Institutional Repository - Research Portal
Dépôt Institutionnel - Portail de la Recherche
researchportal.unamur.be
University of Namur

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

L'astreinte et les mesures d'expertise génétique

Mathieu, Géraldine

Published in:
Rev.trim.dr.fam.

Publication date:
2009

Document Version
le PDF de l'éditeur

Link to publication

Citation for pulished version (HARVARD):
Mathieu, G 2009, 'L'astreinte et les mesures d'expertise génétique: la recherche d'un juste équilibre des intérêts en présence, Note sous Brux., 22 déc. 2008', *Rev.trim.dr.fam.*, Numéro 4, p. 1218-1224.

General rights
Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy
If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Download date: 02. May. 2024

Reçoit l'appel; le déclare non fondé;

Confirme le jugement entrepris en toutes ses dispositions;

Renvoie la cause au premier juge en application de l'article 1068, alinéa 2 du Code judiciaire;

Reçoit la demande nouvelle de monsieur P., la déclare fondée;

Condamne madame G. à payer à monsieur P., à titre de dommages-intérêts du chef d'appel téméraire et vexatoire, la somme de 2.000 EUR, augmentée des intérêts judiciaires;

Condamne madame G. aux dépens d'appel, liquidés dans son chef à 186 EUR (mise au rôle) + 1.200 EUR (indemnité de procédure de base) et dans le chef de monsieur P. à 1.200 EUR (indemnité de procédure de base).

Note

L'astreinte et les mesures d'expertise génétique : la recherche d'un juste équilibre des intérêts en présence

Une justice trop exacte dégénère en injustice.

Baltasar Gracian, *L'homme de cour*, 1684.

Que faire face au refus non motivé d'une partie de se soumettre, ou de soumettre ses enfants, à un examen sanguin, dans un litige relatif à l'établissement ou la contestation d'un lien de filiation? Telle est la délicate question soumise en l'espèce à l'appréciation de la cour d'appel de Bruxelles dans l'affaire à l'origine de l'arrêt commenté.

Le premier juge était saisi d'une demande d'autorisation de reconnaissance, fondée sur l'article 329*bis* du Code civil, intentée par un homme souhaitant reconnaître deux enfants et se heurtant au refus persistant de la mère. Avant dire droit quand au fondement de la demande, le premier juge ordonne une expertise génétique et condamne la mère, à défaut de présenter les enfants à l'expertise, à une astreinte de 100 EUR par jour de retard à dater du lendemain de la première convocation qui lui serait adressée. La mère interjette appel du jugement en invoquant, notamment, le principe de l'inviolabilité du corps humain reconnu par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

L'article 331*octies* du Code civil permet au juge, dans tout litige relatif à la filiation, d'ordonner, même d'office, un examen sanguin ou tout autre examen selon les méthodes scientifiques éprouvées. Le droit au respect de l'intégrité corporelle implique cependant que la personne puisse refuser de se soumettre à cette expertise [1].

[1] Cass., 7 mars 1975, *Pas.*, 1975, I, p. 692; Civ. Bruxelles (réf.), 21 octobre 1999, *J.T.*, 2000, p. 35; J.-L. Renchon, «L'expertise en matière familiale», in *L'expertise*, sous la direction de J. Gillardin et P. Jadoul, publ. FUSL, 1994, p. 46, n° 27; S. Sonck, note sous Cass., 7 février 2000, *R.D.J.P.*, 2000, p. 204.

Quelle conséquence juridique tirer du refus d'une partie de se soumettre à l'expertise ordonnée par le juge?

Un certain courant considérait que le refus de consentir à une expertise génétique, même non motivé, ne permet pas à lui seul de tirer quelque conséquence que ce soit [2]. Cette conception fut toutefois écartée par la Cour de cassation dans deux arrêts du 17 décembre 1998 [3]. La Cour rappelle que l'interdiction d'exercer une contrainte physique sur une personne constitue un principe général de droit mais elle refuse de conférer à ce principe un caractère absolu. Elle s'exprime en ces termes : «Que le droit à l'intégrité physique n'est pas illimité et doit être interprété à la lumière des autres libertés fondamentales, ainsi qu'il est prévu à l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales; Que ce principe du droit n'interdit pas qu'il soit procédé à l'expertise d'un examen du sang ou de tout examen prévu par l'article 331*octies* du Code civil, pour autant que la personne ne soit pas contrainte de se soumettre à cet examen; Attendu que le juge peut apprécier le refus de se soumettre à un tel examen; qu'il peut déduire une présomption de l'homme d'un refus opposé sans motif légitime» [4].

Il ne fait désormais plus aucun doute que le juge est autorisé à déduire d'un refus injustifié une présomption d'existence du fait que l'expertise devait établir [5]. La doctrine majoritaire considère néanmoins qu'un tel refus ne pourrait entraîner la conviction du tribunal qu'à la condition d'être corroboré par d'autres éléments [6]. La question se pose dès lors de savoir ce qu'il adviendrait si le refus injustifié de se soumettre à l'examen génétique venait à ne pas être étayé par d'autres éléments du dossier [7].

---

[2] Voy. not. Gand, 2 mai 1991, *R.W.*, 1991-1992, p. 233 et note P. Senaeve; *contra* : Civ. Gand, 21 septembre 1995, *R.W.*, 1998-1999, p. 97; Liège, 12 mai 1998, *J.T.*, 1998, p. 727; J.-P. Masson et N. Massager, «Les personnes — Chronique de jurisprudence (1991-1993)», *J.T.*, 1994, p. 749, n° 91.

[3] Cass., 17 décembre 1998, *Pas.*, 1998, I, p. 1233 et p. 1240.

[4] La jurisprudence française aboutit à la même solution en considérant que le refus de se soumettre à un examen génétique constitue une atteinte à l'obligation de collaboration entre les parties dans la recherche de la vérité et qu'il doit donc être interprété, en vertu de l'article 11, alinéa 1er, du Nouveau Code de procédure civile, contre celui qui doit donner son consentement (voy. à cet égard M.-Ch. Monsallier-Saint Mleux, «Conditions du droit d'accès à la preuve scientifique en matière de filiation», note sous Cass. (civ.), 28 mars 2000, *Sem. jur.*, 2000, II, p. 1969 et références citées).

[5] À propos d'un refus injustifié d'un enfant de se soumettre à une expertise sanguine, combiné avec l'absence de volonté de la mère de diligenter la procédure de contestation de paternité, voy. Liège, 6 mai 2002, *J.L.M.B.*, 2004, p. 1179.

[6] Gand, 2 mai 1991, *R.W.*, 1991-1992, p. 233; Gand, 6 février 1997, *R.W.,* 1997-1998, p. 1391; Liège, 12 mai 1998, *J.T.*, 1998, p. 727; G. Mahieu et D. Pire, «La filiation», *Rép. not.*, I, L. XII, p. 57 et références citées.

[7] Dans cette hypothèse, on pourrait arriver à la conclusion que l'usage de cette présomption ne suffit pas à rencontrer les exigences de la jurisprudence de la Cour européenne (voy. *infra*). C'est dès lors à juste titre que certains auteurs soulignent toute l'acuité que conserve la controverse liée au recours à l'astreinte en matière de filiation malgré les deux arrêts de la Cour de cassation de 1998 (voy. J. van Compernolle et O. Mignolet, «L'astreinte : règles générales et champ d'application», in *Saisies et astreintes*, CUP, vol. 65, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 244, note de bas de page n° 7).

Pour une partie de la doctrine et de la jurisprudence [8], le recours à l'astreinte comme mesure de coercition en matière d'expertise génétique est totalement exclu. Le droit au respect de l'intégrité physique, en tant que droit de la personnalité, ne saurait subir d'atteinte sans une disposition légale expresse l'autorisant. Monsieur Senaeve [9], partisan de cette thèse, s'exprime en ces termes : «… *dat het onaanvaardbaar is om het bevelen van een bloedonderzoek of enig ander lichamelijk onderzoek of een psychiatrisch onderzoek te koppelen aan de verbeurte van een dwangsom, daar zulks uiteindelijk neerkomt op een beschaafder pressiemiddel dan het uitoefenen van rechtstreekse dwang, maar evenzeer als de rechtstreekse dwang een persoon dwingt om een aantasting van de integriteit van zijn lichaam te ondergaan. Ik meen dan ook dat zonder uitdukkelijke wettekst die dit toelaat, het de rechter niet toekomt om dit pressiemiddel in deze materie aan te wenden*».

Un autre courant, allant dans le sens de l'arrêt commenté, prend au contraire position en faveur du recours à l'astreinte, au nom du droit de l'enfant à voir établir sa filiation [10]. Les tenants de cette thèse se fondent notamment sur l'arrêt de la Cour de justice du Benelux du 29 novembre 1993 [11]. Il résulte de cet arrêt, qui ne concerne pas spécifiquement le droit de la filiation, qu'une condamnation principale non susceptible d'exécution forcée peut être assortie d'une astreinte. Dans ses conclusions, l'avocat général D'Hoore rappelle que le but de l'astreinte est de «garantir l'exécution directe des obligations, également dans les cas où l'exécution forcée n'est pas possible». Déjà en 1987, Monsieur de Leval soutenait qu'«il ne faut pas confondre la contrainte physique qui ne peut être exercée sur une personne au niveau de la condamnation principale avec la crainte de devoir payer une somme d'argent à défaut pour elle de se soumettre volontairement à une injonction du juge» et d'ajouter qu'une prise de sang n'est certes pas assimilable à un examen psychiatrique ou à une exploration corporelle [12]. La jurisprudence favorable au recours à l'astreinte se réfère tantôt à l'article 8 de la Convention

---

[8] Civ. Arlon, 24 février 1989, *Rev. trim. dr. fam.*, 1990, p. 250; Civ. Bruxelles, 24 octobre 1989, *Pas.*, 1990, III, p. 51; Civ. Dinant, 4 juin 1993, *J.L.M.B.,* 1994, I, p. 414; J. Dalcq, «La réforme du droit de la filiation», *J.T.*, 1987, p. 400, n° 35; De Page, *Traité,* II/2, Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 943; P. Senaeve, «De dawngsom in conflict met het persoonlijkheidsrecht op eerbiediging van de integriteit van het lichaam», *R. W.*, 1998-1999, pp. 98 et s.; J. van Compernolle, «Aspects judiciaires des actions relatives à la filiation», *Ann. dr.*, 1987, p. 337 et «L'astreinte», *Rép. not.,* t. XIII, l. IV/6, éd. 1992, n° 45.

[9] P. Senaeve, *op. cit.,* p. 99.

[10] Civ. Namur, 14 septembre 1994, *J.L.M.B.*, 1997, p. 503; Civ. Gand, 21 septembre 1995, *R.W.*, 1998-1999, p. 97; Gand, 6 février 1997, *R.W.*, 1997-1998, p. 1391; Civ. Namur, 28 juin 1999, *Rev. trim. dr. fam.*, 2000, p. 690; Anvers, 18 décembre 2001, *R.W.*, 2002-2003, p. 949; G. de Leval, «L'instruction sans obstruction», in *La preuve*, Colloque organisé à l'UCL les 12 et 13 mars 1987, pp. 29 à 31; A. Heyvaert e.a., «De genetische vingerafdruk en zijn betekenis in het nieuwe afstammingsrecht», *R.W.*, 1986-1987, 2563; G. Mahieu et D. Pire, «La filiation», *Rép. not.*, I, L. XII, p. 58; M.-Th. Meulders-Klein, «L'établissement et les effets personnels de la filiation selon la loi belge du 31 mars 1987», *Ann. dr.*, 1987, p. 268; F. Loosveldt, «De dwangsom : reikwijdte, toepassingsgebied en enkele betwistingen ter zaken», *A.J.T.-Dossier*, 1994-1995, p. 106.

[11] C.J. Benelux, 29 novembre 1993, *J.T.*, 1994, pp. 415 et s.

[12] G. de Leval, *op. cit.*, pp. 30-31.

européenne des droits de l'homme [13], tantôt à l'article 7 de la Convention relative aux droits de l'enfant [14].

L'article 7 de la Convention relative aux droits de l'enfant reconnaît à celui-ci le droit de connaître ses *parents* et d'être élevé par eux, *dans la mesure du possible*. La formulation de cet article est évidemment problématique pour les juristes. D'une part, la notion de parent n'y est pas définie et donc sujette à des interprétations divergentes (s'agit-il du parent biologique, juridique, affectif?), d'autre part l'article 7 consacre ce droit de manière non absolue puisqu'il ne s'impose que «dans la mesure du possible». La difficulté réside également dans l'applicabilité de cette disposition dans l'ordre interne belge. En effet, si la Belgique a ratifié la Convention, les dispositions de celle-ci ne sont généralement pas considérées comme directement applicables, en raison de leur caractère imprécis et général, et nécessitent, pour pouvoir être invoquées directement par un individu à son profit, une transposition en droit interne de la part du législateur [15]. En Belgique, aucune juridiction ne s'est encore prononcée [16] sur la question de l'effet direct en droit interne de l'article 7 de la Convention, à la différence de la France [17].

---

[13] Gand, 6 février 1997, *R.W.,* 1997-1998, p. 1391.Voy. également Civ. Namur, 28 juin 1999, *Rev. trim. dr. fam.,* 2000, p. 690 : le tribunal accepte de faire droit à la demande d'un homme qui pourrait être le père d'un enfant, de condamner la mère au paiement d'une astreinte si elle ne se présente pas avec l'enfant aux opérations de l'expertise génétique ordonnée : «Attendu que le droit à la filiation est expressément reconnu par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et ce droit ne doit pas céder devant le droit à l'intégrité physique, sachant que l'atteinte en cas d'expertise génétique est quasi nulle; que compte tenu de la disproportion manifeste entre d'une part l'intervention pratiquement négligeable pour la recherche génétique (quelques gouttes de sang, un peu de peau ou même une racine de cheveu) et d'autre part l'intérêt de la constatation du lien de filiation, il doit être admis que le droit à l'intégrité physique ne contrebalance pas et ne peut être invoqué pour justifier le refus de l'expertise scientifique et laisser ce refus sans suite».

[14] Civ. Gand, 21 septembre 1995, *R.W.*, 1998-1999, p. 97 : «*Gelet op het toenemende belang van de biogenetische band inzake afstamming, vooral in het licht van het recht van het kind om de identiteit van zijn ouders — terzake de vader — te kennen (art. 7, eerste lid, Verdrag van de Rechten dan het Kind), enerzijds, en gelet op, anderzijds, de vrees dat de eerste verweerder op hoofvoordering zich aan de onderzoeksmaatregel zou pogen te onttrekken, komt het passend voor de gelasting van het onderzoek te koppelen aan de veroordeling tot betaling van een dwangsom*».

[15] Voy. notre commentaire sous la décision du tribunal de première instance de Liège du 21 décembre 2007, «L'intérêt de l'enfant dans le nouvel article 329*bis* du Code civil : une notion à géométrie variable?», note sous Civ. Liège, 21 décembre 2007, *Rev. trim. dr. fam.*, 1/2009, p. 199 et références citées.

[16] Certaines décisions, dont celle commentée, se réfèrent expressément à l'article 7 de la Convention mais sans jamais s'expliquer sur l'effet direct de cet article.

[17] La Cour de cassation française a, dans un arrêt du 7 avril 2006, reconnu expressément l'applicabilité directe de l'article 7 de la Convention relative aux droits de l'enfant. Dans cette affaire, plus connue sous le nom de l'«affaire Benjamin», la Cour a validé la reconnaissance prénatale du père d'un enfant né sous X en précisant que le droit de la mère à accoucher anonymement ne pouvait contrarier celui du père à reconnaître son enfant (Cass. fr. (civ.), 7 avril 2006, *Bull. civ.*, 2006, p. 171, n° 195 et obs. P. Rémy-Corlay, *Rev. trim. dr. civ.,*2006, pp. 273 et s.).

L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme reconnaît quant à lui le droit de tout individu au respect de sa vie privée, en ce compris le droit de connaître son ascendance [18]. Dans l'arrêt *Gaskin c. Royaume-Uni* du 7 juillet 1989, la Cour européenne des droits de l'homme déclarait déjà que le respect de la vie privée exige que chacun puisse établir les détails de son identité d'être humain et que le droit d'un individu à de telles informations est essentiel du fait de leurs incidences sur la formation de la personnalité [19]. Dans l'arrêt *Mikulic c. Croatie* du 7 février 2002 [20], la Cour a rappelé toute l'importance qu'il convient d'accorder à la protection de ce droit. Cette affaire concernait une action en recherche de paternité intentée par une jeune fille croate qui s'était heurtée aux refus répétés de son père présumé de se soumettre aux tests ADN ordonnés par les juridictions croates. La Cour européenne des droits de l'homme a considéré que la Croatie avait violé l'article 8 de la Convention dans la mesure où elle n'offrait pas à la requérante un moyen lui permettant de voir sa filiation paternelle établie rapidement, dès lors que l'homme dont elle recherchait la paternité refusait de se soumettre à un test ADN. Selon la Cour, un système tel que celui de la Croatie, qui ne prévoit pas de moyens de contraindre le père présumé à se conformer à un ordre du tribunal lui enjoignant de se soumettre à des tests ADN, pourrait être jugé compatible avec les obligations découlant de l'article 8 de la Convention, à la condition toutefois que le système en question offre d'autres moyens grâce auxquels une autorité indépendante pourrait statuer rapidement sur l'action en recherche de paternité. Et la Cour de constater qu'aucune procédure de ce type n'était prévue en l'espèce. En outre, pour trancher une action tendant à faire établir la paternité, la Cour rappelle que les tribunaux doivent tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant. Dans ces conditions, elle estime que la procédure croate n'a pas ménagé un juste équilibre entre le droit de la requérante de voir dissiper sans retard inutile son incertitude quant à son identité personnelle et le droit de son père présumé de ne pas subir de tests ADN et n'a pas assuré une juste proportionnalité dans la protection des intérêts en jeu. L'inefficacité des tribunaux croates a maintenu la requérante dans un état d'incertitude prolongée quant à son identité personnelle et les autorités ont donc failli à garantir à l'intéressée le «respect» de sa vie privée auquel elle a droit en vertu de la Convention. La Cour en conclut qu'il y a eu

[18] Certains auteurs vont jusqu'à parler d'un droit à voir établir sa filiation : voy. G. DE LEVAL et J. VAN COMPERNOLLE (dir.), *Saisies et astreinte*, Formation permanente CUP, Liège, ULg, 2003, p. 242 et références citées et G. THUAN, «La protection de l'enfant et la recherche de son meilleur intérêt. La place du mineur dans la Convention européenne des droits de l'homme. Xe Assises nationales des avocats d'enfants — Séminaire 21 novembre 2008 (ENA)», *J. dr. jeun.,* 2009, p. 9.

[19] Cour eur. D.H., arrêt *Gaskin c. Royaume-Uni* du 7 juillet 1989, n° 10454/83, § 39.

[20] Cour eur. D.H., arrêt *Mikulic c. Croatie* du 7 février 2002, n° 53176/99. Pour une analyse détaillée de cet arrêt, voy. S. VAN DROOGHENBROECK, *La Convention européenne des droits de l'homme — Trois années de jurisprudence de la Convention européenne des droits de l'homme*, *2002-2004*, *Volume II, Articles 7 à 59 de la Convention — Protocoles additionnels,* Bruxelles, Larcier, 2006, p. 37, n° 338.

violation de l'article 8 [21]. Dans l'arrêt *Jäggi contre Suisse* du 13 juillet 2006 [22], la Cour a clairement exprimé que les personnes essayant d'établir leur ascendance ont un intérêt vital, protégé par la Convention, à obtenir les informations qui leur sont indispensables pour découvrir la vérité sur un aspect important de leur identité personnelle [23]. Le droit à l'identité, dont relève le droit de connaître son ascendance, fait donc partie intégrante de la notion de vie privée. Le requérant, âgé de 67 ans, cherchait à connaître la vérité sur sa filiation paternelle, même après le décès de son père supposé. Il se heurtait aux autorités suisses qui refusaient un test ADN *post mortem*, par respect pour le défunt, se référant au respect de la vie privée garanti par l'article 8 de la Convention européenne. Aux yeux de la Cour, comme ce refus affecte également le requérant dans sa vie privée, les différents intérêts en jeu doivent être mis en balance : «Il convient de considérer, d'un côté, le droit du requérant à connaître son ascendance et, de l'autre, le droit des tiers à l'intangibilité du corps du défunt, le droit au respect des morts ainsi que l'intérêt public à la protection de la sécurité juridique» [24]. Dans l'exercice périlleux de la mise en balance des intérêts, la Cour va considérer que l'intérêt primordial d'un individu à pouvoir établir sa paternité pèse plus lourd que les autres droits. Elle conclut à la violation de l'article 8 de la Convention et condamne la Suisse pour avoir refusé d'exhumer le corps du père présumé à des fins d'expertise *post mortem*.

Dans l'arrêt commenté, la cour d'appel de Bruxelles va elle aussi procéder à une mise en balance des intérêts en présence en rappelant que si le droit à l'intégrité physique est protégé par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, le droit de l'enfant à voir sa filiation établie l'est aussi. La Cour invoque également, sans toutefois lui reconnaître explicitement un effet direct en droit interne, l'article 7 de la Convention relative aux droits de l'enfant. Au final, la cour d'appel de Bruxelles décidera, tout comme la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt *Mikulic c. Croatie* auquel elle fait directement référence, d'accorder plus de poids à l'établissement du lien de filiation qu'au droit à l'inviolabilité du corps humain au motif que «la prétendue atteinte à l'intégrité physique de la personne consistant à prélever, à l'extrémité du doigt, une ou plusieurs gouttes de sang […] est insignifiante par rapport à l'intérêt des enfants de voir leur filiation établie tant à l'égard de leur mère qu'à l'égard de leur père, et par rapport à l'intérêt de Monsieur P. de voir sa paternité reconnue et de pouvoir assumer celle-ci». Et la Cour de rappeler que le recours à l'astreinte se justifiait d'autant plus, en l'espèce, que la mère avait déclaré lors de sa comparution devant le premier juge qu'elle souhaitait soumettre ses enfants à une expertise génétique

[21] Cour eur. D.H., arrêt *Mikulic c. Croatie* du 7 février 2002, précité, série B, n° 64-65-66. La Cour a confirmé récemment cette jurisprudence dans l'arrêt *Jevremovic c. Serbie* du 17 juillet 2007 (Cour eur. D.H., arrêt *Jevremovic c. Serbie* du 17 juillet 2007, n° 3150/05).

[22] Cour eur. D.H., arrêt *Jäggi c. Suisse* du 13 juillet 2006, n° 58757/00. Pour un commentaire de l'arrêt, voy. J.-P. Marguénaud, «L'ADN se ramasse à la pelle…», *Rev. trim. dr. civ.,* 2006, pp. 727 et s.

[23] Cour eur. D.H., arrêt *Jäggi c. Suisse* du 13 juillet 2006, précité, §38.

[24] *Idem,* §39.

pour faire établir la paternité d'un tiers mais refusait pareille expertise dans le but de permettre l'établissement de la paternité du demandeur…

Toutes ces arguties nous feraient presqu'oublier qu'au demeurant, l'astreinte ordonnée par le tribunal de première instance de Nivelles et confirmée par la cour d'appel de Bruxelles n'a finalement pas dû être mise en œuvre, celle-ci ayant parfaitement joué le rôle dissuasif qui est le sien, puisque la mère a finalement obtempéré et soumis les enfants à l'expertise ordonnée…

Géraldine MATHIEU

Assistante en droit de la famille
FUNDP Namur