

Quelle parenté pour les couples de même sexe ?

par Sylvie Cap

*Assistante au Centre de droit de la personne,
de la famille et de son patrimoine*

INTRODUCTION

1. Parmi l'ensemble des mutations que connaît aujourd'hui le droit de la personne et de la famille, l'accès des couples de même sexe au mariage et à la filiation est probablement celle qui est venue le plus profondément ébranler l'édifice du droit familial, en réinterrogeant les fondements mêmes des socles sur lesquels il s'est construit.

En ouvrant en 2003 le mariage aux couples de même sexe et en autorisant en 2006 l'adoption par deux personnes de même sexe et l'adoption, par le partenaire homosexuel, de l'enfant de son conjoint ou cohabitant, le législateur belge s'est inscrit dans le courant égalitariste consistant à affirmer qu'il serait contraire au principe démocratique d'égalité que les personnes homosexuelles ne puissent bénéficier des mêmes institutions que celles auxquelles ont accès les couples de sexes différents ¹.

Ce faisant, les deux institutions cardinales du droit de la famille — le mariage et la filiation — se trouvent affectées dans leur ensemble, en ce qu'elles sont désormais dépouillées de la référence à la différence sexuée qui avait jusque-là fait leur essence.

2. C'est plus particulièrement sur l'établissement de la parenté au sein des couples de même sexe que portera cette étude et, singulièrement, sur la consécration juridique du lien unissant l'enfant et les deux personnes de même sexe qui ont souhaité sa venue au monde.

L'évolution des techniques médicales mise au service de la reproduction humaine — permettant de dissocier la procréation de la sexualité — conjuguée à la force de ce courant égalitariste, ont conduit des individus formant un couple homosexuel à désirer être parent, et à pouvoir réaliser un tel désir. La science vient ainsi apporter une solution à un problème d'infertilité qui n'est plus seulement *accidentel* (difficulté à concevoir au sein d'un couple hétérosexuel), mais bien *structurel* (impossibilité de concevoir un enfant au sein d'un couple de même sexe).

¹ Pour une critique de ce courant égalitariste et de ses implications, voy. J.-L. RENCHON, « Une filiation monosexuée ? », in *Parenté, filiation, origines : le droit et l'engendrement à plusieurs*, H. FULCHIRON et J. SOSSON (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 237-258.

Un couple de deux femmes qui nourrit le souhait de faire naître un enfant peut ainsi — et le droit belge le permet — concrétiser ce projet en recourant à un processus de procréation médicalement assistée (via une fécondation *in vitro* ou une insémination artificielle avec le sperme d'un donneur). La conception de l'enfant peut aussi, pour ces couples, avoir lieu en dehors du champ médical, par rapprochement sexuel — avec un homme plus ou moins informé du projet parental — ou par insémination « artisanale », pratiquée avec le sperme d'un donneur connu. Un couple de deux hommes peut quant à lui — et le droit belge ne l'exclut pas non plus — chercher à concevoir un enfant en ayant recours à une gestation pour autrui.

Cette situation de fait pose, en aval, la question juridique du rattachement de l'enfant aux deux auteurs du projet parental qui l'a fait naître.

Pour l'un des deux auteurs, ce sont les règles « classiques » du Code civil qui permettront d'établir directement un lien de filiation avec l'enfant : dans un couple de femmes, celle des deux partenaires qui porte l'enfant et en accouche sera la mère légale (article 312 du Code civil) ; dans un couple d'hommes, l'un des deux hommes — pas nécessairement celui dont les gamètes ont été utilisés — peut directement reconnaître l'enfant à la naissance ² (article 319 du Code civil), si la mère porteuse n'est pas mariée et avec le consentement de celle-ci.

Qu'en est-il de l'autre « parent d'intention » ? De quelle manière le droit peut-il relier cet enfant à cette autre femme ou à cet autre homme, de même sexe que son parent légal, qui a tout autant souhaité sa venue au monde en formant avec ce dernier un projet parental commun, mais n'a pas de lien biologique avec lui ?

Autrement dit, quelle juste place le droit peut-il réserver à celui que l'on appelle, faute de mieux, le « coparent » ³ de l'enfant et qui n'est ni un « parent biologique », ni un « parent social » ⁴ ?

3. La question de l'appréhension par le droit de cette réalité sociale particulière est éminemment complexe, dès lors que celle-ci s'écarte du modèle classique de l'engendrement.

C'est que, d'abord, il s'agit nécessairement d'une situation d'engendrement à plusieurs, faisant intervenir un tiers, dont les forces génétiques ont été mobi-

² Ou même dès avant celle-ci (article 328bis du Code civil).

³ La complexité de cette réalité humaine particulière explique la difficulté même de dénommer — en droit — cette personne qui sort des catégories classiques (cette difficulté de dénomination se retrouve dans toutes les nouvelles situations d'engendrement). L'appeler « co-mère » implique *a priori* qu'un second lien de filiation juridique est établi ou devrait être établi avec l'enfant, et n'est donc pas totalement satisfaisant. Voy. L. BRUNET et J. SOSSON, « L'engendrement à plusieurs en droit comparé : quand le droit peine à distinguer filiation, origines et parentalité », in *Parenté, filiation, origines : le droit et l'engendrement à plusieurs*, *op. cit.*, pp. 32-33.

⁴ I. THÉRY, « Engendrement et filiation au temps du démarriage », in *Parenté, filiation, origines : le droit et l'engendrement à plusieurs*, *op. cit.*, pp. 329-330.

lisées (utilisation des gamètes d'un donneur ou intervention corporelle d'une mère porteuse), et qui fait donc partie de la réalité de la conception de cet enfant.

C'est que, ensuite, il s'agit de rattacher juridiquement l'enfant à deux personnes de même sexe, s'affranchissant ainsi de la différenciation sexuée qui a nécessairement procédé à sa conception.

4. Aussi complexe soit-elle, une appréhension par le droit s'avère pourtant indispensable.

Il y va de la *protection juridique* qui doit être offerte à la relation de fait ainsi nouée avec le « coparent », qui assume, avec le parent légal, l'éducation et les soins quotidiens de l'enfant, et de prémunir cette relation de l'insécurité juridique dans laquelle la plongerait la séparation du couple ou le décès du parent légal.

Il y va également de la *reconnaissance symbolique* du rôle assumé par le « coparent » dont la volonté a contribué à la venue au monde de cet enfant, issu d'un projet parental commun, bien que ne pouvant être biologiquement issu que de l'un de ses deux auteurs.

5. Dans quel *registre* place-t-on dès lors ce lien spécifique et sur quel *mode* est-il adéquat de l'établir ?

Notre système juridique belge a fait le choix d'inscrire cette relation dans le champ de la *filiation*, en ouvrant l'adoption aux couples de même sexe et, singulièrement, en rendant possible l'adoption de l'enfant du conjoint ou cohabitant de même sexe. L'enfant qui naît dans une telle configuration familiale possède donc, pour autant que le partenaire de son parent légal l'adopte, une *double filiation monosexuée*.

Il ne paraît pas inutile de revenir sur l'évolution au terme de laquelle notre droit positif en est arrivé à une telle solution, au demeurant remise en question, dans sa conception actuelle, par la Cour constitutionnelle (I).

Mais il existe aujourd'hui une volonté politique, affirmée dans la déclaration gouvernementale du 11 décembre 2011, et concrétisée récemment dans deux propositions de loi déposées à la Chambre des représentants et au Sénat le 21 janvier 2014, de franchir un pas supplémentaire, en consacrant une double filiation monosexuée qui ne soit plus établie *a posteriori*, par jugement, mais bien *d'origine*, par extension aux personnes de même sexe des règles du Code civil établissant la filiation. La présente contribution est l'occasion de proposer une première analyse de ces deux propositions actuellement à l'examen dans nos assemblées parlementaires fédérales. Il conviendra de bien prendre la mesure du changement ainsi proposé, car il ne s'agit pas simplement d'utiliser un autre « outil juridique » (II).

Ayant ainsi relevé les enjeux et les impasses de la solution existant *de lege lata* et de la solution envisagée *de lege ferenda*, l'on s'interrogera alors sur

la traduction juridique la plus appropriée de la relation unissant l'enfant au « coparent », et l'on tentera d'examiner si d'autres voies sont possibles (III).

I. — UNE DOUBLE FILIATION MONOSEXUÉE PAR LA VOIE DE L'ADOPTION

6. L'accès des couples homosexuels à la conjugalité et à la parenté s'est réalisé, au cours des quinze dernières années, au gré d'un « enchaînement » de décisions politiques ⁵ dont nous nous bornerons ici à retracer les étapes à grands traits, uniquement en ce qu'elles concernent la parenté.

7. Lorsqu'il a ouvert, par la loi du 13 février 2003, le mariage aux personnes de même sexe ⁶, le législateur avait expressément écarté la dimension procréative de l'union conjugale de ces couples : un second alinéa avait été ajouté à l'article 143 du Code civil pour exclure — et il exclut toujours — l'épouse de la mère du bénéfice de la présomption liée au mariage, qui ne joue qu'en faveur du mari de la mère (article 315 du Code civil).

Dans l'exposé des motifs du projet à l'origine de la loi, le gouvernement justifiait ce choix en se fondant sur le caractère nécessairement bisexué de la procréation. Il affirmait en effet qu'« accepter que, par le biais de la filiation, un lien juridique de type familial s'établisse quand même entre l'enfant et les deux femmes exige[rait] de faire par trop abstraction de la réalité », ou encore que « la distance entre la réalité et le droit deviendrait de la sorte trop importante » ⁷.

8. À la même époque, la Cour constitutionnelle avait été interrogée quant à la question de savoir si une discrimination résultait de l'impossibilité pour deux personnes de même sexe qui élèvent un enfant ensemble d'exercer conjointement l'autorité parentale, en ce que seules les personnes à l'égard desquelles un lien de filiation est établi sont titulaires de l'autorité parentale.

Dans la situation qui avait donné lieu à la question préjudicielle soumise à la Cour, deux femmes qui avaient vécu en couple pendant dix ans et avaient élevé ensemble un enfant conçu par insémination artificielle avec donneur, demandaient, à la suite de la séparation intervenue entre elles, à ce que soit exercée conjointement l'autorité parentale sur l'enfant dont seule l'une d'elles était la mère légale.

⁵ Pour une présentation détaillée de ces réformes et de la manière dont elles se sont articulées les unes aux autres, au terme de ce qui a pu être décrit comme un « effet de chaîne », voy. J.-L. RENCHON, « Le mariage homosexuel et la parenté monosexuée en Belgique », in *L'ouverture du mariage aux personnes de même sexe*, Actes du colloque de l'association du Master II Droit privé de l'Université Panthéon-Assas, 2014, à paraître.

⁶ Loi du 13 février 2003 ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil, *M.B.*, 28 février 2003, p. 9880.

⁷ *Doc. parl.*, Chambre, sess. 2001-2002, n° 50-1692/001, p. 6.

Dans un arrêt du 8 octobre 2003, la Cour — alors toujours d'arbitrage — estimait qu'il y avait là une différence de traitement pour la catégorie d'enfants concernés qui n'était pas raisonnablement justifiée, mais elle ne pouvait conclure à la discrimination, considérant qu'il revenait au législateur de préciser « sous quelle forme, à quelles conditions et selon quelle procédure l'autorité parentale pourrait, dans l'intérêt de l'enfant, être étendue à des personnes qui n'ont pas un lien de filiation avec lui »⁸. Une *lacune législative*⁹ est ainsi mise en évidence, à laquelle seul le pouvoir législatif est en mesure de remédier. Et c'est *a priori* dans le sens de l'organisation juridique de la fonction parentale que la Cour envisageait cette modification.

9. Lors de la législature suivante, c'est toutefois en vue d'autoriser l'adoption par des personnes de même sexe que plusieurs propositions de loi ont été élaborées. Celles-ci coexistaient avec d'autres propositions, déposées précédemment, visant à aménager juridiquement la relation de fait nouée entre un enfant et le partenaire de son parent légal à travers la figure de la « parenté sociale », figure qui recouvrait toutes les situations où un partenaire est engagé auprès du parent légal dans l'exercice des responsabilités éducatives à l'égard d'un enfant.

Deux voies étaient donc possibles pour encadrer juridiquement la situation du « coparent », ayant porté avec le parent légal le projet parental, et élevant l'enfant à ses côtés : l'établissement d'un lien de filiation par adoption (registre de la parenté, inscrivant l'enfant dans une lignée) ou l'organisation juridique de la fonction éducative (registre de la parentalité, reconnaissant la place occupée par cette personne dans la vie de l'enfant, sans établissement d'un lien de filiation)¹⁰.

10. Malgré un avis nuancé du Conseil d'État¹¹ et les opinions circonspectes de certains experts auditionnés en commission, c'est finalement sur le terrain de la parenté que le législateur a décidé de s'engager, en autorisant, par la loi du 18 mai 2006, l'adoption conjointe par deux personnes de même sexe ou l'adoption de l'enfant de son conjoint ou de son cohabitant par une personne de même sexe¹².

⁸ C.A., 8 octobre 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 185, note J.-L. RENCHON, « Vers l'octroi de l'autorité parentale à des beaux-parents ? ».

⁹ Voy. également *infra*, n° 17-18.

¹⁰ Pour une présentation détaillée de ces propositions, une explication de l'enjeu du choix politique entre la filiation et la parentalité, et une critique de la solution qui sera finalement retenue, voy. J.-L. RENCHON, « Parenté sociale et adoption homosexuelle — Quel choix politique ? », *J.T.*, 2005, pp. 125-132.

¹¹ *Doc. parl.*, Chambre, sess. 2004-2005, n° 51-0393/002. Le Conseil d'État, analysant l'argument de l'égalité de traitement entre couples hétérosexuels et homosexuels soutenu par les partisans de l'élargissement de l'adoption aux couples de même sexe, attirait l'attention du législateur sur l'importance, au regard précisément des critères d'égalité et de non-discrimination, de justifier l'égalité de traitement qu'il souhaitait appliquer à des situations pourtant éminemment différentes.

¹² Loi du 18 mai 2006 modifiant certaines dispositions du Code civil en vue de permettre l'adoption par des personnes de même sexe, *M.B.*, 20 juin 2006, p. 31128.

11. La loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes a ensuite, quant à elle, encadré le recours à la P.M.A. en prévoyant notamment la nécessité d'une convention entre le centre de fécondation et « le ou les auteurs du projet parental », défini(s) comme étant « toute personne ayant pris la décision de devenir parent »¹³, sans prévoir ni exclure le recours aux techniques de P.M.A. dans le cadre des couples de même sexe.

Cette loi est en effet venue confirmer le « pluralisme éthique » des centres de fécondation qui prévalait dans la pratique dès avant son adoption : un large accueil est réservé aux projets parentaux, sous réserve de la « clause de conscience » que peuvent leur opposer les centres de reproduction.

12. Dans l'état actuel de notre droit positif, tant l'adoption conjointe d'un enfant par deux personnes de même sexe que l'établissement d'un second lien de filiation par adoption à l'égard du partenaire du parent légal à la suite de la conception d'un enfant par P.M.A. sont donc possibles.

Lorsqu'un couple de deux femmes a recours à une insémination artificielle pour concevoir un enfant désiré par les deux partenaires, la compagne (épouse, cohabitante légale ou cohabitante de fait) de la mère légale peut adopter cet enfant. Lorsqu'un couple de deux hommes a recours à une mère porteuse pour concevoir un enfant, l'un des deux partenaires peut reconnaître l'enfant, et l'autre, l'adoption¹⁴.

13. Actuellement, un double lien de filiation *monosexué* peut ainsi valablement être établi dans toutes les situations où un couple de deux personnes de même sexe a désiré concevoir et élève un enfant.

Les conditions de l'adoption doivent alors être respectées. Ainsi, l'adoption d'un enfant par le « coparent » suppose, d'une part, que le père ou la mère exprime son consentement à cette adoption¹⁵, d'autre part, que les deux conjoints soient mariés, cohabitants légaux ou « vivent ensemble de façon permanente depuis au moins trois ans au moment de l'introduction de la demande en adoption »¹⁶.

¹³ Respectivement, articles 7 et 2 de la loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes, *M.B.*, 17 juillet 2007, p. 38575.

¹⁴ Voy. Trib. jeun. Huy (11^e ch.), 22 décembre 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012/2, p. 403 (adoption simple par l'époux du père légal de jumeaux nés par gestation pour autrui en Californie), suite à Liège, 6 septembre 2010 (*Rev. trim. dr. fam.*, 2010/4, pp. 1125 à 1134, note C. HENRICOT, S. SAROLÉA et J. SOSSON), qui avait refusé la reconnaissance du jugement californien consacrant le double lien de filiation à l'égard des deux hommes et la transcription de l'acte de naissance de l'enfant établissant ce double lien. La Cour d'appel de Liège n'acceptait l'établissement de la filiation qu'à l'égard du père biologique, l'autre homme ne pouvant établir la sienne autrement que par l'adoption. Comp. Civ. Liège (3^e ch.), 15 mars 2013 (*Rev. trim. dr. fam.*, 2013/3, p. 714, note C. HENROT), qui reconnaît un jugement californien et accepte directement le double lien de filiation monosexué qu'il contient.

¹⁵ Article 348-3, alinéa 2, du Code civil.

¹⁶ Article 343, § 1^{er}, b), du Code civil.

14. Le respect de ces conditions peut poser problème en cas de séparation du couple, et la Cour constitutionnelle a précisément été amenée à se prononcer, dans deux arrêts rendus le 12 juillet 2012, sur la constitutionnalité de ces dispositions dans deux cas d'espèce où elles n'étaient pas remplies, empêchant donc tout établissement d'un lien juridique entre la « co-mère » et l'(les) enfant(s) concerné(s) ¹⁷.

15. Dans la première situation, qui a donné lieu à la question préjudicielle à l'origine de l'arrêt n° 93/2012, deux femmes, mariées depuis 2008, avaient formé ensemble un projet parental (matérialisé dans une convention conclue avec un centre de fécondation) au terme duquel l'une d'elles avait donné naissance à une petite fille en octobre 2009. Tant la mère légale que son épouse avaient préparé la venue de l'enfant durant la grossesse et elles élevaient l'enfant ensemble. Quelques mois après la naissance, les deux épouses ont entamé les démarches en vue de l'adoption de l'enfant par la conjointe de la mère et celle-ci a rapidement obtenu le certificat de préparation à l'adoption. Peu de temps après l'introduction de la requête en adoption plénière déposée en septembre 2010, le couple se sépare, la mère légale quittant le domicile conjugal et emmenant l'enfant avec elle. Dans le cadre de la procédure en adoption, la mère légale s'oppose à l'adoption, au motif qu'elle ne rencontrerait pas l'intérêt de l'enfant en raison de la séparation.

La candidate à l'adoption estime ce refus abusif au regard du projet parental commun dans lequel sa demande s'inscrit. Mais l'article 348-11, alinéa 2, du Code civil ne permet de passer outre le refus de consentement de la mère « que s'il apparaît, au terme d'une enquête sociale approfondie, que celle-ci s'est désintéressée de l'enfant ou en a compromis la santé, la sécurité ou la moralité », ce qui n'était aucunement le cas en l'espèce.

Le Tribunal de la jeunesse de Liège, se trouvant dans l'impossibilité de prononcer l'adoption en raison de ce refus de la mère, interroge la Cour constitutionnelle sur la conformité, dans une telle situation, des articles 348-3 et 348-11 du Code civil aux articles 10, 11, 22 et 22bis de la Constitution, lus isolément ou en combinaison avec les articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme.

La Cour limite son examen ¹⁸ à la situation de l'espèce et considère que « l'intérêt potentiel de l'enfant à bénéficier d'un double lien de filiation juridique l'emporte en principe sur le droit de la mère de refuser son consentement à l'adoption par la femme avec laquelle elle était mariée, qui avait engagé avec elle un projet de coparentalité avant la naissance de l'enfant et

¹⁷ Pour une analyse détaillée des arrêts n°s 93/2012 et 94/2012, de leur portée et de leurs implications, voy. S. CAP et J. SOSSON, « Quand la Cour constitutionnelle revisite les conditions de l'adoption homoparentale », *Rev. trim. dr. fam.*, 2013/1, pp. 177-203.

¹⁸ Pour une analyse détaillée du raisonnement de la Cour, voy. S. CAP et J. SOSSON, *op. cit.*, pp. 180-183.

l'avait poursuivi après celle-ci, dans le cadre d'une procédure d'adoption »¹⁹. Si l'exigence du consentement prévu par l'article 348-11 du Code civil poursuit, selon la Cour, « un objectif légitime dès lors que l'article 356-1, alinéa 2, du même Code dispose que l'enfant qui fait l'objet d'une adoption plénière cesse d'appartenir à sa famille d'origine », tel n'est pas le cas lorsqu'il s'agit de l'adoption de l'enfant de son conjoint ou de son cohabitant, de sorte que « la mesure qui érige le refus du consentement de la mère en fin de non-recevoir absolue, sauf si la mère s'est désintéressée de l'enfant ou en a compromis la santé, la sécurité ou la moralité, et qui ne laisse donc au juge aucune possibilité de tenir compte de l'intérêt de l'enfant pour apprécier, le cas échéant, le caractère abusif du refus de ce consentement, n'est pas raisonnablement justifiée ». Elle conclut ainsi à la violation des normes constitutionnelles invoquées par les dispositions mises en cause en ce qu'elles « ne permettent au juge chargé de prononcer une adoption, dans les circonstances décrites en B.1.2., d'écarter le refus de la mère à consentir à cette adoption que dans l'hypothèse » circonscrite prévue par l'article 348-11 du Code civil.

En d'autres termes, c'est parce que l'adoption de l'enfant du conjoint ou du cohabitant ne coupe pas les liens avec ce dernier, ou plus exactement en l'espèce avec cette dernière, qu'il n'est pas raisonnablement justifié que le refus de celle-ci constitue ce que la Cour considère comme une « fin de non-recevoir absolue ». *A contrario*, en revanche, tel n'est pas le cas lorsqu'un enfant, par une adoption plénière, cesse d'appartenir à sa famille d'origine. La Cour considère en quelque sorte que les conditions posées par la loi pour permettre au tribunal de passer outre au refus de consentement à l'adoption par un parent sont trop strictes s'il s'agit de l'adoption d'un enfant qui est le fruit d'un projet parental commun avec la conjointe et avec lequel l'adoptante a un lien familial effectif, même au-delà de la séparation.

16. Les circonstances à l'origine de la question préjudicielle ayant donné lieu au second arrêt prononcé le même jour sont à la fois proches et différentes de la situation précédente.

Deux partenaires lesbiennes ont formé un ménage de fait durant dix ans, au cours desquels l'une d'elles a donné naissance à deux enfants, dont le père biologique n'est pas connu. Les enfants ont été élevés par les deux femmes, la mère légale et sa partenaire. Le couple se sépare en 2003, mais les deux femmes organisent de commun accord un « hébergement égalitaire » des enfants et un partage des frais d'éducation et d'entretien. En 2010, l'ex-partenaire de la mère introduit une requête en adoption plénière des enfants. Elle demande explicitement que le lien juridique de filiation entre les enfants et leur mère biologique et légale soit maintenu. Il ne s'agit donc pas pour elle d'adopter les

¹⁹ Arrêt n° 93/2012 cité, B.14.

enfants en vue d'en devenir la seule et unique mère ²⁰, mais bien d'appliquer à l'adoption sollicitée l'article 356-1, alinéa 3, du Code civil, qui prévoit que, lorsque l'enfant adopté est celui « du conjoint ou cohabitant » de l'adoptant, l'enfant ne cesse pas d'appartenir à la famille de ce conjoint ou cohabitant. Il s'agit, en d'autres termes, d'en faire une adoption « de l'enfant du conjoint ou du cohabitant », l'autorité parentale étant alors exercée conjointement. Le but est donc bien que les enfants disposent d'une mère légale et d'une mère adoptive. Si tant la mère que les enfants se déclarent explicitement d'accord avec l'adoption demandée et s'il existe, tant sur le plan moral que matériel, une relation parent/enfant durable entre la candidate à l'adoption et les enfants, il n'empêche qu'il existe un obstacle légal à ce que ce type d'adoption soit retenu ici : il doit s'agir de l'enfant « du cohabitant », et la notion de « cohabitants » est définie à l'article 343, § 1^{er}, b), du Code civil comme étant « deux personnes ayant fait une déclaration de cohabitation légale ou deux personnes qui vivent ensemble de façon permanente et affective depuis au moins trois ans au moment de l'introduction de la demande en adoption (...) ».

Saisie d'une question préjudicielle par le Tribunal de la jeunesse de Louvain, la Cour constate que les dispositions en cause « empêchent l'ancien partenaire du parent légal de l'enfant de lier à la relation parent/enfant de fait, durable, qui existe, le cas échéant, entre cette personne et l'enfant des effets consacrant juridiquement les engagements auxquels cette personne offre de souscrire à l'égard de cet enfant, et ce tant que le législateur n'a pas prévu d'autres procédures ». La Cour conclut que « dans cette mesure, les dispositions en cause ont des effets disproportionnés par rapport à l'objectif légitime poursuivi par le législateur », à savoir assurer un environnement stable à un enfant qui a déjà vécu un déracinement, l'adoption demandée par l'ancien partenaire ne pouvant provoquer un tel déracinement dans les situations où la relation parent/enfant de fait entre l'enfant et celui-ci est établie de manière durable et dès lors que les liens juridiques entre l'enfant et sa famille d'origine restent maintenus. Pour la Cour, une telle adoption « pourrait au contraire généralement contribuer à la stabilité de l'environnement dans lequel l'enfant grandit et confirmer juridiquement les rapports de fait existant au sein de cet environnement ». Elle va en conséquence considérer que les articles 343, § 1^{er}, b), 356-1 et 356-2 du Code civil violent, dans les circonstances définies en B.4, les articles 10, 11 et 22*bis* de la Constitution, combinés avec l'article 21 de la Convention relative aux droits de l'enfant.

17. La Cour est ainsi venue, sur deux points, atténuer la rigueur des conditions légales de l'adoption qui n'étaient pas adaptées aux situations au regard desquelles elle était appelée à les évaluer : dans le premier cas, c'est le poids

²⁰ Ce qui n'aurait évidemment pas manqué d'être considéré comme contraire à l'intérêt de l'enfant dans un tel cas d'espèce.

(quasi) total accordé à la volonté de la mère qui est évacué pour laisser une place à l'appréciation du juge au regard de l'intérêt de l'enfant ; dans le second, c'est un obstacle légal qui doit sauter devant l'intérêt de l'enfant et le vœu de toutes les personnes concernées. Lorsque la femme qui a porté avec la mère légale de l'enfant le projet parental dont il est issu et avec laquelle existe pour l'enfant un lien familial effectif, qui persiste après la séparation du couple, souhaite adopter cet enfant, le nouveau lien de filiation ne venant pas « se substituer », mais « s'ajouter » au lien établi d'origine, la consécration juridique du lien socioaffectif qui unit l'enfant à la candidate adoptante doit pouvoir être appréciée au regard de son intérêt et les règles formelles qui l'entravent doivent s'effacer.

Les conditions de l'adoption mises en cause sont justifiées lorsque l'enfant quitte sa famille d'origine, mais ne le sont pas dans les situations présentées à la Cour, dès lors que celles-ci sont différentes des situations envisagées par les dispositions légales. La Cour décèle ainsi, dans les dispositions visées, une *lacune législative* à laquelle il est possible de remédier dans le cas d'espèce.

La Cour n'a pu le faire que parce que le législateur avait, en 2006, permis l'adoption par des personnes de même sexe, son intervention se situant dès lors sur un terrain favorable. Alors que dans son arrêt du 8 octobre 2003, la Cour avait pointé la lacune (extrinsèque alors) résultant de l'impossibilité pour un ancien couple de lesbiennes d'exercer conjointement l'autorité parentale en raison de l'absence d'un double lien de filiation, et laissait au législateur le soin de définir les conditions dans lesquelles celle-ci pourrait être exercée par des personnes n'ayant pas de lien de filiation ²¹, celui-ci a, en 2006, ouvert le champ de la filiation au moyen de l'adoption, sans en modifier les conditions pour les adapter à la nouvelle situation pour laquelle il l'autorisait... C'est cette absence de modification qui permet à la Cour de constater une « lacune » (intrinsèque cette fois) au regard de la situation d'espèce, lacune que le juge *a quo* peut corriger, dès lors qu'elle est contenue dans les règles mises en cause et que le constat de violation est précis et complet ²².

18. La difficulté ainsi constatée tient peut-être au fait que l'« outil » utilisé pour créer un lien juridique entre l'enfant et le « coparent », à savoir l'adoption plénière intrafamiliale ou « adoption de l'enfant du conjoint ou cohabitant » ou encore « adoption par le beau-parent », n'est pas tout à fait adéquat. Les réalités familiales sont assurément très différentes, dans la mesure où il s'agit, dans le premier cas, pour le nouveau conjoint ou cohabitant du parent légal, dans le contexte d'une recomposition familiale, d'adopter l'enfant que ce dernier a eu lors d'une précédente relation et de donner ainsi une dimen-

²¹ Voy. *supra*, n° 8.

²² Pour de plus amples développements sur ce point, voy. S. CAP et J. SOSSON, *op. cit.*, pp. 191-193.

sion juridique à la place que joue ce nouveau compagnon ou cette nouvelle compagne dans la vie de cet enfant ²³, alors qu'il s'agit, dans le second cas, de nouer avec l'enfant conçu *ab initio* comme l'enfant du couple, à la suite d'un projet parental commun, le lien juridique qui concrétise l'engagement pris par la partenaire de la mère dès sa conception.

On voit donc que l'on vient appliquer une institution et emprunter son régime juridique dans une situation de fait différente de celle pour laquelle cette technique est conçue (avec une inadéquation des conditions, comme ces deux arrêts l'ont montré) et qui se rapproche *a priori* davantage de la situation dans laquelle s'appliquent les règles de la filiation d'origine (mise au monde d'un enfant suite à un projet parental porté à deux).

19. Faut-il pour autant aller plus loin, et envisager, *de lege ferenda*, de créer une double filiation monosexuée d'origine, qui s'alignerait sur les règles d'établissement de la filiation « charnelle » ?

II. — VERS UNE DOUBLE FILIATION MONOSEXUÉE D'ORIGINE ? ANALYSE DES DEUX PROPOSITIONS DE LOI DU 21 JANVIER 2014

20. Le législateur belge semble aujourd'hui vouloir franchir une étape supplémentaire significative, en permettant l'instauration d'un lien de filiation qui ne soit plus établi *a posteriori*, par décision judiciaire, mais bien *d'origine*, par application des règles de droit calquées sur celles qu'organise notre Code civil pour l'établissement de la filiation paternelle.

Tout imprégnée de l'idéologie égalitariste, cette volonté politique s'est affirmée dès la déclaration du gouvernement Di Rupo du 11 décembre 2011, qui a promis « d'éliminer les inégalités en ce qui concerne la parentalité des couples de même sexe ».

Un avant-projet de loi « portant établissement de la filiation du coparent » avait été élaboré en ce sens par la ministre de la Justice Annemie Turtelboom, mais n'a jamais passé la rampe du conseil des ministres, auquel il a été soumis à plusieurs reprises en 2013.

Des parlementaires se sont depuis lors saisis de la question et ont proposé dans les deux hémicycles des textes qui s'inspirent directement de l'avant-projet, même s'ils ne le reproduisent pas entièrement.

C'est donc désormais auprès des assemblées législatives qu'est porté ce nouveau débat, dont on ignore s'il connaîtra une issue avant la fin de la législature.

²³ Même si l'on peut s'interroger sur la pertinence de passer par la filiation pour reconnaître cette place et regretter qu'un système de « parentalité sociale » ne soit pas conçu pour « coller » plus justement à cette réalité familiale. Voy. L. BRUNET et J. SOSSON, *op. cit.*, spéc. pp. 35-37.

21. Deux propositions de loi ont ainsi été présentées début 2014. L'une, portant établissement de la filiation du « coparent »²⁴, déposée au Sénat le 21 janvier 2014, émane des partis libéraux et socialistes, emmenés par J.-J. De Gucht, Ph. Mahoux, G. Swennen et Ch. Defraigne (ci-après : proposition n° 5-2445) ; l'autre, modifiant le Code civil en ce qui concerne l'instauration d'un statut pour les « coparents »²⁵, a été déposée à la Chambre des représentants le même jour à l'initiative de députées CD&V et d'un député SP.a (ci-après : proposition n° 3301/001).

Toutes deux ont le même objectif : permettre en faveur du « coparent » l'instauration d'un lien de filiation qui ne soit plus établi *a posteriori*, par décision judiciaire, mais bien *d'origine*, par application des règles de droit. Il est de la sorte prévu de transposer les règles de la filiation « charnelle » aux couples de même sexe, moyennant éventuellement quelques adaptations.

Sans entrer dans des considérations techniques détaillées, nous dégagerons les lignes de force de chacun de ces textes, avant de proposer une analyse des solutions qui y sont envisagées.

22. La proposition de loi n° 5-2445 se donne pour ambition de « supprimer les inégalités » dont seraient victimes les couples de même sexe en matière de « parentalité » et remet en question l'adoption, dont elle se demande si elle « apporte une véritable solution sur le plan juridique », au regard de ses inconvénients et de sa lourdeur. Elle entend dès lors « régler la protection juridique de l'enfant et du « coparent » non plus via l'adoption, mais en adaptant les règles de filiation existantes ».

Ce faisant, elle se veut « neutre sur le plan du genre » et vise à donner à tous les couples de même sexe « la possibilité de faire établir un lien de filiation à l'égard des deux partenaires, *par analogie avec les couples hétérosexuels* ».

Un nouveau chapitre *Ilbis*, consacré à « l'établissement de la filiation à l'égard du coparent » serait inséré dans le livre I^{er}, titre VII, du Code civil, et emprunterait les mécanismes classiques d'établissement de la filiation paternelle, en les adaptant aux spécificités du projet parental porté par deux personnes de même sexe.

Elle propose ainsi d'instaurer une « présomption de coparentalité »²⁶, permettant d'établir automatiquement la filiation de l'épouse ou de l'époux du parent légal, qui ne s'applique toutefois que lorsque le couple a eu recours à une procréation médicalement assistée, matérialisée par une convention

²⁴ *Doc. parl.*, Sénat, sess. 2013-2014, n° 5-2445/1.

²⁵ *Doc. parl.*, Chambre, sess. 2013-2014, n° 3301/001.

²⁶ Le terme « coparentalité » est erroné. La proposition ne vise en effet pas à créer une « coparentalité », qui concerne *l'exercice des fonctions parentales*, mais bien une « coparenté », dès lors qu'il s'agit, en créant un lien de filiation, d'établir un lien de parenté et d'inscrire l'enfant dans une lignée.

conclue avec le centre de fécondation, conformément à la loi du 6 juillet 2007. Lorsque la conception a eu lieu en dehors d'un processus de P.M.A., la filiation ne peut s'établir, au sein du couple marié, que par reconnaissance, à la condition que le donneur connu n'ait pas établi sa filiation ou avec son consentement si la reconnaissance a lieu avant la naissance, sachant que ce consentement pourra être retiré jusqu'à six mois après avoir été donné (article 19 de la proposition).

La reconnaissance est par ailleurs prévue, tout comme dans la filiation « classique », comme mode d'établissement du lien de filiation lorsque le couple n'est pas marié, que l'enfant ait été conçu dans ou en dehors d'un processus de P.M.A., moyennant, dans cette seconde hypothèse, le respect des mêmes conditions que celles qui viennent d'être évoquées.

La transposition des règles de la filiation charnelle ne vaudrait donc pleinement que lorsque l'enfant a été conçu dans un cadre médicalisé, et la filiation du « coparent » serait subsidiaire à celle que pourrait vouloir établir le donneur connu, et subordonnée à son accord, lorsque la procréation a eu lieu en dehors des techniques de reproduction assistée.

Les possibilités de contestation de la filiation ainsi établie diffèrent également, aux termes de la proposition, selon que l'enfant a été conçu à la suite ou en dehors d'une P.M.A. Dans la première hypothèse, la contestation de la « présomption de coparentalité » et de la « reconnaissance de coparentalité » ne peuvent avoir lieu que lorsqu'il apparaît que la conception n'était pas la conséquence de la P.M.A. La filiation est ainsi « verrouillée » dès que l'enfant est bien issu du projet parental commun. Dans la seconde hypothèse, l'action en contestation de « reconnaissance de coparentalité » est déclarée fondée, s'il est prouvé par toutes voies de droit que l'intéressé n'est pas le coparent ²⁷, la proposition indiquant certains éléments pouvant jouer dans l'appréciation de cette preuve (« la question de savoir entre quelles personnes le projet de parentalité a été conclu, qui en avait ou non connaissance, s'il s'agit ou non d'une reconnaissance adultérine, la fin de la relation entre les deux partenaires durant le projet de parentalité... »).

Une action en « recherche de coparentalité » est par ailleurs proposée, dans les cas où la filiation n'a pas été établie par présomption ou par reconnaissance, c'est-à-dire lorsque le coauteur du projet parental n'a pas assumé les responsabilités liées à son engagement dans le projet parental. Quant au fondement de cette action, la proposition précise seulement que « le juge statue au regard de l'intérêt de l'enfant et de la possession d'état ».

23. Comme son nom ne l'indique pas, la seconde proposition, « modifiant le Code civil en ce qui concerne l'instauration d'un statut pour les coparents »

²⁷ Si l'action est introduite par la personne revendiquant la paternité, la maternité ou la coparentalité de l'enfant (!), la demande ne serait en outre fondée que si sa propre parenté est établie.

(n° 3301/001), vise tout autant que la première à permettre l'établissement d'une filiation d'origine en faveur du coparent de même sexe²⁸. À la différence de la première, et comme son nom ne l'indique toujours pas, elle ne concerne toutefois que les couples féminins, les auteurs de la proposition reconnaissant que l'établissement d'une filiation d'origine au profit des couples *gay* est impossible²⁹.

Les motivations de cette proposition sont sensiblement les mêmes que la précédente : s'appuyant sur la circonstance que l'adoption peut parfois être ressentie comme « injuste » par les intéressés, elle vise à établir des « règles de droit civil à part entière en matière de coparentalité » et « place le coparent sur le même pied qu'un homme qui n'est pas le père biologique de l'enfant concerné ».

Le texte emprunte les mêmes mécanismes de la filiation charnelle que la proposition n° 5-2445, mais le régime proposé diffère quelque peu.

La filiation s'établit de plein droit au profit de l'épouse de la mère lorsque l'enfant naît dans le mariage (extension pure et simple de la présomption de paternité aux couples de deux femmes), et par reconnaissance lorsque le couple n'est pas marié. La proposition ne distingue à cet égard pas, contrairement à la première, selon que l'enfant est né dans le cadre ou en dehors³⁰ d'une P.M.A. Le contexte de la conception de l'enfant aura en revanche une incidence sur la

²⁸ L'emploi du terme « statut » aurait pu laisser penser qu'une figure juridique *ad hoc* était créée pour offrir une place au coparent.

²⁹ Voy. *infra*, n° 28.

³⁰ L'établissement du lien de filiation par reconnaissance, lorsque la conception a eu lieu en dehors du cadre d'une P.M.A., dépend toutefois ici entièrement du bon vouloir de la mère. En effet, celle-ci doit, tout comme ce qui est prévu à l'article 329*bis* du Code civil, donner son consentement à la reconnaissance (lorsque l'enfant a moins de 18 ans, seule ou avec lui s'il a plus de 12 ans). Mais à la différence de la procédure en « autorisation judiciaire de reconnaissance » prévue à l'article 329*bis*, § 2, alinéa 3, du Code civil, la candidate à la reconnaissance ne dispose pas du lien biologique avec l'enfant, qui lui permettrait de passer outre le refus de consentement de la mère, si le juge estime que l'établissement du lien de filiation est conforme à l'intérêt de l'enfant (*cf.* enseignement de l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 16 décembre 2010, n° 144/2010). La proposition prévoit que sa demande est rejetée s'il est établi que la candidate à la reconnaissance « n'a pas consenti à la conception conformément à la loi P.M.A. ou que la conception ne peut en être la conséquence », ce qui sera par hypothèse le cas dans la situation examinée ici, où la procréation a eu lieu en dehors du cadre médical. La femme qui a participé, avec la mère légale, au projet de concevoir un enfant, qui s'est concrétisé en dehors d'une procédure médicale, pourrait donc se voir empêcher d'accéder à la filiation si la mère la lui refuse. L'on ne peut manquer de rapprocher cette situation de celle qui fut à l'origine de l'arrêt n° 93/2012 de la Cour constitutionnelle (*cf. supra*, n° 15). En adoptant une telle règle, la co-mère placée dans une telle situation se trouverait donc moins avantagée que la co-mère qui, dans l'état actuel de notre droit, pourrait mobiliser l'enseignement de l'arrêt n° 93/2012 devant le juge appelé à passer outre le refus de consentement à l'adoption opposé par la mère légale. Dans la proposition n° 5-2445 examinée au Sénat, il est en revanche prévu qu'en cas de refus de consentement (de la mère ou du donneur connu, dans cette hypothèse), le tribunal « peut, à défaut de conciliation, refuser la reconnaissance si elle est manifestement contraire à l'intérêt de l'enfant ». Le juge dispose donc ici d'une large marge d'appréciation en cas de procédure dirigée contre un refus de consentement, de sorte qu'il lui reviendrait de tenir compte des intérêts en présence. La proposition s'inscrit ainsi davantage dans le sillage des arrêts récents rendus par la Cour constitutionnelle en matière de filiation. *Cf.* la contribution de J. Sosson, dans cet ouvrage.

stabilité de la filiation ainsi établie, dès lors que la filiation peut être mise à néant s'il est prouvé que l'intéressée n'a pas consenti à la conception conformément à la loi du 6 juillet 2007 ³¹.

Quant à l'action en « recherche de coparentalité », également prévue par la proposition, elle peut être introduite, pour autant que soit prouvée l'existence d'une possession d'état, tant à l'encontre de la femme qui a donné son consentement à une P.M.A. que de la femme qui avait formé un projet parental commun avec la mère légale en dehors du cadre médicalisé. Toutefois, la filiation ne pourra être établie s'il est prouvé que la personne n'a pas donné son consentement à la P.M.A. ou que la conception de l'enfant ne peut en être la conséquence.

L'action en recherche peut également être fondée sur la preuve du consentement à la P.M.A., à défaut de possession d'état. La coauteur d'un projet parental peut donc, à condition que l'enfant ait été conçu dans un contexte médicalisé, se voir imposer l'établissement d'un lien de filiation. L'engagement dans le processus de procréation, matérialisé par la convention signée avec le centre de fécondation prévue à l'article 7 de la loi du 6 juillet 2007, engendre donc des conséquences sur le plan de la filiation, pour autant que l'un des titulaires de l'action en « recherche de coparentalité » en fasse la demande ³².

24. Les deux propositions de loi actuellement à l'examen à la Chambre et au Sénat envisagent donc de transposer aux couples de même sexe, moyennant quelques adaptations, les règles d'établissement de la filiation paternelle prévues par le Code civil. C'est la création d'une double filiation monosexuée *d'origine*, s'alignant sur les règles d'établissement de la filiation « biologique » ou « charnelle », qui est proposée.

Légiférer en ce sens reviendrait à s'inscrire dans une tout autre logique que celle qui a prévalu jusqu'ici, et il est essentiel de bien prendre la mesure de ce qu'un tel choix suggère.

25. Il ne s'agit en effet pas simplement de mobiliser un autre « outil » juridique, comme s'ils étaient interchangeables : l'adoption et la filiation d'origine sont deux modes distincts d'établissement de la filiation, qui correspondent en réalité à deux logiques très différentes ³³.

³¹ Lorsque la conception de l'enfant a eu lieu en dehors du cadre de la procréation médicalement assistée (procréation « artisanale », par insémination pratiquée à domicile, ou conception à la suite d'un rapport sexuel), la présomption instaurée au profit de l'épouse de la mère pourrait donc facilement être renversée, ou la reconnaissance mise à néant, par exemple par le donneur connu, alors même que l'épouse ou la partenaire de la mère aurait consenti et souhaité la venue au monde de l'enfant par le recours à ces procédés. La disposition proposée rend donc fragile le lien de filiation dans ces situations, sous réserve toutefois de l'existence d'une possession d'état, qui est posée comme fin de non-recevoir.

³² Cf. *infra*, n° 29.

³³ L. BRUNET et J. SOSSON, « L'engendrement à plusieurs en droit comparé : quand le droit peine à distinguer filiation, origines et parentalité », in *Parenté, filiation, origines : le droit et l'engendrement à plusieurs*, op. cit., pp. 31-70.

La première, que Laurence Brunet et Jehanne Sosson nomment logique « complétive », préserve, ou en tout cas n'efface pas d'emblée la réalité de la conception, reposant nécessairement sur la rencontre de gamètes de sexes différents, et assume dès lors le caractère « fictif » du rattachement de l'enfant au « coparent » en recourant à l'adoption, qui crée judiciairement un lien de filiation entre l'enfant et la personne qui s'est investie dans le projet parental au terme duquel il a vu le jour, mais qui n'est pas reliée à lui autrement que par cet acte de volonté.

La seconde logique, qui peut être qualifiée de « déclarative », entend quant à elle « faire comme si » l'enfant était issu de deux hommes ou de deux femmes, en établissant un lien de filiation issu des règles calquées sur celles de la filiation charnelle³⁴. On inscrit donc l'homoparenté dans le même cadre et on pense les choses « comme si » il existait un lien génétique entre l'enfant et le coparent, alors qu'une assimilation à l'engendrement est pourtant impossible. Coupées de leur ancrage charnel, les règles d'établissement de la filiation d'origine endossent de la sorte un rôle de « fiction » bien plus important que dans le cadre de l'adoption. L'emprunt des traits de la filiation charnelle pour établir un lien légal à l'égard du coparent est en effet une pure construction juridique, qui ne correspond à aucune réalité biologique, mais cherche à revêtir les traits d'une filiation qui prend appui sur la biologie. Le recours aux institutions de la filiation « classique » copie l'engendrement et, par là même, prétend masquer la réalité de la conception de l'enfant. On s'accroche ainsi, comme l'indique Pierre Murat, au « mythe de l'engendrement », comme si on ne pouvait penser les choses autrement³⁵.

Il est à cet égard révélateur que les deux propositions indiquent vouloir « placer le coparent sur le même pied qu'un homme qui n'est pas le père biologique de l'enfant concerné ». Certes, un homme qui n'est pas le père biologique d'un enfant peut voir sa filiation établie par application des règles du Code civil (mari de la mère qui n'est pas le père biologique de l'enfant, mais est son père légal par application de la présomption prévue à l'article 315 du Code civil ; reconnaissance par un homme qui pense être le père biologique de l'enfant alors qu'il ne l'est pas ; reconnaissance mensongère par un homme qui se sait ne pas être le père biologique de l'enfant). Mais cette situation ne peut certainement pas être « mise sur le même pied » que celle qui est visée par les propositions. Les règles d'établissement de la filiation paternelle se fondent en effet sur une certaine vraisemblance, qui peut, le cas échéant, être

³⁴ On assiste ainsi, pour reprendre les termes de Claire Neirinck, à une « déssexualisation de l'état civil de l'enfant, ce dernier étant sommé de croire que deux femmes ont présidé seules à sa naissance » (C. NEIRINCK, « Une famille homosexuelle ? », in *Mariage-conjugalité — Parenté-parentalité*, H. FULCHIRON (dir.), Paris, Dalloz, 2009, p. 158).

³⁵ P. MURAT, « Passer par la filiation ou dépasser la filiation », in *Parenté, filiation, origines : le droit et l'engendrement à plusieurs*, op. cit., pp. 259-271.

contestée. La situation du « coparent » ne correspond au contraire à aucune vraisemblance de lien biologique, dès lors qu'il est — et qu'il sera toujours — impossible qu'un enfant soit issu de deux femmes ou de deux hommes.

26. L'on ne peut manquer de relever l'importance, du point de vue symbolique, pour les personnes concernées, de ce qui s'opère dans un tel basculement de perspective.

On reconnaît que l'enfant est issu du projet parental conjoint de ces deux personnes, dont la volonté commune a contribué à sa mise au monde, ce qui se traduit par la création d'un lien de filiation qui est d'origine, et non établi *a posteriori*, par jugement, à la suite d'un contrôle. La volonté occupe ici l'avant-plan : c'est l'engagement dans le projet parental et l'intention d'établir un lien légal avec l'enfant qui deviennent sources de filiation directe, au même titre que le lien biologique. Ce dernier faisant défaut, la volonté est considérée comme suffisante à remplacer cet élément pour s'offrir en fondement de la filiation.

27. Mais on ne peut par ailleurs manquer d'observer qu'en rattachant ainsi directement l'enfant à son « coparent », de la manière proposée dans les deux textes examinés, on occulte la réalité de sa conception. La naissance de l'enfant résulte en effet non seulement de la volonté commune du couple, mais également de l'intervention nécessaire d'un tiers, dont les forces reproductrices ont été mobilisées pour permettre la réalisation de ce projet parental.

Relier l'enfant directement au « parent d'intention », selon les modes d'établissement prévus par les deux propositions, revient à nier ce qui a été ou, plus exactement, ce qui n'a pas été : un enfant ne peut pas être issu directement de deux hommes ou de deux femmes, et les règles de la filiation charnelle, qui s'ancrent dans le lien biologique, ne sont dès lors probablement pas le moyen le plus adéquat pour consolider juridiquement le lien unissant l'enfant au coparent.

28. À côté de cette question de fond, il importe de remarquer que la solution proposée ne peut du reste s'appliquer à tous les couples de même sexe et ne concerne en définitive que les couples de femmes.

La situation d'un couple de deux hommes n'est effectivement pas la même que celle d'un couple de deux femmes, dès lors que la première exige le concours d'une mère porteuse qui, pour qu'un lien de filiation puisse s'établir à l'égard des deux hommes, doit abandonner l'enfant à la naissance. Outre que cette pratique — qui n'est à ce jour toujours pas encadrée en Belgique — est bien plus rare et plus complexe que la possibilité pour deux femmes de concevoir un enfant en ayant recours à des forces génétiques masculines, l'extension des règles d'établissement du lien de filiation d'origine à deux hommes est impossible, dès lors que le lien de filiation maternel de la femme qui accouche de l'enfant est automatiquement établi à la naissance ³⁶.

³⁶ Article 312 du Code civil. Pour pouvoir établir un double lien de filiation à l'égard des parents d'intention, il faut alors que la mère légale abandonne l'enfant.

La proposition n° 5-2445, qui vise l'ensemble des « coparents », ne peut donc concerner que les couples de femmes, auxquels s'était par contre directement limitée la proposition n° 3301/001.

Mais la différence ainsi constatée ne justifie-t-elle pas précisément que de telles règles ne soient pas adoptées ? Permettre l'établissement d'un lien de filiation « d'origine » pour les couples de femmes nous paraît en effet créer une différence de traitement injustifiée (et donc une discrimination) à l'égard des couples d'hommes. Comment justifier qu'une filiation d'origine soit créée pour un coparent féminin, là où le coparent masculin n'aura, en l'état actuel de notre droit positif, d'autre moyen que l'adoption pour être juridiquement relié à l'enfant ? L'argument qui consisterait à soutenir qu'il y a là une différence biologique indépassable (l'indispensable présence d'une femme pour concevoir un enfant) ne peut tenir alors qu'il est totalement mis de côté — et pourtant incontestable (un enfant ne peut biologiquement être issu de deux femmes) — lorsqu'il s'agit de vouloir transposer les règles de la filiation paternelle aux couples de femmes.

En d'autres termes, légiférer dans le sens proposé reviendrait à déplacer la prétendue « inégalité » au sein même des couples de même sexe.

Il n'y a, selon nous, pas d'inégalité, ni de discrimination, dans le fait de ne pas permettre l'établissement d'un lien de filiation « d'origine » pour des personnes de même sexe, dès lors que les situations ne sont pas comparables. Les règles d'établissement de la filiation se fondent en effet à tout le moins sur une vraisemblance, qui n'est pas — et ne sera jamais — présente lorsqu'on souhaite rattacher dès l'origine un enfant à deux personnes de même sexe.

Il y aurait par contre une véritable inégalité, et une discrimination, à prévoir pour les couples de femmes ce qui n'est pas possible pour les couples d'hommes, dès lors qu'il y a là des situations qui, bien qu'étant différentes quant à la technique de procréation assistée mobilisée, sont tout à fait comparables : pour toutes les deux, il s'agit de rattacher (fictivement) un enfant, dès l'origine, à deux personnes de même sexe qui n'ont pas pu procéder seules à sa naissance.

29. Il y a lieu, enfin, d'observer que les deux propositions confèrent au projet parental certaines conséquences qu'il n'a pas dans le cadre d'un couple de sexes différents.

En effet, les deux propositions prévoient qu'à défaut d'établissement de la filiation par présomption ou par reconnaissance, l'action en « recherche de coparentalité » peut être dirigée avec succès contre le coparent qui n'assume pas les responsabilités liées à son engagement dans le projet parental ³⁷.

³⁷ Dans la proposition n° 5-2445, le juge semble à cet égard disposer d'un large pouvoir d'appréciation : « il statue au regard de l'intérêt de l'enfant et de la possession d'état ». La proposition n° 3301/001 prévoit quant à elle expressément la preuve du consentement à la P.M.A. comme l'un des fondements de l'action.

Il y aurait là, selon nous, une nouvelle différence de traitement, cette fois avec le coauteur d'un projet parental dans le cadre d'un couple de sexes différents qui a eu recours aux gamètes d'un donneur. En effet, cet homme, s'il ne voit pas sa filiation établie par présomption ou ne cherche pas à l'établir par reconnaissance, ne peut voir sa filiation établie à la suite d'une action en recherche de paternité (article 322 du Code civil). L'homme qui, bien que s'étant engagé dans un processus de procréation médicalement assistée ayant mené à la conception et la naissance d'un enfant, n'a pas souhaité établir un lien de filiation à l'égard de cet enfant ne peut se voir contraint d'assumer les conséquences de son investissement dans le projet parental. Cette situation est certes critiquable, mais, en l'état actuel de notre droit positif, peut-on prévoir pour la « co-mère » ce qui n'est pas prévu pour le coauteur hétérosexuel ?

III. — UN LIEN JURIDIQUE PLUS APPROPRIÉ ?

30. Au terme de cette analyse, quelle serait la manière la plus adéquate de consacrer juridiquement le lien unissant l'enfant à la personne qui a, tout autant que le parent avec lequel il a un lien biologique et légal, souhaité sa venue au monde et avec qui existe une relation socio-affective parent-enfant, dénuée par hypothèse de tout fondement biologique ?

On l'a vu, ni la solution de l'adoption, telle qu'elle est organisée actuellement ³⁸, ni la solution préconisée dans les deux propositions de loi du 21 janvier 2014 ³⁹, n'apparaissent entièrement satisfaisantes.

Peut-on alors imaginer d'autres voies possibles ?

31. À la différence de l'application aux couples de même sexe du modèle de la filiation charnelle, la mobilisation du modèle de l'adoption a le mérite de ne pas masquer l'intervention d'un tiers donneur à l'engendrement, tout en permettant le rattachement exclusif de l'enfant aux deux auteurs du projet parental. Cette solution n'est toutefois pleinement convaincante que si les conditions de l'adoption sont adaptées pour tenir compte de la spécificité du recours à cette technique dans le cadre d'un projet parental.

Une piste à explorer – qui serait respectueuse de l'histoire de la conception de l'enfant, tant quant à l'intervention d'un tiers pour l'élément biologique que quant au rôle joué *ab initio* par le « co-parent » dans la volonté de mettre au monde cet enfant – pourrait être de « revisiter » les conditions de l'adoption et d'en faire une catégorie à part d'adoption intrafamiliale (le point de dis-

³⁸ Cf. *supra*, n^{os} 14-18.

³⁹ Cf. *supra*, n^{os} 24-29. Le recours à une filiation d'origine qui emprunterait les traits de la filiation charnelle a la faveur de certains auteurs. Voy. not. P. BORGHES, « Grondwettelijk Hof versoepelt adoptie door meemoeder », *Juristenkrant*, 12 septembre 2012, pp. 4-5 ; N. GALLUS, « L'avenir de la filiation monosexuée », note sous Mons (jeun.), 29 octobre 2012, *Act. dr. fam.*, 2013/1, pp. 4-10.

tion étant l'existence d'un projet parental commun au sein d'un couple de même sexe).

Quelles conditions conviendrait-il d'aménager en ce sens ?

Il conviendrait à tout le moins de tenir compte des deux constats d'inconstitutionnalité étudiés ci-dessus ⁴⁰ et de prévoir la possibilité pour le juge d'apprécier le caractère abusif du refus de consentement de la mère en se fondant sur l'intérêt de l'enfant, ainsi que la possibilité de prononcer une adoption même si les parties ne cohabitent plus.

Une proposition de loi a été déposée en ce sens le 7 mai 2013 à la Chambre des représentants par la députée Écolo Zoé Genot ⁴¹. Celle-ci vise à transposer dans le Code civil les enseignements des deux arrêts précités de la Cour constitutionnelle, et à les étendre à tous les couples de même sexe, et présente par ailleurs l'intérêt de pouvoir s'appliquer à toutes les situations de conception d'un enfant dans le cadre de ces couples.

À la différence des propositions de loi du 21 janvier 2014, la solution d'un assouplissement des conditions de l'adoption offre l'avantage incontestable de pouvoir s'appliquer à l'ensemble des couples de même sexe, alors que l'établissement d'une filiation d'origine ne sera jamais possible pour les couples d'hommes et l'instaurer nous semble dès lors être une différence de traitement injustifiée, et donc une discrimination, à leur égard ⁴².

L'adoption est en outre possible quelle que soit la modalité de conception de l'enfant (par P.M.A. dans le cadre de la loi du 6 juillet 2007 ou par tout autre moyen de conception), alors que l'établissement d'une double filiation d'origine au profit de deux femmes est extrêmement fragile, voire impossible, aux termes des deux propositions commentées, dans les cas autres que le recours à une procréation médicalisée.

32. D'autres conditions de l'adoption que celles visées dans la proposition n° 2798/001 pourraient au surplus être aménagées, dans le même esprit.

L'on pourrait ainsi revoir la condition de durée de la vie commune ou du statut du couple (article 343, a et b, du Code civil) : dans la mesure où l'enfant n'est pas ici amené à « vivre un déracinement », l'engagement dans un projet parental devrait peut-être pouvoir suffire à remplacer le critère de stabilité du couple.

Une autre condition qui mériterait d'être supprimée est celle du délai de deux mois en-deçà duquel la mère ne peut consentir à l'adoption (article 348-4 du Code civil). Il apparaît en effet que si un « délai de rétractation » se justifie pleinement dans le cas où une mère donne son enfant en adoption, il n'a

⁴⁰ Cf. *supra*, n°s 14-18.

⁴¹ Proposition de loi modifiant l'article 348-11 du Code civil, en ce qui concerne le refus de consentement de la mère ou du père à l'adoption, *Doc. parl.*, Ch., n° 2798/001.

⁴² Cf. *supra*, n° 28.

pas le même sens ni la même utilité lorsqu'il ne s'agit pas pour la mère de décider ou non de ne plus être mère mais de laisser une seconde femme le devenir aussi. L'adoption pourrait ainsi être prononcée plus rapidement et l'on éviterait qu'une trop longue durée s'écoule entre la naissance et le jugement.

Peut-être pourrait-on même aller jusqu'à autoriser l'adoption par anticipation de l'enfant à naître, comme le prévoit le droit danois (l'adoption devenant alors effective à la naissance), ou, à tout le moins, jusqu'à prévoir la possibilité d'introduire la demande d'adoption avant la naissance ? Même si le jugement d'adoption ne serait prononcé qu'après la naissance, l'on pourrait envisager qu'il rétroagisse, comme le propose le système juridique hollandais, de sorte que l'adoptante serait également la mère de l'enfant depuis sa naissance ⁴³.

33. Si le droit de l'adoption est ainsi émondé des conditions qui ne sont pas « adéquates », si le carcan est ainsi « détricoté », ce qui reste principalement est l'emprunt des traits de la technique et, partant, l'endossement du caractère fictif du rattachement de l'enfant à la co-mère. On pourrait alors critiquer l'utilisation d'une « adoption à tout faire » ⁴⁴, mais pourquoi ne pas recourir à une institution juridique connue en l'adaptant si elle correspond à une logique de respect d'une forme de réalité ?

34. Mais ne pourrait-on pas tout aussi bien imaginer aller un peu plus loin, et faire preuve de plus d'audace en inventant une catégorie juridique spécifique, plutôt que de mobiliser à tout prix les instruments traditionnels d'établissement de la filiation ?

Il nous paraît en effet qu'une autre voie possible serait de recourir à une nouvelle forme d'établissement de la filiation, qui permettrait de sortir de l'alternative « tout biologique » ou « tout volonté », comme nous y invite la sociologue française Irène Théry ⁴⁵ ?

La réalité de l'engendrement d'un enfant au sein d'un couple de même sexe recevrait probablement là une traduction juridique plus respectueuse de la place de chacun des membres du couple dans l'engendrement de l'enfant : « ces deux valeurs qu'on pose comme exclusives l'une de l'autre sont », en effet, « dans un tel couple vécues comme indissociables : toute différence qui serait faite entre les deux parents selon la part respective qu'ils ont prise à la procréation apparaîtrait comme un véritable déni de la particularité du proces-

⁴³ Voy. S. CAP, L. GALICHET, F. MAISONNASSE, A. MOLIERE et S. TETARD, « Le statut juridique du co-parent de même sexe : aperçu de droit comparé », in *Parenté, filiation, origines, op. cit.*, pp. 89-134.

⁴⁴ Pour reprendre l'expression utilisée dans un autre cadre par J. HAUSER, « L'adoption à tout faire », *Revue Dalloz*, n° 30, 17 septembre 1987, pp. 205-208.

⁴⁵ Voy. également J. SOSSON, « Filiation, origines, parentalité », in *Filiation et parentalité*, Actes du colloque organisé par l'Association Famille et Droit le 29 novembre 2013 à Louvain-la-Neuve, Bruxelles, Larcier, 2014, à paraître.

sus complexe qu'ils ont voulu et mené ensemble avec l'aide de l'institution médicale, processus qui a conduit à la conception puis à la naissance de leur enfant commun » ⁴⁶.

Il s'agirait alors de créer une figure juridique *ad hoc* qui prendrait en considération toutes les dimensions de la problématique et viendrait en épouser tous les contours, sans vouloir « imiter » la filiation « charnelle » en mobilisant des mécanismes qui ne correspondent pas à cette réalité particulière, ni emprunter le mécanisme de l'adoption, qui ne vient donner une densité juridique à l'engagement parental qu'après-coup, et par décision judiciaire.

Ainsi, une voie médiane ne pourrait-elle pas consister à envisager un établissement immédiat de la filiation à la naissance, découlant directement de l'engagement dans le projet parental, qui éviterait toutefois le piège de l'attraction de la filiation charnelle en ne cherchant pas à en revêtir les traits, mais assumerait l'alliance du biologique et de la volonté qui a nécessairement présidé à la naissance de l'enfant dans une telle configuration familiale ?

35. Une telle réflexion ne peut toutefois être valablement menée qu'en l'inscrivant dans le contexte plus large de la remise en question du sens que notre société entend aujourd'hui donner à la filiation et aux modalités selon lesquelles elle s'établit ⁴⁷.

Il nous paraît en tout cas indispensable de prendre le temps de réfléchir à des solutions qui seraient davantage respectueuses de la situation particulière d'engendrement au sein d'un couple de même sexe que celle qui relève de la logique d'assimilation, nécessairement factice et imparfaite, que le législateur entend aujourd'hui mettre en œuvre.

⁴⁶ I. THÉRY, « Engendrement et filiation au temps du démariage », in *Parenté, filiation, origines : le droit et l'engendrement à plusieurs*, *op. cit.*, pp. 329-330.

⁴⁷ J. SOSSON, « Filiation, origines, parentalité », in *Filiation et parentalité*, *op. cit.* Voy. aussi M. ROCA I ESCODA, « Les passes et les impasses dans l'évolution juridique de la filiation monosexuée en Espagne, Belgique et France », in *Droit des familles, genre et sexualité*, N. GALLUS (dir.), Limal, Anthemis, 2012, pp. 339-352.