

Les fonctions des familles : reconnaissance et protection par le droit

PAR

Yves-Henri LELEU

Doyen de la Faculté de droit de l'Université de Liège

I. Notions

1. Les familles, toutes différentes, assurent globalement les mêmes fonctions : permettre à leurs membres de s'épanouir, partager des charges et des ressources, assurer en réseau une entraide.

En différenciant cinq fonctions des familles, d'après les bénéficiaires et la nature économique ou matérielle de ces fonctions, nous pourrions distinguer, d'une part, la *reconnaissance* par le droit des fonctions familiales et, d'autre part, la *protection* que le droit accorde à ces fonctions.

Le système juridique reconnaît une fonction de la famille quand des normes permettent son accomplissement au sein de la famille. Le droit protège la fonction quand il encourage ou sanctionne cet accomplissement.

En décrivant l'intensité plus ou moins forte de la protection juridique d'une fonction familiale, il sera possible de relever l'existence ou les traces d'une politique familiale assumée ou inconsciente, dont le moyen de réalisation serait le droit des personnes et des familles, et ensuite de porter un jugement sur son efficacité dans ce cadre.

2. Nous centrons le propos sur les besoins et les droits des membres des familles, et plus particulièrement sur ceux des enfants et des personnes vulnérables. Les fonctions assumées par les familles sont exercées par et pour les individus.

Le droit belge reconnaît plusieurs types de familles qu'il caractérise par des statuts ou par des liens juridiques (mariage, cohabitation légale, filiation, adoption, degré de parenté éloigné, ...).

Toutes les personnes et toutes les familles bénéficient d'une reconnaissance et d'une protection par la loi, la Constitution et les droits fondamentaux (art. 8 de la Convention européenne des droits de l'homme [ci-après : CEDH], art. 22 et 22*bis* de la Constitution).

Mais cette protection varie souvent selon le statut des familles et le lien de parenté. Si des variations de protection apparaissent dénuées de rapport avec les fonctions que la famille doit assumer, mais résultent de choix politiques⁽¹⁾, il pourrait y avoir des différences de traitement discriminatoires à défaut de justification objective.

II. Fonction 1 – épanouissement personnel des membres de la famille – reconnaissance et protection forte – fonction non liée au statut de la famille

3. La famille a pour fonction principale de permettre à ses membres de s'épanouir en vue d'atteindre un degré suffisant d'autonomie et de bonheur, grâce à l'amour, l'affection, l'entraide ou le partage qui caractérisent normalement la vie en famille.

Dans notre société, le couple est un moyen pour deux personnes de s'épanouir sur le plan affectif et sexuel. Le couple n'est plus un vecteur d'intégration sociale qui serait prioritaire sur ces projets individuels. Il en résulte une plus grande fragilité des couples, laquelle appelle une protection juridique efficace contre les conséquences négatives de la rupture (fonction 4 – *infra*, n° 15).

(1) Le dédicataire de ces lignes a magistralement contextualisé historiquement et sociologiquement les choix politiques fondateurs du droit des personnes et de la famille dans le Code civil : J.-L. RENCHON, « Le droit de la personne et de la famille : de l'indisponibilité à l'autodétermination ? », in D. HEIRBAUT et G. MARTYN (éd.), *Un héritage Napoléonien. Bicentenaire du Code civil en Belgique*, Malines, Kluwer, 2005, pp. 58 et s.

Le même constat peut être fait à propos des enfants : la famille est le lieu de leur épanouissement individuel. Ils y sont encadrés par leurs parents tant qu'ils ne sont pas devenus des adultes autonomes.

4. Cette fonction épanouissante de la famille est reconnue et protégée, mais jusqu'au point où le droit ne peut plus intervenir dans la vie privée sans limiter l'autodétermination de manière disproportionnée.

Comme le droit n'a aucun moyen de garantir l'épanouissement et encore moins le bonheur, la protection juridique de cette fonction consiste à éviter au maximum les situations où la vie en famille restreint les droits et libertés individuels. Ces restrictions furent fortes et nombreuses dans notre système juridique, découlant toutes plus ou moins directement de l'ancienne organisation patriarcale de la famille et de la société.

5. Les exemples témoignant de la reconnaissance de cette fonction protectrice de la liberté individuelle au sein de la famille sont légion en droit belge, car notre droit est parmi les plus avancés au monde sur le terrain de l'autodétermination.

Le statut juridique du couple – mariage, cohabitation légale – ne diminue plus les droits personnels des partenaires comme dans le passé (ex. obéissance au mari et incapacité de la femme mariée). Actuellement, seul le mariage impose encore des obligations personnelles (cohabitation, assistance, fidélité – art. 213 C. civ.), mais elles ne sont pas sanctionnées *in corpore*, et le sont exceptionnellement sous forme financière (en cas de divorce, seule une « *faute grave* » qui a causé la désunion irrémédiable du couple « *peut* » entraîner une perte d'un droit à la pension alimentaire – art. 301, § 5, C. civ.)⁽²⁾. Les autres statuts ne contiennent aucune mesure restrictive de l'autodétermination (les cohabitants légaux ne doivent pas cohabiter ni respecter une obligation de fidélité).

L'ouverture du mariage aux personnes de même sexe en 2003 (art. 143, al. 1^{er}, C. civ.) protège la liberté de se marier des personnes qui en étaient empêchées pour des raisons morales ou à cause du lien ancien entre mariage et procréation. De même, l'ouverture de l'adoption aux parents de même sexe en 2003,

(2) S. BROUWERS, « De 'zwarte fout' als uitsluitingsgrond voor een uitkering na echtscheiding », *R.A.B.G.*, 2008, p. 732 ; G. HIERNAUX, « Le divorce et la séparation de corps », in D. CARRÉ e.a. (éd.), *Droit des personnes et des familles. Chronique de jurisprudence 2011-2016*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 215 et s., n^{os} 223 et s. ; G. HIERNAUX, « L'adultère, la "faute grave" et le droit du divorce », *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 319 ; A.-Ch., VAN GYSEL, « Quelques questions au sujet de la pension alimentaire après divorce », in Y.-H. LELEU (dir.), *Divorce et aliments*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 103 et s.

et de la P.M.A. en 2007, a permis aux enfants accueillis par des couples de même sexe de s'épanouir en famille quel que soit leur mode d'accueil dans celle-ci (fonction 2 – *infra*)⁽³⁾.

La prévention des mariages forcés (art. 146^{ter} C. civ.) et des violences conjugales (art. 1253^{ter}/5, al. 3, C. jud.) prouve à la fois que la famille peut devenir un lieu de souffrance, et qu'il est nécessaire de protéger la liberté individuelle des membres de la famille.

En matière biomédicale, l'autodétermination des personnes faisant partie d'une famille est protégée dans des situations cruciales pour la vie ou l'épanouissement des personnes (euthanasie, arrêt de traitement, IVG, transgenreisme).

Le patient qui demande l'euthanasie doit donner son accord pour que les « proches » qu'il désigne soient informés de sa demande (art. 3, § 2, 5°, L. du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie). La famille peut donc être tenue à l'écart d'un projet d'euthanasie comme de sa réalisation.

Une décision d'arrêt de traitement médical, même susceptible d'entraîner la mort, est prise par le patient seul. Ni le médecin ni les membres de la famille ne peuvent s'y opposer (art. 8, § 4, loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient). Si un patient ne peut pas exprimer sa volonté, c'est en priorité son mandataire ou son représentant légal qui exprimera un consentement de substitution. Les membres de la famille n'interviennent qu'en l'absence de représentant et dans un ordre fondé sur leur proximité de fait (l'époux ou le partenaire passe avant les parents – art. 14, L. du 22 août 2002 relative aux droits du patient)⁽⁴⁾. Au contraire, dans les systèmes juridiques où le médecin doit consulter la famille en cas d'incapacité du patient, l'intérêt de la collectivité l'emporte sur les droits du patient, ce qui lui enlève une part d'autonomie⁽⁵⁾.

-
- (3) Sur ces deux réformes : J.-L. RENCHON, « Mariage et homosexualité », *J.T.*, 2002, p. 505, « L'avènement du mariage homosexuel dans le Code civil belge », *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, pp. 439 et s. et « Parenté sociale et adoption homosexuelle. Quel choix politique ? », *J.T.*, 2005, p. 125. Sur la question du nom : J.-L. RENCHON, « Du nom de l'enfant lors de son adoption au sein d'un couple de même sexe ou d'une manière supplémentaire de gommer la différence des sexes dans l'identité de l'enfant », *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, pp. 11 et s. Voy. également : L. COHEN, « L'adoption simple ou plénière de l'enfant issu d'une gestation pour autrui par le co-parent de même sexe », *Rev. trim. dr. fam.*, 2019, pp. 845 et s. ; M. DEMARET, « L'adoption homosexuelle à l'épreuve du principe d'égalité. L'arrêt E.B. contre France », *J.T.*, 2009, pp. 145 et s.
- (4) G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 261 et s., « Le grand âge en droit médical, entre ombres et lumière », in *Le droit des seniors. Aspects sociaux et fiscaux*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2010, pp. 328 et s. et « Vulnérabilité et intégrité physique en droit belge. Entre protection renforcée et autonomie encadrée », *Rev. Dr. Ulg*, 2019, pp. 132 et s.
- (5) En France : G. GENICOT, « Arrêt de traitement, droit à la vie, autonomie personnelle et patients vulnérables – Réflexions autour de l'affaire Vincent Lambert », *J.T.*, 2016, p. 17.

En matière d'I.V.G. (L. du 15 octobre 2018), les femmes ne doivent pas informer leur partenaire⁽⁶⁾.

A fortiori les personnes transgenres ne doivent pas obtenir l'accord de membres de la famille, malgré l'impact important de leurs décisions sur la vie familiale (art. 135/1 et 135/2 C. civ.)⁽⁷⁾.

6. La protection de l'autodétermination des personnes en famille doit être conciliée avec la protection des enfants mineurs. La famille assume aussi cette fonction, dans l'intérêt des enfants, mais sous le contrôle de l'autorité pour éviter les abus (fonction 3 – *infra*, n° 11).

Quand un mineur demande l'euthanasie, il fait sa demande à titre personnel si un pédopsychiatre atteste sa capacité de discernement ; ses parents interviennent pour donner leur accord, mais la loi ne prévoit pas de procédure en cas de désaccord (art. 3, § 2, 7°, L. du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie)⁽⁸⁾.

De même un mineur transgenre de plus de 16 ans peut faire seul une demande de modification à l'état civil, mais un pédopsychiatre doit attester sa capacité de discernement et il doit être « assisté » par ses parents, qui ne décident pas à sa place (art. 135/1, § 10, C. civ.). Pour les plus jeunes, l'emprise des parents sur le corps de leurs enfants quand ils sont *intersexes* fait débat. Les parents ne sont pas légitimes à décider sans garde-fou des interventions chirurgicales irréversibles dont l'issue pourrait diverger de l'identité de genre de l'enfant⁽⁹⁾.

En matière d'I.V.G. les parents n'interviennent pas du tout car la protection de l'autodétermination doit être plus forte en raison des conséquences très graves pour l'épanouissement futur de la mère ou pour l'enfant non désiré⁽¹⁰⁾.

(6) Cass., 14 décembre 2001, *Pas.*, 2001, p. 2129, concl. J. DU JARDIN ; *J.L.M.B.*, 2002, p. 532, obs. Y.-H. LELEU et G. GENICOT ; *J.T.*, 2002, p. 261, obs. C. TROUET (consentement du mari) ; Gand, 8 août 1992, *R.W.*, 1992-1993, p. 366, note T. BALTHAZAR, conf. par Civ. Gand, 7 août 1992, *R.W.*, 1992-1993, p. 370 (consentement du partenaire non marié).

(7) Plus critique : J.-L. RENCHON, « Le nouveau régime juridique du changement de sexe », *Rev. trim. dr. fam.*, 2018, pp. 255 et s.

(8) Pour plus de détails : E. DELBEKE, « Euthanasie bij minderjarigen », *Rev. dr. santé*, 2014-2015, p. 163 ; G. GENICOT, « Rejet du recours en annulation de la loi étendant l'euthanasie aux mineurs : validation d'une évaluation logique et récente », note sous C. const., n° 153/2015 du 29 octobre 2015, *J.L.M.B.*, 2015, pp. 1933 et s. ; M. MALLIEN, « L'extension de l'euthanasie aux mineurs non émancipés. Une analyse des conditions requises par les lois des 28 mai 2002 et 28 février 2014 », *J.D.J.*, 2015, n° 342, p. 17.

(9) P. CANNOT, « Do Parents Really Know Best ? Informed Consent to Sex Assigning and "Normalising" Treatment of Minors with Variations of Sex Characteristics », *Culture Health & Sexuality*, vol. 23, n° 4, 2021, p. 564 ; G. WILLEMS, « Les personnes intersexes : à la croisée des genres » in *L'étranger, la veuve et l'orphelin... Le droit protège-t-il les plus faibles ?*, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 489.

(10) C.A., 19 décembre 1991, n° 39/91, *T.B.P.*, 1992, p. 341 ; *J.T.*, 1992, p. 362, note Ph. COENRAETS, obs. S. VAN DROOGHENBROECK, in *Droit international des droits de l'homme devant le juge national*, Bruxelles, Larcier, 1999, p. 61 ; D. DUVAL-ARNOULD, « Minorité et interruption volontaire de grossesse »,

Grâce à ces dispositifs mesurés dans la contrainte, le système juridique donne clairement la priorité à l'autodétermination des membres de la famille sur l'intérêt du groupe (familial ou social). Les tiers habilités par la loi à intervenir dans certaines décisions individuelles (médecin, état civil, parents) ont pour mission non de décider mais de donner effet à la volonté de l'individu. La loi se borne à fixer les conditions de leur intervention au service de la personne. La protection de la société et des valeurs partagées est assurée par des contrôles *a posteriori* ou marginaux (commissions de contrôle, recours judiciaire à la demande de l'officier d'état civil).

III. Fonction 2 – ancrage généalogique et identitaire des enfants – reconnaissance et protection forte – fonction non liée au statut du couple

7. Une des plus importantes fonctions des familles est la procréation ou l'accueil d'enfants qui ne seraient pas biologiquement liés à tous ses membres (double filiation biologique et légale, filiation envers un seul membre de la famille, adoption par le couple, adoption par un membre du couple, adoption de l'enfant du partenaire, parenté socioaffective, accueil temporaire d'enfants, etc.). Cette fonction conditionne l'exercice de la fonction suivante, éducative, de la famille (fonction 3 – *infra*, n° 11).

Les enfants ont tous besoin d'une identité et d'un ancrage généalogique, des besoins protégés par le droit fondamental au respect de la vie privée (art. 8 CEDH ; art. 22 Const.)⁽¹¹⁾. Le droit des familles reconnaît depuis toujours cette fonction de la famille, mais élargit depuis quelques décennies sa protection à tous les enfants, sans distinctions selon le type de procréation ou la forme d'accueil dans une structure parentale.

D., 1999, p. 471 ; Y.-H. LELEU et S. DELVAL, « Autorité parentale et actes médicaux », *J.D.J.*, 2002, n° 214, p. 29 ; M. VEYS, « Abortus bij minderjarige en wilsonbekwame patiënten : de rol van de Wet Patiëntenrechten en de noodtoestand », *Rev. dr. santé*, 2006-2007, p. 153.

(11) C. const, arrêt n° 18/2016 du 3 février 2016, B.5.3, *Act. dr. fam.*, 2016, p. 52, note J. FIERENS et G. MATHIEU ; *J.T.*, 2016, p. 162, note J.-P. MASSON ; *J.L.M.B.*, 2016, p. 404, note D. PIRE ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2016, p. 367, note G. MATHIEU ; *R.W.*, 2015-2016, p. 1198, note I. BOONE ; *T. fam.*, 2016, p. 80, note ; F. SWENNEN, G. VERSCHULDEN, T. WUYTS ; G. MATHIEU et G. WILLEMS, « Origines, parentalité et parenté dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in J.-L. RENCHON et J. SOSSON (éd.), *Filiation et parentalité*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 35.

Cette fonction est protégée par le droit de la filiation et de l'adoption qui organisent le rattachement juridique des enfants à leurs parents. Ces matières ont subi de très fortes mutations, car elles étaient à l'origine du Code civil des instruments quasi politiques au service d'une politique familiale méchamment patriarcale. Elles dépendaient aussi des faibles connaissances scientifiques en matière de procréation. Le contexte et les techniques ont bien changé. L'impératif de stabilité des filiations doit composer avec le droit à l'identité. Le droit de la filiation doit respecter les principes d'égalité et de respect de la vie privée, mais aussi une juste proportionnalité des limites juridiques opposées aux recherches d'origines et à l'établissement des filiations⁽¹²⁾.

8. Le système belge a commencé (1987) par supprimer la plupart des avantages donnés à la procréation dans le mariage⁽¹³⁾. Il n'a pas autorisé l'accouchement sous X qui prive l'enfant d'une filiation⁽¹⁴⁾.

Deux réformes ultérieures (2003, 2007) ont encadré la P.M.A. pour répondre au besoin d'accueil d'enfant de tous les auteurs d'un projet parental, sans distinction selon le statut (mariage ou cohabitation), le sexe des parents (même sexe ou sexe différent) ou les auteurs du projet parental (femme seule, gestation pour autrui tolérée)⁽¹⁵⁾.

L'évolution suivante a été de permettre de rattacher des enfants aux auteurs d'un projet parental sans procréation biologique ou même sans la réunion des gamètes des auteurs du projet. L'adoption était déjà une consécration du projet parental comme base d'ancrage généalogique⁽¹⁶⁾. La réglementation de la filiation co-maternelle (2014)⁽¹⁷⁾ est une preuve supplémentaire que la filiation peut reposer sur le projet parental, sur une intention d'assumer la fonction de parent⁽¹⁸⁾. Récemment la jurisprudence constitutionnelle a forcé le

(12) Sur ces évolutions, voy. not. : G. MATHIEU, *Le secret des origines en droit de la filiation*, Malines, Kluwer, 2014 ; G. MATHIEU, *Droit de la famille*, Bruxelles, Larcier, 2022, pp. 271 et s., et pp. 401 et s.

(13) Cour eur. D.H., arrêt *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, *Publ. C.E.D.H.*, Série A.

(14) Le droit belge reconnaît néanmoins la validité d'actes de naissance sans mention d'une mère, notamment dans le cadre de la politique de reconnaissances de G.P.A. dans l'intérêt de l'enfant : Bruxelles, 5 décembre 2019, *J.L.M.B.*, 2021, p. 1394, note P. WAUTELET.

(15) N. GALLUS, *Le droit de la filiation – Rôle de la vérité socio-affective et de la volonté en droit belge*, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 311 et s. ; G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 588 et s.

(16) Sur les réformes récentes : L. COHEN, « Actualités législatives et constitutionnelles en droit de l'adoption », in *Actualités législatives en droit de la personne et de la famille* (J. Sossion éd.), Bruxelles, Larcier, 2018, p. 93.

(17) J.-E. BEERNAERT et N. MASSAGER, « Loi du 5 mai 2014 instaurant le régime de la comaternité : 'Trois femmes, un homme et un couffin' », *Act. dr. fam.*, 2015, p. 74 ; M. DEMARET et E. LANGENAKEN, « La loi portant établissement de la filiation de la coparente : bien dire et laisser faire... », *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, pp. 455 et s. ; G. SEGHERS et F. SWENNEN, « Meemoederschap zonder adoptie – de wet van 5 mei 2014 tot vaststelling van de afstamming van de meemoeder », *R.G.D.C.*, 2014, p. 483.

(18) Pour une analyse des fondements possibles : F. SWENNEN, « Wat is ouderschap ? », *T.P.R.*, 2016, p. 11.

système juridique à permettre l'établissement de la filiation paternelle envers l'homme qui recourt à la P.M.A. avec sa compagne sans fournir ses propres gamètes⁽¹⁹⁾. Et une tendance jurisprudentielle émerge pour protéger l'enfant contre une paternité « imposée » par sa mère, en observant notamment si les parents biologiques avaient eu un projet parental lors de sa conception⁽²⁰⁾. Un dernier exemple concerne la gestation pour autrui, qui n'est pas réglementée, mais dont la mise en œuvre doit respecter le cadre juridique de la P.M.A. Les enfants issus d'une gestation pour autrui peuvent bénéficier d'une double filiation envers les parents d'accueil fondée sur leur projet parental (les parents d'accueil), même dans des cas où l'opération s'est déroulée à l'étranger⁽²¹⁾.

9. Une avancée parallèle est l'émergence de la proportionnalité dans l'application par le juge de certaines normes en matière de filiation, celles qui limitent des droits fondamentaux.

La Cour constitutionnelle juge disproportionnées et contraires au droit au respect de la vie privée (art. 22 Const. ; art. 8 de la CEDH) les causes légales d'irrecevabilité des actions en matière de filiation qui empêchent le juge d'examiner tous les intérêts en présence pour accueillir ou rejeter une contestation ou une recherche de filiation⁽²²⁾. Depuis 2010, dans la plupart

(19) C. const., arrêt n° 19/2019, 7 février 2019, *T. Fam.*, 2019, 135, note P. SENAËVE ; *J.T.*, 2019, 452, note G. WILLEMS, *T.J.K.*, 2019, p. 263.

(20) M. BEAGUE, « L'intérêt de l'enfant dans le cadre d'une action en recherche de paternité introduite par la mère à l'encontre d'un homme qui ne veut pas être père », note sous C. Const., n° 190/2019 du 28 novembre 2019 et n° 92/2020 du 18 juin 2020, *Rev. trim. dr. fam.*, 2020/4, pp. 988-1010 ; M. BEAGUE et M. COUNE, « L'appréciation de l'intérêt de l'enfant face à la paternité imposée », note sous Trib. fam. Brabant wallon (23^e ch.), 21 juin 2021 et Liège (10^e ch.), 7 juillet 2021, *Rev. trim. dr. fam.*, 2022, à paraître ; M. COUNE, « La place du projet parental et de l'intérêt de l'enfant dans les affaires de paternité imposée », note sous Trib. fam. Namur, div. Namur (2^e ch.), 6 janvier 2021 et Trib. fam. Namur, div. Namur (2^e ch.), 20 janvier 2021, *Rev. trim. dr. fam.*, 2021/1, pp. 249-275.

(21) E. DOS REIS, G. RUFFIEUX, J. TEREL, G. WILLEMS, « La maternité de substitution », in H. FULCHIRON et J. SOSSON (éd.), *Parenté, Filiation, Origines. Le droit de l'engendrement à plusieurs*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 188 et s. ; N. GALLUS, « L'adoption par les parents intentionnels de l'enfant né d'une mère porteuse », *Act. dr. fam.*, 2013, p. 100 ; G. MATHIEU et J. MARY, « Gestation pour autrui, filiation et droit international privé : vers une reconnaissance automatique de l'acte de naissance étranger ? », *Rev. trim. dr. fam.*, 2021, pp. 189 et s. ; J. SOSSON et G. MATHIEU, « L'enfant né d'une gestation pour autrui : quelle filiation ? Quels liens avec la mère porteuse ? », in J. SOSSON et G. SCHAMPS (éd.), *La gestation pour autrui. Vers un encadrement ?*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 375 ; J. SOSSON et J. MARY, « Gestation pour autrui pratiquée à l'étranger : l'intérêt de l'enfant, sésame d'une reconnaissance en Belgique ? », *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, pp. 552 et s. ; P. WAUTELET, « La filiation issue d'une gestation pour autrui : quelles règles de droit international privé pour la Belgique ? », in *La gestation pour autrui. Vers un encadrement ?*, *ibid.*, pp. 213 et s.

(22) Prescription des actions, possession d'état, parenté socio-affective dans la famille légale : jurisprudence constante et notamment l'arrêt précité n° 18/2016 de la Cour constitutionnelle du 3 février 2016 (B.7.3 et B.16). Prohibition d'établissement d'une filiation incestueuse : C. const., 9 août 2012, n° 103/2012, *Act. dr. fam.*, 2012, p. 150, note A.-Ch. VAN GYSEL ; *J.D.J.*, 2012, liv. 319, p. 35, note G. MATHIEU et A. RASSON ; *J.L.M.B.*, 2012, p. 1281, note P. MARTENS ; *T. Fam.*, 2012, p. 219, note T. WUYTS ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 204, note Y.-H. LELEU et L. SAUVEUR. *Adde Loi* du 21 décembre 2018. Pour plus de détails voy. Y.-H. LELEU, « Filiation 2017 : l'intérêt bien pondéré », *Rev. trim. dr. fam.*, 2017, p. 9.

des actions, les intérêts des parties doivent être mis en balance par le juge en accordant la prépondérance à l'intérêt de l'enfant⁽²³⁾.

L'enfant voit ainsi renforcé son droit d'établir sa filiation biologique si tel est son intérêt, même s'il a été élevé par ses parents socioaffectifs, même s'il a attendu très longtemps pour agir, même s'il est issu de parents incestueux.

Par contre, quand ce sont les adultes – parents légaux, parents biologiques – qui agissent à propos de la filiation d'un enfant, pour la contester ou l'établir, la jurisprudence reste sévère et admet que des règles légales fassent obstacle à l'action, parce que ces adultes n'agissent pas nécessairement dans l'intérêt de l'enfant (prescription, veto de l'enfant majeur à sa reconnaissance paternelle, appréciation de l'intérêt de l'enfant lors de la reconnaissance ou de la recherche de paternité en cas d'opposition de la mère ou de l'enfant).

10. On conclura de ces évolutions que le droit protège fortement la fonction d'accueil de la famille, et spécialement l'intérêt d'un enfant à avoir une double⁽²⁴⁾ filiation envers ses parents biologiques ou les auteurs d'un projet parental, que cette protection est à la fois plus forte et plus individualisée que dans le passé.

Parce que les situations familiales se diversifient, le droit législatif est devenu incapable de réglementer toutes les hypothèses qui se présentent en matière de filiation. Le législateur est contraint par la Cour constitutionnelle de partager sa compétence normative avec le juge, pour rendre possibles des décisions individuelles fondées principalement sur les intérêts de l'enfant et des autres protagonistes et beaucoup moins sur l'intérêt général. L'appréciation des intérêts individuels ne peut être prise en charge que par un juge au fait de la situation concrète d'une famille⁽²⁵⁾. Et peu importe si des cas apparemment similaires sont traités différemment, contexte familial exposé à huis clos oblige. La société va d'ailleurs progresser bien plus avec un droit casuel sur-mesure pour tous, qu'avec des lois générales ne pouvant prendre en compte que des modèles anticipés et validés par le législateur. L'évolution récente en jurisprudence constitutionnelle et de fond prouve que la fonction

(23) Pour une anticipation et une synthèse intermédiaire : N. MASSAGER, « La prophétie de Gerlo. Réflexion à propos des derniers arrêts de la Cour constitutionnelle en matière de filiation », *Act. dr. fam.*, 2011, p. 130 ; N. MASSAGER et J. SOSSON, « Filiation et Cour constitutionnelle », in N. MASSAGER et J. SOSSON (éd.), *La Cour constitutionnelle et le droit de la famille*, Limal, Anthemis, 2015, p. 33.

(24) Voir *infra*, n° 12 sur la pluriparentalité. Comp. *supra*, n° 8 sur la paternité imposée.

(25) Pour une proposition méthodologique : Y.-H. LELEU, « Filiation 2017 : l'intérêt bien pondéré », *op. cit.*, p. 9.

d’ancrage identitaire et généalogique des enfants est devenue principalement familiale, voire parentale, et moins un enjeu de société. La société a enfin pris acte de la diversification des familles. La société et les valeurs communes sont protégées par la garantie d’un examen judiciaire des intérêts en présence.

IV. Fonction 3 – éducation et entretien des enfants – reconnaissance et protection forte – fonction non liée aux statuts

11. La fonction de la famille qui découle de l’accueil des enfants est leur éducation et leur entretien matériel⁽²⁶⁾. Parce que les enfants ne sont pas autonomes et que la société est intéressée au bien-être de ses membres vulnérables, cette fonction ne peut pas être abandonnée aux parents. Elle doit être contrôlée et sponsorisée (pour les personnes âgées ou malades : fonction 5 – *infra*). La reconnaissance juridique de cette fonction implique une protection très forte. Elle comprend l’articulation de l’intervention de la société en appui ou en contrôle des familles (institutions de protection de l’enfance et de la jeunesse, allocations familiales, subsides aux études).

12. L’autorité parentale est l’institution qui protège la fonction éducative de la famille⁽²⁷⁾. Elle est réglementée depuis 1995 sans distinction selon le statut du couple parental ou le genre de ses membres (mariage, cohabitation, vie commune, séparation). La titularité de l’autorité parentale est liée à la parenté (filiation ou adoption), avec pour conséquence que seuls les parents sont titulaires de l’autorité parentale, à l’exclusion de tout autre tiers même s’il s’occupe de l’enfant (beau-parent, parent affectif, famille d’accueil).

Ce principe connaît des exceptions qui prouvent la nécessité d’une évolution vers une plus grande individualisation du droit de l’autorité parentale pour atteindre toutes les situations familiales dans l’intérêt de l’enfant.

(26) Fonction au cœur des recherches du dédicataire de ces lignes : J.-L. RENÇON, « La fonction parentale au temps du divorce », *Ann. Dr. Louvain*, 1994, p. 259 ; J.-L. RENÇON (éd.), *L’enfant et les relations familiales internationales*, Bruxelles, Bruylant, 2003 ; J.-L. RENÇON, « La nouvelle réforme législative de l’autorité parentale », *Rev. trim. dr. fam.*, 1995, p. 361.

(27) J.-L. RENÇON, « Bicentenaire du Code civil (1804-2004). De l’autorité parentale. Livre I – Titre IX », *J.T.*, 2004, pp. 269 et s.

Dans les familles recomposées, le beau-parent n'est pas titulaire de l'autorité parentale, et a tout au plus un droit aux relations personnelles avec l'enfant en cas de séparation, à condition qu'il prouve un lien affectif avec lui (art. 375bis C. civ., réd. L. du 12 juillet 2018)⁽²⁸⁾.

Dans les familles déstructurées, l'enfant peut être placé temporairement en famille d'accueil. Les accueillants familiaux peuvent exercer certaines prérogatives de l'autorité parentale (art. 387quater et s. C. civ. ; réd. L. du 19 mars 2017). Il faut une délégation par convention entre les parents et les accueillants, homologuée par le juge dans l'intérêt de l'enfant (art. 387septies, § 2, C. civ.)⁽²⁹⁾. Cette situation est la seule où l'autorité parentale est exercée par plusieurs personnes assumant des fonctions éducatives.

Ces aménagements peuvent servir de modèle à un développement d'une protection de l'enfant dans un cadre de pluriparentalité. Cette dernière pourrait émerger autant des attentes des parents ou acteurs de la naissance, que de la reconnaissance du besoin de l'enfant à se déterminer lui-même par rapport à ceux-ci⁽³⁰⁾.

La nature privée de l'éducation des enfants et les difficultés d'organiser la contrainte laissent une grande marge d'appréciation aux parents. Une caractéristique de la protection de cette fonction familiale est de privilégier l'autonomie des parents⁽³¹⁾. L'autorité n'intervient qu'en cas de désaccord contraire à

(28) S. CAP et J. SOSSON, « La place juridique du tiers au lien de filiation », in J.-L. RENCHON et J. SOSSON (éd.), *Filiation et parentalité*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 301-310 ; G. HIERNAUX, « L'autorité parentale et le rôle des tiers », in N. GALLUS (éd.), *Les recompositions familiales. Les nouveaux enjeux de la parentalité et de la filiation*, Limal, Anthemis, 2015, pp. 75 et s ; M. MALLIEN, « Les relations personnelles de l'enfant avec ses grands-parents ou avec un tiers qui lui est lié affectivement. Analyse de quelques décisions judiciaires récentes », *Act. dr. fam.*, 2016, pp. 149 et s ; J.-L. RENCHON, « Vers l'octroi de l'autorité parentale à des beaux-parents ? », note sous C.A., 8 octobre 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, pp. 190 et s.

(29) J. FIERENS, « La loi du 19 mars 2017 modifiant la législation en vue de l'instauration d'un statut pour les accueillants familiaux », *Act. dr. fam.*, 2017, pp. 138-148 ; A. JANNONE et G. MATHIEU, « Compétences concurrentes des tribunaux de la jeunesse et de la famille en matière d'autorité parentale et d'accueil familial après la loi du 19 mars 2017 », in F. MOUFFE et A. QUEVIT (coord.), *Quand le protectionnel et le civil s'(en)mêlent – Le nouvel article 7 de la loi du 8 avril 1965*, Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 36 et s. ; T. VERCRUYSE, « Burgerrechtelijk statuut voor pleegzorgers – Commentaar bij de wet van 19 maart 2017 », *T. Fam.*, 2018, pp. 6-14.

(30) Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 4^e éd., Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 770-771, n^o 782-1 et s. La prochaine individualisation sera probablement celle du rattachement de l'enfant à une pluralité plus étendue de parents. Il s'agira de concilier la reconnaissance et la protection des besoins identitaires de l'enfant issu d'une configuration procréative élargie, avec les droits et devoirs des acteurs de sa naissance : I. BOONE, *Gedeeld geluk : ouderschap in intentionele meeroudergezinnen*, Mortselt, Intersentia 2016 et « Van co-ouderschap naar intentionele meerouderschap », in I. BOONE et Ch. DECLERCK (éd.), *Actualia Familiericht: Co-ouderschap Vandaag en Morgen*, Die Keure, 2017, p. 79 ; F. SWENNEN, « Wat is ouderschap ? », *T.P.R.*, 2016, p. 11.

(31) Comp. *supra*, n^o 6, les débats sur les prérogatives des parents d'enfants intersexes sur le corps de ces derniers.

l'intérêt de l'enfant (art. 374, § 1^{er}, al. 2, C. civ. – répartition de l'exercice de l'autorité parentale en cas de désaccord ; art. 374, § 2, al. 1^{er}, C. civ. – priorité aux accords sur l'hébergement des enfants après séparation)⁽³²⁾.

Une autre caractéristique de la protection de la fonction éducative de la famille est son individualisation et sa proportionnalité. Les recours en matière d'autorité parentale en cas de conflits entre les parents laissent une très grande marge d'appréciation au juge (art. 387bis C. civ.).

13. Les besoins matériels de l'enfant sont aussi assumés par ses deux parents (filiation, adoption) jusqu'à la fin de sa formation (art. 203 C. civ.). Cette fonction familiale bénéficie d'une protection juridique plus efficace qu'en matière d'autorité parentale car une contrainte financière est possible. Elle est également caractérisée par la proportionnalité aux besoins des enfants et aux ressources des parents (art 203, § 1^{er}, C. civ.)⁽³³⁾, et une certaine autonomie contractuelle (art. 1321, § 1^{er}, al. 2, C. jud., red. L. du 21 décembre 2018).

Dans plusieurs situations, d'autres personnes que les parents sont débitrices de l'obligation d'entretien. Dans un couple marié ou en cohabitation légale, l'obligation de contribuer aux charges du mariage ou du ménage inclut les frais d'éducation des enfants issus d'un seul des époux ou partenaires, quand l'autre parent fait défaut (art. 221, 1477, § 3, C. civ.).

Si l'enfant est lui-même marié ou cohabitant légal, l'obligation d'entretien se reporte par priorité sur son conjoint si ses ressources sont suffisantes (art. 213, 221, 1477, § 3, C. civ.)⁽³⁴⁾, jusqu'à une éventuelle rupture du couple⁽³⁵⁾.

En cas de décès d'un parent marié ou cohabitant légal, le survivant doit financer l'entretien de l'enfant, mais son obligation est limitée à ce qu'il a recueilli dans la succession (art. 203, § 3, 1477, § 5, C. civ.).

(32) G. HIERNAUX, « Difficultés actuelles en matière d'autorité parentale et d'hébergement », in A.-Ch. VAN GYSEL (éd.), *Filiation, autorité parentale et modalités d'hébergement*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 129.

(33) J.-E. BEERNAERT, N. DANDOY, S. LOUIS et P.-A. WUSTEFELD, *Parts contributives : un jeu de hasard ?*, Limal, Anthemis, 2019 ; N. GALLUS, « L'obligation d'entretien des parents à l'égard des enfants », in Y.-H. LELEU (dir.), *Divorce et aliments*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 69 et s. Pour une systématisation de la casuistique et des barèmes : S. LOUIS, « Calcul des parts contributives des père et mère au profit de leurs enfants – Analyse bisannuelle de décisions de jurisprudence », *Rev. trim. dr. fam.*, 2019, p. 159 (et les éditions précédentes).

(34) Les obligations de contribuer aux charges du mariage ou du ménage sont des obligations d'entretien indirectes.

(35) Cass., 20 avril 2007, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 1009.

Enfin, le géniteur à l'égard duquel la filiation n'est pas établie peut être condamné à contribuer à l'entretien de l'enfant (art. 336 C. civ.)⁽³⁶⁾, ou empêché de récupérer les subsides volontairement fournis (obligation naturelle)⁽³⁷⁾.

14. Malheureusement, l'éducation et la formation des enfants permettent le développement de pratiques genrées, qui pèsent encore actuellement plus sur les femmes que sur les hommes⁽³⁸⁾. Il peut en résulter des préjudices financiers ou personnels (retards de carrière ou de développement personnel), qui appellent une protection juridique pour tous les couples (fonction 4 – *infra*).

V. Fonction 4 – mutualisation des charges et production de valeurs – fonction du couple – reconnaissance et protection par le droit forte ou faible selon le choix des partenaires

15. Une fonction économique des couples est de mutualiser les charges de la vie de famille et de produire de la valeur économique pour assurer la sécurité d'existence des membres de la famille. Cette fonction est assumée au profit des partenaires du couple et des enfants qu'il éduque (fonction 3 – éducation des enfants – *supra*). Elle est fondée sur une logique de partage et pas de nécessité ou de besoins (fonction 5 – entraide familiale – *infra*).

Au sein du couple, les partenaires assument individuellement cette fonction dans une association économique où sont mises en commun des forces et des ressources parfois différentes (financières et matérielles). Dans de nombreuses familles, la répartition de ces ressources est genrée, souvent au préjudice des femmes et des mères⁽³⁹⁾.

(36) Liège, 13 octobre 2010, *Act. dr. fam.*, 2010, p. 175 ; Mons, 28 octobre 2003, *R.G.D.C.*, 2004, p. 279 ; Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 4^e éd., *op. cit.*, pp. 642 et s., n^o 677-3 et s.

(37) G. GENICOT, « L'obligation naturelle du père biologique de fournir des aliments à son enfant », note sous Liège, 15 juin 1998, *R.G.D.C.*, 1999, p. 311, n^o 14.

(38) Sur l'aggravation de cette situation par des biais de genre dans le chef des professions juridiques actrices du règlement des conflits familiaux : C. BESSIÈRE et S. GOLLAC, *Le genre du capital. Comment la famille reproduit les inégalités*, Paris, La Découverte, 2020.

(39) C. BESSIÈRE et S. GOLLAC, *Le genre du capital. Comment la famille reproduit les inégalités*, précité ; A. VERBEKE, E. ALOFS, C. DEFEVER, D. MORTELMANS, « Gender Inequalities and Family Solidarity in Times of Crisis », in L. CORNELIS (ed.), *Finance and Law : Twins in Trouble*, Anvers, Intersentia, 2014, p. 57.

La reconnaissance juridique de la solidarité économique dans le couple est nécessaire pour protéger les membres du couple contre d'éventuels déséquilibres entre l'investissement de chacun dans les tâches communes. Le partenaire qui a financé par ses revenus les biens du couple ne doit pas être privilégié en cas de rupture par rapport au partenaire qui a accompli des prestations matérielles durant la vie en couple.

La protection de cette fonction consiste à identifier avec précision à qui appartiennent les biens acquis et produits par le couple pendant la relation (solidarité patrimoniale – régime matrimonial) et comment compenser l'éventuelle perte de revenus ou de niveau de vie subie par un conjoint à la fin du partage des ressources (solidarité alimentaire – pensions alimentaires). La protection juridique de cette fonction devrait être très forte car son accomplissement peut être menacé par des comportements volontaires contraires à l'idéal de solidarité, doublés de déséquilibres dans les rapports de force.

Le droit belge accorde une protection très efficace à cette fonction du couple par le mariage en régime de communauté (art. 1398 et s. C. civ.) et par la pension alimentaire après divorce (art. 301 C. civ.).

16. Le régime de la communauté légale, qui est le droit commun de tous les couples mariés sans contrat de mariage, impose le partage de tous les acquêts quel que soit le niveau de revenus de chacun des époux (art. 1405, § 1^{er}, et 1430 C. civ.)⁽⁴⁰⁾.

Les époux peuvent toutefois exclure la protection du régime de communauté et choisir un régime de séparation de biens qui n'impose aucune solidarité patrimoniale et laisse aux époux une liberté dans la répartition des biens acquis au moyen des revenus (art. 1466 C. civ.). Ce choix doit être éclairé par le conseil des notaires lors du contrat de mariage⁽⁴¹⁾. Le juge ne peut pas corriger *a posteriori* les déséquilibres dans une répartition inégale des acquêts, sauf si les époux ont permis son intervention dans le contrat de mariage (correctif judiciaire en équité : art. 1474/1 C. civ.)⁽⁴²⁾. Cela n'empêche toutefois pas la jurisprudence de mettre en œuvre des mécanismes d'équité en cas de

(40) Voy. not. Ph. DE PAGE et I. DE STEFANI, *Les régimes matrimoniaux*, in *Traité de droit civil belge*, Bruxelles, Bruylant, 2018, pp. 261 et s. ; Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 93 et s.

(41) Art. 1469, § 3, et 1474/1, § 2, al. 2, C. civ. ; art. 9 L. de Ventôse ; Y.-H. LELEU, « La séparation de biens corrigée », in A. GILLARD (éd.), *Les régimes matrimoniaux après la loi du 22 juillet 2018*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 82 et s.

(42) J. SAUVAGE, « Les créances entre époux et la clause d'équité », in M. VAN MOLLE (éd.), *La réforme des régimes matrimoniaux en pratique*, Limal, Anthemis, 2019, p. 59.

déséquilibres injustes entre les patrimoines à la dissolution du mariage (enrichissement sans cause)⁽⁴³⁾.

Le couple non marié est toujours en séparation de biens (cohabitation légale : art. 1478 C. civ. ; cohabitation de fait : absence de réglementation), ce qui pose un problème grave car la majorité des jeunes couples belges ne se marie plus⁽⁴⁴⁾ et s'engage par conséquent dans un statut sans solidarité patrimoniale sans que ce choix puisse être qualifié juridique ou contractuel.

17. L'obligation alimentaire après la rupture est également liée au statut du couple, donc au choix des partenaires au début de la vie commune. Seul le divorce donne droit à une pension alimentaire, limitée à la durée du mariage (art. 301 C. civ.)⁽⁴⁵⁾. La pension n'est plus garantie à vie ni dépendante de la faute, mais vise à compenser une dégradation significative de la situation économique durant le mariage, ou une perte de niveau de vie dans des situations particulières (longue durée du mariage, état de santé dégradé, ...)⁽⁴⁶⁾.

Les autres statuts, qui drainent actuellement la majorité des couples, n'entraînent aucune obligation alimentaire lors de la rupture, alors que des préjudices de carrière s'y produisent de la même manière que pour les couples mariés.

18. La protection de la fonction de solidarité économique au sein du couple apparaît discriminatoire en Belgique, car les différences de traitement entre les statuts du couple n'ont pas de justification raisonnable⁽⁴⁷⁾.

(43) Cass., 4 février 2022, *J.T.*, 2022, 203, note V. MAKOW ; Cass., 11 juin 2021, *J.T.*, 2022, 207, note Y.-H. LELEU, *T. fam.*, 2021, 22, note A. VAN THIENEN ; Cass., 9 juin 2017, *R.G.D.C.*, 2017, p. 502, note F. DEGUEL ; Cass., 23 octobre 2014, *R.G.D.C.*, 2015, p. 559, note J. LAMBRECHTS ; Fr. DEGUEL et V. MAKOW, « L'enrichissement sans cause et les comptes entre époux séparés de biens : en marche vers un raisonnement jurisprudentiel abouti », *Rev. trim. dr. fam.*, 2020, pp. 363 et s. ; J.-L. RENCHON, « Le sort des apports des époux à la communauté conjugale en régime de séparation de biens », in *Liber amicorum Paul Delnoy*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 443.

(44) I. PASTEELS et D. MORTELMANS, « Huwen en scheiden in de levensloop », in D. MORTELMANS (ed.), *Scheiding in Vlaanderen*, Leuven, Acco, 2011, pp. 65-84.

(45) Pour une synthèse de la jurisprudence et des barèmes indicatifs : N. DANDOY, « Calcul des pensions alimentaires entre époux et après divorce – Analyse bisannuelle de décisions de jurisprudence (2018) », *Rev. trim. dr. fam.*, 2018, p. 761.

(46) Cass., 6 octobre 2017, *Rev. trim. dr. fam.*, 2018, p. 310 (somm.), note N.D. ; Cass., 3 novembre 2016, *Act. dr. fam.*, 2017, p. 58, note D. CARRÉ ; *J.L.M.B.*, 2017, p. 392 ; *R.C.J.B.*, 2018, p. 515, note N. DANDOY ; *T. Fam.*, 2017, p. 272, note C. VAN ROY ; Cass., 12 octobre 2009, *Act. dr. fam.*, 2009, p. 199, note (critique) A.-Ch. VAN GYSEL ; *T. Fam.*, 2010, p. 71, note (critique) C. VAN ROY ; *R.C.J.B.*, 2010, p. 470, note N. DANDOY ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 553, note N. DANDOY.

(47) Telle ne fut pas la vision du législateur lors de la réforme du 22 juillet 2018, considérant que le mariage pouvait encore offrir une protection supérieure aux autres statuts, et sans discrimination puisque le choix du couple serait le critère pertinent des différences jugées raisonnables. De même, pour les couples mariés en séparation de biens pure et simple, le législateur de 2018 considère que le choix d'exclure le régime légal, sous le conseil d'un notaire indépendant, est un critère objectif d'une différence de traitement raisonnable entre époux communs en biens et époux séparés de biens.

Les traitements différenciés découlent en effet du choix de se marier, de ne pas se marier, ou d'exclure la protection du régime légal. Or l'autonomie des partenaires lors de ce choix est contestable, car ils sont amoureux, au seuil d'un destin qu'ils ne maîtriseront pas entièrement, mais qu'ils veulent entrevoir agréable en tous ses aspects⁽⁴⁸⁾. L'autonomie des partenaires est fallacieuse quand des forces de négociation différentes sont en présence ou si une interdépendance économique s'est installée dès avant le choix⁽⁴⁹⁾. En outre, un tel choix est irréversible sans commun accord sauf par séparation, ce qui s'apparente à une ingérence dans l'autodétermination. Enfin, lier la protection de cette fonction familiale au choix du statut est d'autant plus injustifiable que le besoin de protection peut découler de l'assignation genrée de tâches d'éducation des enfants, lesquelles s'imposent au couple (fonction 3 – *supra*).

Une protection juridique forte de la solidarité économique au sein du couple pourrait être utile à tous les couples puisque c'est la vie familiale, avant le statut du couple, qui peut causer des préjudices patrimoniaux. Une exclusion contractuelle de cette protection doit probablement rester possible, par respect pour l'autonomie de la volonté, mais le consentement des partenaires doit être éclairé par deux professionnels indépendants, avec une « *full disclosure* » des forces économiques en présence.

Tant que le législateur refuse de protéger la fonction familiale solidarité économique au sein de tous les couples, le juge doit pouvoir compenser les préjudices liés à la vie en couple d'une manière équitable et proportionnée. La jurisprudence comble de mieux en mieux cette lacune et exploite l'enrichissement sans cause avec un haut degré de sécurité juridique grâce à la jurisprudence de la Cour de cassation et la systématisation de la casuistique⁽⁵⁰⁾. Comme en filiation, elle reprendra au législateur sa compétence normative s'il demeure dans l'inertie.

(48) Sur les motivations non juridiques et la non-pertinence juridique des choix faits par les couples quant à leurs statuts : N. DETHLOFF, « Contracting in family law: a European perspective », in K. BOEL-WOELKI, J. MILES et J. SCHERPE (dir.), *The future of family property in Europe*, Anvers, Intersentia, 2011, pp. 88-89 ; Y.-H. LELEU, *Les collaborations économiques au sein des couples séparatistes : pour une indemnisation des dommages collaboratifs envers et contre tous choix*, Montréal, Thémis, 2014.

(49) A.-L. VERBEKE, « Gender-ongelijkheid bij zuivere scheiding van goederen. Pleidooi voor een gedwongen en onderhandelde aanpak », *T.E.P.*, 2010, pp. 98-117.

(50) L'analyse de la jurisprudence favorise la prévisibilité dans un système casuel (Y.-H. LELEU, note sous cass., 4 juin 2020, *J.T.*, 2021, p. 561, n° 9-14). Pour des analyses récentes : Y.-H. LELEU (éd.), *Les relations patrimoniales des couples. Actualités de jurisprudence*, C.U.P., Limal, Anthemis, 2022 ; Y.-H. LELEU et J. LARUELLE, « Examen de jurisprudence (2006-2017). Régimes matrimoniaux », *R.C.J.B.*, 2018, n° 154 et s., pp. 490 et s. La jurisprudence « familialise » le droit commun, faute pour le législateur de le faire, comme il l'a fait pour tous les couples aux temps révolus où tous ou presque étaient mariés (sur le concept de familiarisation : G. WILLEMS, « La séparation des couples en droit anglais et belge : contribution de droit comparé à la réflexion entre équité et sécurité juridique en droit de la famille », *Rev. dr. int. dr. comp.*, 2016, p. 565).

VI. Fonction 5 – entraide en cas de vulnérabilité physique ou financière – reconnaissance et protection forte – partage de fonction entre la famille et la société

19. Les familles doivent protéger leurs membres vulnérables à cause de leur âge ou de leur état de santé, et ceux qui manquent de ressources financières. Cette fonction est reconnue par le droit qui organise la répartition des obligations entre la famille et les institutions de la société, et de plus en plus à charge de la société (ex. : soins de santé, maisons de repos et de soins, allocations familiales, bourses d'études, SECAL, CPAS)⁽⁵¹⁾.

Dans un environnement individualiste et caractérisé par une forte diversification des familles, l'entraide a tendance à diminuer. Mais si des liens se distendent, de nouveaux liens se nouent (par exemple personne de confiance), de sorte que le « réseau d'entraide » n'est plus uniquement familial.

La société doit contrôler, contraindre ou compléter l'exercice de cette fonction familiale, en veillant à ne pas détruire par un contentieux induit, des liens familiaux fragilisés par le sentiment de vulnérabilité.

Par ailleurs, l'aide familiale ou sociale aux personnes vulnérables doit être individualisée et professionnalisée pour répondre à leur besoin d'autonomie. La dimension symbolique de cette fonction est double : indiquer qui dans la famille doit aider un proche en difficulté et renforcer l'appartenance d'une personne à un groupe familial et social.

La protection juridique de l'entraide familiale est organisée par les incapacités et l'administration des personnes vulnérables (art. 488/1 et s. C. civ.) et par l'obligation alimentaire au sein de la famille élargie (art. 205 et s. C. civ.). Elle est fortement individualisée et proportionnée afin de préserver, d'une part, l'autonomie de la personne vulnérable et, d'autre part, les capacités des membres de la famille. Le juge y exerce une fonction centrale, la loi fournissant le cadre d'exercice de son pouvoir de décision.

(51) P. WEBER, « Service des créances alimentaires : du neuf en ce qui concerne les avances et le recouvrement des créances alimentaires », *Act. dr. fam.*, 2015, p. 3 ; K. DE VOS, « Commentaar bij de wet van 12 mei 2014 tot wijziging van de Davo-wet met het oog op een effectieve invordering van onderhoudsschulden », *T. fam.*, 2015, p. 202.

20. Le droit des incapacités concerne les adultes car les enfants sont protégés par leurs parents (fonction 3 – *supra*, n° 11). La loi du 17 mars 2013 a réformé la matière⁽⁵²⁾ en privilégiant une détermination de l'incapacité judiciaire et limitée au strict nécessaire (art. 492, al. 1^{er}, C. civ.), conformément aux principes de droit international de nécessité, subsidiarité et proportionnalité⁽⁵³⁾. La loi favorise l'implication de la famille en favorisant le mandat extrajudiciaire confié à un proche (art. 490 et 492, al. 1^{er} et 3, C. civ.)⁽⁵⁴⁾, la gestion par les parents (art. 500 du Code civil) et la désignation de personnes de confiance (art. 501 C. civ.). Les actes relatifs au patrimoine (par exemple gestion des revenus, vente de biens, testament, donation) font l'objet d'un contrôle judiciaire strict et de redditions de compte détaillées. Le régime des actes personnels (ex. mariage, divorce, actes médicaux, ...) est plus radical par respect pour l'autodétermination. Si la personne en est déclarée incapable dans l'ordonnance initiale, ils pourront encore être accomplis par elle après autorisation du juge, mais ils ne pourront l'être par son représentant si la personne n'est plus apte (art. 497/2 C. civ.).

21. L'obligation alimentaire de droit commun protège un devoir de solidarité différent de celui entre parents et enfants (fonction 3 – *supra*) ou entre époux (fonction 4 – *supra*). Il ne s'agit pas de partager des ressources ou des niveaux de vie, mais de fournir le minimum pour vivre en cas de besoin⁽⁵⁵⁾. Elle suppose des liens familiaux légaux (filiation, adoption), une nécessité appréciée par le juge (état de besoin) et des ressources suffisantes chez le débiteur. Elle est parfois élargie à la famille par alliance (art. 206 C. civ.) ou reportée sur la succession d'un débiteur dans les limites de celle-ci (art. 205bis C. civ.).

La nature familiale de cette fonction se révèle dans les règles de hiérarchie créées par la jurisprudence quand plusieurs membres de la famille sont appelés à l'aide alimentaire⁽⁵⁶⁾. La proportionnalité est prescrite par la loi (art. 208 C. civ.) et se manifeste aussi lorsque plusieurs débiteurs de même rang sont appelés : l'obligation est répartie sur chaque débiteur en proportion de ses ressources personnelles.

(52) F. DEGUEL, « Les personnes majeures protégées », *Rép. not.*, t. I, Les personnes, I. 8, Bruxelles, Larcier, 2021 ; F. DEGUEL, « Pot-pourri pour les personnes majeures protégées », *J.T.*, 2019, p. 369 ; N. GALLUS, *La protection des personnes vulnérables à la lumière de la loi du 17 mars 2013*, Bruxelles, Bruylant, 2014 ; N. GALLUS et T. VAN HALTEREN, *Le nouveau régime de protection des personnes majeures. Analyse de la loi du 17 mars 2013*, Bruxelles, Bruylant, 2014.

(53) Convention des Nations unies du 13 décembre 2006 relative aux droits des personnes handicapées.

(54) E. BEGUIN et J. FONTEYN, « Le mandat de protection extrajudiciaire », *Rev. not. b.*, 2014, pp. 463 et s. ; C. CASTELEIN, « Enkele notariële bedenkingen inzake de redactie van de lastgevingsovereenkomst inhoudende een buitengerechtigde bescherming », in *Liber amicorum André Michielsens*, Malines, Kluwer, 2015, p. 259 ; F. DEGUEL, « Le nouveau mandat de protection extrajudiciaire », in B. KOHL (éd.), *Le mandat dans la pratique. Questions choisies et suggestions de clauses*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 201.

(55) N. GALLUS, « Les aliments », *Rép. not.*, t. I, I. IV, Bruxelles, Larcier, 2005.

(56) Cass., 16 mars 1995, *Div. Act.*, 1996, p. 28, note E. DE WILDE D'ESTMAEL ; *R.W.*, 1995-1996, p. 743, note J. ROODHOOFDT ; *R. Cass.*, 1995, p. 305, note J. GERLO.