

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Le droit au respect de la vie privée dans les relations familiales

Reusens, Florence; Renchon, Jean-Louis; Willems, G.

Published in:

Les droits de la personnalité, Actes du Xème colloque de l'Association « Famille & Droit » qui s'est tenu à Louvain-La-Neuve le 30 novembre 2007

Publication date:

2009

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Reusens, F, Renchon, J-L & Willems, G 2009, Le droit au respect de la vie privée dans les relations familiales. Dans *Les droits de la personnalité, Actes du Xème colloque de l'Association « Famille & Droit » qui s'est tenu à Louvain-La-Neuve le 30 novembre 2007*. Famille et droit, Bruylant, Bruxelles, p. 131-195.

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.

LE DROIT AU RESPECT DE LA VIE PRIVÉE DANS LES RELATIONS FAMILIALES

PAR

JEAN-LOUIS RENCHON

PROFESSEUR AUX FACULTÉS DE DROIT DE L'U.C.L. ET DES F.U.S.L.

FLORENCE REUSENS

ASSISTANTE AU CENTRE DE DROIT DE LA PERSONNE, DE LA FAMILLE
ET DE SON PATRIMOINE DE L'U.C.L.

ET

GEOFFREY WILLEMS

ASSISTANT AU CENTRE DE DROIT DE LA PERSONNE, DE LA FAMILLE
ET DE SON PATRIMOINE DE L'U.C.L.

SECTION I. - CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES

Il fut une époque où le droit au respect de la vie privée d'une personne était perçu comme destiné à protéger son intimité personnelle et familiale tantôt dans ses relations avec les autorités publiques, tantôt dans ses relations avec des personnes privées hors l'enceinte familiale.

C'est que la vie privée ou intime se confondait avec la vie familiale, elle ne se déployait qu'au sein de la famille et on ne concevait dès lors pas de devoir protéger la vie privée d'une personne à l'égard de ses proches.

Les historiens Edward Shorter (1) ou Philippe Ariès (2) ont excellemment montré comment, avec la révolution bourgeoise, la famille s'était retranchée derrière les murs de «sa» vie privée et

(1) E. SHORTER, *Naissance de la famille moderne (XVIII^{ème}-XX^{ème} siècle)*, trad. par S. QUADRUPPANI, coll. Points, Seuil, Paris, 1977.

(2) P. ARIÈS, *L'enfant et la vie familiale sous l'Ancien Régime*, coll. Points, Seuil, Paris, 1973.

était donc devenue le lieu par nature ou par excellence de la vie privée.

Ce n'est donc pas par un pur souci de simplification grammaticale que le texte de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales a fait état, en 1950, de «*la vie privée et familiale*» de la personne humaine, perçue comme une seule et même réalité, sans distinguer – ce que nous faisons aujourd'hui – la vie privée d'une part et la vie familiale d'autre part (3).

Longtemps, lorsqu'on évoquait la vie privée d'une personne, on songeait essentiellement aux événements de sa vie familiale, et les faits et gestes de la vie d'une famille étaient eux-mêmes destinés à rester confinés dans l'enceinte de la vie privée, sans aucune extériorisation publique. On les regardait d'ailleurs comme des «*secrets de famille*».

C'est bien sûr avec la montée en puissance de l'individualisme que cette perspective allait être remise fondamentalement en question.

L'individualisme – en tant qu'idéologie ou «*vision du monde*» qui perçoit et promeut les valeurs individuelles (la liberté et l'égalité) comme les valeurs premières ou fondamentales de l'organisation de la vie sociale – a induit deux effets considérables sur l'appréhension du concept de «*vie privée*».

D'une part, le droit au respect de la vie privée, conçu à l'origine comme un droit de la personne humaine de ne pas subir d'intrusions arbitraires dans la sphère de son intimité, s'est progressivement élargi et développé pour devenir un droit de l'individu de se déterminer et de se gouverner soi-même dans les différents champs de son existence personnelle, afin de pouvoir précisément mener une «*vie privée*» conforme à ses aspirations et à son épanouissement (4).

(3) Voy. à cet égard les deux ouvrages distincts publiés sous la direction du professeur Frédéric SUDRE à la suite de deux colloques distincts organisés à Montpellier, *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Nemeis et Bruylant, Bruxelles, 2002 et *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Nemeis et Bruylant, Bruxelles, 2005.

(4) Voy. M.T. MEULDER-S-KLEIN, «*Vie privée, vie familiale et droits de l'homme*», in *La personne, la famille et le droit. Trois décennies de mutation en Occident*, Bruylant, Bruxelles, L.G.D.J., Paris, 1999, p. 467 et s.; M.T. MEULDER-S-KLEIN, «*Biomédecine, famille et droits de l'homme: une même éthique pour tous!*», *Rev. trim. dr. h.*, 2000, p. 429; J.L. RENCHON, «*Considérations en forme de conclusions à propos de l'œuvre politique et/ou idéologique de la Cour européenne des droits de l'homme*», in F. KRENC et M. PUÉCHAVY (dir.), *Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Actes du colloque organisé le 4 mai 2007 par les Instituts des droits de l'homme des barreaux de Bruxelles et de Paris,

D'autre part, la vie privée de l'individu s'est elle-même progressivement détachée de sa famille, elle a commencé à lui appartenir en propre, et elle est dès lors devenue pour lui une sphère d'intimité et de liberté personnelle dont on a progressivement considéré qu'il avait le droit de l'opposer à sa famille et à ses proches.

C'est au demeurant ce qui a constitué la lame de fond de l'évolution récente des rapports de l'individu et de la famille.

On ne doit pas perdre de vue – même si tout nous incite aujourd'hui à ne plus conserver le souvenir d'une pareille conception des choses – que pour les auteurs du Code Napoléon, le droit de la personne, édicté sous le titre «*Des personnes*» (Livre premier Code civil), était en réalité le droit de la famille, au point d'ailleurs que le programme traditionnel des études de droit commençait par l'étude du «*droit des personnes*» qui n'était presque rien d'autre que du droit de la famille (5).

C'est que la personne n'avait d'existence et d'identité – ou, en termes juridiques, d'«*état civil*» – que dans et par son appartenance familiale.

À l'époque, la stabilité de la communauté familiale et la solidarité entre les membres d'une même famille étaient en effet, pour l'individu, une nécessité commandée par les exigences de sa survie matérielle et psychique, et son existence personnelle ou sa «*vie privée*» ne pouvaient dès lors qu'être subordonnées aux intérêts de sa famille, eux-mêmes subordonnés aux intérêts collectifs de la société civile, devenue Etat-nation.

Ce qu'on appelle désormais la révolution familiale individualiste, qui s'est amorcée à partir des «*golden sixties*» et dont les effets se concrétisent aujourd'hui dans des réformes inenvisageables il y a encore quelques décennies, telles que le mariage homosexuel, peut être comprise comme le renversement de cette subordination.

Nemeis-Bruylant, 2008, p. 145; S. VAN DROOGHENBROECK, «*De la défense de l'intime au droit à l'épanouissement. Les contributions de la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme à la cause homosexuelle*», in *Citoyenneté, discriminations et préférences sexuelles*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2004, p. 20.

(5) Voy. J.L. RENCHON, «*Le droit belge de la personne et de la famille: de l'indisponibilité à l'autodétermination*», in *Le Code civil entre us communs et droit privé européen*, sous la direction de A. WIJFFELS, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 269 et in *Un héritage du Code napoléonien. Bicentenaire du Code civil en Belgique*, sous la direction de B. HEIRBAUT et G. MARTIJN, Kluwer, 2005, p. 99.

Ce sont désormais les finalités privées de l'individu qui paraissent prioritaires et qui doivent pouvoir l'emporter, lorsqu'il s'agit du gouvernement de sa personne, sur les finalités familiales et collectives.

La personne s'est donc détachée de sa famille, au sens où sa vie affective, sexuelle et familiale n'est plus subordonnée aux intérêts de sa famille mais est désormais de plus en plus liée à ses choix personnels, et le droit de la personne humaine est devenu un droit distinct du droit des relations familiales.

Le droit au respect de la vie privée – au sens du droit-liberté de s'autodéterminer dans sa vie privée – va donc lui-même progressivement prévaloir sur les intérêts familiaux, tels que la stabilité de la famille ou les liens de solidarité entre les membres de la famille.

La réforme récente du droit du divorce en Belgique, réalisée par la loi du 27 avril 2007, constitue probablement une des illustrations les plus significatives de cette évolution.

Dans les médias, on a essentiellement mis l'accent sur la suppression du divorce pour faute, avec les bénéfices qu'on espère pouvoir en escompter : la fin des interminables débats sur l'existence ou non d'un comportement fautif d'un des époux ou des deux époux, la fin d'une intrusion insupportable de l'appareil de justice dans la vie intime des époux, la fin d'une atmosphère de guerre conjugale où tout devait être entrepris afin de parvenir à démontrer la faute du conjoint.

Outre qu'on n'a finalement pas renoncé à laisser une place à la faute (voy. *infra*, section II), ni pour l'admission d'un divorce pour cause de désunion irrémédiable, ni pour la reconnaissance d'un droit à une pension alimentaire après divorce, l'aspect le plus «révolutionnaire» de la réforme, à nos yeux, est ailleurs. C'est que le Gouvernement, suivi à une large majorité par le Parlement, a, en réalité, considéré qu'il était devenu indispensable de rompre définitivement avec la logique institutionnelle ou «familialiste» du mariage et de consacrer un «véritable droit au divorce» (6). A partir du jour où il se perçoit mal aimé ou mal aimé et dès lors mal marié, l'individu doit se voir reconnaître le droit de se dégager de son mariage en un minimum de temps et un minimum de contraintes.

(6) Exposé des motifs du projet de loi réformant le divorce déposé le 15 mars 2006 à la Chambre des représentants, *Doc. parl.*, Ch., session 2005-2006, n° 51-2341/001, p. 6.

Afin d'éviter tout risque de retardement, la solution technique a alors consisté à faire du simple écoulement d'un délai la cause permettant d'obtenir le divorce et à enlever au juge tout pouvoir d'appréciation quelconque.

Il suffit pour celui qui souhaite unilatéralement le divorce d'établir que les époux sont séparés de fait depuis plus d'un an ou – preuve encore plus aisée – qu'un an s'est écoulé depuis l'introduction de sa demande en divorce pour que le juge soit tenu de prononcer le divorce, sans même qu'il n'ait à se préoccuper ni d'ailleurs ne puisse se préoccuper, dans son jugement, de régler les conséquences de ce divorce.

A l'origine, le Gouvernement entendait même qu'aucun appel ne puisse être interjeté d'une telle décision prononçant le divorce, dès lors précisément qu'il n'y avait plus, à ses yeux, matière à débat. Le Parlement l'a finalement refusé. Par contre, les amendements qui tendaient à ce que le juge ne puisse pas prononcer le divorce sans avoir veillé à statuer minimalement sur certains droits qui seraient maintenus ou reconnus au profit de l'autre conjoint (et/ou des enfants) ont été purement et simplement écartés.

Le droit de se libérer rapidement de son mariage devait donc aller aussi jusqu'au droit de se libérer rapidement des obligations liées au statut juridique du mariage.

Le «droit au divorce» expressément proclamé comme le fondement de la réforme, c'est donc bien le triomphe du droit au respect de la vie privée, entendu comme le droit à l'autodétermination ou le droit à l'épanouissement personnel, sur la logique et les intérêts «familiaux» qui avaient longtemps été considérés comme procédant de la conclusion d'un mariage et qui venaient substantiellement circonscrire la liberté individuelle : la stabilité du mariage et la pérennité de la solidarité humaine et matérielle créée par les liens juridiques du mariage.

Ce n'est bien sûr pas (encore!) la stricte logique individualiste inhérente au droit au respect de la vie privée – au sens large – qui commande désormais toutes les règles du droit de la famille, et «l'intérêt de la famille» ou un engagement ou un devoir à l'égard de sa famille et de ses proches peuvent encore constituer la raison d'être et la justification d'une limitation ou d'une restriction apportée au droit-liberté de mener sa vie privée conformément à ses aspirations et à son épanouissement personnel.

Quand et comment convient-il de continuer à concilier ou pondérer ces logiques différentes ?

C'est précisément cette problématique que nous allons chercher à examiner.

Mais, au surplus, la logique à elle seule de l'individualisme peut conduire à opposer, au sein de la famille, les intérêts personnels différents de ses membres, en manière telle que le droit au respect de son intimité ou de sa vie privée de l'un pourra se trouver en contradiction avec le droit au respect de son intimité ou de sa vie privée de l'autre.

Comment convient-il alors de concilier ou de pondérer ces intérêts différents ?

C'est aussi cette autre problématique que nous allons chercher à mettre en exergue.

Nous le ferons en examinant successivement la relation de couple et les obligations alimentaires, l'exercice du droit à l'autorité parentale, la restriction des droits d'un membre de la famille atteint d'un problème de santé physique ou mentale et les rapports de filiation.

SECTION II. — LE DROIT AU RESPECT DE LA VIE PRIVÉE DANS LES RELATIONS DE COUPLE

§1. — *La preuve de la violation des devoirs conjugaux*

C'est essentiellement à l'occasion de problèmes conjugaux que le droit au respect de la vie privée est invoqué dans les relations personnelles entre conjoints, en particulier dans le cadre des procédures en divorce, lorsqu'un des époux reproche à l'autre d'avoir violé les « devoirs conjugaux ».

Si le divorce pour cause déterminée a laissé place au divorce pour cause de désunion irrémédiable depuis la loi du 27 avril 2007 réformant le divorce, la question de la faute d'un des conjoints ne disparaîtra pas pour autant des débats judiciaires. Non seulement elle pourrait intervenir aux fins d'obtenir le prononcé du divorce sur le champ, par la preuve, rapportée par toutes voies de droit, de ce que la désunion entre les époux est irrémédiable dès lors qu'elle rend raisonnablement impos-

sible la poursuite de la vie commune et la reprise de celle-ci (7), mais elle pourrait également être invoquée en matière de pension après divorce, pour tenter de contrer la demande de l'époux qui s'estimerait être dans le besoin en prouvant que ce dernier a commis une faute grave ayant rendu impossible la poursuite de la vie commune (8).

C'est au niveau de la preuve de la faute que peut se poser une question qui relève du droit au respect de la vie privée. En droit commun, les modes de preuves sont généralement écartés des débats s'ils emportent une violation de la vie privée (9). La question se pose différemment en matière de divorce dès lors que d'une part, certains modes de preuves qui pourraient être considérés comme étant de nature à empiéter sur la vie privée d'autrui sont expressément ou indirectement légitimés par la loi et que, d'autre part, la jurisprudence considère que le droit au respect de la vie privée peut se voir tempéré au regard de la possibilité, dont doivent pouvoir bénéficier les époux, de vérifier le respect des obligations réciproques découlant du mariage.

On observera cependant que les solutions sont de plus en plus incertaines, que cette incertitude traduit l'hésitation des cours et tribunaux et qu'un courant se dessine pour considérer que le droit à l'intimité de chacun des époux pourrait, selon les circonstances, désormais prévaloir sur les engagements qu'ils avaient en principe contractés lors de la conclusion de leur mariage.

A. *Les modes de preuves autorisés par la loi*

La loi du 20 mai 1987 abrogeant les articles 387 et 390 du Code pénal en matière d'adultère (10) a introduit dans le Code judiciaire un article 1016bis qui prévoit que la preuve de l'adultère peut être faite par constat d'huissier de justice, moyennant autorisation du président du tribunal de première instance.

Pour la Cour de cassation, ni les articles 1016bis du Code judiciaire et 1316 du Code civil, ni les articles 15 de la Constitution coordonnée du 17 février 1994 et 8, alinéa 1^{er} de la Convention européenne des droits de l'homme n'empêchaient que le procès-

(7) Article 229, §1^{er} nouv. C.civ.

(8) Article 301, §2, alinéa 2 nouv. C.civ.

(9) Voy. à cet égard N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Larcier, Bruxelles, 1991, n° 58, p. 34, et les références citées.

(10) *M.B.*, 12 juin 1987, p. 09030.

verbal de constat d'adultère puisse être utilisé comme moyen de preuve dans le cadre d'une procédure en divorce, que celle-ci ait été intentée tant sur la base de l'ancien article 229 que de l'ancien article 231 du Code civil (11), ou que les constatations étaient relatives à l'adultère d'un époux avec une personne du même sexe (12). Par ailleurs, la Cour avait aussi jugé que l'ingérence de l'autorité publique dans la vie privée, dont il est question à l'article 8, §2, de la Convention européenne des droits de l'homme, « n'est pas uniquement autorisée en vue de garantir les droits fondamentaux, elle peut aussi viser la garantie des droits et libertés individuels, même s'ils ne sont pas de nature fondamentale » (13). La Cour décida dès lors que manque en droit le moyen selon lequel les juges d'appel auraient violé l'article 8 de la Convention en décidant que la constatation d'un adultère par huissier de justice telle que prévue à l'article 1016bis du Code judiciaire et l'ingérence dans la vie privée qu'elle entraîne poursuivent un but légitime.

Il a aussi été décidé qu'il n'est pas pertinent de prétendre, en référence aux limites de l'intervention de l'huissier de justice les samedis, dimanches et jours fériés en matière de signification et d'exécution, qu'un constat d'adultère dressé un tel jour violerait le droit au respect de la vie privée tel que consacré par la Convention européenne des droits de l'homme dès lors que la protection de la

(11) Cass., 19 octobre 1995, *Pas.*, 1999, I, 936. Le demandeur en cassation estimait que, dans la mesure où l'article 1016bis du Code judiciaire implique une dérogation expresse au droit au respect de la vie privée, cette disposition doit être interprétée restrictivement de sorte que le constat d'adultère ne pouvait être utilisé comme moyen de preuve que dans le cadre d'une procédure mure sur la base de l'article 229 du Code civil, à l'exclusion de toutes les autres procédures de divorce.

(12) Cass., 17 décembre 1998, *R.G.D.C.*, 1999, p. 245 et note Y.-H. LEROU.

(13) Cass., 29 janvier 1999, *Pas.*, 1999, I, 63. Pour la lecture de la décision à l'origine du pourvoi ayant donné lieu au prononcé de cet arrêt de la Cour de cassation, voy. Gand (11^e ch.), 17 février 1997, *R.W.*, 1997-1998, p. 1478. Selon cette Cour d'appel, l'ingérence de l'autorité publique dans la vie privée du citoyen poursuit un but légitime dès lors que le législateur « a voulu garantir de manière durable, même après la dépenalisation de l'adultère, la protection de l'obligation juridique résultant du seul fait du mariage d'un homme et d'une femme, à savoir le devoir de fidélité, et il a voulu rendre possible la preuve de l'infraction à cette obligation ». Dans le même sens, voy. également Bruxelles (3^e ch.), 13 mars 2008, à paraître in *Rev.trim.dr.fam.*, 2009/4 : à l'argument de l'épouse adultère qui estimait le constat entaché d'irrégularité dans la mesure où l'huissier ne s'était pas fait assister d'un serrurier, mais s'était contenté d'utiliser les clés du domicile conjugal qui lui avaient été transmises par le requérant, la Cour répond par ailleurs que « l'on ne voit pas en quoi le fait que l'huissier, après avoir constaté l'absence de réaction à ses coups de sonnette répétés, se soit introduit dans l'ancienne résidence conjugale en utilisant les clés de Monsieur S., serait plus attentatoire au droit de Madame V. au respect de sa vie privée, que le fait de s'introduire dans cette même résidence après avoir fait forcer la serrure par un serrurier ».

vie privée ne reçoit pas d'appréciation différente selon le jour où le constat est dressé (14). Plus surprenant nous semble cependant un arrêt de la Cour d'appel de Liège prononcé dans une espèce où l'épouse, qui avait fait l'objet d'un constat d'adultère, soulevait l'irrégularité dudit constat en ce qu'il avait été établi en dehors du cadre strict de l'article 1016bis du Code judiciaire et selon lequel « on ne voit pas en quoi l'huissier aurait outrepassé sa mission en faisant la description qu'il a faite de la situation qui se présentait devant lui avant l'heure légale » (15).

Au plan des dispositions légales toujours, si la loi du 19 juillet 1991 organisant la profession de détective privé (16) n'envisage pas expressément le rapport d'un détective privé comme mode de preuve spécifique d'une faute en matière de divorce, à la différence du constat d'adultère par huissier de justice, elle permet toutefois d'asseoir la légitimité de la production de tels rapports dans tout type de procédure, pour autant qu'ils soient établis par les personnes autorisées à exercer la profession. Cette légitimité est même en quelque sorte renforcée dans le cadre des procédures en divorce puisque l'article 7, alinéa 2 de ladite loi précise qu'*« il est interdit au détective privé de recueillir des informations relatives au penchant sexuel des personnes qui font l'objet de ses activités, sauf s'il s'agit d'un comportement contraire à la loi ou qui peut constituer un motif de divorce s'il agit à la requête d'un des conjoints »*.

En ce qui concerne la question du droit au respect de la vie privée face à ce type d'activité, il convient d'avoir égard à l'article 5 de la dite loi du 19 juillet 1991 qui dispose en son alinéa 1^{er} qu'*« il est interdit au détective privé d'espionner ou de faire espionner ou de prendre ou de faire prendre intentionnellement des vues de personnes qui se trouvent dans des lieux non accessibles au public, à l'aide d'un appareil quelconque, sans que le gestionnaire du lieu et les personnes*

(14) Anvers (3^e ch.), 18 juin 2003, *R.G.D.C.*, 2007, p. 244; *Rev.trim.dr.fam.*, 2007, p. 887 (somm.). Pour le Tribunal de première instance de Mons, il faut que l'huissier soit expressément autorisé par le président pour pouvoir procéder à un constat un samedi, un dimanche ou un jour férié (Civ. Mons, 27 janvier 1995, *Div. Act.*, 1996, p. 77).

(15) Liège (1^{re} ch.), 29 janvier 1996, *Rev.trim.dr.fam.*, 1996, p. 346 : averti par le conjoint demandeur en divorce de ce que son épouse pouvait quitter dès avant 5 heures du matin le domicile de son amant, l'huissier s'était rendu à l'adresse indiquée avant cette heure.

(16) Voy. également l'arrêté royal du 14 septembre 1992 relatif à la délivrance d'un certificat en vue de l'exercice de la profession de détective privé et à l'agrément des organismes autorisés à délivrer ce certificat, ainsi que l'arrêté royal du 10 février 2008 relatif aux conditions en matière de formation et d'expérience professionnelle et à la reconnaissance des qualifications professionnelles CE pour l'exercice de la profession de détective privé, ainsi qu'à l'agrément des formations.

concernées aient donné leur consentement à cette fin». Selon la Cour de cassation, il suit de cette disposition légale que pour l'appréciation de la régularité de l'espionnage ou de la prise de vue, ce n'est pas le lieu où se trouve le détective privé à ces occasions qui est déterminant, mais bien celui où se trouvent les personnes qui font l'objet de l'espionnage ou de la prise de photos (17).

B. Les modes de preuves légitimés par la jurisprudence

A l'occasion d'un arrêt prononcé dans une espèce où un époux produisait un relevé des numéros appelants et appelés de la ligne téléphonique établie à son nom et rattachée au domicile conjugal occupé par son épouse mais sans que les résidences séparées des époux n'aient été judiciairement fixées, la Cour d'appel de Bruxelles s'exprimait en ces termes : «Le droit au respect de la vie privée ne peut être considéré comme absolu entre conjoints. Lorsque l'un des époux manque gravement à ses devoirs conjugaux, par exemple en entretenant une liaison, qu'il tentera généralement de dissimuler, il convient de trouver un équilibre entre le droit au respect de sa vie privée et le droit pour l'autre époux de se ménager une preuve de ce comportement, qui, s'il touche nécessairement à la vie privée de son conjoint, porte également atteinte à l'essence même de la vie conjugale. Dans cette optique, il convient d'admettre les moyens de preuve qui n'ont pas été obtenus de manière illicite, et dont la mise en œuvre n'est pas disproportionnée au but poursuivi» (18).

De même, la jurisprudence considère traditionnellement que le droit au respect de la vie privée et le principe du secret de la correspondance consacré à l'article 29, alinéa 1^{er} de la Constitution (19) sont, dans les rapports entre époux, atténués par le droit légitime d'un conjoint de s'assurer du respect de ses devoirs conjugaux par

(17) Cass. (1^{re} ch. N.), 5 novembre 2004, *Rev.trim.dr.fam.*, 2005, p. 787.

Au regard de ce principe, la Cour a estimé que l'arrêt qui constatait que les relations qu'une des parties entretenait avec une tierce personne, tant en public qu'en privé, et même au domicile conjugal de cette partie, ressortaient de rapports de détectives privés dont les constatations «constituaient des preuves régulières qui avaient également été obtenues de manière régulière», n'était pas légalement justifié.

(18) Bruxelles (3^e ch.), 24 février 1998, *J.L.M.B.*, 1998, p. 1515. La Cour décide qu'il n'y a pas lieu d'écarter ce relevé des débats dans la mesure où il ne mentionne que l'origine et la destination des appels et ne fournit aucune indication sur leur contenu de sorte qu'il n'y a pas lieu de considérer qu'il porte atteinte de manière disproportionnée au droit au respect de la vie privée de l'épouse, par rapport au but légitimement poursuivi par son conjoint.

(19) Cet article dispose que «le secret des lettres est inviolable».

l'autre, dont le devoir de cohabitation et de fidélité (20). Selon ce courant, rien n'empêche un époux de produire en justice des lettres en principe confidentielles émanant de son conjoint ou à lui adressées par un tiers, pour autant bien entendu qu'il n'ait pas été fait usage d'un moyen illicite (21) aux fins de les appréhender et que le secret professionnel ne soit pas en cause (22).

La Cour de cassation a consacré cette solution dans un arrêt du 27 janvier 2000 (23), prononcé dans une espèce où il était reproché à l'épouse d'avoir produit des correspondances échangées entre son conjoint et un tiers dont elle soupçonnait qu'ils entretenaient une relation homosexuelle, en jugeant que ni l'article 8.1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ni l'article 29, alinéa 1^{er}, de la Constitution n'interdisent que des lettres régulièrement (24) entrées en possession de l'utilisateur

(20) Bruxelles (3^e ch.), 24 avril 1997, *Rev.trim.dr.fam.*, 1997, p. 371; Liège (1^{re} ch.), 27 octobre 1998, *Rev.trim.dr.fam.*, 1999, p. 516.

(21) Selon G. PUTZYS et J.-L. GOOVAERTS, «les lettres transmises par un tiers (l'amant de l'épouse par exemple), celles découvertes dans les vêtements du conjoint dans la chambre conjugale, dans la boîte aux lettres de la maison commune et en général partout où l'on peut avoir régulièrement accès, pourront être jointes au dossier (in *Relations juridiques entre époux*, Eeklo, Ed. juridiques P. DE BARTS, 1982, p. 123). Voy. également Civ. Bruxelles, 11 mars 2008, inédit (jugement prononcé sur appel d'une ordonnance cantonale prise sur pied de l'article 223 du Code civil) : l'obligation de secret de la correspondance et de respect de la vie privée sont atténués entre époux et du courrier adressé par un époux ou à celui-ci peut être produit par l'autre dans des procédures de divorce, mais à condition qu'il soit entré licitement en sa possession, ce qui, en général, n'est envisageable que pendant la vie commune. Dans cette espèce, le tribunal a estimé que les mails n'étaient pas entrés de façon licite en possession de l'épouse qui avait consulté la boîte mail de son mari de nombreux mois après la séparation et avait imprimé, pour les produire en justice, des documents qui ne lui étaient pas destinés, violant ainsi l'article 124 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques (sur la question des procédés de preuve issus des technologies modernes, voy. *infra*). Cette décision est également intéressante en ce qu'elle rejette l'argument de l'épouse qui se fondait sur l'adage «*fraus omnia corrumpit*» (elle estimait en effet que son mari n'était pas fondé à invoquer une accapitation frauduleuse puisqu'il avait lui-même menti sur sa situation réelle), estimant que «l'appelante ne peut faire usage d'un comportement illicite pour démontrer un autre comportement frauduleux dans le chef de son mari».

(22) Voy. G. DE LEVAL, «Divorce pour cause déterminée (art. 1254 à 1286bis C. jud.) - Procédure», in *Le contentieux conjugal*, Rapports des journées d'études des 11 et 12 mai 1984, Editions du Jeune Barreau de Liège, p. 148, ainsi que les références citées.

(23) Cass. (1^{re} ch.), 27 janvier 2000, *Rev.trim.dr.fam.*, 2001, p. 79; R.W., 2001, p. 812, noot F. APS, «De aanwending van vertrouwelijke briefwisseling in het raam van een echtscheidingsprocedure en procedure van voorlopige maatregelen».

Dans son arrêt N.N. et T.C. *cf. Belgique*, du 13 mai 2008, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré à l'unanimité qu'il n'y avait pas eu, dans cette affaire, de violation de l'article 8 de la Convention. La Cour nota, à cet égard, qu'une procédure en divorce est par nature une procédure au cours de laquelle des éléments de l'intimité de la vie privée et familiale des parties sont susceptibles d'être révélés.

(24) L'arrêt attaqué avait constaté que rien n'attestait de ce que l'épouse était entrée de manière illicite en possession des lettres litigieuses, estimant du reste que l'affirmation de celle-ci selon laquelle elles avaient été abandonnées au domicile conjugal était confortée par la production de l'original d'un brouillon trouvé dans la poubelle.

soient produites dans le cadre d'une procédure en divorce (25). Dans cet arrêt, la Cour confirma par ailleurs la position prise antérieurement par les juridictions de fond selon laquelle cette ingérence est justifiée au regard des obligations fondamentales découlant du mariage et de leurs conséquences, dans la mesure où elle considéra que cette solution est également applicable dans le cadre d'un litige relatif aux mesures provisoires devant être ordonnées au cours de la procédure en divorce, estimant qu'il est sans pertinence qu'au cours dudit litige, «le comportement fautif de l'un des époux n'entre pas en considération ou entre moins en considération que dans la procédure en divorce même». D'aucuns critiquent cette solution consacrée par la Cour de cassation en ce que les moyens de preuve utilisés – aux fins de l'occurrence de démontrer l'homosexualité de l'époux – étaient aussi inutiles qu'hors de proportion au regard de la méconnaissance du droit au respect de la vie privée (26).

La jurisprudence transpose généralement ce tempérament au droit au respect de la vie privée des conjoints aux procédés de preuve issus des technologies modernes, pour autant bien entendu qu'il y ait été recouru dans des conditions qui, en plus d'être licites (27), permettent d'être convaincu de leur fiabilité. Selon cette jurisprudence, peuvent être admis comme modes de preuve des enregistrements audio réalisés à l'insu du conjoint pour autant

(25) Pour de la jurisprudence postérieure à cet arrêt, voy. Bruxelles, 14 mars 2001, *J.T.*, 2002, p. 387; *J.L.M.B.*, 2002, p. 640; *E.J.*, 2003, p. 9, noot N. VAN LEUVEN, «Het bewijs in echtscheidingsprocedures in het licht van het recht op serbieiding van het privé-leven»; Mons, 17 février 2004, *Rev.trim.dr.fam.*, 2004, p. 598; *J.L.M.B.*, 2004, p. 1677; *J.T.*, 2004, p. 524; Gand, 16 juin 2005, *RABG*, 2006, p. 485, noot M. GOVAERT, «De bewijskraacht van het geschrift in het kader van de echtscheidingszaak op grond van bepaalde feiten»; *T.G.R.*, 2005, p. 339; *R.W.*, 2005-2006, p. 1233, noot F. SWENNEN; Liège (1^{re} ch.), 7 février 2006, *Rev.trim.dr.fam.*, 2007, p. 1131. Certains de ces arrêts précisent que le droit légitime de s'assurer du respect par son conjoint de ses devoirs conjugaux doit être exercé en dehors de tout caractère obsessionnel ou disproportionné.

(26) F. AFS, *op. cit.*, note sous Cass. (1^{re} ch.), 27 janvier 2000, *R.W.*, 2001, p. 813. C. DE TERWANGNE, J. HERVEG et J.-M. VAN GYSEGHM considèrent quant à eux de manière générale que «ce n'est que dans la mesure où elle n'est pas disproportionnée que l'atteinte qui est portée au droit à la vie privée du conjoint au nom du contrôle légitime par l'autre époux de la bonne exécution des devoirs conjugaux est admissible» (in *Le divorce et les technologies de l'information et de la communication – Introduction à la protection des données dans la preuve des causes de divorce*, Bxl., Kluwer, 2005, p. 74).

(27) Sur les problèmes de licéité – que ne semble pas apercevoir la jurisprudence – des modes de preuve issus des nouvelles technologies au regard des lois du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel et 13 juin 2005 relative aux communications électroniques, voy. C. DE TERWANGNE, J. HERVEG et J.-M. VAN GYSEGHM, *op. cit.*, p. 73 et s. Voy. toutefois Civ. Bruxelles, 11 mars 2008, inédit, cité à la note 22, qui se réfère expressément à l'article 124 de la loi du 13 juin 2005.

qu'ils aient été obtenus soit de manière fortuite, soit de manière volontaire mais sans provocation (28) ni violation de droits civils fondamentaux comme l'inviolabilité du domicile (29) (30), des conversations «chats» tenues au départ de l'ordinateur familial non protégé par un mot de passe (31) et imprimées en présence d'un huissier de justice au cabinet du conseil du conjoint victime des «flirts virtuels», voire des «relations sexuelles virtuelles» de son épouse avec un de ses collègues (32), ou encore une copie de correspondant

(28) Liège (1^{re} ch.), 19 décembre 2006, inédit, 2005/RG/1167. Dans cette espèce, la Cour, tout en ayant considéré que l'adultère de l'épouse était suffisamment établi par d'autres modes de preuve, a refusé d'examiner le contenu de l'enregistrement réalisé par le mari d'une conversation téléphonique avec son épouse, en décidant que, si l'enregistrement d'une communication téléphonique est licite lorsque celui qui l'a enregistré participait à la communication et si, au surplus «il doit être admis que des enregistrements audio ou vidéo puissent être réalisés à l'insu du conjoint parce que le droit au respect de la vie privée et le principe du secret de la correspondance sont, dans les rapports entre époux, atténués par le droit légitime – exercé en dehors de tout caractère obsessionnel – d'un conjoint de s'assurer du respect de ses devoirs conjugaux par l'autre – dont le devoir de cohabitation et de fidélité – encore faut-il que ces enregistrements soient obtenus sans provocation». La Cour considéra que tel n'était pas le cas dans l'espèce, parce que l'intimé, «conclusions de l'appelante en mains, a dirigé la conversation pour pousser son épouse, à son insu, à se contredire par rapport aux écrits de procédure rédigés par son conseil». Selon la Cour, «ce procédé, pour le moins intégrant, tient de la ruse et ne peut être approuvé».

(29) Liège (1^{re} ch.), 27 octobre 1998, *Rev.trim.dr.fam.*, 1999, p. 516; il a été considéré dans cette espèce que les enregistrements des ébats amoureux d'un épouse avec sa maîtresse ne pouvaient être admis comme moyen de preuve dès lors qu'il n'était pas établi avec certitude qu'ils avaient été obtenus à une époque où les parties vivaient encore ensemble sous le même toit. Voy. également Liège (1^{re} ch.), 19 novembre 2002, *Rev.trim.dr.fam.*, 2004, p. 334; *J.L.M.B.*, 2003, p. 1146: une manne doit être apportée concernant cette dernière décision dès lors qu'il s'avère en réalité que l'époux qui avait enregistré des conversations téléphoniques tenues avec la maîtresse de sa femme, aux fins de prouver l'homosexualité de cette dernière, en était le destinataire (C. DE TERWANGNE, J. HERVEG et J.-M. VAN GYSEGHM, *op. cit.*, p. 52).

(30) Dès lors que peuvent être admis des enregistrements d'une conversation d'un époux avec un tiers, on considère qu'il en est a fortiori de même pour l'enregistrement d'une communication des époux entre eux: voy. à cet égard Gand, 7 novembre 2002, *Njw*, 2003, p. 563, note RDC, concernant l'enregistrement de menaces proférées par un conjoint sur le répondeur téléphonique de son épouse. Il convient à cet égard de relever que la Cour de cassation a précisé, dans le cadre d'un arrêt statuant en matière correctionnelle, que celui qui tient une conversation téléphonique ne peut invoquer le droit au respect de sa vie privée à l'égard de l'intervenant à cette conversation, «faisant lui-même participer cet intervenant à l'objet de ce droit» (Cass. (2^e ch.), 9 janvier 2001, *Jaarboek Mensenrechten*, 2000-01, p. 275, note P. DE HERT, *Pas.*, 2001, 1, 31, *T. Strafr.*, 2001, p. 335).

(31) Bruxelles, 12 avril 2005, *Njw*, 2005, p. 855.

(32) Bruxelles (3^e ch.), 12 juillet 2005, R.G. n° 2003/AR/1689, inédit, cité par H. VANDERVELLEN et F. CHRISTIAENS, «Chronique de jurisprudence flamande: avril 2005 – mars 2006», *Div. act.*, 2006, p. 85, n° 13.

ces électroniques dont la lecture révèle des propos érotiques échangés avec un tiers (33) (34).

Les restrictions au droit au respect de la vie privée en matière de preuve de la faute dans le divorce ne sont cependant pas extensives de sorte que les parties concernées doivent faire preuve d'une certaine retenue dans la production de pièces.

La position de la jurisprudence est ainsi loin d'être unanime concernant la production de photographies puisqu'une partie non négligeable des décisions de justice rejette celles qui sont prises à l'insu et dès lors sans le consentement d'une des parties (35). On peut du reste se douter, même si nous n'avons connaissance d'aucune décision publiée traitant précisément de cette question, que ces décisions seraient tout aussi sévères concernant la production d'enregistrements vidéo. C'est qu'intervient ici une dimension supplémentaire, à savoir le droit à l'image que d'aucuns considèrent comme un droit de la personnalité distinct (36).

Nous noterons enfin que ne peuvent être produits des rapports d'expertise (37) ou d'étude sociale (38) établis dans le cadre d'une procédure distincte ou du commun accord des parties indépendam-

(33) Mons (2^e ch.), 26 juin 2001, *J.L.M.B.*, 2004, p. 186. Indépendamment de la question de l'entorse légitime au droit au secret des correspondances, cet arrêt précise qu'il faut exiger, des écritures et signatures électroniques, des critères de véracité comparables à ceux des écritures et des signatures manuscrites, c'est-à-dire des critères qui permettent d'établir avec certitude que le message électronique émane d'une personne humaine identifiable, qu'il ne peut être généré que par l'émetteur du document et qu'il est infalsifiable et vérifiable par des tiers. La Cour décide dès lors de ne pas retenir comme mode de preuve des griefs formulés par l'époux, la copie dactylographiée des messages, bien qu'elle ait été établie sous le contrôle d'huissiers de justice qui en ont dressé procès-verbal. Concernant les faiblesses du système de messagerie électronique sur le plan de la preuve, voy. D. MOUGENOT, «Droit de la preuve et technologies nouvelles : synthèse et perspectives», in *Droit de la preuve, Formation permanente CUP*, vol. XIX, octobre 1997, p. 60, n^o 13.

(34) Voy. également Gand, 19 décembre 2002, *Nju*, 2003, p. 469, *Rev.trim.dr.fam.*, 2004, p. 241 (somm.).

(35) Liège (1^{er} ch.), 29 janvier 1996, *Rev.trim.dr.fam.*, 1996, p. 346 (photos prises à partir d'un endroit sis dans la propriété de l'intéressée); Civ. Nivelles, 9 mai 1995, *Rev.trim.dr.fam.*, 1997, p. 390; Civ. Mons, 23 décembre 2004, *Div. Act.*, 2006, p. 24. *Contra*: Gand, 19 décembre 2002, *Nju*, 2003, p. 469; Bruxelles (16^e ch.), 14 mars 2001, *J.T.*, 2002, p. 387; *J.L.M.B.*, 2002, p. 640; *E.J.*, 2003, p. 9, note N. VAN LEUVEN, «Het bewijs in echtscheidingsprocedures in het licht van het recht op eerbetreffend van het privé-leven. Il convient cependant de relever que, dans cette dernière espèce, les photos litigieuses montraient ce que le détecté privé a vu sur la voie publique, autrement dit ce que l'intéressé lui-même ou n'importe quel autre témoin aurait pu observer dans les limites d'un comportement normal.

(36) Voy. à cet égard la contribution de J.-P. Masson, «Le droit à l'image».

(37) Civ. Mons (1^{er} ch.), 24 juin 1993, *J.T.*, 1994, p. 91 : il s'agissait en l'espèce d'un rapport établi en exécution d'une ordonnance du président du tribunal statuait en référé concernant le «droit de visites» des enfants communs.

(38) Civ. Liège, 3 janvier 1989, *J.L.M.B.*, 1989, p. 486; *J.D.J.*, 1989, liv. 6, p. 37. *Contra*: Civ. Bruxelles (2^e ch.), 26 septembre 2006, *T.G.R.*, 2006, p. 262, note F.M.; *Rev.trim.dr.fam.*, 2007, p. 890 (somm.).

ment d'une décision judiciaire (39), pas plus que des photocopies d'extraits d'un cahier intime (40) tenu à des fins thérapeutiques (41).

§2. – Les obligations alimentaires

L'enjeu est, en matière alimentaire, d'évaluer dans quelle mesure le droit au respect de la vie privée pourrait entrer en conflit avec le droit d'une partie à la révélation de tous les éléments de nature à permettre l'évaluation la plus exacte possible de l'étendue d'une dette ou d'une créance alimentaire.

À cet égard, le droit au respect de la vie privée pourrait d'abord être invoqué pour contrer une demande de révision d'une pension sur la base de l'existence des ressources d'un partenaire de vie accroissant les facultés de l'une ou l'autre partie. Dans un jugement prononcé le 18 novembre 2003, le Juge de Paix de Grâce-Hollogne précisait, quant au souhait de la mère de deux enfants de découvrir les ressources de la compagne du père de ceux-ci, que «ni la liberté qu'ont les parents dont l'union est rompue d'organiser leur vie privée et familiale, ni celle des tiers impliqués, ne peuvent subir d'ingérence, d'inquisition ou de contrainte injustifiée, qu'il s'agisse comme en l'espèce pour le père de vivre avec une autre personne ou pour la mère de vivre une relation sentimentale procréatrice sans constituer un nou-

(39) Civ. Tongres, 3 décembre 1993, *Limb.Recht.*, 1994, p. 95. Selon cette décision, doit être rejetée une demande en divorce basée sur l'article 231 ancien du Code civil et reposant uniquement sur un rapport d'expertise sanguine effectué de l'accord des deux parties et attestant de la non-paternité biologique du demandeur à l'égard du fils de la défenderesse, dans la mesure où le résultat de cette mesure d'investigation a incontestablement trait à la vie privée des parties et de leur fils. Il convient de relever qu'à ce problème, s'ajoutait celui du respect du secret médical à l'égard du fils. Voy. également Civ. Bruxelles (30^e ch.), 29 novembre 1990, *Rev.trim.dr.fam.*, 1991, p. 521 : le tribunal décide ici, tout en écartant des débats un rapport d'expertise pédo-psychiatrique sollicité par les deux parties en vue d'économiser le temps d'une procédure qui aurait eu pour objectif d'obtenir pareille expertise par décision judiciaire, qu'il n'y a par contre pas lieu d'écarter l'arrêt de la Cour d'appel rendu à la suite du dépôt de ce rapport et qui se fonde sur le contenu dudit rapport.

(40) Voy. Trib.gr.inat. Caen, 9 juin 2000, *Dr.fam.*, 2000, n^o 87, note J.L. : selon le Tribunal, toute possession et production d'un journal intime par un tiers, fût-il le mari, hormis la remise volontaire par son auteur, constitue une violation de la vie privée au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Voy. également Gand (11^e ch.), *T.G.R.*, 2005, p. 339; *RABG*, 2006, p. 485 et note M. GOVAERTS, «De bewijskracht van het geschrift in het kader van de echtscheidingsge en grond van bepaalde feiten» : la Cour considère que si les circonstances précises dans lesquelles les documents personnels sont apparus ou si leur nature précise n'est pas connue (lettre d'amour ou extrait d'un journal intime?), ils ne peuvent constituer en eux-mêmes une preuve d'offenses graves d'un époux envers l'autre.

(41) Civ. Mons (1^{er} ch.), 24 juin 1993, *J.T.*, 1994, p. 91 : le tribunal considère que ce document est éminemment confidentiel et que dans la mesure où les confidences qu'il recèle ne sont ni communes aux parties, ni destinées à être partagées entre elles, leur production en justice doit être considérée comme constituant une violation du droit au respect de l'intégrité psychologique et au respect de la vie privée dans ce qu'elle a de plus intime.

veau ménage avec le père de son dernier enfant (42)» (43). Il poursuivait en indiquant que si «les parents ne peuvent certes pas élire ni utiliser fautivement un mode de vie (44) dans le but de se soustraire à l'obligation d'ordre public qu'impose l'article 203 du Code civil ou d'aggraver la contribution de l'autre», la preuve d'une telle intention ou d'un tel comportement ne se dégage en l'espèce pas du fait que le père des enfants contribue à parts égales avec sa compagne dans les frais fixes du ménage, de sorte que le défaut de présomption grave de faits pertinents conduit «à s'abstenir de mesures de production de documents» (45).

Toute autre chose est par contre de tenter de cacher une relation de concubinage élisive, aux termes des conventions préalables à un divorce par consentement mutuel, de la déduction d'une pension alimentaire au profit d'un époux. Dans ce cas, la clause a été négociée entre parties et a force de loi entre elles de sorte que les repérages qui avaient valablement (46) été effectués par un détective privé aux fins de démontrer la réalité de cette relation et qui «ne laissent planer aucun doute sur la matérialité d'une cohabitation quasi-permanente de la défenderesse et de son compagnon» peuvent sans ambages être admis en justice au titre de preuve (47).

Le tribunal de première instance de Gand a quant à lui été amené à statuer dans une espèce où une mère reprochait au père de ses enfants d'avoir violé son droit au respect de la vie privée en produisant, dans le cadre de la fixation de leurs contributions respectives dans l'entretien de ceux-ci, des photographies de sa ferme (habitation et espace «commercial»). Le tribunal, constatant dans un premier temps que les photographies relatives à l'habitation avaient été prises dehors et que celles de l'espace commercial

(42) La mère invoquait en effet aussi la circonstance que ses propres charges se trouvaient alourdies par la naissance d'un enfant issu des œuvres d'un partenaire avec lequel elle déclarait ne pas vivre.

(43) J.P. Grâce-Hollogne, 18 novembre 2003, *Rev.trim.dr.fam.*, 2006, p. 616.

(44) Le père des enfants et sa partenaire n'étaient que cohabitants de fait de sorte que sa compagne n'était – même indirectement – point débitrice d'une obligation alimentaire à l'égard des enfants qui n'étaient pas les siens, contrairement à ce qui est pu être le cas dans l'hypothèse d'un mariage, en vertu de l'article 221 du Code civil.

(45) J.P. Grâce-Hollogne, 18 novembre 2003, *Rev.trim.dr.fam.*, 2006, p. 616.

(46) Sur les conditions de validité de ce type d'intervention, voy. *supra*, section II, §1^{er}, point A).

(47) J.P. Tournai, 22 mai 2007, *Rev.trim.dr.fam.*, 2008, p. 500. En l'espèce, les repérages attestaient de ce que le compagnon de l'ex-épouse réside en permanence au domicile de celle dernière, *«y dort, y mange, cela ne fait aucun doute... y effectue des travaux de nettoyage (vitres) en toute connaissance des lieux, sort de la maison le soir et dépose ses poubelles près d'un arbre»*.

l'avaient été depuis un endroit accessible à la clientèle, a considéré qu'elles n'avaient pas été irrégulièrement acquises et que l'argument relatif à la violation de la vie privée ne pouvait être retenu dès lors que ces photographies n'ont été ni rendues publiques, ni publiées et qu'elles n'ont été utilisées que dans le cadre d'une procédure entre parties. Il poursuit en précisant que «het feit dat de vaststelling dat er foto's werden genomen voor de geïntimeerde en haar gezin onaan-genaam is en dat de bewijswaarde van de foto's mogelijk gering is, brengen niet met zich mee dat deze foto's onrechtmatig zijn verkregen en uit het debat moeten worden geweerd».

Par ailleurs, la Cour d'arbitrage a récemment été saisie d'une question relative à la potentielle violation de l'article 22 de la Constitution lors de la prise en compte de certaines charges par le juge chargé de statuer en matière de contributions alimentaires, ce qui impliquerait une immixtion dans la vie privée des parties. Cette question préjudicielle était formulée comme suit : «L'article 203, §1^{er}, du Code civil viole-t-il l'article 22 de la Constitution, en ce que cette disposition civile, telle qu'elle est interprétée par la Cour de cassation dans ses arrêts des 16 avril 2004 et 2 mai 2005 (...), en imposant au juge de tenir compte de certaines charges des père et mère pour déterminer leurs facultés respectives – même si ces charges ne sont ni fiscales, ni sociales, ni professionnelles, ni exceptionnelles (48) – lui impose, en même temps, de s'immiscer dans la vie privée de chacun des père et mère, en appréciant – selon des critères non objectivement définis – le caractère convenable ou non des dépenses qu'il convient d'accepter ou de rejeter à titre de charges, pour diminuer le coût proportionnel de l'enfant, au mépris de la liberté de mener la vie que les père et mère ont choisie, alors que cette ingérence du juge n'est nécessaire ni pour calculer le coût de l'enfant ni pour fixer la contribution alimentaire pour lui?» (49). La Cour a estimé que l'article 203 du Code civil ne porte pas atteinte de manière injustifiée au droit au respect de la vie privée des parents, compte tenu de la modification de cet article – induite par la loi du 13 avril 1995 introduisant le principe du maintien des responsabilités parentales des deux parents après la séparation – qui prévoit désormais explicitement

(48) Selon la Cour d'arbitrage, il ressort des deux arrêts précités de la Cour de cassation que le juge rendrait une décision illégale s'il ne tenait pas compte, pour évaluer les facultés contributives des père et mère, des charges d'ordre médical et pharmaceutique ainsi que des charges incompressibles, notamment hypothécaires, qui pèsent sur l'un d'eux.

(49) Cour d'arbitrage, 28 juin 2006, *Rev.trim.dr.fam.*, 2006, p. 1239.

que les parents contribuent à proportion de leurs facultés à l'hébergement, l'entretien, l'éducation et la formation de leurs enfants.

Enfin, en débordant à cet égard des litiges alimentaires entre époux ou entre père et mère, on relèvera que le respect de la vie privée a pu être invoqué en matière d'exécution des obligations alimentaires, en particulier lorsque le débiteur d'aliments offre, sur pied des articles 210 et 211 du Code civil, de recevoir, nourrir et entretenir dans sa demeure, un de ses créanciers d'aliments. Le juge de paix de Grâce-Hollogne, saisi d'une telle demande, estime qu'elle ne peut être imposée au créancier, considérant que les articles précités se fondent «sur une conception périmée des rapports familiaux reposant sur la puissance paternelle, obsolète depuis que la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales reconnaît le droit de chacun au respect de la vie privée et familiale» et que «le mode d'entraide en nature exige l'acceptation de celui à qui il est offert» (50).

Cette décision est probablement la plus intéressante, en ce qu'elle oppose à une disposition légale dont le contenu n'est aucunement équivoque une nouvelle conception des relations familiales selon laquelle la liberté de la vie privée ou, en d'autres termes, le droit à l'autodétermination de l'individu serait devenu incompatible avec une injonction qui lui serait faite de cohabiter avec certains membres de sa famille, alors qu'il ne le souhaiterait plus.

SECTION III. – LE DROIT AU RESPECT DE LA VIE PRIVÉE FACE À L'EXERCICE DU DROIT À L'AUTORITÉ PARENTALE

§1. – La vie privée des parents

La question est ici de savoir dans quelle mesure certains choix de vie ou options religieuses ou philosophiques qui appartiennent en principe à la vie privée des personnes, pourraient constituer un obstacle ou une limitation à l'exercice de l'autorité parentale d'un parent sur son enfant.

Une jurisprudence, probablement aujourd'hui largement dépassée en raison de la légitimation progressive de l'homosexualité, avait

été amenée à se prononcer sur la compatibilité de l'exercice de l'ensemble des prérogatives parentales avec le choix fait par un des parents de vivre ouvertement son homosexualité en présence de son ou de ses enfants.

Il fut, par exemple, jugé, en 2002, après que la question avait donc encore été débattue, que, dès lors qu'il est extrêmement important pour le développement équilibré d'un enfant de garder les plus larges contacts possibles avec chacun de ses parents, l'orientation sexuelle prise par l'un d'eux ne pouvait pas constituer un argument péremptoire de nature à lui refuser un hébergement secondaire, d'autant que «rien ne prouve que les enfants de parents homosexuels sont confrontés à un danger physique ou moral du seul fait de l'homosexualité du parent» (51).

Mais, si l'homosexualité d'un des parents a ainsi cessé de constituer un obstacle à un exercice adéquat du pouvoir d'éducation de l'enfant, la manière dont elle se vit – comme tout autre type de sexualité du reste – peut être à la source de certaines réticences de la part des juges chargés de statuer sur l'hébergement d'un enfant. L'autorité parentale étant un droit-fonction, destiné à être exercé dans l'intérêt de l'enfant, il convient que la manière de vivre certains choix, qui appartiennent pourtant à la sphère d'intimité du parent, ne puisse avoir des répercussions négatives sur les enfants.

Tel a été le sens d'une décision prononcée en 1997 par la Cour d'appel de Bruxelles qui, tout en restaurant le principe de l'exercice conjoint de l'autorité parentale par les père et mère, précisa d'une part, qu'à supposer que le père «ait ou ait eu des relations sexuelles avec un sieur Z., ce qui reste à établir par le juge du fond, il n'est en rien démontré que ceci affecterait ses capacités à s'occuper convenablement de ses enfants» mais d'autre part, qu'il y avait lieu de confirmer, par mesure de protection, l'interdiction faite par le premier juge de les mettre en présence de cette personne, avec qui les enfants ne semblent jamais avoir été régulièrement en contact (52).

On sait qu'à la fin des années nonante, la Cour européenne des droits de l'homme a eu à se prononcer dans une espèce concernant le cas d'un père homosexuel privé du droit de garde de sa fille et

(50) J.P. Grâce-Hollogne, 11 avril 2006, *J.L.M.B.*, 2007, p. 1612.

(51) J.P. Landen-Zoutleeuw, 18 décembre 2002, *R.W.*, 2002-2003, p. 1472 et note, *Res. trim. dr. fam.* (somm.), 2004, p. 248.

(52) Bruxelles (3^e ch.), 14 octobre 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 371.

qui se plaignait d'une violation de l'article 8 combiné avec l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, au motif que la Cour d'appel de Lisbonne aurait accordé l'autorité parentale à la mère de l'enfant sur la seule base de son orientation sexuelle et aurait ainsi opéré une différence de traitement non susceptible de justification raisonnable, ainsi que de l'article 8 pris isolément parce qu'il avait en outre été contraint de cacher son homosexualité lors de ses rencontres avec sa fille. La Cour a jugé, au regard de certains passages de l'arrêt litigieux qui donnaient à penser que l'homosexualité du requérant avait pesé de manière déterminante dans la décision finale, qu'il y avait effectivement eu violation de l'article 8 de la Convention combiné avec l'article 14, précisant du reste que la conclusion à laquelle elle avait abouti était «renforcée par le fait que la Cour d'appel, lorsqu'elle a statué sur le droit de visite du requérant, a dissuadé ce dernier d'avoir un comportement permettant à l'enfant, lors des périodes de visites, de comprendre que son père vit avec un autre homme dans des conditions similaires à celles des conjoints» (53).

Cette motivation de la Cour européenne des droits de l'homme que certains qualifient de «particulièrement catégorique» (54), n'a pas empêché la Cour d'appel de Liège – qui, dans l'attente de la réalisation d'une étude sociale, avait provisoirement ordonné à une mère ayant noué une relation homosexuelle à la suite de sa séparation avec le père de ses enfants, de ne pas mettre ces derniers en présence de son amie – de confirmer leur hébergement alterné, sous la condition cependant que la mère «s'abstienne, en présence des enfants, d'adopter vis-à-vis de la dame S. ou de laisser adopter à son égard par celle-ci un comportement qui serait incompatible avec une amitié platonique» (55).

Bien sûr, contrairement à la décision judiciaire ayant donné lieu à l'arrêt précité de la Cour européenne des droits de l'homme, cet arrêt n'emportait pas comme tel une restriction à l'autorité parentale, ni même au droit d'hébergement des enfants. Mais il interférait assurément dans la sphère d'intimité des protagonistes, et on peut aujourd'hui douter, à la suite de l'adoption par le législateur belge des lois des 13 février 2003 et 18 mai 2006 ouvrant successivement le

(53) Cour eur.D.H. (4^e sect.), arrêt *Salgueiro Da Silva Mouta/Portugal* du 21 décembre 1999, *Rev.trim.dr.fam.*, 2000, p. 186.

(54) S. VAN DRUGGHENBROECK, *op. cit.*, p. 29.

(55) Liège (1^{er} ch.), 23 avril 2002, *Rev.trim.dr.fam.*, 2005, p. 137.

mariage et l'adoption aux personnes de même sexe, que nos cours et tribunaux prononceraient encore de telles injonctions.

Il reste que certains enfants peuvent éprouver de la difficulté à accepter certains aspects de la vie affective ou sexuelle d'un de leurs parents, et il pourrait donc toujours advenir que, dans le respect des sentiments ou des souhaits exprimés par un enfant, les modalités du droit d'hébergement d'un des parents soient restreintes ou modifiées. La problématique est assurément délicate.

Un autre exemple significatif, dans la jurisprudence belge, d'une confrontation des droits et devoirs de l'autorité parentale avec la vie privée des parents, est celui de l'appartenance d'un des parents à un mouvement religieux parfois qualifié de sectaire.

Les cours et tribunaux n'hésitent pas, dans le souci de l'intérêt des enfants, à restreindre les prérogatives de l'autorité parentale de ce parent.

La Cour d'appel de Liège (56) a ainsi retiré le droit de garde de deux enfants à une mère qui avait adhéré au mouvement des témoins de Jehovah et leur avait imposé ses «périgrinations philosophiques», et elle a confié ces enfants à la garde de leur père, en décidant expressément que cette mère ne pourrait plus les mêler à l'exercice de son culte.

Dans le même sens, la Cour d'appel de Gand (57) a confié au père l'autorité parentale exclusive à l'égard de trois enfants de 9, 8 et 6 ans, dès lors que la mère était membre du mouvement «Les frères et sœurs du Calvaire et du précieux sang» et qu'il ressortait d'une enquête sociale que son implication dans sa profession de foi était telle que les enfants étaient perturbés. La Cour a aussi expressément fait interdiction à la mère d'impliquer ses enfants dans ses convictions religieuses et a assorti cette interdiction d'une astreinte.

(56) Liège, 27 juin 1989, *Rev.trim.dr.fam.*, 1991, p. 400.

(57) Gand, 13 février 2003, *J.T.*, 2004, p. 216; *R.W.*, 2003-04, p. 1732.

Voy. également Liège, 17 octobre 2000, *J.L.M.B.*, 2001, p. 946; *J.T.*, 2001, p. 473, qui fait défense au père d'emmener son enfant aux réunions dominicales des témoins de Jehovah; J.P. Zomergem, 20 octobre 2005, *R.W.*, 2007-08, p. 42, qui, comme la Cour d'appel de Gand, a aussi attribué l'autorité parentale exclusive à la mère des enfants, en raison de l'appartenance du père aux témoins de Jehovah.

Dans le même sens, voy. encore J.P. Huy, 20 décembre 1996, *J.L.M.B.*, 1997, p. 1054 qui assortit d'une astreinte le respect de l'engagement de la mère de ne pas mettre les enfants en relation avec des personnes proches de la secte Siddah Shiva Yoga.

§2. – *La vie privée des enfants*

Selon l'article 16 de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant (58), «*nul enfant ne fera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes illégales à son honneur et à sa réputation* (59) et «*l'enfant a le droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes*».

Si au regard de ce texte, l'enfant mineur est titulaire de ces différents droits au respect de sa vie privée, il reste qu'il est en principe dénué de la capacité de les exercer et soumis à l'autorité parentale de ses père et mère jusqu'à sa majorité. L'analyse du droit au respect de la vie privée de l'enfant mineur s'articule dès lors autour de deux questions distinctes.

On peut dans un premier temps se demander si le droit au respect de la vie privée peut ou non être exercé, au regard du principe de l'incapacité du mineur, par les parents eux-mêmes, chargés de représenter leur enfant.

Ensuite, si l'on devait en arriver à considérer que ce droit est intimement lié à la personne du mineur qu'il n'est point susceptible de représentation et que celui-ci doit pouvoir l'exercer seul pour autant qu'il soit doué du discernement suffisant, la seconde question est de savoir dans quelle mesure les pouvoirs d'éducation et de direction des parents pourraient impliquer des restrictions à la possibilité pour le mineur de faire valoir son droit au respect de sa vie privée.

(58) Sur la question du caractère directement applicable de certaines dispositions de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant et en particulier de l'article 6, voy. F. TUKKENS, «La mise en œuvre de la Convention des droits de l'enfant en Belgique : les droits et l'au-delà des droits», in *Enfant, sujet de droit : rêve ou réalité?*, Actes du colloque organisé par la Commission Jeunesse du Barreau de Liège et la Faculté de droit de Liège le 14 octobre 1994. Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1995, pp. 16 à 20 (spéc. p. 20); A. VANDAELE, «Quelques réflexions sur l'effet direct de la Convention relative aux droits de l'enfant», *J.D.J.*, n° 202, février 2001, pp. 22 à 32 (spéc. p. 29, n° 26). Voy. également J. VERHOVEN, «La mise en œuvre de la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant. Observations en droit des gens», in *La Convention sur les droits de l'enfant et la Belgique*, Actes de la Journée d'étude du 30 novembre 1990 organisée par le Centre de droit de la famille de l'U.C.L., Bruxelles, Story-Scientia, 1992, p. 67. Tout en déclarant qu'*il faut sans doute admettre que les dispositions de la Convention sur les droits de l'enfant ne sont en règle générale pas directement applicables*, cet auteur veille à mentionner une exception, à savoir les dispositions de la Convention du 20 novembre 1989 qui se contentent de rappeler des droits reconnus aux enfants sur la base d'instruments antérieurs, dont l'applicabilité directe n'est plus contestée. Il précise à cet égard qu'il s'agit globalement des droits civils et politiques et cite, parmi d'autres, les articles 12 à 17 de la Convention.

(59) Voy. la similitude avec le texte de l'article 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

Dans une ordonnance prononcée le 8 mars 2002 et remarquablement motivée, le président du Tribunal de première instance de Namur statuant en référé sur une demande des grands-parents de pouvoir héberger provisoirement leurs petits-enfants dont la maman était très instable et sous l'influence néfaste de tiers, indiquait qu'*en conformité avec la conception occidentale de l'organisation de la vie en société, telle que cette conception a été progressivement formalisée par le biais d'instruments juridiques internationaux notamment*, il apparaît que les obligations parentales inhérentes à l'éducation des enfants impliquent, outre la satisfaction de leurs besoins matériels élémentaires et affectifs, l'apprentissage de tout ce qui est de nature à favoriser leur insertion sociale et économique mais également «*le développement de la capacité – par le développement progressif de leur maturité intellectuelle et de leur sens critique – à se déterminer eux-mêmes, c'est-à-dire d'user effectivement de la possibilité de recourir au libre arbitre, pour ce qui relève de la sphère de la vie privée*» (60) (61). A la lumière de ces critères d'appréciation, le Président du tribunal a estimé que les éléments portés à sa connaissance suscitaient de réelles interpellations sur les capacités de la mère – quelle qu'était l'intensité de l'affection qu'elle portait à ses enfants – à répondre adéquatement aux divers besoins de ses trois enfants en bas-âge, de sorte qu'il a confié l'hébergement principal de ces derniers à leurs grands-parents, pour une durée strictement limitée au temps nécessaire à ce que requerrait l'évolution des circonstances.

Dans le sens de la motivation de cette ordonnance, certains diront que l'éducation, qui ne se réalise que dans une visée d'autonomisation de l'enfant, implique de ne concevoir l'autorité que «*comme un processus qui consiste à se rendre vain*» (62). La maturation cognitive qu'acquiert l'enfant au fur et à mesure qu'il grandit, lui permet de plus en plus de se positionner en tant qu'individu, d'avoir un point de vue différencié par rapport à autrui, de poser ses propres choix (63) et d'accéder progressivement à l'autonomie

(60) Civ. Namur (réf.), 8mars 2002, *Rev.ég.dr.*, 2002, liv. 103, p. 208.

(61) Aux termes de l'article 29.1 de la Convention des Nations-unies relatives aux droits de l'enfant, l'éducation de l'enfant doit viser à favoriser l'épanouissement de sa personnalité et le développement de ses dons et de ses aptitudes mentales et physiques dans toutes leurs potentialités.

(62) N. FROGNEX et I. ROSKAM, «L'enfant auteur de son éducation!», *La place de la parole de l'enfant – Entre vérité et responsabilités*, Louvain-La-Neuve, Académia-Bruylant, p. 21.

(63) N. FROGNEX et I. ROSKAM, *op. cit.*, p. 23.

qui marquera son passage à l'âge adulte. L'adolescence marque un important passage à cet égard. Le philosophe André Comte-Sponville la définit d'ailleurs comme «un processus plutôt qu'un état» (64). On ne naît pas libre, pour lui, mais on le devient et l'adolescence est précisément «le moment de ce devenir et de cette libération» (65). La psychanalyste Françoise Dolto qualifie quant à elle les adolescents de jeunes individus «en passage» ou «en transit» (66).

L'approche de la majorité se trouve dès lors ponctuée d'une phase transitoire, au cours de laquelle le mineur doué de discernement, généralement incapable sur le plan civil, accède à une relative autonomie – que d'aucuns qualifient de «pré-majorité» ou de «semi-capacité» (67) – lui permettant de poser valablement certains actes, particulièrement dans les domaines éminemment personnels, sans devoir passer par le mécanisme de la représentation légale. L'enjeu est alors de savoir ce qui subsiste des pouvoirs d'éducation et de direction des père et mère et dans quelle mesure cette accession progressive à la majorité pourrait emporter pour le mineur la possibilité d'opérer ses choix en toute liberté, notamment dans des domaines qui touchent de près sa sphère d'intimité (68).

La doctrine française a les mêmes préoccupations lorsqu'elle s'interroge sur le point de savoir «si l'adolescent ne pourrait pas se voir reconnaître une plus grande autonomie, une plus grande capacité pour agir

(64) A. COMTE-SPONVILLE, *La vie humaine*, Paris, Hermann, 2007, p. 49.

(65) A. COMTE-SPONVILLE, *op. cit.*, p. 51. Pour Erio Desohavanne et Pierre Henri Tavoillot, «la jeunesse est moins un état qu'un processus d'apprentissage progressif et de construction identitaire par expérimentation au terme duquel, si tout se passe bien, on parvient à investir des rôles adultes librement assumés» (*Philosophie des âges de la vie*, Paris, Editions Grasset et Fasquelle, 2007, p. 388).

(66) F. DOLTO, *La cause des adolescents – Respecter leur liberté et leurs différences*, Paris, Lafont, 1988, p. 13.

(67) S. GRATALOUP, *L'enfant et sa famille dans les normes européennes*, Bibliothèque de droit privé, tome 290, Paris, L.G.D.J., n° 499, p. 346-347.

(68) A titre d'exemple, le Tribunal de première instance de Bruxelles a estimé, dans un jugement du 17 mai 2002, que le droit à l'image est à ce point lié à la personnalité de celui qu'il protège qu'il peut être exercé seul par le mineur doué de discernement. A ce titre, une jeune fille de 17 ans en mesure de sortir en boîte et de s'amuser à cette occasion peut valablement accepter d'être photographiée (Civ. Bruxelles (24^e ch.), 17 mai 2002, *A&M*, 2003, p. 138 et note M. ISGOUR, cité par B. DOUQUIR, *op. cit.*, p. 101, n° 184). B. DOUQUIR, qui admet cependant que la question n'est pas définitivement tranchée, relève par ailleurs que le consentement requis par la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel obéit aux mêmes règles que toute autorisation d'exploitation des biens de la personnalité de sorte qu'un mineur doué de discernement peut donner seul son consentement à l'exploitation de données à caractère personnel le concernant (*op. cit.*, n° 210, p. 115; voy. toutefois les réserves émises au n° 211 concernant la collecte de données par le biais d'un site Internet).

lui-même, particulièrement lorsque les actes concernent sa personne ou l'exercice de ses libertés de l'esprit» (69).

Cette analyse s'appuie en France sur l'article 371-1, alinéa 3, du Code civil, inséré par la loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale, qui dispose que «les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité». Pareille orientation n'a été exprimée en Belgique que dans la matière spécifique des droits des patients (70) ainsi que dans l'article 931, alinéa 3, du Code judiciaire, relatif à la possibilité d'audition de l'enfant «capable de discernement» dans toute procédure le concernant.

Pour tenter de trouver des ébauches de réponses, il convient de ne pas perdre de vue que l'âge est un concept universel en ce qu'il constitue une mesure commune à toute la population (71). Ainsi, au jour de ses 18 ans, tout Belge passe en principe de l'état de mineur à celui de majeur, en une fraction de seconde. Or, si cette universalité est le meilleur gage d'une sécurité juridique sans cesse recherchée, elle ne permet malheureusement aucune individualisation en fonction du développement physique, psychologique et intellectuel de chacun (72), alors même que sur le plan psychique, un jeune individu accède – déjà ou seulement, selon les cas – à l'âge adulte lorsqu'il est capable de se libérer de l'influence de ses parents, c'est-à-dire quand l'angoisse ou à tout le moins leurs éventuelles pressions ne produisent plus sur lui aucun effet inhibiteur (73).

A. Le secret de la correspondance

Le droit à la protection de la correspondance, garanti à tout Belge par l'article 29 de la Constitution et confirmé pour le mineur par l'article 16 de la Convention internationale des droits de l'enfant, implique que nul n'a en principe le droit de lire ou d'intercepter la correspondance qui ne lui est pas adressée. Ce principe applicable au mineur est susceptible d'entrer en conflit avec l'autorité parentale exercée par les père et mère.

(69) A. GOUTTENOIRE, «Autorité parentale», in P. MURAT (dir.), *Droit de la famille*, 4^{ème} édition, Paris, Dalloz, 2007, p. 747.

(70) Voy. *infra*, l'analyse spécifique relative à la contraception et à l'avortement.

(71) M. BRUGEMAN, *L'administration légale à l'épreuve de l'autorité parentale*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2002, p. 49.

(72) *Ibidem*.

(73) F. DOLTO, *op. cit.*, p. 27.

En cette matière, un arrêté ministériel peu connu du 12 janvier 1970 (74) prévoyait que les père et mère, ou, le cas échéant le tuteur, peuvent s'opposer à la remise des correspondances ordinaires adressées à un mineur non émancipé (75) et que les correspondances enregistrées adressées à des mineurs de moins de quinze ans sont remises aux personnes sous l'autorité ou la garde desquelles ils se trouvent placés (76). Lorsque les correspondances enregistrées sont adressées à des mineurs de plus de quinze ans, ils les réceptionnent eux-mêmes sauf opposition des père et mère conformément à la procédure applicable aux correspondances ordinaires.

On ne pouvait cependant déduire de ces deux dispositions qui ne règlent que le mode de délivrance des correspondances adressées aux mineurs (77) et qui ne font plus partie de notre arsenal législatif depuis le 1^{er} janvier 2008 (78), que les père et mère pouvaient ou ne pouvaient pas prendre connaissance du contenu des ces correspondances. Il convient en réalité d'avoir égard aux principes régissant l'autorité parentale aux fins de déterminer dans quelle mesure les titulaires de celle-ci peuvent s'immiscer dans le contenu des courriers que leur enfant échange avec un tiers.

Selon la conception traditionnelle qui ne se prononce guère sur la question de la représentation de l'enfant par ses père et mère – sans doute parce qu'il s'agit ici pour l'enfant d'exercer un droit à l'encontre de ses représentants légaux – ceux-ci puisent dans le droit d'éducation de leur enfant le pouvoir de surveiller sa correspondance jusqu'à sa majorité (79). L'autorité parentale, selon cette doctrine, primerait ainsi le principe constitutionnel du secret des lettres (80) (81).

(74) Arrêté ministériel portant réglementation du service postal, *M.B.*, 23 avril 1970.

(75) Article 69 de l'arrêté ministériel.

(76) Article 76 de l'arrêté ministériel.

(77) H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, Les personnes, vol. II, 4^e édition complétée et mise à jour par J.-P. MASSON, Bxl., Bruylant, 1990, p. 988, n^o 1035.

(78) Voy. l'arrêté ministériel du 20 avril 2007 portant réglementation des boîtes aux lettres particulières, *M.B.*, 1^{er} juin 2007, p. 29861, article 5, 55^e et 57^e. Les «considérants» de cet arrêté nous apprennent que bon nombre de dispositions de l'arrêté ministériel du 12 janvier 1970 devaient être abrogées car tombées en désuétude.

(79) L. BIRAIN, «La liberté de pensée, de conscience, de religion des enfants», *J.D.J.*, septembre 1992, p. 2.

(80) H. DE PAGE, *op. cit.*, p. 988, n^o 1035.

(81) Pour un exemple jurisprudentiel, voy. *Corr. Marche*, 24 juin 1983, *Devox c/ Lehaire*, cité par C. VILLER, *op. cit.*, p. 53. Il fut jugé dans cette affaire, qui s'insère dans un contexte pénal dont nous ne connaissons pas les tenants et aboutissants, que le père avait le droit, non seulement de détourner les lettres que sa fille recevait d'un ami, mais également de les présenter au tribunal. Voy. également en France, Paris (1^{er} ch. urg.), 4 octobre 1990, *D.S.*, 1990, p. 252

Mais qu'en est-il de cette prééminence de l'autorité parentale en ce domaine, depuis l'adoption de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant? La réponse à cette question devrait être trouvée dans la portée qu'on a entendu conférer à l'article 16 de la Convention relative aux droits de l'enfant.

Si cet article formule une interdiction autant à destination des particuliers que des Etats parties à la Convention (82), il est *a priori* difficile d'affirmer que cette interdiction viserait aussi les parents eux-mêmes, en leur qualité de titulaires du pouvoir d'éducation sur leur enfant mineur.

Pour le professeur Meulders-Klein, même si la Convention sur les droits de l'enfant est porteuse d'un immense espoir, elle peut à la fois contenir le meilleur et le pire (83). Pour cet auteure en effet, les Etats s'engagent à protéger l'enfant «contre toute immixtion dans sa vie privée et familiale, sa liberté de conscience, de pensée, d'expression, de religion, d'association, etc. ... contre ses propres éducateurs». «Or, poursuit-elle, les restrictions légales admises pour préserver la sûreté publique, l'ordre public, la santé et la moralité publiques, ou les droits et libertés fondamentaux d'autrui' (84) ne semblent pas englober les nécessités de protéger la santé ou la moralité de l'enfant lui-même, ni les tâches éducatives des parents». Et c'est précisément pour cette raison que la Convention des Nations-Unies peut contenir le pire, car «si les parents n'ont plus que des devoirs sans aucun pouvoir, comment pourront-ils encore assumer leur mission de former l'enfant et de l'amener progressivement à son autonomie d'adulte?» (85).

N'y a-t-il cependant pas là une interprétation particulièrement extensive de la portée de l'article 16 de la Convention, encore pré-

(somm.): selon la Cour, la prohibition d'entendre les descendants sur les griefs dans une procédure de divorce ne peut être étendue à la production d'une correspondance envoyée par l'épouse à sa fille sur laquelle le père a un droit de regard dans le cadre de son autorité parentale.

(82) Contrairement à d'autres dispositions, comme l'article 14 par exemple, qui concerne la liberté de pensée, de conscience et de religion.

(83) M.T. MEULDER-KLEIN, «Les droits civils de l'enfant à la lumière de la Convention des Nations-Unies», La Convention sur les droits de l'enfant et la Belgique, Actes de la Journée d'Etude du 30 novembre 1990 organisé par le Centre de droit de la famille de l'U.C.L., Bxl., Story-Scientia, 1992, p. 130, n^o 66 et 67.

(84) Voy. article 14.3. de la Convention.

(85) M.T. MEULDER-KLEIN, «Les droits civils de l'enfant à la lumière de la Convention des Nations-Unies», La Convention sur les droits de l'enfant et la Belgique, Actes de la Journée d'Etude du 30 novembre 1990 organisé par le Centre de droit de la famille de l'U.C.L., Bxl., Story-Scientia, 1992, p. 130, n^o 66.

cisément qu'elle pourrait correspondre à une évolution profonde des idées qui concernait, notamment, les correspondances de l'enfant, tant celles adressées à l'enfant que celles adressées par l'enfant ? Ne pourrait-on pas en effet considérer l'échange de correspondances comme à ce point lié à la sphère d'intimité des protagonistes que l'autorité parentale devrait céder le pas face au droit au secret de la correspondance d'un enfant doué d'un discernement suffisant, c'est-à-dire d'un enfant qui, s'il n'est certes pas encore majeur, a accédé à la relative autonomie dont il a été question ci-avant et qui lui permet d'opérer certains choix sans qu'il ne doive en rendre compte à quiconque, même s'il peut être guidé dans ces choix, comme le suggère du reste l'article 5 de la Convention des Nations-Unies qui dispose que les Etats parties à ladite Convention respectent la responsabilité, le droit et le devoir qu'ont les parents de donner à l'enfant « d'une manière qui corresponde au développement de ses capacités, l'orientation et les conseils appropriés à l'exercice des droits » que celle-ci lui reconnaît ? Dans l'affirmative, cet enfant qui, dans le cours de son processus d'autonomisation, a acquis – pour reprendre les termes du Président du tribunal de première instance de Namur – la capacité « d'user effectivement de la possibilité de recourir au libre arbitre, pour ce qui relève de la sphère de la vie privée » (86), pourrait alors se prévaloir, à l'égard de ses parents, de son droit au secret de sa correspondance. Mais, dans le même temps, il est difficile, d'un strict point de vue juridique, de considérer, en l'absence d'une quelconque disposition légale expresse, que les prérogatives et responsabilités des père et mère ne pourraient plus s'exercer dès avant l'âge de 18 ans, parce que l'enfant aurait acquis la capacité d'exercer lui-même, y compris à l'égard de ses parents, son droit au secret de sa correspondance.

Serait-ce au demeurant opportun, à l'égard de l'enfant et de la protection qui lui reste nécessaire, de priver ses parents de toute possibilité de contrôler sa correspondance à l'heure où les possibilités de communiquer par voie électronique ne cessent de s'amplifier et permettent à l'enfant d'accéder à toutes sortes de messages et d'informations ?

(86) Civ Namur (réf.), 8 mars 2002, *Rev. rég. dr.*, 2002, liv. 103, p. 208.

Une réponse plus satisfaisante peut dès lors être trouvée, plutôt que dans l'affirmation d'une capacité pleine et entière de l'enfant d'exercer lui-même à partir d'un certain âge son droit à la correspondance, dans une lecture la plus dynamique possible de l'autorité parentale comme un droit-fonction, avec toutes les implications qui s'y attachent, et, notamment, la responsabilité incombant aux parents de reconnaître à leur enfant au fil de sa croissance un espace de plus en plus large d'autonomie et la possibilité reconnue aux cours et tribunaux de contrôler la manière dont les parents exercent leurs prérogatives.

En France d'ailleurs, l'article 371-1 du Code civil définit l'autorité parentale comme « un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant » (alinéa 1^{er}), destiné à « le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne » (alinéa 3). A l'appui de ce texte, la doctrine française estime que le droit de surveillance – attribut de l'autorité parentale par lequel les parents se voient conférer le pouvoir et le devoir de contrôler la vie de l'enfant dans la maison familiale et hors de celle-ci et qui implique notamment la possibilité de contrôler sa correspondance – n'a rien d'absolu (87), sa force variant avec l'âge de l'enfant et avec les mœurs (88). Pour cette doctrine, il est probable que les juges, prenant appui sur la lettre de la loi, hésiteront moins à limiter le pouvoir de contrôle des parents sur la correspondance de leur progéniture, « d'autant que l'enfant a acquis de nos jours une certaine autonomie, consacrée par la Convention internationale des droits de l'enfant » (89).

B. La vie sexuelle des mineurs

Il n'existe comme telle en droit belge aucune majorité sexuelle distincte de la majorité civile de sorte que le mineur apte à entretenir des relations sexuelles pourrait entrer en conflit avec ses

(87) A. DERRT, « Internet et vie privée : la protection et la liberté du mineur internautes », *Communication Commerce électronique*, n° 12, Décembre 2005, Etude 40 : pour cet auteur, la lecture systématique par les parents du courrier électronique d'un adolescent de 17 ans pourrait, eu égard notamment aux droits reconnus à l'enfant (liberté d'expression et respect de la vie privée : articles 13 et 16 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant), sembler contestable.

(88) A. GOUTTENORE, *op. cit.*, p. 740.

(89) *Ibidem*.

parents (90) sur les questions touchant directement ou indirectement sa sexualité. L'article 22bis de la Constitution reconnaît à chaque enfant le droit au respect de son intégrité sexuelle mais ne garantit pas une liberté sexuelle dans son chef.

Toutefois, en tant qu'élément de la vie privée dont le respect est garanti pour tout individu par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et sans application des dispositions pénales incriminant certains actes à caractère sexuel impliquant des mineurs de moins de seize ans (91), la liberté d'entretenir des relations sexuelles est de plus en plus perçue comme une liberté qui devrait aussi être reconnue à celui qui est encore un mineur d'âge, même s'il reste sous l'autorité parentale de ses père et mère.

C'est qu'à nouveau, le pouvoir de contrôle et de décision des parents qui procède de l'autorité parentale pourrait se voir limité, en matière de sexualité comme en matière d'échange de correspondances, par l'acquisition progressive, par le mineur doué de discernement, d'une relative autonomie, en particulier dans les domaines touchant à ce qu'il a de plus intime. Il ne s'agit ici pas tant de faire primer sur les principes régissant l'autorité parentale une liberté sexuelle que l'on pourrait inférer de l'article 16 de la Convention relative aux droits de l'enfant qui lui garantit le droit au respect de sa vie privée, que d'interpréter, comme le suggère le professeur Rigaux, les dispositions relatives à l'autorité parentale «*en prenant en considération l'état des mœurs aujourd'hui, tel qu'il est notamment reflété par les droits internationalement reconnus à l'enfant*» (92).

La seule décision qui, à notre connaissance, a été publiée en la matière a été prononcée par le Président du Tribunal de première instance de Namur. Celui-ci, amené à statuer vu l'urgence sur la demande d'un père de voir le juge des référés ordonner à son fils de 17 ans et 10 mois, dont il avait fortuitement appris l'homosexualité, de consulter un psychologue afin de l'inciter à réfléchir sur lui-même et sa manière de vivre sa sexualité, a estimé totalement inopportune la mesure sollicitée «*quelle que soit la légitimité des motifs qui l'inspirent*», estimant du reste que le fait que ce fils «*ait eu con-*

(90) F. RIGAUX, «Les droits de la personnalité du mineur», *Enfant, sujet de droits : rêve ou réalité*, Actes du colloque organisé par la Commission Jeunesse du Barreau de Liège et la Faculté de Droit de l'Université de Liège le 14 octobre 1994, Editions du Jeune Barreau de Liège, p. 44.

(91) Voy. articles 372 et 375 du Code pénal, relatifs à l'attentat à la pudeur et au viol.

(92) F. RIGAUX, *op. cit.*, p. 45.

naissance des préoccupations exprimées par son père est, en soi, suffisant normalement pour l'interpeller sur son avenir» (93).

Dans ce cas d'espèce, le juge saisi du litige, qui était en réalité mû entre les deux parents séparés de l'adolescent, a effectivement contrôlé l'exercice par le père de son autorité parentale, en considérant que, compte tenu de l'âge de l'enfant, son père n'avait plus à inter-férer dans ses choix par rapport à sa sexualité.

C. La contraception et l'interruption volontaire de grossesse des jeunes filles mineures d'âge

Aucune disposition légale ne règle spécifiquement la matière de la contraception des jeunes filles mineures de sorte que l'on doit en principe considérer que ce sont les règles relatives à l'autorité parentale qui s'appliquent et que les parents pourraient dès lors exercer leurs prérogatives parentales pour ce qui concerne la prise de contraceptifs par leur enfant (94).

Mais il convient toutefois ici de prendre en compte les dispositions légales tirées de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient. Au surplus, les médecins sont tenus de respecter les règles déontologiques qui leur sont applicables.

D'une part, l'article 12 de la loi sur les droits du patient, après avoir affirmé le principe de l'exercice de ces droits par les parents exerçant l'autorité sur le mineur (ou par son tuteur) et de l'association du patient mineur à l'exercice de ses droits suivant son âge et sa maturité, dispose toutefois ensuite qu'ils peuvent être exercés de manière autonome par celui-ci s'il peut être estimé apte à apprécier raisonnablement ses intérêts.

D'autre part, l'article 30 du Code de déontologie médicale précise que «*quand le patient est un mineur d'âge ou un autre incapable et s'il est impossible ou inopportun de recueillir le consentement de son représentant légal, le médecin prodiguera les soins adéquats que lui dictera sa conscience*» et l'article 85, alinéa 1^{er} dispose, en matière de reproduction plus particulièrement, que «*le médecin, ayant un rôle fondamental à jouer en matière de promotion de la santé, donne aux intéressés toutes les informations nécessaires, notamment dans le*

(93) Civ. Namur (réf.), 9 mai 2003, *J.T.*, 2003, liv. 103, p. 754

(94) Y.H. LELU et S. DELVAL, «Autorité parentale et actes médicaux», *J.D.J.*, avril 2002, p. 30

domaine de la sexualité et de la contraception, d'une manière objective et complète, adaptée à chaque situation.

Ces règles devraient dès lors conduire à rendre inopérante une éventuelle intervention ou opposition des parents à propos de l'emploi de contraceptifs par leur enfant apte à prendre une telle décision.

En ce qui concerne l'interruption volontaire de grossesse, l'article 350, alinéa 2 du Code pénal, qui régit l'interruption non punissable d'une grossesse, n'opère aucune distinction selon que la femme enceinte et en situation de détresse qui demande à un médecin d'interrompre sa grossesse est une personne majeure ou non de sorte que, d'un point de vue pénal à tout le moins, le médecin peut accéder à la demande d'une jeune fille mineure sans en référer à ses parents, moyennant bien entendu le respect des conditions strictes imposées par la loi.

Du point de vue strictement civil, les choses étaient sans doute moins évidentes avant la promulgation de la loi relative aux droits du patient, même si la Cour d'arbitrage, saisie d'un recours en annulation de certains articles de la loi du 3 avril 1990 relative à l'interruption volontaire de grossesse, avait été amenée à préciser – sans toutefois se prononcer sur le problème de l'application des dispositions relatives à l'autorité parentale (95) (96) – que « le principe d'égalité n'exige pas que la femme mineure qui envisage d'interrompre sa grossesse soit obligée, à peine de commettre un fait qualifié infraction, de consulter ses parents, ni que ceux-ci puissent saisir un tribunal » (97).

Pour résoudre cette question de l'application des règles relatives à la capacité du mineur et à l'exercice de l'autorité parentale, il convient à nouveau de faire appel à l'article 12 de la loi du 22 août

2002, même si ses premiers commentateurs (98), se référant, faut-il le souligner, aux travaux préparatoires (99), ont semblé exclure l'avortement de son champ d'application.

Dans la mesure où, dans le chapitre II de la loi intitulé « Définitions et champs d'application », l'article 2, 2^o définit, sans préciser d'exclusion particulière, les soins de santé comme les « services dispensés par un praticien professionnel en vue de promouvoir, de déterminer, de conserver, de restaurer ou d'améliorer l'état de santé d'un patient ou de l'accompagner en fin de vie », on ne conçoit pas en effet, sur le plan légistique, les raisons qui pourraient justifier une telle exclusion (100).

L'article 12 de la loi relative aux droits du patient devrait donc permettre au médecin d'accéder à une demande d'interruption volontaire de grossesse d'une mineure en situation de détresse s'il l'estime apte à apprécier raisonnablement ses intérêts, sans le consentement de ses parents (101) et sans même les avertir puisqu'il est dans le même temps tenu au secret professionnel (102). Comme les dispositions pénales relatives à l'interruption volontaire de grossesse ne contiennent aucune indication précise relativement à la situation du mineur confronté à la problématique (103), l'argument selon lequel l'avortement devrait demeurer régi par la législation spécifique qui le concerne paraît difficilement pouvoir être retenu.

(98) Voy. Y.H. LELU, « La loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient », *J.T.*, 2003, p. 650, n^o 3, qui renvoie à H. NYS, « De wet betreffende de rechten van de patient », *R.W.*, 2002-2003, n^o 29, p. 1121.

(99) Projet de loi relatif aux droits du patient, Rapport fait au nom de la Commission de la santé publique, de l'environnement et du renouveau de la société, *Doc. parl.*, Ch., session 2001-2002, n^o 1642/012, p. 61-62.

(100) Dans le même sens, V. GAUCHE (« Le champ d'application de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient », in *Memento 2003-2004 droits du patient et responsabilité médicale*, Kluwer, 2003, n^o 3.3., p. 31), s'étonne de l'exclusion de certains actes médicaux du champ d'application de la loi et semble la regretter dans la mesure où les législations spécifiques qui régiraient ces exclusions – soit la loi du 3 avril 1990 relative à l'interruption volontaire de grossesse pour ce qui concerne notre propos – « n'abordent pas tous les aspects régis par la loi relative aux droits du patient et n'offrent, par conséquent, pas les mêmes garanties ». Elle note (n^o 3.4.), quoiqu'il en soit, que lorsque les actes qui feraient l'objet de l'exclusion s'accompagnent de soins de santé, cette loi reste d'application pour ce qui concerne ces soins (comme, par ex., l'avortement précédé d'une consultation gynécologique et d'un examen de la femme enceinte).

(101) Voy. également l'article 30 du Code de déontologie médicale dont question *supra*.

(102) Art. 458 du Code pénal. Voy. également à ce sujet les avis du Conseil national de l'Ordre des médecins des 20 mai 1978 (*Bulletin*, n^o 26, p. 47) et du 19 janvier 1985 (*Bulletin*, n^o 33, p. 38).

(103) Dans le sens d'une application des dispositions de la loi relative aux droits du patient en la matière pour cette même raison, voy. M.N. VERHAEGEN, « La représentation du patient mineur ou incapable », in *Memento 2003-2004 droits du patient et responsabilité médicale*, Kluwer, 2003, p. 127, note infrapaginale n^o 294.

(95) Y.-H. LELU et S. DELVAL, *op. cit.*, p. 29, n^o 20. Ces auteurs admettaient cependant qu'étant régie par une loi pénale particulière, la matière n'était pas soumise au droit commun de l'autorité parentale de sorte que la décision devait reposer personnellement sur la jeune fille mineure, qui devait pouvoir avorter sans le consentement de ses parents.

(96) Sur les commentaires que suscite cet arrêt au plan des principes régissant l'autorité parentale, voy. également F. RIGAUX, « Les droits de la personnalité du mineur », *Enfant, sujet de droits : rêve ou réalité?*, Actes du colloque organisé par la Commission Jeunesse du Barreau de Liège et la Faculté de Droit de l'Université de Liège le 14 octobre 1994, Editions du Jeune Barreau de Liège, p. 46.

(97) Cour d'arbitrage, 19 décembre 1991, arrêt n^o 39/91, disponible sur le site www.const-court.be.

SECTION IV. – LE DROIT AU RESPECT
DE LA VIE PRIVÉE FACE À LA RESTRICTION DES DROITS
D'UN MEMBRE DE LA FAMILLE ATTEINT D'UN PROBLÈME
DE SANTÉ PHYSIQUE OU MENTALE

Le droit au respect de la vie privée ne s'entend plus uniquement comme le droit de ne pas voir révéler par autrui des éléments relevant de son intimité (104) mais s'analyse plus largement « en diverses prérogatives qui tendent à assurer à l'individu la liberté de mener sa propre existence comme il l'entend avec le minimum d'ingérences extérieures », en le protégeant notamment contre les atteintes à son intégrité physique ou mentale, ainsi qu'à sa liberté morale ou intellectuelle (105). Les choses de la vie privée sont celles qui ne regardent personne et comprennent notamment la liberté « de se soigner ou de se négliger, d'entretenir les relations familiales ou de les fuir, d'aimer ou de haïr ses proches, d'être agréable ou non ... » (106). Pour le professeur Meulders-Klein, de tous les droits et libertés, le droit au respect de la vie privée « inscrit sous le 'principe d'individualité' est le plus insulaire pour ne pas dire le plus 'égoïste' de tous, même lorsqu'il s'agit de protéger les relations personnelles 'dont l'individu se nourrit', selon une expression profondément révélatrice, et auxquelles il lui appartient de mettre fin à son gré » (107).

Ce droit au respect de la vie privée, tel que nous venons de le circonscrire, peut entrer en conflit avec le devoir de solidarité familiale dont certains peuvent se sentir investis, dans une tradition altruiste pour les uns ou dans une visée plus intéressée pour d'autres, de protéger leurs semblables ou de se protéger eux-mêmes, selon les cas.

(104) Voy. *supra*, Section I.

(105) J. VELU, *op. cit.*, n° 109, p. 117-118. Voy. également B. DOUQUIR, *op. cit.*, p. 30, n° 17 qui considère que le droit à la vie privée doit être compris non seulement comme un droit à l'intimité, mais aussi comme un droit à l'autonomie personnelle en ce qu'il comprend « le libre épanouissement de chacun dans la société ». Il s'agit en effet pour chaque individu, « de pouvoir déterminer librement, individuellement et dans ses relations sociales au sens large, comment il entend mener sa vie ».

(106) Th. DELAHAYE, « L'administrateur provisoire (article 488bis du Code civil). Loi du 3 mai 2003 », *Les dossiers du Journal des tribunaux*, n° 45, Bruxelles, Larcier, 2004, n° 148, p. 106.

(107) M.-T. MEULDERS-KLEIN, précité (note 4), p. 471.

§1. – *Le régime de l'administration provisoire
des personnes totalement ou partiellement incapables
de gérer leurs biens*

En vertu de l'article 488bis, a), alinéa 1^{er}, le majeur qui, en raison de son état de santé, est totalement ou partiellement hors d'état de gérer ses biens, fût-ce temporairement, peut en vue de la protection de ceux-ci, être pourvu d'un administrateur provisoire, lorsqu'il n'est pas déjà pourvu d'un représentant légal.

Cette disposition donne parfois lieu à certaines discussions au sein de la famille lorsque l'un de ses membres doit faire face à des soucis de santé physique et/ou mentale, et que ses proches nourrissent des craintes – justifiées ou non – que des tiers, familiaux ou non, puissent abuser de la situation, ou que cette personne dilapide le patrimoine familial, parfois acquis à la sueur du front des générations passées.

Ce sont majoritairement les membres les plus âgés de la famille qui suscitent certaines inquiétudes, au regard de l'affaiblissement de leur santé qui accompagne leur avancée en âge. Il est évident toutefois que le droit au respect de leur vie privée peut tout autant être exercé par les personnes âgées et que l'on ne peut raisonnablement admettre une immixtion, sous le couvert de la loi du 18 juillet 1991, dans la vie privée des citoyens, uniquement sur base de leur âge (108). Il revient au juge chargé de statuer en cette matière de « déjouer les manœuvres de proches uniquement soucieux de réduire un vieillard à leur merci » (109).

C'est ce qu'illustre parfaitement une décision du Juge de Paix du second canton d'Ixelles qui, statuant sur une requête – déposée par le Procureur du Roi – de mise sous administration provisoire d'une dame de 90 ans qui avait pris la décision de cohabiter avec un homme âgé de 45 ans et émargeant au CPAS, précise que « si la loi du 18 juillet 1991 est un outil très utile pour venir en aide aux personnes, qui en raison de leur état de santé, ne sont vraiment plus capables de gérer leurs biens et risquent ainsi à brève échéance des désastres matériels et financiers, on ne saurait admettre que ce nouveau texte légal serve de base à une

(108) J.P. Ixelles (2^e canton), 30 octobre 1991, *J.P.P.P.*, 1992, p. 69.

(109) E. VIRUJAN, « Le majeur physiquement ou mentalement inapte à gérer ses biens », *Protection des malades mentaux et incapables majeurs : Le droit belge après les réformes*, Collection Famille & Droit, Diegem, Story-Scientia, 1996, p. 230.

mise sous tutelle systématiques des personnes âgées, surtout lorsqu'elles ont des biens et que leur comportement déplaît à leur entourage ou à l'autorité publique ainsi que cela semble être le cas en l'espèce» (110).

Par ailleurs, certaines demandes de mise sous administration provisoire trouvent leur origine dans une volonté de préservation d'un héritage futur, plus que dans le souci du bien-être de la personne à protéger. Or, il ne peut être porté atteinte à la liberté qu'a chaque être humain *ayant toutes ses capacités mentales et physiques de disposer de ses biens comme il l'entend»,* comme il peut *«tout aussi bien faire des voyages, des gratifications à des œuvres de son choix, des frais de nourriture, d'habillement ou de loisirs élevés, sans que cette liberté puisse être brimée par ses héritiers potentiels» (111).*

C'est le sens d'une décision, quelque critiquable qu'elle pourrait être, du Juge de Paix du canton de Charleroi qui, dans le cadre d'une demande de mise sous administration provisoire d'une veuve, physiquement très diminuée, fortement dépendante et demeurant habituellement chez une de ses filles fortement endettée qui avait eu dans le passé un comportement inadmissible envers ses frère et sœur, précise que *«les craintes légitimes de la requérante et de son frère quant au comportement de leur sœur... ne peuvent primer la sauvegarde de la liberté élémentaire dont doit disposer chaque personne quant à la gestion de sa vie et de ses affaires»* et *«qu'à ce jour, il y a toujours lieu de respecter le choix de vie de madame... ainsi que ses volontés quant à la destination de ses revenus» (112),* étant donné qu'il s'agit là de la seule liberté qui lui restait (113).

Il échet du reste de relever dans un autre ordre d'idées que, dès lors que dans le régime de l'administration provisoire, la personne protégée conserve la pleine capacité pour le gouvernement de sa personne, la désignation d'un membre de la famille en qualité

(110) J.P. Ixelles (2^e canton), 30 octobre 1991, *J.J.P.P.*, 1992, p. 69. Guy BENOÎT estime judicieux le rappel fait à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales («Mini-chronique de jurisprudence (26 juillet 1991-26 juillet 1993)», *J.J.P.P.*, 1994, p. 82).

(111) Liège (1^{er} ch.), 8 janvier 2002, *J.T.*, 2002, p. 436, qui statue, en degré d'appel, sur une demande de désignation d'un administrateur judiciaire d'une des parties, âgée et semble-t-il malade, dans le cadre d'une procédure en liquidation et partage d'une succession.

(112) Le juge de paix estimait qu'il n'était point démontré que la fille abusait des revenus de sa mère *«au point de mettre celle-ci dans des difficultés financières»*.

(113) J.P. Charleroi, 5 juin 2002, *J.J.P.P.*, 2005, p. 446.

d'administrateur provisoire (114) ne l'autorise pas à s'immiscer dans la vie privée de l'administré. L'administrateur provisoire devra, dans tous les domaines touchant aux «choses de la vie privée» et dans les limites du patrimoine disponible pour les activités qui ont des répercussions financières, respecter les libertés et les convictions de la personne dont il gère les biens (115). Une décision d'hébergement en maison de repos ne pourrait dès lors être prise contre la volonté de la personne protégée qui, malgré les difficultés qu'elle rencontre au quotidien, *«souhaite ardemment continuer à vivre dans l'appartement dont elle est propriétaire, entourée de ses souvenirs et des objets ayant appartenu à son époux défunt» (116).*

§2. – La loi du 26 juin 1990 relative à la protection des malades mentaux

La loi du 26 juin 1990 donnant lieu à des mesures de restriction de la liberté individuelle, les mesures de protection qu'elle prévoit ne peuvent être prises, à défaut de tout autre traitement approprié, qu'à l'égard d'une personne qui présente une maladie mentale et dont l'état met gravement en péril sa santé et sa sécurité ou constitue une menace grave pour la vie ou l'intégrité d'autrui.

Il ne s'agit pas ici de restreindre les pouvoirs de la personne atteinte d'une maladie mentale quant à ses biens mais bien de la contraindre à se soigner si elle relève du champ d'application de la loi. Or, la liberté fondamentale qu'a chacun de se faire soigner (117) (118)

(114) Notons à cet égard qu'en vertu de l'article 488bis, c), §1^{er}, alinéa 2, du Code civil, le juge de paix choisit de préférence en qualité d'administrateur provisoire le cas échéant le père et/ou la mère de la personne protégée, son conjoint, son cohabitant légal la personne qui vit maritalement avec elle, un membre de sa proche famille ou sa personne de confiance.

(115) Th. DELAHAYE, *op. cit.*, n° 148, p. 106; G. BENOÎT, «Mini-chronique de jurisprudence (26 juillet 1991-26 juillet 1993)», *J.J.P.P.*, 1994, p. 82. F.-J. WARLETT rappelle quant à lui à juste titre que l'administrateur provisoire, qui n'est pas un garant de la morale ou du savoir-vivre, doit respecter les choix de vie de la personne protégée et tenter, autant que possible, de lui permettre de persévérer dans ses choix sans interférer avec ceux-ci (*L'administration provisoire des biens – Manuel pratique de l'administration provisoire des biens des personnes vulnérables*, Waterloo, Kluwer, 2008, p. 59, n° 79; en matière plus particulièrement de choix du lieu de vie et de soins de santé, voy. n° 139, p. 105 et n° 146, p. 110).

(116) J.P. Ixelles (2^e canton), 18 février 1993, *J.J.P.P.*, 1994, p. 112.

(117) Selon l'article 3 de la loi du 26 juin 1990, *«la personne qui se fait librement admettre dans un service psychiatrique peut le quitter à tout moment»*. P. BOIXO estime à juste titre que cette disposition exclut tout malentendu sur la liberté fondamentale de chacun à se faire soigner («Applications médico-légales de la loi du 26 juin 1990», *Rev.trim.dr.fam.*, 2003, p. 24).

(118) Pour le Juge de paix du second canton d'Ixelles, le discours qui sous-tend la loi du 26 juin 1990 est celui de la liberté individuelle en ce que tout individu est libre de se faire soigner ou de ne pas se faire soigner et les soins ne peuvent lui être imposés par la contrainte que dans

entre indéniablement dans le champ de la vie privée, dans son acception extensive (119).

Les membres de la famille se retrouvent souvent confrontés à des cas de conscience lorsqu'un proche qu'ils estiment être en danger ou constituer une menace pour autrui, refuse toute intervention extérieure aux fins de parer à cette situation. L'évaluation du péril peut prendre une tournure éminemment subjective pour les membres de la famille, parfois tentés d'empiéter sur des prérogatives personnelles d'une personne qui adopte des attitudes que l'on pourrait qualifier de «borderline» ou dont les choix de vie déplaisent.

L'article 2 de la loi du 26 juin 1990 dispose expressément, quant à son champ d'application, que «l'inadaptation aux valeurs morales, sociales, religieuses, politique ou autres, ne peut être en soi considérée comme une maladie mentale». Le refus de se conformer, en fonction des caractéristiques de la situation, aux valeurs communément admises dans la société ne peut dès lors en lui-même justifier une hospitalisation forcée ou un traitement forcé en milieu familial (120).

Un jugement remarquablement motivé du Juge de Paix du second canton d'Ixelles, prononcé le 19 février 1993, souligne que la loi du 26 juin 1990 «ne doit pas servir à gérer des conflits familiaux et la pénurie de centres pour jeunes en difficulté ou en rupture avec la société ou la famille» et que «ne constitue pas une maladie mentale, un état mental perturbé, caractériel probable, qualifié d'inadéquation comportementale et relationnelle liée à la mythomanie, à l'opposition vive, voire agressive vis-à-vis d'un père et manifestation d'autodestruction avec des tendances toxico-maniaques ainsi qu'une boulimie médicamenteuse» (121).

des cas tout-à-fait exceptionnels (J.P. Ixelles, 15 novembre 1991, inédit, cité par G. BENOÎT, *op. cit.*, p. 75). Voy. également J.P. Jument, 13 avril 1999, *Act.dr.*, 2000, p. 519, cité par P. BOXHO, «Applications médico-légales de la loi du 26 juin 1990», *Rev.trim.dr.fam.*, 2003, p. 18-19 : lorsqu'une personne qui souffre de plusieurs affections physiques refuse de se laisser soigner, il y a lieu de respecter sa décision, à moins que cette dernière soit le résultat d'une maladie mentale qui aurait altéré ses facultés intellectuelles au point de supprimer son libre arbitre.

(119) La santé relève du droit à la vie privée, en tant que condition indispensable à la qualité de vie, de sorte que toute personne doit en principe pouvoir déterminer de façon autonome et éclairée le type de traitement et les médicaments ou vaccins qui lui sont administrés (B. DOQUIB, *op. cit.*, p. 87, n° 93).

(120) Voy. à cet égard J.P. Seneffe, 4 décembre 1991, cité par G. BENOÎT, *op. cit.*, p. 75 : le terme comportement «asocial» relevé dans un rapport médical circonstancié justifie que la demande soit déclarée irrecevable aux termes de l'article 2, alinéa 2, de la loi du 26 juin 1990.

(121) Cité comme tel par P. BOXHO, «La loi de protection du malade mental du 26 juin 1990. Présentation et jurisprudences», *J.J.P.*, 1999, p. 421; Voy. également G. BENOÎT, *op. cit.*, p. 75, qui fait aussi référence à une décision du Juge de paix du second canton de Namur, prononcée le 13 août 1992 (R.R. n° 258/92).

C'est surtout, dans les relations familiales et comme en matière d'administration provisoire, lors de la vieillesse que la question du champ d'application de la loi se pose avec une particulière acuité. Le droit au respect de la vie privée implique en effet que tout individu a en principe le droit d'user de ses jours comme il l'entend et où il veut (122) de sorte que le seul but d'obtenir le placement d'une personne âgée dans une maison de retraite ne peut suffire à fonder une requête de mise en observation (123). En effet, «le bien-être artificiel résultant de traitements subis en milieu hospitalier n'est pas une panacée et celui qui se refuse à suivre ce genre de traitement ne doit pas pour autant être considéré comme un déséquilibré» (124). Par ailleurs, comme le souligne très opportunément le Juge de Paix de Bergerhout, notre société égoïste et individualiste doit apprendre à se familiariser avec les symptômes de la vieillesse plutôt que de procéder à la ségrégation des personnes âgées (125).

SECTION V. – LE DROIT AU RESPECT DE LA VIE PRIVÉE DANS LES RAPPORTS DE FILIATION

§1. – Introduction

Le droit au respect de la *vie privée* tel qu'il est consacré – au plan interne – par l'article 22 de la Constitution et – au plan international – par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme est aujourd'hui ordinairement conçu comme comprenant le droit pour chaque individu d'accéder à ses origines personnelles. Ce droit est par ailleurs consacré – expressément – par l'article 7 de la

(122) J.P. Fossees-La-Ville, 13 décembre 1991, *R.R.D.*, 1992, p. 64; *J.L.M.B.*, 1992, p. 738 et note C. DAUBANTON.

(123) J.P. Anderlecht (1^{er} canton), 31 janvier 1992, *J.J.P.P.*, 1992, p. 76; J.P. Anderlecht (1^{er} canton), 6 février 1992, *J.J.P.P.*, 1992, p. 78. Comp. : J.P. Marchienne-au-Pont, 29 septembre 1995, *J.L.M.B.*, 1997, p. 1001, dans une espèce où le juge considère que bien que la personne à protéger, âgée de nonante ans, ne présente pas de maladie mentale à proprement parler – même si elle a perdu «le pouvoir de décision qui, tout autant sinon plus que les facultés intellectuelles caractérisent la santé mentale» – décide d'ordonner une mise en observation en milieu familial, estimant qu'il est dangereux pour cette personne d'être tirillée entre des membres de sa famille qui essaient de l'influencer en sens divers, «ce qui crée un stress et une tension nuisibles au bien-être affectif et, par conséquent, à la santé».

(124) J.P. Fossees-La-Ville, 13 décembre 1991, *R.R.D.*, 1992, p. 64 : jugement prononcé dans une espèce où la personne âgée, qui vivait seule dans une maison qu'elle occupait depuis de nombreuses années, se nourrissait peu, ne se bauffait pas et vivait dans de mauvaises conditions d'hygiène.

(125) J.P. Bergerhout, 16 février 1995, *Rev.Dr.Santé*, 1996-1997, p. 286 et note F. SWENNEN, «De materiële voorwaarden voor dwangopname van een psychiatrische patiënt».

Convention de New-York sur les droits de l'enfant qui dispose que «l'enfant est enregistré dès sa naissance et a dès celle-ci le droit à un nom, le droit d'acquérir une nationalité, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux».

Un tel droit *subjectif* reconnu aux individus ne laisse pas de mettre en question le droit *objectif* de la filiation. C'est que le droit de connaître ses origines se comprend comme le droit d'accéder à la *vérité biologique* alors que le droit de la filiation tantôt recherche un équilibre entre les dimensions *biologique* et *affective* du lien et tantôt oblitère purement et simplement la *première* au profit de la *seconde* (126).

Des hiatus sont dès lors susceptibles d'exister entre la *réalité génétique* (objet du droit à la connaissance de ses origines) et la *réalité socio-affective* (consacrée par le droit de la filiation), et la mise en évidence de cette distorsion du lien ou de cette pluralité des liens par le biais de la recherche de ses origines entreprise par l'enfant est potentiellement constitutive d'une ingérence dans la vie privée de ses *parents génétiques* et de ses *parents juridiques*.

La quête identitaire entreprise par l'enfant adopté plénièrement ou par l'enfant issu d'une procréation médicalement assistée ayant mobilisé un don d'embryons ou de gamètes, outre qu'elle interroge les notions mêmes de vie familiale ou d'institution familiale, est ainsi susceptible de poser question au regard à la fois du *droit au respect de la vie privée* des parents génétiques (*auteurs d'origine et donneurs*) et de celui des parents juridiques (*adoptants et auteurs du projet parental*).

Il y a donc lieu pour qui élabore la norme juridique en matière d'adoption ou de procréation médicalement assistée de réaliser un *arbitrage* entre les droits potentiellement conflictuels des uns et des autres. Cet *arbitrage* entre les droits respectifs de chacun le législateur belge l'a réalisé de manière différenciée dans le cadre de la réforme de l'adoption – en 2003 (127) – et dans celui de l'élaboration d'un cadre juridique pour la procréation médicalement assistée – en 2007 (128). Ainsi, alors que la réforme de l'adoption a confirmé et

(126) M.-T. MEULDERS-KLEIN, «Fondements nouveaux du concept de filiation», in *La famille et le droit : Trois décennies de mutations en occident*, Bruxelles-Paris, Bruylant-LGDJ, 1999, p. 159 et s.

(127) Loi du 24 avril 2003 réformant l'adoption, *M.B.*, 16 mai 2003, p. 26956.

(128) Loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes, *M.B.*, 17 juillet 2007, p. 38575.

accentué le refus par le droit belge du *secret de l'adoption*, force est de constater que la loi relative à la procréation médicalement assistée consacre sans nuance le principe de l'*anonymat du don*.

Le droit de connaître ses origines est donc *plénement reconnu* à l'enfant adopté et *strictement dénié* à l'enfant né d'une procréation médicalement assistée avec donneur. Quelle serait la solution retenue si d'aventure le législateur belge devait adopter un texte introduisant dans notre ordonnancement juridique la possibilité pour une femme d'accoucher sans que mention soit faite de son nom dans l'acte de naissance de l'enfant (129)? La femme qui a posé le choix d'accoucher dans l'anonymat est-elle assimilable eu égard à la question de l'accès aux origines aux auteurs d'origine (dans l'adoption) ou bien aux donneurs (dans la procréation médicalement assistée)? Ou bien encore occupe-t-elle une *position intermédiaire* qui justifierait l'élection d'une solution de nuance?

Quand le droit n'oblitère pas de manière pure et simple – comme dans l'adoption et la procréation médicalement assistée avec donneur – le lien du *sang* pour y substituer le lien du *cœur*, il recherche un équilibre entre la *vérité biologique* et la *réalité affective* correspondant censément au meilleur intérêt de l'enfant. En sorte que, même hors les hypothèses évoquées ci-dessus dans lesquelles le *donné génétique* est sciemment écarté au profit d'un engagement *socio-affectif*, il peut exister une distorsion entre la *filiation juridique* et la *filiation biologique*. Cette distorsion potentielle rend pertinente la question de l'opportunité de l'*accessibilité de la réalité biologique*

(129) Plusieurs propositions de loi sont actuellement pendantes qui tendent à introduire en droit belge l'accouchement anonyme ou discret : Proposition de loi modifiant le Code civil, la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités, coordonnée le 14 juillet 1994 et la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel, afin de permettre l'accouchement anonyme, *Doc. parl., Sén.*, sess. ext 2007, n° 4-152/1; Proposition de loi modifiant le Code civil afin de permettre l'accouchement discret, *Doc. parl., Sén.*, sess. ord. 2007-2008, n° 4-358/1; Proposition de loi complétant le Code civil par des dispositions relatives à l'accouchement discret, *Doc. parl., Sén.*, sess. ord. 2008-2009, n° 4-999/1; Proposition de loi modifiant le Code civil en ce qui concerne l'accouchement discret, *Doc. parl., Sén.*, sess. ord. 2008-2009, n° 4-1026/1; Proposition de loi relative à l'accouchement discret, *Doc. parl., Sén.*, sess. ord. 2008-2009, n° 4-1138/1; Proposition de loi modifiant le Code civil afin de permettre l'accouchement discret, *Doc. parl., Ch. repr.*, sess. ord. 2007-2008, n° 52-707/1; Proposition de loi modifiant la réglementation afin de permettre l'accouchement anonyme, *Doc. parl., Ch. repr.*, sess. ord. 2007-2008, n° 52-781/1; Proposition de loi modifiant le Code civil en ce qui concerne l'accouchement discret, *Doc. parl., Ch. repr.*, sess. ord. 2007-2008, n° 52-1030/1; Proposition de loi modifiant le Code civil en vue de l'instauration de l'accouchement discret, *Doc. parl., Ch. repr.*, sess. ord. 2008-2009, n° 1685/1.

pour tous et en toutes circonstances dans un contexte où se développe la commercialisation massive des tests génétiques «privés» (130).

Les développements qui suivent ont pour objet de mettre en évidence la manière dont le législateur a répondu ou envisage de répondre à la question que pose la reconnaissance de plus en plus pleine de la légitimité de la quête identitaire menée par l'individu en recherche de la *vérité* de sa genèse dans des contextes où le *secret* et l'*anonymat* ont pu être ou continuent d'être perçus comme la nécessaire garantie du respect de la vie privée.

§2. – *Le droit et l'obligation de l'adopté de connaître ses origines*

En Belgique, dès avant la réforme portée par la loi du 24 avril 2003, l'adoption fait l'objet d'une mention en marge de l'acte de naissance de l'adopté né en Belgique (131), en sorte que lorsqu'il en sollicite copie conforme – et une telle sollicitation est notamment indispensable dans la perspective d'un mariage – il prend nécessairement connaissance tout à la fois du *fait* (132) de son adoption et – qu'il le souhaite ou pas – de l'*identité* (133) de ses auteurs d'origine (art. 45 et 64 C. civ.) (134).

Ce droit traditionnellement reconnu à l'adopté de connaître le *fait* de son adoption et l'*identité* de ses parents d'origine s'est trouvé renforcé par la réforme de 2003 qui a introduit dans le Code civil les

articles 368.6 et 368.7. Ces deux dispositions qui consacrent le droit de l'adopté de connaître ses origines pérennisent en fait une pratique préexistante au sein des organismes d'adoption s'agissant tout à la fois de la *communication* des informations et de l'*encadrement* de la démarche de l'adopté désireux de connaître ses origines (135).

L'article 368.6 du Code civil dispose ainsi que *«les autorités compétentes veillent à conserver les informations qu'elles détiennent sur les origines de l'adopté, notamment celles relatives à l'identité de sa mère et de son père, ainsi que les données, nécessaires au suivi de sa situation de santé, sur la passé médical de l'adopté et de sa famille, en vue de la réalisation de l'adoption et aux fins de permettre ultérieurement à l'adopté, s'il le désire, de découvrir ses origines»* et qu'*«elles assurent l'accès de l'adopté ou de son représentant à ces informations, avec les conseils appropriés, dans la mesure permise par la loi belge»*.

L'article 368.7 dispose, au surplus, que *«sous réserve de l'article 368.6, les données personnelles rassemblées ou transmises conformément à la Convention ou à la loi, en particulier les rapports relatifs à l'enfant, à sa famille d'origine et aux adoptants, ne peuvent être utilisées à d'autres fins que celles pour lesquelles elles ont été rassemblées ou transmises»*.

Les dispositions contenues dans les articles 368.6 et 368.7 du Code civil trouvent écho – en Communauté française – dans l'article 49 du décret du 31 mars 2004 qui dispose que *«l'A.C.C. et les organismes d'adoption conservent les informations qu'ils détiennent sur les origines de l'enfant adopté, notamment celles relatives à l'identité de sa mère et de son père ainsi que celles relatives au passé médical de l'adopté et de sa famille. Ils permettent la consultation des dossiers en leur possession par toute personne adoptée ou par son représentant, dans la mesure permise par l'article 368.7 du Code civil et par la loi belge»* (136).

La réglementation belge qui dans le cadre de la réforme de 2003 a confirmé et accentué le refus du *secret de l'adoption* est conforme à la reconnaissance de plus en plus pleine par le droit international du droit de chaque individu à la connaissance de ses origines per-

(130) Voy. Proposition de loi visant à réglementer l'usage des analyses génétiques à des fins d'identification en matière de filiation, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2007-2008, n° 52-394/1.

(131) L'acte de naissance de l'enfant adopté internationalement n'est pas nécessairement transcrit et ne mentionne en tout état de cause pas nécessairement l'identité des parents d'origine.

(132) Selon Marie-Thérèse MEULDERS-KLEIN, «la question du secret de l'adoption elle-même semble aujourd'hui dépassée, l'unanimité s'étant faite sur la nécessité de révéler la vérité à l'enfant le plus tôt possible»: M.-T. MEULDERS-KLEIN, «Questions posées par l'adoption», in *Adoption et formes alternatives d'accueil* (dir. M.-T. MEULDERS-KLEIN), Bruxelles, Story-Scientia, 1988, p. 8-9; selon Léon CASSIERS, «toute adoption doit donc être dite absolument dès son début et sous les auteurs décrivent les souffrances, et même les perturbations psychiques parfois graves qui résultent d'une politique du secret en la matière»: L. CASSIERS, «Le vécu de l'adoption», in *Adoption et formes alternatives d'accueil*, op. cit., p. 19.

(133) Selon Marie-Thérèse MEULDERS-KLEIN, la question «du secret des identités respectives de la famille d'origine et de la famille adoptante est loin d'être résolue»: M.-T. MEULDERS-KLEIN, «Questions posées par l'adoption», op. cit., p. 9; selon Léon CASSIERS, cette question «est plus délicate» et «l'essentiel est sans doute ici que la décision ne vienne pas d'eux [les parents adoptifs et l'adopté], mais d'une règle générale»: L. CASSIERS, «Le vécu de l'adoption», op. cit., p. 19.

(134) I. LAMMERANT, *L'adoption et les droits de l'homme en droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 643; voy. aussi: I. LAMMERANT, «Problèmes juridiques de l'après-adoption», in *Adoption et formes alternatives d'accueil*, op. cit., p. 116.

(135) Voy: I. LAMMERANT, A. OTTEVAERE et M. VERWILGHEN, «Le nouveau droit fédéral de l'adoption», *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 89-90; voy. également: Projet de loi réformant l'adoption, Rapport fait au nom de la commission de la justice par MM. Servais VERHERSTRAETEN et Karel VAN HOORBEKE et MMES Jacqueline HERZET et Karine LALIEUX, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2002-2003, n° 50-1386/11, p. 152 et 154.

(136) Décret du 31 mars 2004 relatif à l'adoption, *M.B.*, 13 mai 2004, p. 38408.

sonnelles (137) et à une *évolution* relativement récente des perceptions relatives à l'adoption caractérisée par le passage d'une conception selon laquelle le «*secret de l'adoption [était] considéré comme la garantie suprême de cette vie familiale créée par la seule volonté humaine*» à une conception rénovée mettant davantage l'accent sur la légitime «*recherche d'enracinement*» des adoptés (138).

Le droit de l'adopté de connaître ses origines, hier *implicitement* contenu dans les dispositions des articles 45 et 64 du Code civil, se trouve donc aujourd'hui *expressément* consacré par des dispositions spécifiques tant au plan fédéral qu'au plan communautaire. Il y a toutefois lieu de souligner que la loi du 24 avril 2003 comme le décret du 31 mars 2004 appellent des mesures d'exécution relatives, au plan fédéral, à la *collecte, la conservation et l'accès* aux informations et, au plan communautaire, aux *modalités de consultation* des dossiers qui jusqu'à présent n'ont pas été prises (139).

La consécration d'un droit pour l'adopté à la connaissance de ses origines compris comme emportant à la fois le droit de connaître le *fait* de l'adoption et celui de connaître l'*identité* de ses auteurs d'origine pose naturellement question au regard du droit au respect de la *vie privée* qui doit être reconnu à la fois aux *adoptants* et aux *auteurs d'origine*. De quelle manière les droits des uns et des autres sont-ils appelés à être pondérés au sein de ce que l'on appelle communément le «*triangle adoptif*» ?

Isabelle Lammerant estime, s'agissant en premier lieu du droit de *savoir que l'on a été adopté*, que, d'une part, il n'entre *pas en conflit* avec le droit à la vie privée et familiale des auteurs d'origine et que, d'autre part, le *conflit potentiel* entre le droit de savoir que l'on a été adopté et le droit à la vie privée et familiale des adoptants qui souhaiteraient cacher l'adoption à l'adopté doit être soldé au profit du droit de l'enfant de connaître ses origines (140).

S'agissant en second lieu du droit de l'adopté de *connaître l'identité des auteurs d'origine*, Isabelle Lammerant met en exergue la *difficulté*

(137) I. LAMMERANT, A. OTTEVAERE, M. VERWILGHEEN, «Le nouveau droit fédéral de l'adoption», *op. cit.*, p. 89-90.

(138) I. LAMMERANT, *L'adoption et les droits de l'homme en droit comparé*, *op. cit.*, p. 531-532.

(139) Voy. l'alinéa 3 de l'article 368.6 du Code civil et l'alinéa 3 de l'article 49 du décret du 31 mars 2004; les informations conservées ne permettront cependant pas nécessairement à l'adopté, dans le contexte d'une adoption internationale, d'accéder à l'identité de ses parents d'origine, car cette identité n'aura pas nécessairement été communiquée au cours du processus adoptif: voy. I. LAMMERANT, A. OTTEVAERE, M. VERWILGHEEN, «Le nouveau droit fédéral de l'adoption», *op. cit.*, p. 153.

(140) I. LAMMERANT, *L'adoption et les droits de l'homme en droit comparé*, *op. cit.*, p. 548.

difficulté de réaliser un équilibre entre les droits respectifs des uns et des autres. La difficulté ne réside pas *a priori* dans le droit à la vie privée et familiale des adoptants – dont il se conçoit qu'il ne puisse faire obstacle à la quête identitaire entreprise par l'adopté – mais bien plutôt dans le droit à la vie privée et familiale des auteurs d'origine – dont il se conçoit qu'il puisse être mis à mal par la recherche de ses origines entreprise par l'adopté (141).

La Cour européenne des droits de l'homme n'a jamais été saisie de la question spécifique de la situation de l'adopté recherchant ses auteurs d'origine. Elle n'en a pas moins été amenée dans un contexte analogue – un enfant placé par les autorités publiques chez des parents nourriciers successifs désireux accéder aux dossiers protectionnels le concernant – à préconiser qu'à tout le moins le conflit potentiel entre le *droit de connaître ses origines* et le *droit à la vie privée et familiale* des tiers ou l'*intérêt général* puisse être soumis le cas échéant à l'*arbitrage d'une autorité indépendante* (142).

Selon Isabelle LAMMERANT, La transposition de cette jurisprudence à la problématique de l'adoption permettrait d'affirmer l'existence d'un droit pour l'adopté de connaître ses origines soumis, éventuellement, à un contrôle indépendant (143). Seraient donc conformes aux principes dégagés par la Cour à la fois les systèmes qui conditionnent l'accès à l'identité des auteurs d'origine à la décision d'une instance indépendante et – *a fortiori* – ceux qui – tels le droit belge – reconnaissent un droit inconditionnel à l'adopté à cet égard (144).

Si le *principe* d'un tel droit inconditionnel ne semble pas devoir être remis en question, il apparaît que ses *modalités* d'exercice, telles qu'elles restent aujourd'hui encore à déterminer par les exécutifs fédéral et communautaire, pourraient être le lieu privilégié d'une tentative de *pondération* des droits respectivement reconnus aux uns et aux autres (145).

(141) *Ibid.*, p. 562 et 572.

(142) Cour eur. D. H., *Gaskin c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, *Rev. trim. D.H.*, 1990, p. 353, note P. LAMBERT, «Le droit d'accès aux documents administratifs personnels».

(143) I. LAMMERANT, *L'adoption et les droits de l'homme en droit comparé*, *op. cit.*, pp. 572-573.

(144) *Ibid.*, pp. 574-575.

(145) *Ibid.*, p. 593; voy. aussi: Projet de loi réformant l'adoption, Rapport fait au nom de la commission de la justice par MM. Servais VERHEERSTRAETEN et Karel VAN HOORBEKK et MMEs Jacqueline HERZET et Karine LALIEUX, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2002-2003, n° 50-1366/11, p. 115-116.

Les *modalités pondératrices* qui pourraient être mises en place s'agissant de la divulgation à l'adopté de l'identité de ses auteurs d'origine pourraient consister concrètement, selon Isabelle Lammerant, dans l'organisation d'une «consultation préalable», d'une part, et dans la tenue d'un «registre de contacts», d'autre part. La «consultation préalable» aurait ainsi vocation essentiellement à sensibiliser l'adopté désireux de connaître l'identité de ses auteurs d'origine aux différentes implications de sa démarche tandis que le «registre de contacts» permettrait le cas échéant aux auteurs d'origine de faire état, au moment de l'adoption ou bien subséquentement, de leur souhait d'être identifiable par l'adopté et *corrélativement* à l'adopté de prendre en considération, dans le cadre de sa démarche, le fait qu'un tel souhait a été exprimé ou au contraire ne l'a pas été (146).

Il y a lieu de souligner, d'un côté, que ce système correspond d'ores et déjà dans une certaine mesure aux *bonnes pratiques* ayant cours dans les organismes d'adoption qui depuis de nombreuses années délivrent les informations qu'elles possèdent et accompagnent les adoptés dans leur recherche (147). Il faut rappeler, par ailleurs, que quel que soit le système mis en œuvre par les organismes d'adoption, les dispositions contenues respectivement dans les articles 45 et 64 du Code civil *non seulement* permettent à l'adopté d'accéder à l'identité de ses auteurs d'origine en dehors de tout encadrement quelconque *mais encore* obligent l'adopté qui souhaite se marier à prendre connaissance de l'identité de ses auteurs d'origines.

Il est permis d'ailleurs de mettre en question l'opportunité du maintien d'une *modalité aussi abrupte* de divulgation de l'identité des auteurs d'origine à l'adopté. Il apparaît *en effet* adéquat que l'accès de l'adopté à la connaissance de ses origines puisse être encadré par une instance compétente capable de prodiguer les conseils et de procurer le soutien nécessaires. Il apparaît *surtout* contestable que, dans la perspective du mariage, l'adopté soit obligé de prendre connaissance de l'identité de ses auteurs d'origine en sorte que lui est dénié le *droit de ne pas savoir* (148).

(146) I. LAMMERANT, *L'adoption et les droits de l'homme en droit comparé*, op. cit., p. 572 et s. et p. 593-594.

(147) Voy. note 131.

(148) I. LAMMERANT, *L'adoption et les droits de l'homme en droit comparé*, op. cit., p. 577.

§3. – *La filiation maternelle et le débat relatif à l'accouchement anonyme ou discret*

Le droit belge de la filiation a retenu l'adage *mater semper certa est* en sorte que la filiation maternelle est établie en Belgique par mention du nom de la mère dans l'acte de naissance (149). Toutefois, la question de l'opportunité d'aménager en droit belge une possibilité d'accoucher sans que soit mentionné le *nom* de la mère ni corrélativement établi son lien de *filiation* à l'égard de l'enfant a pénétré le cénacle parlementaire dès la fin des années 1990. Un premier texte a ainsi été déposé en 1999 au Sénat (150), redéposé à la Chambre en 2003 (151) et déposé à nouveau au Sénat le 10 août 2007 (152).

Cette proposition est sous-tendue par l'idée qu'il y a des grossesses *intolérables* et *inacceptables* et par le constat que l'impossibilité d'accoucher dans l'*anonymat* en Belgique amène chaque année plus d'une centaine de femme à accoucher *anonymement* dans le nord de la France. L'auteur du texte proposé s'appuie sur l'avis émis en janvier 1998 par le Comité consultatif de bioéthique (153) pour considérer qu'il serait opportun de permettre qu'il soit dérogé au prescrit des articles 57 et 312 du Code civil. L'ouverture d'une telle possibilité suscite évidemment un certain nombre d'interrogations alors qu'est par ailleurs consacré de plus en plus largement le droit pour chacun d'accéder à ses origines.

À cet égard, le Comité consultatif de bioéthique souligne – dans son avis de 1998 – que certes il est aujourd'hui *généralement* admis qu'il est essentiel pour chacun de pouvoir se référer à «une histoire qui explique son existence» mais que dans le cadre *spécifique* de la

(149) C. civ., art. 57 et 312.

(150) Proposition de loi modifiant le Code civil et la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités coordonnée le 14 juillet 1994, afin de permettre l'accouchement anonyme, *Doc. parl.*, Sén., sess. extr. 1999, n° 2-89/1.

(151) Proposition de loi modifiant le Code civil, la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités coordonnée le 14 juillet 1994 et la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel, afin de permettre l'accouchement anonyme, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extr. 2003, n° 51-165/1.

(152) Proposition de loi modifiant le Code civil, la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités coordonnée le 14 juillet 1994 et la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel, afin de permettre l'accouchement anonyme, *Doc. parl.*, Sén., sess. extr. 2007, n° 4-162/1.

(153) Comité consultatif de bioéthique, Avis n° 4 du 12 janvier 1998 concernant la problématique des accouchements dans l'anonymat, disponible en ligne sur le site du ministère de la santé à : www.portal.health.fgov.be.

problématique de l'accouchement anonyme la révélation de la vérité n'est pas nécessairement moins « frustrante » que le maintien du secret. Le Comité met donc en exergue l'idée que le secret ne saurait être perçu comme *intrinsèquement* bon ou mauvais et qu'il convient dès lors d'accepter que l'opportunité qu'il y a à le lever ou au contraire à le maintenir est *relative* en ce qu'elle dépend nécessairement des circonstances spécifiques de chaque cas particulier (154).

Faisant sienne cette appréciation du Comité, l'auteur de la proposition de loi estime qu'il y a lieu de mettre en œuvre une réglementation qui réalise opportunément la pondération des intérêts en présence. Il semblerait ainsi qu'il faille à tout le moins chercher à réaliser un équilibre adéquat entre, d'une part, « l'intérêt de l'enfant à retrouver, s'il le souhaite, sa mère biologique » et, d'autre part, « la situation de cette dernière ayant développé une vie sociale sans cet enfant ». Le dispositif légal proposé tient en neuf articles.

Lors de l'accouchement, la mère peut demander le secret de son admission et de son identité. Dès lors, le personnel accompagnant est tenu de l'informer à la fois de la possibilité qu'elle a de laisser des renseignements et son identité sous pli fermé et de lever ultérieurement l'anonymat et de celle qu'a l'enfant de rechercher ses origines. Le texte proposé institue la Commission de protection de la vie privée en dépositaire des informations confiées et en intermédiaire entre la mère et l'enfant. Si, à la fois, la mère lève le secret et l'enfant recherche ses origines, alors la vérité est révélée. Si, par contre, seul l'un ou l'autre agit aux fins de voir levé l'anonymat, alors le secret est maintenu. En tout état de cause, la commission peut communiquer à l'enfant les informations non identifiantes dont elle dispose.

Censément, le système proposé concilie les intérêts respectifs de la mère et de l'enfant. Toutefois, dans la perspective qui est celle du droit de l'enfant d'accéder à ses origines personnelles, il convient de constater que la solution avancée *hiérarchise* bien plus qu'elle ne *pondère* les intérêts en présence et fait prévaloir sans nuance sur le droit de l'enfant celui de la mère, titulaire d'un véritable *droit de veto*.

Les dispositions proposées en Belgique ne sont pas foncièrement différentes de celles qui ont été retenues par le législateur français.

(154) *Ibid.*, p. 4 et 5.

L'accouchement anonyme participe en France d'une longue tradition historique et est organisé – dans sa forme actuelle – par les articles 222-6 du Code de l'action sociale et des familles et 341 et 341-1 du Code civil, tels que modifiés par la loi n° 93-22 du 8 janvier 1993. Le principe d'anonymat contenu dans ces dispositions ne connaît aucune exception. Ce caractère strictement absolu du secret de la naissance a suscité un certain nombre de réactions. Ainsi, entre 1990 et 1999, pas moins de cinq rapports officiels ont été élaborés qui mettaient en question l'accouchement anonyme. Cette émulation a débouché en 2002 sur l'adoption de la loi n° 2002-93 qui a mis en place un Conseil pour l'accès aux origines personnelles chargé d'une mission d'intermédiation entre la mère et l'enfant et autorisé à divulguer à l'enfant, en tout état de cause, les informations qui ne portent pas atteinte au secret de la naissance.

Le système français et – à travers lui – celui qui est envisagé en Belgique ont vu évaluée leur conformité au droit international des droits de l'homme à l'occasion de l'affaire *Odièvre c. France* qui a donné lieu à un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 13 février 2003 (155). La décision intervient ensuite de la requête introduite par un enfant né sous X cherchant à obtenir la levée du secret. Dans son arrêt, la Cour, adoptant expressément l'angle de la *vie privée* plutôt que celui de la *vie familiale*, considère qu'il y a lieu – puisque l'article 8 vise « toute personne » – de mettre en balance le droit à la *vie privée* de l'enfant conçu extensivement comme emportant celui d'accéder à ses origines et le droit à la *vie privée* de la mère et des tiers – la famille biologique et de la famille adoptive – que la levée du secret exposerait à des risques non négligeables. Concédant à cet égard aux Etats une certaine marge d'appréciation, la juridiction strasbourgeoise estime que le système français tel qu'il résulte de l'adoption de la loi n° 2002-93 réalise une pondération adéquate des intérêts en présence en s'appuyant sur la mise en place d'un Conseil national pour l'accès aux origines personnelles chargé de servir d'interface entre l'enfant et sa mère dans un processus susceptible d'aboutir dans certains cas à la levée du secret de la naissance et autorisé au demeurant dans tous les cas à fournir à l'enfant les informations non identifiantes dont il dispose.

(155) Cour eur. D.H., *Odièvre c. France*, 13 février 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 629

L'on aurait tort toutefois de voir dans l'arrêt *Odièvre* une quelconque forme de blanc-seing définitivement concédé par la Cour de Strasbourg aux Etats relativement à la question de l'accouchement anonyme. Le poids de la décision doit en effet être relativisé en ce qu'elle ne reflète l'opinion que de dix des dix-sept juges qui composent la grande chambre. Ainsi les sept juges minoritaires proposent-ils un point de vue différent. A leur estime, loin de ménager un équilibre adéquat entre les différents intérêts en cause, la loi française fait bien plutôt primer le droit de la mère sur le droit de l'enfant puisque – en dernière analyse – elle dispose discrétionnairement du droit de le laisser dans l'ignorance.

Il est donc permis de considérer que la jurisprudence européenne relative à la question de l'accouchement anonyme n'est pas «clichée». La décision *Odièvre* a d'ailleurs constitué une surprise pour les commentateurs (156) qui y ont vu à juste titre la pierre d'achoppement – fût-elle provisoire – d'une tendance jurisprudentielle initiée avec l'arrêt *Gaskin* (157) et confirmée par l'arrêt *Mikulic* qui semblait augurer une consécration sans cesse plus pleine du droit reconnu à l'enfant d'accéder à ses origines. Ainsi, alors que ces arrêts posaient notamment l'exigence de l'institution d'une *autorité indépendante* qui puisse prendre une décision finale relativement à l'opportunité qu'il y a à ce que la vérité soit révélée ou au contraire le secret maintenu, le système français – et la proposition belge qui en est largement inspirée – ne mettent en place au mieux que des institutions dotées d'un rôle de *médiation* mais certainement pas d'une compétence de *décision*.

En Belgique, deux autres propositions de loi ont été initialement déposées à la Chambre respectivement le 18 août 2005 (158) et le

(156) P. WAGNEMANN, «Le droit au secret de la vie privée», in *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme* (sous la dir. de F. SUDRE), Bruzelles, Bruylant, 2005, p. 152-154; O. ROY, «Le droit de connaître ses origines et la Cour européenne des droits de l'homme: l'affaire *Odièvre contre France*», in *Family life and human rights* (éd. P. LODRUP et E. MODVAR), Oslo, Gyldendal, 2004, p. 616 et s.; V. BONNET, «L'accouchement sous X et Cour européenne des droits de l'homme», *Rev. trim. D.H.*, 2004, p. 421; S. VAN DROGHEBROECK, *La Convention européenne des droits de l'homme: trois années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme 2002-2004*, Les dossiers du J.T., Bruzelles, Larcier, 2006, p. 37-38.

(157) Cour eur. D.H., *Gaskin c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, *Rev. trim. D.H.*, 1990, p. 353, note P. LAMBERT, «Le droit d'accès aux documents administratifs personnels».

(158) Proposition de loi modifiant la réglementation afin de permettre l'accouchement anonyme, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2004-2005, n° 51-1984/1.

8 février 2007 (159) et redéposées respectivement le 5 février 2008 (160) et le 18 janvier 2008 (161). Toutefois, d'emblée, il faut souligner que ces deux textes prêtent le flanc aux mêmes critiques que la loi française de 2002 et la proposition belge déjà examinée dans la mesure où la première – qui tient en cinq articles – ne prévoit aucune forme de modalisation du principe de l'anonymat tandis que la seconde – qui prétend organiser un accouchement «discret» – concède à la mère un droit *de veto* relativement à la levée du secret lequel doit être toutefois recueilli nécessairement dans un «registre central des accouchements discrets» plutôt que déposé éventuellement par la mère entre les mains de la Commission de protection de la vie privée (162).

Une proposition confiant à une instance tierce la pesée des intérêts en présence a par ailleurs pu être déposée le 7 novembre 2008 au Sénat (163) et le 17 décembre 2008 à la Chambre (164). Aux termes de cette proposition, ce seraient les autorités centrales en matière d'adoption qui seraient les dépositaires des informations relatives à la mère. Les informations non identifiantes seraient en tout état de cause accessibles à l'enfant même mineur. Les informations identifiantes ne seraient potentiellement accessibles qu'à l'enfant majeur. Si une demande est formulée en ce sens, la mère en est informée. Si elle ne s'oppose pas à la divulgation, son identité est communiquée à l'enfant. Dans le cas contraire, une «instance indépendante» est chargée de «mettre en balance les intérêts de la mère et ceux de l'enfant» pour ensuite décider si l'identité de la mère peut ou non être révélée.

(159) Proposition de loi modifiant le Code civil afin de permettre l'accouchement discret, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2006-2007, n° 51-2900/1.

(160) Proposition de loi modifiant la réglementation afin de permettre l'accouchement anonyme, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2007-2009, n° 52-781/1.

(161) Proposition de loi modifiant le Code civil afin de permettre l'accouchement discret, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2007-2008, n° 52-707/1; voy. aussi: Proposition de loi modifiant le Code civil afin de permettre l'accouchement discret, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 2007-2008, n° 4-368/1.

(162) Voy. aussi: Proposition de loi modifiant le Code civil en ce qui concerne l'accouchement discret, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2007-2008, n° 52-1930/1 et Proposition de loi modifiant le Code civil en ce qui concerne l'accouchement discret, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 2008-2009, n° 4-1026/1.

(163) Proposition de loi complétant le Code civil par des dispositions relatives à l'accouchement discret, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 2008-2009, n° 4-999/1.

(164) Proposition de loi modifiant le Code civil en vue de l'instauration de l'accouchement discret, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2008-2009, n° 1685/1.

Une proposition «synthétique» a cependant été déposée au Sénat le 21 janvier 2009 (165) qui constitue selon ses auteurs une «refonte» des textes antérieurement déposés (166). Selon l'article 5 du texte, c'est l'autorité centrale fédérale en matière d'adoption qui est chargée de conserver les données relative à la mère. Les données non identifiantes sont accessibles en tout état de cause. Quand une demande relative à l'accès aux données identifiantes est articulée, le secret est levé moyennant l'accord de la mère. En cas d'opposition de celle-ci, un «médiateur» est désigné et investi de la mission de «prendre contact avec la mère biologique pour lui exposer tous les éléments de la situation afin que celle-ci prenne sa décision définitive en toute connaissance de causes».

En sorte qu'il y a lieu de constater qu'à ce stade du processus législatif, la solution privilégiée est encore celle d'un *droit de veto* concédé à la mère.

Ainsi, *de lege lata*, le droit belge de l'adoption consacre un droit absolu de l'enfant né en Belgique et adopté plénièrement à la connaissance de ses origines. Il lui est loisible, en effet, de solliciter copie de son acte de naissance et ce faisant de prendre connaissance à la fois du fait de son adoption et de l'identité de ses auteurs d'origine. Les *bonnes pratiques* ayant cours dans certains organismes d'adoption devraient au demeurant être généralisées par *des mesures d'exécution aux niveaux fédéral et communautaire* aux fins que l'adopté puisse également s'adresser à l'organisme d'adoption pour le cas échéant prendre en considération le fait que ses auteurs d'origine ont émis le souhait d'être identifiés ou au contraire n'ont pas émis un tel souhait et exercer son droit de connaître ses origine selon des modalités qui soient les plus respectueuses de leur droit au respect de la vie privée.

Par contre, *de lege ferenda*, l'adoption par le législateur belge de l'une des différentes propositions de loi actuellement pendantes et qui ont vocation à introduire en droit belge l'accouchement *anonyme* ou *discret* méconnaîtrait largement le droit de l'enfant de connaître ses origines. La connaissance du *fait* de l'abandon et de l'adoption subséquente demeurerait certes en tout état de cause

accessible à l'enfant puisque marginalement mentionnée sur l'acte de naissance dont il peut – et dans certaines circonstances doit – solliciter copie. Par contre, l'*identité* de la femme qui a accouché dans l'*anonymat* ou dans la *discretion* resterait *a priori* inaccessible à l'enfant sauf pour cette femme à marquer expressément son accord pour que son identité soit révélée.

Il est intéressant de relever que, dans les deux champs – celui de l'adoption et celui de l'accouchement anonyme ou discret –, l'un des droits en présence prime sans nuance l'autre sans que l'intermédiation d'une «autorité indépendante», telle qu'elle a pu être préconisée tant pour l'adoption que pour l'accouchement anonyme ou discret, ne puisse avoir d'influence que strictement marginale. Le droit belge de l'adoption reconnaît ainsi à l'enfant adopté un droit absolu à la connaissance de ses origines – au point que ce *droit* constitue en réalité une *obligation* – tandis que les réformes projetées relativement à l'accouchement anonyme ou discret feraient primer sans nuance le droit de la mère – investie dans l'ensemble des textes proposés d'un véritable droit de *veto* – sur celui de l'enfant.

Quelles seraient les différences *objectives* entre les deux situations qui justifieraient relativement à la question de l'accès aux origines des positionnements aussi diamétralement opposés? La considération que la décision d'*accoucher dans l'anonymat* ou la *discretion* est par hypothèse *prénatale* tandis qu'au contraire la décision de mettre un enfant en adoption est nécessairement *postnatale* pourrait-elle être de nature à justifier une telle différenciation des solutions (167)?

L'enfant né ensuite d'une procréation médicalement assistée ayant mobilisé un don d'embryons ou de gamètes est quant à lui encore plus mal loti qui se voit dénié non seulement le droit de connaître l'*identité* du ou des donneurs qui ont rendu possible sa venue au monde mais encore le droit de connaître *le mode* de sa conception.

§4. – Les questionnements relatifs à l'anonymat du don d'embryons ou de gamètes

Dans le cadre des débats parlementaires qui ont précédé l'adoption de la loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des

(167) Proposition de loi modifiant le Code civil afin de permettre l'accouchement discret, *Doc. parl., Sén., sess. ord. 2007-2008, n° 4-358/1, p. 7.*

(165) Proposition de loi relative à l'accouchement discret, *Doc. parl., Sén., sess. ord. 2008-2009, n° 4-1138/1.*

(166) Le texte est ainsi sensé «synthétiser» ou «refondre» les propositions 4-152/1, 4-999/1, 4-358/1 et 4-1026/1 précitées.

gamètes (168), il s'est notamment agi de trancher la question lancinante de l'anonymat du don.

La question du don de gamètes et celle du don d'embryons avaient d'ores et déjà fait l'objet respectivement des avis n° 27 (169) et n° 29 (170) du Comité consultatif de bioéthique, tous deux rendus en 2004. De longs développements y étaient consacrés à l'opportunité qu'il y aurait à déroger au principe jusque là pratiqué par les Centres de médecine procréative de l'anonymat du don. Classiquement, le Comité s'est attaché en ces avis à identifier les intérêts en présence puis à proposer un mode de pondération. Outre le droit de l'enfant à connaître ses origines, ont ainsi été pointés également le droit à la vie privée du ou des donneur(s) et celui du ou des receveur(s).

S'agissant, dans un premier temps, de l'accès de l'enfant à la connaissance du fait qu'il est issu d'une procréation médicalisée ayant mobilisé le matériel génétique d'un ou de tiers, le Comité est partagé. Certains membres estiment que «la vérité reste préférable en général tant par principe que pour éviter les traumatismes psychologiques qui surgiraient de la révélation accidentelle à l'enfant de ses origines». Les autres soulignent au contraire «les avantages qu'ont les enfants d'être élevés sans devoir affronter la question d'une intervention tierce dans leurs origines». Dès lors, le Comité conclut qu'il serait inopportun de légiférer sur la question et qu'il y a lieu de déférer aux auteurs du projet parental la décision de révéler ou au contraire de cacher à l'enfant la manière dont il a été conçu (171).

S'agissant, dans un second temps, de la possibilité pour l'enfant d'accéder à l'identité des tiers qui ont rendu possible sa venue au monde, le Comité se trouve divisé. Certains de ses membres sont partisans du maintien de l'anonymat en tant que rempart nécessaire d'une vie privée que mettraient nécessairement à mal – par exemple – l'immixtion du donneur dans l'éducation d'un enfant résultant de son don ou bien celle d'un enfant dans la vie familiale du donneur qui a permis sa naissance (172). D'autres considèrent a contrario que le droit

(168) Loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes, *M.B.*, 17 juillet 2007, p. 38575.

(169) Comité consultatif de bioéthique, avis n° 27 du 8 mars 2004 relatif au don de sperme et d'ovules, disponible en ligne sur le site du ministère de la santé à : www.portal.health.fgov.be.

(170) Comité consultatif de bioéthique, avis n° 29 du 21 juin 2004 relatif au don d'embryon, disponible en ligne sur le site du ministère de la santé à : www.portal.health.fgov.be.

(171) Comité consultatif de bioéthique, avis n° 27, *op. cit.*, p. 23 et 24; Comité consultatif de bioéthique, avis n° 29 du 21 juin 2004 relatif au don d'embryon, *op. cit.*, p. 43 et 47.

(172) Comité consultatif de bioéthique, avis n° 27, *op. cit.*, p. 24.

de l'enfant à la connaissance de ses origines doit prévaloir sur les droits des autres intéressés (173). D'autres encore proposent d'explorer une voie médiane et estiment qu'il y a lieu de comprendre le droit de l'enfant comme «un droit réel qui doit être respecté, mais qui doit être pondéré par les droits des autres parties concernées : le droit du donneur au respect de sa vie privée et le droit des parents à leur autonomie» (174).

Ces membres du Comité qui préconisent l'adoption d'une position mixte proposent conséquemment un système de «politique à deux voies» qui quoiqu'il se targue de les pondérer, hiérarchise les droits potentiellement conflictuels en faisant primer ceux des receveurs et donneurs sur celui de l'enfant. Ainsi, en amont, il est permis au donneur de choisir d'être anonyme ou identifiable. Ensuite, en aval, les auteurs du projet parental sont investis de la possibilité de choisir soit un donneur anonyme, soit un donneur identifiable. Dès lors la révélation de l'identité du donneur est envisageable dans les cas où receveurs et donneurs partagent un semblable souci de transparence (175).

Si la lecture des travaux préparatoires de la loi du 6 juillet 2007 révèle que plusieurs parlementaires ont posé la question de l'opportunité de mettre en œuvre un tel système mixte (176), il reste qu'en définitive le texte adopté maintient une règle d'anonymat strict qui ne connaît d'autre exception que celle – très spécifique – du don non anonyme résultant d'un accord entre le donneur et le ou les receveurs visé à l'article 57 (177).

Ce faisant, a-t-il pris le risque de voir bientôt son œuvre mise en cause par la Cour européenne des droits de l'homme en ce qu'elle violerait le prescrit de l'article 8 de la Convention? Les spéculations

(173) *Ibid.*, p. 25-26.

(174) *Ibid.*, p. 26-27.

(175) *Ibid.*

(176) Au titre d'exemple, voyez l'intervention de Mark Verhaegen qui est «partisan d'une politique à deux voies en ce qui concerne l'anonymat des donneurs de spermatozoïdes et d'ovules. Il y aura, dans ce cas, d'un côté des donneurs qui veulent rester anonymes à tout moment, et de l'autre, des donneurs dont les données personnelles peuvent être communiquées. Pour autant que cela soit possible, chaque enfant doit en effet avoir le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux. L'article 7 de la Convention relative aux droits de l'enfant le prévoit également : Projet de loi relatif à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes, Rapport fait au nom de la Commission de la santé publique, de l'environnement et du renouveau de la société par MM. J. GERMEAUX et M. CHEVALIER, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2006-2007, n° 51-2567/4, p. 19.

(177) L'article 57 de la loi sur la procréation médicalement assistée autorise expressément le don non anonyme de gamètes aux fins en particulier de permettre à une candidate receveuse d'ovocytes de bénéficier d'un don à l'intérieur de son cercle familial ou amical; le prélèvement d'ovocytes est en effet une procédure assez lourde et risquée une manière telle que les candidates donneuses sont rares.

sont permises comme la Cour de Strasbourg n'a jusqu'à présent jamais été amenée à se prononcer directement sur la conformité au prescrit de l'article 8 de la Convention du principe de l'anonymat du don.

La question a toutefois surgi, incidemment, dans le cadre d'une affaire *X, Y et Z c. Royaume-Uni* (178) tranchée par la Cour le 22 avril 1997. Etait en cause l'impossibilité pour X – transsexuel femme-homme – d'être enregistré comme le père juridique de l'enfant Z mis au jour par sa compagne Y ensuite d'une insémination artificielle avec donneur. Outre la question *spécifique* de l'octroi de droits parentaux aux transsexuels, la Cour devait appréhender la question *générale* des rapports entretenus par l'enfant venu au monde à la suite d'une IAD avec la personne assumant le rôle de père, d'une part, et avec le donneur, d'autre part. Sur cette seconde question la Cour s'est contentée de constater qu'il n'y avait au sein des pays membres du Conseil de l'Europe d'approche commune ni sur «la traduction sur le plan juridique de la réalité sociale de la relation unissant un enfant conçu par IAD et la personne assumant le rôle de père», ni «quant à savoir s'il est préférable, du point de vue de l'enfant ainsi conçu, de protéger l'anonymat du donneur de sperme ou de donner à l'enfant le droit de connaître l'identité de celui-ci».

Ainsi, alors que les propositions de loi tendant à introduire en droit belge la possibilité d'accoucher anonymement ou discrètement permettraient théoriquement à l'enfant d'accéder à la connaissance de l'identité de sa mère biologique – fût-ce par la mise en place d'un système conférant en dernière analyse un droit de veto absolu à celle-ci –, l'option retenue par le législateur belge en matière de procréation médicalisée avec donneur(s) prive en tout état de cause l'enfant de toute possibilité quelconque de connaître l'identité du ou des tiers qui ont participé à sa conception étant entendu que la révélation des seules *circonstances* de sa venue au monde est entièrement laissée à la discrétion des auteurs du projet parental.

Une telle différence de traitement entre l'enfant dont la mère biologique a choisi d'accoucher dans l'anonymat ou dans la discrétion,

d'une part, et l'enfant dont la naissance résulte de la mobilisation dans le cadre d'une procréation médicalisée des forces génétiques d'un tiers ou de tiers, d'autre part, se justifie-t-elle?

Dans le cadre des travaux préparatoires qui ont conduit à l'adoption de la loi du 6 juillet 2007, certains parlementaires avaient *en tout cas* plaidé pour que soit dégagée relativement à la question de l'anonymat une *solution de cohérence* qui puisse à ce titre faire sens indifféremment dans le cadre des réglementations respectives de la médecine procréative et de l'accouchement dans l'anonymat ou dans la discrétion. Force est de constater qu'une telle *solution de cohérence* apparaît aujourd'hui *a priori* exclue eu égard à la teneur respective de la loi relative à la procréation médicalement assistée et des propositions pendantes relativement à l'accouchement anonyme ou discret (179).

Toujours est-il que l'opportunité de dégager une telle *solution de cohérence* n'est pas admise par tous. Certains estiment qu'il existe entre les deux problématiques envisagées des *différences objectives* qui impliquent que la question de l'anonymat y fasse l'objet d'un *traitement différencié*. Ainsi il se trouve des auteurs pour estimer que si le vœu formulé par l'enfant né sous x de connaître sa mère participe bien d'une quête identitaire protégée par le droit au respect de la *vie privée*, il n'en irait certainement pas de même de la volonté exprimée par un enfant né à la suite d'une procréation médicalement assistée de connaître son donneur au motif que celui-ci ne serait qu'un *agent strictement technique*. Le droit de l'enfant de connaître ses origines serait ainsi *moins pertinent* ou à tout le moins s'exprimerait de manière *moins intense* dans le chef de l'enfant venu au monde grâce à la mobilisation des techniques de PMA que dans celui de l'enfant né sous x (180).

De l'enfant adopté à l'enfant né par procréation médicalement assistée hétérologue en passant par l'enfant né sous x, le droit de connaître ses origines semble connaître une forme de *decrecendo* affectant sa *pertinence* et l'*intensité* avec laquelle il s'exprime. L'enfant adopté et l'enfant issu d'une procréation médicalement

(178) Projet de loi relatif à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes, Rapport fait au nom de la Commission de la santé publique, de l'environnement et du renouveau de la société par MM. J. GERMBAUX et M. CHEVALIER, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2006-2007, n° 51-2567/4, p. 23.

(180) P. WACHSMANN, *op. cit.*, p. 154.

(178) Cour eur. D.H., *X, Y et Z c. Royaume-Uni*, 22 avril 1997, *Rev. trim. dr. fam.*, 1997, p. 171.

assistée constituent ainsi les deux extrémités d'un axe, le premier ayant un *droit absolu* à la connaissance de ses origines tandis que le second se trouve *radicalement privé* de ce droit. Entre ces deux pôles, pour autant que le législateur finisse par adopter l'une des propositions de loi actuellement examinées en la matière, l'enfant dont la mère choisirait d'accoucher dans l'anonymat ou dans la discrétion se verrait concéder un *droit à la connaissance de ses origines* subordonné au *droit au respect de la vie privée* de sa génitrice.

Il échet donc de constater que si le droit de connaître ses origines s'entend généralement du droit de l'individu d'accéder à la dimension *biologique* de sa genèse, la manière dont ce droit se trouve consacré, conditionné ou non reconnu relève en dernière analyse de l'intensité présumée des liens *affectifs* qui ont pu être noués avant et nonobstant la rupture subséquente entre les parents génétiques et l'enfant désireux de les connaître : importants dans le cadre de l'adoption, ténus dans celui de l'accouchement anonyme ou discret, inexistant dans celui du don d'embryons ou de gamètes.

Les hypothèses – telles que celles qui viennent d'être envisagées – dans lesquelles le droit oblitère purement et simplement le lien biologique au profit d'un engagement socio-affectif ne sont pas les seules qui mettent en jeu une distorsion entre le lien du sang et le lien de droit. Car le droit commun de la filiation recherche lui-même une forme d'équilibre entre les dimensions génétique et affective du lien censé *a priori* servir l'intérêt de l'enfant qui est naturellement susceptible de générer un hiatus entre la filiation juridique et la parenté biologique. Cette potentialité, dans un contexte marqué par l'accessibilité croissante du donné génétique, pose la question de la légitimité de la mobilisation privée des tests génétiques à des fins de *vérification* de la correspondance entre la réalité biologique et le lien de droit que l'on se propose d'établir ou bien de mettre à néant, voire indépendamment de toute prétention quelconque en matière de filiation.

§5. – *La filiation paternelle et la commercialisation des tests génétiques privés*

Les tests génétiques dits «privés» ainsi désignés par opposition aux tests génétiques conduits dans le cadre du procès civil sont certes connus de longue date. Il semble toutefois que le développement

de leur commercialisation massive réalisé notamment par la voie d'internet exige que l'on y prête aujourd'hui une attention accrue.

Est-il opportun qu'il soit recouru dans le cadre privé à des analyses génétiques tendant à *vérifier* la filiation biologique? Une telle vérification est-elle concevable comme préalable à une action judiciaire relative à la filiation? Comme préalable à une reconnaissance? Comme un mode d'*objectivation du doute* indépendant de toute prétention juridique et intervenant le cas échéant alors que la filiation juridique n'est pas ou plus susceptible de modification?

Plusieurs propositions de loi avaient été déposées dans le cours de l'année 2003 qui tendaient à encadrer et à limiter légalement la mobilisation privative de l'expertise génétique. La proposition déposée le 13 mars 2003 au Sénat (181) était ainsi fondée sur l'idée que l'accès aisé à la vérité biologique procuré par les analyses privées est de nature – en l'absence de réglementation appropriée – à générer des violations des droits et libertés des individus. Les auteurs de la proposition de loi pointaient tout particulièrement le risque d'atteinte au droit de l'enfant au respect de sa vie privée et familiale tel que garanti par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

La menace pour les droits de l'enfant résiderait ainsi selon les termes de la proposition notamment dans la possibilité que soit révélée une *vérité biologique* contraire à la *filiation juridique* alors même que – par le jeu des délais d'action et/ou de la possession d'état – celle-ci n'est pas ou plus susceptible d'être anéantie. Une telle dissonance entre la *filiation biologique* et la *vérité légale* constituerait une atteinte au droit qu'a l'enfant au respect de sa vie familiale – soit «le droit pour l'enfant de préserver ses relations familiales telles qu'elles sont reconnues par la loi nationale du pays dont il est le sujet» – et au respect de sa vie privée – conçu comme «son droit à préserver le secret de sa filiation». La pratique des tests génétiques privés porterait au surplus atteinte au «droit personnel de l'enfant à

(181) Proposition de loi visant à réglementer l'usage des analyses génétiques à des fins d'identification en matière de filiation, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 2002-2003, n° 2-1528/1; Proposition de loi visant à réglementer l'usage des analyses génétiques à des fins d'identification en matière de filiation, *Doc. parl.*, Sén., sess. extr. 2003, n° 3-64/1; Proposition de loi visant à réglementer l'usage des analyses génétiques à des fins d'identification en matière de filiation, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 2003-2004, n° 3-97/1.

connaître ses origines» tels que garanti par l'article 7 de la Convention sur les droits de l'enfant (182).

En France, le recours aux tests génétiques privatifs est purement et simplement interdit par les articles 16-10 à 16-12 du Code civil insérés par une loi du 29 juillet 2004. Un test génétique ne peut dès lors y être entrepris qu'ordonné au titre de mesure d'instruction par un magistrat.

La législation proposée en Belgique n'avait pas pour objet de proscrire en tout état de cause la mobilisation extrajudiciaire de tests génétiques, mais de l'encadrer et de la restreindre à la fois en autorisant les seuls Centres de génétique humaine dûment agréés à procéder après avoir recueilli le consentement des personnes concernées aux prélèvements et analyses (art. 8 et 9) et en calquant les délais dans lesquels il peut y être recouru sur ceux prévus par le Code civil pour introduire les actions relatives à la filiation (art. 7).

La proposition de loi a amené la Commission de la justice du Sénat à solliciter à la fois un avis interne – celui du groupe de travail bioéthique (183) – et un avis externe – celui du Comité consultatif de bioéthique (184). L'un et l'autre avis ont été exprimés dans le cours du mois de novembre 2006.

Le professeur Verschelden – auditionné en 2005 dans le cadre des travaux du groupe de travail – a mis en question la validité de certains arguments juridiques avancés par les auteurs de la proposition (185). S'agissant tout d'abord de la mise en péril invoquée du droit de l'enfant au respect de sa *vie familiale*, il estime que la remise en cause du lien de filiation juridique par la révélation de la vérité biologique ne peut perçue être comme étant nécessairement *a priori* contraire à l'intérêt de l'enfant. Il remarque à cet égard que la réforme de la filiation – alors projetée et aujourd'hui advenue –

(182) Proposition de loi visant à réglementer l'usage des analyses génétiques à des fins d'identification en matière de filiation, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 2002-2003, n° 2-1528/1, p. 6-7.

(183) Proposition de loi visant à réglementer l'usage des analyses génétiques à des fins d'identification en matière de filiation, Rapport fait au nom du groupe de travail «bioéthique» par Mme LALOY, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 2006-2007, n° 3-97/2.

(184) Comité consultatif de bioéthique, Avis n° 37 du 13 novembre 2006 portant sur l'usage des tests ADN en matière de détermination de la filiation et Comité consultatif de bioéthique, Annexe à l'avis n° 37 du 13 novembre 2006 portant sur l'usage des tests ADN en matière de détermination de la filiation, disponibles en ligne sur le site du ministère de la santé à : www.portal.health.fgov.be.

(185) Proposition de loi visant à réglementer l'usage des analyses génétiques à des fins d'identification en matière de filiation, Rapport fait au nom du groupe de travail «bioéthique» par Mme LALOY, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 2006-2007, n° 3-97/2, p. 14 et s.

participe d'une revalorisation de la vérité biologique en tant que susceptible de remettre en cause la filiation juridique. S'agissant d'autre part de l'idée selon laquelle les tests génétiques privés violeraient le droit de l'enfant au respect de sa *vie privée* conçu comme le droit au maintien du secret de ses origines, il souligne que l'interprétation avancée du droit au respect de la vie privée est radicalement opposée à celle qui a été élaborée par la Cour européenne des droits de l'homme qui perçoit le droit au respect de la vie privée comme emportant le droit d'accéder à la connaissance de ses origines en tant que celle-ci est essentielle au développement de la personnalité.

Après avoir ainsi contesté la pertinence de l'argumentaire articulé par les auteurs du texte, le professeur Verschelden a déclaré n'être pas opposé à l'établissement privatif de la vérité biologique. Il ne voit pas de raison décisive de limiter l'accès aisé et peu onéreux à la réalité génétique. Tout ou plus considère-t-il qu'il y a lieu de mettre en place un cadre législatif propre à assurer la qualité des prélèvements et analyses et celle du cadre dans lequel ils sont réalisés (186).

Il y aurait selon lui par contre sans doute une atteinte au droit de l'enfant d'accéder à ses origines personnelles tel que consacré notamment par les articles 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et 7 de la Convention de New-York relative aux droits de l'enfant dans l'impossibilité que l'on instituerait pour un enfant de mettre au jour la réalité biologique de son engendrement dès lors que sa filiation juridique ne peut pas ou plus être mise en question (187).

L'avis n° 37 du Comité consultatif de bioéthique a été rendu le 13 novembre 2006 soit quelques mois après la promulgation de la loi modifiant les dispositions du Code civil relatives à l'établissement et aux effets de la filiation (188). C'est donc à la lumière des dispositions de ce texte que les membres du Comité ont évalué la réglementation proposée de l'usage des tests génétiques réalisés privativement. De leur point de vue, pose spécialement question l'ins-

(186) *Ibid.*, p. 22.

(187) *Ibid.*

(188) Loi du 1^{er} juillet 2006 modifiant des dispositions du Code civil relatives à l'établissement de la filiation et aux effets de celle-ci, *M.B.*, 29 décembre 2006, p. 76040.

titution par la loi du 1^{er} juillet 2006 de délais *différés* ou *postposés* pour les actions en contestation de paternité (189).

Ces délais d'un an qui prennent cours «*au moment de la découverte du fait qu'il n'est pas le père*» pour le père juridique et «*au moment de la découverte du fait qu'il est le père*» pour le père biologique sont en effet, à l'estime des membres du Comité, de nature à donner à penser que le législateur a voulu «*encourager*» le recours aux analyses génétiques privées comme préalable à de telles actions (190).

Car en effet, de quelle autre manière est susceptible de naître la certitude – et pas le simple soupçon – que l'on est, ou pas, le père d'un enfant? Nathalie Massager n'en voit pas qui estime ainsi qu'«*il faudra faire la part des choses entre l'intuition alimentée par la rumeur ou d'autres indices diffus entourant tous les secrets de famille, qui ne pourraient être tenus comme point de départ d'un délai légal et le verdict issu d'un examen médical qui déclenchera le délai différé d'un an*» (191).

Il faudrait donc voir dans le point de départ des délais *différés* ou *postposés* une forme de consécration légale du recours aux analyses génétiques privées. Cette perception ne fait toutefois pas l'unanimité. Il se trouve en effet des auteurs pour considérer que si la loi du 1^{er} juillet 2006 pose bel et bien la question de ce qui est susceptible de constituer «*la découverte du fait*» au sens des nouveaux articles 318 et 330 du Code civil il est excessif d'estimer qu'il y aurait là une manière de validation législative de l'usage des tests génétiques privés (192).

Une autre question soulevée par le Comité relativement à la confrontation de la proposition de loi tendant à réglementer la réalisation privative de tests génétiques à la réforme de la filiation portée par la loi du 1^{er} juillet 2006 réside dans les *distorsions* qui pourraient surgir entre filiation biologique et filiation juridique ensuite de la

(189) La loi du 1^{er} juillet 2006 s'écarte sur ce point du positionnement adopté par la Cour d'arbitrage relativement à l'opportunité de permettre que le lien juridique de filiation soit mis en cause au-delà de la période durant laquelle l'enfant n'a pas encore conscience de la signification de la paternité, voyez, à cet égard, C.A., 21 décembre 2000, n° 138/2000, *Rev. trim. dr. fam.*, 2001, p. 319 et C.A., 12 juillet 2001, n° 95/2001, *Rev. trim. dr. fam.*, 2001, p. 725.

(190) Comité consultatif de bioéthique, Annexe à l'avis n° 37 du 13 novembre 2006 portant sur l'usage des tests ADN en matière de détermination de la filiation, *op. cit.*, p. 10.

(191) N. MASSAGER, «La nouvelle loi sur la filiation», in *Droit des familles* (sous la coordination de D. PIRE), CUP, Université de Liège, Liège, Anthémis, 2007, p. 71.

(192) J. SASSON, «Le droit de la filiation nouveau est arrivé! (deuxième partie)», *J.T.*, 2007, p. 392-394.

réalisation d'un test génétique dont la *possession d'état* empêche tout usage judiciaire. Qu'en serait-il autrement dit d'une filiation génétique révélée alors que la filiation juridique – corroborée par un lien socio-affectif – ne peut plus être le lieu d'aucune modification (193)?

L'on aperçoit ici la consécration possible d'une forme de droit de *vérifier sa filiation génétique* qui serait strictement distinct de toute prétention au plan de la *filiation juridique*. Une telle perspective ne manque pas de poser question. Serait-il opportun voire nécessaire au regard du droit au respect de la *vie privée* entendu comme emportant le droit pour chacun d'avoir accès à une genèse de sa venue au monde dont la connaissance apparaîtrait désormais comme essentielle à l'épanouissement des individus d'ouvrir la possibilité d'accéder à la vérité biologique dès lors que celle-ci est potentiellement incobérente avec un lien juridique qui n'est plus susceptible d'être amendé (194)?

Au demeurant si un enfant nourrit des doutes relativement à la véracité génétique du lien qui l'unit à son père juridique nonobstant le partage d'une histoire commune est-il opportun de lui reconnaître une manière de *droit absolu* à la *vérification* de sa filiation? Une telle prérogative ne porterait-elle pas atteinte manifestement à la *vie privée* des parents qui comme celle de l'enfant mérite d'être protégée? En outre est-il conforme à l'*intérêt de l'enfant* de permettre que se fasse jour de manière tardive et en contrariété avec la dimension psycho-sociologique de la filiation un *hiatus* insurmontable entre la vérité biologique et le lien de droit?

Certains membres du Comité vont plus loin qui prônent que la filiation juridique puisse être sans restriction balayée par la vérité biologique révélée par la mobilisation privée de l'expertise génétique sans que le lien d'affection éventuel incarné juridiquement dans la possession d'état soit aucunement pris en considération. Il y aurait là une remise en cause sans précédent des équilibres traditionnellement recherchés entre les différentes composantes de la filiation

(193) Comité consultatif de bioéthique, Avis n° 37 du 13 novembre 2006 portant sur l'usage des tests ADN en matière de détermination de la filiation, p. 12 et s. et 21 et 22.

(194) F. BELLIVIER, L. BRUNET et C. LABRUSSE-RIOU, «La filiation, la génétique et le juge où est passée la loi», *R.T.D. civ.*, 1999, p. 566 et s.

juridique et une consécration sans nuance du primat de la biologie (195).

La proposition de loi du 13 mars 2003 a été redéposée le 20 novembre 2007 (196) à la Chambre. Le texte n'a *a priori* fait l'objet d'aucune modification et ne tient dès lors compte – en son état actuel – ni de la réforme de la filiation intervenue depuis la proposition initiale ni des avis émis par le Groupe de travail «bioéthique» et le Comité consultatif de bioéthique. Les spéculations restent donc permises quant à la manière dont une éventuelle législation belge destinée à encadrer le recours privatif à l'expertise génétique trouverait à s'intégrer harmonieusement dans un contexte caractérisé à la fois par la reconnaissance de plus en plus large du droit de connaître ses origines et par l'avènement de la réforme du droit de l'adoption.

§6. – *Conclusions*

La réforme de l'adoption et l'élaboration d'un cadre légal pour les techniques de procréations médicalement assistée (*de lege lata*) ainsi que les réglementations aujourd'hui envisagées en matière d'accouchement anonyme ou discret et de tests génétiques privés (*de lege ferenda*) ont en commun de mettre en jeu les termes de la dialectique *vérité – secret*.

Et force est de constater que si dans les *perceptions* actuelles la *vérité* – perçue comme nécessairement *bonne* – tend *a priori* à prévaloir sur le *secret* – conçu comme intrinsèquement pathogène –, les *options* prises ou envisagées par le législateur belge reflètent la volonté d'une recherche d'un équilibre entre *transparence* et *dissimulation* au nom d'un nécessaire arbitrage entre les intérêts des uns et des autres et de l'intérêt de la société généralement considérée.

Dans les quatre problématiques envisagées en ces pages, la confrontation de la *vérité* au *secret* est appréhendée et résolue de manière *différenciée* car par-delà l'unicité de la dialectique en jeu chaque situation présente des caractéristiques qui lui sont spécifi-

ques en sorte qu'il apparaît qu'un traitement *semblable* ne serait pas concevable ou en tout cas pas opportun.

Le droit de chaque individu au respect de sa vie privée conçu comme emportant celui de connaître ses origines personnelles se voit donc *consacré, conditionné ou non reconnu* selon que dans la situation envisagée il l'emporte ou pas *en pertinence et en intensité* sur le droit des tiers – *parents de sang et parents de cœur* – au respect de leur propre vie privée.

Il est toutefois permis de mettre en question l'importance des contrastes entre le sort fait à des enfants qui par-delà les indéniables différences de leurs situations respectives ont en commun de chercher à accéder à leurs origines personnelles.

Le débat n'est certes pas clos. Le droit réformé de l'adoption et la loi relative à la procréation médicalement assistée constituent *deux balises* : la reconnaissance plénière du droit de l'adopté à la connaissance de ses origines et le déni strict de ce droit à l'enfant né grâce à la mobilisation d'un don. La question de la quête des origines *demeure posée* dans le cadre de la législation projetée en matière d'accouchement anonyme ou discret et dans celui de la réglementation envisagée du recours privé aux tests génétiques en matière de filiation, à charge pour le législateur, à défaut de pouvoir procurer une solution *unique*, de déterminer des solutions *cohérentes* les unes par rapport aux autres.

(195) Comité consultatif de bioéthique, Avis n° 37 du 13 novembre 2006 portant sur l'usage des tests ADN en matière de détermination de la filiation, *op. cit.*, p. 13 et 22

(196) Proposition de loi visant à réglementer l'usage des analyses génétiques à des fins d'identification en matière de filiation, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2007-2008, n° 52-394/1.