

Filiation – Consentement de la mère et reconnaissance de paternité



15 juin 2021

Les carnets du DIP

La pratique du droit international privé est, à plus d'un titre, un voyage périlleux. Pour éviter de se perdre en chemin, le praticien devra apprendre à manier les instruments et concepts qui servent de boussole dans les relations transfrontalières. Il lui faudra également se familiariser avec les langues juridiques étrangères et exercer son regard à une approche internationale des obstacles qu'il rencontre sur sa route. Pour tout cela, le praticien-voyageur ne pourra se passer de tenir un carnet de bord dans lequel consigner ses observations.

Les Carnets du DIP de l'ADDE sont destinés aux professionnels intervenant dans l'exercice des droits familiaux des personnes engagées dans des relations à caractère international. Ce sont autant de feuillets leur proposant une analyse actualisée de problèmes juridiques précis et récurrents. Leur ambition est de compléter les notes personnelles des praticiens tout en pouvant servir de base de discussion avec les particuliers dont les droits sont en jeu.

Filiation – Consentement de la mère et reconnaissance de paternité

Dans de nombreux cas, lorsqu'un homme étranger se présente seul devant l'officier de l'état civil afin de procéder à une reconnaissance de paternité, soit au moment de la déclaration de naissance de l'enfant, soit ultérieurement, l'autorité communale lui demande de revenir avec la mère de l'enfant ou, si la mère est à l'étranger, de déposer un acte authentique attestant son consentement. Selon différents officiers de l'état civil, le consentement de la mère est, en tout état de cause, requis pour qu'une reconnaissance de paternité puisse légalement être actée en Belgique.

Selon l'**article 62, §1, alinéa 1^{er} du Code de droit international privé** (Codip), « *l'établissement et la contestation du lien de filiation à l'égard d'une personne sont régis par le droit de l'Etat dont elle a la nationalité au moment de la naissance de l'enfant ou, si cet établissement résulte d'un acte volontaire, au moment de cet acte.* »

Dans le cas d'une reconnaissance de paternité, le **droit de l'Etat dont le père a la nationalité** au moment de la reconnaissance doit donc déterminer les conditions de celle-ci. C'est dans le droit de cet Etat qu'il convient de puiser notamment les règles permettant de dire si le consentement de la mère de l'enfant est requis. Par conséquent, les règles applicables seront différentes selon que le père est belge (I.a) ou étranger (I.b),

Pour les formalités entourant la reconnaissance de paternité faite en Belgique, l'article 64 Codip prévoit que le droit national du père n'est pas nécessairement applicable. Les formalités suivies peuvent également être celles qui sont fixées par le droit belge. Les formalités ici visées sont les formes dans lesquelles la reconnaissance peut être formulée, mais également les formes des actes préalables à la reconnaissance, parmi lesquels l'acte par lequel la mère de l'enfant consent à la reconnaissance (II).

(I.a) Si le père est belge au moment de la reconnaissance de paternité, les dispositions du Code civil belge régissent les conditions de son établissement. L'article 329bis du Code civil prévoit que « *Si l'enfant est mineur non émancipé, la reconnaissance n'est recevable que moyennant le consentement préalable du parent à l'égard duquel la filiation est établie, ou de la mère si la reconnaissance est faite avant la naissance de l'enfant.* » Ainsi, lorsque le père est belge, le consentement de la mère est requis quel que soit le moment où la reconnaissance est faite, tant que l'enfant est encore mineur, sauf émancipation.

(1.b) Si le père de l'enfant est étranger au moment de la reconnaissance de paternité, les conditions de la reconnaissance sont celles prévues par le droit dont le père a la nationalité. Selon le droit considéré, le consentement de la mère sera exigé ou ne le sera pas.

Par exemple, la reconnaissance de la paternité à l'égard d'un enfant mineur ne pourra être actée sans le consentement de la mère selon la loi de l'Allemagne l'Arménie, du Burundi, du Djibouti, de l'Espagne, de la Grèce, du Kazakhstan, du Laos, du Mali, des Pays-Bas, du Royaume-Uni ou de la Thaïlande. Par contre, en Argentine, au Burkina Faso, au Congo (RDC), en Côte-d'Ivoire, en France, au Gabon, au Japon, au Luxembourg, en Suisse ou en Turquie, la loi n'exige pas le consentement maternel. En outre, d'après la loi de certains pays, comme la Bolivie ou le Tchad, la reconnaissance sans le consentement de la mère est admise mais n'a d'effet qu'à l'égard du père.

Dans le cas où la loi étrangère applicable ne subordonne pas la reconnaissance de paternité au consentement de la mère, la question se pose de savoir si l'officier de l'état civil doit écarter cette loi, au nom de **l'ordre public international**, pour exiger malgré tout ce consentement, en vertu de la loi belge.

En pratique, de nombreuses autorités communales estiment le consentement de la mère à ce point fondamental qu'elles refusent systématiquement d'acter une reconnaissance si elle n'a pas donné son accord. En général, ces communes refusent d'ailleurs même de recevoir les déclarations de paternité lorsque la mère n'est pas présente ou lorsque le père ne peut présenter un acte portant son consentement.

L'article 21 Codip dispose que « *L'application d'une disposition du droit étranger désigné par la présente loi est écartée dans la mesure où elle produirait un effet manifestement incompatible avec l'ordre public. Cette incompatibilité s'apprécie en tenant compte, notamment, de l'intensité du*

rattachement de la situation avec l'ordre juridique belge et de la gravité de l'effet que produirait l'application de ce droit étranger. Lorsqu'une disposition du droit étranger n'est pas appliquée en raison de cette incompatibilité, une autre disposition pertinente de ce droit ou, au besoin, du droit belge, est appliquée. »

On définit traditionnellement l'ordre public international comme l'ensemble des règles d'ordre public de droit interne qui sont à ce point essentielles pour l'ordre moral, politique ou économique qu'il fait nécessairement exclure l'application de toute règle contraire dans les relations de droit international privé (voy. Cass., 4 mai 1950, *Pas.*, 1950, I, 624). Cependant, l'article 21 Codip consacre désormais en droit positif une conception fonctionnelle de l'ordre public international qui ne s'évertue plus à identifier les règles matérielles le composant mais qui s'attache strictement à fixer les critères permettant de cerner les cas d'incompatibilité avec l'ordre public (F. Rigaux et M. Fallon, *Droit international privé*, Bruxelles, *Larcier*, 2005).

Conformément à cette disposition, l'officier de l'état civil ne peut, en l'occurrence, écarter la règle étrangère permettant d'établir la reconnaissance sans le consentement de la mère que si, après un examen concret de la situation, il conclut que l'application de la règle aurait des effets dont l'incompatibilité avec l'ordre public international est manifeste ; cette incompatibilité devant s'analyser au moins au regard de la gravité des effets qu'aurait l'application de la règle dans l'ordre juridique belge mais également au regard de la proximité de la situation avec ce dernier.

Ainsi, au regard de l'article 21 Codip, la pratique communale qui consiste à exiger systématiquement le consentement de la mère, sans considérations pour le droit étranger applicable et les circonstances spécifiques entourant les reconnaissances de paternité, ne peut trouver un fondement légal dans l'exception d'ordre public international. La définition même de ce principe suffit amplement à exclure toute appréciation générale et abstraite sur

l'applicabilité des dispositions légales étrangères au regard de l'ordre public international belge.

La doctrine explique que l'approche correcte dans la mise en œuvre de l'exception d'ordre public international consiste non à considérer la loi étrangère comme pouvant elle-même être contraire à l'ordre public belge mais à évaluer l'impact de son application dans les situations concrètes relevant de l'ordre juridique belge. (P. Wautelet, « Un mariage somalien et minorité des époux : une question de principe et de méthode », observation sous Trib. Fam. Liège (10^{ème} ch.), 25 mai 2018, n° 18/522/B, *Rev. dr. étr.*, 2018, n°198, p. 334).

Quels sont alors concrètement les effets problématiques auxquels la reconnaissance de paternité peut aboutir en l'absence du consentement de la mère ? L'établissement de la paternité pourra éventuellement avoir lieu en faveur d'un homme dont la mère doute qu'il soit le père biologique, ou d'un homme n'ayant aucun lien avec l'enfant ou ayant un comportement violent avec lui, ou encore d'un homme ne désirant se déclarer père que dans le but de de garder une emprise sur la mère. Plus généralement, la mère qui considère que la reconnaissance n'est pas dans l'intérêt de l'enfant ne pourra pas s'y opposer.

Pour que ces circonstances justifient le recours à l'exception d'ordre public international, elles doivent apparaître à l'officier de l'état civil comme manifestement graves en fonction de la proximité de la situation avec l'ordre juridique belge.

F. Rigaux et M. Fallon expliquent que les deux critères de l'ordre public international expressément visés par l'article 21 Codip fonctionnent un peu comme des vases communicants : un rattachement étroit avec la Belgique imposera un renforcement des exigences de l'ordre public et, inversement, un rattachement faible justifiera un assouplissement des exigences de

l'ordre public (F. Rigaux et M. Fallon, Droit international privé, *op. cit.*, n° 7.53).

La **jurisprudence** doit guider l'officier de l'état civil dans son appréciation.

Dans un arrêt rendu le 2 février 2017 par la Cour d'appel de Bruxelles (*Rev. dr. étr. n° 193, p. 284*) à propos de la filiation d'un père français, la Cour relève que le droit français ne permet pas à la mère de s'opposer à la reconnaissance faite par le père biologique et de faire valoir à cette occasion que celle-ci est contraire à l'intérêt de l'enfant. De fait, les dispositions du Code civil ne requièrent pas le consentement de la mère au moment de la reconnaissance devant l'officier de l'état civil (article 316) et elles ne permettent pas de contester la paternité du père biologique (articles 332 à 336). Or, poursuit la Cour, l'article 329*bis* du Code civil belge a été censuré par la Cour constitutionnelle en ce qu'il ne permettait pas au juge d'apprécier pleinement l'intérêt de l'enfant dans tous les actions portant sur la reconnaissance de paternité. La Cour d'appel en déduit donc que la prise en compte de l'intérêt de l'enfant est primordiale et qu'il faut écarter, au nom de l'ordre public international belge, la loi étrangère qui ne permet pas de prendre en compte cet intérêt. En outre, la Cour note que la situation litigieuse présente des liens importants avec la Belgique.

Dans cet arrêt, la Cour ne s'interroge pas spécifiquement sur la compatibilité avec l'ordre public de la règle autorisant la reconnaissance de paternité sans le consentement maternel. Elle observe le régime français de reconnaissance dans sa globalité et constate que l'intérêt de l'enfant ne peut être apprécié à aucun moment lorsque la filiation a été établie en faveur du père biologique. Face à cette conséquence du droit français, la Cour conclut en son incompatibilité avec l'ordre public, avant même d'évaluer la proximité de la situation avec l'ordre juridique belge. Elle semble ainsi considérer que cet effet atteint un seuil de gravité qui rend l'analyse du rattachement avec la Belgique négligeable. Si la décision de la

Cour est instructive, elle ne répond pas véritablement à la question de savoir si la règle étrangère ignorant le consentement de la mère devant l'officier de l'état civil est contraire à l'ordre public. En effet, on peut se demander quelle aurait été sa position si, en droit français, la mère avait pu contester la reconnaissance auprès des juridictions, comme c'est le cas dans le droit d'autres pays.

Ce cas de figure est rencontré dans une affaire jugée le 30 avril 2018 par le Tribunal de la famille de Bruxelles (*Rev. dr. étr. n° 200, octobre 2018, p. 635*) alors que le droit ivoirien était en principe applicable. Le Tribunal estime ici que l'exigence du consentement de la mère « *n'est pas à ce point fondamentale dans l'ordre juridique belge qu'elle ressortirait à l'ordre public international lorsque, comme en l'espèce, la loi normalement applicable permet, notamment à la mère, de contester la reconnaissance, ce qui garantit le respect de l'intérêt de l'enfant et permet de contrer une reconnaissance qui lui serait préjudiciable. Au contraire, au regard de l'évolution législative et jurisprudentielle récente, qui tend à instaurer une égalité de traitement entre l'homme et la femme, cette disposition, qui entraîne une inégalité de traitement entre la mère, déclarée telle par la seule mention de son identité dans l'acte de naissance, et l'homme qui ne peut, par sa seule volonté, figurer dans cet acte, pourrait être considérée comme discriminatoire.* »

Ce jugement fait le lien entre la règle portant sur le consentement de la mère et la règle portant sur le droit pour celle-ci de contester la filiation. Si la mère a la possibilité de faire valoir l'intérêt de l'enfant en justice, il n'y a pas lieu, selon le Tribunal, de soulever l'exception d'ordre public contre la règle autorisant la reconnaissance sans son accord, *a fortiori* si l'on considère le déséquilibre qui existe entre les droits du père et de la mère quant à l'établissement de la filiation.

Cette dernière considération sur l'égalité entre les parents empêche de conclure que si la mère n'avait pas eu le droit de défendre l'intérêt de l'enfant en justice, le tribunal aurait d'office estimé, *a contrario*, que la règle autorisant la reconnaissance sans son consentement aurait dû être écartée. Néanmoins, c'est la conclusion à laquelle on aboutit lorsqu'on combine la lecture de cette décision avec celle de l'arrêt de la Cour d'appel. Il semble que l'officier de l'état civil devrait ainsi vérifier à chaque fois si la mère peut faire valoir en justice que la reconnaissance n'est pas dans l'intérêt de l'enfant et, en fonction, déterminer si son consentement doit être imposé au nom de l'ordre public.

Il faut toutefois s'interroger sur la pertinence du lien que font les juridictions entre la règle permettant la reconnaissance sur la seule volonté du père et la règle indiquant si la mère peut contester la paternité en justice.

En effet, on ne peut ignorer que si la règle autorisant la reconnaissance de paternité sans le consentement de la mère empêche celle-ci de défendre l'intérêt de l'enfant devant l'officier de l'état civil, cette règle empêche aussi à la mère de s'opposer à la reconnaissance pour des motifs contraires à l'intérêt de l'enfant ou suite à une mauvaise appréciation par elle de cet intérêt. Remarquons à cet égard que dans les deux décisions précitées, comme dans d'autres (ex : Trib. Fam. Mons, 14 décembre 2016, *Rev. trim. dr. fam.* 3/2017, p. 593 ; Trib. Fam. Namur, 28 mars 2018, *Rev. trim. dr. fam.* 3/2018, p. 630) les juridictions ont considéré que l'opposition de la mère était motivée par des considérations étrangères à l'intérêt de l'enfant. Or, contrairement au juge, l'officier de l'état civil n'examine pas l'intérêt de l'enfant avant d'acter la paternité. La Cour constitutionnelle a d'ailleurs confirmé dans son arrêt du 7 mai 2020 (*Rev. dr. étr.* n° 206, septembre 2020, p. 63), qu'en droit belge, il n'appartient pas à l'officier d'état civil de statuer sur l'intérêt de l'enfant, et donc, le cas échéant, de forcer le consentement de la mère au cas où son opposition ne correspond pas à son intérêt. Dès lors,

il semble partial d'affirmer que la règle imposant le consentement de la mère prévue par le droit belge protège mieux l'intérêt de l'enfant que la règle étrangère qui ne le prévoit pas, indépendamment de la question de savoir qui peut contester la reconnaissance en justice selon le droit applicable.

Dans ces conditions, l'intérêt de l'enfant paraît plutôt justifier le maintien de la règle autorisant la reconnaissance sans le consentement maternel plutôt que de motiver sa mise à l'écart pour raison d'ordre public. Car, comme le relève l'arrêt de la Cour d'appel présenté ci-dessus, en accord avec l'article 3.1 de la Convention de New York du 20 novembre 1989, il faut présumer dans l'intérêt de l'enfant de voir sa double filiation établie. En ce sens, d'autres décisions rappellent que « de manière générale, il est de l'intérêt de l'enfant de structurer symboliquement et juridiquement son identité, en tant qu'enfant de telle mère et de tel père » (Trib. Fam. Mons, 14 décembre 2016, *op. cit.* ; Voir aussi Bruxelles, 24 novembre 2011, *Rev. trim. dr. fam.* 2012/3, p. 767).

D'autre part, le Tribunal de la famille de Bruxelles a raison de souligner (dans l'extrait cité plus haut) la différence de traitement que contient le droit belge entre la mère – en faveur de qui la filiation est établie du seul fait de la naissance (article 312 Code civil) – et le père – qui ne peut se déclarer comme tel qu'avec l'accord de la mère (article 329*bis* Code civil). Cette observation fait écho aux nombreux débats parlementaires et judiciaires qui ont eu lieu depuis les années 1980 au sujet du consentement maternel à la reconnaissance (Pour un historique de ces débats avant les années 2000, G. Mahieu et D. Pire, *Droits des personnes et la filiation*, Bruxelles, Larcier, 1999, p. 91 et suiv.). Dans différentes circonstances, la Cour d'arbitrage a jugé cette condition discriminatoire à l'égard des pères, en estimant qu'il n'y a pas de justification raisonnable à fixer des conditions plus strictes pour l'établissement de la filiation paternelle. Le législateur est intervenu en 2006

afin que le Code civil n'impose plus le consentement de la mère spécifiquement mais, plus généralement, le consentement « du parent à l'égard duquel la filiation est établie » (article 329*bis* Code civil tel que modifié par la loi du 1^{er} juillet 2006, *M.B.* 29/12/06. Voir Doc. Chambre, 51 597/1, p. 3). Si la constitutionnalité du consentement de la mère n'a, depuis lors, plus été questionnée, la jurisprudence de la Cour d'arbitrage appelle encore à la réflexion dans les situations de droit international privé où la loi applicable requière précisément le consentement de la mère. Elle conduit toujours à se demander si la règle étrangère subordonnant la reconnaissance au consentement de la mère est acceptable au regard de l'ordre public (En ce sens, F. Rigaux et M. Fallon, *op. cit.* p. 593.), d'autant que, comme le rappelle le Tribunal de la famille de Bruxelles, la tendance est aujourd'hui à renforcer à tous niveaux l'égalité entre les hommes et les femmes. La prise en compte des effets inégalitaires de cette règle incite au moins à douter que la règle inverse puisse être considérée comme manifestement contraire à l'ordre public.

En résumé, il ne semble pas convaincant d'apprécier la compatibilité avec l'ordre public des effets de la règle autorisant la reconnaissance sans l'accord de la mère en fonction de l'existence ou non, dans le droit applicable, de la possibilité pour la mère d'agir en contestation de paternité. Même en l'absence de ce droit, la défense de l'intérêt de l'enfant ne paraît pas réclamer l'intervention de la mère au moment de la reconnaissance devant l'officier de l'état civil. Par contre, la présomption selon laquelle il est dans l'intérêt de l'enfant de voir sa double filiation établie, comme la prise en compte des effets de la règle imposant le consentement de la mère à l'égard du père semblent s'opposer à l'usage de l'exception d'ordre public contre cette règle. Reste que si la loi applicable n'accorde pas à la mère le droit de contester la reconnaissance, elle devrait pouvoir être écartée sur ce point par le juge au nom de l'intérêt de l'enfant.

(II.) En ce qui concerne la **forme sous laquelle le consentement de la mère doit être formulé**, lorsqu'il est exigible, l'article 64 Codip dispose que « *l'acte de reconnaissance est établi selon les formalités prévues, soit par le droit applicable à la filiation en vertu de l'article 62, § 1er, alinéa 1er, soit par le droit de l'Etat sur le territoire duquel il est établi.* » Une option de loi est ainsi laissée pour toutes les formes entourant la reconnaissance de paternité, dont celles qui président à l'expression du consentement maternel.

Toutefois, d'après la circulaire du 23 septembre 2004 relative aux aspects personnels du Codip (*M.B.* 28/9/04), « *il va de soi que si l'acte est établi en Belgique, il y aura lieu d'appliquer la loi belge* » aux formes qui doivent mener à l'établissement de la reconnaissance.

La circulaire semble interpréter l'article 64 du Codip à l'aune du principe général du droit international privé *locus regit actum* selon lequel la loi du lieu où doit être rédigé l'acte régit les formalités qui président à son établissement. Elle semble réserver la possibilité d'appliquer la loi nationale du demandeur aux formalités de la reconnaissance de paternité au cas où il s'agit de vérifier, conformément à l'article 27 du Codip, les formes qui ont présidé à l'établissement d'une reconnaissance par une autorité étrangère avant sa réception en Belgique.

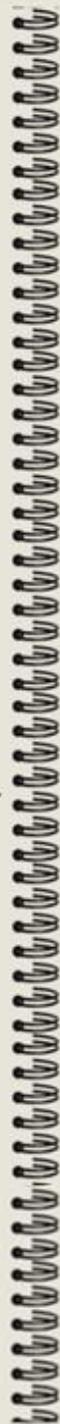
Dès lors, selon la circulaire, l'officier de l'état civil doit, en toutes circonstances, appliquer l'article 327/2, §2, 3^o du Code civil belge selon lequel le consentement de la mère doit faire l'objet d'un acte authentique si celle-ci n'est pas présente au moment de la déclaration de reconnaissance de paternité.

La circulaire du 7 mai 2007 (*M.B.* 30/5/07) précise que le consentement de la mère « pourra être donné soit dans l'acte de reconnaissance [...], soit dans un acte séparé, établi par un notaire ou par l'officier de l'état civil qui reçoit l'acte de reconnaissance ou celui du lieu du domicile ou de la résidence de la personne appelée à consentir. » La circulaire du 21 mars

2018 (M.B. ?) ajoute « qu'il peut s'agir également d'un notaire étranger, d'un officier de l'état civil étranger ou d'un officier consulaire belge de l'état civil. »

Au regard de l'option de loi prévue par l'article 64 Codip, une telle restriction semblent relever de l'excès de pouvoir. Si la loi de la nationalité du père autorise l'expression du consentement de la mère dans un acte sous seing privé, il n'y a pas lieu d'exiger plus de formalités, une circulaire ministérielle ne pouvant pas limiter la portée d'une disposition législative.

L'option de loi prévue par l'article 64 Codip s'applique aussi bien aux formes autorisées pour la rédaction de l'acte de reconnaissance. Prenant en exemple les droits français et italien qui, contrairement au droit belge, permettent la reconnaissance d'enfant par testament, Patrick Wautelet explique qu'en vertu de cette disposition, la reconnaissance peut être faite dans un testament si la loi nationale du père l'accepte (*Relations familiales internationales. L'actualité vue par la pratique*, Liège, Anthemis, 2010, p. 137- 138). De même, si l'article 327 Code civil ne prévoit plus aujourd'hui la possibilité pour le père de reconnaître l'enfant dans un acte notarié, rien ne l'empêche encore de le faire si sa loi nationale l'y autorise.



Conclusion

Selon l'article 62 du Code de droit international privé, la loi appelée à déterminer si la mère doit ou non donner son consentement à la reconnaissance de paternité est la loi de la nationalité du père de l'enfant. Si la paternité est déclarée par un étranger dont la loi nationale ne prévoit pas le consentement de la mère, ce dernier n'est en principe pas requis.

La question se pose toutefois de savoir si la règle étrangère autorisant la reconnaissance sans l'accord de la mère ne doit pas être écartée en raison de la contrariété de ses effets avec l'ordre public international. Les conditions de la mise en œuvre de l'exception d'ordre public, fixées à l'article 21 Codip, exclut tout recours systématique à cette exception pour imposer le consentement de la mère, au nom de l'article 329bis du Code civil belge. Un examen concret de la situation et des effets du droit étranger applicable doit avoir lieu. Selon la jurisprudence, il semble que la protection de l'intérêt de l'enfant ne permet d'écarter la loi étrangère que lorsque celle-ci ne permet à la mère de faire valoir cet intérêt en justice, postérieurement à la reconnaissance. Cependant, on peut douter que la compatibilité à l'ordre public de la règle autorisant la reconnaissance sans le consentement de la mère ait à être appréciée en fonction de la règle lui permettant d'agir devant les tribunaux. En effet, considérant que la mère peut refuser son consentement pour des raisons contraires à l'intérêt de l'enfant, et considérant que l'officier de l'état civil ne peut évaluer cet intérêt, il semble partial d'affirmer que la règle imposant le consentement de la mère prévue par le droit belge protège mieux l'intérêt de l'enfant que la règle étrangère qui ne le prévoit pas, indépendamment de la question de savoir qui peut contester la reconnaissance en justice, selon le droit applicable. En outre, la présomption selon laquelle il est dans l'intérêt de l'enfant de voir sa double filiation établie, comme la prise en compte des effets de la règle imposant le

consentement de la mère sur l'intérêt du père semblent s'opposer à l'usage de l'exception d'ordre public contre cette règle.

