

# Photo de famille. L'image de la famille à travers les mutations récentes du droit civil belge

par Jacques Fierens \*

**Le vieux Platon écrivait ces lignes il y a 2.300 ans : «Il faut d'abord s'occuper des mariages qui unissent les citoyens entre eux, puis de la naissance et de l'éducation des enfants, mâles et femelles, les suivre de la jeunesse jusqu'à l'âge mûr et à la vieillesse, pour prendre soins d'eux par de justes déterminations de ce qui vaut ou ne vaut pas d'être estimé; il faut observer et surveiller dans toutes leurs relations, leurs chagrins, leurs plaisirs, leur goûts pour tous les objets d'amour, et les blâmer ou les louer justement au moyen même des lois»<sup>(1)</sup>.**

## I. L'unité derrière la fausse diversité : l'individu libéral

### 1. Voir la norme comme un miroir

Le fondateur de l'Académie avait déjà compris que le droit véhicule toujours une certaine perception du lien social, et donc plus particulièrement des relations existant au sein des familles, à travers le droit qui les concerne. Il notait en même temps que c'est par la régulation des relations familiales que toute civilisation commence à régir la société. Les anthropologues et les paléontologues contemporains ne le contrediront pas. La norme est donc, entre autres, un miroir dans lequel une société se regarde, même s'il est souvent déformant. Le droit familial occupe à cet égard une place éminente. Platon savait déjà aussi que la définition de la famille est évidemment politique, au sens où elle sert, entre autres, à renforcer ou à affaiblir le pouvoir. Ceux qui l'exercent tenteront d'imposer un modèle familial qui justifiera leurs décisions. Les contestataires ne manqueront pas de le remettre en question, parfois radicalement, comme ce fut le cas, parmi de nombreux exemples, en 1789 ou en mai 68.

Platon était de tempérament plutôt pessimiste, ce qui explique sa tendance à imaginer des réglementations autoritaires, très invasives dans la sphère privée. Un regard pessimiste sur la nature humaine entraîne en effet l'exigence d'un droit autoritaire. Ainsi, le marxisme pense que, fondamentalement, l'homme exploite l'homme et cette doctrine dégénère en dictature; le nazisme soutient que les races supérieures sont corrompues par les races inférieures et engendre ces monstres totalitaires. Une vue optimiste de l'humain prône à l'inverse le moins d'intervention juridique possible. Ainsi, le libéralisme s'en remet à la spontanéité concurrentielle de l'individu pour l'avènement d'une société prospère où chacun trouverait son compte, et il se méfie de tout dirigisme. Ne nous étonnons pas dès lors que des propositions cauchemardesques de Platon, relatives à la suppression de la relation parents-enfants et au contrôle des naissances par l'exposition des nouveau-nés<sup>(2)</sup>, anticipent les tentatives d'eugénisme, de sélection ou de confiscation des enfants que réaliseront le nazisme ou le

régime des Khmers rouges. Les enfants font souvent les frais des politiques utilitaristes et dictatoriales. Le droit de la famille a tendance à confisquer les enfants. Les totalitarismes vont jusqu'au bout de cette logique.

### 2. Dans le droit, ne pas mettre trop de confiance

Platon avait toutefois de quoi se poser des questions sur les penchants humains, spécialement à propos de la manière dont ses concitoyens concevaient la protection de la jeunesse : les Athéniens avaient tué Socrate, son maître adulé, après l'avoir accusé de faire du tort aux jeunes générations, ce qui était un comble. Socrate, l'éducateur parfait, était accusé de perversité à l'égard des enfants. Comme le stage parental n'existait pas, le tribunal lui a fait boire directement la ciguë.

Xanthippe, son acariâtre première femme, n'a même pas pleuré suite à cette désunion pour le moins irrémédiable. Diogène Laërce rapporte que la furie exerçait de graves violences conjugales sur Socrate,

\* Avocat, Professeur extraordinaire aux FUNDP à Namur et à l'ULg.

(1) PLATON, Les lois, Livre I, VI, 631e-632a.

(2) Leurs rejetons, j'entends de ces sujets de valeur, une fois pris, seront portés au bercaïl et remis à des soigneuses, qui habitent en dehors, dans un certain quartier de la Cité. Quant aux rejetons de sujets sans valeur et à ceux qui seraient mal conformés de naissance, ces mêmes autorités les cacheront, comme il sied, dans un endroit qu'on ne nomme pas et que l'on cache... PLATON, La République, tr. fr. L. Robin, Paris, Gallimard [Collection de la Pléiade], 1950, V, 460b-460c.

## La volonté de changer tout et vite est plus spectaculaire que les solutions retenues, souvent de compromis

qui refusait de rendre les coups sans en revendiquer pour autant l'attribution préférentielle de la résidence conjugale, refusant par ailleurs de donner à autrui le spectacle du combat entre les conjoints, auquel la réforme récente du divorce en Belgique entend d'ailleurs mettre fin, non sans illusions<sup>(3)</sup>. Platon nourrit du coup une confiance démesurée dans le droit. C'est la norme qui arrangera les mariages, la filiation, l'autorité parentale, l'éducation des enfants, sans jamais s'affranchir de l'approbation ou de la désapprobation. Ce sont les lois familiales, fondées sur l'observation des relations humaines, des chagrins, des plaisirs et des amours, qui permettront aux gens de vivre en citoyens dans une même cité, la cité idéale, qui n'a d'ailleurs, parce qu'elle n'appartient qu'au monde des idées, jamais existé.

Nos législateurs, nous le verrons, donnent toutes les raisons susceptibles de les classer parmi les optimistes. Ils n'en sont apparemment pas à prôner le genre platonique en matière amoureuse, mais ils sont par intermittence encore platoniciens, dans leur conception du rôle de la norme du moins. Ils invoquent le réalisme et la spontanéité de la vie familiale – voyez la facilitation du divorce et l'affirmation très à la mode qu'il faut s'adapter aux réalités des familles<sup>(4)</sup> – mais rêvent encore de temps en temps, comme Platon, de changer la société par décrets – voyez le régime de l'autorité parentale conjointe et le principe de l'hébergement égalitaire<sup>(5)</sup>.

Or, le droit manque souvent d'humilité, spécialement en matière familiale. Il est bien maladroit, souvent carrément paltoquet face aux relations qu'il prétend régir. C'est que les relations familiales déterminent, sur le mode de la satisfaction ou du manque, notre être tout entier, de notre naissance à notre mort. Elles sont les plus originaires, les plus denses, donc les plus complexes parmi tous les rapports humains. Réglementer les relations familiales est ainsi un immense défi pour le droit. C'est qu'elles débordent de loin les registres dans lesquels la norme, telle qu'elle est conçue aujourd'hui dans nos régions, est en mesure de s'exprimer, c'est-à-dire sous le mode du défendu, du permis et de l'obligatoire. Le droit de la famille est une inévitable réduction, une simplification de cette relation sociale spécifique entrete-

nue ou non avec des proches. En cas de crise de la relation entre adultes, ou entre adultes et enfants, on aura beau sacrifier tous les tribunaux sur l'autel de la médiation, selon la grande tendance d'aujourd'hui, la norme familiale et sa mise en œuvre seront toujours frustrantes.

### 3. Les lois passent aujourd'hui au micro-ondes

Depuis vingt ans, le droit de la famille se transforme à grande vitesse et les dernières années ont battu des records : modification du régime de la tutelle<sup>(6)</sup>, de l'adoption<sup>(7)</sup>, du mariage<sup>(8)</sup>, de la filiation<sup>(9)</sup>, du divorce<sup>(10)</sup>. Il ne reste plus grand-chose du Livre premier du Code civil. En ce qui concerne les régimes matrimoniaux, le Code civil de 1804 avait tenu bon environ 170 ans, les principes régissant la filiation environ 180 et le divorce pour cause déterminée plus de 200. Et puis voilà qu'il devient insupportable par principe d'appliquer une norme familiale ancienne<sup>11</sup>. C'est sans doute un nouveau rapport au temps, surtout de la part des adultes, qui rend le mieux compte des mutations actuelles du droit de la famille. 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. Mais ce qui est nouveau est la vitesse de mutation de ce droit. Il ne mijote plus, il passe au four à micro-ondes. La volonté de changer tout et de changer vite est, au fond, plus spectaculaire que les solutions retenues, souvent de compromis<sup>(12)</sup>.

Le rapport au temps des membres de la famille a changé lui aussi. Les expériences de couple sont précoces, mais il n'est pas urgent de se marier puisqu'on peut vivre ensemble autrement. Par contre, s'il faut divorcer, que cela aille vite, très vite, au point que le délai de pourvoi en cassation doit être réduit de trois à un mois parce que rester marié soixante jours de plus quand on a décidé de ne plus l'être devient manifestement insupportable<sup>(13)</sup>. 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<sup>(14)</sup>. Parce que tout ce qui est vieux est suspect, les vieux, quand ils deviennent trop vieux, ne font plus vraiment

(3) Une fois que, sur la place publique, elle l'avait dépouillé de son manteau, ses disciples lui conseillaient d'user de ses mains pour se défendre: «*Où, par Zeus, dit-il, pour que, pendant que nous échangeons des coups, chacun de vous dise: «Bravo, Socrate !», «Bravo, Xanthippe !»»* (DIOGÈNE LAERCE, Vies et doctrines des philosophes illustres, *Le Livre de Poche, La Pochothèque, Classiques modernes, 2e éd., 1999, II, 37*). *La deuxième femme de Socrate, par contre, se plaignait de ce qu'il devait mourir innocent; il lui demanda si elle aimait mieux qu'il mourût coupable.* (Ibidem, II, 35)

(4) Il restait néanmoins urgent de prendre la mesure de l'évolution sociale, que les chiffres ne sont pas les seuls à démontrer. (Rapport fait au nom de la sous-commission «*Droit de la famille*» par Mme Valérie DEOM et M. Servais VERHERSTRATEN, 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.)

(5) *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.*

(6) *Loi du 29 avril 2001 modifiant diverses dispositions légales en matière de tutelle des mineurs.*

(7) *Loi du 24 avril 2003 réformant l'adoption.*

(8) *Loi du 13 février 2003 ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil.*

(9) *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.*

(10) *Loi du 27 avril 2007 réformant le divorce.*

(11) Même si de nombreuses réformes ont été adoptées depuis le Code civil, et en particulier à la fin du 20<sup>ème</sup> siècle, il est néanmoins 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. (Rapport fait au nom de la sous-commission «*Droit de la famille*»..., cité, 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.)

(12) *Pour plus de développements, voy. J. FIERENS, «Le nouveau droit du divorce ou le syndrome Lucky Luke», Droit de la famille, coll. Recyclage en droit, n° 2, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2007, pp. 3-56.*

(13) *Voy. l'article 1274 nouveau du Code judiciaire.*

(14) *Voy. l'article 329bis, § 2, du Code civil.*

# Comment mener l'enfant vers l'autonomie sans en faire un adulte en plus petit ?

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 en connaître le message.

La cohabitation de fait est courante et socialement bien acceptée. La cohabitation légale a été instaurée pour varier le menu et pour anticiper le mariage des personnes de même sexe<sup>(15)</sup>. À l'évidence, la «*fauteur du mariage*», chère à Napoléon, a disparu dans le chef du législateur. Le mariage est une forteresse assiégée, dit-on : ceux qui sont dedans veulent rentrer et ceux qui sont dehors veulent sortir. Il a fait l'objet d'une véritable révolution, dont nous ne mesurons pas encore la portée, en s'ouvrant aux couples homosexuels – cela, cette fois, est bien une première historique<sup>(16)</sup>. Ce n'est pas l'acceptation sociale de relations intimes entre personnes du même sexe qui constitue du jamais-vu, mais la transformation de la représentation du mariage qu'implique son ouverture.

Le divorce a progressivement été facilité, avant de subir une transformation radicale à travers la loi du 27 avril 2007 qui court, c'est le cas de le dire, derrière une facilitation considérable du démariage.

La filiation garde la trace du traumatisme de l'arrêt *Marckx* du 13 juin 1979, pourtant trentenaire, en traquant toute discrimination entre enfants mais aussi, sous l'influence plus ou moins cohérente de la Cour constitutionnelle ex-d'arbitrage, toute inégalité en général. La loi du 31 mars 1987 modifiant diverses dispositions légales relatives à la filiation, que nous appelions il n'y a pas si longtemps «*la nouvelle loi*», est devenue vieille d'un seul coup par les réformes de 2006.

L'adoption a été favorisée au nom de l'énigmatique intérêt de l'enfant, mais le souci de la famille d'origine est plus affirmé; elle s'est internationalisée parce que les moyens d'information et de transport le permettent et parce que ce sont encore toujours les riches qui adoptent les enfants des pauvres et pas l'inverse. Cela n'a pas changé depuis l'antiquité, mais cette fois personne ne se scandalise de l'archaïsme du schéma.

Les modalités de l'exercice de l'autorité parentale se cherchent dans des lois optatives qui, paradoxalement, ne savent plus

très bien ce qu'elles veulent : peut-être ceci, sauf si vous préférez cela, notamment parce que les rôles, dans la famille, sont de moins en moins clairement distribués. Les mamans, surtout quand elles sont seules, ne doivent pas oublier le moment venu d'incarner la Loi, l'interdit œdipien, rôle viril s'il en est. Les pères doivent savoir materner et couvrir s'ils veulent justifier l'hébergement égalitaire et faire oublier qu'ils ne peuvent pas porter d'enfant ni les allaiter sans recourir au biberon dont on n'avait pas remarqué, jusqu'à présent, qu'il est peut-être un sein phallique. L'égalité de fait y gagne, et c'est tant mieux pour les femmes surtout, même si elles doivent tout faire et que les hommes ne savent plus ce qu'ils peuvent faire. Le risque est celui d'une perte de la distinction des sexes, qui constitue pourtant un des fondements de nos civilisations et de notre structuration personnelle. «*Sexe*» vient de «*secatus*», séparé. Ne plus désirer, c'est mourir, mais on ne peut désirer que ce qu'on n'est pas. La confusion entre égalité et identité étend partout son règne.

## 4. Il y a autonomie et autonomie

Les enfants sont investis de responsabilités dans la relation entre leurs parents, même quand les adultes prétendent qu'il n'en est rien. Ces derniers disent tous qu'ils savent s'y prendre et que, bien sûr, ils ne demandent jamais «*Tu préfères ta maman ou ton papa ?*», mais le prix de cette prétention est qu'ils en arrivent parfois à soutenir sans rire qu'un enfant ne rêve pas que ses parents vivent pacifiquement ensemble avec lui, ce qui serait un schéma culturel et contingent dépassé. Les adultes ne savent pas dire à l'enfant que la grande affaire est d'accepter plutôt que les parents connaissent souvent l'échec de l'amour, parce qu'ils en sont venus à nier que le divorce est un échec.

Comment reconnaître la spécificité propre de l'enfant, qui implique la protection, et comment le mener vers l'autonomie sans en faire un adulte en plus petit ? Peut-être en se souvenant que «*autonomie*» ne veut pas dire seulement, ou pas d'abord, contrairement à une idée répandue, «*se donner sa propre loi*», mais «*recevoir sa part propre*»<sup>(17)</sup>. Le glissement de sens actuel, qui croit que le but des lois est la suppression de la dépendance de l'enfant à l'égard des adultes, est trompeur. Il ne s'agit pas de donner à l'enfant la possibilité d'établir lui-même la norme qui le gouverne, mais de respecter une proportionnalité entre sa situation et celle des adultes.

## 5. L'image de la famille ne se dessine pas que dans le droit civil

On aurait tort de chercher uniquement le droit de la famille dans le Code civil et le Code judiciaire, même si les présentes considérations s'y appuient surtout. L'image de la famille est bien sûr façonnée aussi par les droits humains, le droit public, y compris le droit des étrangers, le droit pénal, le droit du travail, de la sécurité sociale ou de l'aide sociale, le droit fiscal... Nous manquons d'études et de réflexions transversales sur la place de la famille dans l'ordonnement juridique.

À propos de la situation économique, les législateurs se soucient soit de prendre moins d'argent à la famille dans son ensemble, soit de lui en donner davantage. Le premier aspect renvoie aux aspects fiscaux de la vie familiale, le second à la sécurité sociale, spécialement aux prestations familiales, et à l'aide sociale. Les deux sont indispensables, mais on ne peut pas toujours tout faire en même temps et il est intéressant de regarder ce qui préoccupe davantage les réformes récentes. Le

(15) Loi du 23 novembre 1998 instaurant la cohabitation légale.

(16) Loi du 13 février 2003 ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil.

(17) De nêdô, partager. Plus originellement encore, il s'agit d'attribuer à un troupeau sa part de pâturage. Voy. A. BAILLY, Dictionnaire grec-français, Paris, Hachette, 1950. Sur l'autonomie des enfants, on peut consulter J. FIERENS, «Les droits de l'enfant : individualisme, indépendance ou autonomie ?», Journal du droit des jeunes, mars 1999, n° 183, pp. 33-35. Pour Kant, mais à tort si l'on se place du point de vue étymologique, «l'autonomie de la volonté est cette propriété qu'a la volonté d'être à elle-même sa loi (indépendamment de toute propriété des objets du vouloir)». (E. KANT, Fondements de la métaphysique des mœurs, tr. Fr.V. DELBOS, éd. Librairie Delagrave, 1980, p. 169.) Ce glissement de sens est significatif de l'époque à laquelle Kant l'exprime, dont nous ne sommes pas sortis.

## La famille de notre droit familial se caractérise par la libre concurrence des personnes

droit de garder son argent est, quoi qu'il en soit, une plus vieille revendication que celle d'en recevoir, ce qui fait l'affaire des familles nanties, mais évidemment pas celle des autres. La *Magna Carta*, texte anglais de 1215 dans lequel on voit les prémisses des droits de l'homme, parle déjà beaucoup du contrôle de la levée d'impôts<sup>(18)</sup>. Il faudra attendre Condorcet et la fin du 18<sup>e</sup> siècle pour que l'idée germe de soutenir financièrement les familles, et le XX<sup>e</sup> siècle pour une instauration large des allocations familiales<sup>(19)</sup>.

L'image de la famille portée par le droit se dessine ensuite autant à travers les procès qu'à travers les lois. Non pas que toutes les difficultés aboutissent au palais de justice, heureusement, mais le droit ne prend sens qu'en fonction du conflit, potentiel ou avéré. Un contrat, une médiation, une conciliation n'existent que par la possibilité du procès. Ceux qui s'inspirent d'Emile Durkheim soutiennent volontiers que les procès sont des drames sociaux ritualisés, qui conduisent à une réaffirmation des valeurs portées par la société, à travers la réconciliation des parties ou la sécession de l'une d'elle<sup>(20)</sup>. Nos juges de paix, tribunaux de la jeunesse, présidents de tribunaux de première instance, tribunaux de première instance eux-mêmes auraient pour fonction, dans cette optique, de réaffirmer les valeurs familiales sur lesquelles un consensus social existe, ce qui impliquerait de les connaître, au moins intuitivement. À cet égard, la tâche de discernement devient pour le moins ardue. Il existe toutefois une autre lecture de la régulation du contentieux en général ou du contentieux familial en particulier à travers les procès. Cette seconde approche est sans doute plus pertinente et plus actuelle, selon laquelle la solidarité sociale n'est pas reconstruite par l'affirmation d'un accord sur les valeurs, mais au contraire par la délibération publique sur le désaccord permanent à ce sujet<sup>(21)</sup>. C'est plus vraisemblablement ce qui se passe dans les procès ou dans les phases préprocédurales de régulation des litiges : le désaccord s'exprime sur ce qu'est la famille, sur ce qu'est le mariage, sur ce qu'est être une mère, un père ou un enfant. Cette expression de divergences a lieu cependant dans les frontières de la procédure et des règles de fond, et le résultat en est en

principe le respect du point de vue de l'autre. C'est le grand mérite du recours au droit.

### 6. Dans les familles, il y a parfois de ces ressemblances...

Il n'est donc aucun gouvernement, aucun législateur, aucune juridiction, quelles qu'en soient la nature ou la tendance idéologique, qui ne propose et parfois n'impose une certaine conception de la famille.

Les grandes révolutions, qui s'efforcent de modifier rapidement la société qui les a fait naître, font preuve, en général, d'une intense activité législative en matière familiale. Dans des genres très différents, ce fut le cas de la Révolution française de 1789, de la révolution russe de 1917, du régime nazi de l'Allemagne hitlérienne ou de la révolution chinoise de 1949.

Serions-nous en phase révolutionnaire ? La frénésie législative actuelle en la matière est-elle le signe d'une volonté de changer la société ?

Certes, une des constatations les plus fréquentes en matière de droit de la famille est que la notion de famille est aujourd'hui multiple et qu'elle ne saurait se ramener à un modèle unique. Du point de vue historique, géographique, anthropologique, sociologique, psychologique, cela ne peut faire de doute. La famille ne renvoie plus aux mêmes personnes, elle se différencie clairement, dans nos régions, des familles constituées sous d'autres latitudes selon d'autres modèles, ce qui provoque d'ailleurs bien des malentendus lorsque ces modèles se confrontent par exemple au sein des familles immigrées ou lorsque les tribunaux belges doivent intervenir dans la vie de familles construites à partir d'autres références culturelles. Les attentes des individus par rapport à la fa-

mille sont diverses, même si les sondages indiquent que statistiquement, la première condition du bonheur est aux yeux de la majorité de la population belge la réussite d'une vie familiale somme toute classique<sup>(22)</sup>.

Pourtant, le modèle familial qui se dessine derrière les réformes récentes de notre droit civil de la famille pourrait être moins plural qu'on l'imagine.

Après des réformes qui poussent les juristes au pointillisme qu'ils affectionnent, un peu de recul permet de distinguer les traits essentiels de la photo de famille d'aujourd'hui. L'utilisation du grand-angle permet à tous ceux qui interviennent dans la vie des familles, et ils sont nombreux, de se demander plus trivialement dans quelle pièce ils jouent, selon quel modèle social et juridique évoluent les personnes qu'ils rencontrent, ou vers quel modèle ils les conduisent, consciemment ou inconsciemment.

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 à l'évidence 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>(23)</sup>. Ce libéralisme-là peut n'avoir rien à voir avec la couleur politique affichée. Des ministres socialistes nous ont donné des réformes, en matière familiale ou sociale, à l'évidence libérales du point de vue de

(18) Articles 12 à 15, qu'on peut consulter à l'adresse <<http://www.droitshumains.org>> (août 2008).

(19) N. de CONDORCET, Esquisse d'un tableau historique de l'esprit humain (1793-1794), édition dite «Prior-Belaval», Paris, Vrin, 1970, pp. 212-213.

(20) E. DURKHEIM, De la division du travail social (1893), Paris, P.U.F. [coll. Quadrige], 11<sup>e</sup> éd., 1986, spécialement pp. 57 et ss.

(21) Voy. M. OISEL, Juger les crimes de masse. La mémoire collective et le droit, tr. fr., Paris, Seuil, 2006.

(22) Voy. K. MATTHIJS, «L'actualité surprenante de la famille classique», dans M.-Th. CASMAN et alii (dir.), Familles plurielles. Politique familiale sur mesure ?, Bruxelles, Luc Pire, 2007, pp. 56-67.

(23) 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.

# Les lois du marché sont aussi celles qui président au règlement des litiges familiaux

la philosophie sous-jacente<sup>(24)</sup>. Ce n'est d'ailleurs pas en soi une critique, encore moins une injure. Le libéralisme philosophique offre des avantages incontestables, comme celui d'avoir suscité l'insistance sur le respect de la dignité inhérente à chaque individu.

## 7. La libre concurrence comme évidence ...

La liberté de s'unir au sein d'une famille, ou de se désunir, est à ce jour érigée en dogme. Toute violence, voire toute pression extérieure est pourchassée. Ainsi, le nouvel article 146ter du Code civil<sup>(25)</sup> relatif aux mariages contractés sans libre consentement n'était pas vraiment nécessaire, puisque le principe de la nullité d'un tel mariage était acquis depuis des siècles et pourvu de bases juridiques suffisantes, mais à l'occasion de la traque des étrangers non ressortissants de l'UE, la loi nouvelle y insiste.

Le «droit de divorcer» est par ailleurs instauré, du moins dans les intentions d'une réforme<sup>(26)</sup>, à défaut d'apparaître dans les textes.

La période de cohabitation qui précède l'éventuel mariage est souvent destinée, dans le chef des partenaires, à être sûr de choisir le meilleur produit pour soi. La cohabitation de fait et la cohabitation légale sont par ailleurs moins contraignantes que le mariage du point de vue de l'exclusivité, et on en sort (encore) plus facilement pour se tourner éventuellement vers la concurrence. Retarder la naissance d'un enfant peut être aussi une manière de se garder mieux concurrentiel, surtout pour les femmes.

Au sein du mariage, force est de constater que les devoirs du mariage ne sont plus guère juridiquement sanctionnés – à commencer par le devoir de fidélité<sup>(27)</sup> – sauf en ce qui concerne les conséquences économiques du passage à la concurrence, sous forme de pension après divorce, à payer ou à ne pas payer. C'est que le réajustement du marché a toujours un coût, tous les économistes vous le diront.

Enfin, la réforme du divorce a étayé les conditions de la polygamie successive, c'est-à-dire celles d'une concurrence dans la durée et non plus seulement instantanée.

## 8. ... tout comme les lois du marché

L'acteur économique choisit la forme juridique de son entreprise, la famille choisit sous quelle forme elle existera aux yeux des tiers. On oublie parfois que des individus ne décident pas seuls de constituer une famille. Lévi-Strauss a depuis longtemps souligné que dans toute culture, une famille est un groupement qui doit socialement être accepté comme tel. On est une famille sous le regard des autres ou on n'en est pas une. Les couples de même sexe ne s'y sont pas trompés : on ne les empêchait plus de vivre ensemble, mais ce qu'il demandait était la reconnaissance sociale de la famille qu'ils créaient, et cette reconnaissance passe d'abord par le droit, donc par la possibilité de mariage.

La norme s'efforce aujourd'hui de ne plus connoter qualitativement le célibat, la cohabitation de fait, la cohabitation légale, le mariage hétérosexuel ou homosexuel, ou le divorce. La libre concurrence des institutions semble réalisée.

Les lois du marché ne sont pas seulement celles de la concurrence. Ce sont aussi celles qui fixent le prix de reviens et le prix de vente, l'un par rapport à l'autre. Le droit familial stimule le calcul coût-bénéfice dans le choix des partenaires, le choix du nombre d'enfants, le choix de l'institution familiale. Du point de vue individuel, si l'offre affective, sexuelle et économique ne correspond plus à la demande, bref, si le prix à payer devient trop élevé par rapport à la qualité attendue du

produit, le contrat doit être révisé. Du point de vue institutionnel, à quoi dois-je m'engager pour avoir quoi ? Une récente rencontre de juristes relative aux mutations du droit familial commençait par un exposé relatif à «l'union libre», à la cohabitation légale et au mariage. L'intervenante a présenté son sujet en soulignant que sa comparaison pratique était destinée à examiner le coût et le bénéfice de chaque institution : *S'agissant de questions complexes, l'avocat et le notaire sont souvent interrogés dans ces matières. Il leur appartient dès lors, avec chaque couple qui se présente à eux, de comparer les avantages et les inconvénients des diverses solutions*<sup>(28)</sup>. On ne saurait être plus clair sur cette facette du rôle des juristes.

Le budget d'investissement dépend évidemment des profits espérés, qui peuvent varier selon l'état du marché. On investira davantage dans la durée, par exemple, au moment où on envisage d'avoir des enfants et on passera de la cohabitation au mariage même si celui-ci coûte plus cher sous quelques aspects, parce que le produit fini espéré a changé de nature et nécessite un autre investissement ...

Les lois du marché sont aussi celles qui président au règlement des litiges familiaux. Partout où existent une offre et une demande, le libéralisme met sa confiance dans les mécanismes pacifiques d'arbitrage entre des intérêts divergents. Combien de fois les praticiens, constatent-ils en effet que les jugements, en matière familiale, feront nécessairement deux déçus, parce qu'on ne peut forcer à donner

(24) *En droit de l'aide sociale, qui est historiquement l'aboutissement d'idées socialistes au sens philosophique du terme, c'est une ministre PS qui a introduit notamment le principe de la contractualisation de la relation entre l'ayant-droit et le CPAS, au préjudice du respect de la dignité humaine, consacré pourtant comme référence première de l'aide sociale en 1976. La réforme a abouti à la loi du 12 janvier 1993 «contenant un programme d'urgence pour une société plus solidaire». La réforme de la loi instituant un minimum de moyens d'existence, qui a abouti à la loi du 26 mai 2002 concernant le droit à l'intégration sociale et qui intègre les exigences de l'économie de marché davantage que la protection des plus démunis, a été portée politiquement par un ministre SPA.*

(25) *Inséré par la loi du 25 avril 2007.*

(26) *Voy. Projet de loi réformant le divorce, Doc. parl., Ch. repr., sess. ord. 2005-2006, n° 2341/001, 15 mars 2006, p. 28.*

(27) *L'article 213 du Code civil n'a pas été modifié dans le «nouveau» divorce, et un constat d'adultère reste possible sur la base de l'obsolète article 1016bis du Code judiciaire. Toutefois, la sanction indirecte de l'adultère ne peut être que la privation éventuelle d'une pension après divorce, si le tribunal estime qu'il constitue une faute grave ayant rendu impossible la poursuite de la vie commune.*

(28) *A. HUGÉ, «Union libre, cohabitation légale et mariage : comparaison pratique», dans La famille dans tous ses états. Première évaluation des récentes réformes législatives. Actes du colloque organisé par la Conférence libre du Jeune barreau de Liège le 23 mai 2008, Liège, éd. Du Jeune barreau de Liège, 2008, p. 11.*

## Notre droit de la famille est sans aucun doute devenu sophistique

plus que ce que l'on a ? Ils conseillent alors la solution la moins mauvaise, qui vaut en principe mieux qu'un bon procès. Ils font confiance à l'équilibre naturel des satisfactions et des frustrations, comme dans l'économie de marché.

Celle-ci joue de même entre législateur et sujets de droit. Ainsi existe-t-il, selon ce mode de penser et de légiférer, une offre et une demande de cohabitation en hausse qui fait que la loi reconnaît d'autres unions que le mariage; une demande de nuptialité en hausse pour les personnes de même sexe, qui fait disparaître la condition de différence de sexe; une demande forte de démariage qui aboutit selon une prétendue nécessité, à faciliter le divorce; une baisse de demande de natalité qui entraînera le législateur à prévoir des avantages fiscaux ou autres liés à la présence d'enfants<sup>(29)</sup>.

### 9. L'individualisme

La famille s'est rétrécie à quelques individus, parfois à un seul. On dit parfois, en guise de boutade, que les personnes les plus seules sont les familles monoparentales sans enfant.

Notre droit nouveau de la famille, surtout, pense séparément les individus qui la composent, y compris les enfants. Il devient peu capable de concevoir la durée du couple en tant que tel, même à titre de projet. La précédente ministre de la Justice, pour défendre sa réforme du divorce, a commencé par affirmer que le mariage est un contrat au jour le jour<sup>(30)</sup>, ce qui est évidemment faux, tant en fait qu'en droit. En fait, les personnes se marient lorsqu'elles entendent inscrire leur couple dans le temps; en droit, l'obligation de fidélité, qui implique évidemment par essence la durée, fait toujours partie en théorie des effets d'ordre public du mariage. L'approche ministérielle bof-bof est toutefois une manière d'éviter de prendre en considération l'union en elle-même, en temps que lien social distinct de la juxtaposition quasi accidentelle de deux individus. On peut constater par ailleurs que les nouvelles règles du divorce sont simples quand il s'agit d'organiser la fin du mariage en tant que telle, mais floues quand il s'agit de gérer la relation de solidarité qui doit perdurer au sein du couple, à travers notamment la pension après divorce<sup>(31)</sup>.

La famille est en principe plus que la somme de ses parties, mais lorsqu'est mobilisé devant les tribunaux le droit au respect de la vie familiale, c'est beaucoup plus souvent au bénéfice d'un individu qui défend son intérêt contre un autre membre de la famille que pour défendre l'unité familiale contre des agressions extérieures. En d'autres mots, il s'agit souvent d'un parent qui invoque son droit à une nouvelle vie familiale contre l'autre, par rapport à un enfant notamment<sup>(32)</sup>. Les droits de l'enfant sont plutôt mobilisés contre les parents, les candidats-parents adoptifs, les éducateurs de l'enfant. Bref, c'est la relation elle-même, le lien familial qui échappe au droit de la famille. Il y a des exceptions, mais elles se situent davantage en dehors du droit civil de la famille, lorsque le respect du droit de vivre en famille est invoqué en matière de séjour des étrangers ou en matière de placement autoritaire des enfants.

### 10. Faire confiance à l'initiative privée

L'intérêt privé est le credo de la philosophie libérale et le moteur du modèle économique qu'elle défend. La recherche de l'intérêt personnel, souvent rebaptisé «*épanouissement personnel*», est aussi la justification de plus en plus exclusive du droit de la famille. C'est la victoire de l'utilitarisme dans sa vieille lutte contre l'objectivation de la vérité. Ce qui est bon est ce qui stimule l'activité, y compris familiale, ce qui rendra heureux plutôt que la recherche d'un ordre juste en soi, plutôt que l'idée d'une bonté et d'une justice objectives, longtemps recherchées dans la «*nature*». Ce relativisme souvent paré du manteau de la tolérance était déjà le centre de la querelle qui a opposé les sophistes et Socrate. Pour les premiers, il n'y a pas de modèle meilleur qu'un autre, tout

dépend de celui qui rencontre ses intérêts<sup>(33)</sup>. Notre droit de la famille est sans aucun doute devenu sophistique, l'homme étant plus que jamais la mesure de toutes choses.

### 11. Le contrat, évidemment

L'appréhension de toute relation humaine à travers le contrat, à commencer par un contrat social fondateur, est un des socles les plus évidents de la philosophie libérale. L'alternative serait à nouveau de penser que certaines institutions, comme la société politique ou la famille, sont naturelles. Tous les penseurs qui ont préparé le libéralisme, au XVIII<sup>e</sup> siècle spécialement – Grotius, Hobbes, Locke, Rousseau, Kant –, croient au contraire que le contrat est précisément ce qui permet d'échapper à la nature. La querelle entre contractualistes et institutionnalistes, à propos du mariage, est totalement mise en veilleuse aujourd'hui, parce que le mariage n'est plus vu que comme un contrat, au point qu'il paraîtrait ringard d'en encore le contester. Les contrats fondateurs des familles sont plus que jamais opposés à la nature, reléguée dans le seul domaine de l'écologie et de l'environnement, mais considérée comme critère inexistant ou dépassé en matière familiale.

Le contrat libéral par excellence est le contrat synallagmatique, c'est-à-dire celui qui comporte des obligations réciproques, plus précisément encore *l'échange*, étant entendu que l'achat et la vente, pierres de touche de l'économie libérale, ne sont qu'une sorte d'échange. C'est à condition de recevoir que l'on accepte de donner. L'exception d'inexécution, caractéristique du droit conventionnel justifie la rupture : si je ne reçois plus, je ne donne plus. C'est aussi la logique de rupture de beaucoup de couples.

(29) Voy. M. BOURGEOIS et A. RÔMER, «Aspects fiscaux du droit de la famille», dans *La famille dans tous ses états. Première évaluation...*, citée, pp. 193-268.

(30) *Projet de loi réformant le divorce*, Doc. parl., Ch. repr., sess. ord. 2005-2006, n° 2341/001, 15 mars 2006, p. 6.

(31) *On peut comparer la simplicité de l'article 229 nouveau du Code civil avec les imprécisions et la rédaction laborieuse de l'article 301 nouveau.*

(32) Voy. par exemple les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme McMichael c/ Royaume-Uni, du 24 février 1995, Ignacolo-Zenide c/ Roumanie du 25 janvier 2000, ou Elsholz c/ Allemagne du 13 juillet 2002.

(33) *Protagoras aurait soutenu* : Donc, en politique aussi, beau et laid, juste et injuste, pie et impie, tout ce que chaque cité croit tel et pose comme loi pour elle-même, tout cela est tel en vérité pour chacune; et, dans ce domaine, il n'y a nulle supériorité de sagesse, ni d'individu à individu, ni de cité à cité. (selon PLATON, *Théétète*, 172a)

# *La mobilité affective est dès lors présumée, mais aussi encouragée*

## **12. La subsidiarité de l'intervention de la puissance publique**

Autre insistance classique du libéralisme : l'État ne doit jamais faire ce que les personnes privées pourraient faire à sa place. Cette doctrine considère qu'il y a presque toujours trop d'intervention autoritaire de la puissance publique. «*Laissez faire, laissez passer*», laissez les individus régler leurs relations dans toute la mesure du possible. À l'origine en effet, le libéralisme contemporain fut une réaction contre le colbertisme, qui impliquait que l'État assume l'essentiel de la responsabilité immédiate de l'économie, tantôt en réglementant toutes les activités industrielles, tantôt en agissant sur la conjoncture au moyen de la détermination autoritaire du prix. À la même époque, l'État imposait des valeurs familiales, la structure juridique de la famille, son fonctionnement.

Tout se tient : la part acceptable de l'intervention étatique dépend aussi de la concurrence, de la loi du marché, du contrat. Les consommateurs de la loi, ici les familles ou plutôt les individus adultes qui composent des familles, négocient politiquement avec les producteurs de la loi et s'entendent sur un prix et sur un volume de transaction, c'est-à-dire sur le volume de loi acceptable en termes de quantité et surtout en termes de contenu. Hormis la procédure du marché, il n'y a pas d'autre issue, excepté la loi du plus fort, c'est-à-dire le plus souvent celle du pouvoir politique, et l'exercice de cette force est, précisément, contesté.

La subsidiarité de l'intervention étatique est aujourd'hui visible aussi à l'érosion des règles d'ordre public, à la libéralisation croissante du droit étatique qui entend afficher un principe de neutralité morale, qui s'en remet au juge pour trancher en équité et en opportunité les litiges que suscite la vie en famille... et les obscurités des textes légaux. Ainsi, pour justifier certaines réformes récentes en droit de la famille, la ministre de la Justice se réfère à l'équité quand il s'agit de préciser les critères flous de fixation de la pension alimentaire après divorce ou quand il s'agit de faire admettre les approximations de la loi relative à l'hébergement <sup>(34)</sup>.

Nous sommes aussi, en matière familiale, renvoyés à l'engouement généralisé pour la médiation. Celle-ci, indépendamment de ses avantages et de ses inconvénients, constitue une privatisation de la régulation des conflits et une volonté de déjudiciarisation souvent confondue avec la recherche de solutions amiables, même quand la déjudiciarisation est dangereuse par l'absence de garanties, notamment procédurales. À nouveau, tout se recoupe : c'est aussi le lieu de la loi de l'offre et de la demande : ne dit-on pas que la médiation est la recherche de concessions réciproques ? Vendeurs et acheteurs se font réciproquement des concessions, qui permettent de s'arrêter à un prix qui ne satisfait personne mais que tout le monde accepte. La confrontation sur le marché aboutit, non pas à la «bonne» solution, mais à la moins mauvaise possible, celle dont la seule vertu incontestable sera d'inspirer le respect, y compris celui du juge et du parquet qui ne peuvent en principe proposer ou imposer une solution différente de celle qui résulte de la négociation.

## **13. La volonté affichée d'accepter la diversité sociale**

L'encouragement à la diversité que génère le droit familial actuel n'est pas un effet de la grande ouverture d'esprit du législateur, mais une condition classique de l'ordre libéral. Celui-ci sait que l'objectif de tout système totalitaire, y compris de son grand ennemi le communautarisme, est de réaliser l'unité sociale, de vaincre les particularismes sociaux. Le libéralisme se donne au contraire la diversité, sous tous ses aspects, à la fois comme point de départ et comme point d'aboutissement. Si tous les modèles familiaux ne se valaient pas, son hypothèse selon laquelle l'intérêt privé est le meilleur moteur du bien-être ne serait plus vérifiée.

L'acceptation de la pluralité se confond avec sa croyance dans une organisation spontanée de la société.

De même en matière de conflit : si le libéralisme reconnaît les divergences en-

tre les opinions, les intérêts ou les profits, c'est qu'il considère que ces divergences constituent une richesse et une chance de salut pour les sociétés.

## **14. L'exigence de mobilité**

Le succès du libéralisme implique aussi le changement des initiatives, des formes institutionnelles de l'entreprise, des prévisions revues constamment à la hausse ou à la baisse, du changement de lieu d'activité, les délocalisations et les relocalisations, l'adaptation constante des règles elles-mêmes.

La mobilité affective est dès lors présumée, mais aussi encouragée, à l'instar de la mobilité dans le travail. Peut-être accomplirez-vous toute votre carrière dans la même entreprise, mais ce n'est pas un but en soi et la probabilité en est faible. Ainsi, parmi de nombreux exemples, la réforme du divorce a-t-elle supprimé le délai de deux ans de mariage comme condition du divorce par consentement mutuel <sup>(35)</sup>. Les familles recomposées sont par voie de conséquence érigées en référence première du législateur. En amours comme dans la vie économique et professionnelle, le destinataire de la norme doit apprendre à être mobile et s'adapter sans cesse. La stabilité ne s'entend plus avec la productivité.

## **15. En bref : une famille toujours calquée sur le modèle économique**

Un des meilleurs spécialistes belge du droit de la famille écrit : *Notre droit s'est surtout soucie des fonctions économiques de la famille, il l'a considérée comme une cellule de survie essentielle à la société des anciens législateurs (devoirs parentaux, pouvoirs au sein du couple, favor matrimonialis). Ces temps sont révolus et notre société s'efforce de faire accéder chaque individu à l'autonomie économique et au développement personnel. (...) Bien plus que le maintien des statuts, c'est l'ancrage de famille dans les faits et les sentiments qui doit inspirer les mutations*

(34) Rapport fait au nom de la Commission de la justice par Mme Valérie DEOM et M. Servais VERHERSTRATEN, Doc. parl., Ch. repr., sess. ord. 2005-2006, n° 2341/018, p. 36.

(35) L'article 276 du Code civil, qui contenait cette condition d'admissibilité du divorce par consentement mutuel, a été abrogé par l'article 4 de la loi du 27 avril 2007 réformant le divorce.

# C'est au nom de l'intérêt des faibles que les pires terrorismes familiaux ont existé

du droit. Les familles sont en effet plurielles à l'image des individus qui les constituent, et ceux-ci méritent tous un égal respect de leurs droits fondamentaux. (...) Le droit des familles doit prioritairement accompagner les besoins des individus et non principalement prétendre structurer les comportements<sup>(36)</sup>. Croire que l'image de la famille n'est plus le reflet des conceptions économiques dominantes, croire que cette image est nouvellement plurale et suggérer que le droit accompagne les faits davantage que l'inverse relève, comme on l'a vu, de l'illusion. Les modèles familiaux qui transparaissent à travers les réformes de notre droit civil sont imposés par la doctrine philosophique libérale, dont les liens avec l'économie dominante sont évidents, et c'est là leur point commun. Les individus ou les familles qui n'y correspondent pas seront au pire exclus, au mieux désapprouvés par le système juridique et ses acteurs. Le droit est par ailleurs aussi souvent utilisé pour influencer les comportements qu'il ne se laisse influencer par eux.

## II. De quelques difficultés suscitées par la vision libérale de la famille

### 1. Un grand classique : liberté formelle versus liberté réelle

La principale réponse historique au libéralisme a évidemment été le socialisme. À nouveau, le terme s'entend ici au sens très large de vision de la société, et donc du droit, pas au sens politicien. Considéré dans son sens le plus général, le socialisme tient pour nécessaire, au nom de la primauté de l'intérêt général sur les intérêts particuliers, la substitution de l'action de la collectivité à la libre initiative des individus qui la composent.

Le plus grand défi lancé au libéralisme consiste à mettre en exergue la distinction, désormais classique, entre les libertés «formelles» et les libertés «réelles». En termes plus crus : le droit, les droits

profitent davantage à certains plutôt qu'à d'autres, voire exclusivement à certains. L'égalité libérale n'est pas conçue comme égalité de redistribution, comme égalité concrète, mais, de manière moins générale, comme égalité des chances ou égalité probable. En matière familiale, vous avez le droit, vous avez la possibilité de cohabiter, de vous marier, de vous séparer, de divorcer, de choisir la voie la moins imposée, de choisir le nombre d'enfants que vous aurez, pourquoi n'en profitez-vous pas ?

### 2. Un droit pour les forts

Mais on sait bien que l'égalité des chances est elle-même souvent formelle et que certains sont plus égaux que d'autres. Le droit de la famille reflète d'abord les rapports familiaux qu'entretiennent ceux qui font la loi, ou ceux qui s'occupent de droit familial, ou ceux qui font la doctrine de droit familial. La question de l'hébergement égalitaire est particulièrement éclairante à ce sujet. Qui peut l'appliquer, sinon les parents qui peuvent chacun payer un logement adapté pour recevoir les enfants plus qu'une ou deux nuits ? En droit fiscal, les avantages «familiaux», comme la déductibilité des frais de garde bénéficient à ceux qui paient des impôts, pas aux autres, et sont d'autant plus profitables que l'on paie plus d'impôts. Il convient alors de rappeler que la jurisprudence des tribunaux du travail impose parfois aux personnes dépendant des CPAS – qui ne paient d'habitude pas de contributions – de mettre leurs enfants en garderie pour trouver du travail. Les frais viendront s'imputer sur leur revenu d'intégration ou leur aide sociale.

De nombreux adultes n'ont pas en fait, étant données les conditions économiques où ils se trouvent, la possibilité de se marier avec qui ils veulent, d'organiser leur séparation temporaire ou définitive, de choisir le nombre d'enfants, de recourir à

la médiation... 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 familles, loin s'en faut<sup>(37)</sup>. La vie familiale sous toutes ses formes est consacrée comme droit fondamental évident, mais les conditions de regroupement familial pour les étrangers hors Union européenne deviennent de plus en plus restrictives. Il faut pouvoir divorcer le lendemain du mariage, mais la fin du mariage ou de la cohabitation de fait avec une personne étrangère après un trop court délai entraîne éventuellement l'expulsion de celle-ci<sup>(38)</sup>.

Le libéralisme est une vision juridique et sociale de forts. Le problème est donc l'individu ou la famille plus faible que les autres. C'est alors que vient la tentation d'empêcher, par l'autorité de l'État, les effets de la loi de la concurrence, de la loi de l'offre et de la demande familiale, le règne de l'intérêt privé. Les théoriciens du libéralisme l'ont parfois vu : Jean de Sismondi, qui se déclarait disciple d'Adam Smith, écrit en 1819 que *la société libérale ne peut durer que si toutes les classes sont dans l'aisance*<sup>(39)</sup>. Face à ce constat de formalisme des droits, les excès inverses du socialisme sont alors évidemment possibles. C'est au nom de l'intérêt des faibles que les pires terrorismes familiaux ont existé.

### 3. L'enfant n'est pas un individu libéral

Aux chantres de la famille sur mesure, il faut enfin rappeler que l'enfant, lui, n'est pas un individu libéral. Le lien de filiation et ses effets s'accommodent évidemment moins bien de liberté formelle que le lien créé par la cohabitation ou le mariage, parce qu'il est un lien nécessaire et

(36) Y.-H. LELEU, Droit des personnes et des familles, Bruxelles, Larcier, 2005, n° 3.

(37) Voy. à ce sujet, J. FIERENS, «Familles et aide sociale», dans M.-Th. CASMAN et alii (dir.), Familles plurielles. Politique familiale sur mesure ?, Bruxelles, éd. Luc Pire, 2007, pp. 196-202.

(38) Voy. notamment art. 10, § 1<sup>er</sup>, 5<sup>o</sup> de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers.

(39) Nouveaux Principes d'économie politique ou De la richesse dans ses rapports avec la population, Paris, éd. Delaunay, 1819.



# *Le libéralisme envisage de plus en plus volontiers une opposition d'intérêt entre les enfants et les parents*

non contractuel. Ainsi, l'adoption a nettement tendance à échapper à la contractualisation, à la balance des intérêts des parties en présence, parce qu'elle ne peut pencher que radicalement du côté de l'enfant<sup>(40)</sup>, tandis que le mariage ou la cohabitation sont plus que jamais appréhendés comme des contrats. Ce n'est pas à dire que la volonté n'ait aucun rôle dans la création du lien de filiation ou d'adoption – pensons au mécanisme de reconnaissance de paternité ou de maternité – mais il entre malaisément dans la catégorie contractuelle<sup>(41)</sup>.

En ce qui concerne la mobilité, celle-ci est tout-à-coup découragée lorsqu'il s'agit des enfants. Au moment où le mariage était déclaré contrat au jour le jour, la réforme de l'adoption était justifiée par le souci de stabilité de l'enfant, dans sa famille d'origine ou dans les cas de nouvelle adoption. Tous les praticiens savent que le problème de la garde alternée est celui de la stabilité des références de l'enfant, ce qui explique la prudence du législateur lorsqu'il met en avant un principe d'hébergement égalitaire tout en insistant pour qu'il ne soit pas automatique<sup>(42)</sup>.

Le pouvoir étatique se substitue plus volontiers et plus rapidement à la volonté des adultes quand il s'agit d'enfants, par exemple dans l'établissement judiciaire de la filiation ou l'automatisme de l'établissement de la maternité par la mention du nom de la mère dans l'acte de naissance.

Le système libéral, toutefois, résiste à reconnaître que l'enfant n'est pas un individu libéral. Il a dès lors tendance à considérer le mineur comme un mini-adulte capable d'exercer sa volonté de manière autonome. Voyez l'abaissement de l'âge de consentir – donc de conclure un contrat –, en matière de filiation ou d'adoption, à 12 ans plutôt qu'à 15 ans<sup>(43)</sup>. Serait-ce que les enfants tout-à-coup ont mûri plus vite ? Les psychologues et les sociologues nous disent plutôt le contraire. C'est encore la tendance à accorder aux enfants le droit d'agir seul devant les tribunaux, autre forme d'individualisme. Serait-ce cette fois que les enfants sont plus qu'hier capables de démarches juridiques et judiciaires ? Non, mais le libéralisme envisage de plus en plus volontiers une opposition d'intérêt entre les enfants et les parents. Lorsqu'un juge de la

jeunesse se demande s'il peut soulever d'office une exception tirée de la méconnaissance de l'intérêt de l'enfant<sup>(44)</sup>, ne cède-t-il pas à l'illusion que les intérêts privés sont de meilleurs guides qu'un principe d'ordre public mobilisant l'intervention étatique ?

Plus généralement, le principe de sauvegarde de l'intérêt de l'enfant, dont on prétend dans une société faussement pédocentrique qu'il constitue le centre du droit de la famille, perd du terrain. En matière de reconnaissance d'enfant ou d'action en établissement de la filiation, ou encore dans le divorce pour désunion irrémédiable ou le divorce par consentement mutuel, le contrôle de la prise en compte de l'intérêt de l'enfant existe, mais de manière restrictive : le juge intervient si l'établissement de la filiation ou les contrats des parents portent «manifestement» atteinte à l'intérêt de l'enfant<sup>(45)</sup>. Peu importe que cet intérêt soit méconnu, du moment que cette méconnaissance n'est pas manifeste.

## **Conclusion**

Ces quelques notes sur l'image de la famille portée par les mutations récentes de notre droit civil, un peu provocatrices il est vrai, montrent que la diversité des modèles proposés pourrait n'être qu'apparente. La famille, et surtout les individus qui la composent, sont appréhendés d'abord comme des êtres libéraux par le législateur et par la plupart de ceux qui appliquent ou commentent le droit familial. Cette vision proposée ou imposée, réfléchie ou spontanée, consciente ou inconsciente, risque d'exclure certaines familles d'une protection juridique suffisamment effective, entre autres les familles

issues de traditions culturelles extérieures à l'Europe occidentale et les familles pauvres.

Malgré des prétentions contraires, la photo de famille proposée dans le droit civil belge qualifie mal, aussi, la situation et les relations de l'enfant au sein de la société et du groupe familial, ce qui comporte pour lui le danger de n'être pas juridiquement considéré pour ce qu'il est, un être qui n'a ni la vocation, ni les moyens de s'insérer dans les relations adultes suscitées par le marché.

Le libéralisme n'est cependant pas l'anomie, et le propos n'est pas ici de plaider pour un retour à un droit de la famille autoritaire. Le libéralisme signifie que l'intervention étatique ne doit exister que là où la spontanéité individuelle ne peut suffire, et cette subsidiarité est rassurante pour la liberté des personnes. Toutefois, avec la protection des familles et des personnes peu nanties et celles qui sont précarisées par leur statut de séjour illégal, le rapport aux enfants est, par excellence, ce domaine d'intervention nécessaire du droit.

Malgré ce qu'elle déclare, notre société prétendument préoccupée avant tout par l'enfant, surtout depuis une décennie, est loin d'avoir acquis l'équilibre entre les droits des adultes et des enfants, des faibles et des forts, des familles riches et des familles pauvres.

(40) Voy. N. GALLUS, «La réforme de l'adoption», dans *La famille dans tous ses états. Première évaluation...*, citée, pp. 69-94, spécialement pp. 76 et ss.

(41) Voy. J. FIERENS, «La figure contractuelle dans la formation du lien matrimonial, le divorce et l'établissement de la filiation», dans *Liber amicorum Michel Coipel, Bruxelles, Kluwer, 2004*, pp. 281-300.

(42) Voy. l'article 374, § 2, alinéa 2, du Code civil.

(43) Voy. articles 329bis ou 348-1 du Code civil.

(44) Voy. Th. HENRION, «L'hébergement égalitaire : de l'utilité de ne pas légiférer», dans *La famille dans tous ses états. Première évaluation...*, citée, p. 174.

(45) Voy., en matière d'établissement de la filiation ou d'adoption, les articles 329bis, 332quinquies, 364-1, 365-2 du Code civil; en matière d'accords conclus dans le cadre d'une procédure en divorce l'article 1257 du Code judiciaire.