

## **QUELS SONT LES ENJEUX DU DISCOURS POLITIQUE FONDANT LES RÉFORMES RÉCENTES DU DROIT DE LA FAMILLE?**

Jean-Louis Renchon<sup>1</sup>

### Introduction

1. Je remercie vivement Jean-Pierre Lebrun et les organisateurs de ces journées de m'avoir convié à vous y faire part de mes réflexions de juriste.

Voilà longtemps en effet que j'éprouve un intérêt particulier pour les échanges interdisciplinaires. Au surplus, mes préoccupations scientifiques rejoignent celles que des intellectuels aussi éclairés que Jean-Pierre Lebrun – et tant d'autres d'ailleurs – expriment dans des ouvrages qui interpellent notre « postmodernité » occidentale, et je suis donc heureux de mettre à l'épreuve de votre regard ou plutôt, m'adressant à des psychanalystes, de votre écoute les questions que je me pose à propos des enjeux politiques des évolutions récentes du droit de la personne et de la famille.

2. En tant que juriste, je vais effectivement vous parler du droit de la famille, mais, dans la perspective pluridisciplinaire qui est la nôtre, mon exposé portera davantage sur le discours politique tenu par ceux

---

1. Professeur à l'UCL et à l'Université Saint-Louis, Avocat au Barreau de Bruxelles

qui produisent aujourd’hui le droit de la famille que sur les règles de droit proprement dites.

Il me serait d’ailleurs impossible, dans le temps qui m’est imparti, de vous présenter l’ensemble de ces règles de droit.

À l’UCL, nous enseignons les bases du droit de la personne et de la famille en deux cours, l’un de 60 heures en baccalauréat et l’autre de 30 heures en master. Les étudiants ont au surplus la possibilité, parmi les options possibles, de s’inscrire dans une option de droit de la famille composée de trois cours de 30 heures et de suivre, dans une des finalités obligatoires du programme du master un cours de « justice familiale ».

C’est dire si mon exposé sera on ne peut plus synthétique.

3. Lorsque j’évoque le discours « politique » relatif à la famille, je l’entends bien sûr au sens large : ce ne sont pas seulement les propos des hommes et des femmes politiques, tels qu’ils les formulent dans les enceintes du Parlement ou sur les chaînes de télévision, c’est, d’une manière plus globale, le discours tenu sur la cité et par la cité, autant dès lors par nos responsables politiques que les magistrats des hautes Cours, la doctrine juridique ou les médias, c’est-à-dire non seulement les journalistes mais aussi – puisque ça devient une mode – les citoyens qui parlent de leur vie personnelle ou qui font part de leur opinion personnelle dans les médias ou sur les réseaux sociaux.

Leur manière de parler, tant dans son contenu que par son mode d’expression, nous en dit beaucoup sur ce que j’appelle la « cité », c’est-à-dire la société dans laquelle nous vivons, que nous sommes censés construire ensemble, mais qui, surtout, nous construit, le plus souvent sans que nous nous rendions vraiment compte de ce qu’elle nous amène à penser ou nous fait nous comporter.

C’est d’ailleurs pourquoi, entre parenthèses, je trouve personnellement légitime, même si je sais que ce débat est ouvert, que les psychanalystes s’autorisent à réfléchir publiquement sur ce qu’ils entendent des processus sociaux qui sont en œuvre, généralement à leur insu, dans les dires ou les symptômes de leurs patients.

4. Avant d’entrer dans le vif de mon exposé, je souhaiterais encore apporter une précision à propos de ce que, dans le découpage classique des branches du droit positif, on appelle le « droit de la personne et de la famille ».

On pourrait en effet s’étonner de ce qu’on rassemble dans une seule et même branche du droit le droit de la personne proprement dite – qui

recouvre le statut juridique de la personne humaine<sup>2</sup> - et le droit de la famille – qui recouvre l’organisation juridique de la famille et des différentes relations familiales nouées ou susceptibles d’être nouées par la personne humaine.

Mais, dans la perspective qui était celle du Code Napoléon, à l’époque de la première famille moderne, selon la qualification qui en a été donnée avec le recul par les sociologues contemporains, il existait un lien très étroit entre le statut juridique de la personne humaine et sa famille.

Pour s’en tenir à l’exemple le plus significatif, l’« état civil » de la personne – c’est-à-dire son identité juridique – dépendait presque exclusivement de ses liens familiaux.

Qu’il suffise de songer, pour chacun de nous, à notre dénomination juridique, composée de notre nom et de notre ou de nos prénom(s). Notre nom, qu’on appelle d’ailleurs aujourd’hui le « nom de famille », est celui qui nous a été transmis, de génération en génération, par notre famille, le plus souvent notre famille paternelle. Nos prénoms ont été choisis à notre naissance par nos père et mère, en vertu des pouvoirs qui leur sont conférés à l’égard de leurs enfants par leur « autorité parentale » - institution fondamentale de l’organisation familiale.

On relèvera à cet égard que, quelles que soient les évolutions considérables qui se sont entretemps produites, ces règles de droit relatives à notre dénomination juridique sont encore celles qui prévalent à l’heure actuelle, sous réserve de différentes modifications ou adaptations que je ne pourrai prendre le temps de développer.

Le Livre premier du Code Napoléon s’intitulait dès lors, dans la conception que je viens d’indiquer, « *Des personnes* », et c’est dans ce Livre premier que le législateur a donc classé aussi bien les règles de droit civil relatives au statut de la personne humaine que celles relatives à l’organisation de la famille, en considérant qu’en raison des interconnexions qui existaient entre elles, elles devaient former un seul ensemble.

Le droit des personnes, pour reprendre la terminologie du Code Napoléon, comprend dès lors, d’une part, le droit de « la » personne en tant

---

2. On parle, dans le langage juridique, pour qualifier la personne au sens courant du terme, de personne « humaine » ou généralement de personne « physique », parce qu’il existe, en droit, d’autres personnes que la personne humaine. Ce sont les personnes dites « morales », qui sont autant des personnes parce qu’elles disposent de la « personnalité juridique ». Être une personne ou disposer de la personnalité juridique, c’est en effet être un « sujet de droit », au sens à nouveau juridique du terme, c’est-à-dire avoir l’aptitude à être titulaire de droits et obligations. Or, les personnes morales – telles les sociétés commerciales, les associations sans but lucratif ou les fondations – sont, comme la personne humaine, aptes à être titulaires de droits et d’obligations.

que telle, et, d'autre part, le droit de la famille, ou en tout cas le droit dit personnel de la famille<sup>3</sup>, et c'est toujours encore aujourd'hui l'intitulé du Livre premier de notre Code civil belge.

5. Depuis lors, le statut juridique de la personne humaine s'est largement détaché du droit de la famille, et il n'y a précisément là qu'une des manifestations de la « révolution » qui s'est produite à la fin du XXe siècle.

La personne est en effet de plus en plus appréhendée dans sa dimension individuelle – et non plus sous l'angle de son appartenance familiale – et le droit de la personne est dès lors de plus en plus centré sur les droits et la protection de chaque personne, indépendamment de ses relations familiales.

Mais on entre par là même dans le cœur de notre sujet.

## §1 Une révolution « copernicienne »

6. Je n'ai, à vrai dire, pas beaucoup de mérites à enseigner aujourd'hui à mes étudiants comment, au cours d'une période de l'histoire qui n'aura pas excédé trente années, on en est venu à penser, dans le discours « politique » sur la personne et la famille, l'exact opposé de ce qu'on avait pu penser pendant des décennies voire des siècles.

C'est que j'appartiens à cette génération de professeurs de droit de la famille qui non seulement est née dans un monde qui pensait de manière radicalement différente mais qui surtout a appris à l'Université un droit des personnes et de la famille dont les principes fondamentaux étaient radicalement différents.

Et c'est cette génération qui, pendant ces années qui me séparent aujourd'hui des bancs de l'Université, non seulement a vécu la révolution qui s'est produite mais qui a été amenée à enseigner progressivement aux générations suivantes un droit des personnes et de la famille qui n'a (presque) strictement plus rien à voir avec celui qui m'avait été enseigné.

7. On peut effectivement parler d'une révolution « copernicienne », puisque ce qui est aujourd'hui advenu s'avère être l'inverse de ce qu'on avait pensé jusque-là.

À la différence toutefois de la découverte de Copernic, ce n'est plus d'une nouvelle réalité physique, établie scientifiquement, dont il s'agit.

---

3. On distingue en effet le droit personnel de la famille – qui règle les relations personnelles au sein de la famille – et le droit patrimonial de la famille – qui organise les relations patrimoniales au sein de la famille et, notamment, le statut patrimonial du mariage (appelé « régime matrimonial ») et les successions.

L'inversion qui s'est produite est idéologique, même si cette idéologie, comme toutes les idéologies, s'appuie sur des réalités matérielles et des avancées scientifiques.

C'est en effet ce qui fait « sens », ce qui constitue nos valeurs ou nos repères qui s'est complètement inversé.

Et cette inversion, je n'ai bien sûr pas besoin de vous l'expliquer, vous pourriez le faire autant que moi, a consisté en ce que la ligne d'horizon des représentations idéologiques qui façonnent le nouveau droit des personnes et de la famille a subitement été déplacée et recentrée autour de l'individu, de son « autonomie » (ou en tout cas de sa prétendue autonomie) et de ses « droits ».

Exactement comme dans la découverte copernicienne, où c'est désormais l'inverse qui est « vrai », c'est comme si désormais l'individu pouvait ou devait être pensé « pour lui », alors qu'il avait toujours dû jusque-là se penser « pour la société ».

8. Dans un de mes cours – dispensé avec mon collègue Jacques Fierens – que nous avons intitulé « Individu, famille, Etat », j'enseigne précisément à mes étudiants que la relation « individu – famille – Etat » s'est en l'espace d'une génération inversée.

L'individu – c'est-à-dire le sens de chaque existence – était fondamentalement affecté à sa famille et à l'Etat – ce qu'en termes juridiques on traduisait par les expressions d' « *intérêt de la famille* » et d' « *intérêt général* », de « *bien commun* » ou d' « *ordre public* » - et la famille elle-même était affectée à l'Etat. C'est ce que les juristes ont très longtemps exprimé dans une formule elle-même relayée par nos responsables politiques : « *La famille est au fondement de la société* ». C'était en effet parce que les hommes, les femmes et les enfants avaient le « sens de la famille » qu'ils avaient aussi le « sens de la patrie » et qu'ils deviendraient, selon une formule qui est précisément en train de devenir désuète, des « *hommes d'Etat* ».

L'inversion qui s'est produite, davantage d'ailleurs, me semble-t-il, dans le discours politique et juridique que dans les comportements quotidiens des hommes, des femmes et des enfants, c'est que c'est l'Etat qui est désormais au service des « familles » (comme on dit aujourd'hui), et que les familles sont désormais au service de l'épanouissement personnel de l'individu. Ce qui compte, en effet, lorsqu'il s'agit de la personne humaine et ses relations familiales, c'est d'être « heureux ».

9. Pareille inversion est, comme je l'ai déjà indiqué, profondément idéologique.

Elle s'accompagne d'ailleurs, selon le point de vue auquel on se place, d'un véritable travail de sape de tout ce qui pourrait encore venir faire contrainte à l' « autonomie personnelle », pour reprendre ce concept juridique expressément consacré par la Cour européenne des droits de l'homme, mais ce travail de sape est précisément appréhendé et décrit, particulièrement dans le discours politique, comme une œuvre « progressiste », car ce travail serait précisément indispensable pour faire advenir un « homme nouveau », libéré de toutes les prétendues transcendances qui, dans les sociétés pré démocratiques, n'auraient jamais servi qu'à permettre et légitimer la domination des uns sur les autres.

C'est que, jusqu'alors, le statut de la personne humaine et l'organisation juridique de la famille avaient, comme il en avait d'ailleurs toujours été, pensés et déterminés à partir d'un « au-delà » de la seule liberté ou volonté de l'individu, ce qu'on peut donc appeler une « transcendance ».

Ce n'était plus assurément, depuis le siècle des Lumières et la laïcisation de l'Etat, une transcendance de nature divine.

Mais on avait continué à considérer, d'une part, qu'il existait, un « ordre naturel » ou des « lois naturelles » qui s'imposaient à l'homme, et, d'autre part, que les fins collectives de l'humanité ou, simplement, des communautés au sein desquelles chaque être humain se trouve intégré (sa « nation », sa famille, son entreprise...) « transcendaient » les finalités privées ou personnelles de l'individu.

10. Il est passionnant de relire, aujourd'hui, avec le recul, les travaux préparatoires relatifs au Livre premier du Code Napoléon.

Vous y retrouverez très régulièrement les termes « naturel » et « sacré » dans la bouche des rédacteurs du Code qui construisaient le nouvel ordre politique et juridique issu de la Révolution française.

Voici, à titre de simple exemple, ce qu'expliquait Real à propos de la puissance paternelle :

*« Ce projet institue ... la plus sacrée de toutes les magistratures, la magistrature paternelle, magistrature indépendante de toutes les conventions, et qui les a toutes précédées.*

*Nous naissons faibles, assiégés par les maladies et les besoins ; la nature veut que, dès ce premier âge, celui de l'enfance, le père et la mère aient sur leurs enfants une puissance entière, qui est toute de défense et de protection »<sup>4</sup>.*

Et lorsque, par ailleurs, les rédacteurs du Code civil ont inscrit, parmi les six articles du Titre préliminaire qui peuvent être considérés

---

4. P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, Tome X, Paris, 1827, p.511

comme des textes fondamentaux, un article 6 qui précise expressément qu' « on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs », ils exprimaient précisément là que la volonté individuelle ne pourra jamais se soustraire au respect de l' « ordre public » et des « bonnes mœurs », c'est-à-dire des principes ou des règles qui traduisent la suprématie des finalités collectives et sociales sur les choix personnels.

11. Ce que je veux ainsi faire apparaître, c'est que cette manière de penser qui a façonné l'ensemble du droit de la personne et de la famille jusqu'à la fin du XXe siècle, était perçue comme évidente et indiscutable.

Le mariage était naturellement l'union d'un homme et d'une femme, et c'était tellement évident qu'on n'avait même pas cru nécessaire de le préciser de manière expresse dans le Code civil.

Et, lorsqu'à propos de chaque règle du droit de la famille, la doctrine juridique écrivait qu'elle était d' « ordre public », c'est-à-dire qu'elle exprimait les exigences de l'intérêt général ou collectif, on n'imaginait même pas qu'une telle affirmation aurait pu être remise en question, et cet enseignement se transmettait, dans les ouvrages de droit, de génération en génération.

12. Or voilà qu'à cette idéologie – car on peut avec le recul l'appeler une idéologie – s'est subitement substituée, à une vitesse qui à l'échelle de l'histoire est stupéfiante, une toute autre idéologie – car on peut aussi l'appeler une idéologie, même si, pour d'aucuns, elle présente aujourd'hui la même évidence indiscutable que la précédente.

Cette toute autre manière de penser consiste en ce que désormais chaque être humain aurait le « droit » de revendiquer et d'obtenir qu'il soit laissé libre, lorsqu'il s'agit de sa vie privée et familiale, d'opérer lui-même ses « choix », sans se trouver soumis à un prétendu « ordre naturel » - qui n'existe pas – ni à un prétendu « ordre collectif » qui ne peut prétendre à aucune légitimité.

Bien sûr, tout n'est pas (encore) aussi catégorique, et je ne fais là qu'indiquer le sens de l'évolution, car, on peut aisément le deviner, la société occidentale reste à cet égard traversée par de fortes tensions idéologiques, comme en a suffisamment attesté le débat qui a surgi en France autour du « mariage pour tous ».

Mais, pour certains, il n'y a précisément plus à en discuter tant cette nouvelle idéologie est la seule qui soit devenue admissible. Pour ceux-là, toute autre conception ne peut plus être qualifiée que de « morali-

sante », et il n'est pas difficile de percevoir dans l'utilisation aujourd'hui répétitive de ce terme tout le mépris qui est attaché.

Lors des discussions au Parlement sur l'ouverture de l'adoption aux personnes de même sexe, un sénateur s'exprima en des termes qui ne peuvent pas mieux résumer à mes yeux ce qu'est cette nouvelle idéologie :

*« Au cœur de tous les débats éthiques, on a voulu soit ouvrir des espaces de liberté, sans rien imposer à personne, soit restreindre ces espaces en tentant d'imposer sa propre vision de la société. »<sup>5</sup>*

Au fur et à mesure que je relis cette formule, je me dis qu'elle est extraordinaire, d'abord par l'utilisation du terme de « débats éthiques », dès lors que l'opinion de son auteur est en réalité qu'il n'y a plus désormais, dans ces matières, d'« éthique » envisageable, au sens profond de ce terme, ensuite parce qu'il ne se rend pas compte qu'il impose lui-même « *sa propre vision de la société* », puisque chacun serait tenu désormais d'accepter qu'on ne peut plus « *rien* » imposer à personne.

13. Ce que je vous propose maintenant, après avoir ainsi indiqué ce qu'a représenté cette inversion fulgurante de la manière de penser, c'est d'essayer de montrer comment elle s'est concrétisée dans quelques champs significatifs du statut de la personne humaine et de l'organisation de la famille, car je ne peux évidemment pas les aborder tous.

## §2 Le corps humain

14. Lorsque j'étais étudiant, on enseignait et on a encore longtemps continué à enseigner, comme étant un principe juridique indiscutable, que, pour la personne, son corps est « indisponible ».

Le terme juridique d'« indisponibilité » est suffisamment parlant.

Est « indisponible » ce dont chacun ne peut « disposer », c'est-à-dire ce par rapport à quoi sa volonté personnelle est juridiquement impuissante.

Lorsqu'on énonce que le corps est indisponible pour la personne, on signifie dès lors à la fois qu'en principe, ce n'est pas elle qui décide du statut de son corps, et que celui-ci est « *hors commerce* », c'est-à-dire qu'elle n'a pas à le faire entrer dans le commerce juridique, là où les êtres humains, par la rencontre et l'échange de leurs volontés individuelles, concluent des contrats.

---

5. Rapport fait au nom de la Commission de la justice du Sénat par M. Willems, *Doc. parl.*, Sénat, session 2005-2006, n°3-1460/6, p. 6.

Dans le titre relatif aux contrats, l'article 1128 du code civil prescrit expressément qu' « *il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui peuvent être l'objet des conventions* ».

Le corps humain ne peut par conséquent être « *l'objet des conventions* ».

On relèvera, notamment, que c'est sur le fondement de cette prescription que notre droit positif a, par exemple, refusé de conférer la moindre valeur juridique à un contrat de prostitution ou à un contrat de mère porteuse.

On n'a pas à vendre ou à louer son corps, et ce n'est pas seulement qu'on ne puisse en tirer un bénéfice pécuniaire, c'est plus fondamentalement qu'on ne peut pas convenir juridiquement avec autrui de mettre son corps à sa disposition, parce qu'il est précisément indisponible.

15. Une telle prescription juridique renvoie évidemment à une manière de penser qui fait échapper à la liberté et à la volonté de l'homme ce dont on doit admettre qu'il n'en est pas le propriétaire absolu.

Or, le corps n'est précisément pas pour l'homme une chose ; il lui est fourni par la « nature », et la société peut imposer d'une manière générale à tous les hommes, au nom de l'ordre public et des bonnes mœurs, que chacun n'en dispose pas comme il l'entend.

16. On peut assurément comprendre qu'une telle manière de penser ait été, dans une société démocratique, radicalement remise en cause, dès lors qu'elle contrecarrait la liberté de chacun et lui faisait subir des contraintes qui pouvaient être vécues comme insupportables.

Il suffit à cet égard d'évoquer la problématique de l'avortement, car le retournement de la pensée<sup>6</sup> qui s'est produit à propos de cette problématique est particulièrement significatif.

Même si, à l'origine, pour s'en tenir à la Belgique, le législateur avait tenu à justifier le choix politique de dépénaliser partiellement l'avortement par des considérations prioritairement médicales et s'il avait par ailleurs décidé de limiter la possibilité de recourir à un avortement non thérapeutique aux seules situations de « *détresse* » (art.350 C. pen.), c'est, en réalité, comme on le sait, le droit pour la femme de « disposer » de son corps qui est progressivement devenu le motif déterminant de la libéralisation de l'avortement.

---

6. Il est intéressant de rappeler que l'infraction d'avortement avait été classée (et reste d'ailleurs toujours classée) dans le Code pénal sous le titre qui réprime les crimes et délits « *contre l'ordre des familles et contre la moralité publique* ». C'étaient donc bien des « valeurs sociétales » qui justifiaient la répression de l'avortement.

À une légitimité s'est substituée une autre légitimité : il n'était plus supportable qu'une femme puisse être entravée, au nom d'un « ordre naturel » ou de valeurs sociétales, dans sa liberté de décider elle-même si elle mènerait ou non à son terme une grossesse qu'elle n'avait pas « voulue ».

17. Mais, au-delà de cette problématique spécifique de l'avortement, c'est, d'une manière générale, le principe lui-même de l'indisponibilité du corps humain qui a été délégitimé pour lui substituer le principe exactement inverse de la « disposition de soi-même » et de l' « *autonomie personnelle* ».

Mes collègues de l'Université de Liège proposent même qu'on parle désormais de la « *maîtrise* » par la personne de son corps et, davantage, d'un « *droit à la maîtrise du corps* »<sup>7</sup>.

Ce terme, délibérément choisi, est d'une puissance considérable, puisque la notion de « *maîtrise* » traduit qu'il n'y aurait précisément plus rien d'autre, émanant d'un au-delà de la volonté de l'individu, qui pourrait venir contrecarrer la liberté de chacun de décider lui-même de ce qu'il fait de son corps.

18. Or c'est exactement cette manière-là de penser qui a été mise en œuvre, sous une seule réserve, lorsque le législateur belge a, en 2007, libéralisé le changement de sexe.

S'il y avait bien une dimension du corps humain dont on a pu affirmer qu'elle était « indisponible », c'était assurément le sexe.

C'était en effet la « nature » qui dictait sa loi. A l'exception des situations d'hermaphrodisme qui procédaient d'une anomalie à vrai dire tout autant « naturelle », on était nécessairement de sexe masculin ou de sexe féminin.

Et c'était si évident que la société et le droit positif « instituaient » le sexe de chaque être humain dans son acte de naissance, en lui attribuant par là même un sexe juridique qui serait nécessairement immuable.

C'est ainsi que notre sexe est un des éléments de notre identité juridique et que nous continuons d'ailleurs à le faire expressément apparaître dans nos fiches d'identité.

19. Lorsque la médecine prit un jour en compte le syndrome du transsexualisme – dont je ne suis pas sûr qu'elle peut aujourd'hui clairement identifier les causes – et proposa des traitements – hormonaux et chirurgicaux – susceptibles de soigner la souffrance des transsexuels, nos systèmes juridiques s'en trouvèrent ébranlés.

---

7. Y.H. Leleu et G. Genicot, « *La maîtrise de son corps par la personne* », J.T. 1999, p. 589.

Pouvait-on porter atteinte à ce principe aussi fondamental selon lequel le sexe est, pour chaque être humain, « indisponible », c'est-à-dire ne relève pas du champ de ses libertés?

On sait que, sous la houlette de la Cour européenne des droits de l'homme, les magistrats s'adaptèrent aux innovations médicales et acceptèrent en définitive de faire droit aux demandes de changement de sexe qui leur étaient soumises, à tout le moins lorsqu'il résultait des éléments du dossier médical que la personne se trouvait dans une situation pathologique indépendante de sa volonté. Au surplus, ce ne serait pas elle qui déciderait de changer juridiquement de sexe. Ce serait le juge qui modifierait son sexe tel qu'il était inscrit sur son acte de naissance. Le principe juridique d'indisponibilité restait ainsi sauf, à tout le moins en apparence.

20. La loi belge du 10 mai 2007 relative à la transsexualité représente par contre une inversion radicale de perspective.

Au motif qu'on ne pouvait plus ajouter au « *chemin de croix* » (selon l'expression utilisée dans l'exposé des motifs de la proposition de loi initiale) du transsexuel l'épreuve d'une procédure judiciaire, le législateur décida que ce serait le transsexuel qui, après les traitements médicaux, effectuerait lui-même sa déclaration de changement de sexe auprès de l'officier de l'état civil.

Au surplus, après audition de représentants des associations « transgenres » et des médecins qui pratiquaient ce type d'interventions, le législateur décida qu'il était inopportun de subordonner le traitement médical d'un transsexuel à des conditions juridiques restrictives, et il préféra dès lors, en définitive, laisser à la liberté du patient et à la liberté du médecin le soin d'apprécier si et comment le patient ferait l'objet d'un tel traitement.

L'article 62bis nouveau du Code civil prévoit ainsi que « *tout Belge ou tout étranger inscrit aux registres de la population qui a la conviction intime, constante et irréversible d'appartenir au sexe opposé à celui qui est indiqué dans l'acte de naissance et dont le corps a été adapté à ce sexe opposé dans toute la mesure de ce qui est possible et justifié du point de vue médical, peut déclarer cette conviction à l'officier de l'état civil* ».

Il lui suffira de remettre à l'officier de l'état civil une attestation du psychiatre et du chirurgien que « *l'intéressé a subi une réassignation sexuelle qui le fait correspondre au sexe opposé, auquel il a la conviction d'appartenir, dans toute la mesure de ce qui est possible et justifié du point de vue médical* ».

La seule limitation qui a encore été imposée par le législateur au pouvoir discrétionnaire du médecin – mais il serait question de la suppri-

mer – est que cette attestation doit préciser « *que l'intéressé n'est plus en mesure de concevoir des enfants conformément à son sexe précédent* ».

Désormais, un transsexuel a, juridiquement, sous cette seule réserve, la libre et pleine disposition de son sexe. Il détermine lui-même avec son médecin dans quelle mesure il subira une « réassignation sexuelle » et, muni de l'attestation médicale qui lui sera remise, il fera ensuite savoir à l'officier de l'état civil qu'il a changé de sexe.

### §3 La dignité humaine

21. Même s'il s'agit d'une question particulièrement complexe que je ne pourrai qu'effleurer, je crois intéressant de dire quelques mots de l'évolution du concept de dignité humaine, parce que cette évolution est particulièrement significative du retournement de la pensée que je cherche à mettre en évidence.

22. Lorsqu'on évoquait la dignité humaine, on songeait – j'ai presque envie de dire « naturellement » - à la représentation de ce que nous nous faisons de ce qui doit nécessairement caractériser l'être humain ou, en d'autres termes, des conditions qui doivent minimalement être respectées afin que tout homme, quel qu'il soit, soit reconnu et préservé dans son humanité.

On connaît les impératifs catégoriques de Kant : « *Agis de telle sorte que tu traites l'humanité aussi bien dans ta personne que dans la personne de tout autre toujours en même temps comme une fin, et jamais simplement comme un moyen* » et « *Agis de telle sorte que la maxime de ta volonté puisse toujours valoir en même temps comme principe d'une législation universelle* ».

Nous serions ainsi tous dépositaires et responsables, sans que notre volonté individuelle ne puisse s'y soustraire, d'une dignité humaine collective impliquant que nous respections un certain nombre de référents que Kant n'hésitait pas à qualifier de « moraux ».

23. Or un glissement sémantique s'est précisément produit qui tend à faire désormais de la dignité humaine une notion purement individuelle.

La dignité de l'être humain, c'est que chacun, à l'égal de chacun, soit respecté dans sa liberté d'élaborer lui-même pour lui-même ce qu'il considère comme « sa » dignité.

Et il n'y aurait précisément plus à imposer une prétendue dignité humaine collective qui viendrait contrecarrer le sentiment que chacun a de sa propre dignité.

On voit bien, par exemple, que c'est cette appréhension de la dignité qui est promue lors des débats sur la dépénalisation de l'euthanasie. Ceux qui ont revendiqué le « *droit de mourir dans la dignité* » en appellent au respect de la liberté pour chaque être humain de déterminer à partir de quel moment il considérerait qu'il ne mène plus une « vie digne ».

24. Les juristes qui sont interpellés par cette évolution ne manquent pas de faire référence à un étonnant arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme prononcé le 17 février 2005 dans une affaire qui opposait deux sadomasochistes à l'Etat belge.

Bien que respectivement médecin et magistrat, ils avaient fait subir à la femme de l'un d'entre eux des sévices à connotation sexuelle qualifiés par la Cour d'appel d'Anvers de « *graves, choquants, violents et horribles* ». On s'abstiendra donc de les décrire.

Ce médecin et ce magistrat, qui avaient au surplus filmé leurs « ébats » sur des cassettes vidéo, avaient été déclarés coupables du chef de l'infraction de coups et blessures volontaires, après que la Cour d'appel d'Anvers avait rappelé que « *le consentement de la personne battue ne constitue pas un motif excluant la culpabilité* ». La Cour de cassation de Belgique avait rejeté le pourvoi formé contre cet arrêt.

Le médecin et le magistrat attaquèrent l'Etat belge devant la Cour européenne des droits de l'homme, en invoquant l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

C'est l'occasion de rappeler que cet article 8, qui est devenu le siège du développement dans la jurisprudence de la Cour de la notion d'« *auto-détermination* » dans le champ de la vie privée et familiale, est, en réalité, composé de deux paragraphes que je veille à reproduire :

« 1. *Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.*

2. *Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».*

Lorsque la Convention fut rédigée en 1950, il était encore « évident » que l'individu, même lorsqu'il fait valoir son droit au respect de sa vie privée et familiale, subirait nécessairement des restrictions à l'exercice de ce droit qui lui seraient imposées par la loi en raison, notamment, des exigences de la protection de la « morale ».

On rejoint par là même ce que j'ai appelé la « dignité humaine collective » et les « référents moraux » qui lui sont associés.

25. Or, précisément, alors que, dans un précédent arrêt *Laskey, Jaggard et Brown c/Royaume-Uni* du 16 février 1997, la Cour européenne des droits de l'homme avait encore reconnu aux Etats européens la possibilité d'incriminer des actes de sadomasochisme en raison de la nécessité de protéger la santé publique et la morale, elle inversa son analyse, huit ans plus tard, dans son arrêt *K et AD c/ Belgique* du 17 février 2005 en formulant les considérations suivantes :

« *Le droit d'entretenir des relations sexuelles découle du droit de disposer de son corps, partie intégrante de la notion d'autonomie personnelle. A cet égard, la faculté pour chacun de mener sa vie comme il l'entend peut également inclure la possibilité de s'adonner à des activités perçues comme étant de nature physiquement ou moralement dommageables ou dangereuses pour sa personne... ».*

La seule limite au plaisir sexuel ne serait dès lors plus désormais que le libre consentement des personnes concernées, mais ce n'est simplement que la face inversée de la liberté de rechercher son plaisir sexuel.

Selon la Cour, « *si une personne peut revendiquer le droit d'exercer des pratiques sexuelles le plus librement possible, une limite qui doit trouver application est celle du respect de la volonté de la « victime » de ces pratiques, dont le propre droit au libre choix quant aux modalités d'exercice de sa sexualité doit aussi être garanti ».*

26. Ma collègue juriste de l'Université de Paris I, Muriel Fabre-Magnan, a, à la suite de cet arrêt, opportunément posé la question de savoir si le sadomasochisme était subitement devenu un « droit de l'homme », en répondant d'ailleurs à cette question de manière résolument négative<sup>8</sup>.

Et j'ai moi-même aussi posé la question : « La liberté sexuelle n'a-t-elle plus d'autre limite que la liberté sexuelle? »<sup>9</sup>

C'est que, pour les juristes de ma génération (mais je dois rendre à Muriel Fabre-Magnan d'être plus jeune que moi !), il est difficilement pensable que le libre consentement de la victime de pratiques sado-masochistes puisse exonérer leur auteur de l'impératif catégorique de « *traiter l'humanité aussi bien dans sa personne que dans la personne de tout autre toujours en même temps comme une fin, et jamais simplement comme un moyen* ».

---

8. M. Fabre-Magnan, « *Le sadisme n'est pas un droit de l'homme* », Recueil Dalloz, 2005, Chronique, p. 2973.

9. *Mélanges en hommage à Francis Delpérée. Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruylant, Bruxelles, 2008, p. 1309.

## §4 Le mariage

27. Jusque vers la fin du XXe siècle, le mariage fut l'institution sociale et juridique qui organisait l'union d'un homme et d'une femme leur permettant de fonder une famille.

On qualifiait précisément le mariage d' « institution », car il « instituait » l'homme et la femme dans un réseau de significations qui leur étaient dictées à partir d'un « au-delà » de leurs volontés individuelles et de leur relation interpersonnelle.

Cet au-delà était tout à la fois constitué par la loi « naturelle » de la différence des sexes et par des finalités collectives que servait l'institution du mariage : la reproduction de l'espèce humaine, l'éducation et la socialisation des enfants, la subsistance alimentaire des membres de la famille...

Si la famille était « *au fondement de la société* », comme on l'a déjà indiqué, c'était le mariage, disait-on, qui était « *au fondement de la famille* ».

Et on trouve la plus belle des illustrations des représentations politiques et sociales du mariage dans l'article 12 – rédigé en 1950 – de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales :

« À l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille... ».

28. Il en résultait, en termes juridiques, que le mariage procédait d'une « célébration publique », que le mariage modifiait l'état civil de la personne, c'est-à-dire l'identité des époux, que le statut juridique du mariage était indissociablement lié au statut des futurs enfants des époux, comme en atteste encore le « carnet de mariage » ou « livret de famille » remis aux époux, que le mariage était à vocation d'indissolubilité, que les règles de droit organisant le mariage et le divorce étaient d'ordre public et que l'Etat assurait la promotion du mariage en y attachant un ensemble de privilèges sociaux, fiscaux, administratifs...

Bref, pour reprendre l'excellente formulation de la sociologue Irène Théry, le mariage était perçu par tous comme « *l'horizon indépassable des relations entre les hommes et les femmes, le fondement de la société toute entière, la clé de voûte de l'édifice social* »<sup>10</sup>.

29. Je ne vous ferai pas l'injure d'explicitier l'évolution qui s'est produite, tant elle est connue.

---

10. I. Théry, *Le démariage*, Odile Jacob, Paris, 1993, p. 13

Les finalités collectives du mariage se sont progressivement estompées, et nous lui avons, en Occident, substitué des finalités privées et individualistes : l'épanouissement personnel ou le bonheur des deux « partenaires » qui ne relèverait plus désormais que de leur « autonomie ».

Ce qui est, une nouvelle fois, extraordinaire, c'est la vitesse à laquelle le discours politique à propos du mariage s'est, en quelques années, complètement inversé.

30. Lorsque, à la fin des années 1990, le Parlement belge se préoccupa d'organiser un statut juridique pour les couples qui ne voulaient plus se marier – parce qu'ils récusait la dimension « institutionnelle » du mariage – ou qui ne pouvaient pas se marier – les couples homosexuels qui sollicitaient désormais une visibilité sociale et juridique – on s'orienta vers une solution qui consista à insérer dans le Code civil ce que la loi du 23 novembre 1998 a délibérément qualifié la « *cohabitation légale* », et on s'accorda pour se limiter à offrir à ces couples une « *protection patrimoniale minimale* » qui ne relèverait pas du droit de la personne et de la famille.

C'est qu'on entendait fermement en effet que ce nouveau statut qui était créé « *ne porte en rien atteinte au mariage, ni en tant qu'institution, ni en tant que donnée sociétale* » et il ne pouvait « *être question de créer une forme quelconque de sous-mariage* »<sup>11</sup>.

C'est bien pourquoi on intégra les quatre dispositions légales qui régissaient ce statut non pas dans le Livre premier « Des personnes » mais dans un nouveau Titre Vbis du Livre III du Code civil organisant le patrimoine.

Ce statut, qui était effectivement très minimal, avait représenté à l'époque ce sur quoi on avait pu maximalelement conclure un compromis politique, car si certains avaient estimé qu'on n'allait pas « *suffisamment loin* », d'autres considéraient au contraire qu'on se trouvait « *à la limite de ce qui est socialement acceptable* »<sup>12</sup>.

31. Avec le recul, on peut aujourd'hui considérer qu'il s'était déjà produit là une première petite « révolution ».

Sans doute, était-il encore clair que le mariage restait, aux yeux de l'Etat, l'institution organisée par la société aux fins de permettre la fondation de la famille, dans sa double dimension de famille nucléaire – père, mère et enfants – et de famille-lignage constituée par le réseau des « parents ».

---

11. Rapport fait au nom de la Commission de la Justice de la Chambre, *Doc. parl.*, Ch., session 1995-1996, n° 170/8, p. 59.

12. *Ibidem*, p. 62.

Mais, dans le même temps, l'Etat consacrait aussi la légitimité sociale et juridique du couple non marié, fondée sur un pacte privé entre deux partenaires. Bien qu'il s'y refusât en apparence, le législateur contribuait par là même à « désinstitutionnaliser » le mariage, voire pour reprendre une expression qui ne fut utilisée que par après, à le « désacraliser » : il cessait d'être, en termes juridiques, l'« horizon indépassable » de la relation entre un homme et une femme.

32. Et effectivement, même si on avait pu considérer, en 1998, qu'on se trouvait « à la limite de ce qui est socialement acceptable », il ne fallut pas attendre longtemps pour qu'on attribue au statut de la cohabitation légale de multiples autres effets juridiques et, notamment, dès 2001 en Flandre, des effets fiscaux, dès 2003, en matière d'adoption et, dès 2007, en matière de succession.

La cohabitation légale, à l'encontre de ce qu'on avait délibérément voulu à l'époque, devint ainsi progressivement un statut « familial », et elle concurrença dès lors très sérieusement le mariage, en connaissant, plus particulièrement, à partir de 2007, un essor extraordinaire.

33. Mais l'inversion de la manière de penser s'est concrétisée de manière radicale lorsqu'on « s'attaqua », si j'ose m'exprimer de cette manière, à ce que le mariage avait toujours jusque-là représenté.

Il ne m'est pas possible, une nouvelle fois, de faire le relevé de toutes les modifications qui furent apportées au droit du mariage.

Je retiendrai les deux réformes paradigmatiques, parce qu'elles ont été accompagnées d'un discours « politique » qui, en moins de dix ans, représentait l'exact opposé de ce qu'on avait jusque-là toujours soutenu.

34. L'avènement du mariage homosexuel en Belgique a procédé, en 2001, d'un compromis « politicien », parce qu'on débattait en Conseil des ministres, à propos d'une réforme importante de l'adoption et, notamment, de l'adoption internationale, de la question de savoir si, comme l'avaient déjà envisagé certains partis politiques, on ouvrirait éventuellement l'adoption aux couples de même sexe. Comme ce n'était pas (encore) envisageable, on proposa précisément un compromis : « et si on ouvrait à tout le moins le mariage aux couples homosexuels... ».

Aussitôt dit, aussitôt fait.

Mais il importait alors de chercher une explication rationnelle à pareille décision.

Dans l'exposé des motifs de son projet de loi, la justification que le gouvernement belge en donna fut que « les mentalités avaient évolué », que le mariage n'était plus désormais associé à la procréation, que beaucoup de couples mariés ne considéraient plus aujourd'hui la procréation

comme la finalité essentielle du mariage et que le mariage ne constituerait dès lors plus que l' « extériorisation » de la « relation intime de deux personnes »<sup>13</sup>. Au regard de cette nouvelle nature ou signification du mariage, il importait alors peu que cette « relation intime » soit celle de deux personnes de sexe différent ou de deux personnes de même sexe.

35. Pareille affirmation, aussi abrupte, était assurément sujette à critique, tant sur le plan politique que sur le plan juridique, ne fut-ce que parce que le mariage restait « célébré publiquement » par un représentant de l'Etat et parce qu'un nombre important de règles qui continuent à le régir s'expliquent par la considération que les époux pourraient être amenés à faire naître et à éduquer des enfants.

C'est ce qui amena d'ailleurs le Conseil d'Etat, requis par le gouvernement d'exprimer son avis sur son avant-projet de loi, à lui proposer tout simplement de l' « abandonner », en raison de ce que la « nouvelle conception (du mariage) sommairement esquissée dans l'exposé des motifs » n'était pas correcte, puisqu'il existait, au contraire, « un lien étroit de causalité entre l'institution du mariage, avec ses caractéristiques essentielles, et la nécessité d'assurer la stabilité de l'union entre un homme et une femme afin de permettre l'éducation des enfants qui peuvent en résulter »<sup>14</sup>.

Compte tenu du compromis politique qui était intervenu, le gouvernement ne pouvait plus reculer et s'accrocha à sa « nouvelle conception sommairement esquissée » du mariage, avec les conséquences socio-politiques qui en résultaient. C'était en effet comme s'il était acquis que le mariage avait changé en Belgique de signification : il était devenu, au tournant du XXe et du XXIe siècles, une affaire privée, voire « intime ».

La loi du 13 février 2003 ouvrit dès lors le mariage aux personnes de même sexe.

36. Quelques années plus tard, le Gouvernement se préoccupa de réformer profondément le droit du divorce.

Il s'agissait, à l'origine, de se dégager de la conception du divorce pour faute qui renvoyait aux finalités collectives du mariage.

Celui qui s'était désengagé d'un tel mariage ne pouvait en effet être que « fautif » à l'égard de la société, de son conjoint et de ses enfants, à moins toutefois qu'il n'y avait été lui-même contraint en raison des comportements « fautifs » de son conjoint, tels l'adultère, les sévices ou les injures graves qui lui auraient été infligés (art. 229 et 231 C. Nap.).

---

13. *Doc. parl.*, Ch., session 2001-2002, n° 1692/001, p. 4.

14. *Ibidem*, p. 20.

Au tournant des XXe et XXIe siècles, on s'accorda progressivement pour considérer que cette conception du divorce pour faute était dépassée et ne correspondait plus à la manière dont un nombre de plus en plus important de couples mariés percevaient leur désunion : ils ne s' « entendaient » plus, mais n'en étaient pas pour autant « fautifs ».

Renoncer au divorce pour faute, c'était déjà en soi admettre que les finalités privées du mariage – l'épanouissement personnel de chacun des deux époux – étaient devenues aussi importantes que les finalités sociales.

Mais, lorsqu'il déposa au Parlement un projet de loi réformant le divorce, le Gouvernement belge ajouta à cette considération une considération supplémentaire : lorsqu'un époux veut divorcer, il y a « *droit* », et il convient dès lors qu'il puisse obtenir ce divorce le plus aisément et le plus rapidement possible.

On trouve ainsi dans l'exposé des motifs du projet de loi du Gouvernement l'affirmation suivante :

*« Le nombre de divorces ne cesse d'augmenter. Le mariage n'est plus considéré comme une institution rigide et indissoluble mais comme un pacte sui generis renouvelé au jour le jour. Le présent projet consacre un véritable droit au divorce »*<sup>15</sup>.

Lorsqu'on sait à quel point l'Etat avait tenu à promouvoir le mariage en tant qu' « *institution* » sociale, destinée à « *fonder la famille* », on ne peut qu'être stupéfié par une telle affirmation.

Le mariage était donc subitement devenu un « *pacte renouvelé au jour le jour* ». Il n'était plus, comme le couple non marié, qu'une union précaire, nouée et dénouée selon la décision discrétionnaire d'un seul ou des deux époux qui ne pouvaient plus se trouver soumis à un « au-delà » de leurs volontés individuelles.

## §5 La filiation

37. On aurait pu penser que le droit de la filiation serait resté le dernier bastion d'un droit fondé sur un « au-delà » de la volonté humaine : la « loi naturelle », d'une part, et les contraintes collectives d'un ordre social de la famille, d'autre part.

La filiation est effectivement, en termes juridiques, toujours indisponible, au sens où c'est l'Etat qui impose les règles juridiques en fonction desquelles un enfant sera affilié, de manière a priori définitive et irrévocable, à sa mère et à son père.

---

15. *Doc. parl.*, Ch., session 2005-2006, n° 51-2341/001, p. 6.

L'enfant trouve par là même sa place dans l'ordre des générations au sein de sa famille maternelle et de sa famille paternelle.

Ni les parents, ni l'enfant ne pourront plus disposer de ce lien de filiation. On est, en principe, « parents pour toujours ».

Et, si l'adoption existe, parce qu'il est des situations où il est indispensable de substituer d'autres parents aux parents de naissance défaillants, elle ne procède aucunement de la seule volonté des parties. Elle est prononcée par le juge à l'issue d'une procédure où, comme on le sait, les candidats adoptants doivent se soumettre à un ensemble de contrôles qui ont pour fonction de s'assurer que l'intérêt supérieur de l'enfant sera respecté mais aussi d'exprimer symboliquement que la filiation échappe au pouvoir discrétionnaire des individus.

38. Et cependant, le droit de la filiation a aussi, au cours des dernières années, été très sérieusement ébranlé.

On dira qu'il n'y a là qu'un effet de toutes les ouvertures et possibilités que sont venues désormais offrir les avancées de la science et les techniques médicales.

Mais si le progrès scientifique façonne assurément la manière d'appréhender le monde, il reste que laisser la science faire la loi est un choix politique au sens profond du terme, et les choix qui sont ainsi opérés sont tout autant inspirés par une idéologie qu'ils ne contribuent à produire cette idéologie.

39. Lorsqu'en 2001, le gouvernement belge décida d'ouvrir le mariage aux personnes de même sexe, en leur fermant par contre la voie de l'adoption et, par conséquent, de l'établissement d'une double filiation monosexuée, il fut pris au piège, à vrai dire, de sa « *nouvelle conception sommairement esquissée* » du mariage.

C'est que le statut juridique du mariage générait – et génère toujours – des effets spécifiques sur la filiation des enfants des époux. En vertu de la présomption de paternité, l'enfant né d'une femme mariée est en effet de plein droit affilié au mari de sa mère qui devient ainsi son père.

Bien que le gouvernement s'était convaincu que le mariage ne correspondait plus qu'à la « *relation intime* » de deux personnes, il fut malgré tout contraint de reconnaître qu'il était encore une institution de l'affiliation des enfants des époux et, dès lors, d'instaurer une exception pour les mariages conclus entre deux personnes de même sexe : à la différence du mariage hétérosexuel, le mariage homosexuel serait amputé de toute présomption en vertu de laquelle l'enfant d'un des deux « époux » serait de plein droit affilié à l'autre « époux ».

C'est que, selon ce que le gouvernement belge de l'époque exprima dans l'exposé des motifs du projet de loi ouvrant le mariage aux personnes de même sexe, « *accepter que, par le biais de la filiation, un lien juridique de type familial s'établisse quand même entre l'enfant et les deux femmes exige de faire par trop abstraction de la réalité* » et « *la distance entre la réalité et le droit deviendrait de la sorte trop importante* »<sup>16</sup>.

En d'autres termes, on se soumettrait toujours à la réalité « naturelle » en vertu de laquelle un enfant naît (n'est) nécessairement d'un homme et d'une femme. Sa filiation ne pouvait donc nécessairement être que bisexuée.

40. On sait ce qu'il est advenu de cette manière d'appréhender la réalité, puisqu'il ne fallut pas attendre plus de trois ans après la promulgation de la loi du 13 février 2003 ouvrant le mariage aux personnes de même sexe pour que le législateur belge fasse le choix politique, dans la loi du 18 mai 2006, d'ouvrir l'adoption aux personnes de même sexe, c'est-à-dire de conférer à un enfant qui serait adopté par un couple de même sexe une identité juridique qui le ferait « être » l'enfant de deux mères ou l'enfant de deux pères.

41. Et lorsqu'une année plus tard, le législateur belge adopta la loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée, il décida de s'éloigner encore davantage de la « réalité ».

Comme on le sait, cette loi a consacré le principe selon lequel les centres de fécondation déterminent librement « *leurs options en ce qui concerne l'accessibilité* » (art. 4) à un traitement relevant des techniques de procréation médicalement assistée.

Mais, au surplus, à l'article 2 de la loi, qui veille à définir les différentes notions qui seront systématiquement utilisées dans les dispositions légales, le législateur a expressément considéré comme « *auteur du projet parental* » « *toute personne ayant pris la décision de devenir parent par le biais d'une procréation médicalement assistée, qu'elle soit effectuée ou non au départ de ses propres gamètes ou embryons* ».

Pareille perspective implique que c'est « *toute personne* » qui, désormais, peut « *prendre la décision de devenir parent* », en recourant à une des techniques de la procréation médicalement assistée plutôt qu'à la procréation naturelle, et qu'il importe peu à cet égard qu'elle utilise ou non ses propres gamètes, qu'elle ait conçu ce « *projet parental* » seule ou en couple, et, s'il s'agit d'un couple, qu'il soit un couple de sexe différent ou de même sexe.

---

16. *Doc. parl. Ch., session 2001-2002, n° 50-1692/001.*

Comme l'article 7 de la loi précise par ailleurs que, lorsqu'il s'agit d'un couple, la convention est signée par les deux auteurs du projet parental, on peut en inférer que, lorsqu'un couple de même sexe sollicite une procréation médicalement assistée, le partenaire étranger à la procréation proprement dite sera tout autant considéré comme « *ayant pris la décision de devenir parent* » que la mère ou le père biologique de l'enfant.

La loi du 6 juillet 2007 consacre dès lors expressément une parenté purement intentionnelle, sans plus aucun lien avec la procréation naturelle.

Contrairement à l'option qui avait été prise quelques années auparavant, il n'y avait donc plus d'obstacle, désormais, à « *faire abstraction de la réalité* ».

42. Parallèlement, on se mit à remettre en cause le principe selon lequel la filiation d'un enfant est nécessairement immuable et ne peut pas se trouver soumise aux fluctuations de la vie affective, des sentiments et des volontés individuelles des parents et de l'enfant.

Même si la filiation n'est pas encore un « *pacte renouvelé au jour le jour* », on perçoit bien qu'un courant idéologique nous conduit dans cette direction.

Outre que le développement de l'idéologie des « droits de l'enfant » amène un certain nombre d'enfants à décider de rompre eux-mêmes, pendant le temps de leur enfance ou de leur adolescence, le lien affectif voire juridique qui les unit à un de leurs parents, notre Cour constitutionnelle a, très récemment, multiplié les arrêts par lesquels elle récuse comme contraires à la Constitution les dispositions légales qui empêchent, encore de manière trop absolue, les personnes intéressées de contester ou d'établir un lien de filiation en fonction des circonstances particulières de leur existence.

Commentant ces arrêts, ma collègue Nathalie Massager, professeur à l'ULB, a fait le constat suivant qui traduit ce fulgurant retournement de la pensée dont je crois pouvoir faire, au long de cet exposé, le constat :

« *Ce que semble prôner la Cour constitutionnelle, aux termes d'un raisonnement il est vrai quelque peu « filandreux », aboutit à un estompement de toute norme obligatoire en général...*

*Au contraire, nous verrons que la jurisprudence nouvelle de la Cour constitutionnelle tend vers une « balance des intérêts » personnalisée, adaptée à chaque cas d'espèce et débarassée de toute règle autoritaire qui impose une solution plutôt qu'une autre et entraîne le droit d'action d'une partie justifiant d'un in-*

*térêt légitime à agir : le juge doit pouvoir entendre chaque individu et envisager toutes les résolutions possibles, sans obstacle de nature conceptuelle... »<sup>17</sup>.*

43. Encore un mot, très rapide, en ce qui concerne la filiation, à propos d'une évolution tout autant significative qui est relative à la place des enfants dans notre droit successoral.

Nous sommes aujourd'hui confrontés, dans la pratique, à une multiplication de dossiers dans lesquels les enfants se retrouvent déshérités par leur père, sous de multiples formes juridiques, car celui-ci a entendu privilégier un nouveau conjoint avec lequel il a, comme on dit, « refait sa vie ».

Je voudrais vous lire à cet égard un texte récemment écrit par un de mes collègues néerlandophones :

*« On peut par conséquent affirmer, quel que soit le régime matrimonial choisi, que beaucoup de conjoints, au seuil de leur passage dans l'autre monde, considèrent le patrimoine de chacun d'eux, qu'il ait été constitué ensemble ou avant le mariage ou qu'il résulte d'un héritage ou d'un don, comme un seul grand patrimoine collectif. Ils ont vécu ensemble sur le même bateau patrimonial et si l'un des deux capitaines passe l'arme à gauche, il souhaite souvent que le capitaine qui reste vaillant puisse continuer à diriger le navire de manière autonome et en toute liberté. En d'autres termes, on ne souhaite pas, à la disparition de l'un des capitaines, que les pirates qui rôdent autour du navire, l'envahissent et aient la moindre influence – voire même décident – du cap à prendre... Vous avez bien sûr tous compris que les pirates sont les enfants du couple »<sup>18</sup>.*

44. « Pirates » ? Vous avez dit « pirates » ?<sup>19</sup>.

Il n'est sans doute pas exclu que certains enfants soient devenus, à l'égard de leur père ou de leur mère vieillissant, des « pirates », avides, comme les « pléonexes » capitalistes, de capter le plus tôt possible ce à quoi ils estiment avoir « droit ».

Mais ce qui me paraît extraordinaire (j'emploie à nouveau ce terme), dans une telle analyse, c'est qu'un père puisse revendiquer, au soir de sa vie, de transmettre ses biens « *en toute liberté* », sur le seul fondement de ses sentiments et de ses désirs immédiats, sans ne plus considérer

---

17. N. Massager, « La prophétie de Gerlo », Act. dr. fam. 2011, p. 134 et 135.

18. A. Verbeke, « Le conjoint survivant, prolongement du couple. Protection du conjoint survivant par contrat de mariage », in *Manuel de planification patrimoniale*, Livre IV, Le couple. Décès, Larcier, 2009, p. 24.

19. Voyez J.L. Renchon, « Pirates en vue » ... Pirates, les enfants à la succession de leur père ou de leur mère ?, in *Liber amicorum Walter Pintens*, Intersentia, Antwerpen, 2012, p. 1169.

le lien de filiation qu'il avait créé avec ses enfants comme un de ses devoirs ou une de ses responsabilités, au point de penser qu'ils deviendraient des « pirates » s'ils restaient encore présents aux abords du navire.

Le lien de filiation serait donc effectivement devenu très précaire...

## §6 Les enjeux politiques

45. Que se passe-t-il exactement dans notre société occidentale à propos de la personne et de la famille ?

Afin de chercher à mieux appréhender encore ce que j'ai qualifié de « révolution copernicienne », je crois intéressant de partager avec vous ce qu'en disent d'une part un de mes collègues juristes et d'autre part un journaliste.

Dans son ouvrage consacré au droit des personnes et des familles, mon collègue Yves-Henri Leleu, bien plus jeune que moi, formule l'hypothèse suivante :

*« Notre hypothèse est que le droit des personnes et des familles n'a pas pour fonction de guider les comportements individuels et d'orienter les réseaux familiaux vers des modèles en nombre restreint, surtout en mode sanctionnateur comme jadis... »*

*Nous croyons que le besoin de réglementation en ces matières doit être rencontré parce que le droit, s'il n'assure pas le bonheur individuel, peut y contribuer, par l'ouverture ou la création de statuts, à la demande de ceux qui n'en sont pas encore dotés et qui, à tort ou à raison, sont convaincus d'atteindre grâce à cela un meilleur épanouissement dans le cadre qu'ils ont choisi. Choix qui doit être respecté tant qu'il n'empiète pas sur les droits d'autrui ... »*

*Le droit des personnes et des familles n'a pas la légitimité et les moyens de structurer des psychismes ni de préserver un ordre symbolique dit intangible ou des distinctions anthropologiques dites fondatrices.*

*Il peut par contre, et devrait exclusivement, exercer sa fonction normative en mode opératoire et réactif, remplir une fonction accompagnatrice, consistant à mettre en place les moyens de satisfaire des besoins de normes ou de statuts engendrés par le vécu des personnes et des familles »<sup>20</sup>.*

Et, dans un récent éditorial du journal *Le Monde*<sup>21</sup> consacré à la réforme française du « mariage pour tous », on pouvait lire :

---

20. Y.H. Leleu, *Droit des personnes et des familles*, Larcier, Bruxelles, 2010, p. 24 et s.

21. Mardi 16 avril 2013, p. 1.

*« Une réforme enfin qui crée des droits nouveaux pour les couples homosexuels sans en enlever aucun aux autres familles. Bref, une réforme progressiste, nécessaire et légitime ».*

46. L'idéologie qui paraît à l'œuvre, à la lecture de ces deux extraits – mais je pourrais en lire des dizaines d'autres – est a priori sans ambages.

Ce qui importe désormais, c'est de consacrer ou d'accroître les « droits » de l'individu, sans qu'il n'y ait plus d'ordre symbolique – autre que celui de la liberté individuelle et de l' « égalité des droits » - qui puisse venir contrecarrer la satisfaction des besoins ou des demandes.

Et pourquoi pas ? s'est demandé Jean-Pierre Lebrun en écoutant mon exposé.

Il est évidemment hors de question d'oblitérer l'immense « progrès » qu'a toujours représenté dans l'histoire de l'humanité toute organisation de la vie sociale qui valorise l'autonomie de la personne humaine.

C'est un des objectifs fondamentaux de l'éducation d'un enfant comme du processus de civilisation.

Mais, d'une part, la véritable « autonomie » ne se construit pas sans l'intégration d'un « au-delà » de la toute-puissance individuelle, et, d'autre part, il n'y a pas de liberté individuelle possible sans liberté collective, c'est-à-dire l'élaboration complexe et contraignante du « vivre ensemble » au sein de la communauté des hommes.

Or, précisément, ce qui m'interpelle dans le retournement de la pensée qui s'est produit avec la nouvelle idéologie dite individualiste, c'est ce que j'oserais appeler le « déni » de ces autres dimensions du « principe d'humanité ».

Que reste-t-il, dans cette idéologie, de cet « au-delà » et, notamment, des restrictions qui s'imposent nécessairement aux volontés individuelles, soit qu'elles procèdent des lois naturelles, soit qu'elles résultent des contraintes du « vivre ensemble » ?

S'imaginer que la liberté de l'un n'aurait plus d'autre limite que la liberté de l'autre, comme voudrait nous le faire croire la doxa libérale, relève très probablement, me paraît-il, d'un fantasme qui dénie la « réalité ».

Ce qui en tout cas m'en convainc, aujourd'hui, c'est que notre planète Terre, elle, ne résistera pas à l'effervescence de libertés individuelles qui s'accommoderaient seulement de l'effervescence des libertés individuelles d'autrui.