

**CONCEPTS, INTERETS ET VALEURS DANS**  
**L'INTERPRETATION DU DROIT POSITIF**

**DROIT DE LA FAMILLE**

**RAPPORT BELGE**

Nicole GALLUS

Avocate

Professeur de l'Université libre de Bruxelles

**A. INTRODUCTION**

1. Les principes qui guident l'interprétation en droit de la famille sont essentiellement la dignité de la personne – avec le corollaire de la non commercialisation du corps humain ou encore de la protection particulière des vulnérabilités -, l'autonomie, le consentement libre et éclairé, l'égalité et la non discrimination dans tous les domaines et notamment dans la conjugalité et la parenté et enfin, l'intérêt supérieur de l'enfant.

Il est difficile de vouloir – de façon théorique -, établir une hiérarchie entre ces valeurs dès lors que la fonction du droit s'oriente aujourd'hui surtout vers un équilibrage des intérêts en présence réalisé essentiellement in concreto, c'est-à-dire en fonction des circonstances particulières liées à la cause et appréciées par les cours et tribunaux<sup>1</sup>.

On peut toutefois rappeler que l'intérêt supérieur de l'enfant constitue la référence primordiale tant en droit national qu'en droit international<sup>2</sup>.

Il s'agit donc de tenir compte de l'intérêt de l'enfant de façon prioritaire dans la mise en balance d'intérêts contradictoires<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Cette évolution vers une judiciarisation du droit est particulièrement marquée en droit de la filiation suite aux arrêts de la Cour constitutionnelle qui censurent les fins de non recevoir à la contestation de filiation au motif que le respect de la vie privée et familiale implique nécessairement l'accès à un juge chargé d'apprécier, in concreto, les intérêts en présence ; voir infra.

<sup>2</sup> Constitution, article 22bis ; C.I.D.E., article 3.

<sup>3</sup> C.E.D.H., POPOV / France, 19 janvier 2012 ; C. const., 7 mars 2013, arrêt 30/213.

2. Il paraît difficile de considérer l'apparition de valeurs réellement nouvelles et il semble plus correct de retenir que certaines valeurs prennent une importance croissante correspondant à une évolution à la fois sociologique et juridique du concept de famille.

Si la solidarité reste un fondement du droit familial – notamment en matière alimentaire -, son étendue spatiale sinon son intensité, tendent à se restreindre dès lors que l'autonomie donne à la personne une primauté sur des structures d'organisation de la vie familiale de nature plus collective.

Il est révélateur sur ce plan de rappeler l'évolution de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme quant au concept – dans son volet de fond et dans celui des obligations procédurales -, de « vie familiale » au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme : la vie familiale ne s'identifie pas à une institution de la famille en tant que telle, ni à une structure de conjugalité et certainement pas au modèle traditionnel du mariage, mais représente le droit de chacun de mener la vie familiale de son choix sans discrimination, afin d'assurer l'effectivité des droits garantis, ce qui confirme la place prépondérante de la volonté individuelle<sup>4</sup>.

Cette perception plus « individualiste » de la vie familiale tient sans doute partiellement à la proximité dans le même article 8 de la Convention européenne, de la vie familiale et de la vie privée entre lesquelles la frontière s'efface<sup>5</sup> et à l'incidence du principe de non discrimination de l'article 14 de la Convention.

Elle tient aussi à la volonté de la Cour européenne de donner à la vie familiale un sens utile fondé sur le constat de relations de fait effectives plutôt que sur le choix de structures<sup>6</sup>.

Cette interprétation a sensiblement marqué l'évolution du droit belge dans de multiples domaines : reconnaissance de vies familiales constituées hors mariage et selon des orientations sexuelles différentes, égalité des enfants, suppression de tout lien entre filiation et mariage et reconnaissance d'une possible double filiation monosexuée, simplification du divorce face à une désunion irrémédiable et sans doute bientôt, reconnaissance et accompagnement des familles recomposées.

Cette valeur d'autonomie conduit à une évolution sensible non pas seulement du contenu du droit mais bien de sa fonction même.

---

<sup>4</sup> F. TULKENS, « Le droit au respect de la vie familiale. Egalité et non discrimination », Rev. trim. dr.fam., 2008, p. 623 ; F. VASSEUR-LAMBRY, La famille et la convention européenne des droits de l'homme, éd. l'Harmattan, Paris, 2000, p. 3.

<sup>5</sup> La dernière frontière entre la vie privée et vie familiale dans la situation de communauté de vie durable des couples homosexuels a disparu avec l'arrêt de la C.E.D.H., SCHALK et KOPF / Autriche du 24 juin 2010.

<sup>6</sup> F. SUDRE, « La construction par le juge européen du droit au respect de la vie familiale », in Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, coll. Droit et Justice, n° 38, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 11 ; E. BRIBOSIA et I. RORIVE, A la recherche d'un équilibre entre le droit à l'égalité et d'autres droits fondamentaux. Commission européenne, direction générale de l'emploi, des affaires sociales et de l'égalité des chances, février 2010.

La famille étant définie comme le droit individuel de choisir sa vie familiale, il en résulte que cette famille tend à devenir le lieu de juxtaposition de droits individuels qui peuvent entrer en conflit.

Le droit a alors une fonction d'équilibrage, de pondération des intérêts en présence.

Les conflits possibles peuvent se situer dans un premier cas de figure entre les droits fondamentaux et l'intérêt public et, dans un second cas, entre les droits fondamentaux eux-mêmes.

Dans la première hypothèse, la priorité pourra être donnée au droit fondamental à l'intervention des critères de nécessité et de proportionnalité dans une société démocratique de l'ingérence dans le droit concerné.

Si l'opposition se manifeste entre droits fondamentaux, le principe de non discrimination sera souvent l'arbitre puisqu'il participe à la définition du contenu de chaque droit<sup>7</sup>.

Cette évolution conduit à une transformation de la fonction normative du droit vers un accompagnement de « modèles » familiaux très différents<sup>8</sup>.

L'autonomie revendiquée ne permet plus de concevoir un droit fixant des structures normatives par voie de dispositions générales et contraignantes correspondant à la perception qu'une société se fait – dans un espace déterminé et à un moment déterminé – de l'ordre social et politique transformé en ordre public.

Aujourd'hui, le droit a plutôt une fonction consistant à encadrer l'autonomie des personnes en fixant la frontière – évolutive -, entre la liberté individuelle et l'ordre public dont le champ d'application tend à se restreindre<sup>9</sup>.

3. Dans les réformes du droit familial, les valeurs les plus souvent mentionnées par le législateur sont comme déjà indiqué, l'intérêt de l'enfant, l'autonomie, l'égalité et la non discrimination dans tous les aspects de la vie privée et familiale, la liberté et la dignité, la protection des vulnérabilités.

---

<sup>7</sup> F. BENOIT-ROHMER, « L'égalité dans la typologie des droits de l'homme », in *Classer les droits de l'homme*, sous la dir. de E. BRIBOSIA et L. HENNEBEL, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 135 ; S. VAN DROOGHENBROECK, « Conflits entre droit fondamentaux, pondération des intérêts : fausses pistes et vrais problèmes », in *Les droits de la personnalité*, sous la dir. de J.L. RENCHON, Actes du Xème colloque de l'Association Famille et Droit, 30 novembre 2007, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 299.

<sup>8</sup> Ceci s'applique tant à la conjugalité qu'à la filiation et donne lieu au développement du concept de « familles plurielles » ; cette évolution marque également le droit des personnes notamment dans tout ce qui touche à la reconnaissance plus autonome de l'identité de l'individu.

<sup>9</sup> A titre exemplatif, on peut retenir les exceptions de plus en plus nombreuses aux principes d'indisponibilité du corps humain (don de sang, don d'organe, de gamète, expérimentation sur la personne humaine, convention de gestation pour autrui...) et d'indisponibilité de l'état (transsexualité et intervention d'un processus de nature conventionnelle dans la filiation issue des procréations médicalement assistées).

Rares sont cependant les hypothèses dans lesquelles ces valeurs sont définies alors cependant que leur contenu est souvent sujet à controverse.

L'exemple type est celui de la « dignité de la personne » qui sous-tend les réformes – principalement pour ce qui touche à l'identité physique et civile, le droit de la personne à la maîtrise de son corps et de sa vie, l'accès à la parenté... -, mais qui est susceptible d'interprétations très différentes selon que l'on retient un sens individualiste ou universaliste du concept<sup>10</sup>.

La composition du gouvernement et/ou du parlement à l'occasion des réformes a certainement une influence dans la mesure où l'idéologie philosophique ou religieuse des partis intervient dans les choix politiques et notamment dans tout ce qui touche à la perception de la famille.

Ainsi, en droit belge, les réformes du mariage<sup>11</sup>, de l'adoption ouverte aux personnes de même sexe<sup>12</sup>, de la procréation médicalement assistée accessible à toute personne auteur d'un projet parental indépendamment de son état civil<sup>13</sup> ou encore du divorce<sup>14</sup> ont été faites alors que le parti socialiste et le parti libéral disposaient d'une majorité politique<sup>15</sup> permettant une avancée vers plus d'autonomie et une affirmation croissante de la non discrimination dans les choix de vie et les orientations sexuelles de chacun.

4. Les valeurs qui fondent les réformes du droit de la famille mettent en œuvre l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, combiné avec l'article 14.

L'influence des droits fondamentaux ne se limite toutefois pas à imposer des obligations aux législateurs nationaux mais s'étend aux relations inter-individuelles<sup>16</sup> et a donc un effet

---

<sup>10</sup> On peut rappeler que la loi belge du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie est contestée par certains au nom de la dignité de l'homme au sens universaliste – la dignité appartient à l'humanité comme telle et nul ne peut y porter atteinte en revendiquant un droit sur la vie -, ou au contraire, revendiquée par d'autres au nom de cette même dignité prise cette fois au sens personnel – toute personne a le droit de demander de mettre fin à sa vie lorsqu'elle perçoit sa fin comme indigne -.

<sup>11</sup> Loi du 13 février 2003 ouvrant le mariage à des personnes de même sexe justifié par le législateur notamment au motif que le mariage n'est pas une institution axée sur la procréation mais une communauté de vie en manière telle qu'il n'existe aucun motif pour en exclure les personnes de même sexe ; F. SWENNEN et Y.H. LELEU, « Les mariages homosexuels. Rapport belge », in Rapports belges du congrès de l'Académie internationale de droit comparé, Bruxelles, Bruylant, 2010, n° 20 ; C.A., 20 octobre 2004, arrêt n° 159/2004.

<sup>12</sup> Loi du 18 mai 2006.

<sup>13</sup> Loi du 6 juillet 2007 sur la procréation médicalement assistée et la destination des embryons surnuméraires et des gamètes.

<sup>14</sup> Loi du 27 avril 2007 supprimant le divorce pour faute ; lors de cette réforme, le ministre de la justice indique que « le mariage n'est plus considéré comme une institution rigide et indissoluble mais comme un pacte sui generis renouvelé au jour le jour ; exposé des motifs, Doc. Parl., Chambre, session 2005-2006, n° 51-2341/001, p. 6.

<sup>15</sup> Le parti plus proche du milieu catholique se trouvait alors dans l'opposition.

<sup>16</sup> Pour une étude de la diffusion de l'effet horizontal du droit au respect de la vie privée, voir F. SUDRE, « La construction par le juge européen du droit au respect de la vie privée », in Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, coll. Droit et Justice, n° 63, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 30 ; C.E.D.H., X et Y / Pays-Bas, 26 mars 1985 (protection de la personne contre les abus sexuels et les

certain – même s’il n’est pas encore généralisé<sup>17</sup> -, sur l’interprétation du droit par le pouvoir judiciaire.

On peut ainsi citer l’exemple de la preuve de la cause de divorce<sup>18</sup>, matière dans laquelle le droit au respect de la vie privée connaît certes des limites justifiées par la sanction des devoirs personnels du mariage<sup>19</sup>, sans toutefois supprimer toute obligation de respect de l’intimité du conjoint.

C’est en effet le droit à l’intégrité psychologique et à la vie privée qui interdit la preuve des manquements par un journal intime du conjoint tenu à des fins thérapeutiques<sup>20</sup>.

On peut surtout citer la jurisprudence de la Cour constitutionnelle qui censure les fins de non recevoir opposées à l’action de l’enfant en contestation d’une filiation mensongère – délai de prescription et possession d’état -, au motif que son droit au respect de sa vie privée et familiale doit toujours l’autoriser à saisir un juge qui pourra faire la balance des intérêts en présence en fonction des circonstances concrètes particulières de la cause.

Une législation donnant à une des parties au rapport de filiation le pouvoir d’écarter tout débat par des moyens d’irrecevabilité est donc contraire aux droits fondamentaux reconnus notamment par la Convention européenne des droits de l’homme<sup>21</sup>.

---

violences physiques ; si l’article 8 a essentiellement pour objet de prémunir l’individu contre les ingérences arbitraires des pouvoirs publics, il ne se contente pas de commander à l’Etat de s’abstenir de pareilles ingérences ; à cet engagement plutôt négatif, peuvent s’ajouter des obligations positives inhérentes au respect effectif de la vie privée ou familiale. Elles peuvent impliquer l’adoption de mesures visant au respect de la vie privée jusque dans les relations des individus entre eux ; C.E.D.H., STORCK / Allemagne, 16 juin 2005 (placement irrégulier en institution psychiatrique ; l’Allemagne a violé l’obligation positive qui lui incombait de protéger la requérante contre les ingérences dans son droit à la liberté commise par des particuliers) ; C.E.D.H., MIKULIC / Croatie, 7 février 2002 (le droit à la connaissance des origines doit être protégé contre le refus du père recherché de se soumettre à un test ADN).

<sup>17</sup> Ainsi, dans l’arrêt C.E.D.H., ODIEVRE / France du 13 février 2003, le droit à la connaissance des origines n’est pas retenu pour censurer le droit au secret organisé dans le chef de la mère et ce, au motif que la balance des intérêts justifierait le secret au profitant de la santé de la mère que de la vie de l’enfant ; dans le même ordre d’idée, la loi belge du 6 juillet 2007 sur la procréation médicalement assistée organise toujours l’anonymat absolu du don de gamète ou d’embryon. Par contre, le législateur n’a pas encore accepté de modifier le Code civil pour y introduire une possibilité d’accouchement dans la discrétion permettant à la femme qui accouche de demander la non révélation de son identité et empêchant ainsi l’établissement de plein droit de la filiation maternelle.

<sup>18</sup> Anciennement la faute, et depuis la loi du 27 avril 2007, la désunion irrémédiable au sens de l’article 229 du Code civil, désunion dont la preuve peut être rapportée, notamment, par des manquements aux devoirs du mariage.

<sup>19</sup> Voir notamment la recevabilité de preuves par des correspondances entre époux ou entre un époux et un tiers – sous réserve de la non violation du secret professionnel -, ou par des e-mails, sms, chats..., Y.H. LELEU, Droit des personnes et des familles, coll. Faculté droit université Liège, 3<sup>ème</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2016, p.484.

<sup>20</sup> Civ. Mons, 24 juin 1993, J.T., 1994, p. 91 ; à comparer avec C.E.D.H., L.L. / France, 10 octobre 2006.

<sup>21</sup> C. const., 3 février 2011, arrêt 20/2011 ; 31 mai 2011, arrêt 96/2011 ; 7 juillet 2011, arrêt 122/2011 ; 7 mars 2013, arrêt 29/2013 ; 9 juillet 2013, arrêt 96/2013 ; 9 juillet 2013, arrêt 105/2013 ; 7 novembre 2013, arrêt 147/2013 ; 19 septembre 2014, arrêt 127/2014 ; 25 septembre 2014, arrêt 139/2014 ; 12 mars 2015, arrêt 35/2015 ; 25 novembre 2015, arrêt 168/2015 ; 3 février 2016, arrêt 18/2016 ; 25 mai 2016, arrêt 77/2016 ; 14 décembre 2016, arrêt 161/2016.

5. Les exemples de l'évolution du concept d'ordre public en droit de la famille conduisant à une réforme législative - parallèle à l'évolution sociologique des modèles familiaux -, sont nombreux.

On peut rappeler ici les réformes du droit de la filiation – matière d'ordre public -, par les lois des 31 mars 1987 et 1<sup>er</sup> juillet 2006 qui ont fait suite à la condamnation de la Belgique par la Cour européenne des droits de l'homme en 1979 et à l'exigence d'une égalité de tous les enfants quant à l'établissement de leur filiation – indépendamment de l'état civil de leurs père et mère – et quant à ses effets<sup>22</sup>.

On peut également citer la loi du 13 février 2003 ouvrant le mariage aux personnes de même sexe alors qu'avant cette réforme, la condition de différence de sexe était considérée comme une exigence d'ordre public à ce point « évidente » qu'elle n'était pas explicitement inscrite dans le Code civil.

Cette réforme n'a pu se réaliser que par une modification du concept d'ordre public qui fait suite à une évolution sociologique de multiplication des modèles de conjugalité permettant de percevoir le mariage comme une communauté de vie et non comme une institution structurée liée à la procréation.

Dans le même ordre d'idée, le fondement prétendument « naturel » de la filiation conduisant à une exigence du caractère bisexué du lien a été abandonné par le législateur qui – toujours par référence à l'évolution sociologique et à la multiplication des formes de parenté -, considère désormais que la fonction d'ordre public de la loi en matière de filiation est de protéger tous les enfants en les intégrant en droit dans la famille qui a conçu et assume le projet parental et non plus de délivrer des « permis de parenté » en fixant par des règles générales et contraignantes les conditions d'établissement d'un lien juridique de filiation protégé et en excluant tous ceux qui ne s'inscriraient pas dans le modèle retenu et défini par l'orientation sexuelle et la structure de conjugalité des auteurs de l'enfant<sup>23</sup>.

L'exemple type de cette évolution est donnée par la loi du 5 mai 2014 qui a permis l'établissement d'un double lien de filiation d'origine – co-maternité – pour l'enfant né du projet parental d'un couple de femmes<sup>24</sup>.

6. On ne peut conclure de cette évolution que le concept d'ordre public en droit de la famille serait, comme tel, en déclin<sup>25</sup>.

Il est plus conforme à la réalité actuelle du droit, de considérer que son contenu a changé mais aussi – sinon principalement -, que sa fonction a été modifiée.

---

<sup>22</sup> C.E.D.H., MARCKX / Belgique, 13 juillet 1979 ; F. RIGAUX, « La loi condamnée », J.T., 1979, p. 513.

<sup>23</sup> C. LABRUSSE- RIOU, « La filiation et la médecine moderne, R.I.D.C., 1986, p. 419.

<sup>24</sup> Article 325/2 nouveau du Code civil.

<sup>25</sup> L'ordre public confondu avec l'ordre social concerne un contenu intense en conjugalité, notamment sous la forme de la répression de l'inceste et la bigamie.

L'influence de l'autonomie marquée par la multiplication des modèles familiaux et l'exigence de reconnaissance de ceux-ci par application des principes de droit interne et international d'égalité et de non discrimination a certes bouleversé le contenu de l'ordre public dans la mesure où un modèle préférentiel d'identité, de parenté ou de conjugalité ne peut plus être imposé au motif qu'il correspondrait à un choix politique du législateur en recherche d'une stabilité et d'une unité des structures, garante d'une forme de paix sociale.

Cette évolution a donc nécessairement restreint le contenu de l'ordre public : disparition de certains éléments constitutifs ou multiplication des exceptions<sup>26</sup>.

Mais surtout, elle conduit à modifier sensiblement la fonction même de l'ordre public.

Il ne s'agit plus d'imposer des comportements, des structures, des modèles par voie de règle générale abstraite, unique et contraignante mais plutôt de faire de l'ordre public le « curseur » - évolutif -, permettant de tracer la frontière entre la contrainte et l'autonomie.

L'autonomie jointe à l'égalité et la non discrimination implique de reconnaître en droit l'évolution de la personne<sup>27</sup> et des familles, de protéger toutes les manifestations de cette évolution mais en l'encadrant par des limites qui sont l'application des valeurs définies ci-avant : dignité, consentement, intérêt de l'enfant, respect de l'intégrité...

7. La jurisprudence révèle une incidence certaine sur l'interprétation du droit des valeurs, concepts ou intérêts qui fondent la vie familiale.

Cette interprétation est toujours axée sur un souci de garantir l'autonomie – dans les limites de la dignité et de la liberté d'autrui -, la vie privée, l'égalité et la protection des vulnérabilités, la personne vulnérable et principalement l'enfant devant voir son intérêt pris en considération de façon primordiale dans la recherche de l'équilibre des droits en présence.

C'est dans cette perspective que se situe l'évolution du droit de la filiation vers un droit plus « judiciaire » respectueux en toute hypothèse de la vie privée de l'enfant qui implique la suppression de tous les obstacles à son action en contestation de filiation.

C'est dans cette même perspective que la Cour constitutionnelle censure la fin de non recevoir absolue de l'établissement d'un double lien de parenté révélant le caractère incestueux de la filiation<sup>28</sup>.

Dans le même ordre d'idée, la Cour constitutionnelle censure l'article 343, § 1, b du Code civil qui n'autorise pas l'adoption simple des enfants d'un des partenaires cohabitant légaux

---

<sup>26</sup> On peut citer ici l'exemple de l'indisponibilité du corps humain jadis perçu comme un principe général de droit ayant un caractère d'ordre public alors qu'aujourd'hui, les exceptions à cette règle se multiplient au point de pouvoir douter de ce qu'il reste un principe général de droit.

<sup>27</sup> Le droit du transsexuel à obtenir par déclaration à l'officier de l'état civil la modification de son acte de naissance en constitue un exemple ; article 62bis du Code civil.

<sup>28</sup> Articles 321 et 325 du Code civil ; C. const., 9 août 2012, arrêt 103/2012 ; J. FIERENS, « Parenté et conditions de mariage : la Cour constitutionnelle est-elle névrosée ? », in Cour constitutionnelle et droit familial, N. MASSAGER et J. SOSSON (dir.), Anthémis, 2015, p. 147.

par l'autre partenaire lorsqu'il existe entre eux un empêchement à mariage non susceptible de dispense<sup>29</sup>.

La justification tient essentiellement à la rupture de l'équilibre qui doit être recherché entre les effets juridiques d'un empêchement absolu à mariage sur d'autres intérêts parmi lesquels ceux des enfants.

En conséquence de la fin de non recevoir absolue de l'action en adoption simple, l'enfant est privé totalement de la possibilité de bénéficier d'une adoption simple par le parent en ligne collatérale de son père ou de sa mère ; il n'existe dès lors pour le juge aucune possibilité de tenir compte de l'intérêt des enfants – critère fondamental dans le droit de l'adoption -, et la mesure n'est donc pas raisonnablement justifiée.

C'est encore le respect de l'intérêt de l'enfant et de toutes les parties au rapport de parenté qui a conduit le législateur à inscrire dans le Code civil la règle de la co-parenté nonobstant les aléas de conjugalité des père et mère, ainsi que la règle de la préférence donnée à l'hébergement alterné égalitaire lorsque ceux-ci se séparent<sup>30</sup>.

La jurisprudence tend à mettre en œuvre ces principes légaux en veillant à leur assurer une réelle effectivité fondée sur une appréciation in concreto de l'intérêt de l'enfant s'appuyant sur des éléments d'appréciation sérieux<sup>31</sup> ; dans le même ordre d'idée, elle veille à assurer l'exécution effective des décisions rendues<sup>32</sup>.

On retiendra ici que si le législateur de 2006<sup>33</sup> a entendu privilégier l'hébergement alterné égalitaire lorsqu'un des parents en fait la demande, il a pris soin de retenir que l'intérêt de l'enfant concerné doit demeurer la préoccupation centrale en manière telle que l'égalité constitue un modèle auquel le pouvoir d'appréciation du juge peut apporter des dérogations si le cas d'espèce l'exige.

Il appartient au juge en ce cas de motiver spécialement sa décision en relevant les contre-indications qui justifient la non égalité de l'alternance<sup>34</sup>.

Ces contre-indications ne sont pas énumérées par la loi afin précisément de permettre au juge d'interpréter et d'adapter la loi aux circonstances particulières de la cause et de réaliser ainsi la balance des intérêts : droit au respect de la vie familiale de chacun, égalité, intérêt supérieur de l'enfant.

---

<sup>29</sup> Cet empêchement résultait de l'adoption plénière d'un des partenaires cohabitant légaux par les parents de l'autre partenaire ; C. const., 16 février 2017, arrêt 25/2017.

<sup>30</sup> Article 374 du Code civil.

<sup>31</sup> Expertise, comparution des parties, audition de l'enfant (article 1004/1 du Code judiciaire).

<sup>32</sup> Article 387ter du Code civil.

<sup>33</sup> Article 374 du Code civil modifié par la loi du 18 juillet 2006.

<sup>34</sup> N. MASSAGER, Droit familial de l'enfance, Bruxelles, Bruylant, 2009, p.363.



Les exemples tirés du droit de la filiation repris ci-avant démontrent une influence très forte des valeurs retenues puisqu'elle peut conduire à une censure totale des dispositions légales, imposant aux juges du fond de ne pas appliquer la norme de droit national jugée contraire à des normes supérieures du droit constitutionnel et international<sup>35</sup>.

Dans le domaine de la conjugalité, l'influence se manifeste mais de façon plus modérée puisqu'elle ne conduit pas à censurer la différence d'intensité des effets protecteurs qui s'attachent aux modèles familiaux qui coexistent aujourd'hui<sup>36</sup>.

Si toutes les formes de vie en couple sont dignes de considération et doivent être protégées, la protection ne doit pas être uniformisée<sup>37</sup>.

En d'autres termes, les statuts peuvent être différents et hiérarchisés – le législateur peut vouloir favoriser une forme de vie familiale -, à condition que les différences restent dans les limites de la justification raisonnable et proportionnée à l'objectif poursuivi<sup>38</sup>.

## **B. LE MARIAGE. ASPECTS PERSONNELS ET PATRIMONIAUX**

### **B.1. CONCEPT, CELEBRATION ET DISSOLUTION**

1. Les limites imposées au droit de se marier tiennent à l'âge des futurs époux<sup>39</sup>, au consentement réel, libre, personnel et actuel des parties<sup>40</sup>, à l'absence de mariage antérieur non dissous<sup>41</sup> et à l'absence de lien familial trop étroit<sup>42</sup>.

---

<sup>35</sup> Pour une analyse des particularités de l'autorité de chose jugée des arrêts rendus par la Cour constitutionnelle au contentieux non pas de l'annulation mais de la question préjudicielle, voir V. THIRY, La cour d'arbitrage, compétence et procédure, coll. Pratique du droit, Bruxelles, Kluwer, 1997, p. 127.

<sup>36</sup> N. GALLUS, « Egaux mais différents, inégaux car différents ? », in *Conjugalités et discrimination*, sous la dir. de A.C. VAN GYSEL, Bruxelles, Anthémis, Paris, L.G.D.J., 2012, p. 51.

<sup>37</sup> J.J. LEMOULAND, « L'émergence d'un droit commun des couples », in *Mariage, conjugalité, parenté, parentalité*, sous la dir. de H. FULCHIRON, Paris, Dalloz, 2009, p. 33 ; N. GALLUS, « Mariage et cohabitation légale : différence ou discrimination ? », in *Droit des familles*, CUP, Limal, Anthémis, 2010, p. 178.

<sup>38</sup> Voir notamment C.A., 24 mars 2004, arrêt 54/2004 (discrimination dans le droit réel d'habitation selon que le partenaire du titulaire du droit est marié ou non) ; C. const., 14 septembre 2006, arrêt 140/2006 (non discrimination dans la prescription des créances entre les seuls époux, à l'exclusion des cohabitants) ; 7 mars 2007, arrêt 36/2007 (non discrimination dans la non imposition au titre des droits de succession des capitaux d'assurance-groupe au profit des seuls époux) ; 19 septembre 2007, arrêt 116/2007 (caractère raisonnablement justifié de la cause d'excuse pour les vols entre les seuls époux) ; 23 juin 2010, arrêt 72/2010 (discrimination dès lors que les époux séparés de biens ne peuvent sortir d'indivision que moyennant autorisation judiciaire alors que les cohabitants ne sont soumis à aucune condition).

<sup>39</sup> Art. 144 et 145 du Code civil ; l'âge de nubilité est fixé à 18 ans, sauf dispense judiciaire pour motif grave. Dans ce cas, le consentement des parents est requis (art. 148 CC) mais le tribunal de la famille peut autoriser le mariage si un des deux parents le refuse sans fondement ou si les deux parents ou le parent unique oppose au projet un refus abusif.

<sup>40</sup> Art. 146 et 146ter du Code civil.

<sup>41</sup> Art. 147 du Code civil.

Ces conditions de fond sont la manifestation du caractère personnel du mariage et de son importance sociale<sup>43</sup>.

2. La condition de différence de sexe des époux a été supprimée par la loi du 13 février 2003<sup>44</sup>.

En outre, l'article 46 du C.D.I.P. déroge à la règle générale d'application des conditions de validité du mariage selon la loi nationale de chacun des époux en disposant que l'application d'une loi prohibant le mariage de personnes de même sexe est écartée lorsque l'une d'elles a la nationalité d'un Etat ou à sa résidence habituelle sur le territoire d'un Etat dont le droit permet un tel mariage.

3. Les conditions de forme du mariage témoignent du souci de marquer le caractère non disponible d'une institution à laquelle les personnes adhèrent.

Ainsi, le mariage est célébré publiquement<sup>45</sup> ; après lecture des pièces d'état civil et des dispositions du Code civil relatives aux droits et devoirs des époux, ceux-ci échangent les consentements et l'officier de l'état civil les déclare, au nom de la loi, unis par le mariage<sup>46</sup>.

On ajoutera encore que la primauté de l'église sur l'Etat impose l'antériorité du mariage civil sur le mariage religieux inscrite à l'article 21 de la Constitution.

Les conditions de forme ont été réformées et quelque peu « privatisées » en ce sens que la publication officielle des bans – par affiche à la porte de la maison communale -, a été remplacée par une déclaration à l'officier de l'état civil et que le régime des oppositions à mariage – droit reconnu à certaines personnes de suspendre la célébration du mariage -, a été supprimé<sup>47</sup>.

La sanction des conditions de fond et de forme témoigne de la volonté de limiter les cas de nullité en organisant un contrôle préventif plutôt qu'a posteriori du respect des règles légales.

Ainsi, le mariage est précédé par le dépôt d'une « déclaration de mariage » - c'est-à-dire d'une déclaration d'intention de mariage -, auprès de l'officier de l'état civil qui procède alors à un contrôle préventif de la sincérité du projet de communauté de vie et qui doit refuser la célébration en cas de non respect des conditions légales ou de violation de l'ordre public<sup>48</sup>.

---

<sup>42</sup> Art. 161 à 164, 353-13 et 356-1 du Code civil ; les empêchements à mariage sont absolus en ligne directe et en ligne collatérale au deuxième degré ; ils sont susceptibles de dispense par le Roi pour les alliés et pour les enfants d'un même adoptant.

<sup>43</sup> Y.H. LELEU, Droit des personnes et des familles, coll. Faculté Droit Université Liège, 3<sup>ème</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2016, p. 355.

<sup>44</sup> Art. 143, al. 1 du Code civil.

<sup>45</sup> C'est-à-dire dans la maison communale ou tout autre lieu public à caractère neutre désigné par le conseil communal ; art. 166 du Code civil.

<sup>46</sup> Art. 75 et 76 du Code civil ; la présence de témoins est aujourd'hui facultative.

<sup>47</sup> Art. 63 et 64 du Code civil (loi du 19 février 1999) ; J. SOSSON, « Les mariés de l'an 2000. Les nouvelles dispositions relatives à la simulation et aux formalités préalables au mariage », J.T., 2000, p. 649.

<sup>48</sup> Art. 63, 165 et 167 du Code civil.

De plus, le régime des nullités de mariage reflète également le souci du législateur de limiter les cas d'annulation dont les effets perturbateurs sont, par la rétroactivité, préjudiciables au plan personnel et social.

Ainsi, quant au fond, une dispense permet dans certains cas, de contracter mariage nonobstant un empêchement<sup>49</sup>.

De plus, les empêchements simplement prohibitifs ne donnent pas lieu à annulation mais seulement à amende.

Les empêchements les plus graves – dirimants -, donnent lieu à nullité, tantôt relative<sup>50</sup> et tantôt absolue<sup>51</sup>.

En outre, certaines nullités peuvent être couvertes<sup>52</sup>.

Enfin, la bonne foi d'un ou des époux permet d'atténuer les effets de la nullité par le bénéfice de la putativité.

Quant à la forme, le défaut de célébration devant un officier d'état civil, la clandestinité ou l'incompétence de l'officier sont sanctionnés par une nullité absolue mais dans les deux derniers cas, cette nullité est susceptible de confirmation et est facultative, c'est-à-dire laissée à l'appréciation du juge<sup>53</sup>.

4. Si le régime des nullités témoigne d'une faveur pour le mariage, il reste que la bigamie constitue une violation toujours sanctionnée par une nullité absolue<sup>54</sup>.

Il n'y a pas d'évolution vers une reconnaissance d'un couple composé par plus de deux personnes<sup>55</sup>.

5. Le mariage peut être dissous ex nunc par un divorce qui peut être prononcé par le tribunal de la famille, soit pour consentement mutuel des époux, soit pour constat de leur désunion irrémédiable<sup>56</sup>.

Le divorce par consentement mutuel repose sur une convention préalable par laquelle les époux règlent contractuellement toutes les modalités de leur divorce au plan personnel,

---

<sup>49</sup> Condition d'âge ou empêchement à mariage non absolu ; art. 145 du Code civil.

<sup>50</sup> Erreur (art. 180 et 181 du Code civil).

<sup>51</sup> Violence, nubilité, bigamie, inceste, absence de consentement (art. 146, 146bis, 146ter, 147 et 161 du Code civil).

<sup>52</sup> La nullité absolue pour défaut de nubilité peuvent être couverte si la cohabitation des époux se poursuit 6 mois après la majorité de l'époux mineur (art. 185 du Code civil) ; la nullité relative pour erreur dans la personne est couverte lorsque la cohabitation se poursuit pendant 6 mois après la reconnaissance de l'erreur (art. 181 du Code civil).

<sup>53</sup> Art. 191 à 196 du Code civil.

<sup>54</sup> Il en va de même pour l'inceste, le défaut de consentement ou pour la violence et la simulation.

<sup>55</sup> Les cas de polygamie sont ceux où apparaît un élément d'extranéité. La théorie de l'effet atténué de l'ordre public permet de reconnaître en Belgique la pluralité de mariages célébrés valablement à l'étranger par la personne dont la loi nationale l'autorise ; Y.H. LELEU, Droit des personnes et des familles, op. cit., p. 367.

<sup>56</sup> Art. 229 et 230 du Code civil.

patrimonial et alimentaire, dans les relations entre eux et dans leurs relations avec leurs enfants<sup>57</sup>.

Le tribunal et le Procureur du Roi contrôlent le respect des conditions de forme, l'admissibilité du divorce ainsi que le contenu des conventions pour les seules clauses relatives aux enfants mineurs.

Lorsque le divorce est coulé en force de chose jugée, ces conventions ont force de loi entre parties, sous réserve des clauses de variabilité contractuellement prévues et sous réserve de ce qui concerne les enfants mineurs – autorité parentale, hébergement, contribution alimentaire -, pour lesquels la loi organise une révisabilité en présence de circonstances nouvelles et indépendantes de la volonté des parties modifiant sensiblement leur situation ou celle des enfants.

Sous cette réserve limitée aux seuls enfants mineurs, le divorce par consentement mutuel permet de contractualiser la cause de divorce – les motifs de la désunion ne sont pas révélés – et ses conséquences.

Le divorce pour désunion irrémédiable – deuxième forme de divorce -, est prononcé par le tribunal de la famille lorsqu'il constate que la reprise ou la poursuite de la vie commune entre époux est raisonnablement impossible.

La preuve de la désunion est rapportée soit par l'écoulement d'un délai de séparation ou de procédure<sup>58</sup>, soit par la preuve de faits révélant cette désunion<sup>59</sup>.

Ce divorce entraîne la liquidation-partage du régime matrimonial selon les règles du régime légal de communauté d'acquêts ou du régime conventionnel<sup>60</sup>, ainsi que la perte des avantages matrimoniaux consentis par contrat de mariage ou pendant le mariage<sup>61</sup> et la fixation d'une éventuelle pension après divorce au profit de l'ex-époux dans le besoin<sup>62</sup>.

---

<sup>57</sup> Art. 1287 et 1288 du Code judiciaire ; l'article 1287, al. 1 précise que les époux « règlent leurs droits respectifs sur lesquels il leur sera néanmoins libre de transiger », ce qui signifie que la liquidation du régime matrimonial peut se faire transactionnellement selon des modalités différentes de celles qui régissent le régime matrimonial.

<sup>58</sup> Art. 229, § 2 et 3 du Code civil : délai d'un an sur demande unilatérale ou 6 mois sur demande conjointe, ce délai constituant une présomption irréfragable de désunion.

<sup>59</sup> Art. 229, § 1 du Code civil.

<sup>60</sup> L'article 1278, al. 2 du Code judiciaire prescrit que les effets patrimoniaux du divorce pour désunion irrémédiable remontent entre époux au jour de la demande et en cas de pluralité de demandes, au jour de la première d'entre elles. Les difficultés d'interprétation de ce texte en cas de reprise de vie commune entre les demandes ont été résolues par les arrêts de la Cour constitutionnelle des 25 mars 2009 et 28 octobre 2010 (arrêts n° 61/2009 et 126/2010).

<sup>61</sup> Art. 299 du Code civil.

<sup>62</sup> Art. 301 du Code civil.

Ces conséquences patrimoniales et alimentaires sont définies par la loi mais peuvent faire l'objet d'accords globaux ou partiels entre époux<sup>63</sup>.

Dans le divorce pour désunion irrémédiable, la cause de divorce n'est pas contractualisée<sup>64</sup> mais les conséquences peuvent l'être.

6. Les réformes du mariage – essentiellement l'ouverture du mariage aux couples de même sexe -, et du divorce sont certainement inspirées des valeurs définies dans l'introduction : autonomie, respect de la vie privée et non discrimination.

Elles sont récentes et la jurisprudence actuelle n'innove plus guère.

On peut dans la jurisprudence plus ancienne, relever l'importance des arrêts de la Cour constitutionnelle sur la réforme des empêchements à mariage<sup>65</sup>.

La Cour censure la prohibition absolue de mariage entre un beau-parent et un bel-enfant après le décès du conjoint qui a créé l'alliance.

Elle retient que si l'ordre des structures familiales – la place revenant à chaque génération -, constitue un motif légitime, le caractère absolu de la prohibition entraîne des effets disproportionnés.

La loi du 15 mai 2007 modifiera l'article 164 du Code civil afin de permettre dans certains cas, sur dispense royale, le mariage entre le beau-parent et le bel-enfant – gendre, bru ou enfant du conjoint -, lorsque l'alliance a disparu, c'est-à-dire après dissolution par décès ou divorce du mariage qui créait l'alliance<sup>66</sup>.

On notera également que la formulation de l'article 193 in fine du Code civil – vice de clandestinité – conduit la jurisprudence à rendre la nullité facultative, laissée à l'appréciation du juge en fonction d'une volonté ou non des parties de frauder les règles légales<sup>67</sup>.

Par contre, l'ordre public social – plus que familial -, fonde une jurisprudence sévère en matière de simulation dès lors que ce n'est ni le droit au mariage, ni le droit à la vie familiale qui est en jeu, mais bien la fraude à la loi<sup>68</sup>.

---

<sup>63</sup> Ainsi, la déchéance des avantages matrimoniaux prescrite à l'article 299 du Code civil a lieu sauf convention contraire des époux et la pension alimentaire peut être contractualisée : fixation conventionnelle de son montant, de ses modalités de révision, de sa durée, de sa suppression, ou encore renonciation au droit (art. 301 du Code civil).

<sup>64</sup> Sous réserve de la possibilité de réduire de commun accord le délai requis pour prouver la désunion.

<sup>65</sup> C.A., 18 octobre 2006, n° 157/2006, Div. Act., 2007, p. 10 ; J.T., 2007, p. 177 ; Rev. trim. dr. fam., 2007, p. 682 ; Y.H. LELEU et E. LANGENAKEN, « Inceste, mariage et filiation : les cours supérieures ouvrent une voie libérale », J.T., 2007, p. 269.

<sup>66</sup> J. FIERENS, « Parenté et conditions du mariage », in Cour constitutionnelle et droit familial, sous la dir. de N. MASSAGER et J. SOSSON, Limal, Anthémis, 2015, p. 131 ; la réforme législative va au-delà de l'enseignement de la Cour d'arbitrage en visant tant l'hypothèse du décès que celle du divorce.

<sup>67</sup> D. STERCKX, Le mariage en droit civil, Rep. Not., tome I, Bruxelles, Larcier, 2004, n° 238.

## **B.2. LES ASPECTS PATRIMONIAUX DU MARIAGE**

7. Les valeurs qui sous-tendent les effets patrimoniaux conduisent à distinguer le régime primaire et le régime matrimonial secondaire.

Le premier est un ensemble de règles s'imposant à tous les couples mariés par le seul fait du mariage et visant à régler les conséquences « économiques » du mariage<sup>69</sup>.

Cette organisation vise à garantir l'indépendance de chacun des époux<sup>70</sup>, tout en protégeant le logement principal de la famille et en organisant une solidarité minimale entre les conjoints<sup>71</sup>.

Ce même régime primaire régit encore la représentation d'un époux par l'autre en cas d'impossibilité de manifester une volonté et organise par ailleurs la résolution judiciaire des conflits conjugaux.

Le régime primaire est impératif et exclut donc toute dérogation conventionnelle.

Le régime matrimonial secondaire comprend les règles visant à déterminer la composition active et passive des patrimoines des époux, la gestion des biens, les droits de recours des créanciers et les règles de dissolution, liquidation et partage des patrimoines.

Le mariage implique obligatoirement la mise en place d'un statut patrimonial spécifique mais le régime matrimonial secondaire peut être librement choisi contractuellement par les parties.

A défaut de choix par contrat de mariage notarié, le régime secondaire sera défini par la loi<sup>72</sup>.

L'autonomie de la volonté des futurs époux<sup>73</sup> dans l'aménagement des conséquences patrimoniales de leur union est étendue puisqu'ils peuvent définir un régime matrimonial adapté à leurs besoins, se consentir des avantages réciproques ou non<sup>74</sup> et même modaliser – avec ou sans réciprocité –, leurs droits successoraux dès lors que l'un d'eux a des descendants issus d'une relation antérieure au mariage ou adoptés avant le mariage<sup>75</sup>.

Cette autonomie est cependant limitée par des règles de forme<sup>76</sup> et de fond : respect de l'ordre public et des bonnes mœurs ainsi que du régime primaire, interdiction de déroger aux règles

---

<sup>68</sup> Contrôle judiciaire des refus préventifs de célébration du mariage par l'officier de l'état civil ou nullité des mariages célébrés ; Y.H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, op. cit., p. 363 et les références de jurisprudence citées.

<sup>69</sup> Art. 214 à 224 du Code civil.

<sup>70</sup> Profession, perception des revenus, ouverture des comptes bancaires, usage du nom...

<sup>71</sup> Contribution aux charges du mariage et affectation prioritaire des revenus, solidarité pour les dettes contractées pour les besoins du ménage et l'éducation des enfants vivant avec les époux.

<sup>72</sup> Régime légal de communauté d'acquêts ; art. 1398 et suivants du Code civil.

<sup>73</sup> Ou des époux puisque le régime matrimonial peut être modifié par convention notariée pendant le mariage ; art. 1394 du Code civil.

<sup>74</sup> Donation entre époux, clause de partage inégal du patrimoine commun...

<sup>75</sup> Art. 1388, al. 2 du Code civil.

<sup>76</sup> L'article 1392 du Code civil exige un acte notarié.

sur l'autorité parentale, la tutelle et l'ordre légal des successions<sup>77</sup>, interdiction de déroger aux règles de gestion des patrimoines<sup>78</sup> ou de recours des créanciers.

8. Le régime primaire et l'équilibre à réaliser entre autonomie et réglementation impérative donne lieu à peu d'interprétation.

On peut relever une controverse sur le terme la durée d'application de cette réglementation, fixé à la dissolution du mariage ou à la séparation de fait.

Cette question se pose tout particulièrement pour la protection du logement familial contre les actes de disposition unilatéraux d'un conjoint<sup>79</sup> ou encore pour la solidarité passive relative aux dettes nées du bail du logement familial<sup>80</sup>.

La jurisprudence est plus importante sur le régime matrimonial secondaire avec une interprétation qui doit concilier égalité et respect des conséquences du choix contractuel fait par les époux dans la définition de leur régime matrimonial, choix qui peut justifier la différence de traitement.

Ainsi, à titre exemplatif, la Cour constitutionnelle censure les articles 127 et 128 de la loi sur le contrat d'assurance terrestre qui qualifient de bien propre en régime de communauté les capitaux d'assurance-vie individuelle : aucun motif ne permet de traiter ces produits différemment d'autres produits d'épargne<sup>81</sup>.

La même règle doit s'appliquer aux assurances-groupe souscrites par un employeur au profit d'un époux marié en communauté<sup>82</sup>.

Il s'agit ici d'une interprétation fondée sur la nécessité d'une cohérence et d'une égalité dans la définition de la nature – propre ou commun -, de biens qui ont la même finalité.

L'attribution préférentielle – dérogation à la règle du partage en nature -, ne peut être demandée que par un époux marié sous régime de communauté et pour un immeuble commun ; l'époux séparé de bien n'a pas cette faculté pour un immeuble indivis<sup>83</sup>.

La Cour constitutionnelle rejette le moyen de violation du principe d'égalité : il n'y a pas discrimination dès lors que la différence de traitement repose sur le critère objectif du choix

---

<sup>77</sup> Art. 1387 et 1388 du Code civil.

<sup>78</sup> Art. 1451 du Code civil ; la convention matrimoniale ne peut être un moyen de déroger à la règle d'égalité des deux époux.

<sup>79</sup> Art. 215 ou 222 du Code civil dont l'application dans le temps peut être différente et principe d'équité.

<sup>80</sup> J.L. RENCHON, « L'application dans le temps de l'article 215, § 2 du Code civil », note sous J.P. Ixelles, 4 mars 1977 et civ. Bruxelles, 18 mars 1979, Rev. trim. dr. fam., 1980, p. 207 ; L. ROUSSEAU, « Incidence de la séparation de fait », in Chron. Not., sous la dir. de Y.H. LELEU, vol. 54, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 207 ; Y.H. LELEU, « Le droit des régimes matrimoniaux devant la Cour constitutionnelle », in La Cour constitutionnelle. De l'art de modéliser le droit de préserver l'égalité, Conférence libre du Jeune Barreau de Liège, Limal, Anthémis, 2016, p. 195 ; C. const., 12 mai 2011, n° 70/2011 ; Liège, 27 avril 2004, Rev. trim. dr. fam., 2015, p. 1209 ; Civ. Anvers, 26 mars 2009 ; Rev. trim. dr. fam., 2010, p. 424.

<sup>81</sup> C.A., 26 mai 1999, n° 54/99.

<sup>82</sup> C. const., 27 juillet 2011, n° 136/2011.

<sup>83</sup> Art. 1447 du Code civil.

opéré délibérément et librement par les époux d'un régime matrimonial avec ou sans patrimoine commun<sup>84</sup>.

De plus, les époux peuvent, dans leur contrat de mariage, déroger aux règles édictées et enfin, le conjoint désireux d'acquérir le bien peut participer à la vente publique et racheter la part de l'autre.

C'est donc le choix contractuel qui constitue ici le critère d'interprétation<sup>85</sup>.

Dans un autre domaine, le principe d'égalité va conduire à une censure jurisprudentielle suivie d'une réforme législative.

La Cour d'arbitrage censure l'article 1465 ancien du Code civil qui limitait la réduction des avantages matrimoniaux – partage inégal du patrimoine commun -, à la seule hypothèse où le conjoint survivant était en concours avec des enfants issus d'un précédent mariage de l'époux prédécédé, à l'exclusion du concours avec des enfants nés avant le mariage mais hors mariage<sup>86</sup>.

Le législateur a modifié la disposition légale et étendu celle-ci – au-delà de l'enseignement de cet arrêt -, à tous les enfants non communs, soit ceux nés avant le mariage ou ceux – adultérins -, nés pendant le mariage.

## **C. LES COUPLES DE FAIT**

1. Les couples non mariés peuvent choisir la cohabitation légale<sup>87</sup> ou la situation de fait du concubinage.

2. La cohabitation légale est organisée par transposition – très partielle -, de certains effets du mariage.

La cohabitation légale ne confère aucun effet personnel.

Au plan patrimonial, la loi impose un régime primaire impératif limité : protection du logement, obligation de contribuer aux charges de la vie commune, solidarité des dettes contractées pour les besoins de la vie commune et des enfants vivant avec le couple et organisation de la résolution judiciaire des conflits<sup>88</sup>.

---

<sup>84</sup> C. const., 7 mars 2013, n° 28/2013.

<sup>85</sup> Il en sera de même dans l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 24 septembre 2015 (n° 130/2015) relatif aux droits successoraux du conjoint survivant en séparation de biens ; Y.H. LELEU, Droit patrimonial des couples, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 375 ; voir également C.A., 23 novembre 2005, n° 170/2005.

<sup>86</sup> C.A., 22 juillet 2004, n° 140/2004.

<sup>87</sup> Art. 1475 et suivants du Code civil ; adhésion au statut par déclaration conjointe à l'officier de l'état civil de la résidence commune.

<sup>88</sup> Art. 1477 et 1479 du Code civil.



Le régime secondaire est celui d'une séparation des patrimoines avec présomption d'indivision pour les biens dont la propriété exclusive ne peut être établie<sup>89</sup>.

Enfin, la loi du 28 mars 2007 a donné au cohabitant légal survivant une vocation successorale ab intestat non réservataire portant sur l'usufruit du logement familial ou le droit au bail de celui-ci<sup>90</sup>.

Cette organisation légale minimale de la cohabitation légale peut être complétée par des conventions obligatoirement notariées<sup>91</sup> organisant – entre parties -, un régime patrimonial secondaire ou modalisant les conséquences alimentaires de la rupture.

3. La cohabitation légale en droit belge ne peut exister qu'entre deux partenaires non mariés ni liés par une autre cohabitation légale, capables de contracter et désireux d'établir une communauté de vie entre eux.

Elle ne suppose par contre pas une relation affective ou sexuelle et peut donc exister entre deux personnes unies par des liens de parenté ou d'amitié.

4. Le concubinage de fait – union libre -, ne fait pas l'objet de règles spécifiques et est donc soumis au droit commun.

La loi n'y attache aucun effet personnel ni patrimonial.

L'autonomie de la volonté permet aux concubins d'organiser conventionnellement leur union sous réserve de l'ordre public<sup>92</sup> et du respect de la liberté individuelle qui interdit toute clause portant atteinte au droit absolu de rupture.

On peut citer ici les clauses aménageant les droits dans l'immeuble affecté à la résidence commune<sup>93</sup> ou encore les clauses modalisant les obligations alimentaires en cas de rupture afin de compenser un préjudice effectif sans risque de disqualification en clause pénale.

5. La coexistence des trois institutions de conjugalité<sup>94</sup> jointe à la suppression de toute condition liée à l'orientation sexuelle démontre une volonté certaine du législateur de respecter l'autonomie des personnes dans leur vie privée et familiale.

---

<sup>89</sup> Pour éviter les fraudes, cette présomption d'indivision est une présomption non irréfragable de libéralité dans l'hypothèse où le cohabitant survivant est un héritier du prémourant en concours avec des héritiers réservataires (art. 1478, al. 3 du Code civil).

<sup>90</sup> Art. 745 octies du Code civil ; cette vocation successorale ne joue pas si le cohabitant légal survivant est un descendant du prémourant, celui-ci bénéficiant des droits attachés à sa qualité de descendant.

<sup>91</sup> Art. 1478 du Code civil.

<sup>92</sup> Notamment les règles relatives à l'autorité parentale, la tutelle, la dévolution successorale.

<sup>93</sup> Clause de tontine, d'accroissement, clause d'organisation des comptes d'indivision entre parties.

<sup>94</sup> Le concubinage de fait n'est pas une institution juridique comme telle mais une institution sociale à laquelle s'attache des effets de droit commun ou des effets spécifiques en matière par exemple d'adoption (voir infra) ; A.C. VAN GYSEL, Précis de droit des personnes et de la famille, Faculté de droit Université libre de Bruxelles, Limal, Anthémis, 2013, p. 323.

Les trois modes de conjugalité présentent certes des différences sensibles dans l'existence et l'étendue de la protection des partenaires mais répondent aussi au souci de garantir la possibilité d'un choix légal et conventionnel.

C'est au demeurant pour ce motif que les différences entre ces modes ne sont généralement pas constitutives de discrimination<sup>95</sup>.

## **D. FILIATION ET ADOPTION**

Notre droit de la filiation a toujours été fondé sur une recherche d'équilibre entre le fondement socio-affectif et le fondement biologique du lien, avec une préférence – en cas de divergence –, pour le fondement affectif perçu comme plus respectueux de l'intérêt de l'enfant à la sécurité et à la stabilité de son vécu.

La primauté du lien affectif se traduit essentiellement par la fonction de la possession d'état comme fin de non recevoir à la contestation<sup>96</sup>.

On rappellera toutefois que la Cour constitutionnelle censure cette fonction en raison de son caractère absolu, considérant que le respect de la vie privée doit ouvrir, dans toutes les hypothèses, le recours à un juge qui fera, in concreto, la balance des intérêts en présence<sup>97</sup>.

Pour le même motif et par référence à l'intérêt supérieur de l'enfant, elle censure les dispositions qui soumettent l'action en contestation de filiation introduite par l'enfant à un délai de prescription.

C'est également la Cour constitutionnelle qui a censuré les modalités légales du contrôle de l'intérêt de l'enfant dans les actions judiciaires en établissement : contrôle marginal et dans la seule hypothèse où l'action est introduite alors que l'enfant a plus d'un an.

Pour la Cour, ce délai d'un an est discriminatoire car arbitraire, tandis que le contrôle marginal et négatif ne garantit pas le respect de l'intérêt de l'enfant qui, sans être absolu, doit rester primordial<sup>98</sup>.

Le droit de la filiation est également marqué par une volonté de détacher la filiation du mariage afin de donner à tous les enfants une égalité de droits dans l'établissement et les effets du lien.

---

<sup>95</sup> Voir supra ; on notera toutefois que si les différences demeurent, une évolution progressive se manifeste ; on peut citer la reconnaissance des droits successoraux dans la cohabitation légale ou encore les projets du ministre de la justice ayant pour objectif la création d'un patrimoine d'acquêts dans les trois modes de conjugalité, patrimoine partagé en cas de rupture ou attribué au survivant au titre de la conjugalité et non pas au titre des successions.

<sup>96</sup> Art. 312, 318, 330, 331nonies du Code civil.

<sup>97</sup> Voir supra.

<sup>98</sup> Art. 329bis, § 2 et 332quinquies du Code civil ; C. const., 16 décembre 2010, n° 144/2010 ; 3 mai 2012, n° 61/2012 ; 7 mars 2013, n° 30/2013 ; 2 juillet 2015, n° 101 et 102/2015 ; N. MASSAGER, « Le délai d'un an : un anniversaire inopportun selon la Cour constitutionnelle », Act. dr. fam., 2011, p. 3.

La multiplication des modèles familiaux et la reconnaissance de tous les choix de vie et orientations sexuelles a également conduit à supprimer l'exigence du caractère bisexué des liens de parenté pour admettre la double filiation monosexuée par l'adoption ou la double filiation maternelle d'origine pour l'enfant issu du projet parental de deux femmes.

Le lien reste toutefois limité à deux parents, seule l'adoption simple permettant la superposition de plus de deux liens<sup>99</sup>.

Enfin, la filiation de l'enfant issu d'une procréation médicalement assistée témoigne du souci de faire prévaloir la vérité socio-affective dans la mesure où la filiation ne peut être établie que vis-à-vis du ou des auteurs du projet parental, à l'exclusion de tout lien juridique vis-à-vis des donneurs génétiques.

La loi du 6 juillet 2007 sur la procréation médicalement assistée organise ainsi, par avance et délibéré, une filiation mensongère au plan génétique dont le fondement est constitué par la volonté exprimée conventionnellement.

## **D.1. FILIATION**

### **1. Etablissement de la filiation**

1.1. La filiation paternelle de l'enfant né d'une femme mariée – enfant né dans le mariage ou dans les 300 jours de sa dissolution ou de son annulation –, s'établit par la présomption de paternité<sup>100</sup>.

Cette présomption ne concerne que le mariage, seule situation dans laquelle les obligations de cohabitation et de fidélité permettent de présumer la paternité du mari de la mère.

Longtemps réservée aux seuls mariages hétérosexuels, cette présomption a été étendue par la loi du 5 mai 2014 à l'enfant né du projet parental de deux femmes mariées<sup>101</sup>.

Depuis 2006, cette présomption peut être désactivée lors de la déclaration de naissance lorsque les époux sont séparés administrativement ou judiciairement pendant toute la période de conception<sup>102</sup>.

1.2. Le premier mode d'établissement de la filiation maternelle est l'acte de naissance qui doit obligatoirement – « mater semper certa est »-, contenir mention du nom de la femme qui accouche<sup>103</sup>.

---

<sup>99</sup> Voir infra.

<sup>100</sup> Art. 315 du Code civil.

<sup>101</sup> Art. 325/2 du Code civil.

<sup>102</sup> Art. 316bis du Code civil.

<sup>103</sup> Art. 50 à 57 et 312 du Code civil.

Quel que soit l'état civil de cette femme, cette mention suffit à établir la filiation maternelle en manière telle que les autres modes d'établissement – reconnaissance et action en recherche de filiation -, sont exceptionnelles.

Outre la déclaration de naissance qui permet l'établissement de l'acte de naissance, l'article 56 du Code civil impose aux établissements de soins, médecins, accoucheuses ou autres personnes ayant assisté à l'accouchement ou chez qui l'accouchement a eu lieu, de donner à l'officier de l'état civil un avis d'accouchement au plus tard le premier jour ouvrable qui suit celui-ci.

Sauf accouchement clandestin, la filiation maternelle est donc nécessairement établie de plein droit par l'effet de la loi ; la femme qui accouche peut décider de confier l'enfant aux services sociaux en vue d'adoption mais ne peut pas empêcher l'établissement de la maternité.

1.3. A défaut de filiation établie par la loi – acte de naissance pour la maternité et présomption pour la paternité ou pour la co-maternité -, ou par reconnaissance volontaire<sup>104</sup>, l'établissement de la filiation se fait par jugement rendu sur action judiciaire en recherche de paternité, de maternité ou de co-maternité<sup>105</sup>.

La décision coulée en force de chose jugée est transcrite dans les registres de l'état civil et mentionnée en marge de l'acte de naissance à la requête du ministère public<sup>106</sup>.

1.4. A défaut de présomption de paternité, la filiation paternelle est établie par reconnaissance volontaire ou jugement.

La reconnaissance volontaire se fait par déclaration à l'officier de l'état civil ou devant notaire ; elle ne suppose pas la preuve d'une réalité biologique mais exige le consentement de la mère et de l'enfant mineur de plus de 12 ans ou celui de l'enfant mineur émancipé ou majeur<sup>107</sup>.

Le refus du mineur émancipé ou du majeur constitue un droit de veto.

Le refus de la mère de l'enfant mineur ou de l'enfant mineur de plus de 12 ans ouvre un recours en autorisation de reconnaissance devant le tribunal de la famille qui contrôle la réalité biologique et l'intérêt de l'enfant<sup>108</sup>.

A défaut de reconnaissance, la filiation paternelle peut – troisième mode subsidiaire -, être établie par jugement à l'initiative de la mère, de l'enfant ou de l'homme qui revendique la paternité<sup>109</sup>.

---

<sup>104</sup> Art. 325/4 et 327 et suivants du Code civil.

<sup>105</sup> Art. 314, 322 et 325/8 du Code civil.

<sup>106</sup> Art. 333 du Code civil.

<sup>107</sup> Art. 319 et 329bis du Code civil.

<sup>108</sup> Art. 329bis du Code civil.

<sup>109</sup> Art. 322, 332ter et 332quinquies du Code civil.

La preuve de la paternité peut être rapportée par la possession d'état, par les relations avec la mère pendant la période légale de conception<sup>110</sup> ou par toutes voies de droit.

Les conditions de consentement et les modalités de contrôle par le tribunal sont identiques à celles prescrites pour l'autorisation de reconnaissance.

1.5. L'article 331octies du Code civil autorise les tribunaux à ordonner, même d'office, toute expertise sanguine ou génétique de filiation.

Le droit à l'intégrité physique interdit de contraindre le défendeur à se soumettre à l'examen<sup>111</sup>.

Toutefois, le droit au respect de la vie privée de l'enfant – comprenant le droit à la connaissance des origines –, doit primer en manière telle que le juge peut déduire du refus une présomption qui, corroborée par d'autres éléments, établira la réalité de la filiation<sup>112</sup>.

On notera que le nouvel article 972bis du Code judiciaire (loi du 15 mai 2007) apporte une réponse à cette problématique en précisant que si une des parties refuse de participer à l'expertise, le juge peut en tirer toute conséquence qu'il juge appropriée.

## **2. Contestation de filiation**

2.1. La réforme du droit de la filiation en 2006 a notamment eu pour objectif d'uniformiser les modes de contestation entre eux en établissant des conditions légales identiques pour la contestation de la filiation établie par la loi – acte de naissance et présomption –, et la contestation de la reconnaissance.

L'état civil des auteurs de l'enfant a encore une incidence sur l'établissement de la paternité ou de la co-maternité – la présomption étant réservée au mariage –, mais non pas sur la contestation.

2.2. L'action en contestation – comme l'action en établissement de filiation –, est une action réservée aux seuls titulaires énoncés par la loi<sup>113</sup>.

---

<sup>110</sup> Ces deux modes de preuve constituent des présomptions non irréfragables ; art. 324 du Code civil.

<sup>111</sup> La possibilité d'une contrainte indirecte par voie d'astreinte est controversée ; Mons, 21 mai 2012, Rev. trim. dr. fam., 2012, p. 808 ; Bruxelles, 12 septembre 2011, Rev. trim. dr. fam., 2012, p. 749, note G. MATHIEU ; 12 décembre 2011, Rev. trim. dr. fam., 2012, p. 784.

<sup>112</sup> C.E.D.H., MIKULIC / Croatie, 7 février 2002, J.C.P., 2003, I, 148, note J. RUBELLIN-DEVICHI, Cass., 17 décembre 1988, Pas., 1988, I, 1233 ; N. MASSAGER, Droit familial de l'enfance, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 39.

<sup>113</sup> Il s'agit essentiellement de l'enfant, de chacun des parents légaux agissant personnellement et de la personne qui revendique la filiation comme auteur biologique ; art. 312, 318, 325/3, 325/7, 330 et 332ter du Code civil.

Le ministère public dispose toutefois, sur pied de l'article 138bis, § 1 du Code judiciaire d'un droit d'action dans toute matière d'ordre public<sup>114</sup>.

2.3. Une décision judiciaire en matière de filiation est susceptible de recours : opposition, appel et pourvoi en cassation.

Lorsqu'elle est coulée en force de chose jugée, la filiation ne peut plus être contestée, sans préjudice du droit de tierce opposition des personnes qui n'étaient pas partie à la cause.

La possibilité d'une tierce opposition est cependant très limitée eu égard d'une part au caractère réservé des actions et d'autre part au pouvoir du tribunal d'ordonner d'office la mise à la cause d'un tiers<sup>115</sup>.

### **3. Procréation médicalement assistée**

3.1. La filiation de l'enfant issu d'une procréation médicalement assistée avec tiers donneur ne peut être établie que vis-à-vis des auteurs du projet parental, à l'exclusion de toute possibilité d'action relative à la filiation et ses effets introduite par ou contre les donneurs génétiques<sup>116</sup>.

La mère légale est donc la femme qui accouche, c'est-à-dire la demanderesse en procréation médicalement assistée, à l'exclusion de la donneuse d'ovocyte ou d'embryons surnuméraires.

De même, la filiation paternelle est établie dans le chef du co-auteur du projet parental par présomption, reconnaissance volontaire ou jugement ; le donneur de sperme ou d'embryons ne peut jamais revendiquer ou être recherché en qualité de père juridique.

3.2. Lorsque le projet parental est celui de deux femmes, la partenaire de la mère légale aura un lien de co-maternité d'origine établi par la présomption dans le mariage, par reconnaissance ou par action judiciaire.

A défaut des consentements requis, l'autorisation de reconnaissance sera refusée si la demanderesse n'a pas consenti à la procréation dans un projet de procréation médicalement assistée ou si l'enfant n'est pas issu de ce projet<sup>117</sup>.

L'action en recherche de co-maternité suppose la preuve d'une possession d'état ou à défaut, d'un consentement à la procréation médicalement assistée dont est issu l'enfant<sup>118</sup>.

---

<sup>114</sup> N. MASSAGER, « titularité et prescription des actions en matière de filiation », Actes du colloque Famille et droit, 19 novembre 2009, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 21.

<sup>115</sup> Art. 331decies du Code civil.

<sup>116</sup> Loi du 6 juillet 2007 sur la procréation médicalement assistée, art. 27 et 56 ; cette même loi organise dans les articles 28 et 57 l'anonymat des dons.

<sup>117</sup> Art. 325/4, al. 2 du Code civil.

<sup>118</sup> Art. 325/9, al. 1 et 2 du Code civil.

3.3. La loi du 6 juillet 2007 autorise l'insémination post-mortem de gamète ou l'implantation post-mortem d'embryons surnuméraires<sup>119</sup> à condition que cette modalité soit expressément prévue dans la convention conclue entre les auteurs du projet parental et le centre de fécondation et que soit respecté un délai d'attente de 6 mois minimum et deux ans maximum suivant le décès.

La loi néglige toutefois d'organiser la filiation de l'enfant né d'une procréation post-mortem, se bornant à renvoyer aux dispositions du Code civil organisant la filiation, lesquelles sont inadaptées à cette situation particulière.

En effet, la présomption de paternité ne peut jouer<sup>120</sup> et la reconnaissance est impossible<sup>121</sup> ; le jugement sur l'action en recherche de paternité produit ses effets au jour de la conception de l'enfant – début de la gestation -, en manière telle que la filiation paternelle ne peut être établie au jour du décès de l'auteur du projet parental, ce qui exclut toute possibilité successorale.

3.4. La maternité de substitution n'est pas règlementée mais est pratiquée en Belgique.

Si la mère porteuse refuse de remettre l'enfant, l'exécution forcée de la convention n'est pas possible eu égard à sa nullité d'ordre public : violation des principes d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes et violation du droit inaliénable de la femme qui accouche d'établir sa maternité.

Par contre, si la convention est exécutée volontairement, les tribunaux acceptent l'établissement d'un lien de filiation vis-à-vis des parents intentionnels au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant et de la nécessaire protection de son vécu familial<sup>122</sup>.

Des propositions de loi visant à encadrer la gestation pour autrui sont déposées au Parlement depuis plusieurs années mais le travail législatif paraît bloqué nonobstant l'affirmation de la majorité des partis politiques de voir progresser ce dossier<sup>123</sup>.

---

<sup>119</sup> Art. 16, 44 et 45.

<sup>120</sup> Vu le délai d'attente imposé, l'enfant naîtra nécessairement plus de 300 jours après la dissolution du mariage par décès.

<sup>121</sup> La reconnaissance peut être faite anténatalement mais suppose en tout cas la conception de l'enfant, laquelle implique l'implantation ou l'insémination, c'est-à-dire le début de la gestation.

<sup>122</sup> Le plus souvent, le lien de paternité est établi par reconnaissance anténatale et le lien vis-à-vis de la mère d'intention par une adoption ; Liège, 6 septembre 2010, J.T. ; 2010, p. 634 ; Bruxelles, 1<sup>er</sup> mars 2007, Rev. trim. dr. fam., 2007, p. 754 ; Anvers, 14 janvier 2008, R.W., 2007-2008, p. 1774, note F. SWENNEN ; Civ. Bruxelles, 6 mai 2009, Rev. trim. dr. fam., 2011, p. 172, note J. SOSSON ; 6 avril 2010, Rev. trim. dr. fam., 2010, p. 1164 ; 23 août 2012, Act. dr. fam., 2013, p. 99, note N. GALLUS ; civ. Liège, 15 mars 2013, Act. dr. fam., 2013, p. 93 ; Civ. Nivelles, 6 avril 2011, Act. dr. fam., 2011, p. 162, note N. GALLUS ; La GPA : vers un encadrement ?, sous la dir. de G. SCHAMPS et J. SOSSON, Bruxelles, Bruylant, 2013.

<sup>123</sup> Rapport d'information concernant l'examen des possibilités de créer un régime légal de coparentalité, Sénat, Commission des affaires institutionnelles, session 2015-2016, 4 décembre 2015, n° 6-98/2.

## **D.2. ADOPTION**

L'adoption, institution de protection de l'enfant par la création d'un lien comparable à la filiation, met en œuvre le droit au respect de la vie privée et familiale de l'enfant, de la famille d'origine et du ou des adoptants.

La difficulté est de pondérer les intérêts en présence en accordant une place prépondérante à l'enfant dont la nécessaire protection fonde le contrôle judiciaire de cet intérêt et des justes motifs de l'adoption et l'affirmation de son caractère doublement subsidiaire : subsidiarité de l'adoption par rapport au maintien dans la famille d'origine et subsidiarité de l'adoption internationale par rapport à l'adoption interne<sup>124</sup>.

1. Le droit belge connaît l'adoption simple, l'adoption plénière, l'adoption interne, l'adoption internationale, l'adoption d'un enfant étranger à la famille et l'adoption intra-familiale.

2. L'adoption simple est possible tant pour un adopté mineur que majeur.

Les liens de parenté subsistent dans la famille d'origine et on y superpose un lien de filiation limitée entre l'adoptant d'une part et l'adopté et ses descendants d'autre part.

L'adoption plénière n'est possible que pour un mineur ; sous réserve des empêchements à mariage, les liens avec la famille d'origine sont rompus et l'adopté est intégré dans la famille adoptive comme un enfant né de l'adoptant ou des adoptants<sup>125</sup>.

L'adoption internationale est celle qui implique le déplacement de l'enfant d'un pays à un autre.

L'adoption intra-familiale est celle d'un enfant apparenté jusqu'à troisième degré à l'adoptant, à son conjoint ou à son cohabitant ou encore d'un enfant dont l'adoptant partage la vie quotidienne ou avec lequel il entretient un lien social et affectif.

3. La loi ne prévoit pas d'âge maximum pour l'adoptant.

Elle précise que l'adoptant doit avoir 25 ans au jour du dépôt de la requête en adoption et au moins 15 ans de plus que l'adopté.

Cet âge est abaissé à 18 ans pour l'adoptant et 10 ans de différence d'âge lorsque l'adopté est un descendant au premier degré ou un adopté du conjoint ou du cohabitant de l'adoptant<sup>126</sup>.

Il n'y a pas d'âge maximum pour l'adopté dans l'adoption simple, à la différence de l'adoption plénière qui ne peut concerner qu'un enfant mineur.

Il n'y a pas non plus d'âge minimum de l'adopté sous réserve de la règle qui n'autorise le consentement des parents d'origine que si l'enfant est âgé de deux mois au moins<sup>127</sup>.

---

<sup>124</sup> Art. 343 et suivants du Code civil.

<sup>125</sup> Art. 356-1 du Code civil.

<sup>126</sup> Art. 345 du Code civil.



4. Les règles applicables – adoption interne ou internationale -, ne dépendent pas de la nationalité des parties mais du déplacement international de l'adopté.

L'extranéité est régie par l'article 67 C.D.I.P. qui applique à l'adoption le droit de l'Etat dont l'adoptant ou les adoptants ont la nationalité.

A défaut de nationalité commune, la loi applicable est celle de leur résidence habituelle ou à défaut de résidence habituelle dans le même Etat, la loi belge.

Enfin, si l'application du droit étranger nuit manifestement à l'intérêt supérieur de l'adopté et que l'adoptant ou les adoptants ont des liens étroits avec la Belgique, c'est le droit belge qui s'applique.

5. L'adoption d'un mineur est prononcée par le tribunal ; elle suppose le consentement de la famille d'origine, le constat de l'adoptabilité de l'enfant – qui ne correspond pas nécessairement à un abandon -, la reconnaissance de l'aptitude des adoptants, le contrôle de l'intérêt de l'enfant et des justes motifs de la demande, le consentement de l'enfant de plus de 12 ans.

Si le père et/ou la mère de l'adopté refuse son consentement, le tribunal peut passer outre s'il s'est désintéressé de l'enfant ou a compromis sa santé, sa sécurité ou sa moralité<sup>128</sup>.

Si le refus émane d'une personne autre que le parent, le tribunal peut passer outre s'il le juge abusif au regard de l'intérêt de l'enfant.

L'adoption simple d'un majeur est également prononcée par le tribunal ; elle suppose le contrôle de l'intérêt de l'adopté et des justes motifs.

6. L'intérêt de l'enfant constitue la référence centrale et prioritaire du droit de l'adoption tant dans les conditions de fond que dans la procédure, le suivi adoptif et les dispositions visant à donner à l'adopté un droit à la connaissance des origines.

On peut trouver un exemple de cette primauté de l'intérêt de l'enfant dans un arrêt de la Cour constitutionnelle qui juge inconstitutionnelle la disposition fixant les critères du refus abusif lorsqu'il émane du père ou de la mère d'origine, au motif qu'ils sont trop restrictifs et empêchent le tribunal d'apprécier au mieux l'intérêt de l'enfant<sup>129</sup>.

---

<sup>127</sup> Art. 348-4 du Code civil.

<sup>128</sup> Art. 348-11 du Code civil.

<sup>129</sup> C. const., 12 juillet 2012, n° 93/2012.