

# Les évolutions du droit de la famille en Europe au cours du dernier demi-siècle

## *Le couple ou Méditation sur le même et le différent*

**Jacques Fierens**

Professeur à l'Université de Namur, à l'Université de Liège et à l'UCL  
Avocat

Une opinion courante est qu'on ne saurait encore évoquer aujourd'hui le droit de « la famille », mais qu'il convient d'envisager le droit « des familles ».

Et comment contester que la discipline renvoie aujourd'hui à des réalités sensiblement différentes les unes des autres ? Du point de vue historique, géographique, anthropologique, sociologique, psychologique, la famille n'évoque plus les mêmes groupes de personnes qu'autrefois. Qu'en a fait le droit belge, spécialement en ce qui concerne les adultes ?

### **Des lois « micro-ondes »**

Depuis un demi-siècle, le droit de la famille se transforme à grande vitesse, prétendant s'adapter aux évolutions qu'il entend cependant parfois provoquer, et les dernières années ont battu des records. Des lois souvent mal préparées, mal écrites, parfois intrinsèquement contradictoires (je pense au statut de la « faute » dans le nouveau divorce, à l'utilisation plus qu'ambiguë de l'« intérêt de l'enfant » en matière de filiation) se succèdent de plus en plus vite dans le four à micro-ondes législatif.

Il ne reste plus grand-chose du *Livre premier* du Code civil. Les conditions du mariage n'ont guère changé avant le XXI<sup>e</sup> siècle. Celles du divorce ont tenu bon pendant plus de 200 ans, notamment les « causes déterminées » qui impliquaient de chercher la faute considérée comme majeure (l'adultère, pourtant le plus doux des péchés, disait-on), ou la petite bête, à travers des procédures parfois très longues. En ce qui concerne les régimes matrimoniaux, le code de 1804 avait tenu bon environ 170 ans. Je ne vous parlerai pas des récentes modifications du régime de la tutelle<sup>1</sup>, de l'adoption<sup>2</sup>, de la filiation si ce n'est pour rappeler que les principes régissant la filiation, incluant la distinction cardinale entre enfants nés dans le mariage et les enfants nés hors mariage ont régné 180 ans<sup>3</sup>, parce qu'on m'a prié de traiter du lien entre adultes formant couple et pas du lien avec les enfants. Donc, il me revient

---

<sup>1</sup> Loi du 29 avril 2001 modifiant diverses dispositions légales en matière de tutelle des mineurs.

<sup>2</sup> Loi du 24 avril 2003 réformant l'adoption.

<sup>3</sup> Loi du 1<sup>er</sup> juillet 2006 modifiant des dispositions du Code civil relatives à l'établissement de la filiation et aux effets de celle-ci, loi du 18 juillet 2006 tendant à privilégier l'hébergement égalitaire de l'enfant dont les parents sont séparés et réglementant l'exécution forcée en matière d'hébergement d'enfant, après la loi du 31 mars 1987 modifiant diverses dispositions légales relatives à la filiation.

d'évoquer plutôt les réformes du droit du mariage<sup>4</sup> et du divorce<sup>5</sup>, ce qui revient souvent au même.

Au-delà ou en-deçà des modifications législatives explicites, chacun constate d'abord le changement des habitudes sociales : les expériences de couple sont précoces, mais il n'est plus urgent de se marier puisqu'on peut vivre ensemble autrement. La cohabitation de fait est courante et socialement bien acceptée. La cohabitation légale a été instaurée en 1998 pour varier le menu et pour anticiper l'admission du mariage des personnes de même sexe<sup>6</sup>. Ledit mariage est une forteresse assiégée, prétend-on encore : ceux qui sont dehors veulent rentrer et ceux qui sont dedans veulent sortir. C'est qu'on s'est toujours marié à trois au moins : deux époux et la communauté dans laquelle ils vivent et par laquelle ils entendent être reconnus comme couple. Dès lors, tandis que les hétérosexuels se marient de moins en moins parce que la reconnaissance sociale de leur union a de moins en moins besoin d'une cérémonie officielle et publique, les couples homosexuels ont tenu à pouvoir s'unir devant l'officier de l'état civil parce qu'ils en ont besoin pour exister aux yeux des autres et que l'instauration de la cohabitation légale leur paraissait insuffisante.

Le divorce a progressivement été facilité, avant de subir une transformation radicale à travers la loi du 27 avril 2007 qui court le plus rapidement possible derrière une facilitation considérable du démariage. S'il faut divorcer, que cela aille vite, très vite, même si le conjoint n'est pas d'accord (cela s'appelle la répudiation, ou je me trompe ?) et bientôt, vous verrez, on divorcera par recommandé avec accusé de réception.

Et s'il faut toujours neuf mois pour faire un bébé – mais ce n'est sans doute que provisoire – on n'aime plus trop attendre que les enfants deviennent des adultes, alors laissons-les décider dès que possible de leur vie, y compris de leur filiation, en leur donnant dès douze ans le pouvoir d'accepter ou de refuser d'être reconnu ou adopté. A se demander si le législateur a déjà vu un enfant de douze ans et s'il sait que Freud a existé et relevé quelques éléments intéressants enfouis sous la (bonne) conscience.

### **Le rapport du couple à la durée**

Le rapport au temps a changé, celui du droit et celui des individus. Il devient insupportable, par principe, d'appliquer une norme familiale ancienne. L'ancienneté de la loi devient un argument pour la modifier ou l'abroger. Lors de la réforme du divorce, la ministre de la Justice a déclaré qu'il était « emblématique de constater que l'article 231 du Code qui prévoit que le divorce peut être prononcé pour cause d'excès, sévices et injures graves n'a pas été changé d'une virgule depuis 1804.<sup>7</sup> » Cette allergie à l'ancienneté se déclare toutefois dans certains domaines mais pas dans d'autres. Le droit de propriété comme droit « absolu » (article 544 du Code civil), par exemple, ou le contrat comme « loi des parties » (article 1134 du Code civil) ne risquent rien, parce qu'ils sont les bases mêmes du système libéral, voire capitaliste, qui met de l'unité dans la diversité des familles.

Non pas que les solutions retenues aujourd'hui soient toujours aussi originales qu'on le croit. On les a souvent déjà essayées, ici ou là, à un moment ou un autre de l'histoire. Ainsi, le « nouveau » divorce, sauté 2007, ressemble étrangement, sous bien des aspects, à celui qui avait été voulu par les Révolutionnaires français et avait été réglé par la loi du

---

<sup>4</sup> Loi du 13 février 2003 ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil.

<sup>5</sup> Loi du 27 avril 2007 réformant le divorce.

<sup>6</sup> Loi du 23 novembre 1998 instaurant la cohabitation légale.

<sup>7</sup> *Doc. parl., Ch. repr.*, sess. ord. 2005-2006, n° 2341/007, 18 juillet 2006, Exposé du représentant de la ministre de la Justice, p. 10.

20 septembre 1792 : ouverture large des cas de divorce, notamment par consentement mutuel, répudiation unilatérale ou incompatibilité d'humeur. Dès l'an VII et jusqu'aux réformes napoléoniennes, justifiées davantage par le souci de stabiliser le patrimoine des familles que par la vertu du Premier consul, un mariage sur trois sera dissout par divorce, ce qui correspond *grosso modo* aux statistiques actuelles. La volonté de changer tout et de changer vite est, au fond, plus spectaculaire que les solutions retenues, souvent de compromis<sup>8</sup>.

Parfois cependant, les réformes légales constituent de véritables innovations. Ainsi, le mariage a-t-il fait l'objet d'une révolution, dont nous ne mesurons sans doute pas encore la portée à long terme, en s'ouvrant en 2003 aux couples homosexuels. Il s'agissait cette fois bien d'une première historique. Ce n'est pas l'acceptation sociale de relations intimes entre personnes du même sexe qui constitue du jamais-vu (relisons *Le banquet* de Platon), mais la transformation de la représentation du mariage qu'implique son ouverture.

Ce qui est frappant en tout cas, innovations ou pas, est la *vitesse* de mutation du droit de la famille. Il ne mijote plus, il passe, avons-nous dit, au four à micro-ondes. Le surgelé-décongelé a remplacé les carbonnades flamandes, et les gourmets du droit savent bien que la qualité s'en ressent. Des lois « réparatrices », c'est-à-dire celles qui constatent que le texte que l'on vient de voter est décidément mal torché, sont parfois adoptées avant même que la loi « réparée » soit entrée en vigueur. La « nouvelle » loi modifiant le divorce a déjà fait l'objet de cinq ou six retouches. J'entendais des jeunes adultes dire à propos de deux des leurs qu'ils « sont ensemble depuis longtemps », c'est-à-dire, *in casu*, depuis ...plus d'un an.

Ce nouveau rapport au temps ne concerne pas que le législateur, lequel n'est qu'un des porte-voix du monde auquel il appartient. En général, la mémoire longue fait défaut aux adultes aussi, et le désir de changement constant est omniprésent. Un de mes amis africains me faisait remarquer que nous avons adopté la polygamie successive plutôt que simultanée, ce qui correspond une fois de plus aux intentions du législateur qui déclarait explicitement lors de l'examen de la loi réformant le divorce qu'aujourd'hui, il est tout à fait normal de souhaiter plusieurs vies de couples successives. Mon ami oubliait seulement de dire qu'empiriquement, c'est davantage vrai pour les hommes que pour les femmes, ce qui égratigne la prétention du droit à instaurer l'égalité parfaite entre les sexes.

Les vieux, c'est bien connu, ont davantage de mémoire longue, mais tout ce qui est vieux est chez nous suspect. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle, quand ils deviennent trop vieux, ils ne font plus vraiment partie de la famille, sauf peut-être à l'époque du sapin de Noël, le temps d'une photo qu'il n'est même plus nécessaire de développer pour savoir si elle est réussie. Si tel n'est pas le cas, on *delete* (la photo, pas les vieux, quoi que...).

## L'individualisme

Un des traits communs à ces changements de mentalité et à ces changements législatifs est la toute-puissance de l'individualisme. Ce n'est pas un scoop.

Aristote, au début de l'*Ethique à Nicomaque* qui constitue une des plus anciennes réflexions approfondies sur la justice et le droit, relève de manière un peu snobe que chacun, « aussi bien la foule que les gens cultivés », se préoccupe de son bonheur, toute la question étant de savoir ce qu'il signifie<sup>9</sup>. Le droit a toujours prétendu l'apporter à ceux qui lui sont soumis, dans les démocraties les plus abouties comme dans les pires tyrannies. Aujourd'hui, le droit de la famille réitère cette prétention, sauf qu'on ne dit plus « bonheur », parce que cela

---

<sup>8</sup> Pour plus de développements, voy. J. FIERENS, « Le nouveau droit du divorce ou le syndrome Lucky Luke », *Droit de la famille*, Louvain-la-Neuve, Anthemis [coll. Recyclage en droit, n° 2], 2007, pp. 3-56.

<sup>9</sup> 1095a, 17, tr. fr. J. TRICOT, Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 1979.

fait ringard et un peu Julie Andrews (si vous ne comprenez pas le rapport, c'est que j'ai raison et que vous n'avez pas de mémoire longue), mais « épanouissement personnel ».

Le bonheur ne passerait plus par la réussite de la vie familiale, même si les sondages indiquent que, statistiquement, la première condition en est, aux yeux de la majorité de la population belge, la réussite d'une vie familiale décrite somme toute comme assez classique<sup>10</sup>. N'en tenez pas compte, à chaque élection on vous dira que les sondages ne signifient rien. Les attentes à l'égard du législateur ne sont pas définies par la population en général, mais par les lobbies.

La recette du bonheur a changé parce que la famille n'est plus un tout qui est davantage que la somme de ses parties, ce que n'importe quel artiste sait, mais le législateur n'est pas artiste. Chacun se regarde le nombril transformé en thermomètre à bonheur. D'ailleurs regardez les jeunes danser : ils n'ont plus besoin de partenaire, ce qui donne un coup de vieux aux rockeurs des années 60-70 (le Moyen Age ?) qui avaient encore besoin d'être deux. Plus anciennement, par exemple au XVIIIe siècle (la préhistoire ?), il fallait deux rangées complètes de dames et de messieurs pour exprimer à travers l'un ou l'autre quadrille que chaque couple, nécessairement mixte, était appelé à exister au sein d'un ensemble social qui le dépassait largement.

C'est vrai, les juristes doivent changer les termes qu'ils utilisent : « droit des personnes » devrait devenir « droit des individus ». La personne est un être en relation, qui cherche la rencontre du visage, de l'esprit et du corps de l'autre pour être heureux. L'individu est celui qui fixe constamment du regard le thermomètre évoqué plus haut, se demande comment il pourrait entrer en relation à la condition que l'envie lui en prenne et surtout comment il pourra y mettre fin dès qu'il le souhaite.

Le droit sert cet individualisme en privilégiant depuis longtemps les droits subjectifs comme attributs d'une personne seule, opposés à ceux qui requièrent, pour leur exercice, au moins deux adultes. Exemple 1 : pas un mot sur le couple ou la famille dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, fondement de nos démocraties modernes. Exemple 2 : le droit au respect de la vie familiale est bien plus souvent invoqué devant la Cour européenne des droits de l'homme par un adulte pour réclamer *son* droit individuel *contre* un autre adulte (l'exemple le plus fréquent est la demande d'un parent de voir un enfant contre la volonté de l'autre) que pour réclamer la reconnaissance ou la protection d'une *union* entre adultes ou avec les enfants (à l'exception, à nouveau, des homosexuels, on a vu pourquoi). La famille, sous nos latitudes, est devenue famille-frigolite, cassable et composée de ces petites boules blanches aisément détachables les unes des autres pour peu que la vie ou le temps en frottent les bords.

Le prix à payer pour cet individualisme est la solitude, surtout pour les femmes dont les hommes ne veulent plus parce que, tant qu'à choisir ce qui s'améliore en vieillissant, ils préfèrent le vin, et parce qu'elles ne correspondent souvent plus, après un certain âge, aux besoins de leur « épanouissement personnel ». La solitude peut aussi s'installer au sein même du couple, si tant est qu'elle n'y a pas toujours eu ses quartiers, lorsqu'il ne contient plus de relations et se résume à de la coexistence plus ou moins pacifique. Dès lors, comme disait l'autre, il faut se préoccuper de plus en plus des familles monoparentales sans enfants.

Il n'est pas certain par ailleurs que la possibilité nouvelle d'amours par internet, réaction évidente à cette solitude, constitue la solution. Bien au contraire, qu'y a-t-il de plus triste qu'un échange de caresses par écrans interposés ?

Mais soyons de bon compte : il y a tout de même un côté face de l'individualisme : l'importance donnée à la liberté individuelle, par exemple à travers la répression du mariage forcé ou de la traite des êtres humains, spécialement celle des femmes. Sans l'individualisme

---

<sup>10</sup> Voy. K. MATTHIJS, "L'actualité surprenante de la famille classique, dans dans M.-Th. CASMAN *et alii* (dir.), *Familles plurielles. Politique familiale sur mesure ?*, Bruxelles, Luc Pire, 2007, pp. 56-67.

qui a conquis l'Europe à partir du XV<sup>e</sup> siècle, il n'y aurait pas de droits de l'homme, leviers si précieux et véritables armes de combats pour la justice en faveur des pauvres, des étrangers, des femmes, des enfants...<sup>11</sup>

## **Le contrat**

Comment rendre compte d'une relation, fût-elle éphémère, fût-elle fragile, si elle doit relier deux individus foncièrement seuls ? Le droit a posé cette question depuis longtemps. Il a donné une réponse juridique : ce qui explique le lien social est le contrat, l'accord de deux ou plusieurs libertés individuelles. La question ne concerne d'ailleurs pas seulement les relations de couple, ni les relations familiales dans leur ensemble. Elle engage la totalité des rapports sociaux.

Le vivre-ensemble, à travers la Cité ou l'État qui édicte le droit, de même que la solidarité familiale élargie ou étroite, ont longtemps été expliqués par la « nature » en tant que spontanée et créatrice. Aristote encore : « Les choses belles et les choses justes qui sont l'objet de la politique, donne lieu à de telles divergences et à de telles incertitudes qu'on a pu croire qu'elles existaient seulement par convention et non par nature.<sup>12</sup> »

L'appréhension de toute relation humaine à travers le contrat, à commencer par un contrat social fondateur, s'est affirmée en Occident aux XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles spécialement, justement parce que l'individualisme y devenait le commun dénominateur de pensées parfois opposées sur de multitudes d'autres points. Grotius, Hobbes, Locke, Rousseau, croient tous qu'originellement, naturellement, l'homme est seul et que le contrat est précisément ce qui lui permettra d'échapper à un état naturel dangereux (Hobbes), incomplet (Grotius, Locke) ou perdu (Rousseau). Vivre ensemble, au sein de la société politique ou en couple, n'aurait finalement rien de spontané mais résulterait d'un pur acte de volonté. Celui-ci vise le plus souvent l'utilité, l'intérêt et les avantages que les partenaires peuvent y trouver.

Cette conception n'a fait que se renforcer dans l'idéologie occidentale en général et dans le droit en particulier, jusqu'à ce jour. Tout est devenu contrat : les relations entre États (les traités), les relations des citoyens avec le pouvoir (le fameux « contrat social »), les relations entre époux ou partenaires adultes (« Je te donne ceci et tu me donnes cela »), les relations entre parents et enfants (« Si tu étudies bien... »), les relations entre professeurs et étudiants (le « contrat pédagogique »), les rapports entre pauvres et institutions d'aide publique (le « contrat d'intégration »), ... En échange du contrat, un bénéfice, chaque fois : la protection, de l'argent, le diplôme... Le bonheur est dans le contrat.

L'argument tiré de la nature n'a inversement plus guère de poids. Former un couple ne doit rien à une force créatrice (dans « nature », le radical indo-européen *na* renvoie à la spontanéité, à l'éclosion, à l'émergence), mais peut se révéler utile, intéressant sous l'un ou l'autre point de vue. C'est à condition de recevoir que l'on accepte de donner. La longue querelle, à propos du mariage, entre « contractualistes » (le mariage est un pur contrat) et « institutionnalistes » (le mariage est l'adhésion à une institution naturelle), qui remonte au moins à saint Augustin, est totalement mise en veilleuse aujourd'hui, parce qu'on sait qui a gagné : l'union matrimoniale n'est plus vue *que* comme un contrat, au point qu'il paraîtrait ringard d'en encore le contester. Les contrats fondateurs des familles sont plus que jamais coupés de la nature reléguée dans le seul domaine de l'écologie et de l'environnement, où elle s'impose avec d'autant plus de force qu'elle a quitté les autres représentations de l'humain et du monde dans lequel celui-ci vit.

---

<sup>11</sup> Je me permets de renvoyer à J. FIERENS, « Les pauvres, leurs avocats et l'hypomochlion », dans SERVICE DE LUTTE CONTRE LA PAUVRETÉ, LA PRÉCARITÉ ET L'EXCLUSION SOCIALE, *Pauvreté, dignité et droits de l'homme*, 2008, pp. 49-57.

<sup>12</sup> *Ethique à Nicomaque*, cité, 1094b, 15.

Il en va de même du divorce ou de la séparation. Point n'est encore besoin de constater un échec et encore moins la violation d'une éventuelle loi naturelle appelant la fidélité, l'obligation de secours ou le respect de l'intégrité physique et morale du partenaire : un contrat de désunion remplace un contrat d'union, et au suivant. L'exception d'inexécution, caractéristique du droit conventionnel, justifie la rupture : si je ne reçois plus, j'ai le droit de ne plus rien donner.

C'est ce qui explique encore l'encouragement massif, par le droit, des procédures amiables, des conciliations, des médiations et autres « MARC » (modes alternatifs de règlement des conflits), ou encore l'abdication des juges en faveur des psys. N'allez pas croire que le seul souci du législateur et des tribunaux est de pacifier les débats. Il est clair que les futurs ex-époux ou ex-compagnons ont vite fait de trouver d'autres rings où boxer, souvent en dehors des palais de justice où la violence était pourtant maîtrisée par la procédure et l'instauration d'une lutte de paroles qui valait quand même mieux que les coups, les injures, ou la prise en otage des enfants. Ce qui est en cause, plutôt que l'émergence d'une bienveillance pacifiste, est la représentation même du couple, de son union et de sa désunion. Puisqu'il ne s'agit plus de dire qui a violé la loi mais comment se dégager d'un accord devenu encombrant, les juristes ne sont plus à la hauteur.

Le problème majeur est que tout contrat suppose l'égalité, non pas de droit, mais de fait. Si celle-ci n'est pas avérée, le plus faible ou souvent la plus faible (économiquement, psychologiquement) devient une victime.

Concédonc pourtant à nouveau le côté face : le contractualisme favorise une certaine conception de la liberté individuelle, comme pouvoir de faire ce que je veux tant que je ne limite pas déraisonnablement ce que veut faire l'autre.

### **L'égalité entre femmes et hommes**

Peut-être devrais-je écrire : « Les citoyen(ne)s, qu'ils (elles) soient député(e)s ou simples individu(e)s, sont à l'affut de l'égalité. » J'ai vu, dans le même genre, les actes d'un colloque ainsi rédigés : « Les citoyen.ne.s, qu'ils.elles soient député.e.s ou simples individu.e.s, sont à l'affut de l'égalité. » J'avais participé à ce colloque et donc ma prose y était incluse sous cette forme, et je n'ai rien osé dire. Eh oui, l'orthographe est un système juridique, qui comporte ses lois et ses instances de régulation, et que certain(e)s contestent. Je ne suis pas sûr qu'elles (ils) aient trouvé le moyen le plus simple et le plus esthétique de tordre le cou à cette règle scandaleusement machiste qui veut qu'en cas de pluriel se rapportant à des genres différents, on opte pour « le genre indifférencié, c'est-à-dire le masculin<sup>13</sup> ».

Voilà bien la question : l'égalité renvoie-t-elle à un « genre indifférencié », alors même qu'on dit qu'il n'y a rien de pire que l'indifférence dans le couple ou la famille ?

L'égalité comme indifférence est une des conquêtes récentes les plus spectaculaires du droit du couple : indifférence en ce qui concerne les conditions du mariage (l'âge légal est devenu le même) ; indifférence en matière d'autorité parentale (maman a exactement les mêmes droits que papa et inversement) ; égalité dans la gestion des avoirs du ménage (aucune prépondérance du mari comme avant) ; indifférence dans les causes du divorce, tant que ces causes ont été juridiquement existantes (il fut un temps où l'adultère du mari n'était pas traité comme celui de la femme, sous prétexte que celle-ci pouvait enfanter un bâtard), indifférence quant au sexe du partenaire dans le mariage.

L'égalité est devenue identité.

---

<sup>13</sup> M. GRÉVISSE et A. GOOSSE, *Le bon usage*, Bruxelles, De Boeck et Larcier, 14<sup>e</sup> éd., 2008, § 338.

A nouveau, sans le savoir peut-être, notre société, les couples et le droit qui les accompagnent se heurtent à un des plus vieux problèmes de la pensée juridique et de la pensée tout court : qu'est-ce que la justice ? Réponse : la justice, c'est l'égalité. Tout le monde est d'accord, depuis 2.400 ans. Mais la vraie question est : de quelle égalité parle-t-on ? De l'égalité arithmétique ou de l'égalité géométrique ? Platon, dans *La République*, évoque une sentence qui n'a pas vieilli. La justice, rappelle-t-il, consisterait à « dire la vérité et attribuer à chacun son dû<sup>14</sup> », selon la formule déjà habituelle à son époque et promise à un formidable avenir. Mais qu'est-ce donc que rendre à chacun son dû ? Première solution : attribuer à chacun une part « égale quant à la mesure, au poids et au nombre<sup>15</sup> ». Mais il y a une autre égalité, « la plus vraie et la plus belle » celle qui « représente le jugement de Zeus » et qu'Aristote approfondira en termes algébriques : la justice distributive ne consiste pas nécessairement à établir une simple identité des parts. Lors de l'anniversaire de votre enfant, personne n'est choqué si vous coupez le gâteau en parts égales et personne ne critique le fait que votre enfant reçoit des cadeaux et pas les autres. La justice distributive ne consiste pas nécessairement à établir une simple identité des parts ( $A'=B'=C'=D'$ , etc.), mais une proportion  $A/B=A'/B'$ , où A représente une personne, B une autre, A' la part de A et B' celle de B<sup>16</sup>. Bref, la justice consiste à tenir compte de ce qui est le même et de ce qui ne l'est pas (un enfant est un enfant, mais tous ne fêtent pas leur anniversaire), à charge pour la démocratie notamment de définir quelles sont les différences à prendre en compte.

Vous me direz qu'on n'en a plus rien à faire de ces théories antiques. Pourtant, Platon est plus féministe que vous le pensez peut-être (voyez ce qu'il dit à propos du rôle des femmes dans la Cité idéale), ensuite et surtout, les remarques d'Aristote, qui peuvent paraître très formelles, sont d'une actualité fondamentale. Ainsi, la notion d'égalité est au centre du débat entre libéralisme (à chacun selon ses mérites, à condition de pouvoir adéquatement déterminer ceux-ci) et socialisme ou marxisme (qui tend en principe davantage vers une égalité arithmétique entre citoyens). Notre Cour constitutionnelle, s'inspirant en cela de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, répète à l'envi que « les règles constitutionnelles de l'égalité et de la non-discrimination n'excluent pas qu'une différence de traitement soit établie entre des catégories de personnes, pour autant qu'elle repose sur un critère objectif et qu'elle soit raisonnablement justifiée. Les mêmes règles s'opposent, par ailleurs, à ce que soient traitées de manière identique, sans qu'apparaisse une justification raisonnable, des catégories de personnes se trouvant dans des situations qui, au regard de la mesure considérée, sont essentiellement différentes. » Ce n'est rien d'autre que la mise en œuvre de la théorie de la justice selon Platon et Aristote, et surtout l'affirmation nette que l'égalité n'est d'habitude pas l'identité ou l'indifférenciation<sup>17</sup>.

La grande affaire – celle du féminisme et celle du législateur – sera donc de (mieux) distinguer quels droits doivent être les mêmes parce qu'ils se rattachent à ce qui est le même chez les femmes et les hommes (certains droits fondamentaux, concernant leur humanité commune ?), et ce qui doit être différent parce que les femmes et les hommes ne sont pas les mêmes sous tous les aspects. Je trouve qu'il est juste que le congé de maternité soit plus long que le congé de paternité. Je trouve qu'il est hypocrite de rendre identiques, au nom de la justice, les règles de la reconnaissance d'un enfant par une femme et par un homme, parce

---

<sup>14</sup> *La République*, 331e.

<sup>15</sup> *Les lois*, 757b.

<sup>16</sup> *Voy. Ethique à Nicomaque*, cité, 1131a, 20 et ss.

<sup>17</sup> Voy. J. FIERENS, « Les arrêts de la Cour d'arbitrage comme jugement de Zeus, ou pourquoi le droit est sans amour », dans *Liber amicorum Paul Martens. L'humanisme dans les conflits, utopie ou réalité ?*, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 911-926. Une philosophie comme celle de John Rawls poursuit aujourd'hui ce débat.

qu'il est rarissime en fait qu'une femme reconnaisse son enfant, mais qu'il est très fréquent qu'un homme établisse ainsi sa paternité.

En attendant, le droit de la famille confond allègrement égalité et identité. Une des conséquences est qu'il en devient asexué. La différence et la complémentarité entre le masculin et le féminin comme compréhension de soi, de l'autre, du monde, du Ying et du Yang, est occultée par le droit, et tout le monde y perd. On exige actuellement des filles qu'elles donnent ce qu'elles donnaient traditionnellement (leur courage, leur sensibilité, leur beauté, le soin aux enfants) et en plus ce qu'on attendait des garçons (la protection, l'autorité, la profession, les revenus). Les hommes se morfondent un peu parce que, eux, ne savent plus qui ils sont, mais espérons que bientôt chacun retrouvera son identité dans sa différence. Le sexe, c'est la vie, parce que ne plus désirer, c'est mourir, mais on ne peut désirer que ce qu'on n'est pas ou que ce que l'on n'a pas. « Sexe » vient de « *secatus* », séparé.

Pas étonnant que dans d'autres domaines, comme la publicité et l'érotisme, la différence entre les sexes soit hypertrophiée. J'ai en tête un clip destiné à vanter une marque de whisky qui met en scène des joueurs de rugby écossais, torse nu et aboyant leur hakka viril avant de soulever leur kilt par devant pour impressionner l'adversaire, ou une publicité pour un parfum féminin que certaines adorent, dans laquelle une actrice célèbre approche de la caméra en se débarrassant de ses vêtements, en croisant les pieds et en écrivant 8.888 avec son derrière. Finalement, après avoir enlevé sa robe, elle se dérobe *in extremis* à la caméra. On en sourit jusqu'à ce que l'on songe aussi au scandale des concours de « minimiss » qui tendent à proliférer.

Côté face : la femme avait bien sûr besoin de se libérer de la domination machiste et patriarcale. Tant mieux notamment si la violence conjugale est devenue plus grave que la violation du devoir de fidélité, qui avait été réduit à la possibilité d'envoyer des huissiers à 5h du matin chez quelqu'un dont on était peut-être séparé depuis des années, pour mesurer la température des draps de lit (c'est d'ailleurs toujours possible aujourd'hui, hélas).

### **Ces familles étranges venues d'ailleurs**

La représentation des familles sous-tendues par le droit, dans nos régions, néglige celles qui se sont constituées sous d'autres latitudes, ce qui provoque d'ailleurs bien des malentendus lorsque les modèles entrent en confrontation, par exemple lorsqu'un conjoint – souvent la femme – entend redéfinir son rôle et sa place, ou quand les enfants « issus de l'immigration », révérence parler, adoptent d'autres modes de vie que ceux de leurs parents. Les tribunaux belges doivent parfois intervenir parce que la tension entre les modèles culturels tourne à la confrontation. Les décideurs d'ici, législateurs ou juges, sont alors souvent persuadés que leurs conceptions de la famille sont plus « évoluées » que celles des justiciables venus d'ailleurs. Ces derniers sont donc priés de s'« intégrer », dans ce domaine comme dans d'autres, opération qui consiste souvent à renoncer ou à faire semblant de renoncer à extérioriser leurs différences.

Ce n'est pas le moindre des paradoxes : on répète constamment qu'il convient, en Belgique, d'accepter tous les modèles familiaux, mais cela ne vaut, semble-t-il, qu'entre nationaux et assimilés, ou entre gens de la même couleur, ou entre celles et ceux qui ont la même opinion au sujet du port du *tchador* ou de la répartition stricte des rôles au sein du couple. Vous imaginez la tête du législateur, au cas où il en aurait une, lorsqu'après qu'il a admis que le mariage est pour tous mais qu'il n'est plus du tout socialement exigible, après qu'il a admis qu'un enfant peut avoir deux parents de même sexe, ce qui va quand même loin dans la remise en question du passé, on lui suggérerait de confirmer son ouverture d'esprit en admettant la polygamie, par exemple ? J'entends déjà invoquer à voix forte l'ordre public, cet



outil créé par les juristes afin, précisément, de justifier les refus de changements. Et pourtant je me garderais bien de ne pas réserver la polygamie aux hommes, par souci de cette énigmatique « égalité » entre les sexes évoquée plus haut.

La réduction conceptuelle de la famille à des unités fragilement agglomérées peut aussi servir et renforcer des desseins politiques qui n'ont pas grand-chose à voir avec le droit de la famille. Les réformes récentes du droit du « regroupement familial » montrent ainsi que face à la volonté de limiter l'immigration, la relation familiale est de peu de poids, puisqu'être marié ne suffit plus pour avoir le droit de vivre ensemble<sup>18</sup>.

Mais bon, laissons là le problème de l'opposition entre les conceptions du terroir, c'est-à-dire européennes, et les schémas familiaux venus de plus loin, de ces contrées que les Européens ont constamment tenues pour « barbares ». Il est trop tôt pour demander aux juristes et surtout aux politiciens de ne plus penser exclusivement l'immigration en termes d'« assimilation », de « naturalisation », qui sont la négation même de cette pluralité tant vantée.

Toujours cette même obsession de faire du même tout en affirmant que tout change et que c'est bien ainsi. Platon et Aristote continuent aussi, dans leur tombeau, à chercher la solution à un des plus vieux problèmes de la pensée occidentale : comment dire une vérité sur ce qui est sans cesse mouvant ?

### **L'unité dans la diversité : le modèle libéral**

Toutes les mutations décrites pourraient bien se ramener à l'unité suivante : le droit de la famille propose surtout l'image de la famille adaptée aux conceptions économiques dominantes. Elle correspond, trop évidemment pour que ce soit un hasard, à celle qu'impose la doctrine philosophique libérale. La famille de notre droit familial se caractérise par la libre concurrence des personnes, la libre concurrence des modèles juridiques, l'individualisme, l'importance donnée au bonheur et au bénéfice privé qui peut être retiré de la relation, la contractualisation des relations familiales, la subsidiarité de l'intervention publique, l'acceptation de la diversité sociale, la mobilité. Ces traits sont bien ceux qui caractérisent le libéralisme, non pas au sens étiqué d'une tendance politique ou d'un programme dont se revendiquerait l'un ou l'autre parti politique, mais le libéralisme en tant qu'interprétation de l'humain et de la société, en tant que vision du monde<sup>19</sup>.

Ce n'est pas sans danger pour les pauvres, les plus faibles, les enfants qui ne sont pas concurrentiels<sup>20</sup>. Le droit de la famille est un droit pour les forts. De nombreux adultes n'ont pas en fait, étant données les conditions sociales et économiques qu'ils rencontrent, la possibilité de se marier avec qui ils veulent, d'organiser leur séparation temporaire ou définitive, de recourir à la médiation, de choisir le nombre d'enfants, ... On sait aussi, depuis des années déjà, que le divorce par consentement mutuel se fait plus rare lorsque l'on descend l'échelle sociale. Chacun est libre de choisir sa vie familiale, mais le revenu d'intégration est ce qu'il est, et le système d'aide sociale n'encourage pas la formation ou la cohésion des

---

<sup>18</sup> Voy. les articles 2 à 12 et 15 de la loi du 8 juillet 2011 modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers en ce qui concerne les conditions dont est assortie le regroupement familial.

<sup>19</sup> Pour cerner les traits du libéralisme en tant que doctrine philosophique et économique, je me suis inspiré assez librement de F. VERGARA, *Introduction aux fondements philosophiques du libéralisme*, tr. fr., Paris, La Découverte, 1992 et de M. SANDEL, *Le libéralisme et les limites de la justice*, tr. fr., Paris, Seuil, 1999.

<sup>20</sup> Pour d'autres développements, voy. J. FIERENS, « Photo de famille », *Journal du droit des jeunes*, n° 278, octobre 2008, pp. 23-31.

familles, loin s'en faut<sup>21</sup>. La vie familiale sous toutes ses formes est consacrée comme droit fondamental évident, mais les conditions de regroupement familial pour les étrangers deviennent de plus en plus restrictives et font passer les intérêts financiers bien avant la reconnaissance des liens même juridiques au sein des couples ou avec les enfants.

### **Conclusion, s'il en faut une**

Il y aurait tant à dire encore sur les changements qui ont marqué le droit du couple depuis cinq décennies, mais il faut bien s'arrêter.

Je choisis de terminer en me demandant si le droit de la famille ne « change pas de sens », dans l'acception première du terme. Il vient de là-bas, il est ici, on s'attendait peut-être à ce qu'il poursuive une trajectoire prévisible, mais ne prend-il pas une direction différente ?

Le droit objectif, c'est-à-dire la norme, change de fonction : il ne cherche plus d'abord la justice et la proportion. Il ne se contente plus des pauvres moyens qui sont les siens et qui ne pourront jamais rendre compte de la complexité des relations familiales, engendrant d'éternelles frustrations : obliger, interdire et autoriser.

Auparavant, le droit de la famille remplissait aussi une fonction sociale, d'ordre public, par la définition et la sanction des obligations du mariage. Actuellement, la sanction juridique est devenue un gros mot, même s'il ne parvient pas à évacuer la faute, ni dans la loi, ni, souvent, dans la tête des accouplés qui se découlent. Peut-être parce qu'après tout, la faute existe bien, au sens de responsabilité dans la rupture de la relation. Peut-être parce que l'économique prime et que le mariage remplissant une fonction économique comme la plupart des institutions juridiques, lorsqu'il s'agit de biens patrimoniaux, notamment de pension après divorce, la faute réapparaît. Le libéralisme, qu'il soit économique, relationnel ou sexuel peut-il s'affranchir de la faute ? Combien de couples restent-ils ensemble à travers des reproches et des efforts de prouver la faute de l'autre devant les tribunaux, malgré la réforme du divorce ?

Le droit de la famille entend rendre possible une certaine conception de la liberté des adultes, sans avouer qu'il sert surtout un système. La norme se nie elle-même : elle tend à faire disparaître les interdits d'une relation. Même Lévi-Strauss en est pour ses frais puisque l'interdit fondamental, celui de l'inceste, celui de la confusion du même et du différent, est raboté par la Cour constitutionnelle<sup>22</sup>. Toutes les relations sont possibles et bientôt tout sera possible en matière d'engendrement et de filiation.

Le droit existe aussi au sens subjectif : « mon droit ». C'est le droit comme pouvoir individuel, exercé sur l'autre. Il est l'enfant premier-né de l'individualisme. Il est depuis le XVI<sup>e</sup> siècle environ mais plus que jamais ces 50 dernières années l'expression du pouvoir des individus dans la *négociation* d'un lien social.

Il se croit fort en niant sa faiblesse. Il prétend affranchir de la dépendance à l'égard d'un ou d'une partenaire (et des enfants, dont les adultes dépendent tellement, à tout âge des uns ou des autres) pour accéder à ce fameux bonheur, ce foutu « épanouissement personnel ». La toute-puissance de l'individu prométhéen se heurte à l'altérité fondamentale de ses proches, de l'autre qui est aussi sujet de droit, qui a un visage que l'on ne voit pas si l'on se regarde soi-même. Le sujet de droit vit dans l'illusion que toute faiblesse et toute dépendance est un mal, qu'il doit être en permanence fort et autonome, seul maître de sa vie, de sa mort et du monde, et il se trompe. Il ne sait pas ce qu'il perd en niant sa fragilité. Reconnaître que nous sommes des êtres incomplets, que nous avons besoin de nos partenaires et de nos enfants pour devenir ce que nous sommes, pourrait constituer l'avenir du droit de la famille.

---

<sup>21</sup> Voy. à ce sujet, J. FIERENS, « Familles et aide sociale », dans M.-Th. CASMAN *et alii* (dir.), *Familles plurielles. Politique familiale sur mesure ?*, cité, pp. 196-202.

<sup>22</sup> Voy. l'arrêt n° 169/2003 du 17 décembre 2003 et l'arrêt n° 157/2006 du 18 octobre 2006.