

DIVERSITÉ ET PLURALITÉ DES FORMES ET FONCTIONS FAMILIALES EN BELGIQUE

Nicole GALLUS, Yves-Henri LELEU, Géraldine MATHIEU
and Frederik SWENNEN

AQ: As a request from the series editors, please could you consider a title that is specific to this contribution, rather than a reformulation of the conference title?

1.	Diversité et pluralité des formes familiales	71
1.1.	Introduction	71
1.2.	Le statut juridique du beau-parent dans les familles recomposées	73
1.3.	L'adoption	75
1.4.	Parenté médicalement assistée	77
1.5.	Gestation pour autrui	81
2.	Diversité et pluralité des fonctions de la famille.	82
2.1.	Fonction 1 – Épanouissement personnel des membres de la famille.	83
2.2.	Fonction 2 – Ancrage généalogique et identitaire des enfants.	86
2.3.	Fonction 3 – Éducation et entretien des enfants	90
2.4.	Fonction 4 – Mutualisation des charges et production de valeurs.	93
2.5.	Fonction 5 – Entraide en cas de vulnérabilité physique ou financière	96

AQ: Please confirm the case sensitive and accent characters for other language text

1. DIVERSITÉ ET PLURALITÉ DES FORMES FAMILIALES

1.1. INTRODUCTION

La présente étude concerne encore des familles « biparentales », la parenté pouvant prendre diverses formes selon le mode d'engendrement ou d'intégration dans la famille.

Le droit belge ne dispose pas de loi pour encadrer les cas d'enfants de plus de deux parents. Le contraire est même suggéré par la loi : un « enfant ne peut pas faire l'objet de plus de deux liens de filiation produisant effet » (art. 329, al. 1^{er},

de l'ancien Code civil).¹ Il n'y a pas de projet d'une loi générale qui reconnaîtrait **juridiquement** la multiparentalité d'une manière générique et large, par exemple en précisant quelles personnes peuvent légalement se qualifier en tant que parent d'un enfant et prescrivant le nombre maximum de parents légaux qu'un enfant peut avoir.

En dehors du contexte de la gestation pour autrui, qui n'est pas interdite en Belgique, le législateur n'est intervenu qu'en matière d'**accueil familial** pour accorder aux accueillants familiaux, au lieu des parents d'origine ou adoptifs, les droits d'hébergement, de prendre les décisions quotidiennes et extrêmement urgentes et, exceptionnellement, de prendre les décisions importantes.² Il n'en résulte donc pas une forme de multiparentalité. Ce système peut néanmoins servir de modèle à un développement d'une protection de la multiparentalité.

Le statut des **beaux-parents** reste légalement indéfini même si la Cour constitutionnelle³ et le Conseil d'état⁴ ont incité le législateur à intervenir. Le Sénat s'est penché sur la question d'une éventuelle loi générale en 2015, en vue de rédiger un rapport d'information. La demande d'établissement de ce rapport faisait notamment référence aux possibilités :

- ... de créer un régime légal de coparentalité, et de définir pour la gestation pour autrui le cadre légal performant qui lui est intrinsèquement associé ;
- ... de créer un régime légal permettant d'octroyer l'autorité parentale à plus de deux adultes.

Cet exercice n'a cependant pas abouti à une initiative législative concrète. En ce qui concerne la gestation pour autrui, le Sénat n'a rédigé que des conclusions

¹ Dans le cadre d'un projet législatif à long terme, les livres du Code civil de 1804 ont vocation à être remplacés par de nouveaux livres. En l'attente de l'introduction des nouveaux livres restant, le législateur a posé le choix de renommer « ancien Code civil » le reste du Code civil de 1804 (art. 2 de la loi du 13.04.2019 portant création d'un Code civil et y insérant un livre 8 « La preuve », entrée en vigueur le 01.11.2020, *M.B.*, 14.05.2019). Les dispositions qui concernent le droit de la famille citées dans la présente contribution le sont donc sous le vocable « ancien Code civil » mais sont toujours d'application.

² Loi du 19.03.2017 modifiant la législation en vue de l'instauration d'un statut pour les accueillants familiaux, *M.B.*, 05.04.2017, partiellement annulée par un arrêt n° 36/2019 de la Cour constitutionnelle du 28.02.2019, www.const-court.be. Voyez à propos de cet arrêt : E. Adriaens et G. Loosveldt, « De bevoegdheid voor het nemen van belangrijke beslissingen m.b.t. het kind: geen rechterlijke delegatie meer aan pleegzorgers », *T. Fam.*, 2020/5, pp. 129 et s. ; M. Berghmans, « Pathos en logos in het recht », *T.J.K.*, 2019/4, pp. 454 et s. ; 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*, Larcier, Bruxelles 2021, p. 38, n° 47 ; G. Mathieu, « Enfant placé, parents écartés ? La Cour constitutionnelle réagit en rappelant les prérogatives des parents d'origine », *Justice en ligne*, 29.04.2019.

³ Arrêt n° 134/2003 de la Cour constitutionnelle du 08.10.2003, www.const-court.be.

⁴ Avis du Conseil d'état sur la proposition de loi complétant le Code civil par des dispositions relatives à la parenté sociale, *Doc.*, Ch., 2004-2005, n° 51-0393/002, www.lachambre.be.

synoptiques avec les points de convergence et de divergence entre les groupes politiques. En ce qui concerne la pluriparentalité, certains groupes politiques n'ont formulé qu'une amorce de questionnement.⁵

Il n'en reste pas moins qu'une pratique **sociale** de pluriparentalité – associée ou non à la gestation pour autrui – existe et que les adultes concernés ont recours aux conventions (notariales) qui n'offrent pas de sécurité juridique et encore moins de contrôle sur l'intérêt supérieur de l'enfant. A notre connaissance, il n'y pas de jurisprudence publiée sur cette matière mais cette pratique a bel et bien suscité l'intérêt de la doctrine (juridique).

La plupart des constats de l'étude sont indifférents au fait que les parents sont impliqués dans une relation de même sexe. Un enfant peut avoir deux parents de même sexe en droit belge. Si le droit belge autorise la co-maternité d'origine (art. 325/1 et s. de l'ancien Code civil), il ne connaît par contre pas la co-paternité d'origine dans la mesure où deux hommes ayant un désir de parenté ne peuvent le réaliser que grâce à une femme porteuse qui sera la mère légale de l'enfant (voy. ci-après 1.5). Si la procréation médicalement assistée est ouverte aux couples de même sexe, la gestation pour autrui n'est pas réglementée (voy. ci-après 1.5). L'adoption est ouverte aux couples de même sexe (art. 343 de l'ancien Code civil). La gestation pour autrui ne leur est pas interdite.

1.2. LE STATUT JURIDIQUE DU BEAU-PARENT DANS LES FAMILLES RECOMPOSÉES

D'un point de vue technique, en droit belge, aucune disposition légale n'organise un statut du beau-parent.

Le droit belge confie la titularité de l'autorité parentale aux seuls parents – ascendants au premier degré – de l'enfant et en fait donc un effet juridique de la filiation légale ou adoptive. Cette autorité parentale appartient conjointement aux parents (art. 373, al. 1^{er} de l'ancien Code civil). Si l'enfant a un seul parent, un seul parent en vie ou un seul parent capable d'exercer l'autorité parentale, ce parent est seul titulaire de l'autorité parentale (art. 375 de l'ancien Code civil).⁶

Le beau-parent qui participe en fait à l'éducation de l'enfant par le biais de la communauté de vie avec le parent ne peut revendiquer légalement aucun partage de l'autorité parentale. ~~Cette règle s'applique quel que soit le statut du couple – mariage, cohabitation légale ou cohabitation de fait – ou l'orientation sexuelle du couple.~~

⁵ Rapport d'information concernant l'examen des possibilités de créer un régime légal de coparentalité, *Doc., Sén.*, 2015–2016, n° 6-98/002 et addendum n° 6-98/003, www.senate.be.

⁶ Y.-H. Leleu, *Droit des personnes et des familles*, Larcier, Bruxelles 2020, pp. 268–69, n° 262 et pp. 721–50, n° 753–71; G. Mathieu, *Droit de la famille*, Larcier, Bruxelles 2022, pp. 458–60, n° 651–55 ; F. Swennen, *Het personen en familierecht*, Intersentia, Mortsel 2021, p. 177, n° 260–61.

Cette absence de toute prise en considération de la fonction de parentalité du partenaire non parent a été censurée par la Cour constitutionnelle. La Cour relève une différence de traitement entre, d'une part, les enfants qui n'ont qu'un seul lien de filiation établi mais vivent de manière durable au sein d'une famille composée de leur parent et d'un tiers qui les éduque – en l'espèce, la compagne de la mère –, d'autre part, les enfants qui ont une double filiation. Il appartenait néanmoins au législateur de mettre fin à cette discrimination, ce qui n'a toujours pas été fait, notamment en raison de la complexité des questions posées et de la difficulté de prévenir ou gérer les conflits susceptibles de naître si l'autorité parentale est exercée par plus de deux personnes.⁷

Le beau-parent *marié* avec le parent contribue néanmoins indirectement aux frais d'entretien et d'éducation des enfants non communs par le biais de son obligation de contribuer aux charges du mariage et de son obligation solidaire pour les dettes contractées pour les besoins du ménage et l'éducation « des enfants », lesquelles comprennent le coût des enfants même non communs élevés au foyer (art. 221 et 222 de l'ancien Code civil). Le beau-parent qui est en *cohabitation légale* avec le parent est tenu de contribuer aux charges de la vie commune et est tenu solidairement pour les dettes contractées pour les besoins de la vie commune et « des enfants qu'ils éduquent », y compris les enfants non communs élevés au foyer, même s'ils ne sont pas « éduqués » par le beau-parent (art. 1477 de l'ancien Code civil).⁸

En cas de décès du parent, le conjoint survivant ou le cohabitant légal survivant est tenu à l'entretien et l'éducation des enfants du parent prédécédé qui ne sont pas des enfants communs et ce, dans les limites de ce qu'il a recueilli dans la succession du prédécédé et des avantages que celui-ci a consenti par contrat de mariage, convention de cohabitation, donation ou testament (art. 203, §3 et 1477, §5, de l'ancien Code civil). Ces obligations alimentaires à l'égard des enfants, détachées de tout lien de filiation, n'existent que dans le mariage ou la cohabitation légale ; la cohabitation de fait n'entraîne en effet aucune obligation légale à l'égard des enfants du partenaire (à l'exception de ce qui est volontairement payé par le non-parent, qui ne peut pas être récupéré en tant qu' « obligation naturelle » exécutée volontairement).⁹

On notera aussi le droit aux relations personnelles organisé par l'article 375*bis*, al. 2 de l'ancien Code civil qui permet au beau-parent, après rupture de la

⁷ C. const., n° 36/2019, 28.02.2019, *T. Fam.*, 2020, p. 125, note G. Loosveldt, E. Adriaens ; *T.J.K.*, 2019, p. 452, note M. Berghmans ; CA, n° 134/2003, 08.10.2003, *E.J.*, 2003, p. 134, note P. Senaeve ; *NjW*, 2004, p. 80, note RDC ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 185, note J.-L. Renchon ; *R.W.*, 2003–2004, p. 1016, note T. Robert ; *R.W.*, 2003–2004, p. 1016, note V. Verlinden ; *T.J.K.*, 2004, p. 39, note T. Robert.

⁸ Y.-H. Leleu, *Droit des personnes et des familles*, Larcier, Bruxelles 2020, pp. 799–801, n° 793.

⁹ Y.-H. Leleu, *Droit des personnes et des familles*, Larcier, Bruxelles 2020, pp. 386–88, n° 379 ; J. Sosson, « L'obligation alimentaire naturelle » in *L'argent pour vivre : vers une réforme de l'obligation alimentaire*, Kluwer, Bruxelles 2000, pp. 125–53.

recomposition familiale, de conserver un contact avec l'enfant à condition de démontrer un lien d'affection particulier avec ce dernier et à condition également que lesdits contacts ne soient pas contraires à l'intérêt de l'enfant.¹⁰

Sauf hypothèse de l'adoption simple (voy. ci-après 2.2), le droit belge ne connaît pas la multiparentalité au sens de l'exercice des fonctions parentales par des personnes autres que les parents de l'enfant.

1.3. L'ADOPTION

Une certaine forme de reconnaissance de la multiplicité des parents existe dans les formes ouvertes d'adoption, celles qui ne rompent pas tous liens avec les parents biologiques.

Le droit belge connaît en effet deux formes d'adoption : l'adoption simple (art. 353-1 et s. de l'ancien Code civil) et l'adoption plénière (art. 355 et s. de l'ancien Code civil). Dans les deux cas, l'adoptant peut être une personne seule ainsi que des conjoints ou (anciens) partenaires cohabitants (art. 343-1 de l'ancien Code civil).¹¹

L'adoption simple ne rompt pas les liens de filiation d'origine et, par conséquent, crée une potentielle multiplicité juridique de deux parents d'origine au maximum et de deux adoptants au maximum. Il ne s'agit toutefois pas d'une forme d'« adoption ouverte » telle qu'elle existe dans d'autres juridictions.¹²

En réalité, la titularité de l'autorité parentale est limitée à deux parents au maximum : l'adoptant, les adoptants ou, en cas d'adoption par un beau-parent, un parent d'origine et son (ex-)partenaire-adoptant. La titularité de l'autorité parentale ne peut donc être partagée par les deux parents d'origine et un (beau-parent-)adoptant, et encore moins par les deux parents d'origine et deux (beaux-parents-)adoptants.¹³ En cas de décès de l'adoptant ou des adoptants, les

¹⁰ S. Cap et J. Sosson, « La place juridique du tiers au lien de filiation » in *Filiation et parentalité*, Actes du XIIIème Colloque de l'Association « Famille & Droit », Bruylant, Bruxelles 2014, pp. 301-10.

¹¹ L. Cohen, « Actualités législatives et constitutionnelles en droit de l'adoption » in J. Sosson (dir.), *Actualités législatives en droit de la personne et de la famille*, Larcier, Bruxelles 2018, pp. 96-106, n° 6-24.

¹² Y.-H. Leleu, *Droit des personnes et des familles*, Larcier, Bruxelles 2020, pp. 655-83, n° 683-717 ; G. Mathieu, *Droit de la famille*, Larcier, Bruxelles 2022, pp. 529-32, n° 760-74 ; F. Swennen, *Het personen en familierecht*, Intersentia, Mortsel 2021, pp. 509-32, n° 772-823.

¹³ Comp. les propositions faites pour la France dans le rapport *Filiation, origines, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, <https://www.vie-publique.fr/rapport/33805-filiation-origines-parentalite>, accessed 29.08.2022 et les propositions faites pour les Pays-Bas dans le rapport *Kind en ouders in de 21ste eeuw*, de la *Staatscommissie Herijking Ouderschap*, <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2016/12/07/rapport-van-de-staatscommissie-herijking-ouderschap-kind-en-ouders-in-de-21ste-eeuw>, accessed 29.08.2022.

parents d'origine, ou l'un d'eux, peuvent demander que l'enfant soit replacé sous leur autorité parentale (art. 353-10 de l'ancien Code civil).

Le maintien des liens de filiation d'origine laisse subsister dans la famille d'origine un droit aux relations personnelles avec l'adopté mineur (art. 375*bis* de l'ancien Code civil) ; droit naturel en ce qui concerne les parents d'origine.¹⁴ Mais il est rare qu'un tel droit soit accordé aux parents d'origine. S'il est indiqué de maintenir un contact régulier entre les parents d'origine et leur enfant, l'accueil familial de l'enfant dans le cadre de l'aide à la jeunesse ou de la protection de la jeunesse apparaît comme une solution plus appropriée que l'adoption.¹⁵

L'obligation de fournir des aliments continue d'exister entre l'adopté et ses parents d'origine, subsidiairement à l'obligation de l'adoptant ou des adoptants (art. 353-14 de l'ancien Code civil).¹⁶

En cas d'adoption plénière, l'enfant « cesse d'appartenir à sa famille d'origine » et acquiert dans la famille adoptive « un statut comportant des droits et obligations identiques à ceux qu'ils auraient si l'enfant était né de l'adoptant ou des adoptants » (art. 356 de l'ancien Code civil). L'adoption par un beau-parent laisse néanmoins subsister unilatéralement les liens de filiation d'origine (art. 356-2 de l'ancien Code civil). Il n'existe donc pas de multiplicité de parents en cas d'adoption plénière, sous réserve des deux exceptions mentionnées ci-dessous.

En premier lieu, les empêchements à mariage entre proches parents subsistent dans la famille d'origine après adoption plénière (art. 356, al. 1^{er} de l'ancien Code civil).

En second lieu, les membres de la famille d'origine peuvent revendiquer un droit aux relations personnelles avec l'adopté mineur. La Cour de cassation a fondé cette revendication, dans un cas concernant des grands-parents d'origine, sur un « principe de droit fondé sur des relations d'affection, de respect et de dévouement, dues à la communauté du sang ».¹⁷ Il n'est à cet égard pas nécessaire que la communauté de sang soit confirmée par des relations d'affection : un droit aux relations personnelles a même été accordé aux grands-parents d'origine qui n'avaient auparavant jamais rencontré leurs petits-enfants.¹⁸ Le fondement pour accorder un droit aux relations personnelles s'applique d'avantage aux parents d'origine mais on ne voit pas comment l'exercice d'un tel droit servirait l'intérêt de l'enfant au cas où l'adoption plénière est prononcée.¹⁹

¹⁴ F. Swennen, *Het personen en familierecht*, Intersentia, Mortsel 2021, p. 530, n° 813.

¹⁵ *Ibid.*, p. 553, n° 856.

¹⁶ N. Gallus, « Les aliments », *Rép. Not.*, t. I, l. IV, Larcier, Bruxelles 2005, p. 290, n° 337.

¹⁷ Cass., 04.03.1976, *Pas.*, 1976, I, p. 733.

¹⁸ Anvers, 01.03.2010, *T. Fam.*, 2010, p. 195.

¹⁹ F. Swennen, *Het personen en familierecht*, Intersentia, Mortsel 2021, p. 553, n° 856. Voy. également R. Heps, « Behouden de oorspronkelijke grootouders na volle adoptie hun principieel recht op persoonlijk contact ? », note sous Anvers, 01.03.2010, *T. Fam.*, 2010, p. 196.

1.4. PARENTÉ MÉDICALEMENT ASSISTÉE

Les techniques d'assistance médicale à la procréation créent de nouvelles formes de parenté. La loi belge reconnaît la parenté de la mère biologique et de son conjoint/partenaire si un enfant est né à la suite d'une technique de reproduction assistée à l'aide des gamètes dont les donneurs (homme ou femme) étaient anonymes. L'anonymat du donneur est encore protégé et sa parenté ne peut en principe pas être établie, mais cela fait débat.

La loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes (ci-après « la loi »)²⁰ autorise, à titre gratuit, le don de sperme, d'ovocytes et d'embryons et dispose que les activités de fécondation in vitro et de cryoconservation d'embryons ou de gamètes ne peuvent être réalisées que dans les centres de fécondation agréés.²¹

Une demande de procréation médicalement assistée peut être formée tant par une femme seule que par un couple et, lorsque la demande émane d'un couple, aucune exigence n'est posée relativement à sa stabilité.²² Le texte de la loi définit en effet l'auteur du projet parental comme « toute personne ayant pris la décision de devenir parent par le biais d'une procréation médicalement assistée ».²³

Enfin, si l'anonymat du don est la règle,²⁴ le don non anonyme de gamètes est toutefois possible en cas d'accord entre le donneur et la receveuse ou le couple receveur.

Concernant plus précisément la question de la parentalité, les articles 27 et 56 de la loi disposent qu'aucune action relative à la filiation ou à ses effets patrimoniaux n'est ouverte au donneur, ni au(x) receveur(s) ou à l'enfant issu du don à l'encontre du donneur, et qu'à compter de l'implantation des embryons ou de l'insémination des gamètes, les règles de la filiation telles qu'établies par

²⁰ M.B., 17.07.2007. Voy. à propos de cette loi : G. Genicot, *Droit médical et biomédical*, Larcier, Bruxelles 2016, pp. 588 et s. ; Y.-H. Leleu, *Droit des personnes et des familles*, Larcier, Bruxelles 2020, pp. 148 et s. ; G. Mathieu, *Droit de la famille*, Larcier, Bruxelles 2022, pp. 395 et s.

²¹ F. Swennen, *Het personen en familierecht*, Intersentia, Mortsel 2021, p. 457-60, n° 682 ; Y.-H. Leleu, *Droit des personnes et des familles*, Larcier, Bruxelles 2020, pp. 148-52, n° 118 ; G. Mathieu, *Droit de la famille*, Larcier, Bruxelles 2022, pp. 395-96, n° 582.

²² G. Mathieu, *Droit de la famille*, Larcier, Bruxelles 2022, p. 396.

²³ Art. 2, f), de la loi.

²⁴ Pour une critique de l'anonymat du don, voy. : E. Decorte, « Een kinderrechtenconforme benadering van toegang tot afstammingsinformatie voor donorkinderen », *T.J.K.*, 2021, pp. 7 et s. ; G. Génicot, « Le secret des origines biologiques dans les procréations médicalement assistées faisant appel à un tiers : un dispositif à questionner » in N. Massager et N. Gallus (dir.), *Procréation médicalement assistée et gestation pour autrui. Regards croisés du droit et de la pratique médicale*, Anthémis, Limal 2017, pp. 75 et s. ; G. Mathieu, *Droit de la famille*, Larcier, Bruxelles 2022, pp. 402 et s. ; G. Mathieu, *Le secret des origines en droit de la filiation*, Kluwer, Waterloo 2014, pp. 317 et s. ; F. Swennen, *Het personen- en familierecht. Een benadering in context*, 7^e éd., Intersentia, Anvers 2021, p. 422. Voy. aussi : I. Boone et E. Decorte, « Hoelang nog blijft België het recht van donorkinderen op informatie over hun genetische afkomst negeren? », *R.W.*, 2021-2022/5, p. 190.

le Code civil jouent en faveur du ou des « auteurs du projet parental ». La loi fait donc des auteurs du projet parental les seuls parents légaux de l'enfant et empêche qu'un lien de filiation soit établi à l'égard du donneur ou de la donneuse.

La mère biologique sera ainsi toujours reconnue comme la mère juridique de l'enfant. Le nom de la femme qui accouche sera en effet mentionné dans l'acte de naissance et cette mention suffira à établir la maternité.²⁵ Le critère de l'établissement de la maternité est donc l'accouchement et la donneuse d'ovocytes n'a aucun droit ni aucun devoir à l'égard de l'enfant issu du don.²⁶

Si la mère est mariée, son époux ou son épouse sera présumé(e) être le père²⁷ ou la coparente²⁸ de l'enfant et aucune action en contestation de cette présomption ne sera possible si l'époux ou l'épouse a consenti à l'acte de procréation médicalement assistée, pour autant que la conception de l'enfant soit la conséquence de cet acte.²⁹

Si la mère n'est pas mariée, son compagnon ou sa compagne pourra reconnaître l'enfant avec son accord, et ce déjà à tout moment de la grossesse.³⁰

A défaut de reconnaissance volontaire, la mère pourra agir en établissement judiciaire de la paternité ou de la co-maternité.³¹ L'établissement de la co-maternité ne posera pas de difficulté dès lors que la preuve de la co-maternité sera rapportée par la signature de la convention avec le centre de fécondation conformément à l'article 7 de la loi. L'établissement de la paternité est plus complexe dans la mesure où tant l'action en autorisation de reconnaissance en cas de refus de consentement de la mère que l'action en établissement judiciaire de la paternité exigent, selon les dispositions de l'ancien Code civil,³² la preuve du lien biologique pour établir la paternité, lien qui fait précisément défaut dans le cas du recours à une procréation médicalement assistée avec donneur. Certains tribunaux n'ont toutefois pas hésité à s'écarter de ces dispositions et à

²⁵ Art. 44 et 312, §1^{er}, de l'ancien Code civil.

²⁶ G. Mathieu, *Droit de la famille*, Larcier, Bruxelles 2022, p. 399.

²⁷ Art. 315 de l'ancien Code civil.

²⁸ Art. 325/2 de l'ancien Code civil.

²⁹ Art. 318, §4 et 325/3, §3, de l'ancien Code civil. On relèvera à cet égard que la Cour constitutionnelle est actuellement saisie d'une question préjudicielle posée par le tribunal de la famille de Liège, division de Liège (jugement du 04.02.2022), libellée comme suit : « L'article 318, §4 de l'ancien Code civil viole-t-il les articles 10, 11 et 22 de la Constitution, lu ou non en combinaison avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, en ce qu'il instaure une fin de non-recevoir absolue, due au consentement donné par le mari à l'insémination artificielle ou à un autre acte ayant la procréation pour but, sauf si la conception de l'enfant ne peut en être la conséquence, à l'action en contestation de la paternité du mari introduite par l'homme qui se prétend le père de l'enfant, dans l'hypothèse où cet enfant a été conçu dans le cadre d'une gestation pour autrui s'inscrivant dans un projet parental mené par lui et non par la mère de l'enfant et son mari ? » (n° de rôle 7746).

³⁰ Art. 328, §3, de l'ancien Code civil.

³¹ Art. 322 et 325/8 de l'ancien Code civil.

³² Art. 329bis, §2, al. 4, et 332quinquies, §3, de l'ancien Code civil.

se baser sur les articles 27 et 56 de la loi qui prévoient que les règles du Code civil doivent jouer *en faveur* du ou des auteurs du projet parental pour établir la paternité en l'absence de lien biologique.³³ On mentionnera à cet égard un arrêt récent de la Cour constitutionnelle³⁴ au terme duquel la Cour a constaté l'inconstitutionnalité de la disposition de l'ancien Code civil qui implique cette impossibilité d'établir un lien de filiation paternelle en l'absence de lien biologique dans le contexte d'une procréation médicalement assistée avec don. Dans cette affaire, il n'était pas contesté que l'homme dont la filiation était recherchée avait participé aux démarches ayant abouti à la conception et à la naissance de l'enfant et que, jusqu'à son décès inopiné, cet homme avait considéré l'enfant à naître comme le sien. La Cour a estimé qu'« [e]n faisant obstacle à l'établissement judiciaire de la paternité du co-auteur du projet parental ayant abouti, à l'issue d'une procréation médicalement assistée exogène, à la naissance de l'enfant, l'article 332quinquies, §3, du Code civil porte une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale de l'enfant concerné, ainsi qu'à son droit à ce que soit pris en compte son intérêt supérieur. La disposition en cause est dépourvue de justification lorsqu'elle est appliquée dans le contexte d'une action en recherche de paternité concernant un enfant né grâce à la mise en œuvre d'une technique de procréation médicalement assistée exogène ». Cet arrêt a été prononcé à propos d'une action en établissement judiciaire de la paternité mais son enseignement pourrait être élargi à l'hypothèse où l'homme ayant participé au projet parental souhaiterait reconnaître l'enfant et se heurterait au refus de consentement de la mère.³⁵

Si le don s'est réalisé de manière non anonyme, ce que la loi autorise pour le don de gamètes en cas d'accord entre le donneur et la receveuse ou le couple receveur, les seuls parents légaux de l'enfant restent le ou les auteurs du projet parental et aucune action relative à la filiation ou à ses effets patrimoniaux n'est ouverte au(x) donneur(s) et ne peut être intentée à l'encontre du ou des donneur(s) par le(s) receveur(s) de gamètes ou par l'enfant né de l'insémination de gamètes.

³³ Bruxelles, 29.05.2012, *T. Fam.*, 2013, p. 201, note U. Cerulus ; Civ. Dinant, 05.03.2009, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 1095, note J. Sosson.

³⁴ C. const., arrêt n° 19/2019 du 07.02.2019, www.const-court.be. Voy. à propos de cet arrêt : I. Boone, « De gerechtelijke vaststelling van het vaderschap getoetst aan de Grondwet », *R. W.*, 2019–2020, pp. 1525 et s. ; I. Boone, « Recente ontwikkelingen in het afstammingsrecht en het naamrecht (2017–2019) » in I. Boone et C. Declerck (éd.), *Themis 111 – Personen- en familierecht*, die Keure, Bruges 2020, pp. 21 et s. ; S. Cap, « L'insémination artificielle et la fécondation *in vitro* » in N. Dandoy et G. Willems (dir.), *Les grands arrêts du droit au respect de la vie familiale*, Larcier, Bruxelles 2022, pp. 350 et s. ; E. Decorte, « Afstamming langs vaderszijde : over de (on)mogelijkheden na medisch begeleide voortplanting met donorzaad », *T.J.K.*, 2019, pp. 266 et s. ; P. Senaev, « Medisch begeleide voortplanting met donorsperma en onderzoek naar het vaderschap », *T. Fam.*, 2019/5, pp. 138 et s. ; G. Willems, « La filiation après PMA à l'épreuve du contrôle de constitutionnalité : vers une consécration législative de la parenté intentionnelle ? », *J.T.*, 2019, pp. 455 et s.

³⁵ G. Mathieu, *Droit de la famille*, Larcier, Bruxelles 2022, p. 400.

On précisera encore que lorsque le don se réalise de manière non anonyme, l'anonymat n'est levé qu'entre le donneur et la receveuse ou le couple receveur. L'enfant né suite à un don non anonyme de gamètes n'a aucun droit d'accès aux informations relatives au(x) donneur(s). Le centre de fécondation reste par ailleurs tenu de rendre inaccessible toute donnée permettant l'identification du donneur et toute personne travaillant pour ou dans un tel centre qui prend connaissance, de quelque manière que ce soit, d'informations permettant l'identification des donneurs d'embryons ou de gamètes est tenue au secret professionnel.³⁶

Les développements qui précèdent ne valent toutefois que dans le cadre d'un projet parental réalisé dans un centre de fécondation agréé conformément à la loi. Un projet « artisanal » effectué en dehors du cadre légal, ce qui peut s'envisager pour le don de sperme, n'offre en effet pas les mêmes garanties. L'homme ayant fourni ses gamètes pourrait dans ce cas voir sa paternité établie, soit via une reconnaissance volontaire, soit via une action en établissement judiciaire de la paternité, moyennant le consentement de la mère, de l'enfant s'il est âgé de 12 ans ou plus et également, dans le cadre d'un établissement judiciaire de la paternité, moyennant l'absence d'opposition du ministère public.³⁷ En cas de refus de consentement ou d'opposition du ministère public, le critère biologique n'emportera pas automatiquement l'établissement du lien de filiation mais sera contrebalancé par d'autres intérêts au premier rang desquels figure l'intérêt de l'enfant. L'établissement de la paternité de l'homme ayant fourni ses gamètes pourrait ainsi être refusé si cet établissement s'avère contraire à l'intérêt de l'enfant.³⁸

Si la paternité de l'homme ayant fourni ses gamètes est établie, cette paternité produira tous les effets de la filiation (attribution du nom, obligation d'entretien, autorité parentale, ...). On relèvera toutefois que le droit belge n'autorise pas qu'un enfant fasse l'objet de plus de deux liens de filiation produisant effet³⁹ de sorte que l'établissement de cette paternité implique que l'enfant n'ait pas un lien de paternité ou de co-maternité établi par ailleurs. Si la paternité ou la co-maternité était établie à l'égard d'un autre homme ou d'une femme, il faudrait au préalable la contester. L'action en contestation est ouverte à celui qui revendique la paternité s'il parvient à démontrer qu'il est le père biologique de l'enfant mais, dans ce cas également, une balance des intérêts pourrait faire échec à l'aboutissement de l'action.

Relevons enfin qu'à défaut d'établissement de la paternité de l'homme ayant fourni ses gamètes, un droit aux relations personnelles pourrait néanmoins lui être octroyé si l'exercice de ce droit n'est pas contraire à l'intérêt de l'enfant.⁴⁰

³⁶ Ibid., p. 402.

³⁷ Art. 332quinquies de l'ancien Code civil.

³⁸ G. Mathieu, *Droit de la famille*, Larcier, Bruxelles 2022, p. 401.

³⁹ Art. 329, al. 1^{er}, de l'ancien Code civil.

⁴⁰ Art. 375bis de l'ancien Code civil.

La question de savoir si le père biologique doit ou non prouver l'existence d'un lien d'affection particulier avec l'enfant reste controversée.⁴¹

1.5. GESTATION POUR AUTRUI

La gestation pour autrui est une quatrième configuration possible de parentalité multiple ou diversifiée. Cette pratique n'est pas explicitement réglementée en Belgique. Elle n'est toutefois pas prohibée. Elle demeure soumise au droit commun de la filiation.

Si la femme⁴² porteuse accouche en Belgique, elle est la mère légale de l'enfant, la filiation maternelle étant fondée sur l'accouchement (art. 44 et 312, §1^{er}, de l'ancien Code civil).

Lorsque la convention de gestation pour autrui est volontairement exécutée, le lien de filiation avec les parents d'intention se réalise le plus souvent comme suit :

- pour un couple hétérosexuel, le père d'intention, qui est le plus souvent le père génétique, reconnaît l'enfant et la mère d'intention procède à l'adoption ; il s'agira généralement d'une adoption plénière intra-familiale rompant ainsi le lien de filiation avec la femme porteuse ;
- pour un couple homosexuel, l'un des membres du couple reconnaît l'enfant et son partenaire procède également à une adoption.

L'établissement de la filiation vis-à-vis du père intentionnel peut être plus complexe si la femme porteuse est mariée puisque son mari est alors présumé père légal de l'enfant (article 315 de l'ancien Code civil). L'homme qui est à la fois père génétique et père d'intention doit contester la paternité du mari pour y substituer la sienne (art. 318, §5, de l'ancien Code civil).⁴³

Ce mécanisme mis en œuvre lorsque la femme porteuse exécute volontairement la convention de gestation pour autrui permet de donner à l'enfant un double lien de filiation vis-à-vis des parents d'intention qui ont alors conjointement l'exercice de l'autorité parentale. Le lien de filiation avec la femme porteuse disparaît par l'effet de l'adoption plénière et cette femme n'a plus aucun droit ni obligation vis-à-vis de l'enfant (seuls les empêchements à mariage subsistent). Lorsque la gestation pour autrui suppose l'intervention non seulement d'une femme porteuse mais également d'une donneuse d'ovocytes, celle-ci demeure totalement étrangère à l'enfant : les articles 27 et 56 de la loi du 6 juillet 2007 disposent en effet qu'aucune action relative à la filiation ou à ses

⁴¹ Y.-H. Leleu, *Droit des personnes et des familles*, Larcier, Bruxelles 2020, p. 767, note 339.

⁴² En Belgique, ce pourrait aussi être un homme porteur transgenre : art. 135/2 de l'ancien Code civil.

⁴³ Trib. fam. Bruxelles, 12.12.2017, *Act. dr. fam.*, 2019, p. 150.

effets patrimoniaux n'est ouverte aux donateurs, ni aux receveurs ou à l'enfant issu du don contre le donneur.

Si la mère porteuse refuse d'exécuter la convention et de confier l'enfant aux parents d'intention, il ne paraît pas possible de poursuivre judiciairement l'exécution forcée de la convention. Celle-ci apparaît en effet, en l'absence de toute disposition légale, frappée de nullité pour violation des principes d'indisponibilité du corps et de l'état des personnes ainsi que pour violation du droit inaliénable de la femme qui accouche d'établir sa maternité conformément à l'article 312 de l'ancien Code civil.

2. DIVERSITÉ ET PLURALITÉ DES FONCTIONS DE LA FAMILLE

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.

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 22bis 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, il pourrait y avoir des différences de traitement discriminatoires à défaut de justification objective.

2.1. FONCTION 1 – ÉPANOUISSEMENT PERSONNEL DES MEMBRES DE LA FAMILLE

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*, 3.4).

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.

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.

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 de l'ancien Code civil), 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, de l'ancien Code civil).⁴⁴

⁴⁴ S. Brouwers, « De 'zware 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 et al. (éd.), *Droit des personnes et des familles. Chronique de jurisprudence 2011–2016*, Larcier, Bruxelles 2018, pp. 215 et s., n° 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*, Bruylant, Bruxelles 2013, pp. 103 et s.

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}, de l'ancien Code civil) 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 2006, et de la procréation médicalement assistée 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*, 3.2).⁴⁵

La prévention des mariages forcés (art. 146^{ter} de l'ancien Code civil) et des violences conjugales (art. 1253^{ter}/5, al. 3, du Code judiciaire) 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, transgénérisme).

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^o, de la loi 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 de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient).⁴⁶

⁴⁵ Sur ces deux réformes : J.-L. Renchon, « Mariage et homosexualité », *J.T.*, 2002, p. 505, « Lavènement 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.

⁴⁶ G. Genicot, *Droit médical et biomédical*, 2^e éd., Larcier, Bruxelles 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.

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.⁴⁷

En matière d'IVG (loi du 15 octobre 2018), les femmes ne doivent pas informer leur partenaire.⁴⁸

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 de l'ancien Code civil).⁴⁹

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*, 3.3.).

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^o, de la loi du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie).⁵⁰

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, de l'ancien Code civil).⁵¹ 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.⁵²

⁴⁷ 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.

⁴⁸ Cass., 14.12.2001, *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, 08.08.1992, *R.W.*, 1992–1993, p. 366, note T. Balthazar, conf. par Civ. Gand, 07.08.1992, *R.W.*, 1992–1993, p. 370 (consentement du partenaire non marié).

⁴⁹ Plus critique : J.-L. Renchon, « Le nouveau régime juridique du changement de sexe », *Rev. trim. dr. fam.*, 2018, pp. 255 et s.

⁵⁰ 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 29.10.2015, *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.

⁵¹ Si les parents refusent d'assister le mineur, celui-ci peut demander au tribunal de la famille de l'autoriser à poser l'acte assisté d'un tuteur *ad hoc*.

⁵² P. Cannoot, « Do parents really know best ? Informed Consent to Sex Assigning and 'Normalising' Treatment of Minors with Variations of Sex Characteristics » (2021) 23(4) *Culture Health & Sexuality* 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 ?*, Larcier, Bruxelles 2020, p. 489.

En matière d'IVG, 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.⁵³

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).

Cette première fonction de la famille est dotée d'une reconnaissance et d'une protection fortes. Elle n'est pas liée au statut juridique de la famille (mariage, cohabitation légale, cohabitation de fait).

2.2. FONCTION 2 – ANCRAGE GÉNÉALOGIQUE ET IDENTITAIRE DES ENFANTS

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*, 3.3).

Elle est, comme la première fonction, dotée d'une reconnaissance et d'une protection fortes. Elle n'est plus liée au statut juridique de la famille (mariage, cohabitation légale, cohabitation de fait).

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.).⁵⁴ Le droit des familles reconnaît depuis toujours cette fonction

⁵³ CA, 19.12.1991, 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*, Larcier, Bruxelles 1999, p. 61 ; D. Duval-Arnould, « Minorité et interruption volontaire de grossesse », *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.

⁵⁴ C. const., arrêt n° 18/2016 du 03.02.2016, 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. Verschelden, 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*, Bruylant, Bruxelles 2013, p. 35.

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.

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.⁵⁵

Le système belge a commencé (1987) par égaliser les filiations et supprimer la plupart des avantages donnés à la procréation dans le mariage.⁵⁶ Il n'a pas autorisé l'accouchement sous X qui prive l'enfant d'une filiation.⁵⁷

Deux réformes ultérieures (2003, 2007) ont encadré la procréation médicalement assistée 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).⁵⁸

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 de la notion de projet parental comme base d'ancrage généalogique.⁵⁹ La réglementation de la filiation co-maternelle (2014)⁶⁰ est une preuve supplémentaire que la filiation

⁵⁵ Sur ces évolutions, voy. not. : G. Mathieu, *Le secret des origines en droit de la filiation*, Kluwer, Malines 2014 ; G. Mathieu, *Droit de la famille*, Larcier, Bruxelles 2022, pp. 271 et s., et pp. 401 et s.

⁵⁶ *Marckx c. Belgique*, n° 6833/74, 13.06.1979, *Publ. C.E.D.H.*, Série A n° 31.

⁵⁷ 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 gestations pour autrui dans l'intérêt de l'enfant : Bruxelles, 05.12.2019, *J.L.M.B.*, 2021, p. 1394, note P. Wautelet.

⁵⁸ N. Gallus, *Le droit de la filiation – Rôle de la vérité socio-affective et de la volonté en droit belge*, Larcier, Bruxelles 2009, pp. 311 et s. ; G. Genicot, *Droit médical et biomédical*, 2° éd., Larcier, Bruxelles 2016, pp. 588 et s.

⁵⁹ Sur les réformes récentes : L. Cohen, « Actualités législatives et constitutionnelles en droit de l'adoption » in J. Sosson (éd.), *Actualités législatives en droit de la personne et de la famille*, Larcier, Bruxelles 2018, p. 93.

⁶⁰ 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.

peut reposer sur le projet parental, sur une intention d'assumer la fonction de parent.⁶¹ Récemment, la jurisprudence constitutionnelle a forcé le système juridique à permettre l'établissement de la filiation paternelle envers l'homme qui recourt à la procréation médicalement assistée avec sa compagne sans fournir ses propres gamètes.⁶² 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 véritable projet parental lors de sa conception.⁶³ 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 procréation médicalement assistée. Les enfants issus d'une gestation pour autrui peuvent bénéficier d'une double filiation envers les parents d'accueil fondée sur leur projet parental, même dans des cas où l'opération s'est déroulée à l'étranger.⁶⁴

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

⁶¹ Pour une analyse des fondements possibles : F. Swennen, « Wat is ouderschap ? », *T.P.R.*, 2016, p. 11.

⁶² C. const., arrêt n° 19/2019, 07.02. 2019, *T. Fam.*, 2019, p. 135, note P. Senaeve ; *J.T.*, 2019, p. 452, note G. Willems ; *T.J.K.*, 2019, p. 263.

⁶³ 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 28.11.2019 et n° 92/2020 du 18.06.2020, *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.), 21.06.2021 et Liège (10^e ch.), 07.07.2021, *Rev. trim. dr. fam.*, 2021/4, 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.), 06.01.2021 et Trib. fam. Namur, div. Namur (2^e ch.), 20.01.2021, *Rev. trim. dr. fam.*, 2021/1, pp. 249-75.

⁶⁴ E. Dos Reis, G. Ruffieux, J. Terel et G. Willems, « La maternité de substitution » in H. Fulchiron et J. Sosson (éd.), *Parenté, Filiation, Origines. Le droit de l'engendrement à plusieurs*, Bruylant, Bruxelles 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 ?*, Bruylant, Bruxelles 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 J. Sosson et G. Schamps (éd.), *La gestation pour autrui. Vers un encadrement ?*, Bruylant, Bruxelles 2013, pp. 213 et s.

recherche de filiation.⁶⁵ Depuis 2010, dans la plupart des actions, les intérêts des parties doivent être mis en balance par le juge en accordant la prépondérance à l'intérêt de l'enfant.⁶⁶

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 socio-affectifs, 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).

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 filiation envers ses parents biologiques ou envers les auteurs d'un projet parental. On notera que cette protection est 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.⁶⁷ 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

⁶⁵ 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 03.02.2016 (B.7.3 et B.16). Prohibition d'établissement d'une filiation incestueuse : C. const., 09.08.2012, 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.-C. 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 21.12.2018. Pour plus de détails voy. Y.-H. Leleu, « Filiation 2017 : l'intérêt bien pondéré », *Rev. trim. dr. fam.*, 2017, p. 9.

⁶⁶ 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*, Anthemis, Limal 2015, p. 33.

⁶⁷ Pour une proposition méthodologique : Y.-H. Leleu, « Filiation 2017 : l'intérêt bien pondéré », *Rev. trim. dr. fam.*, 2017, p. 9.

validés par le législateur. L'évolution récente en jurisprudence constitutionnelle et de fond prouve que la fonction 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.

2.3. FONCTION 3 – ÉDUCATION ET ENTRETIEN DES ENFANTS

La fonction de la famille qui découle de l'accueil des enfants (fonction 2 – *supra*, 3.2) est leur éducation et leur entretien matériel.⁶⁸ 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*, 3.5). La reconnaissance juridique de cette fonction implique une protection très forte, sans différence selon le statut du couple parental. 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).

L'autorité parentale est l'institution qui protège la fonction éducative de la famille.⁶⁹ 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.

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. 375*bis* de l'ancien Code civil).⁷⁰

⁶⁸ Voy. : J.-L. Renchon, « La fonction parentale au temps du divorce », *Ann. dr. Louvain*, 1994, p. 259 ; J.-L. Renchon (éd.), *L'enfant et les relations familiales internationales*, Bruylant, Bruxelles 2003 ; J.-L. Renchon, « La nouvelle réforme législative de l'autorité parentale », *Rev. trim. dr. fam.*, 1995, p. 361.

⁶⁹ J.-L. Renchon, « Bicentenaire du Code civil (1804–2004). De l'autorité parentale. Livre I – Titre IX », *J.T.*, 2004, pp. 269 et s.

⁷⁰ 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*, Bruylant, Bruxelles 2013, pp. 301–10 ; G. Hiernaux, « L'autorité parentale et le rôle des tiers » in N. Gallus (éd.), *Les recompositions familiales*.

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. 387^{quater} et s. de l'ancien Code civil ; réd. L. du 19 mars 2017).⁷¹ 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 futur 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.⁷²

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. L'autorité n'intervient qu'en cas de désaccord contraire à l'intérêt de l'enfant (art. 374, §1^{er}, al. 2, de l'ancien Code civil – répartition de l'exercice de l'autorité parentale en cas de désaccord ; art. 374, §2, al. 1^{er}, de l'ancien Code civil – priorité aux accords sur l'hébergement des enfants après séparation).⁷³

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. 387^{bis} de l'ancien Code civil).

Les nouveaux enjeux de la parentalité et de la filiation, Anthemis, Limal 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 CA, 08.10.2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, pp. 190 et s.

⁷¹ 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. 138–48 ; 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*, Larcier, Bruxelles 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.

⁷² Y.-H. Leleu, *Droit des personnes et des familles*, 4^e éd., Larcier, Bruxelles 2020, pp. 770–71, n° 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*, Intersentia, Mortsel 2016 et « Van co-ouderschap naar intentioneel meerouderschap » in I. Boone et Ch. Declerck (éd.), *Actualia Familierrecht: Co-ouderschap Vandaag en Morgen*, die Keure, 2017, p. 79 ; F. Swennen, « Wat is ouderschap ? », *T.P.R.*, 2016, p. 11.

⁷³ 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*, Bruylant, Bruxelles 2011, p. 129.

Les besoins matériels de l'enfant sont aussi assumés par ses deux parents (filiation, adoption) jusqu'à la fin de sa formation (art. 203 de l'ancien Code civil). 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}, de l'ancien Code civil),⁷⁴ et une certaine autonomie contractuelle (art. 1321, §1^{er}, al. 2, du Code judiciaire).

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 et 1477, §3, de l'ancien Code civil).

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 et 1477, § 3, de l'ancien Code civil⁷⁵), jusqu'à une éventuelle rupture du couple.⁷⁶

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 et 1477, §5, de l'ancien Code civil).

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 de l'ancien Code civil),⁷⁷ ou empêché de récupérer les subsides volontairement fournis (obligation naturelle).⁷⁸

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.⁷⁹ 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*, 3.4).

⁷⁴ J.-E. Beernaert, N. Dandoy, S. Louis et P.-A. Wustefeld, *Parts contributives : un jeu de hasard ?*, Anthemis, Limal 2019 ; N. Gallus, « L'obligation d'entretien des parents à l'égard des enfants » in Y.-H. Leleu (dir.), *Divorce et aliments*, Bruylant, Bruxelles 2013, pp. 69 et s. Pour une systématisation de la casuistique et des barèmes : S. Louis, « Calcul des parts contributives de 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).

⁷⁵ Les obligations de contribuer aux charges du mariage ou du ménage sont des obligations d'entretien indirectes.

⁷⁶ Cass., 20.04.2007, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 1009.

⁷⁷ Liège, 13.10.2010, *Act. dr. fam.*, 2010, p. 175 ; Mons, 28.10.2003, *R.G.D.C.*, 2004, p. 279 ; Y.-H. Leleu, *Droit des personnes et des familles*, 4^e éd., Larcier, Bruxelles 2020, pp. 642 et s., n° 677-3 et s.

⁷⁸ G. Genicot, « L'obligation naturelle du père biologique de fournir des aliments à son enfant », note sous Liège, 15.06.1998, *R.G.D.C.*, 1999, p. 311, n° 14.

⁷⁹ Voy. C. Bessière et S. Gollac, *Le genre du capital. Comment la famille reproduit les inégalités*, La Découverte, Paris 2020.

2.4. FONCTION 4 – MUTUALISATION DES CHARGES ET PRODUCTION DE VALEURS

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*, 3.3). Elle est fondée sur une logique de partage et pas de nécessité ou de besoins (fonction 5 – entraide familiale – *infra*, 3.5).

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.⁸⁰

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. 2.3.16 et s. du Code civil) et par la pension alimentaire après divorce (art. 301 de l'ancien Code civil).

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. 2.3.22, §1^{er}, et 2.3.43 du Code civil).⁸¹

⁸⁰ Sur l'aggravation de cette situation au moment de la rupture du couple 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*, La Découverte, Paris 2020. Voy. aussi : A. Verbeke, E. Alofs, C. Defever et D. Mortelmans, « Gender Inequalities and Family Solidarity in Times of Crisis » in L. Cornelis (éd.), *Finance and Law: Twins in Trouble*, Intersentia, Anvers 2014, p. 57.

⁸¹ Voy. not. Ph. De Page et I. De Stefani, « Les régimes matrimoniaux » in *Traité de droit civil belge*, Bruylant, Bruxelles 2018, pp. 261 et s. ; Y.-H. Leleu, *Droit patrimonial des couples*, 2^e éd., Larcier, Bruxelles 2021, pp. 93 et s.

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. 2.3.61 du Code civil). Ce choix doit être éclairé par le conseil des notaires lors du contrat de mariage.⁸² 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. 2.3.81 du Code civil).⁸³ Cela n'empêche toutefois pas la jurisprudence de mettre en œuvre des mécanismes d'équité en cas de déséquilibres injustes entre les patrimoines à la dissolution du mariage (enrichissement sans cause).⁸⁴

Le couple non marié est toujours en séparation de biens (cohabitation légale : art. 1478 de l'ancien Code civil ; cohabitation de fait : absence de réglementation), ce qui pose un problème grave car la majorité des jeunes couples belges ne se marie plus⁸⁵ et s'engage par conséquent dans un statut sans solidarité patrimoniale sans que ce choix puisse être qualifié juridique ou contractuel.

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 de l'ancien Code civil).⁸⁶ 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, ...).⁸⁷

⁸² Art. 2.3.64, §3, et 2.3.81, §2, al. 2, du Code civil ; 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*, Larcier, Bruxelles 2019, pp. 82 et s.

⁸³ J. Sauvage, « Les créances entre époux et la clause d'équité » in M. Van Molle (éd.), *La réforme des régimes matrimoniaux en pratique*, Anthemis, Limal 2019, p. 59.

⁸⁴ Cass., 04.02.2022, *J.T.*, 2022, p. 203, note V. Makow ; Cass., 11.06.2021, *J.T.*, 2022, p. 207, note Y.-H. Leleu ; *T. Fam.*, 2021, p. 22, note A. Van Thienen ; Cass., 09.06.2017, *R.G.D.C.*, 2017, p. 502, note F. Deguel ; Cass., 23.10.2014, *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*, Larcier, Bruxelles 2005, p. 443.

⁸⁵ I. Pasteels et D. Mortelmans, « Huwen en scheiden in de levensloop » in D. Mortelmans (éd.), *Scheiding in Vlaanderen*, Acco, Leuven 2011, pp. 65–84.

⁸⁶ 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.

⁸⁷ Cass., 06.10.2017, *Rev. trim. dr. fam.*, 2018, p. 310 (somm.), note N.D. ; Cass., 03.11. 2016, *Act. dr. fam.*, 2017, p. 58, note D. Carre ; *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., 12.10.2009, *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.

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.

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.⁸⁸

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.⁸⁹ 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.⁹⁰ 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*, 3.3.).

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 de solidarité économique au sein de *tous* les couples, le juge doit pouvoir compenser les

⁸⁸ Telle ne fut pas la vision du législateur lors de la réforme du 22.07.2018, 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.

⁸⁹ 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. Boele-Woelki, J. Miles et J. Scherpe (dir.), *The Future of Family Property in Europe*, Intersentia, Anvers 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*, Thémis, Montréal 2014.

⁹⁰ A.-L. Verbeke, « Gender-ongelijkheid bij zuivere scheiding van goederen. Pleidooi voor een gedwongen en onderhandelde aanpak », *T.E.P.*, 2010, pp. 98–117.

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.⁹¹ Comme en filiation, elle reprendra au législateur sa compétence normative s'il demeure dans l'inertie.

2.5. FONCTION 5 – ENTRAIDE EN CAS DE VULNÉRABILITÉ PHYSIQUE OU FINANCIÈRE

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).⁹²

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. de l'ancien Code

⁹¹ L'analyse de la jurisprudence favorise la prévisibilité dans un système casuel (Y.-H. Leleu, note sous Cass., 04.06.2020, *J.T.*, 2021, p. 561, n° 9–14). Pour des analyses récentes : Y.-H. Leleu (éd.), *Les relations patrimoniales des couples. Actualités de jurisprudence*, CUP/Anthemis, Limal 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 familialisation : 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).

⁹² 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 ; 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.

civil) et par l'obligation alimentaire au sein de la famille élargie (art. 205 et s. de l'ancien Code civil). 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.

Le droit des incapacités concerne les adultes car les enfants sont protégés par leurs parents (fonction 3 – *supra*, 3.3). La loi du 17 mars 2013 a réformé la matière⁹³ en privilégiant une détermination de l'incapacité judiciaire et limitée au strict nécessaire (art. 492, al. 1^{er}, de l'ancien Code civil), conformément aux principes de droit international de nécessité, subsidiarité et proportionnalité.⁹⁴ 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, de l'ancien Code civil),⁹⁵ la gestion par les parents (art. 500 de l'ancien Code civil) et la désignation de personnes de confiance (art. 501 de l'ancien Code civil). 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 de l'ancien Code civil).

L'obligation alimentaire de droit commun protège un devoir de solidarité différent de celui entre parents et enfants (fonction 3 – *supra*, 3.3) ou entre époux (fonction 4 – *supra*, 3.4). 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.⁹⁶ 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 de l'ancien) ou reportée sur la succession d'un débiteur dans les limites de celle-ci (art. 205*bis* de l'ancien Code civil).

⁹³ F. Deguel, « Les personnes majeures protégées », *Rép. not.*, t. I, Les personnes, l. 8, Larcier, Bruxelles 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* (F.R.N.B. éd.), Bruylant, Bruxelles 2014 ; N. Gallus et T. Van Halteren, *Le nouveau régime de protection des personnes majeures. Analyse de la loi du 17 mars 2013*, Bruylant, Bruxelles 2014.

⁹⁴ Convention des Nations unies du 13.12.2006 relative aux droits des personnes handicapées.

⁹⁵ E. Beguin et J. Fonteyn, « Le mandat de protection extrajudiciaire », *Rev. not. belge*, 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*, Kluwer, Malines 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*, Larcier, Bruxelles 2014, p. 201.

⁹⁶ N. Gallus, « Les aliments », *Rép. not.*, t. I, l. IV, Larcier, Bruxelles 2005.

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.⁹⁷ La proportionnalité est prescrite par la loi (art. 208 de l'ancien Code civil) 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.

⁹⁷ Cass., 16.03.1995, *Div. Act.*, 1996, p. 28, note E. de Wilde d'Estmael ; *R. W.*, 1995–1996, p. 743, note J. Roodhooft ; *R. Cass.*, 1995, p. 305, note J. Gerlo.