

1

À L'ORÉE D'UN DROIT JUDICIAIRE DES FAMILLES

Propos introductifs

Yves-Henri LELEU
professeur à l'U.Lg. et à l'U.L.B.
professeur invité à l'Université Panthéon-Assas
avocat

Propos introductifs

1. Une jurisprudence récente de la Cour constitutionnelle en droit de la filiation amorce l'ébauche d'une acceptation de l'idée que l'on pourrait être aussi bien sinon mieux servi en droit des familles par le juge que par le législateur. Avec le vacillement de ce dernier bastion de droit législatif voulu structurant, le droit des personnes et des familles nous semble avoir intégré l'idée qu'il ne pouvait plus diriger les comportements, mais devait scruter et accompagner, dans une juste mesure, les besoins des personnes impliquées dans des litiges familiaux¹. Cette nécessité se fait ressentir aussi dans d'autres secteurs, notamment le droit de la séparation de biens, où c'est le contrat qui structure parfois trop étroitement la vie économique d'un couple.

Les propos qui suivent introduisent une vaste revue d'actualité qui réserve précisément une place importante à la jurisprudence complémentaire ou supplétive de la législation de droit familial. Si, comme nous le pensons, l'avenir est à l'affinement du pouvoir créateur du juge, il faut réfléchir, dans une démarche prospective, à la mission du législateur. Nous nous y essayons sans exhaustivité, en indiquant des pistes et des points d'ancrage d'une adaptation possible du système législatif censuré.

En droit de la filiation, la Cour censure la portée voulue absolue des principaux obstacles légaux à l'établissement judiciaire ou à la contestation de certaines filiations (possession d'état, prescription, inceste). Elle donne ainsi au juge saisi un très large pouvoir d'appréciation des intérêts en présence. En droit de la séparation de biens, la Cour de cassation autorise la revalorisation de créances d'enrichissement sans cause entre époux, et accroît le pouvoir du juge de compenser certaines iniquités engendrées par l'exclusion contractuelle des mécanismes communautaires. Notre excursion patrimoniale sera brève et accessoire, pour ne pas disperser le propos et n'y chercher qu'un indice de vérification de l'hypothèse générale. Ces deux secteurs ont toutefois en commun rigidité et charge symbolique : le droit de la filiation se veut gardien des généalogies ; la séparation de biens pure et simple prétend servir un contractualisme radical.

2. La *possession d'état*, tout d'abord, ne pourra plus bloquer toute contestation de filiation, mais seulement celles dont le maintien se justifie en fonction des intérêts en présence.

L'arrêt n° 20/2011 du 3 février 2011² concerne un mari qui conteste sa paternité (art. 318) après avoir appris qu'il n'était pas le père de l'enfant

1 Plus spécifiquement à propos de la filiation : Y.-H. LELEU et L. SAUVEUR, « La filiation incestueuse et la Cour constitutionnelle », note sous C.C., 9 août 2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, à paraître.

2 C.C., 3 février 2011, n° 20/2011, *Act. dr. fam.*, 2011, p. 75, note N. GALLUS ; *Juristenkrant*, 2011, n° 224, p. 1 ; *Juristenkrant*, 2012, n° 249, p. 2 ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 344 ; *R.W.*, 2011-2012, p. 1111, note F. SWENNEN ; *T. Fam.*, 2011, p. 61, note T. WUYTS.

qu'il a élevé, âgé de 10 ans au jour de sa demande. L'action du père n'est pas prescrite mais la possession d'état l'empêche d'agir. Cet obstacle cède devant la Cour. Selon elle, l'intérêt potentiel qu'un enfant peut avoir à bénéficier d'une possession d'état ne peut l'emporter sur le droit du père d'avoir au moins une occasion de contester sa paternité si elle n'est pas biologique.

Dans l'arrêt n° 122/2011 du 7 juillet 2011³, la possession d'état rendait irrecevable une action en recherche de paternité adultérine ancien régime (art. 323 anc.) initiée par l'enfant contre l'unique héritière de son père biologique. Selon la Cour, la possession d'état à l'égard du mari de la mère ne peut avoir pour effet de soustraire le débat au juge, et cela même si la filiation à établir ne sera pas vécue puisque le père prétendu était mort.

Ces deux arrêts commandent d'écouter, en toute hypothèse, la demande d'un parent biologique ou d'un enfant qui revendique une filiation. Ils ne détectent pas de violation du principe d'égalité, mais de l'article 22 de la Constitution, dans son volet vie privée lié à l'article 8 de la C.E.D.H. (et accessoirement à l'article 22bis de la Constitution sur l'intérêt de l'enfant). Ce fondement d'inconstitutionnalité est symptomatique d'une volonté de confronter les normes belges aux droits fondamentaux qui prônent une vie familiale effective, que ne peuvent compromettre des normes « heurtant de front tant les faits établis que les vœux des personnes concernées, sans réellement profiter à personne »⁴.

Cette expression issue de l'arrêt *Kroon* du 27 octobre 1994⁵, devenue récurrente à la Cour constitutionnelle⁶, est révélatrice de trois inconvénients d'un droit à vocation structurante pour le bien social : une norme – la possession d'état pour le respect de la parenté socio-affective –, si elle est trop abstraite, peut heurter les faits, méconnaître les souhaits des personnes, ne servir que des valeurs, et, le cas échéant, ne profiter directement à personne. Au contraire, donner en toute hypothèse au juge la possibilité de lever ces obstacles si les intérêts en présence le justifient, augure un droit plus « humain », « franc » et « lisible ». En effet, certains auteurs critiquent les arrêts qui désaffectent la possession d'état en rappelant qu'actuellement les juges peuvent arriver au même résultat en agissant sur les qualités de la possession d'état, notamment l'équivocité⁷,

3 C.C., 7 juillet 2011, n° 122/2011, *Act. dr. fam.*, 2011, p. 140, note N. MASSAGER ; *R.W.*, 2011-2012, p. 1118, note F. SWENNEN ; *T. Fam.*, 2011, p. 152, note A. QUIRYNEN.

4 Cour eur. D.H., *Kroon c. Pays-Bas*, arrêt du 27 octobre 1994, *J.D.J.*, 1995, n° 142, p. 69 ; *Rev. trim. dr. fam.*, 1995, p. 213 ; *Rev. trim. dr. h.*, 1996, p. 183, obs. p. GEORGIN, § 40.

5 Cour eur. D.H., *Kroon c. Pays-Bas*, précité.

6 C.C., 3 février 2011, n° 20/2011, précité ; C.C., 7 juillet 2011, n° 122/2011, précité ; C.C., 31 mai 2011, n° 96/2011, cité *infra*, note 10.

7 J. Sossion, « L'équivocité de la possession d'état : une notion... équivoque ? », *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 739 ; A.-Ch. VAN GYSEL, « Examen de jurisprudence. Les personnes (2003-2011) », *R.C.J.B.*, 2011, pp. 443 et 451, nos 11 et 13.

pour réguler l'opportunité d'une contestation. Certes, cette méthode *peut* aboutir au résultat équitable souhaité, mais elle malmène la possession d'état et en révèle les limites. Forcer la recevabilité en équité conduit tôt ou tard à la révision (législative) du contenu de la cause d'irrecevabilité ou à l'affaiblissement (constitutionnel) de sa portée.

On ne mesure pas assez l'impact de ces arrêts, complétés par un nouvel arrêt n° 29/2013 du 7 mars 2013⁸ qui écarte la possession d'état en matière de contestation de reconnaissance (art. 330). La possession d'état avait été revalorisée par le législateur en 2006 comme obstacle à toute contestation de filiation, en guise de « compromis » face à l'élargissement des actions en contestation aux parents biologiques. En censurant le premier volet de ce compromis, les arrêts de la Cour constitutionnelle nous laissent penser que les équilibres politiques, au sens large, ne sont plus un objectif ni une méthode en droit de la filiation. Les trop vastes transactions législatives donnent au législateur la satisfaction de réussir ses dosages, mais demeurent poreuses aux situations non typiques. L'équilibre traditionnel entre la filiation socio-affective et la filiation biologique est mis en question, sans autre réponse actuellement que la perspective de décisions judiciaires individuelles respectueuses des intérêts en présence. Seul le juge peut apprécier si une possession d'état doit faire pencher la balance vers le pôle socio-affectif, car le législateur n'a plus la légitimité pour décréter dans quelles situations la possession d'état l'impose sans doute possible.

3. Dans la même logique, mais avec un peu plus de nuances, la *prescription*, une autre règle essentiellement « transactionnelle », n'est plus un couperet. La Cour a initié la critique de la prescription comme empêchement absolu à la contestation d'une filiation dans un arrêt n° 54/2011 du 6 avril 2011⁹, pour sanctionner un très grave abus de procédure par une mère qui avait fait reconnaître son enfant par un homme « de paille » dans le seul but de mettre hors délai le père biologique qu'elle empêchait de reconnaître son enfant par une opposition *pro forma* (art. 329*bis*). Elle poursuit dans l'arrêt n° 96/2011 du 31 mai 2011¹⁰, où la prescription pénalise un enfant, devenu adulte, qui conteste la paternité du mari de sa mère après avoir appris qu'il était fils d'un autre, alors que les liens avec son père légal étaient inexistants.

8 C.C., 7 mars 2013, n° 29/2013, inédit.

9 C.C., 6 avril 2011, n° 54/2011, *Act. dr. fam.*, 2011, p. 146, note N. MASSAGER ; *R.A.B.G.*, 2011, p. 889 ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 345 (somm.) ; *R.W.*, 2010-2011, p. 1751 ; *T. Fam.*, 2011, p. 93, note G. VERSCHOLDEN ; *T.J.K.*, 2011, p. 254 (somm.).

10 C.C., 31 mai 2011, n° 96/2011, *Act. dr. fam.*, 2011, p. 142, note N. MASSAGER ; *Juristenkrant*, 2011, n° 231, p. 4 ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 693 (somm.) ; *R.W.*, 2010-2011, p. 1791 (somm.) ; *R.W.*, 2011-2012, p. 1113, note F. SWENNEN ; *T. Fam.*, 2011, p. 214, note A. QUIRYNEN ; *T.J.K.*, 2011, pp. 254 et 302, note C. MELKEBEEK.

La Cour constitutionnelle remarque aussi dans ce dernier arrêt que la filiation légale ne correspond à aucune vérité biologique ni sociologique, et ne trouve aucune raison, sinon de cohérence ou de sécurité, de maintenir ce lien contre la volonté des protagonistes quand les intérêts en présence le justifient. Dans cet arrêt, c'est l'enfant qui demande, et ce n'est pas anodin. Et il semble que cet enfant n'a pas constitué de famille avec le père biologique, si bien que la Cour constitutionnelle pourrait même ne pas conditionner sa critique des obstacles absolus à la contestation d'une filiation à la condition – abstraite – qu'une famille soit (re)construite par ailleurs ! La critique est donc fondamentale.

La force symbolique de ces inconstitutionnalités nous semble encore plus grande que celles concernant la possession d'état, car la prescription est une règle de portée générale en droit civil, et bien moins malléable que la possession d'état. C'est probablement la raison de la présence de nuances dans le dispositif de l'arrêt n° 96/2011, où la Cour précise qu'en l'espèce, la présomption de paternité « ne correspond ni à la vérité biologique, ni à la vérité socio-affective »¹¹. Certains auteurs¹² déduisent de ces précisions une restriction de la portée de ces arrêts. Nous pensons que dans tous les cas déjà jugés, qui guident dès maintenant les juridictions de fond, la prescription peut perdre toute consistance. Elle ne sert à personne dans les affaires similaires où les pères légaux font défaut ; elle ne sert même pas l'intérêt général lorsqu'elle cautionne des abus de procédure.

Il va de soi que les délais de prescription se justifient encore, et par là-même l'utilité de la loi pour doser l'incidence du temps sur les actions en matière de filiation. Mais dans un droit plus judiciaire de la filiation, il faudra que la filiation stabilisée soit vécue et le législateur devra permettre d'écarter les prescriptions, par exemple en tolérant de « justes motifs » de tardiveté.

4. Nous n'insisterons pas ici sur l'éclatant complément de ces arrêts par la tolérance de la *double filiation incestueuse* (arrêt n° 103/2012 du 9 août 2012¹³). L'inceste, ici entre demi-frère et demi-sœur, ne peut plus priver un enfant de deux filiations, si tel est son intérêt.

À nouveau, face à un législateur qui maintient des interdits au nom des valeurs, sans qu'ils ne profitent à personne dans certaines situations concrètes, le juge doit investir la fonction opératoire du droit des familles, et la Cour constitutionnelle l'y autorise, dans le respect de la séparation

11 C.C., 31 mai 2011, n° 96/2011, précité.

12 J. SOSSON et A. RASSON-ROLAND, « Coups de tonnerre constitutionnels dans la filiation : l'article 318 du Code civil dans la tourmente... », *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, pp. 608-609.

13 C.C., 9 août 2012, n° 103/2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, note Y.-H. LELEU et L. SAUVEUR, à paraître ; *Act. dr. fam.*, 2012, p. 150, note A.-Ch. VAN GYSEL ; *J.D.J.*, 2012/11, p. 23, note G. MATHIEU et A.-Ch. RASSON ; *J.L.M.B.*, 2012, p. 1281, note p. MARTENS ; *Juristenkrant*, 2012, n° 253, p. 4 ; *T. Fam.*, 2012, p. 219, note T. WUYTS.

des pouvoirs. Agir sur l'interdit de l'inceste, c'est tenir en échec l'une des règles les plus chargées de moralité et de prophylaxie. Intervenir dans une situation d'occurrence aussi minime, c'est confirmer que le droit de la famille doit pouvoir s'adapter même aux besoins infiniment minoritaires¹⁴. Il n'a été que trop dur pour les dissidents de la Famille.

5. L'arrêt sur l'inceste amène la réflexion vers la clé d'un droit judiciaire de la filiation, l'appréciation de l'*intérêt de l'enfant impliqué*. Comment l'apprécier ? Quand l'apprécier ? Comment le pondérer par rapport aux intérêts des adultes ?

Une certitude commence à se construire : l'intérêt de l'enfant n'est plus envisagé qu'*in concreto*, le législateur voyant critiqué dans l'arrêt sur l'inceste son présupposé « qu'il est toujours de l'intérêt de l'enfant né dans de telles circonstances que sa double filiation ne soit pas établie » (B.8.1). À cela s'ajoute la censure de la limitation de l'appréciation de l'intérêt de l'enfant aux enfants de plus d'un an par les arrêts n° 144/2010 du 16 décembre 2010¹⁵ et n° 61/2012 du 3 mai 2012¹⁶, qui renforce son importance au regard des droits fondamentaux.

Si l'objectif et la cohérence de la jurisprudence constitutionnelle est d'amener dans la solution de tout *litige* en matière de filiation une appréciation de l'intérêt de l'enfant et des autres intérêts individuels, c'en est fini de toute règle qui empêcherait *ex ante* cette appréciation (conditions d'âge, de parenté, de consentement-veto ; exception de viol, de procréation médicalement assistée, etc.), sauf raison socialement absolument impérative, *démontrée* essentielle dans l'intérêt général. Le législateur doit donc (ré)examiner le degré de nécessité sociale (avérée) ou de proportionnalité de tout obstacle analogue.

Pour autant la loi n'a pas dit son dernier mot sur l'intérêt de l'enfant. Le rôle du législateur n'est plus, selon nous, d'édicter des règles dirimantes au nom de l'intérêt qu'il pense être commun à tous les enfants, mais de créer les procédures pour appareiller le juge chargé d'apprécier les intérêts en présence en privilégiant celui de l'enfant (art. 22*bis* Const.)¹⁷.

14 *Contra* : F. SWENNEN, « Afstamming en grondwettelijk Hof », *R.W.*, 2011-2012, pp. 1106 et 1110, n° 19, estimant, à propos des arrêts sur la prescription et la possession d'état, excessif de déconstruire l'œuvre du législateur de 2006 pour une quantité minime d'occurrences.

15 C.C., 16 décembre 2010, n° 144/2010, *Act. dr. fam.*, 2011, p. 2, note N. MASSAGER ; *Juristenkrant*, 2011, n° 223, p. 4 ; *R.A.B.G.*, 2011, p. 883, note E. DE MAEYER et C. VERGAUWEN ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 118 (somm.) ; *T. Fam.*, 2011, p. 56, note F. SWENNEN ; *T.J.K.*, 2011, pp. 139, 201, 254 et 320, note C. MELKEBEEK.

16 C.C., 3 mai 2012, n° 61/2012, *Act. dr. fam.*, 2012, p. 135, note ; *Juristenkrant*, 2012, n° 251, p. 2 ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 704.

17 En ce sens : Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2010, p. 21, n° 4, et p. 30, n° 7 ; V. MAKOW, « Détricotage constitutionnel du droit de la filiation stimulé par une juridiction de fond », note sous Mons, 14 mai 2012, *J.L.M.B.*,

Pour certaines actions ou dans certains contextes (ex. inceste, viol), l'intérêt de l'enfant apparaît plus décisif que dans d'autres, où le projet de (re)construction familiale concerne plutôt les adultes (ex. contestation par le père biologique). Ainsi, en ce qui concerne l'interdit de l'inceste, dont nul ne nie l'utilité sociale, le droit de la filiation pourrait imposer au juge une appréciation « marginale négative » : la filiation *ne peut pas* être établie (interdit moral abstrait) sauf si elle est *manifestement* dans l'intérêt de l'enfant (accompagnement individuel). La loi pourrait également, de manière plus favorable à l'enfant, distinguer selon les demandeurs : appréciation « marginale négative » si le père est demandeur ; appréciation « entière » si l'enfant est demandeur et a un certain âge¹⁸.

Dans les contestations de filiation, l'appréciation en opportunité ne sera pas la même si l'action se limite à anéantir la filiation ou s'il y a établissement corrélatif de filiation (ex. action « 2 en 1 »). Pour cet établissement de la filiation, depuis l'arrêt de la Cour constitutionnelle n° 30/2013 du 7 mars 2013¹⁹, l'appréciation de l'intérêt de l'enfant ne peut plus être « marginale positive » (la filiation biologique *doit* être établie sauf si elle est *manifestement* préjudiciable à l'enfant – art. 329*bis* et 332*quinquies*). Elle devient « entière », sans présupposé général abstrait (l'établissement de la filiation doit servir *in concreto* l'intérêt de l'enfant – ce qui sera normalement le cas, fort heureusement).

D'un point de vue plus procédural, faut-il, *de lege lata*, distinguer contestation et établissement de filiation, ou établissement volontaire et établissement judiciaire de filiation ? La question est importante car, actuellement, aucun juge n'est saisi en cas de reconnaissance volontaire sans opposition (au contraire d'une action en recherche de paternité ou d'une contestation « 2 en 1 », même sans opposition à l'établissement de la filiation). L'arrêt du 9 août 2012²⁰ ne préjuge pas de l'interdit de l'inceste en cas de reconnaissance par le père sans opposition de la mère. Reste à savoir, si une question préjudicielle est posée et l'interdit levé, quel juge appréciera l'intérêt de l'enfant...²¹.

6. À ce jour, aucun juge du fond n'a appliqué les directives des arrêts d'inconstitutionnalité dans une espèce *différente* en droit ou en fait, sans poser de nouvelle question préjudicielle²². La réserve de questions préju-

2013, pp. 414-415, n° 9 ; T. WUYTS, « Ouderlijk gezag moet op maat van het gezin georganiseerd worden », *T. Fam.*, 2011, p. 14.

18 *De lege lata*, l'appréciation était selon nous « marginale positive » avant l'arrêt n° 30/2013 du 7 mars 2013 (inédit) (Y.-H. LELEU et L. SAUVEUR, *op. cit.*, n° 7).

19 C.C., 7 mars 2013, n° 30/2013, inédit.

20 C.C., 9 août 2012, n° 103/2012, précité.

21 Voy. à ce sujet : Y.-H. LELEU et L. SAUVEUR, *op. cit.*, n° 7.

22 Comp. Mons, 14 mai 2012, *J.L.M.B.*, 2013, p. 413, note V. MAKOW ; *Act. dr. fam.*, 2012, pp. 141-142 ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, pp. 799-800, note G. MATHIEU (motifs).

dicielles donne à la Cour constitutionnelle les ressources pour continuer son édification du « droit judiciaire temporaire de la filiation ».

Ce n'est certainement pas un droit inefficace ni « inférieur », car il préfigure, selon nous, une bonne part de ce que sera le droit futur de la filiation. La législation déconstruite est le laboratoire du nouveau mode de gestion des conflits en matière de filiation, dont l'observation permettra d'en mesurer les mérites. Dans ce cadre, la Cour constitutionnelle est bel et bien un juge qui crée du droit, suivant une casuistique non moins juste que le droit législatif ; les juges du fond appliquent toujours la loi de 2006, mais amendée par les préceptes constitutionnels acquis et, le cas échéant, par les nouvelles directives qu'ils demanderont à la Cour de leur donner. Ces deux juges (inter)agissent dans des litiges concrets, à l'écoute des demandes individuelles.

On aimerait déjà pouvoir trouver une cohérence dans ce droit modifié. Il nous paraît vain de la rechercher dans une comparaison avec le dosage voulu en 2006 entre le biologique et le socio-affectif. Si le biologique semble revalorisé, la censure de l'appréciation marginale de l'intérêt de l'enfant module le « droit » à établir sa filiation biologique.

La cohérence est plutôt dans le déni de prévalence de paramètres objectifs dans des situations abstraitement définies. La filiation ne pourra plus être le produit d'un métissage prédéfini entre le biologique et le socio-affectif. Faire correspondre la filiation juridique au lien biologique nous semble être la meilleure manière de prendre acte de la pluralité des modes et moments de constitution des familles, ou d'adapter les liens juridiques dans une famille à son vécu actuel. Mais le droit de la filiation devra toujours se réserver la possibilité de ne pas le faire, quand l'amour, le pardon ou le temps ont installé une paix à protéger.

Insécurité juridique en vue²³ ? Nous ne l'apercevons pas. Surtout nous relativisons ce qui s'apparente à un slogan récurrent quand vacillent la loi ou le contrat²⁴. À notre avis, en droit de la filiation, la sécurité juridique

23 N. GALLUS, « Filiation paternelle dans le mariage : le droit de contestation du mari et l'intérêt de l'enfant selon la Cour constitutionnelle », note sous C.C., 3 février 2011, n° 20/2011, *Act. dr. fam.*, 2011, pp. 77-78 ; P. SENAËVE, « Rechterlijke censuring van wetgeving op het vlak van het familierecht op grond van de bescherming van de mensenrechten-twintig jaar later », in *Liber amicorum Walter Pintens*, Anvers, Intersentia, 2012, p. 1314 ; F. SVENNEN, « Afstamming en grondwettelijk Hof », *op. cit.*, p. 1110, n° 20 ; A.-Ch. VAN GYSEL, « Examen de jurisprudence. Les personnes (2003-2011) », *op. cit.*, pp. 442-443 et 451, nos 11 et 13 ; Comp. J. SOSSON et A. RASSON-ROLAND, « Coups de tonnerre constitutionnels dans la filiation : l'article 318 du Code civil dans la tourmente... », *op. cit.*, p. 613.

24 Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 2^e éd., *op. cit.*, pp. 32-33, n° 7 ; Y.-H. LELEU et L. SAUVEUR, « La filiation incestueuse et la Cour constitutionnelle », *op. cit.*, à paraître. Rapp. en ce sens : V. MAKOW, « Détricotage constitutionnel du droit de la filiation stimulé par une juridiction de fond », *op. cit.*, pp. 413-414, n° 9 ; N. MASSAGER, « La prophétie de Gerlo. Réflexion à propos des derniers arrêts de la Cour constitutionnelle

est une hygiène apparente si les règles qui prétendent l'assurer peuvent nuire à ceux qui éprouvent une insécurité de généalogie. De plus, la sécurité juridique est concevable sous d'autres formes que celles habituellement prêtées à un droit législatif. Elle n'est pas absente des systèmes mixant législation-cadre et *judge made law*.

Égoïsme, hédonisme, comportements velléitaires et instrumentalisation des enfants ? On peut douter que ces craintes seraient plus fortes dans un droit de la filiation plus judiciaire. Des efforts de procédure devront être déployés par les personnes en conflit, qui laissent des traces et ne se décident pas à la légère. La perspective positive d'un système plus ouvert aboutit à ce que les parties devront plus systématiquement « affronter » le juge pour qu'il valide leur projet de droit familial au regard de la loi et de tous les intérêts en présence. Nous pensons aussi qu'en cas de refus, si la motivation de l'appréciation est fouillée, sur fond de lois cadre mais toujours précises, la décision sera mieux acceptée que celles, actuellement, où il faut dénaturer une vraie possession d'état ou trouver des moyens de retarder une réelle prescription.

7. Pour conclure, mentionnons encore deux arrêts de cours supérieures en droit de la *séparation de biens pure et simple*, apparemment difficiles à concilier, mais, à notre avis, en harmonie avec la tendance à la judiciarisation qui nous occupe.

Consacrant une jurisprudence équitable développée par la cour d'appel de Liège²⁵, la Cour de cassation considère dans son arrêt du 27 septembre 2012²⁶, qu'une créance d'enrichissement sans cause, née d'un investissement d'un ex-époux séparé de biens dans des biens indivis, doit être réévaluée, doit donc suivre, le cas échéant, la plus value du bien auquel elle se rapporte (p. ex. rénovation d'un immeuble). Or, jusqu'alors, on réservait aux régimes en communauté la revalorisation de créances liées à des biens fluctuant de valeur (art. 1435).

Cet arrêt ajoute du droit nouveau au contrat séparatiste, généralement lacunaire sur ce point. Le courant légaliste critiquant cette solution (« pas de valorisme sans texte » ; le choix séparatiste doit diffuser toutes

en matière de filiation », *Act. dr. fam.*, 2011, pp. 135 et 138 ; P. MARTENS, « Inceste et filiation : égalité et tabou », obs. sous C.C., 9 août 2012, n° 103/2012 ; *J.L.M.B.*, 2012, pp. 1288-1289, n° 6 ; T. WUYTS, « Ouderlijk gezag moet op maat van het gezin georganiseerd worden », *op. cit.*, p. 14.

25 Liège, 22 octobre 2008, *R.G.D.C.*, 2009, p. 414, note Y.-H. LELEU et F. DEGUEL ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 366, note N. BAUGNIET ; *Act. dr. fam.*, 2010, p. 89, note (critique) C. DECLERCK et D. PIGNOLET ; *Not. Fisc. Maand.*, 2010, p. 231, note (critique) C. DECLERCK ; *T. Not.*, 2011, p. 234.

26 Cass., 27 septembre 2012, *J.T.*, 2012, p. 763, note Y.-H. LELEU ; *Act. dr. fam.*, 2013, p. 46, note (critique) D. PIGNOLET.

ses conséquences)²⁷, n'est pas désavoué par cet arrêt. La Cour ne remet nullement en cause l'empêchement absolu des époux séparés de biens de bénéficier de la moindre institution communautaire (art. 1134), quels que soient les dommages causés par le respect de ce contrat dans la mouvance des rapports de vie et d'économie entre époux. La Cour contourne plutôt l'obstacle et adapte le droit commun des obligations pour le rapprocher des mécanismes communautaires dont les époux séparatistes se seraient volontairement privés.

Un droit plus judiciaire de la séparation de biens, plus équitable, pourra certainement continuer de se construire en partie suivant cette méthodologie, dans le respect du contrat. Mais cela serait, selon nous, un « pauvre droit ». Le législateur devra en effet prendre un jour acte qu'il laisse une part croissante des partenaires affectifs sans régime patrimonial, ou avec pour seul régime non contractuel un « quasi-contrat » manifestement conçu à d'autres fins. Or tout partenaire d'un couple peut subir sans l'avoir voulu un dommage patrimonial causé par l'absence de normes, ici une protection contre la dépréciation monétaire.

Une meilleure manière pour le juge d'affronter les rigueurs de la séparation de biens pure et simple est d'y appliquer les institutions communautaires qui n'affectent ni la base ni l'économie du régime séparatiste (art. 1390)²⁸. Mais la Cour constitutionnelle le refuse, dans un arrêt n° 28/2013 du 7 mars 2013²⁹ à propos de l'attribution préférentielle (art. 1447). Avec d'autres auteurs, nous estimions incompréhensible que l'attribution préférentielle ne soit pas applicable au logement familial indivis, ou que le recel de communauté (art. 1448) ne sanctionne pas les séparatistes purs et simples et fraudeurs. Pour la Cour, au vu de sa motivation fouillée et, à certains endroits, oscillante, c'est également peu compréhensible, mais cela reste dans la marge d'appréciation du législateur et ne justifie pas l'inconstitutionnalité.

Dans cet arrêt, qui sera peut-être accueilli positivement par ceux qui défendent la vertu de la force obligatoire du contrat de séparation de biens tel qu'il est généralement très sobrement rédigé, nous trouvons néanmoins des encouragements à la critique du pouvoir absolu de la contrainte contractuelle.

La Cour admet, en effet, que la liberté contractuelle est une caractéristique fondamentale du régime matrimonial secondaire, mais elle pré-

27 Voy. not. : F. BUYSSENS, « Wettelijke samenwoning : het recht is geen zaak van billijkheid », *T. Fam.*, 2009, p. 66 ; Ch. DECLERCK et D. PINOLET, *op. cit.*, pp. 92-93.

28 Voy. sur ce point : H. CASMAN et R. DEKKERS, *Handboek burgerlijk recht*, deel IV, *Huwelijksstelsels. Erfrecht. Giften*, Anvers, Intersentia, 2010, p. 228 et note 419 ; Y.-H. LELEU, « L'article 1390 du Code civil : immanence et transcendance », in *Liber amicorum Jean-François Taymans* (E. BEGUIN et J.-L. RENCHON coord.), Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 239 et s.

29 C.C., 7 mars 2013, n° 28/2013, inédit.

cise, avant de disposer, que « l'on ne pourrait pas non plus reprocher au législateur d'étendre le champ d'application de la disposition en cause à un logement familial qui est la propriété indivise des époux, quel que soit le régime matrimonial » (B.8).

La Cour apparaît en outre consciente d'avoir fait primer un régime contractuel potentiellement inique, mais qui déploie ses possibles méfaits dans *d'autres domaines* que l'attribution préférentielle, à savoir dans la répartition financière des économies, qu'elle cite en exemple, en rappelant le devoir du notaire d'en avertir les futurs époux. La Cour précise à cet égard qu'elle refuse de censurer la loi sur l'attribution préférentielle dans une situation où « l'objectif, (les) caractéristiques et (les) effets du droit ou de l'obligation en question » ne rendent pas la différence de traitement discriminatoire. Nous en déduisons que son refus de censurer la loi repose en partie sur son faible impact, sur l'absence de préjudice réel lié à la lacune du régime séparatiste (le conjoint peut se porter acquéreur du bien en vente publique). Par conséquent, rien ne permet d'affirmer que la Cour sauvera encore la loi si elle est confrontée à un réel méfait de la séparation pure et simple, à un préjudice causé par l'absence de régime matrimonial, par exemple un recel établi mais impuni parce qu'il n'est pas « de communauté » (art. 1448).

Tout cela pour constater, en revenant au thème principal de ces réflexions, que la Cour constitutionnelle ne freine pas le développement d'un droit judiciaire équitable en séparation de biens, ni n'abandonne en ce domaine le projet d'un traitement égalitaire de tous les individus privés de protection patrimoniale par leur seul fait, voire le choix, de ne pas être mariés sans contrat.