

Les fondements de la filiation et le droit

Jacques Fierens est avocat honoraire du barreau de Bruxelles, et professeur d'université à Louvain-la-Neuve, à Namur et à Liège. Docteur en droit, licencié en philosophie, il a été notamment professeur de droit humanitaire pénal et enseigne aujourd'hui le droit de la famille, la philosophie du droit et les « questions de droit naturel ». Il est l'auteur de publications récentes sur le droit naturel (2014) et sur le droit de la famille.

A. Intervention de Jacques Fierens

Jacques Fierens s'est proposé de réfléchir dans un premier temps à ce qui crée le lien de filiation pour le droit français et belge, puis dans un deuxième temps à la filiation divine comparée à la filiation juridique, en vue notamment de soulever la question des limites du droit. Il a montré que du point de vue juridique, de 1804 à nos jours, **l'acte de volonté a toujours prévalu sur la réalité biologique** pour établir la filiation, le recours au critère biologique restant toujours secondaire par rapport à la volonté. Estimant qu'au-delà du point de vue juridique cette prévalence de la volonté demeure vraie, il a proposé de penser ce dont le droit ne rend pas compte à partir des notions de dépendance filiale et de fragilité des personnes, à l'aune d'une méditation sur la filiation divine.

I- La filiation et le droit

a) *L'établissement de la filiation en droit civil (français et belge)*

Jacques Fierens a indiqué les **trois manières d'établir la filiation** selon le droit civil français ou belge : **la loi, l'acte de volonté et le procès**. Afin d'explicitier en quoi ces trois modes d'établissement de la filiation juridique font **prévaloir la volonté sur la réalité biologique**, Jacques Fierens est remonté au Code civil de 1804, qui est la racine commune des droits français et belge.

La filiation selon le Code civil de 1804

Par la Loi¹, le législateur supposait que l'homme et la femme, en consentant au mariage, acceptaient les enfants qui en naîtraient par un **acte de volonté implicite**. Hors du mariage, les enfants pouvaient être légitimés par un mariage subséquent du père et de la mère,² ou par reconnaissance, où **l'acte de volonté est alors explicite**. La mère non mariée devait aussi reconnaître son enfant. **La réalité biologique était déjà secondaire en 1804** et même purement et simplement niée dans les cas de l'inceste et de l'adultère, où la légitimation et la reconnaissance étaient impossibles. **Elle ne revenait au premier plan qu'en cas d'actions visant à établir la filiation** où la recherche de ce que nous appellerions aujourd'hui la « mère biologique » était admise. La recherche de paternité était en revanche interdite³. A propos de **la filiation adoptive**, Jacques Fierens a noté que l'acte de volonté dans le cadre de l'adoption nécessitait l'accord des deux adoptants : ce **caractère bilatéral de l'acte de volonté constitue le fondement contractuel de la filiation adoptive**.

La filiation selon le Code civil français actuel

Jacques Fierens a explicité chacun des moyens de preuve de la filiation aujourd'hui⁴. Si **l'acte de naissance** doit porter en principe le nom de la mère⁵, ce qui fait droit au critère biologique, la mère peut refuser cette mention (accouchement sous X), faisant ainsi prévaloir négativement la volonté. **L'acte de reconnaissance** est quant à lui l'affirmation explicite de la prévalence de la volonté. Toutefois, si un enfant né sous X fait l'objet de plusieurs demandes de reconnaissance, la mère biologique, le cas échéant, sera toujours prioritaire. Ce n'est jamais **qu'à l'occasion d'un conflit que le critère biologique reprend le dessus** sur l'acte de volonté. La **possession d'état**⁶, autre moyen de preuve, renvoie à une situation de fait : il s'agit ici de démontrer **l'existence d'une réalité socio-affective** et de la prendre en compte comme **indice d'une volonté de filiation antérieure**. En outre, la possession d'état peut aussi servir de verrou car elle restreint le nombre d'acteurs qui sont en droit d'agir pour contester la filiation qui transparaît à travers elle. Concernant **l'adoption**⁷, contrairement au Code civil de 1804, l'acte de volonté des adoptants envers l'adopté n'est plus unilatéral. En effet, le consentement de l'enfant est requis pour l'adoption, dès lors qu'il a 13 ans et plus (12 ans en Belgique). **L'adoption est donc aujourd'hui doublement contractuelle**, en ce qu'elle requiert un contrat **entre les adoptants** et un contrat **entre les adoptants et l'adopté**.

Différence importante avec le droit belge

Jacques Fierens a précisé que pour le droit belge, à la différence du droit français, **l'acte de reconnaissance se contractualise**, puisqu'il impose que le parent à l'égard duquel la filiation est déjà établie consente à la reconnaissance par un tiers. Dans l'immense majorité des cas, il s'agit de l'accord de la mère à la reconnaissance de paternité par un homme. Cette différence s'accroît avec l'imposition du **consentement de l'enfant lui-même**, à partir de l'âge de 12 ans.

¹ Article 312 : « L'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari. »

² Article 311-1

³ Articles 340 et 341

⁴ Article 310 : « La filiation se prouve par **l'acte de naissance** de l'enfant, par **l'acte de reconnaissance** ou par **l'acte de notoriété constatant la possession d'état**. »

⁵ Article 311-25

⁶ Article 311-1: Il s'agit d'une « réunion suffisante de faits qui révèlent le lien de filiation et de parenté entre une personne et la famille à laquelle elle est dite appartenir », que résume la formule *nomen, tractatus, fama*.

⁷ Articles 345, 348 et 361 du Code civil

La procréation médicalement assistée

Jacques Fierens a ensuite abordé les nouvelles dispositions de droit concernant la **procréation médicalement assistée** (PMA)⁸. En cas de PMA, la volonté prévaut *a fortiori* sur le critère biologique, puisque celui-ci n'est plus pris en compte dans la filiation : c'est **la volonté seule qui crée un des deux apports parentaux du lien**, puisque qu'aucun lien de filiation ne peut être établi entre le donneur de gamètes et l'enfant issu de la PMA.

La coparenté, spécificité du droit belge

La coparenté est une particularité très récente du droit belge⁹ et traite de la parenté dans le cadre d'une union entre deux femmes. La **présomption de paternité du mari est transposée à l'épouse** d'une femme. Si toutefois les deux femmes ne sont pas mariées, la conjointe peut reconnaître l'enfant de l'autre par **un acte de volonté**, dans les conditions prévues par la logique juridique de la reconnaissance.

La gestation pour le compte d'autrui

Jacques Fierens a enfin traité d'une question en attente d'une révision du législateur : **la Gestation Pour le compte d'Autrui** (GPA). Alors que le droit français interdit explicitement le recours à la GPA¹⁰, en Belgique l'interdiction est seulement implicite en raison de l'illicéité de l'objet et de la cause du contrat¹¹, l'objet illicite étant le fait de louer le ventre d'autrui et la cause le fait de faire naître un enfant qui ne sera pas celui de la mère porteuse. Le législateur rencontre **un problème de fait** : des personnes recourent à la GPA dans des pays où la loi ne l'interdit pas et veulent établir la filiation de l'enfant dans leur pays d'origine. Il y a selon Jacques Fierens **une causalité circulaire entre les faits et le droit** : si le droit permet quelque chose, on aura tendance à le faire ; mais si on fait quelque chose, le droit va avoir tendance à le permettre. La GPA, si elle est autorisée, sera la **consécration de la prévalence de la volonté et du contrat sur la réalité biologique**.

Synthèse

Le fondement biologique de la filiation n'a donc jamais été prédominant depuis 1804. Le critère biologique n'apparaît véritablement qu'en cas de la recherche de paternité ou de maternité, mais il demeure subsidiaire, puisque la possession d'état peut empêcher la prise en compte de la réalité biologique. **L'acte de volonté est en dernier recours prédominant** et il se présente comme un acte de désignation des mères et des pères, par l'acte de naissance, par le mariage¹², par l'acte de reconnaissance, ou par le juge en cas de conflit. Pour Jacques Fierens, au-delà du droit, c'est **en principe la parole de volonté qui crée la filiation, non la réalité biologique**. Il a estimé en outre que l'anthropologie confirme qu'il s'agit là d'un fondement universel.

b) Les effets de la filiation

Jacques Fierens a exposé les effets de la filiation qui découlent automatiquement d'une filiation correctement établie. Ces effets se divisent en **droits et en devoirs des père et mère** et en **obligations de tous les tiers dont l'Etat**. Les parents ont le droit de donner leur **nom** à l'enfant et bénéficient de l'autorité sur la personne de l'enfant mineur et de la jouissance de ses biens (**autorité parentale**). Ils ont pour devoir de contribuer à l'**entretien** et à l'**éducation** de l'enfant.

⁸ Article 311-19/20

⁹ Loi du 5 mai 2014, article 325-2 et 4 du Code civil belge

¹⁰ Article 16-7 du Code civil

¹¹ Articles 6, 1128 et 1133 du Code civil belge

¹² *Pater is est quem nuptiae demonstrant*

L'Etat et tous les démembrements de la puissance publique (le législateur, l'exécutif en ce compris l'administration, la police, les tribunaux...) ont quant à eux l'obligation de **respecter ces effets et la vie familiale** en général.

c) Les droits de l'enfant dans le droit international

Jacques Fierens s'est appuyé sur la Convention internationale relative aux droits de l'enfant¹³ pour présenter la manière dont le droit international prend en charge les notions d'intérêt de l'enfant et de protection de la vie familiale. Il a insisté sur une particularité de l'adoption¹⁴ : la Convention demande à ce que l'on tienne compte de la situation des parents d'origine de l'enfant et de l'intérêt de l'enfant. Il y a **une double subsidiarité de l'adoption** en droit international : elle est autorisée à condition qu'elle soit conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant et que celui-ci ne puisse, dans son pays d'origine, être placé dans une famille nourricière ou adoptive ou être convenablement élevé.

II- Quelques réflexions sur la filiation divine

Jacques Fierens, en s'appuyant sur des citations des Evangiles et des épîtres pauliniens et johanniques, a essayé de montrer qu'en dépit de la **ressemblance de la filiation juridique et de la filiation divine, celle-ci excède la relation juridique** et offre un éclairage pour comprendre ce qui déborde de la seule volonté dans la filiation humaine. C'est bien par un acte de parole que le Père désigne le Fils à son baptême¹⁵, que nous sommes nous-mêmes désignés comme enfants adoptifs de Dieu¹⁶ et que Marie est désignée comme mère de Jésus à l'annonciation, ou par Jésus comme mère de Jean à la Croix : il existe donc des points de ressemblance entre les liens qui se tissent entre des parents et des enfants selon l'ordre humain et juridique et les liens qui unissent Dieu et les hommes dans l'ordre spirituel. Pourtant, Jacques Fierens a montré que **si Dieu était Père selon un ordre juridique, il serait un mauvais père**, puisque les souffrances des hommes et les injustices qu'ils subissent seraient imputables à son manque de responsabilité paternelle.

Or, pour Jacques Fierens, Dieu serait responsable du malheur des hommes seulement s'il faisait usage de sa toute-puissance pour contraindre la liberté de ses enfants, pour leur interdire de s'égarer. Cependant, quoique tout-puissant, Dieu n'interfère pas dans les actions libres de ses enfants et souffre lui-même de leurs souffrances. Il **abdique de sa toute-puissance par respect pour la liberté de ses enfants, mais n'abdique pas de son amour**. A la suite de Hans Jonas¹⁷, qui se demande pourquoi Dieu a permis Auschwitz, Jacques Fierens pense que Dieu a renoncé à sa toute-puissance dans l'acte même de création du monde et des hommes. Le Père est affecté et altéré par les actions des hommes, il est impliqué dans le souci de ses créatures. Dans un prolongement chrétien de cette pensée de Dieu, Jacques Fierens a ajouté que si l'homme doit faire l'expérience de sa filiation divine, Dieu a dû lui aussi faire l'expérience de sa paternité à la Croix. S'il s'est tu à l'agonie et à la crucifixion, c'est qu'il ne pouvait plus rien dire. Ainsi, tout ce que Dieu pouvait faire à la Croix, c'était **transformer son impuissance en infinie puissance d'amour**.

¹³ 20 novembre 1989

¹⁴ Article 21

¹⁵ Marc 1,11

¹⁶ Romains 8,15 ; Galates 4,5 ; Ephésiens 1,5

¹⁷ *Le concept de Dieu après Auschwitz* (1984)

Notre lien avec Dieu est d'un autre ordre que juridique et se joue dans une relation d'amour qui est du même ordre que la relation du Père et du Fils à la Croix, où le Père impuissant souffre de la souffrance de son enfant et se trouve ainsi lui-même affecté par son enfant. **La filiation divine est donc une filiation d'amour et donc volontaire, mais dans un sens qui excède l'acte de volonté tel qu'il est compris juridiquement.**

B. Discussion

La discussion a porté essentiellement **sur les limites du droit** au regard de la filiation, sur l'articulation entre la **dimension volontaire et la dimension biologique** de la filiation, ainsi que sur la **philosophie du droit** actuel.

Les limites du droit

Une limite de forme

Christiane Behaghel a remarqué que dans la mesure où l'élément premier de la logique juridique est la lettre de la règle juridique (son caractère explicite) et non l'esprit de la règle, il y a dans l'évolution du droit une manière de fausser le raisonnement, en **faisant dire à la loi ce qui n'était pas l'intention du législateur**. Si la volonté a toujours prédominé dans l'établissement de la filiation, elle était implicitement restrictive et il n'aurait pas été question pour le législateur de 1804 d'établir la filiation par un acte de volonté autre que celui d'un homme et d'une femme.

Ce qui excède le droit

En rappelant la manière dont Xavier Dijon comprend **ce qui excède le droit et le conditionne, dans la filiation, à savoir l'en-deçà corporel et relationnel** qui le précède, Jacques Arènes a demandé où Jacques Fierens situait cet excès. Celui-ci, n'admettant pas l'antécédence du corporel, ou du moins se méfiant d'une opposition platonicienne ou platonique entre le corps et l'âme, le corps et la parole, essaie de comprendre cet excès **à partir d'une dépendance du père au fils et de l'idée de fragilité**. Il veut approfondir l'idée de faiblesse du père, non au sens d'une faiblesse psychologique, mais **d'une condition essentiellement vulnérable**. Le père n'est pas l'être tout-puissant et autonome qui peut rendre son enfant lui aussi tout-puissant et autonome.

Emmanuel de Clerc a souligné que le droit ne suffit pas à définir la famille, qui ne peut se résumer à un certain nombre de fonctions, ce que Jacques Fierens lui a concédé en expliquant que le droit ne définit nulle part la famille en tant que telle, une fois pour toutes¹⁸. Pour Emmanuel de Clerc, si le droit encadre la filiation pour qu'elle ne soit pas un acte gratuit, au sens d'un acte infondé, sa limite est **qu'il ne peut pas prendre en charge la gratuité du don – ce qui n'est pas dû**.

Lucie Sharkey a demandé dans quelle mesure la parole juridique peut rendre effectif ou réel un lien de filiation par elle-même, puisque **la filiation comme condition universelle est une réalité qui précède le droit**. Jacques Fierens a répondu que le droit est un ensemble de paroles qui ordonnent, interdisent ou permettent, mais que nos liens humains sont en effet fondés dans une autre parole que la parole juridique. Le droit est malgré tout nécessaire, parce que **lui seul peut contraindre extérieurement**.

Christiane Behaghel a fait état d'un risque de morcellement et de partialité du droit actuel, lié au fait qu'on l'invoque de plus en plus pour résoudre des cas particuliers. Jacques Fierens a répondu que l'inflation législative était souvent attribuée au fait de la complexification des relations sociales.

¹⁸ Il existe des définitions juridiques ponctuelles, par exemple en matière de regroupement familial des étrangers.

Pour lui, il est surtout **primordial que le droit définisse clairement ce qui relève de sa compétence** et ce qui n'en relève pas. Par exemple, aucune loi n'impose l'amour entre les parents et les enfants, ce qui est juste dans la mesure où ce n'est pas au droit de dire cela.

Le biologique et le volontaire

Une articulation complexe

Pour Jacques Arènes, le fond du débat sur la filiation se situe précisément dans la question de **l'articulation entre la dimension volontaire de la filiation et d'autres aspects**, notamment la condition corporelle, certains refusant d'articuler la filiation à la corporéité ou l'articulant d'une façon très souple, là où d'autres considèrent que cette articulation est en réalité très forte et qu'il est donc nécessaire de la penser comme telle. Jacques Fierens a remarqué que dans cette distinction entre parenté de parole et parenté corporelle, on réduit la parole autant que le corps : le corps est réduit à l'ADN et la parole à l'acte de volonté. Tout se passe comme si la distinction entre ce qui est du corps et ce qui est de la parole était très claire, ce qui n'est pas évident.

L'origine biologique et l'intérêt de l'enfant

Pour Jacques de Longeaux, si l'établissement de la filiation n'a jamais été réduite au seul critère biologique et qu'elle tend encore à en être distinguée avec l'adoption par les personnes de même sexe, le fait qu'un enfant ne puisse avoir que deux parents est pourtant le signe d'une **reconnaissance implicite du fait qu'un enfant vient toujours de l'union d'un homme et d'une femme**. Avoir deux parents est dans cette logique volontariste un critère presque superflu. Jacques Fierens a répondu que ce critère était précisément remis en cause aujourd'hui, dans le sens d'une pluri-parentalité.

Jacques de Longeaux a estimé que **l'intérêt de l'enfant n'est pas intégralement pris en compte**, puisqu'on ne fait plus nécessairement cas **de son origine biologique et corporelle**. En outre, le principe d'indisponibilité de l'état des personnes auquel se réfère le droit pour rendre irrévocable une filiation volontaire ou une adoption, sera fatalement remis en cause par la logique contractuelle qui se déploie aujourd'hui autour de la filiation. Jacques Arènes a précisé qu'il était aujourd'hui possible de révoquer l'adoption simple, mais non l'adoption plénière. Il a ajouté que la tendance actuelle allait dans le sens d'une redéfinition de notions comme celle de l'indisponibilité de l'état des personnes au privilège de la volonté.

Théologie et filiation : un modèle volontariste ?

Richard Escudier, en évoquant l'argument de Michel Serres **selon lequel l'écriture elle-même déjouerait la vision biologique de la filiation**, a indiqué qu'il s'agissait d'une lecture littérale de la Bible et que le christianisme ne saurait être défini comme une « religion de l'adoption » qui nous ferait quitter les liens du sang et dépasser nos déterminismes biologiques. Jacques de Longeaux, dans le même sens, a montré que si l'on en reste au sens littéral, il est impossible de concilier le fait que le Père désigne son Fils par la parole et le fait que le Fils lui-même est dit la Parole vivante, le Verbe de Dieu. Il s'agit d'une **relation d'engendrement analogique** qui signifie que **l'engendré tient essentiellement sa vie de quelqu'un d'autre**. En évoquant ses travaux sur le clonage, Jacques de Longeaux a indiqué que du point de vue de la théologie trinitaire il n'est pas possible de faire de la création un engendrement à partir de soi comparable au clonage, puisqu'il y a déjà une pluralité en Dieu : **la création est une opération trinitaire et nous naissons d'une relation qui nous précède**, non de l'ouvrage d'un ouvrier solitaire.

La philosophie du droit contemporain

Une philosophie contractualiste

Augustin Chepeau a demandé une explicitation de la tendance actuelle du droit à avaliser les faits. Il a demandé dans quelle mesure cette tendance n'est pas caractéristique d'un droit exclusivement positif, qui ne présuppose pas de normes philosophiques plus fondamentales que lui. Jacques Fierens a répondu que très souvent **la philosophie conditionne et précède le droit**. Le droit actuel est fondé sur la philosophie individualiste et contractualiste de Grotius, Locke, Hobbes, etc. Dans ces philosophies, l'individu devient une monade sociale. S'il n'y a que des individus à l'origine dans l'état de nature, il faut expliquer les relations entre les hommes par l'existence des contrats, d'abord le contrat social originaire, justifié de différentes manières, puis l'ensemble des contrats particuliers. **L'espace philosophique sous-tendu dans le droit est le contractualisme.**

Le présupposé individualiste du droit

Jacques Fierens, en indiquant sa préoccupation concernant le droit de l'enfant, a pointé une des limites du présupposé philosophique contractualiste dans la **survalorisation de l'autonomie**. Pour Rousseau, le but de l'éducation est de rendre l'enfant entièrement autonome, ce qui implique de parvenir à le détacher de son entourage, de sa condition, etc. Or, pour Jacques Fierens, ce n'est pas cela l'objectif de l'éducation. Elle doit au contraire viser **non seulement au maintien du lien**, mais à la prise de conscience par les personnes **d'une relation de dépendance réciproque sur le plan affectif et humain**. Peu de place est faite pour la faiblesse, la fragilité dans les relations sociales. Christiane Behaghel a soutenu, à travers l'exemple de la complexification du droit du travail, que le **droit manifeste tout de même un réel souci de protection du plus faible**. Pour Jacques Fierens, l'interdiction du contrat léonin, selon laquelle un contrat qui impose à l'une des parties toutes les charges et donne à l'autre tous les avantages est réputé non écrit et les progrès du droit du travail, relèvent d'une réaction contre un droit individualiste et libéral. Mais le droit des contrats actuel reste encore fondamentalement libéral et **rien n'impose l'égalité entre les contractants**.

La notion de « loi naturelle »

Augustin Chepeau, en se référant à la mise en avant de la « loi naturelle » par les opposants au mariage entre personnes de même sexe, a demandé si la réalité visée à travers cette expression signifiait quelque chose pour le droit actuel. Pour Jacques Fierens **les hommes appellent « loi naturelle »** et par extension « droit naturel » ce qui constitue **les fondements philosophiques du système juridique qu'ils préconisent**.