

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### L'articulation des sources et des compétences

Willems, Geoffrey; Wattier, Stephanie

*Published in:*

Les grands arrêts du droit au respect de la vie familiale

*Publication date:*

2022

*Document Version*

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for published version (HARVARD):*

Willems, G & Wattier, S 2022, L'articulation des sources et des compétences. Dans *Les grands arrêts du droit au respect de la vie familiale*. Grands arrêts, Larcier, Bruxelles, p. 55-103.

#### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

## 2. L'ARTICULATION DES SOURCES ET DES COMPÉTENCES

### **Cour eur. D.H. (plén.), arrêt *Marckx c. Belgique* du 13 juin 1979**

Droit au respect de la vie familiale – Enfant né hors mariage – Établissement de la filiation hors mariage – Établissement de la filiation maternelle – Reconnaissance maternelle – Adoption – Effets de la filiation – Distinction entre filiation légitime et naturelle – Discrimination

#### **Extraits**

40. [...] La Cour reconnaît qu'il est en soi légitime, voire méritoire de soutenir et encourager la famille traditionnelle. Encore faut-il ne pas recourir à cette fin à des mesures destinées ou aboutissant à léser, comme en l'occurrence, la famille « naturelle » ; les membres de la seconde jouissent des garanties de l'article 8 à l'égal de ceux de la première.

41. [...] Assurément, distinguer en ce domaine entre famille « naturelle » et famille « légitime » passait pour licite et normal dans beaucoup de pays européens à l'époque où fut rédigée la Convention du 4 novembre 1950. La Cour rappelle pourtant que cette dernière doit s'interpréter à la lumière des conditions d'aujourd'hui [...]. En l'espèce, elle ne peut pas ne pas être frappée par un phénomène : le droit interne de la grande majorité des États membres du Conseil de l'Europe a évolué et continue d'évoluer, corrélativement avec les instruments internationaux pertinents, vers la consécration juridique intégrale de l'adage « *mater semper certa est* ».

À la vérité, des dix États qui ont élaboré la Convention de Bruxelles huit seulement jusqu'ici l'ont signée et quatre ratifiée. Quant à la Convention européenne du 15 octobre 1975 « sur le statut juridique des enfants nés hors mariage », elle n'a été signée pour le moment que par dix et ratifiée par quatre membres du Conseil de l'Europe. En outre, son article 14 par. 1 autorise tout État à formuler – au maximum – trois réserves dont l'une pourrait, en théorie, porter précisément sur le mode d'établissement de la filiation maternelle naturelle (article 2).

On ne saurait cependant invoquer cet état de choses à l'encontre de l'évolution constatée plus haut. Les deux conventions se trouvent en vigueur et rien ne permet d'attribuer le nombre encore limité des États contractants à un refus de reconnaître l'égalité entre enfants « naturels » et « légitimes » sur le point considéré. En réalité, l'existence de ces deux traités dénote en la matière une communauté de vues certaine entre les sociétés modernes.

Opinion dissidente de Sir Gerald Fitzmaurice :

13. [...] si l'on prend l'expression « vie familiale » au sens qu'elle a normalement (et exclusivement) dans le vocabulaire de M. Tout-le-Monde et qui recouvre la vie quotidienne de la famille à la maison ou, à l'égard de la parenté ou des amis, dans le foyer des uns ou des autres à l'occasion de visites ou de séjours – en somme, la notion de complexe familial ou de « ménage ». L'inclusion des termes « vie privée », « domicile » et « correspondance » dans le même contexte, à l'article 8 (art. 8), confirme bien cette manière de voir. Ni ces termes, ni ceux de « vie familiale » ne suggèrent le moins du monde des concepts comme ceux d'état, de filiation douteuse, de droits patrimoniaux et de propriété, dont l'arrêt de la Cour est exclusivement préoccupé, mais qui ne peuvent être considérés comme inscrits dans les notions de vie privée, vie familiale, domicile, etc., que par une interprétation forcée et artificielle. Ce sont là des éléments appartenant à un tout autre ordre, à une tout autre catégorie. [...]

15. De longs passages de l'arrêt de la Cour en témoignent abondamment. Combien laborieux et peu convaincants, par exemple, les efforts faits pour démontrer la thèse contraire, dans les paragraphes de l'arrêt figurant sous le titre A (sur « le mode d'établissement de la filiation maternelle d'Alexandra Marckx ») ! Il suffira de dire que ce titre, comme les titres B et C (sur « l'étendue juridique de la famille d'Alexandra Marckx » et « les droits patrimoniaux invoqués par les requérantes »), ne sont guère autre chose qu'une entreprise mal inspirée pour voir, ou plutôt pour introduire tout un code de droit familial dans l'article 8 (art. 8) de la Convention, en le gonflant dans des proportions sans commune mesure avec ses dimensions véritables et voulues. Le droit de la famille n'est pas la vie familiale, et cet article (art. 8) constitue un fondement trop fragile et incertain pour que l'on puisse greffer les complexités et les détails de celui-là sur les simplicités relatives de celle-ci.

**C.J.U.E., arrêt *Coman e.a. c. Inspectoratul General pentru Imigrări*  
du 5 juin 2018, C-673/16**

Droit au respect de la vie familiale – Regroupement familial – Citoyenneté de l'Union – Directive 2004/38 – Mariage homosexuel célébré à l'étranger – Notion de conjoint

**Extraits**

32. [...] Les droits reconnus aux ressortissants des États membres par cette disposition incluent celui de mener une vie familiale normale tant dans l'État membre d'accueil que dans l'État membre dont ils possèdent la nationalité, lors du retour dans cet État membre, en y bénéficiant de la présence, à leurs côtés, des membres de leur famille [...].

37. Certes, l'état des personnes, dont relèvent les règles relatives au mariage, est une matière relevant de la compétence des États membres, et le droit de l'Union

ne porte pas atteinte à cette compétence [...]. Les États membres sont ainsi libres de prévoir ou non le mariage pour des personnes de même sexe [...].

38. Toutefois, il ressort d'une jurisprudence bien établie que les États membres, dans l'exercice de cette compétence, doivent respecter le droit de l'Union et, en particulier, les dispositions du traité relatives à la liberté reconnue à tout citoyen de l'Union de circuler et de séjourner sur le territoire des États membres [...].

45. [...] Il convient de constater que l'obligation, pour un État membre, de reconnaître un mariage entre personnes de même sexe conclu dans un autre État membre conformément au droit de celui-ci, aux seules fins de l'octroi d'un droit de séjour dérivé à un ressortissant d'un État tiers, ne porte pas atteinte à l'institution du mariage dans ce premier État membre, laquelle est définie par le droit national et relève, ainsi qu'il a été rappelé au point 37 du présent arrêt, de la compétence des États membres. Elle n'implique pas, pour ledit État membre, de prévoir, dans son droit national, l'institution du mariage entre personnes de même sexe. Elle est limitée à l'obligation de reconnaître de tels mariages, conclus dans un autre État membre conformément au droit de celui-ci, et cela aux seules fins de l'exercice des droits que ces personnes tirent du droit de l'Union.

46. Ainsi, une telle obligation de reconnaissance aux seules fins de l'octroi d'un droit de séjour dérivé à un ressortissant d'un État tiers ne méconnaît pas l'identité nationale ni ne menace l'ordre public de l'État membre concerné.

### **C. const., arrêt n° 96/2011 du 31 mai 2011**

Droit au respect de la vie familiale – Enfant né dans le mariage – Contestation de la paternité présumée – Délai de l'enfant – Impossibilité de saisir un juge susceptible de tenir compte des faits établis et de l'intérêt de toutes les parties – Discrimination

#### **Extraits**

B.10. Le droit au respect de la vie privée et familiale, tel qu'il est garanti par les dispositions précitées, a pour but essentiel de protéger les personnes contre les ingérences dans leur vie privée et leur vie familiale. Ni l'article 22, alinéa 1<sup>er</sup>, de la Constitution ni l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme n'excluent une ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit mais ils exigent que cette ingérence soit prévue par une disposition législative suffisamment précise, qu'elle corresponde à un besoin social impérieux et soit proportionnée à l'objectif légitime qu'elle poursuit. Ces dispositions engendrent de surcroît l'obligation positive pour l'autorité publique de prendre des mesures qui assurent le respect effectif de la vie privée et familiale, même dans la sphère des relations entre les individus (CEDH, 27 octobre 1994, *Kroon et autres c. Pays-Bas*, § 31).

B.11. Le législateur, lorsqu'il élabore un régime qui entraîne une ingérence de l'autorité publique dans la vie privée, jouit d'une marge d'appréciation pour tenir compte du juste équilibre à ménager entre les intérêts concurrents de l'individu et

de la société dans son ensemble (CEDH, 26 mai 1994, *Keegan c. Irlande*, § 49 ; 27 octobre 1994, *Kroon et autres c. Pays-Bas*, § 31 ; 2 juin 2005, *Znamenskaya c. Russie*, § 28 ; 24 novembre 2005, *Shofman c. Russie*, § 34). Cette marge d'appréciation du législateur n'est toutefois pas illimitée : pour apprécier si une règle législative est compatible avec le droit au respect de la vie privée, il convient de vérifier si le législateur a trouvé un juste équilibre entre tous les droits et intérêts en cause. Pour cela, il ne suffit pas que le législateur ménage un équilibre entre les intérêts concurrents de l'individu et de la société dans son ensemble mais il doit également ménager un équilibre entre les intérêts contradictoires des personnes concernées (CEDH, 6 juillet 2010, *Backlund c. Finlande*, § 46), sous peine de prendre une mesure qui ne serait pas proportionnée aux objectifs légitimes poursuivis [...].

B. 14. [...] En prévoyant qu'un enfant ne peut plus contester la présomption de paternité établie à l'égard du mari de sa mère au-delà de l'âge de vingt-deux ans ou de l'année à dater de la découverte du fait que celui qui était le mari de sa mère n'est pas son père, alors que cette présomption ne correspond à aucune réalité ni biologique, ni socio-affective, il est porté atteinte de manière discriminatoire au droit au respect de la vie privée de cet enfant. En raison du court délai de prescription, celui-ci pourrait ne plus disposer de la possibilité de saisir un juge susceptible de tenir compte des faits établis ainsi que de l'intérêt de toutes les parties concernées, sans que cela puisse se justifier par le souci de préserver la paix des familles alors que les liens familiaux sont en l'occurrence inexistantes.

### C. const., arrêt n° 147/2013 du 7 novembre 2013

Droit au respect de la vie familiale – Enfant né dans le mariage – Contestation de la paternité présumée – Possession d'état – Impossibilité de tenir compte des intérêts de toutes les parties concernées – Violation de l'article 22 de la Constitution

#### Extraits

B.19. Le fait que la Cour européenne des droits de l'homme ait jugé qu'une décision de justice appliquant un régime comparable à la mesure en cause ne violait pas l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH, 22 mars 2012, *Ahrens c. Allemagne* ; 22 mars 2012, *Kautzor c. Allemagne*) ne change rien à ce qui précède. La Cour européenne a souligné que la matière en cause ne faisait pas l'unanimité au sein des États membres du Conseil de l'Europe, de sorte que ces derniers jouissent d'une grande marge d'appréciation en ce qui concerne la réglementation visant à fixer le statut juridique de l'enfant (*Ahrens*, précité, §§ 69-70 et 89 ; *Kautzor*, précité, §§ 70-71 et 91). Par ailleurs, la Cour européenne a également examiné si l'application concrète de la réglementation en question, compte tenu de tous les éléments concrets de la cause, satisfaisait aux exigences de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (*Ahrens*, précité, §§ 75-77 ; *Kautzor*, précité, §§ 62, 78 et 80).

## Observations

---

### Introduction

L'étude du droit belge de la famille s'est longtemps identifiée à celle du Code civil de Napoléon, imposé durant la domination française, maintenu pendant la période hollandaise et conservé à l'indépendance. Fruit du travail de Portalis, Tronchet et Bigot, le Code civil avait unifié les coutumes disparates de l'Ancien Régime et était voué à durer longtemps, sinon toujours (« ce qui vivra éternellement, c'est mon Code civil »). Le Code Napoléon est légicentrique : il signe le triomphe de la loi sur la discrétion, l'arbitraire ou le « gouvernement » des juges. Il est autoritaire et restaure le modèle familial traditionnel mis à mal durant la période révolutionnaire<sup>1</sup>. Jusqu'à la fin des années 1960, le Code de 1804 est resté la source exclusive d'un droit familial encore rigoureusement national et centralisé. En un siècle et demi, le texte avait évidemment pu faire l'objet de différentes modifications reflétant les évolutions de la société, mais ces réformes étaient restées prudentes et parcimonieuses, et l'on pouvait juger que « les caractéristiques du droit de la famille n'avaient pas fondamentalement changé »<sup>2</sup>. Il s'agissait toujours d'un droit légicentrique, agrégeant des dispositions impératives ou d'ordre public, énonçant des règles générales et abstraites, qui ne laissaient d'espace ni au déploiement de l'autonomie de la volonté, ni à l'interprétation judiciaire, dès lors qu'elles continuaient précisément à imposer un modèle familial unique.

On sait qu'à partir du dernier quart du XX<sup>e</sup> siècle et plus encore durant ce premier quart du XXI<sup>e</sup> siècle, la régulation juridique des relations familiales s'est radicalement complexifiée.

D'une part, dans le contexte d'une progressive internationalisation ou globalisation du droit, les ordres juridiques constitués en Europe pour assurer la paix et la prospérité sur le continent, d'abord peu enclins à intervenir dans le domaine de la vie familiale, se sont progressivement autorisés à énoncer en la matière des principes communs ou des règles unificatrices. C'est le Conseil de l'Europe qui, au titre de sa vocation à protéger les droits fondamentaux, s'est en premier lieu aventuré sur le terrain du droit familial : l'arrêt *Marckx* rendu par la Cour de Strasbourg le 13 juin 1979 et placé en extraits au frontispice de cette contribution constitue ainsi le spectaculaire coup d'envoi d'une jurisprudence foisonnante qui a eu et continue d'avoir un impact significatif sur les droits nationaux de la famille. Plus tardivement, à mesure que s'étoffaient

---

1 Sur tout ceci, voy. not. J. LECLAIR, « Le Code civil des Français de 1804 : une transaction entre révolution et réaction », *Revue juridique Thémis*, 2002, pp. 5 et s. ; S. SAFATIAN, « La rédaction du Code civil », *Napoleonica*, 2013, pp. 49 et s. ; J.-F. NIORT, « "Laissons à l'homme les défauts qui tiennent à sa nature..." ». Retour sur l'anthropologie des rédacteurs du Code civil des Français », *Droit et cultures*, 2004, pp. 1 et s.

2 J.-L. RENCHON, « Réflexions sur l'évolution du droit de la famille et de l'activité du juriste de la famille », *R.I.E.J.*, 1989, p. 56.

ses compétences, la Communauté européenne puis l'Union européenne ont à leur tour investi le champ du droit familial en vue – essentiellement, mais pas exclusivement – d'instituer, notamment par le biais des instruments de droit international privé, un espace de libre circulation, dans lequel les citoyens européens peuvent se déplacer avec les membres de leur famille. Il n'est alors pas exagéré aujourd'hui d'évoquer un phénomène d'européanisation du droit de la famille, voire même la constitution d'un droit européen de la famille, ce qui ne va évidemment pas sans poser la délicate question de la mesure dans laquelle les instances européennes peuvent s'immiscer dans le domaine de la vie familiale, sans méconnaître les prérogatives étatiques et le pluralisme européen.

D'autre part, parallèlement à ce processus d'intégration européenne, des transformations considérables sont intervenues dans l'ordre juridique belge, s'agissant de la régulation des relations familiales. Tout d'abord, à partir des années 1980, certaines compétences familiales ont été transférées aux entités fédérées dans le cadre du processus de fédéralisation de l'État belge : certains aspects de la vie familiale sont donc désormais réglementés et/ou pris en charge par les Communautés et Régions. Ces transferts de compétences restent malgré tout, à ce stade, relativement circonscrits et – au fond – les évolutions ou les mutations les plus considérables qui ont affecté l'articulation des sources du droit de la famille et des compétences en droit de la famille sont à rechercher ailleurs. Dans les inflexions de la dynamique législative, en premier lieu : si, longtemps, on n'a touché aux dispositions du Code civil qu'avec la proverbiale « main tremblante » de Montesquieu, le vénérable édifice napoléonien est aujourd'hui constamment malmené, autant par une forme de frénésie réformatrice qui anime les derniers gouvernements de la Belgique que par la censure zélée exercée sur la teneur des lois par la Cour constitutionnelle. Ce double mouvement précarise le droit de la famille qui semble aujourd'hui toujours « entre deux réformes » et susceptible d'être « détricoté » au contentieux de l'annulation ou au contentieux préjudiciel ; il interroge également le rôle (bien ténu) qui reste dévolu aux assemblées parlementaires dans l'élaboration de la loi. Dans l'individualisation du droit de la famille, d'autre part : l'autoritarisme généralisant de la loi qui caractérisait le droit napoléonien de la famille a progressivement été balayé par l'exigence contemporaine d'une priorité donnée à l'épanouissement des individus. La loi qui corsète et étouffe sur la base de préconception abstraite est progressivement désavouée au profit de textes « flexibles » laissant autant que possible les individus définir eux-mêmes les modalités de leur vie familiale et conférant subsidiairement au juge une large possibilité de déterminer pour chaque difficulté rencontrée au cours de celle-ci la solution la plus appropriée, compte tenu de toutes les spécificités de la situation : l'impériosité de la loi s'estompe, au profit de l'autonomie de la volonté et de la casuistique judiciaire.

Les développements qui suivent tendent à offrir une vue d'ensemble de ces évolutions internationales (I) et internes (II), étroitement corrélées, qui ont fait advenir un droit de la famille fragmenté, précaire et flexible, résultant de l'interaction de sources multiples et de compétences enchevêtrées.

### I. La constitution d'un droit européen de la famille<sup>3</sup>

L'émergence et la consolidation progressive d'un droit européen de la famille procèdent d'un double processus d'intégration<sup>4</sup>. Elles correspondent, d'une part, à la constitution d'un patrimoine commun de « valeurs » puisé à la source des droits de l'homme : la montée en puissance du droit au respect de la vie privée et familiale, du principe de non-discrimination et de l'intérêt supérieur de l'enfant conduit à une « harmonisation » du droit « matériel » ou « substantiel » de la famille<sup>5</sup>, notamment sous l'impulsion de la Cour européenne des droits de l'homme (le rôle de l'arrêt *Marckx* constitue à cet égard un exemple paradigmatique<sup>6</sup>). Elles tiennent, d'autre part, à la prise en considération des « besoins » exprimés par les familles transnationales : la volonté que les individus puissent circuler librement sans que leurs liens familiaux soient rompus, altérés ou démesurément complexifiés par le franchissement des frontières conduit à une « unification » des règles applicables aux situations familiales internationales<sup>7</sup>, notamment par le biais du droit de l'Union européenne (le récent arrêt *Coman* est ici l'un des exemples les plus significatifs : il est – lui aussi – placé en exergue de cette contribution<sup>8</sup>). Ces deux mouvements ou ces deux leviers de l'intégration familiale européenne, à l'évidence, se complètent et se renforcent mutuellement : le rapprochement des règles de fond résultant des exigences du droit européen des droits de l'homme facilite la mobilité familiale, tandis que la relativisation des frontières orchestrée par le droit de la libre circulation favorise à son tour l'émergence de standards ou de principes

3 Voy. aussi J. SCHERPE, *The Present and Future of European Family Law*, Edward Elgar, 2016 ; K. BOELE-WOELKI (éd.), *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, EFLS, vol. 10, Anvers/Oxford/New York, 2003 ; M. ANTOKOLSKAIA, *Harmonisation of Family Law in Europe: A Historical Perspective. A Tale of Two Millennia*, EFLS, vol. 13, Antwerpen/Oxford, Intersentia, 2006 ; M. ANTOKOLSKAIA, *Convergence and Divergence of Family Law in Europe*, EFLS, vol. 18, Anvers/Oxford/Amsterdam, Intersentia, 2007 ; voy. aussi G. WILLEMS, « La constitution d'un droit européen de la famille : l'exemple (paradigmatique) de la reconnaissance, de la protection et de la circulation des couples homosexuels et des familles homoparentales », in E. BERNARD, M. CRESP et M. HO-DAC (dir.), *La famille dans l'ordre juridique de l'Union européenne / Family within the Legal Order of the European Union*, coll. Droit de l'Union européenne, vol. 52, Bruxelles, Bruylant, 2020, pp. 67 et s.

4 K. BOELE-WOELKI, « Aux origines de la pensée juridique de la famille européenne », in *La famille dans l'ordre juridique de l'Union européenne*, op. cit., p. 34.

5 *Ibid.*, pp. 35 et s.

6 Cour. eur. D.H. (plén.), arrêt *Marckx c. Belgique* du 13 juin 1979. Voy. aussi W. PINTENS et J. SCHERPE, « The Marckx case: a "Whole Code of Family Law" ? », in S. GILMORE, J. HERRING et R. PROBERT (eds), *Landmark Cases in Family Law*, Hart Publishing, Oxford/Portland, 2011, pp. 155 et s.

7 K. BOELE-WOELKI, « Aux origines de la pensée juridique de la famille européenne », op. cit., pp. 35 et s. Certains auteurs évoquent à cet égard une « unification inversée » au sens où « le droit international privé précède le droit substantiel » (G. WIDIEZ, « La famille européenne entre individualisme et mobilité », in *La famille dans l'ordre juridique de l'Union européenne*, op. cit., p. 119, qui renvoie à I. BARRIERE BROUSSE, « Le droit international privé de la famille à l'heure européenne », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean-Michel Jacquet : le droit des rapports internationaux économiques et privés*, Paris, LexisNexis, 2013, p. 347, spéc. p. 349).

8 C.J.U.E. (gde ch.), 5 juin 2018, *Relu Adrian Coman e.a. c. Inspectoratul General pentru Imigrări*, C-673/16, ECLI:EU:C:2018:385.



communs<sup>9 10</sup>. Il faut au demeurant bien relever que les valeurs des droits de l'homme ne sont pas l'apanage exclusif de la Cour de Strasbourg, tandis que la mobilité familiale n'est pas le domaine réservé ou le pré carré de l'Union européenne : songeons, à cet égard, aux grands arrêts strasbourgeois de droit international privé<sup>11</sup> et aux *leading cases* luxembourgeois relatifs à l'égalité des conjugalités<sup>12</sup>. Le droit européen de la famille qui émerge s'élabore ainsi à la croisée des disciplines et des ordres juridiques<sup>13</sup>, et les décisions des juges « paneuropéens » en constituent l'un des matériaux essentiels<sup>14</sup>.

Un mouvement inverse de réaffirmation des identités ou des singularités nationales tend, toutefois, à atténuer ou à ralentir l'avènement d'un droit européen de la famille. Il est ainsi parfois avancé que le droit de la famille serait « profondément ancré » dans « l'histoire, les cultures, les mentalités et les valeurs des peuples » ou dans « le patrimoine culturel national unique et précieux de certains pays ». Selon Katharina Boele-Woelki, cependant, la culture et la religion auraient en la matière progressivement cédé le pas à des « attitudes publiques imprévisibles et souvent en rapide évolution, qui interagissent avec un processus foncièrement politique »<sup>15</sup>. Fort pertinemment, Masha Antokolskaia indique, quant à elle, que les conceptions relatives à la famille et au droit de la famille se structurent en Europe autour de l'opposition entre conservateurs et progressistes qui « ne correspond pas aux frontières étatiques, mais divise plutôt chaque État européen »<sup>16</sup>. Dès lors, les spécificités ou les singularités nationales seraient « somme toute insignifiante[s] face à l'interaction entre les tendances idéologiques paneuropéennes ». Dans

9 Voy., à cet égard, G. WIDIEZ, « La famille européenne entre individualisme et mobilité », *op. cit.*, spéc. p. 131.

10 Voy. aussi, sur l'interaction entre le droit international des droits de l'homme et le droit international privé en droit de la famille : T.L. WÆRSTAD, « Human rights and private international law in the family law area », *Oslo Law Review*, 2020/1, pp. 4-5 (« *human rights law and private international law overlap and human rights law influences private international law in different ways, but there is a need for the two legal disciplines to "communicate" better* »). Voy. aussi l'ensemble des contributions incluses dans le numéro spécial de la *Oslo Law Review* introduit par cette contribution et notamment : L. VAIGE, « "Listening to the Winds" of Europeanisation? The example of cross-border recognition of same-sex family relationships in Poland », *Oslo Law Review*, 2020/1, pp. 46 et s.

11 Voy. not. Cour. eur. D.H., arrêt *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg* du 28 juin 2007 (réception au Luxembourg d'une adoption monoparentale péruvienne).

12 Voy. not. C.J.C.E., 1<sup>er</sup> avril 2008, *Maruko c. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, C-67/06, EU:C:2008:179 (droit à la pension de survie des couples de même sexe liés par un partenariat enregistré).

13 A. THURILLET-BERSOLLE, *Droits européens et droit de la famille : contribution à l'étude de la dynamique du rapprochement*, thèse, Université de Bourgogne, 2012 (disponible en ligne : <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-00697011>).

14 Notre collègue Jens Scherpe a ainsi pu avancer que les décisions de la Cour européenne et de la Cour de justice constituaient d'une certaine manière les « gamètes » (« gametes ») d'un droit européen de la famille (J. SCHERPE, « The gametes of a European family law », *International Family Law Journal*, 2008, pp. 98 et s. Voy. aussi J. SCHERPE, *The Present and Future of European Family Law*, *op. cit.*, pp. 6-7).

15 K. BOELE-WOELKI, « AUX origines de la pensée juridique de la famille européenne », *op. cit.*, p. 38. Voy. aussi M. ANTOKOLSKAIA, « Family law and national culture: Arguing against the cultural constraints argument », *Utrecht Law Review*, 2008, pp. 25-34 (traduction libre).

16 M. ANTOKOLSKAIA, *Harmonisation of Family Law in Europe: A Historical Perspective. A Tale of Two Millennia*, *op. cit.*, pp. 502-503 (traduction libre). Elle indique ainsi que, « [p]artout en Europe, la modernité des schémas familiaux et des cultures familiales est très différente d'un environnement social à l'autre. Les idées qu'une famille urbaine de jeunes professionnels très éduqués a à propos de la famille et du droit de la famille diffèrent significativement des idées correspondantes d'une famille rurale de fermiers d'âge moyen dans n'importe quel pays européen, qu'il s'agisse de l'Italie, de la Suède, de Malte ou des Pays-Bas » (traduction libre).

les ordres juridiques européens, toutefois, le souci du respect des identités et spécificités nationales – et donc du pluralisme – s’exprime dans le principe de subsidiarité et ses incarnations : la marge d’appréciation, l’ordre public international, l’identité constitutionnelle.

Avant d’envisager successivement le droit du Conseil de l’Europe (A) et le droit de l’Union européenne (B) qui jouent tous deux désormais un rôle fondamental dans le processus de réécriture permanente du droit de la famille, nous pointons encore le rôle joué par les instruments internationaux onusiens (comme la Convention internationale des droits de l’enfant<sup>17</sup>) ou non onusiens (comme les conventions élaborées au sein de la Conférence de La Haye<sup>18</sup>) qui concernent la famille. Le parti a été pris de ne pas les placer au centre du présent ouvrage, mais il y sera fait référence, au fil des contributions, lorsqu’ils ont un impact (direct ou indirect) sur le droit européen et le droit belge de la famille.

### A. Le droit du Conseil de l’Europe<sup>19</sup>

Le Conseil de l’Europe a *a priori* vocation à protéger et à promouvoir les droits de l’homme, la démocratie et l’État de droit et n’a dès lors pas de compétences spécifiques dans le domaine du droit familial. Il reste, comme on le sait, que la Convention européenne des droits de l’homme de 1950 protège, à l’instar de la Déclaration universelle qui l’a inspirée, le droit au respect de la vie familiale (1), tandis que plusieurs autres conventions subséquentement adoptées intéressent de près les relations familiales (2). Depuis les années 1970, la Cour européenne des droits de l’homme a rendu plusieurs centaines de décisions relatives aux relations conjugales et parentales : ce foisonnant *corpus* a assurément un impact décisif sur le droit familial et ses (r)évolutions dans les pays membres de l’organisation (3).

17 Voy. not. A.-C. RASSON, « À propos des observations finales du Comité des droits de l’enfant concernant les cinquième et sixième rapports périodiques de la Belgique », *Rev. trim. dr. h.*, 2020, p. 761. On songe également, bien sûr, à la Convention sur l’élimination de toutes les formes de discrimination à l’égard des femmes (CEDEF) et à la Convention relative aux droits des personnes handicapées (CDPH).

18 Not. Convention du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l’enlèvement international d’enfants ; Convention du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d’adoption internationale ; Convention du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l’exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants ; Convention du 23 novembre 2007 sur le recouvrement international des aliments destinés aux enfants et à d’autres membres de la famille ; Protocole du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires.

19 Voy. not. M. ANTOKOLSKAIA, *Harmonisation of Family Law in Europe: A Historical Perspective. A Tale of Two Millennia*, op. cit., p. 262 ; D. COESTER-WALTJEN, « The impact of the European Convention on human rights and the European Court of Human Rights on European family law », in *European Family Law*, vol. II, *The impact of institutions and organisations on European family law*, Cheltenham/Northampton, Edward Elgar, 2016, pp. 49-94. C. DRAGHICI, *The Legitimacy of Family Rights in Strasbourg Case Law: « Living Instrument » or Extinguished Sovereignty?*, Oxford/Portland, Hart, 2017 ; J. SCHERPE, *The Present and Future of European Family Law*, op. cit., pp. 7-30 ; F. SUDRE (dir.), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l’homme*, coll. Droit & Justice, vol. 38, 2002 ; F. TULKENS, « Le droit au respect de la vie familiale. Égalité et non-discrimination », *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, pp. 623 et s. ; D. VAN GRUNDBERBECK, *Beginselen van personen en familierecht. Een mensenrechtenlijke benadering*, Antwerpen, Intesentia, 2003 ; G. WILLEMS, *Le droit de la personne et de la famille au prisme de la Convention européenne des droits de l’homme*, thèse, UCLouvain, Louvain-la-Neuve, 2014 (disponible en ligne : <https://dial.uclouvain.be/>) ; G. WILLEMS, « La Cour européenne des droits de l’homme et l’avènement d’une nouvelle rationalité juridique en droit de la personne et de la famille », *Ann. Dr. Louvain*, 2016, pp. 3-46.

### 1. La Convention européenne des droits de l'homme (et ses protocoles additionnels)

La CEDH protège, on le sait, le droit au respect de la vie privée et familiale (art. 8) et le droit de se marier et de fonder une famille (art. 12), de même qu'elle interdit expressément toute discrimination (art. 14). L'on a évoqué, dans la première contribution de cet ouvrage, l'interprétation dynamique et constructive à laquelle ont donné lieu l'article 8 et – dans une moindre mesure – l'article 12<sup>20</sup>. On connaît, par ailleurs, les potentialités du principe de non-discrimination qui constitue l'un des vecteurs privilégiés de l'évolution des exigences européennes relatives à la vie familiale<sup>21</sup>. Il faut aussi souligner le rôle joué par le droit au procès équitable (art. 6) qui s'applique aux « droits et obligations de caractère civil », en ce compris, évidemment, les droits et obligations familiaux, conjugués<sup>22</sup> et parentaux<sup>23 24</sup>.

Il faut relever que les protocoles additionnels à la Convention recèlent également des dispositions qui intéressent la vie familiale. Ainsi, l'article 2 du Premier protocole additionnel (2P1) dispose-t-il que « l'État, dans l'exercice des fonctions qu'il assumera dans le domaine de l'éducation et de l'enseignement, respectera le droit des parents d'assurer cette éducation et cet enseignement conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques »<sup>25</sup>. De même, l'article 5 du Protocole n° 7 (5P7) prévoit-il que « les époux jouissent de l'égalité de droits et de responsabilités de caractère civil entre eux et dans leurs relations avec leurs enfants au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution »<sup>26</sup>. Notons encore l'article 1P1 qui consacre le droit à la protection de la propriété et trouve à s'appliquer à la dimension financière ou

20 Voy., dans cet ouvrage, la contribution de G. WILLEMS, « La définition de la vie familiale ».

21 Voy. p. ex. dans la jurisprudence récente : Cour. eur. D.H., arrêt *Talpis c. Italie* du 2 mars 2017 (absence de réponse adéquate à des allégations de violences intrafamiliales : discrimination fondée sur le sexe) ; Cour. eur. D.H., arrêt *Taddeucci et McCall c. Italie* du 30 juin 2016 (refus du regroupement familial aux partenaires de fait homosexuels : discrimination fondée sur l'orientation sexuelle) ; Cour. eur. D.H., arrêt *X. et autres c. Autriche* du 19 février 2013 (refus de l'adoption intrafamiliale homoparentale : discrimination fondée sur l'orientation sexuelle) ; Cour. eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Fabris c. France* du 7 février 2013 (exclusion d'un enfant adultérin de la succession de sa mère : discrimination fondée sur la naissance).

22 Voy. p. ex. Cour. eur. D.H., arrêt *Berkova c. Slovaquie* du 24 mars 2009, spéc. §§ 158-159 (durée excessive de la procédure en divorce).

23 Voy. p. ex. Cour. eur. D.H., arrêt *Mikulic c. Croatie* du 7 février 2002, spéc. § 46 (durée excessive de la procédure relative à la filiation).

24 Notons, néanmoins que la Cour a découvert, au sein même du droit au respect de la vie privée et familiale, un « volet procédural » qui a en partie « importé » dans l'article 8 les garanties de l'article 6. Dans son arrêt *R.R. c. Roumanie n° 1* du 10 novembre 2009, la Cour a explicité que « l'article 6 accorde une garantie procédurale, à savoir le "droit à un tribunal", qui connaîtra des "droits et obligations de caractère civil" d'un individu » [...], tandis que l'exigence procédurale inhérente à l'article 8 non seulement couvre les procédures administratives aussi bien que judiciaires, mais va de pair avec l'objectif plus large consistant à assurer le juste respect, entre autres, de la vie familiale [...] » (§ 186). Il s'ensuit que « la différence entre l'objectif visé par les garanties respectives des articles 6, § 1, et 8 peut, selon les circonstances, justifier l'examen d'une même série de faits sous l'angle de l'un et l'autre article » (§ 187).

25 Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signé à Paris le 20 mars 1952 (<https://www.coe.int>). Voy. p. ex. Cour. eur. D.H., *Affaire linguistique belge* du 23 juillet 1968 (restrictions à l'accès aux écoles francophones de la périphérie bruxelloise : violation) ; Cour. eur. D.H., arrêt *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark* du 7 décembre 1976 (dispense de cours d'éducation sexuelle : non-violation).

26 Protocole n° 7 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signé à Strasbourg le 22 novembre 1984 (<https://www.coe.int>). Voy. p. ex. : Cour. eur. D.H., arrêt *Chepelev c. Russie* du 26 juillet 2007, §§ 33 et s. (adoption d'un enfant sans le consentement de son père : non-violation).

patrimoniale de la vie familiale, comme ce fut le cas dans l'affaire *Marckx*<sup>27</sup>. Encore faut-il bien noter, toutefois, que les garanties spécifiques offertes par ces dispositions tendent à être éclipsées dans la jurisprudence européenne par un article 8 en expansion dont le champ d'application inclut, à l'évidence, les droits des parents et l'égalité entre époux aussi bien que la dimension économique des relations familiales<sup>28</sup>.

## 2. Les autres conventions élaborées au sein du Conseil de l'Europe

D'autres instruments émanant du Conseil de l'Europe ont (potentiellement) un impact sur la vie familiale. On peut citer, notamment, la Convention européenne sur les droits de l'homme et la biomédecine signée à Oviedo le 4 avril 1997 (Convention d'Oviedo)<sup>29</sup> ou la Convention européenne sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique signée à Istanbul le 11 mai 2011 (Convention d'Istanbul)<sup>30</sup>. En plus de ces textes de droit « dur », le Conseil de l'Europe produit de nombreux instruments de droit « soft » qui peuvent parfois avoir un impact considérable sur les ordres juridiques nationaux : on songe, par exemple, à la Recommandation 2021(2013) sur la lutte contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et sur l'identité de genre<sup>31</sup> ou bien, plus récemment, à la Recommandation 2156 (2019) relative au don anonyme de sperme et d'ovocytes et tendant à trouver un équilibre entre les droits des parents, des donneurs et des enfants<sup>32</sup>.

27 Voy aussi p. ex. Cour. eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Fabris c. France* du 7 février 2013 (exclusion d'un enfant adultérin de la succession de sa mère : violation des articles 14 et 1P1) ; Cour. eur. D.H., arrêt *Andrie c. République tchèque* du 17 février 2011 (âge de la pension différent pour les hommes et les femmes : non-violation des articles 14 et 1P1).

28 Voy. p. ex. Cour. eur. D.H., déc. A.R. et L.R. c. Suisse du 19 décembre 2017, §§ 25-26 (« 25. [...] [La Cour] n'a jamais affirmé expressément que l'article 8, § 1, s'appliquait au droit des parents à l'éducation de leurs enfants [...], s'étant toujours limitée à interpréter l'article 2, § 1, du Protocole n° 1 à la lumière des articles 8 à 10 de la Convention [...]. 26. La Cour estime que cela ne signifie pas nécessairement que l'article 8, § 1, ne peut pas s'appliquer en l'espèce [...]. Le libellé lui-même de cette disposition, évoquant la "vie familiale", suggère plus qu'une simple cohabitation entre les parents et les enfants, et il vise également la liberté et le devoir des parents d'éduquer et d'élever leurs enfants »).

29 La Convention, non ratifiée par la Belgique, pose le principe fondamental du consentement (art. 5 et s.) et fixe des limites en matière de génétique (art. 11 et s.), de recherche scientifique (art. 15 et s.), et de prélèvement et de transplantation d'organes (art. 19 et s.). Voy. not. P. FRAYSSIEUX, « La protection de la dignité de la personne et de l'espèce humaine dans le domaine de la biomédecine : l'exemple de la Convention d'Oviedo », *R.I.D.C.*, 2000, pp. 373-413.

30 La Convention, ratifiée par la Belgique, tend notamment à concevoir un cadre global, des politiques et des mesures de protection et d'assistance pour toutes les victimes de violence à l'égard des femmes et de violence domestique, et à promouvoir la coopération internationale en vue d'éliminer la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (art. 1<sup>er</sup>). Voy. not. C. HARMEL, « Les violences faites aux femmes : analyse du premier rapport du GREVIO concernant la Belgique », *Rev. trim. dr. h.*, 2021, pp. 465 et s.

31 Dans cette recommandation, « l'Assemblée se déclare profondément préoccupée par les atteintes répétées, dans certains États membres du Conseil de l'Europe, aux droits à la liberté de réunion et à la liberté d'expression des personnes LGBT et par la nette régression dans ce domaine due à l'introduction de lois et de projets de loi sur l'interdiction de la prétendue "propagande homosexuelle" » (point 3). Dès lors, notamment, « l'Assemblée recommande au Comité des Ministres [...] de garantir que les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, y compris ceux relatifs à la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre, seront appliqués effectivement et sans délai, notamment par l'adoption de mesures générales afin de prévenir de futures violations » (point 5.8). Voy. aussi la Recommandation CM/Rec(2010)5 du Comité des ministres sur des mesures visant à combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre et la Résolution 1948 (2013) sur la lutte contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et sur l'identité de genre.

32 Selon cette recommandation, « il faudrait renoncer à l'anonymat pour tous les dons futurs de gamètes dans les États membres du Conseil de l'Europe et interdire l'utilisation de spermatozoïdes et d'ovocytes donnés anonymement » (point 7.1).

### 3. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

#### a) La cristallisation progressive de principes communs

On connaît le rôle essentiel joué, dans le processus d'« harmonisation » du droit « matériel » ou « substantiel » de la famille, par la jurisprudence élaborée par la Cour de Strasbourg dans le sillage de son matriciel arrêt *Marckx c. Belgique*<sup>33</sup>. Comme le relève Katharina Boele-Woelki, « l'article 8 de la CEDH [...] est devenu, grâce aux décisions de la Cour EDH, l'élément le plus important du rapprochement des droits de la famille en Europe »<sup>34</sup>. Encore faut-il bien préciser que le rôle de la Cour n'est pas de formuler des règles européennes de droit de la famille, mais – tout au plus – de cristalliser progressivement au fil de sa jurisprudence un certain nombre de principes communs, d'exigences fondamentales et d'orientations générales, sans porter trop frontalement atteinte à la souveraineté des États<sup>35</sup>.

En droit des relations conjugales, les acquis essentiels de la jurisprudence strasbourgeoise résident probablement dans la redéfinition progressive de l'institution du mariage. L'arrêt *Goodwin*, en particulier, a remis en question sa nature nécessairement procréative et hétérosexuelle<sup>36</sup>, quoique la Cour n'exige pas (encore) comme telle l'ouverture du mariage homosexuel<sup>37</sup>. Parallèlement, le juge européen a développé une jurisprudence maintenant assez solide réclamant que les couples de même sexe aient au moins accès à une forme alternative d'union<sup>38</sup>. Alors que le paysage conjugal se diversifie, la Cour se montre jusqu'à présent très compréhensive à l'égard des différences opérées entre les couples mariés, enregistrés et *de facto*<sup>39</sup>, en récusant – en revanche – les différenciations opérées sur la base de la seule orientation sexuelle<sup>40</sup>. Elle renonce enfin, à ce stade, à consacrer expressément un droit européen au divorce et

33 Des chroniques détaillées de cette jurisprudence paraissent régulièrement dans la *Revue trimestrielle de droit familial* (en dernier lieu : M.-P. ALLARD, P. TAPIERO et G. WILLEMS, « Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droit de la personne et de la famille (2015-2018) », *Rev. trim. dr. fam.*, 2020, pp. 9-146) et au *Journal européen des droits de l'homme* (en dernier lieu : H. FULCHIRON *et al.*, « Vie privée et familiale », *J.E.D.H.*, 2020, pp. 251-273).

34 K. BOELE-WOELKI, « Aux origines de la pensée juridique de la famille européenne », *op. cit.*, p. 46 (traduction libre). Dans le même sens, M. ANTOKOLSKAIA, *Harmonisation of Family Law in Europe: A Historical Perspective. A Tale of Two Millennia*, *op. cit.*, p. 262.

35 Voy. not. C. DRAGHICI, *The Legitimacy of Family Rights in Strasbourg Case Law: « Living Instrument » or Extinguished Sovereignty?*, *op. cit.*, p. 395.

36 Cour. eur. D.H., arrêt *Goodwin c. Royaume-Uni* du 11 juillet 2002. Voy. aussi, dans cet ouvrage, la contribution de F. PEETERS et V. ROSENAU, « L'accès au mariage ».

37 Cour. eur. D.H., arrêt *Schalk et Kopf c. Autriche* du 24 juin 2010. Voy. p. ex. G. WILLEMS, « La constitution d'un droit européen de la famille : l'exemple (paradigmatique) de la reconnaissance, de la protection et de la circulation des couples homosexuels et des familles homoparentales », *op. cit.*, spéc. pp. 76 et s. Voy. aussi, dans cet ouvrage, la contribution de M.-P. ALLARD et G. WILLEMS, « Le couple homosexuel ».

38 Cour. eur. D.H., arrêt *Olari et autres c. Italie* du 21 juillet 2015 et Cour. eur. D.H., arrêt *Orlandi et autres c. Italie* du 14 décembre 2017. Voy. p. ex. G. WILLEMS, « La constitution d'un droit européen de la famille : l'exemple (paradigmatique) de la reconnaissance, de la protection et de la circulation des couples homosexuels et des familles homoparentales », *op. cit.*, spéc. pp. 76 et s. Voy. aussi, dans cet ouvrage, la contribution de M.-P. ALLARD et G. WILLEMS, « Le couple homosexuel ».

39 Voy. not. Cour. eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Van der Heijden c. Pays-Bas* du 3 avril 2012. Voy., dans cet ouvrage, les contributions de F. PEETERS et V. ROSENAU, « Les effets du mariage », de Ch. HARMEL, « La cohabitation légale », et de C. ROUSSEAU, « La cohabitation de fait ».

40 Cour. eur. D.H., arrêt *Taddeucci et McCall c. Italie* du 30 juin 2016.

tolère alors encore les exigences très (trop) rigoureuses qui conditionnent la rupture du lien matrimonial dans certains États parties<sup>41</sup>.

En droit des relations parentales<sup>42</sup>, la jurisprudence de la Cour européenne a contribué et continue de contribuer à la modernisation de l'institution de la filiation. Outre la consécration du principe *mater semper certa est* opérée par l'arrêt *Marckx*, il faut ainsi relever l'exigence strasbourgeoise que « la réalité biologique et sociale prévale sur une présomption légale heurtant de front tant les faits établis que les vœux des personnes concernées »<sup>43</sup>. La modernisation impulsée par la Cour européenne concerne aussi la filiation adoptive : les arrêts *Emonet*<sup>44</sup> et *X. et autres*<sup>45</sup> ébauchent – certes timidement – l'obligation de permettre l'adoption hors mariage et l'adoption homoparentale. Les standards européens concernent encore les effets de la filiation « charnelle » ou « adoptive » : l'arrêt *Zaunegger*<sup>46</sup> exige ainsi que le père non marié ait la possibilité d'obtenir l'autorité parentale même si la mère s'y oppose et la jurisprudence récente (*Kacper Nowakowski*<sup>47</sup>) semble exprimer une certaine faveur pour les modalités égalitaires d'hébergement<sup>48</sup> ; l'arrêt *Cusan et Fazzo*<sup>49</sup> réclame, quant à lui, qu'il soit possible aux parents de transmettre à leur enfant leurs deux noms plutôt que le seul nom du père. Sur le plan patrimonial, la Cour a développé, de *Marckx* à *Fabris*, en passant par *Pla et Puncerneau*<sup>50</sup>, une jurisprudence consolidant l'exigence d'un traitement égal des enfants nés dans ou hors mariage et des enfants adoptifs.

Il est, au fond, fort rare que la Cour de Strasbourg condamne la Belgique pour une atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale des individus ou au titre d'une violation de l'article 14 en ce domaine. Si, sur le moteur de recherche de la Cour, on filtre la jurisprudence européenne pour obtenir la liste des constats de violation de l'article 8 atteints à propos de la Belgique, l'on obtient ainsi seulement onze résultats<sup>51</sup>. Il est relativement rare aussi, si

41 Cour. eur. D.H., arrêt *Babiarz c. Pologne* du 10 janvier 2017. Voy. aussi, dans cet ouvrage, la contribution de J.-L. RENCHON, « Le divorce ».

42 Voy., pour un aperçu plus complet et détaillé : G. WILLEMS et L. COHEN, « International human rights law as a basis for reconstructing legal relationships between adults and children », in J. SOSSON, G. WILLEMS et G. MOTTE (dir.), *Adults and Children in Postmodern Societies*, Antwerpen/Cambridge, Intersentia, 2020, pp. 675 et s.

43 Cour. eur. D.H., arrêt *Kroon c. Pays-Bas* du 27 octobre 1994. Voy. aussi, dans cet ouvrage, les contributions de J. SOSSON, « L'établissement de la filiation », et de N. GALLUS, « La contestation de la filiation ».

44 Cour. eur. D.H., arrêt *Emonet c. Suisse* du 13 décembre 2007. Voy. aussi, dans cet ouvrage, la contribution de L. COHEN et G. MATHIEU, « Les conditions de l'adoption ».

45 Cour. eur. D.H. (gde ch.), arrêt *X. et autres c. Autriche* du 19 février 2013. Voy. aussi, dans cet ouvrage, la contribution de M.-P. ALLARD et G. WILLEMS, « La famille homoparentale ».

46 Cour. eur. D.H., arrêt *Zaunegger c. Allemagne* du 3 décembre 2009.

47 Cour. eur. D.H., arrêt *Kacper Nowakowski c. Pologne* du 10 janvier 2017.

48 Voy. aussi, dans cet ouvrage, la contribution de M. MALLIEN, « L'autorité parentale ».

49 Cour. eur. D.H., arrêt *Cusan et Fazzo c. Italie* du 7 janvier 2014. Voy. aussi, dans cet ouvrage, la contribution de J.-L. RENCHON, « Le nom ».

50 Cour. eur. D.H., arrêt *Pla et Puncerneau c. Andorre* du 13 juillet 2004. Voy. aussi, dans cet ouvrage, la contribution d'A. DEMORTIER, « La succession ».

51 Cour. eur. D.H., arrêt *Makdoudi c. Belgique* du 18 février 2020 (expulsion) ; Cour. eur. D.H., arrêt *Kalnénienė c. Belgique* du 31 janvier 2017 (perquisitions) ; Cour. eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Paposhvili c. Belgique* du 13 décembre 2016 (expulsion) ; Cour. eur. D.H., arrêt *B. c. Belgique* du 10 juillet 2012 (enlèvement international) ; Cour. eur. D.H., arrêt *Leschiutta et Fraccaro*

l'on y réfléchit, que le droit belge de la famille s'écarte significativement des lignes de conduite formulées par le juge européen dans des arrêts concernant d'autres États. Attentifs aux droits des individus, le législateur et le juge constitutionnel précèdent souvent, de beaucoup<sup>52</sup> ou de peu<sup>53</sup>, les exigences strasbourgeoises. Ce n'est pas à dire que le droit belge serait entièrement à l'abri des reproches européens : on songe, en particulier, aux condamnations de la Belgique relativement à l'expulsion d'étrangers ou à la détention et au refoulement de mineurs étrangers<sup>54</sup>.

Il reste que l'impact le plus significatif de la jurisprudence européenne sur le droit belge de la famille revêt – nous semble-t-il – un caractère plus indirect : c'est au fond la culture juridique ou la rationalité juridique en tant que telle qui a évolué, au sens où la dynamique proportionnaliste caractéristique du contrôle européen s'est progressivement imposée, dans notre ordre juridique belge (et dans de nombreux autres ordres juridiques nationaux), comme le principal levier d'une réévaluation ou d'une reconstruction désormais permanente du droit de la famille. En témoignent, au cœur même du processus d'élaboration de la loi, les références constamment opérées à la jurisprudence européenne et – plus fondamentalement – à une approche proportionnaliste favorable au développement des droits nuancée par la prise en compte des éventuels intérêts collectifs et (plus encore) par le nécessaire respect des droits parfois concurrents des autres individus<sup>55</sup>.

---

c. *Belgique* du 17 juillet 2008 (enlèvement international) ; Cour. eur. D.H., arrêt *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique* du 12 octobre 2006 (détention et refoulement de mineurs) ; Cour. eur. D.H., arrêt *Van Rossem c. Belgique* du 9 décembre 2004 (perquisitions) ; Cour. eur. D.H., arrêt *Ernst et autres c. Belgique* du 15 juillet 2003 (perquisitions) ; Cour. eur. D.H., arrêt *Vermeire c. Belgique* du 29 novembre 1991 (droits successoraux des enfants nés hors mariage) ; Cour. eur. D.H., arrêt *Moustaquim c. Belgique* du 18 février 1991 (expulsion) ; Cour. eur. D.H. (plén.), arrêt *Marckx c. Belgique* du 13 juin 1979 (établissement et effets de la filiation maternelle) ; Comm. eur. D.H. (plén.), rapp. *Van Oosterwijck c. Belgique* du 1<sup>er</sup> mars 1979 (changement de sexe). De nombreuses décisions strasbourgeoises relèvent, en revanche, des violations des articles 5 (droit à la liberté et à la sûreté : 53 arrêts de violation) et 6 de la Convention (droit à un procès équitable : 133 arrêts de violation).

52 On songe ici notamment, mais pas uniquement, à l'ouverture du mariage aux couples de même sexe (2003), à l'instauration du divorce sans faute (2007), à l'affirmation d'un principe d'hébergement égalitaire (2006) ; à la réglementation très libérale de la PMA (2007) ou à l'introduction de la filiation homoparentale (2014) : ces différentes législations vont très au-delà des exigences strasbourgeoises actuellement formulées dans ces différents domaines.

53 On songe ainsi à l'élaboration d'un régime d'abord jurisprudentiel puis légal du changement de sexe civil qui s'est déployée parallèlement à la construction jurisprudentielle qui a conduit la Cour à exiger, dans l'arrêt *Goodwin*, la pleine reconnaissance du nouveau sexe des personnes transsexuelles, notamment s'agissant de la possibilité de se marier à une personne de sexe opposé à ce nouveau sexe (voy. Cour. eur. D.H. [plén.], arrêt *Van Oostervijck c. Belgique* du 6 novembre 1980). On pense également à l'adoption de la loi permettant la transmission du double nom promulguée le 8 mai 2014, soit quelques mois après que l'arrêt *Cusan et Fazzo* a condamné l'Italie qui n'offrirait pas cette possibilité (durant les travaux préparatoires, il a été souligné que « la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) a récemment rendu des arrêts qui montrent clairement que la législation belge existante est inacceptable » [Rapport complémentaire fait au nom de la Commission de la Justice, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2013-2014, n° 3-3145/8, p. 4]).

54 Cour. eur. D.H., arrêt *Makdoudi c. Belgique* du 18 février 2020 (expulsion) ; Cour. eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Paposhvili c. Belgique* du 13 décembre 2016 (expulsion) ; Cour. eur. D.H., arrêt *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique* du 12 octobre 2006 (détention et refoulement de mineurs) ; Cour. eur. D.H., arrêt *Moustaquim c. Belgique* du 18 février 1991 (expulsion).

55 Voy. G. WILLEMS, « La Cour européenne des droits de l'homme et l'avènement d'une nouvelle rationalité juridique en droit de la personne et de la famille », *op. cit.*, spéc. p. 44.

## b) Le principe de subsidiarité

La principale limite à l'œuvre harmonisatrice de la Cour réside dans le respect du pluralisme des sociétés européennes et des prérogatives des États : au titre du principe de subsidiarité<sup>56</sup>, la Cour reconnaît aux autorités nationales une marge d'appréciation dans la mise en œuvre des droits garantis par la Convention. L'ampleur de cette marge dépend, notamment, de l'existence<sup>57</sup> ou de l'absence<sup>58</sup> d'un consensus européen<sup>59</sup>, laquelle est prise en compte d'une manière qui semble parfois déstructurée ou fluctuante<sup>60</sup>. L'amplitude de la latitude laissée aux législateurs, aux juges et aux administrations nationales dépend aussi, évidemment, de la nature de la question examinée<sup>61</sup>. À cet égard, si le droit de la famille tend globalement à être appréhendé avec retenue par le juge strasbourgeois<sup>62</sup>, pareille réserve n'est pas systématique : un examen attentif de la jurisprudence permet d'identifier certains éléments qui tendent à réduire ou, au contraire, à accroître la latitude ou la discrétion laissée en la matière aux États<sup>63</sup>.

La Cour répète ainsi régulièrement que « [la] marge est d'autant plus étroite que le droit en cause est important pour garantir à l'individu la jouissance effective des droits fondamentaux ou d'ordre intime qui lui sont reconnus »<sup>64</sup> et que, « lorsqu'un aspect particulièrement important de l'existence ou de l'identité d'un individu se trouve en jeu, la marge laissée à l'État est également restreinte »<sup>65</sup>. Tel est le cas, notamment, lorsqu'est en cause le besoin fondamental de reconnaissance et de protection du couple, la marge pouvant en revanche être plus large s'agissant du statut exact et des conséquences précises conférées à la

56 Voy. not. G. GONZALEZ (dir.), *La subsidiarité conventionnelle en question*, coll. Droit & Justice, vol. 114, Limal, Anthemis, 2016.

57 Voy. p. ex. Cour. eur. D.H., arrêt *Orlandi et autres c. Italie* du 14 décembre 2017, § 204.

58 Voy. p. ex. Cour. eur. D.H., arrêt *Mandet c. France* du 14 janvier 2016, § 52.

59 G. GONZALEZ, « Le jeu de l'interprétation consensuelle », in F. SUDRE (dir.), *Le principe de la subsidiarité au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, coll. Droit & Justice, vol. 108, Limal, Anthemis, p. 117.

60 *Ibid.*, spéc. pp. 128 et s.

61 L. AUDOUY et C. PICHERAL, « Le critère principal du domaine », in *La subsidiarité conventionnelle en question*, op. cit., pp. 185 et s.

62 Ainsi, « la question de la réglementation du mariage et de la protection des institutions nationales est donc un domaine où la Cour offre une plus grande liberté au décideur national. [...] Il est clair que les questions de société et de bioéthique qui touchent à la vie, à la mort, à la famille, sont de nature à influencer l'application de la subsidiarité dès lors que, selon la Cour, les autorités nationales restent les mieux placées pour apprécier les besoins de la société » (L. AUDOUY et C. PICHERAL, « Le critère principal du domaine », op. cit., p. 191). Le professeur Scherpe indique, à cet égard, que cela tend à nuancer l'idée que le droit européen de la famille se construirait *top down* à l'intervention de juridictions européennes définissant d'« en haut » des standards communs : ainsi, l'affirmation de ces standards communs est-elle généralement « très prudente », tandis qu'elle tient compte « des lois existant dans les ordres juridiques concernés ». Dès lors, « bien qu'il puisse s'agir de "top down" au sens où c'est imposé par une décision ou par une institution, cela sera néanmoins normalement le résultat d'un développement "bottom up" » (J. SCHERPE, *The Present and Future of European Family Law*, op. cit., p. 3 [traduction libre]).

63 Voy., pour un examen approfondi, A. GOUTTENNOIRE, « Les règles communes relatives à la famille », in *Le principe de la subsidiarité au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., pp. 187 et s.

64 Cour. eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Dubská et Krejzová c. République tchèque* du 15 novembre 2016, § 178 ; Cour. eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Van der Heijden c. Pays-Bas* du 3 avril 2012, § 60.

65 Cour. eur. D.H., arrêt *Orlandi c. Italie* du 14 décembre 2017, § 203 ; Cour. eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Dubská et Krejzová c. République tchèque* du 15 novembre 2016, § 178 ; Cour. eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Van der Heijden c. Pays-Bas* du 3 avril 2012, § 60 ; Cour. eur. D.H., arrêt *Menesson c. France* du 26 juin 2014, § 77 ; Cour. eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Paradiso et Campanelli c. Italie* du 24 janvier 2017, § 182.



relation<sup>66</sup>. Dans *Menesson*, la Cour a précisé qu'« un aspect essentiel de l'identité des individus est en jeu dès lors que l'on touche à la filiation » et qu'« il convient donc d'atténuer la marge d'appréciation »<sup>67</sup>. Dans *Ahrens*, cependant, elle a aussi affirmé que « [la marge] est plus large lorsqu'il s'agit de déterminer le statut juridique de l'enfant que lorsqu'il s'agit de trancher des questions en rapport avec les droits relatifs au maintien du lien entre un enfant et un parent »<sup>68</sup>. Il y a donc une certaine ambiguïté sur la marge octroyée en matière de filiation, dont la Cour est consciente<sup>69</sup>, mais il est évident – en revanche – que les « droits relatifs au maintien du lien » appellent, quant à eux, une vigilance strasbourgeoise stricte<sup>70</sup>. De même, la marge étatique se réduit à l'égard de certaines différences de traitement et, tout particulièrement, s'agissant des différences opérées sur la base du sexe<sup>71</sup> ou de l'orientation sexuelle<sup>72</sup>.

À l'inverse, il est certains domaines dans lesquels l'action de l'État est particulièrement légitime de manière telle qu'il jouit d'une plus large marge de manœuvre. Ainsi, la Cour juge-t-elle que « les États contractants ont le droit de prendre à l'égard des personnes ayant été condamnées pour des infractions pénales des mesures de nature à protéger la société » et que, « d'après un principe de droit international bien établi, les États ont le droit [...] de contrôler l'entrée des non-nationaux sur leur sol »<sup>73</sup>. De même, les politiques socio-économiques relèvent, au premier chef, de l'appréciation des autorités nationales qui bénéficient alors d'une marge confortable lorsque sont en cause, par exemple, les droits sociaux dérivés<sup>74</sup> ou la fiscalité successorale<sup>75</sup>. La Cour estime aussi que, « lorsque l'affaire soulève des questions morales ou éthiques délicates, la marge d'appréciation est large »<sup>76</sup>. La volonté de

66 Cour. eur. D.H., arrêt *Oliari et autres c. Italie* du 21 juillet 2015, § 177.

67 Cour. eur. D.H., arrêt *Menesson c. France* du 26 juin 2014, § 80.

68 Cour. eur. D.H., arrêt *Ahrens c. Allemagne* du 22 mars 2012, § 70.

69 Cour. eur. D.H., arrêt *Mandet c. France* du 14 janvier 2016, § 52.

70 Il s'ensuit, notamment, que, si les autorités jouissent « d'une grande latitude en matière d'autorité parentale » (voy. not. Cour. eur. D.H., arrêt *Zaunegger c. Allemagne* du 3 décembre 2009, § 60) ou même « d'une grande latitude pour apprécier [...] la nécessité de prendre en charge un enfant » (voy. not. Cour. eur. D.H. [gde ch.], arrêt *Elsholz c. Allemagne* du 13 juillet 2000, § 49), la Cour doit « exercer un contrôle plus rigoureux à la fois sur les restrictions supplémentaires, comme celles apportées par les autorités aux droits et aux visites des parents, et sur les garanties destinées à assurer la protection effective du droit des parents et enfants au respect de leur vie familiale ». En effet, précise-t-elle à cet égard, « ces restrictions supplémentaires comportent le risque d'amputer les relations familiales entre les parents et un jeune enfant » (Cour. eur. D.H. [gde ch.], arrêt *Strand Lobben et autres c. Norvège* du 10 novembre 2019, § 211).

71 Ainsi, « la progression vers l'égalité des sexes est aujourd'hui un but important des États membres du Conseil de l'Europe et que seules des considérations très fortes peuvent amener à estimer compatible avec la Convention une telle différence de traitement » (voy. not. Cour. eur. D.H., arrêt *Konstantin Markin c. Russie* du 22 mars 2012, § 127).

72 Ainsi, « comme les différences fondées sur le sexe, celles fondées sur l'orientation sexuelle doivent être justifiées par des motifs impérieux ou, autre formule parfois utilisée, par des "raisons particulièrement solides et convaincantes" » (voy. not. Cour. eur. D.H., arrêt *X. et autres c. Autriche* du 19 février 2013, § 99).

73 Cour. eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Üner c. Pays-Bas* du 18 octobre 2006, § 54. Voy. aussi Cour. eur. D.H., arrêt *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, du 28 mai 1985.

74 Cour. eur. D.H., arrêt *Andrle c. République tchèque* du 17 février 2011, § 50.

75 Cour. eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Burden c. Royaume-Uni* du 29 avril 2008, § 60.

76 Voy. not. la jurisprudence récente relative à la sexualité (p. ex., Cour. eur. D.H., arrêt *Stübing c. Allemagne* du 12 avril 2012, § 60), aux unions homosexuelles (p. ex., Cour. eur. D.H., arrêt *Oliari et autres c. Italie* du 21 juillet 2015, § 162), à la procréation assistée (p. ex., Cour. eur. D.H., arrêt *Menesson c. France* du 26 juin 2014, § 77) ou à la filiation hors mariage (p. ex., Cour. eur. D.H., arrêt *Chavdarov c. Bulgarie* du 21 décembre 2010, § 46).

protéger la famille traditionnelle<sup>77</sup> semble, quant à elle, en « perte de vitesse », la Cour ayant indiqué, à plusieurs reprises, que « le but consistant à protéger la famille au sens traditionnel du terme est assez abstrait, et [qu']une grande variété de mesures concrètes peuvent être utilisées pour le réaliser »<sup>78</sup>. En tout état de cause, l'État jouit d'une latitude plus importante lorsqu'il s'emploie à aménager un équilibre satisfaisant entre les intérêts concurrents de plusieurs individus (conflits de droits), ce qui est souvent le cas dans le domaine des relations familiales.

Ces différents éléments pourront donc concourir, avec le consensus européen, à la détermination de la marge étroite ou large allouée aux autorités nationales. Dans un certain nombre de cas, cependant, les considérations liées à la nature du droit ou des intérêts étatiques en jeu l'emporteront sur les considérations « consensualistes ». La Cour s'émancipe alors du consensus européen, tantôt pour affirmer des droits qui ne sont pas encore consacrés dans la majorité des États (comme pour le mariage des personnes transsexuelles)<sup>79</sup>, tantôt, au contraire, pour accepter encore des restrictions qui ne sont maintenues que dans une minorité d'entre eux (comme en matière d'accès au divorce)<sup>80</sup>. Dans sa somme relative à l'harmonisation du droit européen de la famille, Masha Antokolskaia indique, à juste titre, que « toutes les décisions les plus importantes ont été prises par la CEDH quand elle a osé abandonner le terrain sécurisé du noyau commun pour soutenir le point de vue progressiste de l'avant-garde des pays européens »<sup>81</sup>.

## B. Le droit de l'Union européenne<sup>82</sup>

Si l'Union est *a priori* sans compétence proprement familiale, un grand nombre de compétences indiscutablement européennes intéressent de manière plus ou moins directe ou indirecte le droit de la famille. L'Union ne mène donc pas à proprement parler une politique familiale, mais une conception européenne de la famille se dégage progressivement, au départ d'autres objectifs

77 La protection de la famille traditionnelle ne figure pas comme telle parmi les buts légitimes de l'article 8, § 2, mais a été considérée, depuis *Marckx*, comme susceptible de justifier des restrictions aux droits (Cour. eur. D.H. [plén.], arrêt *Marckx c. Belgique* du 13 juin 1979, § 40).

78 Voy. not. Cour. eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Vallianatos et autres c. Grèce* du 7 novembre 2013 ; Cour. eur. D.H. (gde ch.), arrêt *X. et autres c. Autriche* du 19 février 2013, § 139.

79 Cour. eur. D.H., arrêt *Goodwin c. Royaume-Uni* du 11 juillet 2002, spéc. § 103.

80 Cour. eur. D.H., arrêt *Babiarz c. Pologne* du 10 janvier 2017, spéc. § 47 et opin. diss. du juge SAJO, § 7.

81 M. ANTOKOLSKAIA, *Harmonisation of Family Law in Europe: A Historical Perspective. A Tale of Two Millennia*, op. cit., p. 264 (traduction libre).

82 E. BERNARD, M. CRESP et M. HO-DAC (dir.), *La famille dans l'ordre juridique de l'Union européenne...*, op. cit. ; G. DE BAERE et K. GUTMAN, « The impact of the European Union and the European Court of Justice on European family law », op. cit., 2016, pp. 5-48 ; K. LENAERTS, « La portée de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes en matière de droit de la famille et des personnes », *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 656 ; V. ROSENAU, « Les rencontres entre le droit de l'Union européenne et le droit de la famille, de la personne et de son patrimoine », *Ann. Dr. Louvain*, 2019, pp. 155-177 ; J. SCHERPE, *The Present and Future of European Family Law*, op. cit., pp. 31-39.

poursuivis par les traités et le droit dérivé<sup>83</sup> (2), tels qu'ils sont désormais mis en œuvre à la lumière des dispositions de la Charte des droits fondamentaux (1). Depuis une quinzaine d'années environ, les décisions rendues par la Cour de justice tendent à impacter de façon significative le droit de la famille des vingt-sept États membres : autrefois peu consultée par les familialistes, la jurisprudence de la Cour de Luxembourg est désormais incontournable pour ceux qui s'intéressent aux transformations de la famille européenne (3).

### 1. La Charte des droits fondamentaux

Avec l'adoption de la Charte, l'Union a intégré un « catalogue » de droits comprenant les garanties classiques du droit au respect de la vie privée et familiale (art. 7)<sup>84</sup> et du droit de se marier et de fonder une famille (art. 9)<sup>85</sup>. Les droits fondamentaux familiaux tels qu'ils sont garantis par la Charte doivent dès lors guider l'action des institutions européennes lorsqu'elles définissent ou appliquent le droit européen. Dans cette perspective, il a pu être considéré que l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne constituerait un moment crucial pour le droit de la famille en raison de la force contraignante qui serait désormais reconnue à la Charte<sup>86</sup>. Il faut aussi préciser que la Charte contient des dispositions à connotations familiales originales sans équivalents textuels directs dans la Convention européenne et qui visent spécifiquement, par exemple, l'égalité entre femmes et hommes (art. 23)<sup>87</sup>, les droits de l'enfant (art. 24)<sup>88</sup> et l'équilibre entre vie professionnelle et vie privée (art. 33)<sup>89</sup>.

### 2. Les traités et le droit dérivé

Adoptés pour réaliser les objectifs de l'Union, tels qu'ils sont fixés par les traités, différents directives et règlements européens ont un impact significatif sur le droit de la famille.

L'on songe, en premier lieu, à la politique sociale de l'Union (art. 3, 3°, TUE et art. 151 et s. TFUE) et au principe d'égalité qui lui est consubstantiel :

83 Voy. not. E. PATAUT, « La famille saisie par l'Union », in *La famille dans l'ordre juridique de l'Union européenne*, op. cit., spéc. p. 92 (« Si, en effet, le droit de la famille n'est pas du droit de l'Union, la famille elle-même n'y est pas extérieure. C'est indirectement, par le biais de ses politiques propres, que l'Union s'est emparée de cet objet singulier qu'est la famille ») et G. WIDIEZ, « La famille européenne entre individualisme et mobilité », op. cit., spéc. p. 117 (« Consciente du lien d'interdépendance existant entre la politique économique et la politique familiale, l'Union européenne [...] a progressivement réglementé les relations de famille »).

84 N. CARIAT, « Article 7 – Respect de la vie privée et familiale », in F. PICOD, C. RIZCALLAH et S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Commentaire article par article*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 2020, p. 185.

85 G. WILLEMS, « Article 9 – Droit de se marier et le droit de fonder une famille », in F. PICOD, C. RIZCALLAH et S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, op. cit., p. 233.

86 K. LENAERTS, « La portée de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes en matière de droit de la famille et des personnes », op. cit., p. 656.

87 J. JACQMAIN, « Égalité entre femmes et hommes », in *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, op. cit., p. 629.

88 A. GOUTTENNOIRE, « Droits de l'enfant », in *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, op. cit., p. 645.

89 A. IUIPOULOU-PENOT, « Vie familiale et vie professionnelle », in *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, op. cit., p. 825.

comme le souligne Sophie Robin-Olivier, « le droit social de l'Union est devenu, principalement à travers l'interdiction des discriminations à raison du sexe, le vecteur d'une certaine conception de la famille »<sup>90</sup>. Les directives relatives à l'égalité entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail<sup>91</sup> et de sécurité sociale<sup>92</sup> tendent ainsi expressément à lutter contre les obstacles à l'accès des femmes à l'emploi. La politique sociale de l'Union récuse aussi les différences fondées sur l'orientation sexuelle : la directive créant un cadre général en faveur de l'égalité dans le domaine de l'emploi et du travail a – quant à elle – servi de fondement textuel au développement jurisprudentiel des droits sociaux des couples de même sexe<sup>93</sup>. D'autres instruments européens portent sur des aspects plus spécifiques du droit social de la famille : on peut citer, à cet égard, la directive relative à la protection des travailleuses enceintes<sup>94</sup>, la directive relative aux congés parentaux<sup>95</sup> et, en dernier lieu, la directive 2019/1158 concernant l'équilibre entre vie professionnelle et vie privée des parents et des aidants<sup>96</sup>.

On pense, en deuxième lieu, aux instruments européens qui concrétisent l'objectif de créer un espace de liberté, de sécurité et de justice au sein duquel est assurée la libre circulation des personnes (art. 3, 2<sup>o</sup>, TUE et art. 21 TFUE). On vise ici évidemment la directive 2004/38/CE<sup>97</sup> relative au regroupement familial des citoyens européens dans d'autres États que leur État d'origine et la directive 2003/86<sup>98</sup> relative au regroupement familial des étrangers séjournant régulièrement dans l'Union : la jurisprudence développée par la C.J.U.E. sur la base de ces deux directives a donné lieu à l'« interprétation autonome » de certains concepts de droit familial et exigé la « reconnaissance » de certains liens valablement établis à l'étranger, mais inconnus dans l'état d'accueil<sup>99</sup>. Les liens familiaux du citoyen européen bénéficient d'une protection plus forte que ceux

90 S. ROBIN-OLIVIER, « La famille dans la politique sociale de l'Union européenne », in *La famille dans l'ordre juridique de l'Union européenne*, op. cit., p. 288. Nous renvoyons le lecteur intéressé par cet aspect à cette étude approfondie et documentée.

91 Directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte).

92 Directive 79/7/CEE relative à la mise en œuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale.

93 Directive 2000/78/CE portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

94 Directive 92/85/CEE du Conseil concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail.

95 Directive 96/34/CE du Conseil du 3 juin 1996 concernant l'accord-cadre sur le congé parental conclu par l'UNICE, le CEEP et la CES (abrogée par la directive 2019/1158).

96 Directive 2019/1158 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 concernant l'équilibre entre vie professionnelle et vie privée des parents et des aidants et abrogeant la directive 2010/18/UE du Conseil (suivant le préambule, « l'équilibre entre vie professionnelle et vie privée reste un défi considérable à relever pour de nombreux parents et travailleurs qui ont des responsabilités familiales, notamment du fait de la plus grande prévalence d'horaires de travail prolongés et variables qui a des conséquences négatives sur l'emploi des femmes »).

97 Directive 2004/38/CE au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres.

98 Directive 2003/86/CE relative au droit au regroupement familial (« Directive regroupement familial »).

99 M. ROUY, « La citoyenneté européenne, étude d'une source paradoxale du droit européen de la famille », in *La famille dans l'ordre juridique de l'Union européenne*, op. cit., pp. 307-308. Nous renvoyons le lecteur intéressé par cet aspect à cette étude approfondie et documentée.

des étrangers en séjour régulier ; au demeurant, alors que la directive 2004/38 ne concerne *a priori* que les citoyens « mobiles », la citoyenneté européenne s'est érigée progressivement en source autonome de protection de la famille européenne<sup>100</sup> : elle implique, notamment, l'élargissement du regroupement familial aux citoyens européens « sédentaires »<sup>101</sup>. Il faut mentionner, également, le règlement n° 492/2011 du 5 avril 2011 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de l'Union, qui suppose l'intégration de leur famille<sup>102</sup>.

On vise, en troisième lieu, la politique de coopération judiciaire en matière civile, qui implique l'adoption de mesures propres à assurer la compatibilité des règles applicables dans les États membres en matière de conflits de lois et de compétences (art. 3, 2°, TUE et art. 81 TFUE). L'Union a alors adopté de nombreux instruments en matière de droit international privé familial qui déterminent la compétence internationale et le droit applicable aux situations familiales internationales. Progressivement, ce sont presque tous les aspects juridiques des relations familiales qui se trouvent régis par les règlements européens : le mariage et l'autorité parentale<sup>103</sup>, le divorce<sup>104</sup>, les aliments<sup>105</sup>, les régimes matrimoniaux<sup>106</sup> et les successions<sup>107</sup>. Si cette « unification conflictuelle » peut parfois encore être perçue par les familialistes internistes comme un phénomène secondaire et négligeable, dès lors qu'elle ne concernerait par définition que les situations familiales internationales, Christelle Chalas souligne opportunément qu'« il n'est pas nécessaire d'être un adepte de la théorie du complot pour se demander si la conquête du droit conflictuel ne prépare pas l'assaut du droit matériel »<sup>108</sup>. L'exemple du divorce est à cet égard très

100 M. ROUY, « La citoyenneté européenne, étude d'une source paradoxale du droit européen de la famille », *op. cit.*, pp. 317 et s. Voy. aussi E. PATAUT, « La citoyenneté européenne : vers l'élaboration d'un statut personnel et familial », in H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON (dir.), *Vers un statut européen de la famille ?*, Paris, Dalloz, 2014, pp. 97-109, et S. FRANCO, « Un principe de reconnaissance comme embryon d'un droit européen de la famille ? », in *Vers un statut européen de la famille ?*, *op. cit.*, pp. 111-130.

101 Voy., à cet égard, M. ROUY, « La citoyenneté européenne, étude d'une source paradoxale du droit européen de la famille », *op. cit.*, pp. 317 et s.

102 Voy. le 6<sup>e</sup> considérant : « Le droit de libre circulation exige, pour qu'il puisse s'exercer dans des conditions objectives de liberté et de dignité [...] que soient éliminés les obstacles qui s'opposent à la mobilité des travailleurs, notamment en ce qui concerne les conditions d'intégration de la famille du travailleur dans le milieu du pays d'accueil ».

103 Règlement (CE) n° 1347/2000 du 29 mai 2000 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs (« Bruxelles II ») ; règlement (CE) n° 2201/2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale (« Bruxelles IIbis ») ; règlement (UE) n° 2019/1111 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, ainsi qu'à l'enlèvement international d'enfants (« Bruxelles IIter »).

104 Règlement n° 1259/2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps (« Rome III »).

105 Règlement n° 4/2009 du Conseil relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires (« Règlement aliments »).

106 Règlement (UE) n° 2016/1103 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux (« Règlement régimes matrimoniaux »).

107 Règlement n° 650/2012 du Parlement européen et du Conseil relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et la création d'un certificat successoral européen (« Règlement succession »).

108 C. CHALAS, « Le droit international privé : mode alternatif à l'unification des droits de la famille dans l'Union européenne », in *La famille dans l'ordre juridique de l'Union européenne*, *op. cit.*, pp. 381-382. Nous renvoyons le lecteur intéressé par cet aspect à cette étude approfondie et documentée.

significatif : la « *favor divortii* » indubitablement exprimée par les règlements Bruxelles IIbis et Rome III qui laissent une très grande liberté aux époux dans le choix du juge et de la loi applicable peut ainsi se lire comme une forme indirecte, mais effective, de consécration européenne du droit au divorce<sup>109</sup>.

### 3. La jurisprudence de la C.J.U.E.

#### a) L'élaboration incidente d'un modèle familial

Depuis une quinzaine d'années, la jurisprudence de la Cour de justice se développe rapidement à l'occasion, principalement, de questions préjudicielles relatives à l'interprétation à donner aux dispositions des traités ou du droit dérivé qui touchent aux relations familiales dans les trois domaines identifiés ci-avant : la politique sociale, la libre circulation et le droit international privé<sup>110</sup>. Il apparaît alors d'emblée que l'intervention de la Cour de Luxembourg en droit de la famille est une intervention « incidente » procédant « de l'interprétation d'une grande variété de mesures prises par l'Union »<sup>111</sup>. Geert De Baere et Kathleen Gutman jugent également que cette intervention est, au moins à première vue, « paradoxale » : si « la famille est largement considérée comme étant un sujet délicat et sensible dans lequel les États, et non l'Union, ont une compétence prioritaire », il reste qu'avec la multiplication des textes européens ayant une incidence sur la vie familiale, l'intervention de la Cour de justice est nécessairement de plus en plus significative également<sup>112</sup>.

La contribution de la Cour de justice au droit du couple a jusqu'à présent notamment ou principalement concerné la reconnaissance et la protection de la vie familiale conjugale des personnes transgenres et homosexuelles<sup>113</sup>. Ainsi que nous l'avons écrit ailleurs, la jurisprudence de la Cour de Luxembourg s'est, en la matière, déployée parallèlement à celle de la Cour de Strasbourg : une forme de dialogue interjuridictionnel « paneuropéen » se noue ainsi, dans le cadre duquel la Cour de justice s'est parfois montrée plus progressiste ou volontariste que la Cour européenne<sup>114</sup>. En 2004, dans un arrêt *K.B. c. National Health Service*, la Cour a notamment jugé qu'il fallait permettre à une personne transsexuelle de se marier avec une personne du sexe opposé à son nouveau sexe afin que les partenaires puissent bénéficier du droit à la pension associé au statut matrimonial<sup>115</sup>. Plus récemment, dans *M.B. c. Secretary of State*,

109 M. FARGE, « La gestation d'un droit fondamental au divorce en Europe ? », *R.D.L.F.*, 2012, chron. n° 19, [www.revuedlf.com](http://www.revuedlf.com).

110 G. DE BAERE et K. GUTMAN, « The impact of the European Union and the European Court of Justice on European family law », *op. cit.*, 2016, pp. 32 et s.

111 *Ibid.*, p. 33.

112 *Ibid.*, p. 47 (traduction libre).

113 Voy. not. N. PALAZZO, « The EU family: Is marital status emerging as a prohibited ground of discrimination? », in *La famille dans l'ordre juridique de l'Union européenne*, *op. cit.*, spéc. pp. 152-154.

114 G. WILLEMS, « La constitution d'un droit européen de la famille : l'exemple (paradigmatique) de la reconnaissance, de la protection et de la circulation des couples homosexuels et des familles homoparentales », *op. cit.*, spéc. pp. 70-73.

115 C.J.U.E., 7 janvier 2004, *K.B. c. National Health Service Pensions Agency et Secretary of State for Health*, C-117/01, ECLI:EU:C:2004:7.

elle a jugé qu'une femme transsexuelle renonçant à la pleine reconnaissance de sa nouvelle identité afin de pouvoir rester mariée avec son épouse doit à tout le moins pouvoir bénéficier de la pension de retraite à l'âge fixé pour les femmes<sup>116</sup>. Dans *Maruko*<sup>117</sup> et *Romer*<sup>118</sup>, le juge européen a exigé que les partenaires enregistrés homosexuels allemands puissent bénéficier des mêmes droits que les époux hétérosexuels, à défaut de pouvoir se marier. Dans *Hay c. Crédit agricole*<sup>119</sup>, il a formulé cette même exigence à propos d'un couple français d'homosexuels pacsés. Il faut évidemment aussi mentionner le spectaculaire arrêt *Coman c. Inspectoratul General pentru Imigrări* du 5 juin 2018 qui oblige les États européens refusant le mariage homosexuel à accueillir sur leur territoire les conjoints de même sexe valablement épousés par leurs nationaux dans un autre État européen<sup>120</sup>. Foisonnante et déterminante, la jurisprudence de la C.J.U.E. au bénéfice des personnes LGBTQI+ ne doit pas éclipser d'autres interventions, parfois importantes, dans le domaine du droit des couples. Dans le cadre limité de cette présentation très générale, on pointera, par exemple, l'important arrêt *Chakroun* du 4 mars 2010 interprétant la directive 2003/86 et excluant que le regroupement familial soit refusé à des époux pour la raison que le mariage a eu lieu après l'entrée du regroupant étranger sur le territoire de l'État d'accueil<sup>121</sup>. On peut citer, également, l'arrêt *Hadadi* du 16 juillet 2009 interprétant le règlement « Bruxelles IIbis » et considérant, s'agissant d'un divorce international, qu'une juridiction nationale ne peut écarter la compétence des juridictions d'un autre État membre fondée sur la nationalité des époux au seul motif que le demandeur ne présente pas d'autres liens de rattachement avec cet État<sup>122</sup>.

116 C.J.U.E. (gde ch.), 26 juin 2018, *MB c. Secretary of State for Work and Pensions*, C-451/16, ECLI:EU:C:2018:492. Voy. not. T. LECHEVALLIER, « How much of a groundbreaking decision is the CJEU's judgment for transgender rights? », *UK Human Rights Blog*, 2 July 2018, <https://ukhumanrightsblog.com/>. À propos de cet arrêt, voy. aussi la contribution au présent ouvrage de S. WATTIER et P. HUART, « La vie familiale des personnes transgenres ».

117 C.J.C.E., 1<sup>er</sup> avril 2008, *Tadao Maruko c. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, C-67/06, EU:C:2008:179.

118 C.J.U.E. (gde ch.), 10 mai 2011, *Jürgen Römer c. Freie und Hansestadt Hamburg*, C-147/08, EU:C:2011:286.

119 C.J.U.E., 12 décembre 2013, *Hay c. Crédit agricole mutuel de Charente-Maritime et des Deux-Sèvres*, C-267/12, EU:C:2013:823. Voy. F. LAMBINET et S. GILSON, « Arrêt "Hay" : les partenaires (de même sexe) pacsés doivent-ils être traités comme des (hétérosexuels) mariés », *J.D.E.*, 2014, p. 243, et C. TOBLER, « Equality and non-discrimination under the ECHR and EU law a comparison focusing on discrimination against LGBTI persons », *Heidelberg Journal of International Law*, 2014, spéc. p. 552.

120 C.J.U.E. (gde ch.), 5 juin 2018, *Relu Adrian Coman e.a. c. Inspectoratul General pentru Imigrări et Ministerul Afacerilor Interne*, aff. C-673/16, ECLI:EU:C:2018:385. C. DAGOT, « La fonction de la citoyenneté européenne dans la détermination d'un modèle familial européen », *R.D.U.E.*, 2019, pp. 109-127 ; E. STOPPIONI, « Une analyse critique de l'arrêt *Coman* : déconstruction de la consécration de l'obligation de reconnaissance du droit de séjour du conjoint homosexuel », *European Papers*, 2019, pp. 377-388 ; A. CAIOLA, « Une acception large de la notion de "conjoint" pour garantir la liberté de séjour des citoyens européens », *R.A.E.-L.E.A.*, 2018, pp. 335-344, spéc. p. 344 ; J.-Y. CARLIER, « Vers un ordre public européen des droits fondamentaux. L'exemple de la reconnaissance des mariages de personnes de même sexe dans l'arrêt *Coman* », obs. sous C.J.U.E. (gde ch.), 5 juin 2018, *Coman*, *Rev. trim. dr. h.*, 2019, pp. 203-227 ; G. WILLEMS, « Le droit au regroupement familial des époux homosexuels consacré par la Cour de justice de l'Union européenne », *JCP G*, 2018, p. 874.

121 C.J.U.E., 4 mars 2010, *Rhimou Chakroun c. Minister van Buitenlandse zaken* C-578/08, ECLI:EU:C:2010:117. Voy. aussi S. SAROLEA et J. HARDY, « Le regroupement familial au croisement des sources internes et européennes », in B. RENAULD (coord.), *Questions actuelles en droit des étrangers*, coll. Recyclage en droit, Limal, Anthemis, 20016, pp. 7 et s.

122 C.J.U.E., 16 juillet 2009, *Laszlo Hadadi (Hadady) c. Csilla Marta Mesko, épouse Hadadi (Hadady)*, C-168/08, ECLI:EU:C:2009:474. Voy., pour un commentaire et une analyse des problématiques du « divorce shopping » et du « divorce running », A. BONOMI, « La compétence internationale en matière de divorce. Quelques suggestions pour une (improbable) révision du règlement Bruxelles II bis », *Rev. crit. dr. intern. privé*, 2017/4, pp. 511-534. Voy. aussi G. DE BAERE et K. GUTMAN, « The impact of the European Union and the European Court of Justice on European family law », *op. cit.*, pp. 37-38.

La jurisprudence de la Cour relative aux relations entre parents et enfants nous paraît présenter une plus grande diversité, même si ses prochains développements pourraient bien contribuer – eux aussi – de façon significative au développement des droits des personnes homosexuelles. À ce stade, l'une des plus fameuses contributions du juge luxembourgeois au droit des relations parentales réside dans les arrêts *Garcia Avello*<sup>123</sup> et *Grunkin Paul*<sup>124</sup> qui ont contribué à la consécration européenne du droit pour les parents de transmettre leurs deux noms à leur enfant, en exigeant qu'un double nom enregistré dans l'État d'origine ou de résidence puisse être reconnu dans les autres États membres. La Cour de justice a également développé une jurisprudence significative relative au regroupement familial des parents et de leurs enfants : en particulier, dans un important arrêt *Zambrano c. ONEM* du 8 mars 2011, elle a jugé que le droit de l'Union s'oppose au refus d'un titre de séjour et d'un permis de travail à un étranger qui assume la charge de ses enfants en bas âge jouissant de la citoyenneté européenne, même si ceux-ci n'ont pas circulé dans l'Union et ne bénéficient donc pas, en règle, du droit au regroupement familial garanti par la directive 2004/38<sup>125</sup>. Plus anecdotique, mais néanmoins intéressant, l'arrêt *Noémie Depesme* du 15 décembre 2016 considère que le bel-enfant d'un travailleur transfrontalier à l'entretien duquel il pourvoit doit être considéré comme son « enfant » pour le bénéfice de l'allocation d'études prévue par le règlement n° 492/2011<sup>126</sup>. En revanche, l'arrêt *SM c. Entry Clearance Officer* du 26 mars 2019 juge que l'enfant pris en charge au titre d'une *kafala* n'est pas un « descendant » au sens de la directive 2004/38 : il reste qu'il doit en règle pouvoir bénéficier du regroupement en tant qu'« autre membre de la famille »<sup>127</sup>. Signalons enfin, en raison de son importance, une affaire actuellement pendante<sup>128</sup> – *V.M.A. c. Stolichna Obshtina* – relative à la

123 C.J.C.E., 2 octobre 2003, *Carlos Garcia Avello c. État belge*, C-148/02, ECLI:EU:C:2003:539. Voy., à cet égard, V. ROSENAU, « Les rencontres entre le droit de l'Union européenne et le droit de la famille... », *op. cit.*, pp. 163 et s.

124 C.J.C.E., 14 octobre 2008, *Grunkin et Paul*, C-353/06, ECLI:EU:C:2008:559. Voy. J.J. KUIPERS, « Cartesio and Grunkin-Paul: Mutual recognition as a vested rights theory based on party autonomy in private law », *European Journal of Legal Studies*, 2009, pp. 66-97.

125 C.J.U.E. (gde ch.), 8 mars 2011, *Gerardo Ruiz Zambrano c. Office national de l'emploi (ONEM)*, C-34/09, ECLI:EU:C:2011:124. Voy. p. ex. C. DAGOT, « La fonction de la citoyenneté européenne dans la détermination d'un modèle familial européen », *Rev. dr. Union eur.*, 2019, pp. 117 et s.

126 C.J.U.E., 15 décembre 2016, *Noémie Depesme e.a. c. Ministre de l'Enseignement supérieur et de la Recherche*, C-401/15 à C-403/15, ECLI:EU:C:2016:955.

127 C.J.U.E. (gde ch.), 26 mars 2019, *SM c. Entry Clearance Officer*, aff. C-129/18, ECLI:EU:C:2019:248. Voy. A. MARKETOU, « Intégration et pluralité de normes et de valeurs : réflexions à partir de l'arrêt "SM" », *Rev. dr. Union eur.*, 2-3/2020, pp. 259-261 ; F. STRUMIA, « The family in EU law after the SM ruling: variable geometry and conditional deference », *European Papers*, 2019, pp. 389-393, spéc. pp. 390-391 ; D. THIENPONT, « L'arrêt SM et le quasi-droit au séjour des enfants recueillis par *kafala* : un pas supplémentaire vers la protection de la pluralité des familles dans l'espace européen », note sous C.J.U.E. (gde ch.), 26 mars 2019, *SM c. Entry Clearance Officer*, *Rev. trim. dr. fam.*, 2021, à paraître.

128 L'arrêt a été rendu le 14 décembre 2021, alors que cet ouvrage était sous presse. Suivant son dispositif « s'agissant d'un enfant mineur, citoyen de l'Union dont l'acte de naissance délivré par les autorités compétentes de l'État membre d'accueil désigne comme ses parents deux personnes de même sexe, l'État membre dont cet enfant est ressortissant est obligé, d'une part, de lui délivrer une carte d'identité ou un passeport, sans requérir l'établissement préalable d'un acte de naissance par ses autorités nationales, ainsi que, d'autre part, de reconnaître, à l'instar de tout autre État membre, le document émanant de l'État membre d'accueil permettant audit enfant d'exercer, avec chacune de ces deux personnes, son droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres ».



réception, en Bulgarie, d'un acte de naissance espagnol établi après IAD et mentionnant deux mères comme parents de l'enfant<sup>129</sup> : l'arrêt qui sera rendu pourra probablement, à tout le moins, en écho à l'arrêt *Coman*, exiger que les liens homoparentaux établis à l'étranger puissent être reconnus pour l'application du droit au regroupement familial<sup>130</sup>.

Il nous est difficile d'évaluer le nombre de décisions intéressant la vie familiale rendues par la Cour de justice à l'égard de la Belgique, compte tenu notamment de la diversité des normes européennes susceptibles de donner lieu à de telles décisions et de la difficulté corrélatrice d'utiliser de façon pertinente et efficace le moteur de recherche de la Cour. *Garcia Avello* et *Zambrano* constituent, quoi qu'il en soit, des illustrations spectaculaires de l'incidence directe que peut avoir la jurisprudence de la C.J.U.E. sur le droit belge de la famille. Il reste que les décisions interprétant le droit de l'Union au départ de situations nouées dans d'autres États membres précisent progressivement l'interprétation à donner aux dispositions des traités, règlements et directives : c'est cette influence-là, indirecte, qui est à l'évidence la plus massive et la plus déterminante.

#### b) *L'identité nationale et l'ordre public*

Tant dans les affaires relatives à la politique sociale<sup>131</sup> que dans les affaires relatives à la libre circulation des personnes<sup>132</sup>, la Cour de justice rappelle constamment que la législation sur « l'état civil » ou l'« état des personnes » relève de la compétence des États membres, à laquelle l'Union ne saurait porter atteinte. Il s'ensuit notamment que « le droit de l'Union ne porte pas atteinte à la compétence des États membres dans le domaine [...] de la reconnaissance juridique du changement de sexe d'une personne »<sup>133</sup> et que « les États membres sont [...] libres de prévoir ou non le mariage pour des personnes de même sexe »<sup>134</sup>. Pour autant, la Cour rappelle systématiquement que, lorsqu'ils exercent cette compétence et adoptent des mesures relatives à l'identité

129 Demande de décision préjudicielle, *V.M.A. c. Stolichna Obshtina*, C-490/20. Voy. aussi P. CABRAL, « Protecting the right to nationality for children of same-sex couples in the EU. A key issue before the CJEU in *V.M.A. v Stolichna Obshtina* (C-490/20) » (<https://eumigrationlawblog.eu/>) ; D. De GROOT, « CJEU asked to rule on recognition of birth certificate of child born to same-sex couple as proof for nationality », <https://globalcit.eu>.

130 Voy. ainsi les conclusions prises par l'avocate générale KOKOTT selon lesquelles « [l']article 21, paragraphe 1, TFUE doit être interprété en ce sens qu'un État membre ne peut pas refuser de reconnaître les liens de parenté, établis dans l'acte de naissance d'un autre État membre, entre l'une de ses ressortissantes, son épouse et leur enfant aux fins de l'exercice des droits créés, dans le chef de cette ressortissante, par le droit dérivé de l'Union relatif à la libre circulation des citoyens, au motif que le droit interne de l'État membre d'origine de cette femme ne prévoit ni l'institution du mariage entre personnes de même sexe ni la maternité de l'épouse de la mère biologique d'un enfant. Ceci vaut indépendamment de la question de savoir si la ressortissante de cet État membre est ou non la mère biologique ou légale de cet enfant en vertu du droit de son État membre d'origine et de la nationalité de l'enfant » (nous soulignons) (C.J.U.E., aff. pendante, *V.M.A. c. Stolichna Obshtina*, rayon « Pancharevo », C-490/20, ECLI:EU:C:2021:296).

131 Voy. p. ex. l'arrêt *Hay*, préc., point 26, et l'arrêt *MB*, préc., point 29.

132 Voy. p. ex. l'arrêt *Garcia Avello*, préc., point 25, et l'arrêt *Coman*, préc., point 37.

133 Voy. l'arrêt *MB*, préc., point 29.

134 Voy. p. ex. C.J.U.E., 24 novembre 2016, *Parris*, C-443/15, EU:C:2016:897, point 59, et l'arrêt *Coman*, préc., point 37.

personnelle (le nom<sup>135</sup> et le sexe<sup>136</sup>) ou aux liens familiaux (conjugaux<sup>137</sup> et parentaux<sup>138</sup>), les États doivent respecter le droit de l'Union.

Au demeurant, l'article 4, 2°, du Traité sur l'Union européenne dispose que « l'Union respecte l'égalité des États membres devant les traités ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles ». Dans sa jurisprudence familiale, la Cour a notamment considéré que le refus des titres de noblesse (*Sayn*<sup>139</sup>) ou le refus du mariage homosexuel (*Coman*<sup>140</sup>) étaient des éléments méritant d'être pris en compte au titre de l'identité nationale des États en cause. De façon plus générale, l'avocate générale Juliane Kokott indique, dans ses conclusions prises dans l'affaire *V.M.A.* précitée, que « la définition, au sens juridique, de ce qu'est une famille ou l'un de ses membres touche [...] aux structures fondamentales d'une société » de sorte que « cette définition est [...] susceptible de relever de l'identité nationale d'un État membre »<sup>141</sup>. L'invocation de l'identité nationale par un État membre ne peut évidemment toutefois constituer un blanc-seing propre à justifier n'importe quelle restriction ou différenciation : elle s'interprète comme une invocation de l'ordre public et donne lieu à une mise en balance avec les intérêts découlant du droit de l'Union<sup>142</sup> et en particulier – souligne Juliane Kokott – avec les droits fondamentaux garantis par la Charte<sup>143</sup>.

Il s'agit donc – en somme – d'articuler ou de concilier le respect des compétences étatiques et des identités nationales et la pleine mise en œuvre des politiques et valeurs européennes portées par la Charte, les traités et le droit dérivé. Dans un certain nombre d'arrêts, la Cour de justice renvoie expressément au concept de marge d'appréciation<sup>144</sup> pour désigner la latitude ou la

135 Voy. p. ex. l'arrêt *Garcia Avello*, préc., point 25.

136 Voy. p. ex. l'arrêt *MB*, préc., points 29-30.

137 Voy. p. ex. l'arrêt *Hay*, préc., points 26-27, et l'arrêt *Coman*, préc., point 38.

138 Voy., à cet égard, les conclusions de l'av. gén. Kokott dans *V.M.A. c. Stoliczna Obshtina*, préc., point 58 (« il est certes vrai que le droit de l'Union ne régit pas, en l'état actuel de son évolution, les règles relatives à l'établissement de l'état civil d'une personne et, plus particulièrement, à la filiation » [nous soulignons]).

139 C.J.U.E., 22 décembre 2010, *Ilonka Sayn-Wittgenstein c. Landeshauptmann von Wien*, C-208/09, ECLI:EU:C:2010:806, points 83-84.

140 Préc., points 42-43.

141 Conclusions de l'av. gén. Kokott dans *V.M.A. c. Stoliczna Obshtina*, préc., point 79. Les deux paragraphes précédant cette affirmation sont intéressants : « 77. [...] Le droit de la famille est une matière juridique particulièrement sensible qui est caractérisée par une pluralité de conceptions et de valeurs à l'échelle des États membres et des sociétés qui les composent. *Le droit de la famille – qu'il soit fondé sur des valeurs traditionnelles ou plus « modernes » – est l'expression de l'image de soi d'un État* tant sur le plan politique que sur le plan social. Il peut être basé sur des idées religieuses ou marquer le renoncement de l'État concerné à ces idées. Dans cette optique, cependant, il est en tout cas une expression de l'identité nationale inhérente aux structures fondamentales politiques et constitutionnelles. 78. Qui plus est, les règles définissant les liens familiaux revêtent une importance primordiale pour le fonctionnement de la collectivité étatique en général. Ainsi, la filiation d'une personne détermine, lorsqu'un État applique à cet égard le *ius sanguinis*, la nationalité et donc l'appartenance même d'une personne à un État donné » (nous soulignons).

142 Voy. l'arrêt *Sayn*, préc., points 83-84.

143 Conclusions de l'av. gén. Kokott dans *V.M.A. c. Stoliczna Obshtina*, préc., point 80.

144 Voy., à cet égard, F. J. MENA PARRAS, « From Strasbourg to Luxembourg? Transposing the margin of appreciation concept into EU law », Centre Perelman de philosophie du droit, Working Paper n° 2015/7 ([www.philodroit.be](http://www.philodroit.be)). Voy. aussi S. BARBOU DES PLACES et N. DEFFAINS, « Morale et marge nationale d'appréciation dans la jurisprudence des Cours européennes », in S. BARBOU DES PLACES, R. HERNU et P. MADDALON (dir.), *Morale(s) et droits européens*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 49-72.

discrétion laissée aux États dans la définition de cet équilibre délicat. Ainsi, les États membres jouissent-ils d'une marge d'appréciation dans la mise en œuvre de (certaines dispositions) des directives 2003/86<sup>145</sup> et 2004/38<sup>146</sup> relatives au regroupement familial. La notion apparaît aussi dans la jurisprudence relative à la politique sociale fondée sur la directive 2000/78<sup>147</sup>, même si elle n'est pas intervenue dans les arrêts *Maruko*, *Romer* et *Hay*, ce qui peut être lié à la circonstance que l'État ne proposait aucune justification pour la différenciation litigieuse, étant entendu qu'en tout état de cause, « une dérogation au principe d'interdiction des discriminations doit être interprétée de manière stricte »<sup>148</sup>. En outre, la détermination de ce qui relève de l'identité nationale et/ou de l'ordre public implique aussi l'allocation à l'État d'une certaine marge de manœuvre. Ainsi, la Cour a-t-elle indiqué, dans *Sayn*, que « les circonstances spécifiques qui pourraient justifier d'avoir recours à la notion d'ordre public peuvent varier d'un État membre à l'autre et d'une époque à l'autre. Il faut donc, à cet égard, reconnaître aux autorités nationales compétentes une marge d'appréciation dans les limites imposées par le traité »<sup>149</sup>. Dans l'affaire *V.M.A.*, Mme Kokott a indiqué, à cet égard, que, lorsque ce qui est réclamé sur le fondement de l'Union est de nature à altérer une « expression fondamentale de l'identité nationale » comme, en l'espèce, la reconnaissance d'un lien de filiation homoparental, une « restriction de l'intensité du contrôle s'impose »<sup>150</sup>. Elle a aussi indiqué que « l'intensité du contrôle des mesures nationales restreignant les libertés fondamentales dépend, de manière générale, du degré d'harmonisation de la matière concernée » et que, « dans la mesure où une matière ne fait pas (encore) l'objet d'une harmonisation au niveau de l'Union ou qu'elle relève de la compétence des États membres, la Cour accorde une marge d'appréciation étendue aux États membres »<sup>151</sup> : il apparaît alors que la marge d'appréciation mise en œuvre par la Cour de justice est sensible – comme la marge d'appréciation strasbourgeoise – à l'approche consensuelle fondée sur les convergences ou divergences existant entre les États.

## II. Les transformations du droit belge de la famille

Les développements qui précèdent rendent compte de ce qu'il existe aujourd'hui bel et bien un droit européen de la famille qui encadre la production

145 C.J.U.E., 27 juin 2006, *Parlement c. Conseil*, C-540/03, ECLI:EU:C:2006:429, spéc. points 59-62. Voy. aussi, dans cet ouvrage, la contribution de S. SAROLEA, « Le regroupement familial des ressortissants de pays tiers ».

146 C.J.U.E., 12 décembre 2019, *TB c. Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal*, C-519/18, ECLI:EU:C:2019:1070, point 40. Voy. aussi, dans cet ouvrage, la contribution de M. LYS, « Le regroupement familial des citoyens européens ».

147 C.J.U.E. (gde ch.), 12 janvier 2010, *Domnica Petersen c. Berufungsausschuss für Zahnärzte für den Bezirk Westfalen-Lippe*, C-341/08, ECLI:EU:C:2010:4, points 51-52.

148 Arrêt *Hay*, préc., point 46.

149 Arrêt *Sayn*, préc., point 87. Voy. aussi F. J. MENA PARRAS, « From Strasbourg to Luxembourg? Transposing the margin of appreciation concept into EU law », *op. cit.*, p. 14.

150 Conclusions de l'av. gén. KOKOTT dans *V.M.A. c. Stolichna Obshtina*, préc., points 95-97 et 106.

151 Conclusions de l'av. gén. KOKOTT dans *V.M.A. c. Stolichna Obshtina*, préc., point 89.

étatique des normes familiales, tout en laissant aux États une certaine latitude permettant l'expression de particularismes nationaux. Certains États utilisent alors le mécanisme de la marge d'appréciation pour tenter de préserver une conception traditionnelle de la famille au détriment des aspirations individuelles à la liberté et à l'égalité. Tel n'est assurément pas le cas de la Belgique qui a embrassé de longue date une approche libérale largement au diapason de la conception européenne de la famille comme lieu d'épanouissement des personnes plutôt que comme institution à protéger.

Un arrêt rendu par la Cour constitutionnelle le 7 novembre 2013 à propos du droit de l'enfant d'agir en contestation de sa paternité<sup>152</sup> en témoigne à notre avis de façon assez spectaculaire : on peut en lire un extrait ci-dessus. La Cour y considère que l'impossibilité absolue de contester la paternité en raison de l'existence d'une possession d'état dans le chef du père juridique n'est pas compatible avec les articles 22 de la Constitution et 8 de la CEDH (B.18). Elle indique ensuite que « le fait que la Cour [EDH] ait jugé qu'une décision de justice appliquant un régime comparable à la mesure en cause ne violait pas l'article 8 [...] ne change rien à ce qui précède » dès lors que « [les] États membres du Conseil de l'Europe [...] jouissent d'une grande marge d'appréciation en ce qui concerne la réglementation visant à fixer le statut juridique de l'enfant » (B.19). Il apparaît donc que, dans cette décision, la Cour constitutionnelle se prévaut de la marge d'appréciation, *non pas* pour justifier une restriction aux droits individuels, *mais bien* – à l'inverse – pour expliquer son choix d'aller au-delà de ce qu'impose la Cour de Strasbourg dans son interprétation du droit au respect de la vie familiale. Assurément peu commune<sup>153</sup> et probablement superflue, cette démarche illustre à nos yeux de façon édifiante que l'ordre juridique belge n'a pas seulement « assimilé » la dynamique des droits portée par l'eupéanisation du droit de la famille, mais s'emploie souvent à l'amplifier ou à la dépasser.

Par-delà cet indéniable « libéralisme familial » qui caractérise le droit belge dans son ensemble, il faut prendre acte de ce que la réglementation de la vie familiale est désormais un processus complexe et polyphonique résultant des actions combinées de multiples acteurs. Assurément, le droit familial n'a pas été épargné par le mouvement de fédéralisation de l'État belge, de sorte que, si la régulation de la vie familiale reste largement dévolue à l'autorité fédérale, certains de ses aspects relèvent à présent des compétences communautaires et régionales (A). Plus fondamentalement, la dynamique législative classique, basée sur un travail parlementaire approfondi et vouée à l'édition de normes légales durables, est infléchie par une double évolution : en amont, les autorités gouvernementales tendent à imposer vigoureusement leur « agenda »

152 C. const., arrêt n° 147/2013 du 7 novembre 2013.

153 Voy. d'ailleurs S. RAES, « Het afstammingsrecht opnieuw onder vuur door het Grondwettelijk Hof: gevolgen voor minnelijk verdeelde nalatenschappen », *Not. Fisc. Maand.*, 201, p. 187.

aux assemblées légiférantes ; en aval, le juge constitutionnel tend – quant à lui – à « déconstruire » les réformes adoptées (B). On ne peut enfin ignorer les transformations qui affectent la nature même des normes de droit de la famille : alors que le Code Napoléon réunissait des règles obligatoires et univoques laissant peu d'espace à l'autonomie de la volonté et à l'interprétation judiciaire, le droit de la famille contemporain s'est largement « flexibilisé » et permet la détermination de solutions « individualisées » par les individus eux-mêmes ou – subsidiairement – par le juge (C).

### A. Les transferts de compétence

La vie familiale continue, en droit belge, de relever principalement de la collectivité fédérale. Sous réserve des compétences limitées transférées aux Communautés (2) et aux Régions (3) au fil des réformes de l'État belge, la régulation juridique de la vie familiale conjugale et parentale reste une responsabilité de l'État fédéral (1).

#### 1. Les compétences de l'État fédéral : les matières « résiduelles »

Le droit de la famille relève ainsi des matières dites « résiduelles » qui relèvent de la compétence de la collectivité fédérale parce qu'elles n'ont été expressément attribuées à aucune entité fédérée par la Constitution ou par la loi<sup>154</sup>.

C'est, aujourd'hui comme en 1804, dans le Code civil que l'on trouve la quasi-totalité des règles de droit familial substantiel : la dimension « personnelle » des liens familiaux (mariage, divorce, filiation, adoption) est régie par les dispositions du livre I<sup>er</sup> (« Des personnes »), tandis que leur dimension « patrimoniale » (régimes matrimoniaux, successions, libéralités) est soumise aux dispositions du livre III (« Manières dont on acquiert la propriété »). Évidemment, comme en témoignent les développements du présent ouvrage, de nombreux autres textes législatifs fédéraux, codifiés ou non, intéressent plus ou moins directement les relations familiales : l'on évoque à cet égard parfois, par exemple, le « droit pénal de la famille »<sup>155</sup> ou bien le « droit social de la famille » ou encore le « droit fiscal de la famille ». Au demeurant, les relations familiales génèrent, on le sait, un contentieux significatif attribué à une juridiction spécialisée : le livre IV du Code judiciaire contient, depuis 2013<sup>156</sup>, un chapitre spécifiquement dédié aux « demandes relatives aux droits et devoirs

154 Voy. not. F. DELPÉREÉ, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 2000, p. 586 ; K. REYBROUCK, « De classificatie van de federale bevoegdheden: residuair, voorbehouden, toegewezen of uitgezonderd? », *T.B.P.*, 2020/4, pp. 186 et s.

155 Le Code pénal contient d'ailleurs plusieurs titres ou chapitres visant spécifiquement la famille : le titre VII du livre II consacré aux « Crimes et délits contre l'ordre des familles et contre la moralité publique » ; au sein du titre suivant (le titre VIII consacré aux « Infractions contre les personnes »), un chapitre III est dédié aux « Atteintes aux mineurs, aux personnes vulnérables et à la famille ».

156 Loi du 30 juillet 2013 portant création d'un tribunal de la famille et de la jeunesse, *M.B.*, 27 septembre 2013, p. 68429.

qui naissent des relations familiales »<sup>157</sup>. Il reste que l'étude et la pratique du droit de la famille reposent aujourd'hui encore essentiellement sur les dispositions du Code civil hérité de la France napoléonienne et progressivement amendé pour accompagner les évolutions et les révolutions de la vie familiale<sup>158</sup>. Il est à cet égard peut-être surprenant ou paradoxal de constater que, par-delà les nombreuses réformes – marginales ou fondamentales – apportées à la matière depuis deux cents ans, le familialiste de 2021 ne se sent pas perdu lorsqu'il a la curiosité de consulter le texte de 1804<sup>159</sup> : il y trouve une structure globalement identique et même un certain nombre de dispositions dont le texte est demeuré intact depuis leur formulation originelle.

Cette édifiante pérennité du cadre normatif du droit de la famille se trouve aujourd'hui menacée. On sait en effet qu'est en cours un vaste chantier de réforme du Code civil conçu comme une « refonte globale ».

Au terme de cette ambitieuse entreprise, le Code civil devrait contenir neuf livres, suivant une table des matières arrêtée par la loi du 13 avril 2019<sup>160</sup>. Les règles de droit familial se répartiraient dans deux d'entre eux : le livre 2 intitulé « Les personnes, la famille et les relations patrimoniales des couples » et le livre 4 intitulé « Les successions, donations et testaments ». La *summa divisio* classique distinguant le droit « des personnes » et le droit « patrimonial » semble donc évacuée sans, à vrai dire, que l'on perçoive immédiatement le sens précis que le législateur entend donner au nouveau découpage. Évacuée de la table des matières du Code, la distinction semble encore prévaloir dans le travail législatif, puisqu'une proposition de loi du 20 mai 2020 actuellement pendante<sup>161</sup> porte sur le droit patrimonial des couples (qui relèvera du livre 2) et le droit des successions et libéralités (qui relèvera du livre 4). L'exposé des

157 Voy. not. A.-C. VAN GYSEL (dir.), *Le contentieux familial*, Précis de la Faculté de droit et de criminologie de l'ULB, Limal, Anthemis, 2017.

158 Voy., à cet égard, le numéro spécial du *Journal des tribunaux* paru le 18 mars 2004 célébrant le bicentenaire du Code civil. Il réunit de nombreuses contributions signées par les meilleurs auteurs et faisant le point, dans toutes les grandes matières du droit de la famille, sur les réformes successives apportées aux textes originels de 1804. P. ex., D. STERCKX, « Le mariage », *J.T.*, 2004, p. 257, ou A.-C. VAN GYSEL, « Deux siècles de droit de la filiation », *J.T.*, 2004, p. 263.

159 Pour s'en convaincre, le lecteur parcourra le texte original disponible sur le site de la Bibliothèque nationale de France à l'adresse : <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5406276n.textelimage>.

160 Loi du 13 avril 2019 portant création d'un Code civil et y insérant un livre 8 « La preuve », *M.B.*, 14 mai 2019, p. 46353. Voy. le chapitre 2 « Nouveau Code civil » qui contient un unique article 2 détaillant ladite table et précisant, au demeurant, qu'« à compter de l'entrée en vigueur de la présente loi, le Code civil du 21 mars 1804 portera l'intitulé "ancien Code civil" ». La loi est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> novembre 2020 de sorte que le Code civil tel que nous le connaissons et continuons de l'appliquer et de l'étudier et auquel les contributions de cet ouvrage se réfèrent évidemment constamment est bel et bien, d'ores et déjà, si l'on veut être tout à fait précis, l'« ancien Code civil ». Les lecteurs et les lectrices pardonneront que, par simplicité et par facilité, et parce que les contributions ont été rédigées avant le 1<sup>er</sup> novembre 2020, les textes réunis ci-après mentionnent simplement le « Code civil » lorsqu'ils renvoient aux dispositions de droit familial qui sont issues de ses livres I<sup>er</sup> et III actuels.

161 Proposition de loi portant le livre 2, titre 3, « Les relations patrimoniales des couples », et le livre 4, « Les successions, donations et testaments » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2019-2020, n° 55-1272/1. L'exposé des motifs indique que les lois du 31 juillet 2017 et du 22 juillet 2018 réformant respectivement les successions et les régimes matrimoniaux avaient accordé au Roi le pouvoir de « codifier » les dispositions relatives à ces matières dans le nouveau Code civil. La professeure Hélène Casman a été désignée par arrêté royal pour procéder à cette codification, mais, lors de l'examen de son projet d'arrêté royal, le Conseil d'État a estimé que ses dispositions excédaient les pouvoirs conférés au Roi dès lors que la reformulation de certaines dispositions s'apparentait à une véritable réécriture, ce qui avait pour effet d'« introduire des modifications de fond ou en tout cas des modifications de forme susceptibles d'affecter le fond en raison notamment des questions d'interprétation imprévues qu'elles pourraient soulever » (*Doc. parl.*, Ch. repr., 2019-2020, n° 55-1272/1, pp. 5-6).

motifs indique que la proposition vise « à actualiser les textes, à les rendre, là où cela s'impose, plus clairs et plus lisibles, à les agencer dans une structure plus logique ; à introduire ces dispositions dans le (nouveau) Code civil en préservant sa cohérence avec les autres livres formant le nouveau Code civil »<sup>162</sup>.

Le système d'identification des dispositions est modifié : la numérotation recommence au début de chaque livre et les articles sont désignés par un numéro indiquant le livre dans lequel ils figurent et leur place au sein de celui-ci. La première disposition figurant dans le livre 4 est ainsi l'article 4.1 intitulé « Ouverture de la succession ». On pourrait considérer qu'il ne s'agit là que d'un trivial changement formel n'appelant pas de commentaire particulier, mais on aperçoit rapidement que cette modification n'est pas purement cosmétique et va impacter de façon significative la pratique et l'étude du droit de la famille. Alors que, comme nous l'indiquions, le Code de 1804 demeurait un territoire familier au juriste du XXI<sup>e</sup> siècle, le Code nouveau constituera probablement pour longtemps un environnement déconcertant pour les générations formées à l'usage du Code ancien. Plus grave, ainsi que le souligne le professeur Van Gysel, le *lifting* du Code civil complexifiera très substantiellement la consultation utile de la jurisprudence et de la doctrine relatives aux anciennes dispositions, puisqu'il faudra recourir aux laborieuses tables de concordance<sup>163</sup>.

## 2. Les compétences des Communautés : les matières « personnalisables »

Parmi les compétences qui ont été attribuées aux Communautés<sup>164</sup>, ce sont en particulier les matières dites « personnalisables », communautarisées en 1980 lors de la deuxième réforme de l'État, qui ont un impact sur la vie familiale<sup>165</sup>. Ces matières sont, comme leur nom l'indique, des matières qui sont « étroitement

<sup>162</sup> *Doc. parl.*, Ch. repr., 2019-2020, n° 55-1272/1, p. 6.

<sup>163</sup> Notre collègue va jusqu'à évoquer une « remise à zéro de la littérature juridique belge » et « une dégradation massive de la science juridique dans notre pays » (A.-C. VAN GYSEL, *La famille*, coll. Précis de la Faculté de droit et de criminologie de l'ULB, Limal, Anthemis, 2018, p. 9). Voy. les vives critiques émises en réponse à ces propos par les professeurs Verbeke et Casman : A. L. VERBEKE et H. CASMAN, « Invitation à un dialogue communautaire sincère en droit patrimonial de la famille », *J.T.*, 2020, p. 535. Voy. aussi les appréciations formulées à propos de la recodification dans d'autres matières et, p. ex., P. WÉRY, « L'avènement du nouveau Code civil », *R.D.C.*, 2019, p. 619 (« le Code civil de 1804 a fait son temps. Ses dispositions relatives au droit des obligations n'ont pu résister à l'épreuve du temps que par le travail d'interprétation de la doctrine et de la jurisprudence. Le nouveau droit des obligations, qu'avec bien d'autres, nous appelons de nos vœux, devra dépoussiérer les dispositions du Code, tout en consacrant certains acquis doctrinaux et jurisprudentiels »), ou B. DUBUISSON, « Faut-il réformer le Code civil (II) ? Interrogations et propositions concernant la responsabilité extracontractuelle », *J.T.*, 2016, p. 673 (« le travail de révision à entreprendre est loin d'être anodin. Il ne faut toucher au Code civil qu'avec des mains tremblantes, mais dès lors qu'on a résolu d'y toucher, ce qui semble être la ferme intention de notre ministre de la Justice, il y a lieu de mener une réforme ambitieuse et équilibrée en se montrant à la hauteur de la tâche confiée. Pourvu que Portalis nous veuille absoudre ! »).

<sup>164</sup> Les compétences ayant été attribuées aux trois Communautés du pays sont identifiées par les articles 127 et suivants de la Constitution ainsi que par les articles 4 et 5 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, auxquels renvoie l'article 4 de la loi de réformes institutionnelles pour la Communauté germanophone s'agissant des compétences qui la concernent.

<sup>165</sup> On peut mentionner aussi les matières culturelles que les articles 127, § 1<sup>er</sup>, 1<sup>o</sup>, et 130, § 1<sup>er</sup>, 1<sup>o</sup>, de la Constitution confient aux trois Communautés, puisqu'une série d'entre elles est susceptible d'impacter indirectement la vie familiale (la politique de la jeunesse, la formation préscolaire dans les préguardiennats, la formation postscolaire et parascolaire). On peut mentionner également l'enseignement que les articles 127, § 1<sup>er</sup>, 2<sup>o</sup>, et 130, § 1<sup>er</sup>, 3<sup>o</sup>, de la Constitution confient aux trois Communautés. La Cour constitutionnelle a notamment jugé, dans son arrêt n° 107/2009, que l'enseignement à domicile constitue une matière communautaire.

liées à la vie de l'individu dans sa communauté »<sup>166</sup> dont on a considéré, lors de la deuxième réforme de l'État, que, dans la mesure où elles « requièrent, pour leur mise en œuvre, une relation individualisée entre le bénéficiaire et le dispensateur de prestation [...], cette relation doit s'établir en tenant compte des conceptions sociales qui sont propres à chaque communauté et en respectant la langue qui est spécifique à ses ressortissants »<sup>167</sup>. Ces matières sont confiées aux Communautés par les articles 128, § 1<sup>er</sup>, et 130, § 1<sup>er</sup>, 2<sup>o</sup>, de la Constitution qui précisent qu'une loi spéciale en arrête le contenu. La loi spéciale du 8 août 1980<sup>168</sup> identifie alors les matières personnalisables au rang desquelles figurent, notamment, l'« aide aux personnes » qui inclut la politique familiale (art. 5, § 1<sup>er</sup>, II, 1<sup>o</sup>), la protection de la jeunesse (art. 5, § 1<sup>er</sup>, II, 6<sup>o</sup>) et – depuis 2014 – les prestations familiales (art. 5, § 1<sup>er</sup>, IV).

#### a) *L'aide à la jeunesse et la protection de la jeunesse*

L'aide à la jeunesse a initialement été réglementée par la loi du 15 mai 1912, puis la loi du 8 avril 1965<sup>169</sup>, avant que la matière ne soit partiellement transférée aux Communautés.

Dans sa première formulation, l'article 5 de la loi spéciale du 8 août 1980 a attribué des compétences en matière d'aide à la jeunesse aux Communautés de façon particulièrement lapidaire, puisqu'il visait, sans autre explication, « la protection de la jeunesse, à l'exception des matières relevant du droit civil, du droit pénal et du droit judiciaire ». S'en est suivie une période assez confuse où les législateurs communautaires se sont apprêtés à prendre des dispositions concrétisant cette nouvelle compétence, alors même que la portée du transfert était controversée, s'agissant, en particulier, de la question de savoir s'il se limitait à l'organisation de l'« aide consentie » ou s'étendait également à l'« aide contrainte ». Après un avis du Conseil d'État et un arrêt de la Cour d'arbitrage<sup>170</sup>, le législateur spécial est réintervenu (loi spéciale du 8 août 1988<sup>171</sup>) pour déterminer de façon plus précise l'ampleur des compétences communautaires : en vertu de l'article 5 modifié, la Communauté est compétente pour ce qui concerne les « mineurs en danger », tandis que le fédéral reste compétent pour les « mineurs délinquants » (art. 5, § 1<sup>er</sup>, II, 6<sup>o</sup>, d), de la loi spéciale du 8 août 1980). Les Communautés ont alors pu – à la faveur

166 *Doc. parl.*, Ch. repr., 1977-1978, n° 461/1, p. 28, cité par F. DELPÉRE, *Le droit constitutionnel de la Belgique, op. cit.*, p. 825.

167 F. DELPÉRE, *Le droit constitutionnel de la Belgique, op. cit.*, p. 825.

168 Loi spéciale de réforme institutionnelle du 8 août 1980, *M.B.*, 15 août 1980, p. 9434, pour la Communauté française et la Communauté flamande. S'agissant de la Communauté germanophone, l'article 4, § 2, de la loi spéciale du 31 décembre 1983 renvoie expressément à l'article 5, § 1<sup>er</sup>, de la loi spéciale du 8 août 1980 (voy. la loi spéciale du 31 décembre 1983 de réformes institutionnelles pour la Communauté germanophone, *M.B.*, 18 janvier 1984, p. 611).

169 Loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse, à la prise en charge des mineurs ayant commis un fait qualifié infraction et à la réparation du dommage causé par ce fait, *M.B.*, 15 avril 1965, p. 4014.

170 C.A., arrêt n° 66/88 du 30 juin 1988.

171 Loi du 8 août 1988 modifiant la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, *M.B.*, 13 août 1988, p. 11367.



de cette clarification – adopter leurs législations respectives relatives à l'aide à la jeunesse<sup>172</sup>.

Une nouvelle évolution significative est intervenue, en 2014, avec la sixième réforme de l'État<sup>173</sup>, puisque celle-ci a approfondi la communautarisation de la matière : le législateur communautaire est désormais compétent aussi bien pour les « mineurs en “conflit avec la loi” » que pour les « mineurs en danger ». Ainsi, en vertu de la loi spéciale modifiée, les législateurs communautaires sont désormais compétents pour la détermination des « mesures qui peuvent être prises à l'égard des mineurs ayant commis un fait qualifié d'infraction ». Ne restent en conséquence dans le giron fédéral que l'organisation des tribunaux de la jeunesse, leur compétence territoriale et la procédure devant eux, de même que l'exécution des peines à l'égard des mineurs ayant fait l'objet d'un dessaisissement<sup>174</sup>. Les Communautés se sont alors dotées de nouvelles dispositions donnant corps à leurs nouvelles compétences : en Communauté française, c'est un véritable « Code » qui est porté par le décret du 18 janvier 2018<sup>175</sup>.

#### b) L'adoption

L'institution de l'adoption était déjà prévue par le Code Napoléon de 1804, même si elle s'y présentait sous des traits très différents de ceux de l'adoption telle que nous la connaissons aujourd'hui<sup>176</sup>. Maintes fois réformé, le droit belge de l'adoption trouve encore sa principale source dans les dispositions des articles 343 et suivants du Code civil.

Il reste que, sur la base de leur compétence en matière d'aide aux personnes telle qu'elle découle de la loi spéciale du 8 août 1980, les Communautés ont également adopté des réglementations relatives à l'adoption. En Communauté flamande, un décret du 3 mai 1989 a ainsi organisé l'agrément des services d'adoption<sup>177</sup>. En Communauté française, les dispositions relatives à l'adoption ont été intégrées au décret du 4 mars 1991 relatif à l'aide à la jeunesse<sup>178</sup>. Ainsi que l'indique le projet de décret côté francophone, « si l'adoption relève du

172 Décret Comm. fl. du 4 avril 1990 relatif à l'assistance spéciale à la jeunesse, *M.B.*, 8 mai 1990, p. 8925 ; décret Comm. fr. du 4 mars 1991 relatif à l'aide à la jeunesse, *M.B.*, 12 juin 1991, p. 13028 ; décret Comm. germ. du 20 mars 1995 concernant l'aide à la jeunesse, *M.B.*, 26 avril 1995, p. 11044.

173 Loi spéciale du 6 janvier 2014 relative à la sixième réforme de l'État, *M.B.*, 31 janvier 2014, p. 8641.

174 Proposition de loi spéciale relative à la sixième réforme de l'État, *Doc. parl.*, Sénat, 2012-2013, n° 5-2232/1, pp. 53 et s. Voy. not. J. FIERENS, « La protection de la jeunesse “communautarisée” et l'Observation générale n° 24 du Comité des droits de l'enfant – Partie I », *Act. dr. fam.*, 2019, pp. 302 et s.

175 Décret du 18 janvier 2018 portant le Code de la prévention, de l'aide à la jeunesse et de la protection de la jeunesse, *M.B.*, 3 avril 2018, p. 31814. Suivant le projet de décret, celui-ci « a pour objet de renforcer la politique de prévention en faveur des jeunes et de leurs familles, d'améliorer les règles applicables en matière d'aide consentie et d'aide contrainte aux enfants en difficulté et en danger, qui sont actuellement prévues par le décret du 4 mars 1991 relatif à l'aide à la jeunesse [...], et d'exercer la nouvelle compétence de la Communauté française à l'égard des jeunes ayant commis un fait qualifié d'infraction avant l'âge de dix-huit ans » (*Doc.*, 2016-2017, n° 467/1, p. 11).

176 Elle a vocation à permettre à une personne sans descendance d'avoir un héritier à qui transmettre son nom et son patrimoine ; dès lors, elle n'est ouverte qu'aux personnes âgées de plus de 50 ans sans enfants ni descendants (art. 343 anc. C. civ.) et ne peut avoir lieu avant la majorité de l'adopté (art. 346 anc. C. civ.).

177 Décret Comm. fl. du 3 mai 1989 portant agrément des services d'adoption, *M.B.*, 12 août 1989, p. 14123.

178 Décret Comm. fr. du 4 mars 1991 relatif à l'aide à la jeunesse, *M.B.*, 12 juin 1991, p. 13028.

pouvoir national en tant que matière civile, toutes les mesures à prendre pour favoriser cette institution relèvent, elles, de la compétence des communautés »<sup>179</sup>. L'adoption est alors expressément indiquée parmi les mesures d'aide aux enfants abandonnés (art. 40 et s.), tandis qu'un chapitre organise l'agrément des organismes d'adoption (art. 50).

Une nouvelle évolution significative intervient avec la réforme de l'adoption portée par la loi du 24 avril 2003<sup>180</sup> qui prévoit, notamment, que les Communautés organisent la préparation et l'information des adoptants, recueillent des éléments psycho-médico-sociaux relatifs aux candidats et accompagnent et encadrent les demandes d'adoption internationale en collaboration avec les autorités des pays d'origine : elles créent, à ces différentes fins, une Autorité centrale communautaire (ACC)<sup>181</sup>. En Communauté française, on adopte alors le décret du 31 mars 2004<sup>182</sup> qui règle, aujourd'hui encore, les aspects communautarisés du droit de l'adoption. Suivant le projet de décret, « ces nouvelles compétences se fondent sur l'acquis et l'expertise développés par les Communautés en cette matière et déploient considérablement leur champ d'action »<sup>183</sup>. Dans son avis, le Conseil d'État a estimé, à cet égard, que « les Communautés peuvent se fonder sur leur compétence en matière de protection de la jeunesse [...] pour mener les politiques d'aide, d'accompagnement et d'assistance des candidats adoptants et des mineurs concernés et pour régler l'agrément et le subventionnement des organismes d'adoption agissant dans ce cadre »<sup>184</sup>. Un accord de coopération a, au demeurant, été passé – en décembre 2005 – entre l'État et les Communautés relativement à la mise en œuvre de la loi<sup>185</sup>.

### c) *Les allocations familiales*<sup>186</sup>

L'accord de gouvernement du 1<sup>er</sup> décembre 2011 prévoyait à la fois la consécration du droit aux prestations familiales dans la Constitution et un transfert de la compétence relative aux prestations familiales aux Communautés. L'article 23 de la Constitution qui consacre le droit à la dignité humaine et décrit ses différents aspects comme le droit au travail, à la sécurité sociale ou à un logement décent est ainsi augmenté d'un 6<sup>o</sup> qui vise expressément les

179 Projet de décret relatif à l'aide à la jeunesse, *Doc.*, Cons. Comm. fr., 1990-1991, n° 165/1, p. 33.

180 Loi du 24 avril 2003 réformant l'adoption, *M.B.*, 16 mai 2003, p. 26956.

181 Projet de décret relatif à l'adoption, *Doc.*, Parl. Comm. fr., 2003-2004, n° 509/1, p. 3.

182 Décret du 31 mars 2004 relatif à l'adoption, *M.B.*, 13 mai 2004, p. 38406.

183 *Doc.*, Parl. Comm. fr., 2003-2004, n° 509/1, p. 3.

184 *Doc.*, Parl. Comm. fr., 2003-2004, n° 509/1, p. 38.

185 Accord de coopération du 12 décembre 2005 entre l'État fédéral, la Communauté flamande, la Communauté française, la Communauté germanophone et la Commission communautaire commune relatif à la mise en œuvre de la loi du 24 avril 2003 réformant l'adoption, *M.B.*, 23 mars 2006, p. 16737.

186 Voy. not. V. FLOHIMONT et J.-F. NEVEN, « Allocations familiales : les enjeux du transfert à mi-parcours », *R.B.S.S.*, 2015/2, pp. 227-264 ; V. FLOHIMONT, « Allocations familiales, familles recomposées et transfert de compétences », *Rev. trim. dr. fam.*, 2018, p. 209 ; C. ROMAINVILLE et M. SOLBREUX, « La Sixième Réforme de l'État et les prestations familiales », in *La sécurité sociale dans l'État fédéral*, Limal, Anthemis, 2017, pp. 53-86 ; W. VAN EECKOUTTE, D. DUMONT et R. CARTON (dir.), *De communautariseren van de gezinsbijslagregeling – La communautarisation des allocations familiales*, Bruges-Bruxelles, die Keure-la Chartre, 2013. Voy. aussi, dans cet ouvrage, la contribution de Ch. LAMBERT et A. TASSIAUX, « Les allocations familiales ».

prestations familiales<sup>187</sup>. Au demeurant, la loi spéciale du 6 janvier 2014<sup>188</sup> portant la sixième réforme de l'État réalise le transfert de la compétence vers les Communautés : son article 12 modifie l'article 5 de la loi spéciale du 8 août 1980 pour ajouter, parmi les matières personnalisables, celle des « prestations familiales »<sup>189</sup>. La proposition de loi indique, à cet égard, que « la compétence en matière d'allocations familiales comprend la compétence complète, tant en matière d'allocations familiales [...] que d'allocations de naissance et de primes d'adoption. Elle comprend l'ensemble du régime des prestations familiales pour travailleurs salariés, travailleurs indépendants et le personnel du secteur public »<sup>190</sup>. Le transfert de compétences – effectif depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2019 en Communauté germanophone et en Communauté flamande, et depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2020 en Communauté française – est précédé d'une réforme des lois coordonnées sur les allocations familiales, opérée par une loi du 4 avril 2014<sup>191</sup> : le gouvernement explique, dans le projet de loi, qu'il s'agit de « mettre en place, avant le transfert de compétences aux entités fédérées, un cadre législatif unique en matière d'allocations familiales qui trouvera à s'appliquer tant vis-à-vis des travailleurs salariés que vis-à-vis des travailleurs indépendants ». Il est encore indiqué que « l'harmonisation de la réglementation en matière de prestations familiales permet dès lors de garantir la continuité de l'octroi des prestations familiales aux assurés sociaux, même après le transfert de compétence aux entités fédérées »<sup>192</sup>. Dans le même esprit, un accord de coopération a été passé le 6 septembre 2017 entre les collectivités fédérées s'agissant de la mise en œuvre de leurs nouvelles compétences<sup>193</sup> : en mesure désormais de se doter d'un « cadre propre », elles ont souhaité néanmoins s'accorder sur un « cadre commun »<sup>194</sup>. Quoique la matière ait été « communautarisée », la Communauté française n'a pas signé l'accord de coopération : la matière des prestations sociales est visée par le décret spécial du 3 avril 2014 qui transfère l'exercice de certaines compétences à la Région wallonne et à la Ccof<sup>195</sup>.

187 Révision de l'article 23 de la Constitution afin de garantir le droit aux allocations familiales, *M.B.*, 31 janvier 2014, p. 8585.

188 Loi spéciale du 6 janvier 2014 relative à la sixième réforme de l'État, *M.B.*, 31 janvier 2014, p. 8641.

189 Voy. pour une discussion de ce point : C. ROMAINVILLE et M. SOLBREUX, « La Sixième Réforme de l'État et les prestations familiales », *op. cit.*, pp. 54 et s.

190 Proposition de loi spéciale relative à la sixième réforme de l'État, *Doc. parl.*, Sénat, 2012-2013, n° 5-2232/1, p. 68.

191 Loi du 4 avril 2014 portant modification des lois coordonnées du 19 décembre 1939 relatives aux allocations familiales pour travailleurs salariés, *M.B.*, 5 mai 2014, p. 36144.

192 Projet de loi portant modification des lois coordonnées du 19 décembre 1939 relatives aux allocations familiales pour travailleurs salariés, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2013-2014, n° 53-3339/1, pp. 3-5.

193 Accord de coopération du 6 septembre 2017 entre la Communauté flamande, la Région wallonne, la Commission communautaire commune et la Communauté germanophone portant sur les facteurs de rattachement, la gestion des charges du passé, l'échange des données en matière de prestations familiales et les modalités concernant le transfert de compétence entre caisses d'allocations familiales, *M.B.*, 26 janvier 2018, p. 5910.

194 Voy., dans cet ouvrage, la contribution de Ch. LAMBERT et A. TASIAX, « Les allocations familiales ».

195 Décret spécial du 2 avril 2014 relatif aux compétences de la Communauté française dont l'exercice est transféré à la Région wallonne et à la Commission communautaire française, *M.B.*, 25 juin 2014, p. 47862.

La Région wallonne s'est donc dotée, en février 2018, d'un décret relatif aux prestations familiales<sup>196</sup>.

### 3. Les compétences des Régions : les droits de donation et de succession

Les droits de succession et d'enregistrement ont été régionalisés en deux temps : la loi spéciale du 16 janvier 1989 a d'abord inclus les droits de succession et les droits de donation dans la liste des impôts régionaux (art. 3) et confié aux Régions la fixation du taux et la détermination des exemptions (art. 4)<sup>197</sup>, tandis que, dans le sillage des « Accords du Lambermont », la loi spéciale du 13 juillet 2001 a étendu leur compétence à la détermination de la base imposable<sup>198</sup>. Dans sa contribution à cet ouvrage dédiée aux droits de donation et de succession, Lorette Rousseau indique que les Régions ont fait « largement usage » de leur autonomie fiscale de manière telle qu'un « fossé » sépare désormais leurs législations respectives. Dans une autre publication, elle a alors formulé un « plaidoyer pour une (certaine) harmonisation entre les régions » en faisant notamment valoir que « rien qu'en droits de donation et en droits de succession, les règles sont devenues à ce point différentes d'une Région à l'autre qu'il devient bien difficile aux praticiens du droit de s'y retrouver »<sup>199</sup>. À ses yeux, « l'absence de logique est d'ailleurs exacerbée par la concurrence que se livrent les législateurs fiscaux régionaux » : ainsi, note-t-elle, « il suffit qu'une région adopte une disposition avantageuse (le plus souvent, la Région flamande) pour que les deux autres régions suivent à plus ou moins brève échéance, en veillant malheureusement à chaque fois à ne pas purement et simplement “copier” les autres, comme pour “marquer son territoire” »<sup>200</sup>.

### B. Les inflexions de la dynamique législative

Si la vie familiale reste donc une matière essentiellement fédérale, encore faut-il bien relever les évolutions significatives qui affectent la dynamique législative en reléguant au second plan les chambres législatives, progressivement supplantées par d'autres acteurs. Ainsi, en amont, on observe une montée en puissance significative de l'exécutif dans l'impulsion et la conception des réformes (1), tandis qu'en aval, l'œuvre du législateur est souvent amendée ou corrigée, sinon entièrement déconstruite par la Cour constitutionnelle (2).

196 Décret Rég. w. du 8 février 2018 relatif à la gestion et au paiement des prestations familiales, *M.B.*, 1<sup>er</sup> mars 2018, p. 18020.

197 Loi spéciale du 16 janvier 1989 relative au financement des Communautés et des Régions, *M.B.*, 17 janvier 1989, p. 850.

198 Loi spéciale du 13 juillet 2001 portant refinancement des Communautés et extension des compétences fiscales des Régions, *M.B.*, 3 août 2001, p. 26646.

199 L. ROUSSEAU, « Droits d'enregistrement et de succession – Plaidoyer pour une (certaine) harmonisation entre les Régions », *Rec. gén. enr. not.*, 2011, p. 253.

200 Voy., dans cet ouvrage, la contribution de L. ROUSSEAU, « Droits de donation et de succession ».

### 1. En amont : la prépondérance de l'action gouvernementale dans les réformes du droit de la famille

Depuis un certain temps, les grandes réformes de droit de la famille semblent principalement initiées et conçues par le gouvernement fédéral et – plus spécifiquement – par le ministre de la Justice et son cabinet. Si cette implication de l'exécutif dans le processus de réévaluation et de reconstruction constant du droit belge de la famille commandé par la postmodernité familiale n'est pas en soi critiquable et s'il est même *a priori* louable qu'un gouvernement s'attache à mettre en œuvre le programme politique qu'il a annoncé, il reste que la façon dont les réformes sont menées a pu, à différentes reprises, susciter d'importantes réticences. Certains jugent ainsi que l'action gouvernementale se déploie parfois de façon expéditive, au détriment de la réflexion parlementaire et du dialogue démocratique que réclament la complexité des enjeux et la pluralité des visions.

Jean-Louis Renchon a notamment pu juger, à propos de la loi du 27 avril 2007 réformant le divorce<sup>201</sup>, qu'elle avait été adoptée de façon « précipitée », la ministre de la Justice ayant absolument souhaité faire passer un projet conforme à sa volonté de simplifier et d'accélérer le divorce, sans risquer un report à une législature ultérieure, alors même que des divergences d'appréciation existaient au niveau politique. On avait alors négligé – à ses yeux – aussi bien « les préoccupations exprimées par la société civile » que « l'exigence d'une loi bien rédigée », et il en résultait un texte « détonnant » qui était « [truffé] d'imprécisions, de contradictions ou de lacunes » et qui reflétait une « certaine vision idéologique » plutôt que « la recherche approfondie de solutions qui auraient pu être plus équilibrées »<sup>202</sup>.

Jehanne Sosson a semblablement pu considérer à propos de la loi du 8 mai 2014 modifiant le mode de transmission du nom à l'enfant<sup>203</sup> qu'« alors qu'elle était en gestation depuis plus de quinze ans, cette réforme [avait] fait l'objet d'un traitement accéléré et chaotique en fin de législature ». Pourtant, a-t-elle indiqué, ce débat « qui [pouvait] paraître anodin en apparence » touchait en réalité à des « principes fondamentaux ou choix de valeurs », tandis au surplus que la Cour constitutionnelle avait jugé le dispositif existant non discriminatoire<sup>204</sup>.

Au cours de la même législature, la professeure Sosson avait au demeurant été entendue durant l'élaboration de la loi du 5 mai 2014 portant établissement

201 Loi du 27 avril 2007 réformant le divorce, *M.B.*, 7 juin 2007, p. 30881.

202 J.-L. RENCHON, « La nouvelle réforme (précipitée) du droit belge du divorce : le "droit au divorce" », *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, pp. 925 et s., spéc. pp. 926-928.

203 Loi du 8 mai 2014 modifiant le Code civil en vue d'instaurer l'égalité de l'homme et de la femme dans le mode de transmission du nom à l'enfant et à l'adopté, *M.B.*, 26 mai 2014, p. 41053.

204 J. Sosson, « Filiation et parentalité. Trois réformes législatives aux alentours de la filiation », in *États généraux du droit de la famille*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 149. Voy. en ce sens, dans cet ouvrage, la contribution de J.-L. RENCHON, « Le nom ».

de la filiation de la coparente<sup>205</sup> et souligné qu'il s'agissait d'un changement important réclamant la « construction d'un droit réellement adapté ». Elle avait pointé des « questionnements de fond » et des « difficultés techniques »<sup>206</sup>, outre la nécessité d'intégrer – par souci de cohérence – la réglementation de la comaternité à une réforme globale de la filiation qui « ne [pourrait] pas être finalisée de si tôt tant elle [était] complexe »<sup>207</sup>. Ici encore, cependant, la volonté gouvernementale de faire aboutir un dossier à l'approche d'une échéance électorale paraît avoir éludé le dialogue sur les valeurs, la réflexion technique et la recherche de cohérence qui devraient sous-tendre l'élaboration de la loi<sup>208</sup>. Même si l'on peut se féliciter – c'est notre cas – de l'avènement de l'homoparenté en droit belge, il est à cet égard indéniable que la loi, précipitamment adoptée, a fait apparaître de nouvelles discriminations, en négligeant la situation des couples d'hommes aussi bien que celle des couples hétérosexuels recourant à la PMA « hétérologue »<sup>209</sup>.

Plus récemment, des critiques similaires ont pu être exprimées à propos des réformes du droit des successions<sup>210</sup> et des régimes matrimoniaux<sup>211</sup> adoptées en 2017 et 2018. Le professeur Renchon a relevé que la réforme avait été menée « au pas de charge » sans qu'il y ait « aucun véritable débat et dialogue, alors que l'enceinte parlementaire devrait *a priori* être le lieu où une réflexion approfondie peut être menée ». Il y voit une manifestation de la « quasi-disparition de la fonction législative du Sénat », mais aussi et surtout une illustration de « la manière de gouverner la Belgique qui devient inquiétante »<sup>212</sup>.

De son côté, le professeur Van Gysel a fait valoir que le « combat » des réformes patrimoniales s'était soldé par l'adoption d'une réforme génératrice d'« insécurité juridique » (s'agissant des époux séparés de biens), entachée d'une « faute politique majeure » (l'omission des couples non mariés) et législativement « assez chaotique », dès lors que le droit patrimonial post-réforme

205 Loi du 5 mai 2014 portant établissement de la filiation de la coparente, *M.B.*, 7 juillet 2014, p. 51703.

206 Projet de loi portant établissement de la filiation de la coparente, Annexes, *Doc. parl.*, Sénat, 2013-2014, n° 5-2445/5, p. 18.

207 Projet de loi portant établissement de la filiation de la coparente, Annexes, *préc.*, p. 12.

208 Voy. 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, spéc. p. 456. Comme l'indiquent ces auteures, il a été expressément reproché à la ministre, par un membre de la Commission de la Justice, de tirer argument de situations dramatiques pour apporter des changements importants à la loi en toute hâte avant les élections sans organiser les consultations d'experts académiques requises pour des évolutions aussi significatives (projet de loi portant établissement de la filiation de la coparente, Annexes, *Doc. parl.*, Sénat, 2013-2014, n° 5-2445/3, p. 8).

209 J.-E. BEERNAERT et N. MASSAGER, « La loi du 5 mai 2014 instaurant le régime de la comaternité : "Trois femmes, un homme et un couffin" », *Act. dr. fam.*, 2015, pp. 74-76.

210 Loi du 31 juillet 2017 modifiant le Code civil en ce qui concerne les successions et les libéralités et modifiant diverses autres dispositions en cette matière, *M.B.*, 1<sup>er</sup> septembre 2017, p. 81578.

211 Loi du 22 juillet 2018 modifiant le Code civil et diverses autres dispositions en matière de droit des régimes matrimoniaux, *M.B.*, 27 juillet 2018, p. 59435.

212 J.-L. RENCHON, « Regard d'ensemble sur la réforme du droit des successions », in P. MOREAU (dir.), *La réforme du droit des successions*, Actes du XV<sup>e</sup> colloque de l'Association Famille & Droit, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 6 et s. L'auteur rappelle, à cet égard, que la réforme des droits successoraux du conjoint survivant avait, quant à elle, donné lieu à des débats approfondis à la Chambre et au Sénat durant huit ans.

était « fait de morceaux séculaires, cousus avec des règles neuves, sans que le législateur se soit soucié d'harmoniser le tout en un ensemble cohérent »<sup>213</sup>.

Il faut convenir que cette perception n'est pas unanime et qu'une partie du monde académique accepte et soutient le dynamisme réformiste de l'exécutif<sup>214</sup>. Les professeurs Verbeke et Casman évoquent ainsi, quant à eux, le « tour de force réalisé par notre ministre de la Justice pour faire aboutir la réforme récente du droit patrimonial de la famille »<sup>215</sup>. On peut songer que c'est – en partie au moins – parce que la « vision » portée par les réformes est au diapason de leurs propres « convictions », même si ces auteurs sont aussi précisément ceux qui jugent que les experts académiques consultés dans le cadre des réformes devraient s'en tenir à un « rôle d'expert technique et de conseillers »<sup>216</sup>. On voit alors qu'au débat sur la qualité d'un processus législatif dominé par l'exécutif s'articule une discussion, que l'on ne peut évidemment ni décrire ni alimenter ici, sur la légitimité qu'ont ou non les experts du droit de la famille pour se prononcer sur ce qui leur paraît « socialement souhaitable » dans une branche du droit qui peut être à la fois « superbement technique et complexe » et « lourdement chargée sur le plan idéologique »<sup>217</sup>.

Nous partageons en tout cas quant à nous le sentiment que le pouvoir exécutif semble, depuis une dizaine d'années, « happé dans une frénésie législative »<sup>218</sup> potentiellement préjudiciable au dialogue démocratique, à la réflexion fondamentale et à la qualité législative : le recours intempestif aux lois « pots-pourris »<sup>219</sup>

213 A.-C. VAN GYSEL, « La réforme des régimes matrimoniaux, des successions et des libéralités : qui a gagné, qui a perdu ? », in *Perspectives sur le droit patrimonial de la famille après la réforme*, coll. UB<sub>3</sub>, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 186 et s. Voy. aussi les prophétiques considérations de Fabienne Tainmont qui indiquait, en 2013, à propos des futures réformes du droit patrimonial, que « se précipiter pour faire adopter, l'une après l'autre, une série de réformes, dont on peine à trouver le fil conducteur, dans une pure perspective d'échéance électorale, est un écueil à éviter absolument. Les praticiens appellent de leurs vœux une réforme du droit successoral depuis de nombreuses années. Prenons le temps de la mener, ensemble, sereinement » (F. TAINMONT, « Premier volet de la réforme du droit successoral. La loi du 10 décembre 2012 relative à l'indignité successorale, la résolution des donations, la déchéance des avantages matrimoniaux et la substitution », *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 678).

214 Voy., à cet égard, les échanges inhabituels et édifiants intervenus dans le *Journal des tribunaux* à propos des réformes de droit patrimonial : A. L. VERBEKE et H. CASMAN, « Invitation à un "dialogue communautaire sincère" en droit patrimonial de la famille », *J.T.*, 2020, pp. 535-537 ; CEFAP, « Oui, assurément, à un "dialogue communautaire sincère" en droit patrimonial de la famille », *J.T.*, 2020, p. 898.

215 A. L. VERBEKE et H. CASMAN, « Invitation à un "dialogue communautaire sincère" en droit patrimonial de la famille », *op. cit.*, p. 536.

216 *Ibid.*

217 *Ibid.* À cet égard, les membres du Centre de droit de la famille de l'UCLouvain indiquent, quant à eux, que « les professeurs de droit ne peuvent [...] pas être "fidèlement et strictement cantonnés dans le rôle d'experts techniques" » dès lors que « ce que les professeurs de droit, autant d'ailleurs que d'autres professeurs en sciences humaines, peuvent contribuer à "éclairer", ce sont précisément les enjeux politiques, sociaux et culturels de ces réformes » (CEFAP, « Oui, assurément, à un "dialogue communautaire sincère" en droit patrimonial de la famille », *op. cit.*, p. 898).

218 J.-L. RENÇON, « Le nouveau régime juridique du changement de sexe », *Rev. trim. dr. fam.*, 2018, p. 275.

219 Voy. p. ex. J. SAUVAGE, « La loi du 19 octobre 2015 et droit familial : pot réellement "pourri" ? », *Act. dr. fam.*, 2016, p. 22 (« la nouvelle loi du 19 octobre 2015 se fonde donc sur des objectifs louables, mais apparaît freinée par la précipitation inhérente à son adoption dans de brefs délais et les problèmes budgétaires qui en constituent pourtant la raison d'être »), ou F. DEGUEL, « Pot-pourri pour les personnes majeures protégées », *J.T.*, 2019, p. 386 (« N'oublions pas d'ailleurs que la loi du 17 mars 2013 réformant les régimes d'incapacité des personnes majeures devait – et doit toujours – faire l'objet d'une évaluation 9 ans après son entrée en vigueur (art. 224 de la loi du 17 mars 2013). Espérons que cette évaluation ne se fasse pas dans la précipitation et ne donne pas lieu à une nouvelle loi pot-pourri ! »).

et aux législations « réparatrices »<sup>220</sup> en est un autre avatar. Alors qu'émerge en doctrine le concept de « *slow law* »<sup>221</sup>, l'on peut probablement formuler le souhait – pieux ? – que les prochaines réformes procèdent d'une approche moins empressée, éventuellement propre à générer des solutions plus abouties et apaisées et dès lors (peut-être) plus durables.

## 2. En aval : l'intensification du contrôle constitutionnel des normes de droit de la famille

Tous ceux qui s'intéressent au droit belge de la famille et à ses évolutions connaissent le rôle prépondérant qu'y joue désormais la Cour constitutionnelle. Les premières interventions de la Cour (qui s'appelait alors « Cour d'arbitrage ») dans le droit de la famille remontent au début des années 1990 et s'inscrivent dans le sillage de l'arrêt *Marckx*. À la faveur de l'extension des prérogatives de la Cour (rebaptisée « constitutionnelle » en 2007), son intervention dans le droit des relations familiales s'est faite de plus en plus prégnante et reste évidemment chevillée aux développements de la jurisprudence strasbourgeoise. Le phénomène est d'une ampleur telle que les professeurs Massager et Sosson ont pu, en 2015, consacrer un colloque et un ouvrage collectif entiers à ce que l'on pourrait appeler le « droit constitutionnel de la famille »<sup>222</sup>. Il n'est ainsi aujourd'hui pratiquement aucune facette de la matière qui n'ait été substantiellement remaniée par les juges constitutionnels : la plupart des réformes donnent lieu à des recours en annulation<sup>223</sup>, mais c'est surtout dans le temps long et la casuistique du contentieux préjudiciel que se déploie un processus constant de réévaluation et de reconstruction des normes qui gouvernent la vie familiale.

Le rôle significatif joué par la Cour constitutionnelle dans le processus de révision perpétuelle du droit de la famille postmoderne se manifeste, par

220 Désormais très fréquentes, ces législations sont parfois adoptées avant l'entrée en vigueur de la loi réparée. Voy. p. ex. la loi du 18 décembre 2014 modifiant le Code civil, le Code de droit international privé, le Code consulaire, la loi du 5 mai 2014 portant établissement de la filiation de la coparente et la loi du 8 mai 2014 modifiant le Code civil en vue d'instaurer l'égalité de l'homme et de la femme dans le mode de transmission du nom à l'enfant et à l'adopté. Cette loi, réparant les deux grandes réformes de droit familial de 2014 (voy. *supra*), a été adoptée avant l'entrée en vigueur de la loi sur la comaternité...

221 B. VAN KUNK, « Law at the right time: A plea for slow law in hasty times », in L. CORRIAS et L. FRANCO (éd.), *Temporal Boundaries of Law and Politics: Time Out of Joint*, Routledge Taylor & Francis, 2018, pp. 33-52.

222 N. MASSAGER et J. SOSSON (dir.), *Cour constitutionnelle et droit familial*, Limal, Anthemis, 2015. Voy. aussi P. MARTENS, « La Cour constitutionnelle et la famille », *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, pp. 659 et s. ; A. RASSON-ROLAND et B. RENAULT, « L'influence du droit constitutionnel sur le droit de la famille », *Ann. Dr. Louvain*, 2015, pp. 324 et s.

223 Voy. not. C. const., arrêt n° 23/2000 du 23 février 2000 (loi du 13 novembre 1998 instaurant la cohabitation légale) ; C. const., arrêts nos 142/2003 et 159/2004 (loi du 13 février 2003 ouvrant le mariage aux personnes de même sexe) ; C. const., arrêt n° 172/2008 du 3 décembre 2008 (loi du 27 avril 2007 réformant le divorce) ; C. const., arrêt n° 2/2016 du 14 janvier 2016 (loi du 8 mai 2014 modifiant le Code civil en vue d'instaurer l'égalité de l'homme et de la femme dans le mode de transmission du nom à l'enfant et à l'adopté) ; C. const., arrêt n° 36/2019 du 28 février 2019 (loi du 19 mars 2017 modifiant la législation en vue de l'instauration d'un statut pour les accueillants familiaux) ; C. const., arrêt n° 99/2019 du 19 juin 2019 (loi du 25 juin 2017 réformant des régimes relatifs aux personnes transgenres) ; C. const., arrêt n° 137/2019 du 17 octobre 2019 (loi du 31 juillet 2017 modifiant le Code civil en ce qui concerne les successions et les libéralités et modifiant diverses autres dispositions en cette matière) ; C. const., arrêt n° 58/2020 du 7 mai 2020 (loi du 19 septembre 2017 modifiant le Code civil, le Code judiciaire, la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers et le Code consulaire en vue de lutter contre la reconnaissance frauduleuse) ; C. const., arrêt n° 89/2020 du 18 juin 2020 (loi du 22 juillet 2018 « modifiant le Code civil et diverses autres dispositions en matière de droit des régimes matrimoniaux »).



exemple, dans la constante comparaison des statuts conjugaux et des droits et obligations qui leur sont (ou non) associés<sup>224</sup>. En particulier, la Cour constitutionnelle est régulièrement interrogée sur le caractère justifié ou injustifié des différences maintenues entre les deux statuts conjugaux organisés par le droit belge<sup>225</sup>, tandis que ceux qui ont choisi de vivre leur vie familiale conjugale hors de tout cadre juridiquement prédéfini revendiquent occasionnellement certaines prérogatives, par exemple, fiscales ou sociales, réservées en règle aux époux et/ou aux cohabitants légaux<sup>226</sup>. Nous renvoyons à cet égard aux développements consacrés, ci-avant<sup>227</sup>, à cette hiérarchie des vies familiales conjugales en soulignant simplement, à nouveau<sup>228</sup>, la difficulté qu'il peut y avoir à élaborer de façon lisible et pérenne des statuts conjugaux dont le contenu est clairement identifiable avec une cohérence entre l'ampleur des engagements civils mutuels souscrits par les partenaires et l'étendue des avantages dont ils peuvent bénéficier, non seulement dans le domaine fiscal et social déjà évoqué, mais aussi – par exemple – en matière d'accès à la justice ou de séjour.

C'est toutefois probablement dans le droit de la filiation que l'intervention constitutionnelle a été, jusqu'à présent, la plus significative<sup>229</sup>. La réforme de 1987 avait d'ores et déjà pu donner lieu à un grand nombre de corrections constitutionnelles<sup>230</sup>, et la réforme de 2006 était supposée « mettre en ordre » le droit de la filiation et offrir aux praticiens et aux justiciables un socle raffermi pleinement compatible avec les orientations données par les juges de la Place Royale<sup>231</sup>. Force est de constater qu'il n'en fut rien : rapidement soumis au crible des questions préjudicielles, le nouveau droit de la filiation a été largement « (re)déconstruit » par les arrêts de la Cour (voy. not., à cet égard, l'arrêt n° 96/2011 cité en extraits ci-dessus)<sup>232</sup>. En particulier, le mécanisme

224 Voy. not. D. PIRE, « La Cour constitutionnelle, les conjoints, la cohabitation légale et les concubins : une bien jolie allitération », in *Cour constitutionnelle et droit familial*, op. cit., pp. 162 et s.

225 A.-C. VAN GYSEL, « Cohabitation légale et mariage : terme des mesures et termes de comparaison », note sous C. const., arrêt n° 177/2018 du 6 décembre 2018, *Rev. trim. dr. fam.*, 2019, pp. 84-85 ; A.-C. VAN GYSEL, « Cohabitation légale sans famille », note sous C. const., arrêt n° 83/2019 du 28 mai 2019, *Rev. trim. fam.*, 2019, spéc. pp. 808 et s. Voy. aussi, dans cet ouvrage, la contribution de Ch. HARMEL, « La cohabitation légale ».

226 Voy., dans cet ouvrage, la contribution de C. ROUSSEAU, « La cohabitation de fait ».

227 Voy., dans cet ouvrage, la contribution de G. WILLEMS, « La définition de la vie familiale ».

228 G. WILLEMS, « Les statuts juridiques du couple : liberté, égalité, équité ? », in J. SOSSON (dir.), *La séparation du couple non marié*, coll. Les après-midis d'études du Cefap, Bruxelles, Larcier, 2017, spéc. pp. 41-42.

229 Voy. not. N. MASSAGER et J. SOSSON, « Filiation et Cour constitutionnelle », in N. MASSAGER et J. SOSSON (dir.), *Cour constitutionnelle et droit familial*, Limal, Anthemis, 2015, pp. 33-86.

230 Voy. not. A.-C. VAN GYSEL, « Le raisonnement de la Cour d'arbitrage en droit de la filiation : cohérences et argumentations », *Rev. Dr. U.L.B.*, 2002, n° 25, Actes du colloque organisé à l'U.L.B. le 12 octobre 2001, pp. 129-145 ; P. MARTENS, « L'égalité et le droit privé », *Rev. Dr. U.L.B.*, 2002, n° 25, Actes du colloque organisé à l'U.L.B. le 12 octobre 2001, pp. 315 et s. ; D. PIRE, « Filiation et Cour d'arbitrage : les prêtres d'Apollon de la Place Royale », note sous C.A., arrêt n° 66/2003 du 14 mai 2003, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1126.

231 Voy. not. J. SOSSON, « Le droit de la filiation nouveau est arrivé ! (1<sup>re</sup> partie) », *J.T.*, 2007, p. 365 ; J. SOSSON, « Le droit de la filiation nouveau est arrivé ! (2<sup>e</sup> partie) », *J.T.*, 2007, pp. 391 et s. (« la Cour d'arbitrage avait [...] très rapidement commencé à déconstruire, pierre par pierre, le précieux édifice, découvrant et dénonçant une à une, au fil de ses arrêts, des discriminations en nombre... Il était devenu indispensable que le législateur remette donc une nouvelle fois l'ouvrage sur le métier » (p. 365)).

232 Les auteurs ne résistent pas au plaisir de (se) rappeler, dans cette petite note, qu'ils ont plaidé ensemble cette affaire devant la Cour constitutionnelle. Ce souvenir prend évidemment un relief particulier au moment où leur vie familiale se réorganise autour d'un petit Pierre né hors mariage, à qui cette contribution est tendrement dédiée.

de la possession d'état qui était au cœur du dispositif législatif et les délais qui enchâssaient les possibilités de remettre en cause la filiation ont été balayés au nom du droit au respect de la vie familiale et de l'égalité<sup>233</sup>, avec en point d'orgue surmédiatisé les rebondissements de l'affaire *Boël*<sup>234</sup>. Il n'est plus possible aujourd'hui d'avoir une vue complète et précise de la jurisprudence constitutionnelle en la matière qu'en recourant à d'impressionnants tableaux de synthèse<sup>235</sup> qui tentent de ne pas perdre le fil et d'offrir une synthèse opérationnelle de cet indispensable complément à un texte légal largement censuré.

### C. L'individualisation du droit de la famille

Ces inflexions du processus législatif sont assurément impressionnantes et interpellantes, mais elles ne sont finalement que les véhicules d'une transformation – plus profonde encore – qui affecte la nature même des normes de droit familial.

Le droit de la famille napoléonien reposait sur un ensemble structuré de règles générales et abstraites indiquant des solutions obligatoires et précises vouées à s'appliquer indifféremment à toutes les familles. Progressivement, les règles « toutes faites » plaquant sur toutes les familles un modèle unique de famille cèdent le pas à des solutions individualisées, reflétant la diversité et la singularité des familles « postmodernes ». D'une part, la disponibilisation des liens familiaux laisse de larges espaces aux manifestations de volonté unilatérales, bilatérales ou multilatérales par lesquelles les individus sont en quelque sorte à même de « façonner » leur vie familiale. D'autre part, la multiplication des normes ou standards ouverts en droit de la famille offre aux juges de larges possibilités de déterminer, pour les aspects encore soustraits à l'autonomie de la volonté ou à défaut d'entente entre les intéressés, une solution « sur mesure », casuistique ou contextualisée, tenant compte des spécificités des situations familiales. La vie familiale ne se présente donc plus comme une expérience unifiée, identique pour toutes et tous, mais davantage comme une aventure (inter)personnelle, éminemment individualisable, déterminée par les choix autonomes des individus ou (subsidièrement) par les décisions contextualisées des juges de la famille. On ne rentrera évidemment pas, ici, dans les passionnantes discussions suscitées par cette (r)évolution de la normativité

233 Voy., parmi de très nombreuses études, celles dont les titres sont les plus explicites : A. RASSON-ROLAND et J. SOSSON, « Coups de tonnerre constitutionnels dans la filiation : l'article 318 du Code civil dans la tourmente... », *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, pp. 581 et s. ; N. MASSAGER, « Tout est devenu flou », note sous C. const., arrêt n° 142/2019 du 17 octobre 2019, *Act. dr. fam.*, 2020, pp. 10 et s. ; Y.-H. LELEU, « Filiation 2017 : l'intérêt bien pondéré », *Rev. trim. dr. fam.*, pp. 9 et s. Voy. aussi, dans cet ouvrage, la contribution de N. GALLUS, « La contestation de la filiation ».

234 J. SOSSON, « Un enfant majeur a-t-il un droit inconditionnel à contester sa filiation ? – Les enseignements de l'arrêt dit "Boël" », *J.T.*, 2016, pp. 289 et s.

235 Voy. en dernier lieu : J. SOSSON, « La filiation en action(s) – Tableaux synthétiques mis à jour au 15 août 2020 », in D. PIRE (dir.), *Actualités du droit de la famille*, CUP, 199, Limal, Anthemis, 2020, pp. 19 et s.

familiale<sup>236</sup> qui voit l'horizon commun de la famille se désagréger en myriades de trajectoires individuelles, mais on ne pouvait clôturer cette contribution relative aux sources et compétences sans en évoquer succinctement les deux principaux vecteurs, complémentaires et/ou concurrents : l'autonomie de la volonté (1) et la casuistique judiciaire (2).

### 1. L'autonomie de la volonté

Les réformes qui se sont succédé au cours des vingt dernières années ont offert aux individus une liberté de plus en plus large d'organiser eux-mêmes leurs relations familiales d'une manière reflétant leur propre conception de la/leur famille. Ainsi que le souligne Jean-Louis Renchon, on a en effet progressivement « été amené à considérer que l'être humain pouvait tout autant “disposer” de sa personne et de ses relations familiales que de son patrimoine »<sup>237</sup>. On observe alors une constante extension du domaine de l'autonomie de la volonté permettant aux individus eux-mêmes de nouer, de dénouer ou de modaliser leurs liens familiaux, par des manifestations unilatérales de leur volonté ou par des accords de volontés.

La disponibilisation des liens conjugaux trouve évidemment son illustration la plus spectaculaire dans l'avènement d'une conception du mariage comme un « pacte *sui generis* » quotidiennement renouvelé (ou non) et facilement dissoluble sur demande unilatérale ou conjointe<sup>238</sup>. Mais ce sont aussi les effets du lien conjugal qui sont de plus en plus délaissés à l'autonomie des volontés : tandis que les effets personnels du mariage ne sont plus (vraiment) contraignants<sup>239</sup>, les époux jouissent d'une liberté croissante dans la détermination du degré de solidarité patrimoniale qu'il impliquera. On peut relever, à cet égard,

236 C'est sous la splendide plume de Jean-Louis Renchon que l'on trouve sa critique la plus vive, la plus récurrente et la plus élaborée. Nous nous contentons de renvoyer ici aux nombreuses études où il s'est attaché à en souligner les limites et les risques. Voy. J.-L. RENCHON, « Quels sont les enjeux du discours politique fondant les réformes récentes du droit de la famille ? », *Le Bulletin freudien*, 2013, pp. 19 et s., spéc. pp. 22-26 ; J.-L. RENCHON, « La prégnance de l'idéologie individualiste et libérale dans les récentes réformes du droit de la personne et de la famille », in H. FULCHIRON (dir.), *Mariage-conjugalité-parenté-parentalité*, Paris, Dalloz, 2009, pp. 209-236 ; J.-L. RENCHON, « Indisponibilité, ordre public et autonomie de la volonté dans le droit des personnes et de la famille », in A. WIFELS (dir.), *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 269-332 ; J.-L. RENCHON, « Le droit de la personne et de la famille. De l'indisponibilité à l'autodétermination ? », in D. HEIRBAUT et G. MARTYIN (dir.), *Un héritage du Code napoléonien. Bicentenaire du Code civil en Belgique*, Mechelen, Kluwer, 2005, pp. 99-156. Aux antipodes, le professeur Yves-Henri Leleu propose, dans les versions successives des introductions de ses incontournables *Précis*, une vision positive de l'individualisme familial. Nous nous bornons ici aussi à y renvoyer le lecteur : en dernier lieu, Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 5<sup>e</sup> éd., coll. de la Faculté de droit de l'Université de Liège, Bruxelles, Larcier, 2020, spéc. pp. 22 et s., et Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, coll. de la Faculté de droit de l'Université de Liège, Bruxelles, Larcier, 2014, spéc. pp. 22 et s.

237 J.-L. RENCHON, « Propos conclusifs », in J.-L. RENCHON et M. LAMARCHE (dir.), *Le statut juridique du couple marié et du couple non marié en droits belge et français*, vol. 2, *La conventionnalisation des statuts des couples*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 640.

238 Voy. à ce sujet : J.-L. RENCHON, « La nouvelle réforme (précipitée) du droit belge du divorce ... », *op. cit.*, spéc. p. 1060. Il est notamment significatif que, dans le cas d'un divorce par consentement mutuel, la procédure est désormais en règle totalement écrite (art. 1289 C. jud.). La suppression de la comparution personnelle a d'abord concerné les époux séparés depuis six mois, puis a été étendue à tous les époux indépendamment de la durée de séparation. Il a au demeurant été annoncé que « la suppression de la dernière obligation restante de comparaître devant le tribunal de première instance dans la procédure de divorce par consentement mutuel est [...] une étape préalable dans la numérisation de la procédure qui entraîne une réduction immédiate de la charge de travail pour le tribunal de première instance » (*Doc. parl.*, Ch. repr., 2017-2018, n° 2827/1, p. 4).

239 Yves-Henri Leleu évoque à cet égard des « obligations juridiques autodégradables » et fait état d'une « réflexion, menée principalement au nord du pays, quant à la légitimité des devoirs personnels du mariage et à l'éventualité de leur déplacement dans l'ordre social ou symbolique » (Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, *op. cit.*, p. 348).

que les réformes patrimoniales ont « gommé » la plupart des conséquences qui découlaient auparavant de l'option entre communauté et séparation de biens : les époux pourront désormais choisir un niveau de solidarité moindre sans perdre le bénéfice de l'attribution préférentielle<sup>240</sup>, ni celui de droits successoraux *ab intestat* élargis<sup>241</sup> et sans se priver de la possibilité de recourir aux avantages matrimoniaux. On sait en outre que le législateur de 2018 a expressément souhaité inciter les époux à tempérer eux-mêmes les effets inéquitables de la séparation de biens pure et simple en détaillant, dans le Code civil, le régime conventionnel de la participation aux acquêts (art. 1469 et s. C. civ.). L'évolution nous semble encore plus significative en droit des successions puisque, d'un côté, la clause « Valkeniers » permet à un époux (dans le cas d'une recomposition familiale) de priver son conjoint de tout droit successoral, en ce compris désormais de sa réserve concrète (art. 1388 C. civ.)<sup>242</sup>, tandis qu'à l'inverse, les avantages matrimoniaux étendus à la séparation de biens permettent à un époux (hors le cas d'une recomposition familiale) de transférer la totalité de son patrimoine à son conjoint au détriment de la réserve des enfants (art. 1452 et s. C. civ.)<sup>243</sup>. Ces quelques exemples illustrent, à nos yeux, de même – évidemment – que la possibilité d'opter pour le régime alternatif de la cohabitation légale (lui-même éminemment modalisable), la disponibilisation du droit du couple : les partenaires affectifs ne sont plus soumis à un « statut » qu'ils se contenteraient d'embrasser, mais bénéficient d'une large possibilité de « personnaliser » l'organisation juridique de leur vie familiale conjugale<sup>244</sup>.

240 Voy. l'arrêt n° 28/2013 du 7 mars 2013 où la Cour constitutionnelle avait validé la différence opérée, à cet égard, entre les époux communs en biens et séparés de biens sur la base du raisonnement suivant : « 6.1. En instituant le régime matrimonial légal, le législateur a entendu réaliser un équilibre entre, d'une part, la solidarité propre au mariage et, d'autre part, l'autonomie des deux conjoints, laquelle est liée à l'objectif d'émancipation juridique de la femme poursuivi par le législateur. *Le choix en faveur d'un régime de séparation de biens implique un écart, autorisé par le législateur, par rapport à cet équilibre, les époux optant pour une solidarité moindre et pour une autonomie accrue.* Ce choix a pour effet de réduire à un minimum les effets patrimoniaux du mariage. B.6.2. La liberté contractuelle est une des caractéristiques les plus fondamentales du droit matrimonial secondaire. *Les époux qui choisissent un régime de séparation de biens dérogent de leur plein gré au régime matrimonial légal, de sorte qu'ils doivent également être réputés accepter les effets de ce choix* » (nous soulignons).

241 Voy. ici l'arrêt n° 130/2015 du 24 septembre 2015 (qui contient exactement la même explication que celle reprise à la note précédente : B.7.1 et B.7.2).

242 Voy. A. DEMORTIER, « Dispositions communes à tous les régimes matrimoniaux », *J.T.*, 2019, pp. 109-110.

243 Voy. J.-L. RENCHON, « L'application "par analogie" en régime de séparation de biens des dispositions légales relatives aux "avantages matrimoniaux" en régime de communauté : quelle analogie ? quelle légitimité ? », *Ann. Dr. Louvain*, 2019, spéc. pp. 124 et s. et références citées. Voy. aussi F. TAINMONT, « La théorie des avantages matrimoniaux à la veille de la réforme du droit successoral : extension ou abrogation ? », *Rev. not. belge*, 2016, spéc. pp. 462 et s. ; A. DEMORTIER, « Dispositions communes à tous les régimes matrimoniaux », *op. cit.*, pp. 114 et s.

244 Voy. la façon dont Jean-Louis Renchon décrit une conventionnalisation du couple poussée à son paroxysme, pour mieux insister sur la nécessité sociale de continuer à « instituer des statuts légaux pour les couples » : « On pourrait intellectuellement concevoir de libéraliser et de privatiser complètement la relation de couple, exactement comme l'État, en Europe occidentale, peut être amené aujourd'hui à libéraliser et à privatiser certains de ses services publics. On supprimerait alors les statuts légaux des couples, et on abandonnerait aux conjoints la liberté, l'autonomie et, dès lors, la responsabilité de déterminer eux-mêmes si leur relation sera ou ne sera pas régie par des normes juridiques contraignantes. *Chaque couple se choisirait dès lors, plus que probablement avec l'aide d'un notaire ou d'un avocat, son statut conventionnel sur mesure, comme lors de la constitution d'une société*, ou alors, à la manière dont la plupart des cohabitants de fait se comportent aujourd'hui, n'y songeraient pas ou préféreraient ne pas y songer » (nous soulignons). Pour l'auteur, une telle perspective est à rejeter pour trois raisons : 1° beaucoup d'individus ne souhaitent pas se préoccuper de leur statut conjugal ; 2° un « ordre public de protection » doit prémunir la partie faible contre l'emprise ou l'injustice ; 3° un « ordre public de direction » doit instituer le repère social de la solidarité matrimoniale (J.-L. RENCHON, « Propos conclusifs », *op. cit.*, spéc. pp. 644 et s.).

La disponibilisation des relations parentales se manifeste quant à elle, par exemple, dans la possibilité offerte par le législateur de 2006 de « désactiver » ou de « réactiver » la présomption de paternité du mari (art. 316*bis* C. civ.) ou dans l'introduction par le législateur de 2014 d'une véritable « filiation conventionnelle » trouvant expressément son fondement dans la convention de PMA passée entre sa mère, sa co-mère et un centre de fécondation (art. 325/3, § 3, C. civ.)<sup>245</sup>. Elle s'observe aussi dans l'abandon d'un système obligatoire de transmission du nom aux enfants au profit d'un système fondé sur le libre choix des parents (art. 335 C. civ.)<sup>246</sup>, dans la priorité expressément donnée aux accords entre parents séparés dans la définition des modalités d'hébergement de leur(s) enfant(s) (art. 374, § 2, C. civ.) ou bien encore dans l'introduction d'une première forme de délégation conventionnelle de l'autorité parentale des parents d'origine aux accueillants familiaux (art. 387*septies* C. civ.). La réforme du droit des successions de 2017 fait également la part belle à l'autonomie de la volonté en réduisant la réserve et en accroissant d'autant la liberté de tester<sup>247</sup> : à l'évidence de la transmission de son patrimoine aux enfants se substitue progressivement l'évidence de la liberté d'en faire ce que l'on veut<sup>248</sup>. Ces exemples témoignent de ce que, si « la filiation n'est pas encore un "pacte renouvelé au jour le jour" »<sup>249</sup>, son établissement et ses effets, qui étaient autrefois radicalement indisponibles, tendent désormais à relever du domaine de l'autonomie de la volonté.

À la croisée des relations conjugales et parentales, le « pacte successoral global » introduit dans le Code civil par la réforme successorale de 2017 offre un autre exemple – éclatant – de disponibilisation<sup>250</sup>.

245 Voy., dans cet ouvrage, la contribution de S. CAP, « La procréation médicalement assistée » (« La volonté de concevoir un enfant par PMA, matérialisée dans la convention conclue avec le centre de fécondation, prolongerait ainsi automatiquement ses effets en droit de la filiation : l'intention prendrait alors la place de la biologie pour s'offrir en fondement de la filiation »).

246 Voy., dans cet ouvrage, la contribution de J.-L. RENCHON, « Le nom ».

247 Voy. les appréciations de Fabienne Tainmont : « La problématique a été abordée exclusivement sous l'angle de la liberté de disposer. La place minimale qu'il est légitime que les enfants revendiquent dans le cadre de la succession de leur parent semble accessoire » (F. TAINMONT, « La réserve héréditaire », *Rev. trim. dr. fam.*, 2018, p. 41). Voy. aussi, dans cet ouvrage, la contribution d'A. DEMORTIER, « La succession ».

248 J.-L. RENCHON, « Regard d'ensemble sur la réforme du droit des successions », *op. cit.*, pp. 22 et s.

249 J.-L. RENCHON, « Quels sont les enjeux du discours politique fondant les réformes récentes du droit de la famille ? », *op. cit.*, p. 40.

250 Voy., à cet égard, les inquiétudes exprimées par Jean-Louis RENCHON : « On pourrait assurément se dire, puisqu'il s'agit d'un pacte, qu'il n'y aura pas d'atteinte aux droits de chacun, dès lors que chacun aura expressément voulu ou à tout le moins accepté l'intégralité des clauses du pacte. Mais, alors même qu'en droit des contrats, le législateur et la jurisprudence tempèrent aujourd'hui l'idée abstraite selon laquelle ce que chacun a voulu ou à tout le moins accepté fait définitivement la loi des parties, il est étonnant qu'on veuille maintenant, dans les relations familiales, engager de manière aussi irréversible les volontés qui auront été exprimées par les parties » (J.-L. RENCHON, « Regard d'ensemble sur la réforme du droit des successions », *op. cit.*, pp. 57-58).

## 2. La casuistique judiciaire

Pour les aspects où les seules volontés, même accordées, ne suffisent pas ou bien lorsque les intéressés ne parviennent pas à s'entendre, l'individualisation du droit de la famille se traduit par la marge de manœuvre de plus en plus large laissée au juge pour la recherche casuistique de la solution la plus appropriée. Ainsi, suivant les termes d'Yves-Henri Leleu, « la loi n'est pas la norme la plus utile ni la plus efficace en droit des personnes ou des familles, et doit céder le pas à des normes individualisables, et individualisées par les décisions des juges »<sup>251</sup>. La casuistique judiciaire se présente ainsi en complément de ou en alternative à l'autonomie de la volonté dans la production de normes familiales « personnalisées », même si la montée en puissance du juge n'est pas toujours bien reçue dans un ordre juridique belge profondément marqué par la tradition civiliste, légaliste et contractualiste<sup>252</sup>.

On peut assurément déceler dans les évolutions du droit des couples les signaux nets d'une amplification du pouvoir conféré au juge de rechercher, sans être trop contraint par des prescriptions légales rigides, la solution la plus adéquate, la plus appropriée ou – en d'autres termes – la plus équitable. Commençons à cet égard par souligner la flexibilité offerte au juge par le droit de la pension alimentaire après divorce tel qu'il découle de la réforme du divorce de 2007 : son principal ressort est le concept d'« état de besoin » que la pension doit « au moins » couvrir. Le montant tient compte de l'éventuelle « dégradation significative » de la situation du créancier qui s'apprécie en ayant égard « notamment » à quelques critères visés par le texte légal : la durée du mariage et l'âge des intéressés, leur « comportement durant le mariage ». On mesure sans peine la latitude laissée au juge par les concepts mobilisés, lesquels ne sont d'ailleurs pas sans rappeler les indicateurs souples (« *needs, sharing, compensation* ») qui orientent, en droit anglais, les décisions rendues en matière d'« *ancillary relief* » vers l'objectif fondamental d'« équité » (« *fairness* »)<sup>253</sup>. Cette ouverture à la prise de décision contextualisée fondée sur des balises souples, qui tempère notre légalisme civiliste en empruntant aux méthodes de la *common law*<sup>254</sup>, s'observe aussi dans le droit des régimes

251 Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, op. cit., p. 24.

252 Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, op. cit., p. 25. Voy. aussi p. ex. G. WILLEMS, « La séparation des couples en droit anglais et belge : contribution de droit comparé à la réflexion sur l'équilibre entre équité et sécurité juridique en droit de la famille », *R.D.I.D.C.*, 2016, pp. 565 et s.

253 L'expression *ancillary relief* renvoie à l'ensemble des conséquences économiques de la séparation, soit les aspects que nous appelons alimentaires, aussi bien que ceux que nous nommons patrimoniaux. En droit anglais, toutes ces questions sont réglées dans un même mouvement, au regard des mêmes principes, en vue de la réalisation du même objectif d'équité (« *fairness* »). Sur tous ces concepts et pour un essai de rapprochement avec les institutions du droit belge, voy. G. WILLEMS, « La séparation des couples en droit anglais et belge : contribution de droit comparé à la réflexion sur l'équilibre entre équité et sécurité juridique en droit de la famille », op. cit.

254 Voy., à cet égard, la relativisation de l'opposition classique par les professeurs Miles et Scherpe : « Le contraste entre l'approche de *common law* et de droit civil sur ces questions est bien connu des auteurs de ce chapitre. [...] Nous évaluons régulièrement les différents régimes et traditions [...] et fréquemment nous découvrons que ce qui apparaît comme des différences révèle malgré tout un noyau commun. Nous pouvons avoir des points de départ différents, mais souvent – pas toujours – nous nous rencontrons quelque part entre les deux » (traduction libre) (J. MILES et J. SCHERPE, « The future of family property in Europe », in K. BOELE-WOELK, J. MILES et J. SCHERPE (éd.), *The Future of Family Property in Europe*, CEFL Series, vol. 29, Cambridge, Intersentia, 2011, p. 424.

matrimoniaux, quoique, pour le moment, de façon inaboutie. On songe évidemment à la fameuse « clause de correction en équité » que les époux séparés de bien peuvent inclure dans leurs conventions matrimoniales : s'ils le font, le juge est investi d'un certain pouvoir d'atténuation des injustices résultant éventuellement de l'application mécanique des règles de liquidation d'un régime séparatiste strict<sup>255</sup>. On est enclin à rejoindre les auteurs déçus par le caractère facultatif de l'équité judiciaire<sup>256</sup> et l'on y voit le signe de ce que le droit belge tend, à ce stade, à préférer, à tout le moins en droit du couple, l'individualisation opérant par le biais de l'autonomie de la volonté à l'individualisation procédant de la rénovation de l'office du juge.

L'ouverture du droit de la famille à la casuistique jurisprudentielle se manifeste également, sans aucun doute, dans le droit des relations parentales avec la mise en évidence progressive du standard ouvert de l'intérêt de l'enfant et le désaveu corrélatif de (pratiquement) tous les obstacles à sa libre appréciation judiciaire. Songeons tout d'abord à l'organisation de la prise en charge des enfants dont les parents se séparent : dans les situations de mésentente, le juge jouit d'un large pouvoir de détermination et de modalisation de l'exercice de l'autorité parentale et de l'hébergement des enfants en fonction de ce que commande leur intérêt supérieur (art. 374, §§ 1<sup>er</sup> et 2, C. civ.). Il y a bien un modèle législatif, celui de l'exercice conjoint (dont on s'écarte peu) et de l'hébergement égalitaire (qui a le vent en poupe), mais il doit nécessairement céder le pas à d'autres mesures lorsque l'intérêt de l'enfant<sup>257</sup> le commande : un parallèle pourrait être établi, ici aussi, avec la latitude offerte aux juges anglais par le *Children Act*<sup>258</sup>. La Cour constitutionnelle a, en revanche, désavoué le mécanisme de « délégation judiciaire » de l'autorité parentale des parents d'origine aux accueillants familiaux instauré par la loi du 19 mars 2017 : il y va assurément de la protection de la vie familiale, mais on peut y voir aussi un signe de la faveur du droit belge pour l'individualisation conventionnelle par rapport à l'individualisation judiciaire<sup>259</sup>. Quoi qu'il en soit, c'est surtout –

255 Voy., à cet égard, les observations peu enthousiastes de A. NAUD, « Le correctif judiciaire en équité comme instrument de solidarité dans le régime de la séparation de biens : opportunité ou occasion manquée ? », *R.P.P.B.I.*, 2019, pp. 297 et s. (« Il est vrai que notre droit s'accommode mal de l'insécurité juridique associée à ce que l'on appelle outre-Manche le "judge made law" ») et F. TAINMONT, « Le régime de la séparation de biens revu par la loi du 22 juillet 2018 », *J.T.*, 2019, p. 132 (« sans doute un tel système fonctionne-t-il bien dans les pays anglo-saxons, mais le Conseil d'État a eu raison de souligner qu'il s'inscrit dans un système juridique global très différent du nôtre, où la notion même de régime matrimonial n'existe pas en tant que telle et où, sans doute, le recours à un tel mécanisme se justifie »). Voy. aussi G. WILLEMS, « Conséquences patrimoniales de la rupture du couple : le droit belge en quête d'équité, entre palliatifs jurisprudentiels et solutions légales », *R.J.P.F.*, 2021, pp. 43 et s.

256 Y.-H. LELEU, « La réforme des régimes matrimoniaux par la loi du 22 juillet 2018 : présentation, évaluation », in *États généraux du droit de la famille III*, Bruxelles-Limal, Larcier-Anthemis, 2018, pp. 98 et 101.

257 Le Code de 1804 prévoyait déjà que les enfants étaient « confiés à l'époux qui a obtenu le divorce, à moins que le tribunal, sur la demande de la famille ou du commissaire du Gouvernement, [n'ordonnât], pour le plus grand avantage des enfants, que tous ou quelques-uns d'eux [seraient] confiés, aux soins soit de l'autre époux, soit d'une tierce personne » (art. 302 anc. C. civ.). Si le Code Napoléon prévoyait donc un principe clair désignant normalement à l'avance le parent conservant la « garde » de l'enfant, une ouverture sur l'appréciation contextuelle fondée sur « le plus grand avantage des enfants » était donc déjà présente.

258 Sur ce concept et pour un essai de rapprochement avec les institutions du droit belge, voy. G. WILLEMS, « La séparation des couples en droit anglais et belge : contribution de droit comparé à la réflexion sur l'équilibre entre équité et sécurité juridique en droit de la famille », *op. cit.*

259 C. const., arrêt n° 36/2019 du 28 février 2019. Voy., dans cet ouvrage, la contribution de M. BEAGUE, « La famille d'accueil ».

encore ! – dans le domaine de la filiation que l'évolution est la plus impressionnante : l'autonomie de la volonté reste limitée en la matière, sous réserve des indices de conventionnalisation mentionnés ci-avant, mais le rôle du juge est désormais considérable. Son office était jusqu'il y a peu étroitement corseté par un système articulant l'identification limitative des titulaires des actions, l'imposition à chacun d'eux de délais pour agir, l'impossibilité générale de remettre en cause une filiation légale consolidée par une possession d'état, celle aussi d'établir une filiation révélant un inceste « absolu ». Toutes ces limites, tous ces obstacles ont été progressivement balayés par la Cour constitutionnelle, qui refuse toutes les justifications abstraites relatives à ce que pourrait être l'intérêt des enfants en général et réclame qu'un juge aux coudées franches puisse se pencher sur la situation personnelle spécifique de l'enfant concerné (voy. not. ici aussi l'arrêt n° 96/2011 cité en extraits *supra*)<sup>260</sup>.

### Conclusion

Poser la question des sources et des compétences en matière de vie familiale nous a conduit à proposer ci-avant un inventaire sommaire et inabouti des bouleversements que connaît, depuis environ un demi-siècle à présent, la régulation juridique des rapports familiaux de couple et de parenté ou de parentalité.

La première partie de cette contribution a mis en évidence la constitution progressive d'un droit de la famille européen qui agrège un certain nombre de principes communs puisés à la source des droits humains et estompe les frontières en assurant la circulation des familles et des liens juridiques qui unissent leurs membres dans l'espace européen. Autrefois nettement distincts, les objectifs et les méthodes du Conseil de l'Europe et de l'Union européenne se sont, nous semble-t-il, largement rapprochés, ce qui donne lieu à des interactions et complémentarités heureuses et pourrait conduire à un dialogue renforcé sur la famille européenne. Au titre du respect de la souveraineté et du pluralisme, les ordres juridiques européens s'abstiennent jusqu'à présent de heurter trop frontalement les conceptions nationales relatives aux institutions fondatrices du droit de la famille : le mariage et la filiation, considérés comme l'ultime « domaine réservé » de l'État. De faibles signaux strasbourgeois et les développements récents de la jurisprudence de la C.J.U.E. semblent

---

260 Ces questions ont fait l'objet d'une multitude d'excellentes publications que nous ne pouvons toutes citer ici. Voici alors une sélection non exhaustive de contributions mettant spécifiquement en évidence le refus des solutions légales automatiques et l'exigence d'une appréciation casuistique de l'intérêt de l'enfant : N. MASSAGER, « La prophétie de Gerlo : réflexion à propos des derniers arrêts de la Cour constitutionnelle en matière de filiation », *Act. dr. fam.*, 2011, pp. 130 et s. ; N. MASSAGER, « Tout est devenu flou », *op. cit.* ; G. MATTHIEU et A.-C. RASSON, « L'intérêt de l'enfant sur le fil : réflexions à partir des arrêts de la Cour constitutionnelle en matière de filiation », *J.T.*, 2013, pp. 425 et s. ; Y.-H. LELEU, « Un nouveau droit judiciaire de la filiation pour de meilleurs conseils aux familles », *T.E.P.*, 2013, n° 5, pp. 2-6 ; Y.-H. LELEU, « Filiation 2017 : l'intérêt bien pondéré », *op. cit.* ; A. RASSON-ROLAND et J. SOSSON, « Coups de tonnerre constitutionnels dans la filiation : l'article 318 du Code civil dans la tourmente... », *op. cit.* ; J. SOSSON, « Un enfant majeur a-t-il un droit inconditionnel à contester sa filiation ? – Les enseignements de l'arrêt dit "Boël" », *op. cit.* Voy. aussi, dans cet ouvrage, la contribution de J. SOSSON, « L'établissement de la filiation », et celle de N. GALLUS, « La contestation de la filiation ».



néanmoins indiquer que les juges européens ne s'arrêteront pas nécessairement toujours au seuil de l'état civil et qu'advendra peut-être un jour – par exemple – la consécration d'un droit européen au mariage homosexuel et à la filiation homoparentale. Ces questions sont évidemment très délicates, dans un contexte marqué par une fracture de plus en plus nette entre les États d'Europe occidentale qui souscrivent à la vision libérale de la famille cultivée par les instances européennes et les États d'Europe de l'Est qui prétendent défendre un modèle familial plus traditionnel.

La seconde partie a en premier lieu mis en évidence que le droit belge de la famille a largement échappé au processus de fédéralisation de l'État et continue de trouver son siège principal dans les dispositions du Code civil. Une évolution considérable se prépare avec le processus de « refonte globale » du Code, déjà bien entamé et qui concernera bientôt le droit familial : l'on peut y voir, dans la perspective de cette contribution, une forme de désaveu explicite de l'héritage napoléonien. Le projet suscite – en tout état de cause – des mécontentements, qui sont certainement en partie liés à des considérations symboliques (assurément pertinentes), mais tiennent également aux inconvénients pratiques qui découleront de la renumérotation de l'ensemble des dispositions. Quant aux transferts de compétence opérés, nous ne prétendons pas percevoir dans toute leur complexité les enjeux qui y sont sous-jacents, mais nous nous permettons d'observer – en prenant l'exemple de la fiscalité familiale traitée, dans cet ouvrage, par Lorette Rousseau – que la situation qui en résulte n'est pas toujours entièrement satisfaisante : il y va en l'occurrence d'une différenciation territoriale dans l'appréhension de la vie familiale qui suscite, semble-t-il, un réel embarras pratique et soulève, au demeurant, un enjeu d'égalité. Cela est d'autant plus interpellant, à vrai dire, qu'il en résulterait des réglementations où il est « impossible de trouver une quelconque logique », les législateurs fiscaux concurrents se copiant les uns les autres, mais pas complètement, afin de « marquer leur territoire ».

Nous avons avancé que l'essentiel était ailleurs, c'est-à-dire dans l'inflexion de la dynamique législative et dans l'individualisation du droit de la famille.

Nous y avons attaché des développements importants et n'y revenons ici que très brièvement pour souligner encore, d'une part, que, si le réformisme gouvernemental, le zèle de la Cour constitutionnelle et – corrélativement – l'éviction relative des assemblées parlementaires suscitent, depuis un certain temps déjà, des questionnements liés à la fois aux conditions d'élaboration démocratique de la loi et à la qualité, la cohérence et la lisibilité des dispositifs législatifs, les controverses qui ont spécifiquement entouré les réformes récentes du droit patrimonial ont fait advenir un nouveau débat qui n'est pas anodin du point de vue des sources du droit, puisqu'il touche au rôle qu'est appelée à jouer la doctrine juridique dans le processus d'élaboration de la loi : entre froide expertise technique et réflexion subjective en opportunité sociétale.

Nous insistons pour terminer, d'autre part, sur l'intérêt que revêt – toujours dans le cadre d'une réflexion sur les sources du droit – l'hésitation d'un droit belge revenu des dispositifs légaux « prêts à porter » appliqués sans discernement à la multiplicité des situations particulières, entre le « sur-mesure » contractuel et le « sur-mesure » judiciaire : elle s'inscrit dans un phénomène plus large de dialogue, voire de rapprochement, entre les systèmes juridiques civilistes et de *common law* qui mérite l'attention des familialistes et invite à la recherche en droit comparé.

Tous ces enjeux liés aux conditions contemporaines de l'élaboration des règles de droit de la famille sont présents, de façon expresse ou implicite, dans les contributions qui composent la suite de l'ouvrage. Il ne nous semblait pas inutile de nous y arrêter un instant, à l'occasion de ce second chapitre introductif.

Geoffrey Willems et Stéphanie Wattier