'équivocité, ce qui n'empêche pas la cour d'en tenir compte dans l'appréciation des intérêts au fond. La cour cherchait en l'espèce à maintenir le lien de filiation légale, contre les assauts du père biologique, en raison de la qualité des liens socio-affectifs. Contrainte de déclarer l'action recevable, elle « récupère » certains éléments caractéristiques d'une possession d'état pour fonder sa décision de rejet au fond dans l'intérêt de l'enfant. Ce faisant, elle répond implicitement à la question si la possession d'état peut encore « revenir » au fond lorsqu'elle est écartée au stade de la recevabilité (*supra*, n° 12).

16. L'on apprend aussi, et l'on approuve, que la paix des familles est subordonnée aux faits établis. La cour se défend à juste titre de surpondérer cet intérêt abstrait, et indique qu'elle maintient unie une famille légale dans l'intérêt de l'enfant, après appréciation concrète des faits et intérêts en cause.

17. Subsiste néanmoins une confusion majeure dans la motivation de l'arrêt. La contestation diligentée par le père biologique est de type « 2 en 1 », au contraire de celle diligentée par le père légal, la mère ou l'enfant. Elle implique par conséquent un établissement (judiciaire) de filiation, à la manière d'une recherche de paternité. La cour devait donc en théorie vérifier *deux fois* l'intérêt de l'enfant : d'abord au fond de la contestation (action 1 ; jurisprudence constitutionnelle), ensuite au fond de l'établisse-

ment de la filiation biologique (action 2; art. 318, § 5 / 332quinquies)⁽³⁷⁾. Or l'arrêt semble se limiter à la seconde vérification. On ne s'en formalisera pas, car la cour était saisie d'une «procédure relative à l'établissement de la filiation», expression englobante utilisée par la Cour constitutionnelle pour décrire le parcours procédural des enfants ou des pères biologiques demandeurs. La cour peut avoir été tentée d'éviter l'écueil de l'article 318, § 3 qui, pris à la lettre, ne laisse aucune marge d'appréciation.

On est toutefois surpris de lire, que dans cette affaire, la cour d'appel de Liège avait antérieurement statué en sens inverse, déclaré l'action du père biologique fondée par arrêt du 14 janvier 2013, au motif valable à l'époque que le contrôle de l'intérêt de l'enfant est marginal et que la famille légale ne prouve pas que l'établissement d'un lien de filiation avec le père biologique est «manifestement» contraire à l'intérêt de l'enfant. Cet arrêt fut cassé par la Cour de cassation, dans un arrêt du 11 avril 2014, parce qu'entretiens, par son arrêt n° 30/2013 du 7 mars 2013, la Cour constitutionnelle avait invalidé l'article 332quinquies et préconisé un contrôle non marginal de l'intérêt de l'enfant (charge de la preuve déferée au père biologique⁽³⁸⁾).

18. Au fond, comme préconisé ci-dessus, la cour ne se réfère pas à la possession d'état proprement dite pour caractériser les liens dans la famille légale, mais privilégie dans sa pondération des faits qui ne sont pas tous légalement constitutifs de possession d'état :

- L'enfant vit dans une famille légale unie et se trouve dans une situation stable avec ceux qui sont responsables de son entretien et lui prodiguent leur affection, nécessaire à son épanouissement (*tractatus*).
- Le fait que les repères de l'enfant seraient bouleversés dans le cas contraire, en raison d'un changement de nom et de famille (*nomen*).

⁽³⁷⁾ Dans une contestation «2 en 1» par le père biologique, l'opposition de la mère à l'établissement de la filiation est nécessaire pour imposer le contrôle non marginal de l'intérêt de l'enfant (art. 318, § 5). Quand elle soutient la *défense du père légal*, elle s'oppose implicitement mais certainement à l'établissement de la filiation à l'égard du père biologique (ex.: Trib. fam. Verviers, 8 juin 2015, *Rev. trim. dr. fam.*, 2016, p. 135). Quand elle soutient la *demande du père biologique*, le contrôle ne doit pas avoir lieu (ainsi en décide expressément la cour d'appel de Bruxelles, dans l'arrêt commenté du 12 mai 2015; la Cour de cassation, dans son arrêt du 7 avril 2017, a rejeté le pourvoi du père légal qui déplorait l'absence de vérification de l'intérêt de l'enfant à ce stade, si la mère ne s'opposait pas à la contestation; pour la Cour, est suffisant le fait qu'un contrôle d'opportunité puisse être fait au stade de la recevabilité).

⁽³⁸⁾ Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 647, n° 638; pour une autre interprétation de la portée de cet arrêt quant à la charge et l'objet de preuve (contrôle négatif non marginal): F. SWENNEN, «Wat is ouderschap?», *T.P.R.*, 2016, pp. 37-38, n° 27.



— Le faible potentiel d'accueil de la famille biologique compte tenu des circonstances de la conception, et probablement de l'ambiance installée par la procédure, comme dans l'affaire précédemment commentée.

L'élargissement de la possession d'état à d'autres faits que les «*nomen fama tractatus*» est salubre, et prouve une nouvelle fois l'obsolescence de l'institution et son incapacité à révéler une réalité socio-affective. Pour cette raison nous encourageons à ne plus qualifier «possession d'état» les faits pris en considération au fond pour évaluer la vivacité des liens socio-affectifs dans la famille légale (*supra*, n° 12).

19. D'intéressants considérants sur le droit à la connaissance des origines aident à cerner ce que certains auteurs épinglent comme une alternative aux effets de la jurisprudence constitutionnelle: faut-il agir sur la filiation et son cortège d'effets, donc détruire et reconstruire, lorsque la connaissance des origines suffit aux besoins identitaires de l'enfant ?

Pour la cour de Mons, la simple connaissance des origines semble suffire puisque, dans un premier temps, l'enfant est jugé mieux servi par le maintien dans la famille d'où il ne tire pas son origine biologique. La famille légale se chargeait déjà de l'informer, au contraire de celle déboutée par la cour de Liège dans son arrêt du 1^{er} juin 2016 (*supra*, n° 11). Il n'était donc pas déraisonnable de le maintenir dans un environnement stable. Le maintien du lien légal est dans pareil cas propice à extérioriser cette stabilité envers les tiers.

Cette question, actuellement investiguée par les travaux de Géraldine Mathieu⁽³⁹⁾, ne saurait, à notre avis, recevoir une réponse binaire — la connaissance acquise des origines exclut l'établissement de la filiation — au risque de créer un (nouvel) obstacle absolu à l'établissement de la filiation. La Cour constitutionnelle s'exprime en termes très nuancés sur les liens entre origine, identité et filiation, tandis que sa jurisprudence respecte un continuum identitaire où s'expriment divers besoins individuels, dont l'établissement de la filiation et son cortège d'effets sont un des aboutissements, au choix de l'enfant. L'article 22 de la Constitution implique à la fois le droit à connaître ses origines et à établir sa filiation⁽⁴⁰⁾.

⁽³⁹⁾ G. MATHIEU, *Le secret des origines en droit de la filiation*, Bruxelles, Kluwer, 2014; et «Filiation et Cour constitutionnelle: l'Enfant Roi», note sous C.C. n° 18/2016 du 3 février 2016, *Rev. trim. dr. fam.*, 2016, p. 368 et note sous Mons, 14 mai 2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 796. Pour cet auteur, le droit à la connaissance des origines ne doit pas inéluctablement conduire à l'établissement d'une filiation conforme à la réalité biologique, et inévitablement à la réduction de la filiation à la seule vérité biologique. Sur la proposition d'élaborer une action en connaissance des origines: F. SWENNEN, «Wat is ouderschap?», *T.P.R.*, 2016, p. 82, n° 80.

⁽⁴⁰⁾ P. MARTENS, «Contrepoint», in *Cour constitutionnelle et droit familial*, J. SOSSON et N. MASSAGER (éds), Limal, Anthemis, 2015, p. 101. Dans le même sens sur l'article 8 C.E.D.H.: C.E.D.H., *Menesson c. France*, du 26 juin 2014, § 46; *contra*: C.E.D.H.,



20. Dans ce second cas de maintien du lien légal (*infra*, n° 21), a probablement joué le fait que l'enfant, au courant de sa généalogie, aurait un droit d'action dès 12 ans *ad infinitum*⁽⁴¹⁾.

La nouvelle donne de l'imprescriptibilité de l'action de l'enfant prouve ses mérites. Dans la présente affaire, elle a pu mettre à l'aise un juge qui pensait opportun de maintenir temporairement un lien légal vu ses bienfaits concrets (autorité et devoirs parentaux). À ce moment, cela sert les intérêts de tous hormis le père biologique qui devra attendre que l'enfant vienne à lui. Après 12, 18, 30 ou 50 ans⁽⁴²⁾, celui-ci décidera ce qui lui convient quant sa généalogie (identité) et aux autres effets de sa filiation que l'autorité parentale (succession). Dans le même sens, le tribunal du Brabant wallon a décidé, suivant les dires d'un expert chargé d'apprécier l'opportunité d'un maintien du lien légal, que «la question du test de paternité pourrait avoir du sens (...) après la majorité et l'indépendance financière de l'enfant, quand il pourra prendre la décision de l'éclaircir, si cela a un sens pour lui»⁽⁴³⁾.

La Cour constitutionnelle confirme qu'un tel pari sur l'avenir pourrait profiter à l'enfant. Elle estime que le droit de l'enfant à l'établissement de sa filiation n'est pas méconnu par le seul fait de devoir attendre jusque 12 ans pour décider d'agir, le cas échéant après d'autres personnes qui ont échoué pour diverses raisons (y compris comme *in casu* des raisons de fond). Cela confirme implicitement la nécessité, contrairement à l'avis de la cour de Bruxelles dans son arrêt commenté du 12 mai 2015, de ne plus interpréter l'article 318, § 3 à la lettre. On peut déjà déduire de la jurisprudence de fond et constitutionnelle que l'absence de contrôle de l'intérêt de l'enfant dans l'article 318, § 3 n'est pas conforme à l'esprit de la jurisprudence constitutionnelle, et pourrait subir une censure pour discrimination par rapport à la situation d'une action «2 en 1» dotée d'un tel contrôle⁽⁴⁴⁾. La Cour de

Konstantinidis c. Grèce, du 3 avril 2014. *Adde* les développements nuancés de G. MATHIEU, *op. cit.*, *Rev. trim. dr. fam.*, 2016, p. 378.

⁽⁴¹⁾ J. SOSSON, «Un enfant majeur a-t-il un droit inconditionnel à contester sa filiation?», *J.T.*, 2016, pp. 294-295, n^{os} 15 à 18.

⁽⁴²⁾ L'enfant est imprescriptible (prédit par N. MASSAGER, «La prophétie de Gerlo», *Act. dr. fam.*, 2011, p. 137; confirmé par la doctrine récente depuis l'arrêt n° 18/2016 du 2 février 2016: G. MATHIEU, A. ROLAND, R. HAZÉE, *Manuel pratique de la filiation*, Waterloo, Kluwer, 2016, p. 202, n° 763).

⁽⁴³⁾ Trib. fam. Brabant wallon, 19 décembre 2016, R.G. n° 12/2031/A, inédit.

⁽⁴⁴⁾ Pas formellement au niveau de la première action (la contestation — action 1) mais bien en raison du fait que s'il n'est pas dans l'intérêt de l'enfant de voir établie sa filiation à l'égard du père biologique (l'établissement judiciaire — action 2), la contestation sera non fondée (art. 318, § 5). Le tribunal de Verviers, saisi d'une demande de contestation/établissement par un père biologique, vérifie l'intérêt de l'enfant au stade de la contestation. L'action 1 en contestation est recevable à défaut de possession d'état et fondée «dans l'intérêt



cassation, dans son arrêt du 7 avril 2017 (*supra*, note 5), permet l'appréciation des intérêts au stade de la recevabilité, mais n'interdit pas celle au fond.

En somme, dans le nouveau droit de la filiation, l'enfant maîtrise « ses » filiations et dispose du temps nécessaire pour le faire. Les adultes demeurent responsables du bien-être de l'enfant, leurs querelles étant dépassées par l'intérêt de celui-ci. Le droit judiciaire de la filiation met en place ce que certains auteurs appellent *de lege ferenda* : une parentalité fondée sur un projet parental, un engagement volontaire qui engendre des effets de filiation-généalogie, et d'autres effets dissociables, allant du soin au patrimoine⁽⁴⁵⁾.

Certains auteurs critiquent l'importance donnée à la volonté de l'enfant⁽⁴⁶⁾ ; d'autres le poids mis sur les épaules de l'adolescent seul ou dernier à pouvoir contester sa filiation après une procédure ratée⁽⁴⁷⁾. Présenter les titulaires adultes de l'action comme des stratèges éconduits qui se rabattraient sur l'enfant pour réagir, est exagérément négatif⁽⁴⁸⁾, et surtout non confirmé par la jurisprudence de fond⁽⁴⁹⁾. La doctrine critique envers la subsidiarité de l'action de l'enfant semble présupposer l'instrumentalisation du tuteur *ad hoc* par l'un ou l'autre voire les deux parents. Or, non seulement l'enfant n'a aucune obligation d'agir dès 12 ans, ni même avant sa minorité, mais surtout le tuteur *ad hoc* d'un mineur méconnaîtrait les nouvelles directives constitutionnelles en ne défendant pas activement et uniquement l'intérêt de l'enfant dans sa participation à l'exercice de pondération⁽⁵⁰⁾.

4. Liège, 3 juin 2016 (*infra*, p. 98) : irrecevabilité pour possession d'état après pondération des intérêts en présence — Action non fondée sans vérification de l'absence de lien biologique

21. L'arrêt de la cour d'appel de Liège du 3 juin 2016 oppose trois enfants d'un père décédé, issus du second mariage de celui-ci, à l'enfant de

de l'enfant», tandis que l'action 2 « sera déclarée fondée » par application du droit algérien (Trib. fam. Verviers, 14 décembre 2015, *Rev. trim. dr. fam.*, 2016, p. 687).

⁽⁴⁵⁾ Sur la « déclaration de parentalité » : F. SWENNEN, « Wat is ouderschap? », *T.P.R.*, 2016, pp. 62 et s.

⁽⁴⁶⁾ N. GALLUS, « La filiation », *R.P.D.B.*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 45, n° 27.

⁽⁴⁷⁾ J. SOSSON et N. MASSAGER, « Filiation et Cour constitutionnelle », in *Cour constitutionnelle et droit familial*, J. SOSSON et N. MASSAGER (éds), Limal, Anthemis, 2015, p. 63, n° 29.

⁽⁴⁸⁾ *Ibidem*.

⁽⁴⁹⁾ La Cour constitutionnelle n'encourage pas non plus à instrumentaliser l'enfant de plus de 12 ans lorsqu'elle rappelle son droit d'action, mais protège seulement son droit personnel.

⁽⁵⁰⁾ Plus sceptiques : J. SOSSON et N. MASSAGER, « Filiation et Cour constitutionnelle », in *Cour constitutionnelle et droit familial*, J. SOSSON et N. MASSAGER (éds), Limal, Anthemis, 2015, p. 63, n° 29.



son premier mariage et à la mère de celui-ci, la première épouse du défunt. Ils essaient en somme d'éjecter leur demi-frère du partage, prétendant qu'il fut conçu par un amant de leur mère. Or une « possession d'état » de plus de 40 ans unifiait la première famille légale.

La cour relève une « légèreté » dans l'action des demandeurs et l'absence de preuves scientifiques, sans commenter leurs mobiles assurément vénaux. Elle rejette la demande pour irrecevabilité en raison d'une possession d'état, mais après pondération des intérêts, et évite d'ordonner une preuve scientifique. Cette méthodologie se voit confirmée par l'arrêt de la Cour de cassation du 7 avril 2017 (*supra*, note 5).

22. Les faits qui ont emporté le rejet de l'action sont :

- l'intérêt de l'enfant ;
- la réalité du lien socio-affectif dans la famille légale ;
- la durée de ce lien : 43 ans ;
- les contacts entre le père légal et l'enfant après son divorce, malgré l'opposition de sa nouvelle épouse, et réciproquement la conduite filiale de l'enfant malgré des mises à l'écart pendant son enfance ;
- la contribution financière du père légal aux besoins de l'enfant durant son éducation ;
- le testament du père légal en faveur de l'enfant ;
- certains documents officiels, tels des diplômes, attestant une considération publique du lien de filiation contesté ;
- la preuve du lien biologique, non rapportée en l'espèce, l'action partant d'une lettre d'un cousin rapportant une rumeur.

L'arrêt satisfait aux prescrits constitutionnels et de la Cour de cassation par sa pondération d'intérêts intégrée au décret d'irrecevabilité pour possession d'état : « après avoir procédé à l'examen des intérêts en présence (la cour) conclut à l'existence d'une possession d'état certaine et continue (...) qui constitue une fin de non-recevoir à l'action introduite ». C'est une des deux façons de résoudre le deuxième problème posé en introduction, et d'éviter le premier, l'écueil de l'article 318, § 3 qui, pris à la lettre, oblige à déclarer l'action fondée en l'absence de lien biologique.

Il est cependant regrettable que la cour rassemble encore les faits établis autour des « *nomen fama tractatus* », le tryptique de la possession d'état classique, impuissante à toujours révéler une famille actuelle (*supra*, n° 12). Or telle doit être à notre avis la principale justification du maintien d'un enfant non biologique dans sa famille légale, comme devant la cour d'appel de Mons (*supra*, nos 18 et 20).

On regrettera aussi que la possession d'état soit qualifiée de cause d'irrecevabilité « relative », un qualificatif sans portée constitutionnelle⁽⁵¹⁾. La Cour de cassation, dans son arrêt du 7 avril 2017 (*supra*, note 5), définit la possession d'état comme une cause d'irrecevabilité « générale » qui n'a pas un « caractère absolu », selon la terminologie de la Cour constitutionnelle. Il ne nous semble pas approprié de remodeler par des qualificatifs abstraits les conditions de recevabilité des actions censurées constitutionnellement. Ce serait contradictoire avec l'essence d'un droit judiciaire de la filiation : le juge ne peut plus décider sur la base de règles générales et abstraites. Cette tendance est actuellement plus présente chez des auteurs néerlandophones, qui ont inspiré la jurisprudence de la cour d'appel de Gand critiquée ci-dessous.

5. Gand, 19 mars 2015 (*infra*, p. 96) : recevabilité malgré une possession d'état en raison de circonstances exceptionnelles et après pondération des intérêts en présence — Action fondée en raison de l'absence de lien biologique

23. Frederik Swennen⁽⁵²⁾ a soutenu que l'irrecevabilité de la possession d'état demeurerait le principe, son écartement l'exception, et qu'un demandeur en contestation doit prouver des « circonstances exceptionnelles » pour justifier la recevabilité de son action en cas de possession d'état.

L'arrêt de la cour d'appel de Gand du 19 mars 2015 reprend cette doctrine⁽⁵³⁾. Seul parmi les arrêts commentés à juger la demande d'un enfant adulte, il accueille celle d'une fille non biologique du mari (divorcé) de sa mère, opposée aux trois autres enfants de son père biologique décédé. Cet enfant introduisit dans le délai légal les deux actions corrélées, en contestation et recherche de paternité, après avoir réalisé un test ADN (négatif)

⁽⁵¹⁾ Déduit du qualificatif « absolu » par lequel la Cour constitutionnelle qualifie la possession d'état en tant que cause d'irrecevabilité (voy. p. ex. G. MATHIEU, « Les fins de non-recevoir en matière de filiation : entre verrous absolus et verrous relatifs », *J.T.*, 2013, pp. 673-679).

⁽⁵²⁾ F. SWENNEN, « Afstamming en grondwettelijk hof », *R. W.*, 2011-2012, pp. 1101-1102 ; dans le même sens : G. VERSCHULDEN, « De hervorming van het afstammingsrecht door het Grondwettelijk Hof », in *Ouders en kinderen*, P. SENAEVE (e.a.) (éds), Anvers, Intersentia, 2013, p. 49, n° 63 ; G. VERSCHULDEN, « Overzicht van rechtspraak. Afstamming (2012-2015) », *T. Fam.*, 2015, p. 127. F. Swennen annonce un revirement de position quant à ce point de vue (« Wat is ouderschap », *T.P.R.*, 2016, p. 33, n° 23 et p. 35, n° 25), mais nous semble maintenir sa position : le juge ne doit faire qu'une seule appréciation d'intérêts au fond, mais n'aurait pas une marge d'appréciation entière et devrait tenir compte du fait que le législateur aurait une objection de principe à la contestation de paternité en cas de possession d'état (« Wat is ouderschap », *T.P.R.*, 2016, p. 49, n° 40).

⁽⁵³⁾ *R.A.B.G.*, 2016, 280, note. Dans le même sens : Gand, 24 mars 2016, inédit, R.G. n° 2010/AR/1039.



avec son père légal, et obtenu du juge des référés le prélèvement d'ADN du père biologique contre la volonté des autres enfants de celui-ci. La cour fait droit à la demande parce que des « circonstances exceptionnelles » justifient que, malgré la possession d'état dans la famille légale, le lien biologique prévale⁽⁵⁴⁾.

24. Comme à Liège dans l'arrêt précédent, la cour de Gand loge la pondération des intérêts dans l'examen de la recevabilité. Nous n'avons pas critiqué la cour de Liège à cet égard (*supra*, n° 22), car l'essentiel est d'examiner les intérêts en cause sans *a priori*. Ne pas le faire au fond, lorsque le juge est enclin à *rejeter* la demande, et le faire au stade de la recevabilité peut, à ce jour, encore être choisi par précaution pour sécuriser la décision en raison de l'incertitude sur la portée de l'article 318, § 3 non censuré (*supra*, n° 8 et note 22).

Notre critique principale de l'arrêt de Gand porte sur l'*a priori* que la cour laisse transparaître envers la jurisprudence constitutionnelle en

⁽⁵⁴⁾ Une question de procédure est tranchée qui évoque un chantier futur : la balance des intérêts en recherche de paternité. Dans l'arrêt commenté, l'intervention des autres enfants du père biologique fut rejetée en instance et en appel, car ils n'ont, selon la cour, ni intérêt ni qualité à cet effet, pas plus que pour faire tierce opposition. D'une part, la contestation de paternité est réservée à cinq titulaires (dans le même sens : Anvers, 23 avril 2008, *NjW*, 2009, p. 412, note G. VERSCHULDEN, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 420 (somm.)); d'autre part, le fait qu'elle préfigure une recherche de paternité est sans pertinence puisqu'il n'est pas certain que le père prétendu est le père biologique, et qu'il est, selon la cour, loisible aux ayants droit de celui-ci de faire valoir leurs intérêts dans la seconde procédure. Cette dernière affirmation est cependant contestable au vu de la jurisprudence constitutionnelle qui valide l'absence de prise en considération par la loi des intérêts des membres de la famille du père biologique dans une recherche de paternité à la demande de l'enfant (C.C. n° 48/2014 du 20 mars 2014). Cet arrêt ne préjuge pas de la position de la Cour (nouvelle question nécessaire) sur la question plus fondamentale de l'absence de prise en compte des intérêts de l'enfant dans le cadre d'une action en recherche de paternité diligentée non par l'enfant mais *par la mère* contre le père biologique. À notre avis, il ne serait pas incohérent que l'absence d'appréciation des intérêts du père biologique (ou de ses descendants) soit dans ce cas contraire à la Constitution. S'agissant d'un rapport judiciaire entre adultes, dont l'enfant est l'enjeu et non l'initiateur, l'automatisme protecteur du droit à l'identité et à la connaissance des origines de l'enfant n'a pas lieu d'être. Dans une recherche de paternité *à la demande de l'enfant*, l'automatisme est concevable sans incohérence, car l'enfant poursuit un intérêt identitaire; dans une recherche de paternité *à la demande de la mère*, celle-ci poursuit un intérêt distinct de celui de l'enfant, qui ne saurait en soi primer celui du père biologique sauf à manquer à l'égalité des sexes. Cette question est sensible car elle touche au refus de procréer convenu entre les parents mais contredit par les faits ou la volonté de la mère dont les moyens de maîtrise de la fécondité ne sont pas aussi visibles que ceux du père (autrement dit : « l'enfant dans le dos »). Ce débat ne pourra être indéfiniment évité au niveau constitutionnel, vu la diffusion du principe de pondération des intérêts individuels en droit de la filiation. Rapp. F. Swennen qui propose *de lege ferenda* de fonder la filiation sur une « déclaration de parentalité », et de reconnaître la « conception discrète » par les hommes à l'égal de l'« accouchement dans la discrétion » par les femmes (F. SWENNEN, « Wat is ouderschap? », *T.P.R.*, 2016, p. 72, n° 68).



ajoutant une condition d'établissement de « circonstances exceptionnelles » à l'écartement de la possession d'état. Elle s'impose de vérifier si les faits en cause répondent à cette « condition », et n'aborde le fond que dans l'affirmative.

Ce procédé n'est pas licite ni conforme à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle⁽⁵⁵⁾. La possession d'état est, pour nous, « absolument » inconstitutionnelle, prive toujours par son effet l'enfant et sa famille d'un juge⁽⁵⁶⁾. Pour la Cour de cassation, dans son arrêt du 7 avril 2017 (*supra*, note 5), elle demeure une cause d'irrecevabilité « générale », à laquelle le juge peut faire « exception » dans l'intérêt de toutes les parties concernées, spécialement l'enfant. Il n'en demeure pas moins que la possession d'état au sens légal n'offre aucune garantie de cerner l'intérêt des parties en cause, au premier chef l'enfant. Elle ne doit d'ailleurs même pas être actuelle pour fonder l'irrecevabilité (*supra*, n° 12). La seule manière d'éviter son effet aléatoire ou disproportionné est à notre avis de l'écarter en toute hypothèse, d'examiner au fond les faits et les intérêts en cause, en y intégrant bien sûr la réalité socio-affective *actuelle*. L'article 318, § 2 fut censuré quant à la possession d'état sans conditions, il doit donc être écarté sans nouvelles conditions. À défaut, le juge statuerait par voie de règlement alors que l'on attend son appréciation *in concreto*. Il remplacerait un empêchement légal abstrait par un autre jurisprudentiel sans légitimité⁽⁵⁷⁾ ni rationalité — pourquoi des « circonstances exceptionnelles » et pas des « justes motifs » ou des « raisons impérieuses » ?

25. En fait, la cour détecte ces circonstances exceptionnelles de faits qui n'ont rien d'exceptionnel, du moins comparativement à ceux des arrêts commentés des cours de Mons et de Liège (2015) :

— l'enfant a eu des contacts avec son père biologique et les enfants de celui-ci, mais ceux-ci essaient à présent de l'écarter une fois le père fédérateur décédé ;

⁽⁵⁵⁾ Dans le même sens : P. SENAËVE, « Ontwikkelingen in het afstammingsrecht 2011-2013 », in *Personen- en familierecht. Thémis*, Die Keure, 2014, n° 24, p. 11.

⁽⁵⁶⁾ Plus restrictifs : G. MATHIEU, A. ROLAND, R. HAZÉE, *Manuel pratique de la filiation*, Waterloo, Kluwer, 2016, p. 18, n° 59 ; 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, p. 604 : la possession d'état ne serait écartée que si elle « porte atteinte de manière disproportionnée aux intérêts des parties en cause et notamment à l'intérêt de l'enfant ». Ces auteurs semblent aussi juger important que le père biologique se soit investi dans l'éducation de l'enfant. Ces deux conditions (disproportion, investissement dans la famille biologique), nous semblent respectivement excessive et non pertinente au regard de la quête identitaire.

⁽⁵⁷⁾ Dans certains cas, le juge, sur renvoi préjudiciel ou face à une jurisprudence constitutionnelle, est habilité à pallier sans nouvelle intervention du législateur une lacune législative constatée par la Cour, une lacune dite « auto-réparatrice » (voy. à ce sujet, not. : P. MARTENS, « Le juge légiférant », note sous C.C. n° 1/2012 du 11 janvier 2012, *J.L.M.B.*, 2012, pp. 557-559).



- le divorce du père légal et de la mère (plus de « paix » à protéger dans la famille légale);
- l'intérêt « moral » et pas uniquement patrimonial de l'enfant en quête d'identité;
- la non-contestation dans la famille légale du test ADN entre l'enfant et le père légal.

La relative banalité de la séquence — une action *post mortem* à finalité identitaire et successorale — rend vains les efforts de théorisation autour des « circonstances exceptionnelles » déployés par la cour. Restrictive sur la jurisprudence constitutionnelle, elle est finalement très favorable à l'enfant⁽⁵⁸⁾. La cour ajoute cependant une motivation contraire à la jurisprudence constitutionnelle et européenne sur « l'intérêt de l'enfant (qui) perd du poids s'il est majeur » (*infra*, n° 31, note 92).

On rapprochera enfin cet arrêt de celui de la cour de Bruxelles quant à la rémanence de l'article 318, § 3. L'idée que cette disposition survive et « impose » au juge de fonder l'action sur le lien biologique semble encore présente en Flandre⁽⁵⁹⁾. En l'espèce, l'écartement de la possession d'état après vérification de « circonstances exceptionnelles » suffit à la cour pour fonder l'action, test ADN à l'appui. La cour a peut-être préféré limiter le risque de cassation face à un article 318, § 3 toujours en vigueur, mais ne s'est pas sentie aussi libre que la cour de Liège qui a écarté la possession d'état sans condition (*supra*, n° 22).

6. Synthèse et méthodologie de l'appréciation pondérée des intérêts en cause

26. Les décisions de cours d'appel rapportées, l'arrêt de la Cour de cassation du 7 avril 2017, et celles citées d'instance, balisent assez précisément l'office du juge au fond. Grâce à la jurisprudence constitutionnelle, sans intervention du législateur, le juge peut et doit, « tenir compte des faits établis ainsi que de l'intérêt de toutes les parties concernées »⁽⁶⁰⁾.

- Ce pouvoir d'appréciation est large, la réalité biologique n'étant plus décisive mais un fait établi à sur- ou sous-pondérer (art. 318, § 3 — première question posée en introduction)⁽⁶¹⁾.

⁽⁵⁸⁾ De même, dans l'arrêt convergent de la cour de Gand du 24 mars 2016 (inédit, R.G. n° 2010/AR/1039), la cour retient au titre de circonstances exceptionnelles l'accord des parties concernées pour la mise à néant de la filiation légale.

⁽⁵⁹⁾ *Contra*: P. SENAËVE, « Ontwikkelingen in het afstammingsrecht 2011-2013 », in *Personen- en familierecht. Thémis*, Die Keure, 2014, n° 24, p. 11.

⁽⁶⁰⁾ Voy. not. C.C. n° 18/2016 du 3 février 2016, B.16.

⁽⁶¹⁾ Cela même si l'article 318, § 3 n'est pas censuré, pour respecter l'esprit de la jurisprudence constitutionnelle (Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Bruxelles, Larcier,



- Ce pouvoir s'exerce au « au fond » ou au stade de la recevabilité (deuxième question posée en introduction).
- Il est loisible au juge de se faire aider par un expert « chargé d'éclairer le tribunal sur l'opportunité de maintenir le lien de filiation existant dans l'intérêt de l'enfant » après avoir entendu les protagonistes et s'être entouré des informations utiles⁽⁶²⁾.

27. Le panel des solutions s'élargit. Le juge n'hésite pas à *rejeter une contestation inopportune* même si le lien biologique fait défaut, contre la lettre de l'article 318, § 3⁽⁶³⁾, et la jurisprudence de la Cour de cassation qui considère que la loi tient (suffisamment) compte de l'intérêt de l'enfant (*supra*, n° 8 et note 22).

Un rejet de la demande au fond était jadis inconcevable en raison de l'automatisme des articles 318, § 3 et 330 § 2. Les seules échappatoires étaient la possession d'état pour y loger une pondération d'intérêts, ce qui n'était pas son rôle⁽⁶⁴⁾, ou l'interposition de la force majeure pour vaincre une prescription mais aux conditions du droit commun⁽⁶⁵⁾. Nous avons également conseillé pour ce faire de loger la pondération dans l'examen de la recevabilité, une solution validée par l'arrêt de la Cour de cassation du

2016, p. 628, n° 621), car « tout le raisonnement de la Cour consiste à permettre l'accès à un juge pouvant réaliser une balance des intérêts » (J. SOSSON, « Une enfant majeur a-t-il un droit inconditionnel à contester sa filiation? Les enseignements de l'arrêt dit "Boël" de la Cour constitutionnelle », *J.T.*, 2016, p. 295). *Contra*, à tort, Bruxelles, 12 mai 2015 commenté ci-dessus.

⁽⁶²⁾ Trib. fam. Brabant wallon, 19 décembre 2016, R.G. n° 12/2031/A, inédit ; Trib. fam. Verviers, 8 juin 2015, *Rev. trim. dr. fam.*, 2016, 135 ; Trib. fam. Brabant wallon, 4 novembre 2014, *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 603 (désignation d'un expert ; viol de la mère par le père biologique ; père légal demandeur en contestation ; plus de contact entre l'enfant et le père légal ni de contact avec le père biologique).

⁽⁶³⁾ Une question préjudicielle pourrait apporter la clarté sur la conformité à l'article 22bis de la Constitution de l'absence de contrôle de l'intérêt de l'enfant en contestation de paternité (P. SENAËVE, « Ontwikkelingen in het afstammingsrecht 2011-2013 », in *Personen- en familierecht. Thémis*, Die Keure, 2014, p. 34, n° 80).

⁽⁶⁴⁾ Rappr. Cass., 2 mars 2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 712, note J. SOSSON (visant l'art. 331nonies pour fonder un constat que la loi prend déjà en considération l'intérêt de l'enfant). Dans le même sens : N. GALLUS, « Lorsque la Cour constitutionnelle s'arroge le pouvoir de reconstruire le droit de la filiation », note sous C.C., n° 29/2013 et 30/2013 du 7 mars 2013, *Act. dr. fam.*, 2013, p. 80, selon laquelle la possession d'état, « norme ouverte », est soumise au pouvoir d'appréciation souverain du juge et permet de tenir compte des intérêts en présence. *Adde* : J. SOSSON, note précitée, p. 739, pour qui le vice d'équivocité de la possession d'état peut remplir cet office et empêcher au cas par cas à la possession d'état d'être un obstacle à l'examen de la cause au fond. Comp. : P. SENAËVE, « Ontwikkelingen in het afstammingsrecht 2011-2013 », in *Personen- en familierecht. Thémis*, Die Keure, 2014, p. 34, n° 80.

⁽⁶⁵⁾ Anvers, 10 décembre 2014, *R.W.*, 2015-2016, p. 990. *Contra* : interprétation souple en droit de la filiation : Civ. Louvain, 12 décembre 2005, *R.W.*, 2006-2007, p. 524, note T. WUYTS ; A. QUIRYNEN, note sous C.C. n° 122/2011 du 7 juillet 2011, *T. Fam.*, 2011, n° 20, p. 221.



7 avril 2017, qui n'exclut pas pour autant une pondération au fond⁽⁶⁶⁾. On appréciera donc la clarté de la solution actuelle : le dispositif n'a plus besoin d'être étayé par des institutions non dédiées à l'appréciation des intérêts.

Le juge doit motiver spécialement une décision de maintien, en considération de la situation de fait qui lui est exposée, et non de règles générales encore formellement applicables, encore moins de règles nouvellement créées par la jurisprudence. L'apparition à la cour d'appel de Gand d'une condition de preuve des « circonstances exceptionnelles » pour écarter la possession d'état (*supra*, n° 24) se comprend à notre avis en contextualisant la doctrine qui l'a proposée. Celle-ci date des balbutiements de la jurisprudence constitutionnelle (2011), et adopte une posture encore critique à son égard, sans avoir eu du matériel jurisprudentiel suffisant pour apprécier sa constance ou sa cohérence. Or un droit casuel impose plus de recul et de retenue à la doctrine, du recul pour analyser des échantillons représentatifs, de la retenue pour ne pas prescrire quand l'office du juge est axé plus sur la proportionnalité que le syllogisme.

Le conseil du praticien professionnel perd quelque peu en prédictibilité, mais les solutions sont personnalisées, un must dans un droit des familles qui évolue vers toujours plus de reconnaissance de l'autonomie individuelle. La filiation était un des derniers bastions de l'ordre public des familles et de l'indisponibilité de l'état. Elle s'ouvre à présent à la volonté et au principe de proportionnalité, au *belangenafweging*.

Insensiblement et à juste titre, le lien biologique perd sa nature décisive pour n'être plus qu'un « fait établi », sujet à pondération avec des intérêts particuliers et généraux. Le développement de la jurisprudence de rejet des contestations devrait relativiser le reproche adressé à la jurisprudence constitutionnelle de faire prévaloir le lien biologique.

28. Les arrêts commentés donnent une première réponse, encore incomplète, à l'objection récurrente d'*insécurité juridique* inhérente à un droit plus judiciaire que législatif.

Cette objection manque selon nous de pertinence, sans compter que la sécurité juridique n'est pas un principe absolu⁽⁶⁷⁾, et que le besoin de sécurité-prévisibilité est inférieur dans les domaines du droit des familles qui relèvent plus de la vie privée et de l'autodétermination que de la sphère d'intervention publique⁽⁶⁸⁾. La limite à ne pas franchir serait, à notre avis,

⁽⁶⁶⁾ Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 612, n° 619-1 et p. 628, n° 621.

⁽⁶⁷⁾ F. SWENNEN, « Wat is ouderschap », *T.P.R.*, 2016, p. 35, n° 25.

⁽⁶⁸⁾ Sans compter non plus que l'insécurité juridique est inhérente au droit et à toute réglementation (régulation de domaines non juridiques, techniques de régulation en soi

une perte de sécurité disproportionnée par rapport aux intérêts à protéger, *quod non est hic et nunc*, toujours à notre avis⁽⁶⁹⁾, dans la présente matière.

La sécurité juridique ne disparaît donc pas du droit de la filiation, d'ailleurs encore régi par un cortège de normes abstraites non censurées. Elle mute, quitte le confort du syllogisme, devient *méthodologique*⁽⁷⁰⁾ comme dans un système de « *judge made law* ». La sécurité juridique se construit par un travail sur la casuistique (constitutionnelle et de fond) et sur les faits, moins sur les règles légales subsistantes qui encadrent l'appréciation du juge ou balisent la procédure⁽⁷¹⁾. La jurisprudence transformera une sécurité/prédiction/produit en sécurité/confiance/méthode. Seront connus et prévisibles, sauf « *overruling* », uniquement les règles et axes du débat judiciaire, uniquement le *type* d'argument susceptible d'être retenu ou exclu, uniquement le *type* de justification ou la preuve requis de telle partie⁽⁷²⁾.

Dans une matière désormais régie par le principe de proportionnalité, l'on insiste sur l'importance d'un « cadrage » standardisé du litige préalable

incertaines, contextualisation espace-temps de la règle, complexité des rapports à norme, ...) (P. POPELIER, *Rechtszekerheid als beginsel voor behoorlijke regelgeving*, Anvers, Intersentia, 1997, p. 117, n° 135).

⁽⁶⁹⁾ Y.-H. LELEU, « Le nouveau droit judiciaire de la filiation : pour de meilleurs conseils aux familles », *T.E.P.*, 2013, p. 2, n° 2. Nous réagirions très certainement à l'étalement factuel d'un avis contraire émis quant aux « torts prédicts d'un droit réactif », ici la réaction du judiciaire contre l'abstraction de la loi. Nous pourrions alors réviser jugements et options, voire admettre la nécessité d'un peu plus d'abstraction (sur le discours prédisant les dommages graves liés au droit réactif en droit des personnes et des familles : Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Bruxelles, Larcier, 2016, n° 7, p. 35 et n° 6, p. 31 ; ex. en droit de la filiation, sous réserve de bon « outillage » : J. SOSSON et N. MASSAGER, « Filiation et Cour constitutionnelle », in *Cour constitutionnelle et droit familial*, J. SOSSON et N. MASSAGER (éds), Limal, Anthemis, 2015, p. 57 : « À trop vouloir personnaliser chaque situation, sans outillage adéquat, on produit un droit flou, un droit mou qui ne peut pas offrir la garantie qu'il est juste ».) ; rappr. en France : J. HAUSER, obs. sous l'arrêt précité, *RTD civ.*, 2015, 825 : « S'il y a quelque chose à faire (v. *RTD civ.*, 2014, 101) ce n'est certainement pas la bonne voie, les concepts mous faisant le lit de l'insécurité juridique (...) ».

⁽⁷⁰⁾ S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 710, n° 1008.

⁽⁷¹⁾ L'article 318, § 3 et l'article 330, § 2 sont, de notre point de vue, des règles fondamentales, en ce qu'elles contraignent le juge à une solution au fond. Elles sont néanmoins en état de mort juridique puisque leur application littérale contrarie la jurisprudence constitutionnelle (*supra*, nos 7 et 20).

⁽⁷²⁾ Pour paraphraser S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 712, n° 1012. Rappr. J.-P. MARGUÉNAUD, obs. sous Cass. fr., 10 juin 2015, *RTD civ.*, 2015, 825, obs. : « S'agissant, plus généralement, d'autres conflits donnant prise à la mise en œuvre de la proportionnalité privatisée, il faut s'attendre cependant à ce que, devant les juges du fond, les jeux soient moins fermés, l'essentiel n'étant pas le résultat d'un match joué d'avance mais que le match ait lieu ».



à la mise en balance des intérêts⁽⁷³⁾. La Cour constitutionnelle le fait dans les préliminaires de description des faits et de l'argumentation des parties, ou lorsqu'elle reformule des questions préjudicielles. Le juge du fond améliorera également sa motivation en exposant le plus systématiquement possible le contexte et les intérêts sous-jacents.

L'opportunité qu'offre ce nouveau paradigme est le rendu de décisions mieux et plus amplement motivées, adaptées à chaque cas, provisoires quand les circonstances l'imposent (révision à la demande de l'enfant d'une décision de maintien, comme rappelé ci-après)⁽⁷⁴⁾. Ces décisions seront même juridiquement améliorées puisque le juge n'aura plus besoin de fonder un rejet au fond sur des règles de recevabilité.

29. *Le phasage dans le temps de la protection de l'intérêt de l'enfant est un autre acquis de la jurisprudence commentée, qui inaugure une plasticité plus grande de la filiation.*

Le juge peut rejeter une contestation biologiquement fondée, alors que l'enfant n'a pas atteint 12 ans, sans le priver de possibilité ultérieure de la contester comme demandeur. Cette perspective de doubles décisions contradictoires suscite la critique, mais n'est pas surprenante ni regrettable, à condition de se départir d'une conception englobante de la filiation qui lie toutes ses fonctions (généalogie, identité, ancrage sociétal, etc.) à tous ses effets (autorité parentale, nom, succession, empêchements à mariage, etc.). Ainsi comprise, la filiation peut en effet ne pas se prêter à une succession de décisions différentes. Mais dissocier plus les rôles et les effets de la filiation permettrait de privilégier, au gré des opportunités, ou bien la généalogie ou bien les soins ou encore le matériel⁽⁷⁵⁾, dans une parfaite compréhension des

⁽⁷³⁾ *Ibidem*, p. 711, n° 1011.

⁽⁷⁴⁾ Rappr. en France, *mutatis mutandis*: H. FULCHIRON, note sous Cass. fr., 7 novembre 2016, *D.*, 2016, 1980: «Non, le contrôle de proportionnalité n'est pas source d'une instabilité juridique qui serait socialement "insupportable". Dire qu'il doit être fait ne signifie pas qu'il donnera raison à celui qui l'invoque. En revanche, il permet de mieux tenir compte des cas particuliers et, par là même, peut contribuer, à condition d'être bien maîtrisé, à l'harmonie sociale».

⁽⁷⁵⁾ Rappr. Gand, 11 octobre 2012, *R.A.B.G.*, 2013: «l'attribution d'un état juridique à un enfant qui correspond au lien de filiation biologique, ne peut se confondre avec l'exercice de droits qui procèdent de la filiation»; Trib. fam. Namur, 13 janvier 2016, *Rev. trim. dr. fam.*, 2016, 693; Trib. fam. Namur, 20 mai 2015, *Rev. trim. dr. fam.*, 2016, 125 et Trib. fam. Namur, 3 septembre 2014, *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, 320: «la question de l'intérêt de l'enfant doit être envisagée en fonction de l'objet de l'action, qui est de reconnaître ou non à l'enfant un état juridique qui correspond au lien de filiation biologique et non en fonction de l'exercice des droits dérivés de la filiation: autorité parentale, droit d'hébergement, etc.»; Trib. fam. Bruxelles, 19 mai 2015, *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, 631: «La défenderesse se trompe de débat. Comme observé par la doctrine, il est indispensable de bien distinguer la matière de l'établissement d'une filiation de celle relative à l'autorité parentale et au droit d'héber-



interactions actuelles et passées entre l'enfant et les adultes, entre l'enfant et « tous » ses parents⁽⁷⁶⁾.

La décision de post-poser, pour un jeune enfant, la résolution de la question des origines et d'entériner « provisoirement » une filiation non biologique, n'est pas différente du conseil généralement prodigué⁽⁷⁷⁾ de traiter distinctement autorité parentale et filiation, ou séparément filiation et origines⁽⁷⁸⁾. Actuellement la loi ne permet pas ces dissociations, la filiation entraîne toujours tous ses effets⁽⁷⁹⁾. La loi manque donc de raffinement pour laisser libre cours à diverses quêtes, de l'identitaire à la financière. Dans l'attente d'une réforme⁽⁸⁰⁾, le droit judiciaire de la filiation — ou de l'adoption⁽⁸¹⁾ — ajoute opportunément des possibilités, car elles sont souhaitées par les familles et contribuent au bien-être des enfants comme des adultes.

30. Quant au contenu des solutions, se dégage-t-il des traits saillants ou des tendances? Le faible nombre de décisions commentées, et la retenue

gement. Si la détermination des meilleures modalités d'hébergement peut certes s'appuyer sur l'appréciation qu'a le juge de l'intérêt de l'enfant au moment où il statue, ces modalités seront appelées à être revues dès lors que l'intérêt de l'enfant aura changé avec l'âge et les circonstances de vie ».

⁽⁷⁶⁾ L'émergence de la pluriparentalité est très proche, et sera vraisemblablement critiquée. Aux Pays-Bas, à l'état de projet: «meerouderschap en meerouderlijk gezag», rapport *Kind en ouders in de 21^{ste} eeuw* de la Staatscommissie herijking ouderschap <https://www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2016/12/07/minister-van-der-steur-meerouderschap-en-meeroudergezag-mogelijk-maken>. En Belgique, la loi sur la co-maternité entérine la coexistence de plusieurs auteurs de la vie d'un enfant non nécessairement génétiquement contributeurs. Elle a suscité d'emblée de vives critiques surtout de texture, que nous n'avons pas relayées, car elle pourrait inspirer la finalité ou la base plus volontaire du nouveau droit de la filiation.

⁽⁷⁷⁾ Voy. not. Trib. fam. Namur, décisions précitées, note 75.

⁽⁷⁸⁾ On procède de même en cas d'intersexualité: les adultes décident pour le jeune enfant une attribution de genre à mentionner à l'état civil, sachant que celle-ci pourrait être autre, plus tard, même après que médicalement la puberté ait été retardée, cela aussi pour laisser aux parents voire à l'enfant (art. 12, § 2, loi relative aux droits du patient) le temps de la décision définitive.

⁽⁷⁹⁾ L'arrêt commenté de la cour d'appel de Bruxelles du 12 mai 2015 révèle un juge qui regrette que faire droit à la demande coupera tout lien avec le père légal qui n'a pas démérité, et lui réserve donc en *obiter dictum* ses droits aux relations personnelles (art. 375bis).

⁽⁸⁰⁾ Dont les germes pourraient bien se trouver dans le régime de la co-maternité car celle-ci illustre déjà les potentialités du concept de « déclaration de parentalité » (en ce sens *de lege ferenda*: F. SWENNEN, « Wat is ouderschap? », *T.P.R.*, 2016, pp. 62 et s., n^{os} 59 et s.).

⁽⁸¹⁾ Liège, 28 avril 2015, *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, 582 — prononcé d'une adoption endofamiliale par l'auteur du projet de PMA avec la mère, séparée de celle-ci, contre la volonté de la mère, dans l'intérêt de l'enfant: « Le besoin de stabilité de S. est davantage garanti par la poursuite du projet initial de coparentalité des parties, compte tenu de la persistance de l'intimée à se voir reconnaître dans son rôle parental, en dépit de la séparation des parties ... ».



du commentaire dans une matière casuistique, autorise au plus le repérage de quatre phénomènes.

30.1. L'enseignement le plus important est que l'intérêt d'un jeune enfant (– 12 ans) peut être servi par le *rejet de la contestation malgré l'absence de lien biologique* lorsque cet enfant est mieux protégé *hic et nunc* dans la famille légale qu'il ne le serait uni en droit à son père biologique. La jurisprudence commentée n'exclut donc pas une succession d'actions aux résultats différents au cours de la vie d'un enfant. Il ne s'agit pas de faire droit à une «volonté fluctuante et évolutive de l'enfant», sous-entendu capricieuse⁽⁸²⁾, mais de reconnaître que l'intérêt de l'enfant est en soi contextuel et évolutif, donc variable. Le maintien temporaire de l'enfant dans sa famille légale ne doit par ailleurs pas devenir un principe auquel on ne pourrait déroger qu'exceptionnellement. Des décisions n'hésitent pas à extraire un jeune enfant de sa famille légale, quand la famille biologique est en construction (cour d'appel de Bruxelles, arrêt du 12 mai 2015)⁽⁸³⁾ ou quand la famille légale entrave sa quête d'origines (cour d'appel de Liège, arrêt du 1^{er} juin 2016).

Nous ne partageons pas la crainte que des décisions multiples quant à une filiation déstructurent autre chose que les familles en cause, elles-mêmes affectées par des choix, révélations ou modifications de rapports interpersonnels⁽⁸⁴⁾. La plupart des contestations tardives ne bouleversent que deux familles. La limite que le droit judiciaire de la filiation ne pourra pas franchir nous semble être l'établissement d'une filiation non biologique dans un but vénal (chasse à l'héritage, aliments, ...). L'inconvénient (théorique) de décisions multiples est également mineur, celles-ci devant généralement se limiter à une ou deux dans l'histoire d'un enfant qui décide de faire valoir son intérêt, voire plus en cas de P.M.A. ou GPA. La filiation ainsi déterminée ou modifiée n'est, à notre avis, pas moins «institutive» que la celle issue de règles abstraites⁽⁸⁵⁾.

30.2. Un autre apport de nouvelle méthodologie est de garantir aux parents légaux d'être mieux *écoutés*⁽⁸⁶⁾, comme les autres protagonistes, d'être autorisés à faire valoir leur souffrance de voir «leur» enfant «chercher un autre père» ou un «meilleur héritage», parfois après des décennies

⁽⁸²⁾ N. GALLUS, «Chronique de législation en droit privé», *J.T.*, 2016, p. 718, n° 2.

⁽⁸³⁾ Dans le même sens : Liège, 16 décembre 2012, inédit.

⁽⁸⁴⁾ La paix des familles peut être *rétablie* par une contestation «hors normes», prescrite ou émaillée d'une possession d'état (en ce sens : Gand, 24 mars 2016, inédit, R.G. n° 2010/AR/1039).

⁽⁸⁵⁾ N. GALLUS, «Chronique de législation en droit privé», *J.T.*, 2016, p. 718, n° 2.

⁽⁸⁶⁾ Voy. not. la mission de l'expert et les comparutions en personne *in* Trib. fam. Brabant wallon, 19 décembre 2016, R.G. n° 12/2031/A, inédit.



de bons soins et de financement de son éducation. Leur intérêt pourra, dans certains cas, l'emporter sur celui de l'enfant demandeur, par exemple si sa quête identitaire est factice ou non prioritaire au respect dû aux parents affectifs. La sécurité méthodologique appellera dans ce cas une motivation spéciale, puisque l'intérêt de l'enfant à établir sa filiation est «en principe»⁽⁸⁷⁾ prépondérant sur les autres.

30.3. On voit par ailleurs les juges surveiller de très près les *mobiles des adultes* s'ils sont demandeurs. Ils sanctionnent des procédures *ab irato*, des revanches conjugales, la cupidité successorale. Comme à la Cour constitutionnelle où les adultes sont intimés de respecter leurs délais, les juges du fond les rappellent au respect des droits des enfants par une application juste du droit abstrait de la filiation (ex. : prescription).

30.4. Enfin, l'octroi de *dommages-intérêts* substantiels ou punitifs en cas d'acharnement processuel doit être encouragé. Indemniser la victime d'un entrelacs de procédures en droit de la filiation est absolument impératif pour évacuer du débat les rapports de force économiques, dont on sait qu'ils polluent la plupart des procédures en droit des familles. Cela dissuadera les entreprises inutiles et permettra de rencontrer une objection doctrinale au droit judiciaire de la filiation⁽⁸⁸⁾.

31. La *méthodologie de la balance des intérêts* n'est pas clairement fixée, à tout le moins exprimée. Faut-il hiérarchiser ou simplement pondérer les faits et intérêts? Comment articuler les intérêts privés et généraux⁽⁸⁹⁾?

Les juridictions commentées ne systématisent pas de hiérarchie ou ne décrivent pas celle qu'ils retiennent implicitement, alors que les éléments pour en construire sont déjà fournis par plusieurs arrêts de la Cour constitutionnelle et un arrêt de la Cour de cassation. La seule «règle» est, du vœu de la Cour constitutionnelle, que l'examen des intérêts en présence soit «approfondi» dès lors qu'une contestation de filiation est une action relative à l'identité de l'enfant⁽⁹⁰⁾. L'arrêt du 7 avril 2017 de la Cour de cassation prescrit que le juge tienne compte «spécialement» («*in het bijzonder*») de

⁽⁸⁷⁾ C.C., arrêt n° 18/2016 du 3 février 2016, B.15; Cass., 7 avril 2017, *supra*, note 5, attendu n° 4.

⁽⁸⁸⁾ D. PIRE, note sous C.C., arrêt n° 18/2016 du 3 février 2016, *J.L.M.B.*, 2016, p. 416, n° 11; J. SOSSON et N. MASSAGER, «Filiation et Cour constitutionnelle», in *Cour constitutionnelle et droit familial*, J. SOSSON et N. MASSAGER (éds), Limal, Anthemis, 2015, p. 85, n° 51.

⁽⁸⁹⁾ À ne pas confondre avec le domaine respectif de la pondération d'intérêts abstraite et concrète, la première étant le fait du législateur et la seconde du juge (N. GEELHAND, «Het vertrouwensbeginsel als instrument van belangenafweging in het huwelijksvermogensrecht», *T.P.R.*, 1995, pp. 13-14, n° 11).

⁽⁹⁰⁾ C.C. n° 18/2016, du 3 février 2016, B.14.2; C.C. n° 139/2014 du 25 septembre 2014, B.23.3.

l'intérêt de l'enfant pour faire exception à l'irrecevabilité pour possession d'état (attendu n° 4).

La jurisprudence n'étant pas prescriptive, les propositions qui suivent n'ont pas d'autre vocation que documentaire. Il serait en effet contraire à l'esprit d'un droit jurisprudentiel de développer ou préconiser des règles générales et abstraites, fussent-elles méthodologiques. Il reste que le droit belge de la filiation est encore mixte, légal et judiciaire, et que l'enjeu humain des causes, surtout face à la vivacité de la critique doctrinale sur la sécurité du droit en devenir, justifie un discours sur la méthode.

Nous proposons ci-dessous, par rapprochement de motifs de plusieurs arrêts constitutionnels et de cassation ainsi que de la Cour européenne des droits de l'homme et des décisions de fond, une grille de lecture de faits pertinents dans la pondération des intérêts en cause.

La *liste* de faits va s'étoffer au gré des nouvelles décisions tranchant des problèmes encore inconnus (ex. P.M.A., maternité de substitution, co-maternité). Le *classement* de ces faits peut guider la motivation d'une sur- ou sous-pondération.

1. *Intérêts privés des personnes en cause*

- L'intérêt de l'enfant est prépondérant sans être absolu. Une décision qui irait facialement à l'encontre de celui-ci doit être (encore plus) spécialement motivée.
- L'intérêt de l'enfant est exprimé par ses souhaits, sa demande, son tuteur *ad hoc*, dont le rôle actif ne peut plus être contesté⁽⁹¹⁾.
- L'intérêt de l'enfant est «en principe» d'établir sa filiation biologique. Il peut être concurrencé par son besoin de stabilité dans la famille légale, surtout avant 12 ans si la famille légale est un foyer d'épanouissement.
- L'intérêt de l'enfant adulte n'est pas moins prépondérant que l'intérêt de l'enfant mineur, «que du contraire» lorsque l'enfant adulte est en quête d'origines ou de filiation⁽⁹²⁾.
- Les intérêts des personnes concernées sont pondérés après comparaison lorsqu'ils sont concurrents⁽⁹³⁾; celui du père biologique demandeur en contestation peut ainsi primer celui du père légal.
- La *volonté des parents* légaux et biologiques est prise en considération⁽⁹⁴⁾.

⁽⁹¹⁾ Pour un exemple d'écoute par un expert et de prise en compte par le juge des souhaits de l'enfant et des autres protagonistes: Trib. fam. Brabant wallon, 19 décembre 2016, R.G. n° 12/2031/A, inédit.

⁽⁹²⁾ Cour eur. D.H., arrêt *Cannonne c. France*, du 25 juin 2015, § 32. *Contra*: Gand, 19 mars 2015, *supra*, n° 25.

⁽⁹³⁾ C.C., arrêt n° 18/2016, du 3 février 2016, B.5.4.

⁽⁹⁴⁾ Cour eur. D.H., arrêt *Kroon c. Pays-Bas*, du 27 octobre 1994, § 40.



- Les *mobiles des adultes* sont scrutés avec plus d'attention que ceux des enfants, notamment parce que la Cour constitutionnelle leur dénie le droit d'agir tardivement lorsqu'ils sont demandeurs en contestation⁽⁹⁵⁾.
- L'intérêt du père biologique à voir reconnue sa légitimité de père mérite la considération, dans un but de nouer des liens⁽⁹⁶⁾ ou dans une démarche identitaire⁽⁹⁷⁾.
- Les *intérêts financiers* des adultes et de l'enfant qui agit sont identifiés et pondérés (aliments, succession, etc.)⁽⁹⁸⁾.
- Les intérêts et souhaits des *fratries* sont pris en considération, celle de l'enfant dont la filiation est contestée, celle de la famille biologique dans laquelle on se propose de l'accueillir.
- Les intérêts et les souhaits de la *seconde génération*, les enfants de celui ou celle dont la filiation est contestée, sont pris en considération, sans pondération excessive, car ils subissent les effets de l'action⁽⁹⁹⁾.

2. Faits établis

- Le *lien biologique* ou son défaut (de preuve) est un fait dont le juge tient compte, sans automatisme, malgré le prescrit de l'article 318, § 3 (et de l'article 330, § 2) contraire à l'esprit de la jurisprudence constitutionnelle.
- Le *temps mis à agir* peut être pris en considération même si l'action est recevable malgré l'expiration d'un délai de prescription. Il est mis en regard des circonstances qui l'expliquent⁽¹⁰⁰⁾. Pour respecter la cohérence de la jurisprudence constitutionnelle sur les délais (*supra*, note 1), ce facteur-temps doit être sous-pondéré si la prescription est écartée par voie constitutionnelle (cas des enfants tardifs demandeurs). Il peut être sur-pondéré si le demandeur est un adulte qui était empêché technique-

⁽⁹⁵⁾ P. MARTENS, *op. cit.*, note 1.

⁽⁹⁶⁾ Bruxelles, 5 novembre 2015, *Rev. trim. dr. fam.*, 2016, 673; Trib. fam. Brabant wallon, 4 novembre 2014, *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 597 (famille existante entre le père biologique demandeur et un autre enfant conçu avec la mère qui pourtant s'oppose à la contestation de la paternité de son mari).

⁽⁹⁷⁾ Même s'il y a une part de narcissisme dans cette démarche, aux dires d'un expert missionné pour éclairer le tribunal sur les intérêts en présence: Trib. fam. Verviers, 8 juin 2015, *Rev. trim. dr. fam.*, 2016, p. 135.

⁽⁹⁸⁾ Un impact a pu être accordé au fait qu'une mère s'engageait à ne plus réclamer d'aliments au père légal, non biologique, pour *maintenir* l'enfant provisoirement, dans son intérêt, dans la famille légale (Trib. fam. Brabant wallon, 19 décembre 2016, R.G. n° 12/2031/A, inédit).

⁽⁹⁹⁾ Pour un rejet de l'objection selon laquelle l'action du père biologique serait « dictée par sa mère »: Bruxelles, 5 novembre 2015, *Rev. trim. dr. fam.*, 2016, 673.

⁽¹⁰⁰⁾ L'existence de contacts entre l'enfant et le père biologique justifie le retard mis à agir (Mons, 14 mai 2012, *J.L.M.B.*, 2013, 400, note V. MAKOW), de la même façon qu'une possession d'état suspend la prescription de l'action en recherche de paternité (art. 331ter).



ment d'agir mais qui a encore tardé après la levée de l'obstacle, ou si le demandeur est un enfant dont la tardiveté est disproportionnée ou non justifiable.

- La *vie familiale effective* dans la famille légale (qualité, durabilité, effet positif sur l'enfant) peut être prise en considération même si l'action est recevable malgré une possession d'état. Il est préférable de ne pas se référer à la possession d'état *stricto sensu* dans l'appréciation au fond des intérêts en cause car cette notion ne révèle pas toujours l'existence d'une famille méritant une protection actuelle.

3. *Intérêts généraux (paix des familles, sécurité juridique des liens de filiation)*

- Les intérêts individuels sont mis en balance avec l'intérêt de la collectivité, car le droit de la filiation demeure d'ordre public.
- Le juge peut donner un certain poids à la *paix des familles* et à la *sécurité juridique des liens de filiation*, les intérêts privés et aussi le droit de l'enfant à établir sa filiation, priment «en principe» la paix des familles et la sécurité juridique des liens de filiation.
- Le juge ne peut faire primer abstraitement les intérêts généraux sur les intérêts des personnes concernées et doit motiver spécialement une telle préférence⁽¹⁰¹⁾.
- La paix des familles peut concerner d'autres familles en cause que la famille légale à condition qu'elle soit menacée *in concreto* et compte tenu des effets des procédures en cours.
- La sécurité juridique des liens de filiation doit s'entendre au plan général, en référence avec la fonction structurante du droit de la filiation. La «sécurisation» du lien de filiation en cause relève des intérêts privés des personnes en cause.

⁽¹⁰¹⁾ Car les droits fondamentaux protègent des intérêts «concrets»: Cour eur. D.H. *Phinikaridou c. Chypre*, arrêt du 20 décembre 2007, § 65.