
Les enjeux actuels du droit de la famille



Regards belges

Avant-propos

Le droit de la famille est un portrait, plus ou moins impressionniste, d'une société en un lieu et un temps donnés. Ce constat, qui relève plus d'un lieu commun que d'une réflexion fondamentale, explique pourquoi, en droit de la famille plus que partout ailleurs, l'apport du droit comparé est riche d'enseignement. Les présents textes, issus d'un colloque tenu à Bruxelles en mai 2009, l'illustrent tout spécialement.

Ce colloque, intitulé « Les enjeux actuels du droit de la famille. Regards croisés belge et québécois », réunissait des professeurs des Facultés de droit de l'Université de Montréal et de l'Université Libre de Bruxelles, de même que des praticiens du droit, et portait sur les enjeux actuels du droit de la famille autour de trois thèmes distincts. Deux de ces thèmes mettaient en exergue l'éclatement de la famille contemporaine, à la fois dans la conjugalité et la parenté, voire la parentalité. Le troisième thème, quant à lui, portait sur les relations, complexes, entre la famille et ses créanciers.

Nous remercions la *Revue juridique Thémis* et son directeur, le professeur Didier Lluellas, d'avoir accepté de publier les textes belges de ce colloque. Les textes québécois, quant à eux, seront publiés dans les pages de la Revue de la Faculté de droit de l'Université Libre de Bruxelles.

Bonne lecture !

Brigitte LEFEBVRE
Professeure titulaire
Titulaire de la Chaire
du Notariat

Benoît MOORE
Professeur agrégé
Titulaire de la Chaire Jean-Louis Baudouin
en droit civil

Faculté de droit, Université de Montréal

Approche juridique nouvelle des parentés et parentalités en droit belge

Nicole GALLUS

Avocat au Barreau de Bruxelles, maître de conférences à l'Université Libre de Bruxelles (ULB), chercheur associé au Centre de droit privé de l'Université Libre de Bruxelles.

Le droit belge de la filiation connaît une évolution importante marquée notamment par une réflexion nouvelle sur les notions de parenté et de parentalité¹.

Ces réflexions mettent en lumière les bouleversements importants qui affectent les concepts de famille ou de filiation et posent une question plus fondamentale encore, celle de la place respective de l'autonomie de la volonté et de l'ordre public dans les relations familiales.

Cette question s'articule autour de deux axes :

1. Quelles sont la place et la fonction de la liberté individuelle et de la convention dans le droit de la famille ?

2. Quel est aujourd'hui le rôle du droit face à la multiplication et l'éclatement des modèles familiaux, c'est-à-dire face à la naissance d'une « famille plurielle » qui se construit en fonction des choix de vie personnelle et des orientations sexuelles de chacun ?

Si on considère en outre que cette évolution sociologique implique une reconnaissance juridique des structures nouvelles par application des principes fondateurs des droits de l'homme que sont le droit au respect de la vie familiale – au sens du droit individuel de chacun à mener la vie familiale

¹ Nicole GALLUS, *Le rôle de la vérité socio-affective et de la volonté en droit belge de la filiation*, Bruxelles, Larcier, 2009.

de son choix, et l'interdiction de toute discrimination, il apparaît immédiatement que le droit ne peut plus imposer un modèle préférentiel unique de structure familiale : l'équilibre entre le rôle de la loi et celui de la liberté individuelle s'est profondément modifié².

Il en va d'autant plus ainsi que dans ces structures familiales nouvelles et multiples s'intègrent des enfants pour lesquels le respect du principe d'égalité s'impose au-delà des différences qui peuvent exister dans l'organisation des conjugalités elles-mêmes.

Cette évolution bouleverse les concepts existants et fondateurs du droit de la filiation – parenté, maternité, paternité, mais entraîne également la construction de concepts nouveaux tel celui de la « parentalité » :

- On parle de « parenté » pour définir le lien juridique de filiation – source de droits et obligations – qui construit l'identité de l'enfant, c'est-à-dire son état civil et qui assure son insertion dans la généalogie ;
- On parle de « parentalité » lorsqu'on envisage l'exercice des responsabilités parentales, c'est-à-dire de la fonction parentale.

² Nicole GALLUS, « La séparation du couple, les relations parentales et la Cour européenne des droits de l'homme », dans Frédéric KRENC et Michel PUÉCHAVY (dir.), *Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, coll. « Droit et Justice », Bruxelles, Nemesis/Bruylant, 2008, p. 55 ; Nicole GALLUS, « Les relations familiales et la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. Dr. ULB* 2005.32-2.13 ; Nicole GALLUS, « La procréation médicalement assistée et les droits de l'homme », *Rev. trim. D.H.* 2008.819 ; Francine GILLOT-DE VRIES (dir.), *Les parentalités d'aujourd'hui, Actes du colloque du 17 septembre 2005*, Bruxelles, Presses Universitaires de Bruxelles, 2005 ; Sébastien VAN DROOGHENBROECK, « De la défense de l'intime au droit à l'épanouissement. Les contributions de la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme à la cause homosexuelle », dans Vladimir MARTENS (dir.), *Citoyenneté, discrimination et préférence sexuelle*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2004, p. 19 ; Sébastien VAN DROOGHENBROECK, *La Convention européenne des droits de l'homme, Trois années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, 2002-2004*, Les dossiers du J.T., n° 57, vol. 2, Bruxelles, Larcier, 2006 ; Sébastien VAN DROOGHENBROECK, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Les dossiers du J.T., n° 39, Bruxelles, Larcier, 2003 ; Deidre VAN GRUNDERBEECK, *Beginselen van personen en familierecht. Een men-rechtelijke benadering*, Anvers-Groningen-Oxford, Intersentia, 2003 ; Gerd VERSCHULDEN, « La tension entre filiation légale, biologique et sociale dans le droit de la filiation », dans Eric DIRIX et Yves-Henry LELEU (dir.), *Rapports belges au congrès de l'Académie internationale de droit comparé à Utrecht*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 133.

Longtemps, parenté, filiation et fonction parentale ont été confondues dans une même acception : la responsabilité parentale appartenait en effet exclusivement aux pères et mères légaux puisqu'elle était une conséquence d'ordre public du lien juridique de filiation.

Aujourd'hui, il n'en va plus de même précisément en raison des modifications de la famille et, corrélativement, du rôle de la loi.

On peut retenir au moins **deux causes principales** de cette évolution :

1. Curieusement, alors que les progrès des expertises médicales permettent d'atteindre la vérité génétique, la filiation devient de plus en plus « incertaine »

La maternité peut aujourd'hui être incertaine dans la mesure où elle a perdu son « unité naturelle » : la femme qui accouche et qui est légalement la mère de l'enfant peut en effet ne pas être la mère génétique.

La maternité génétique, la maternité gestationnelle et la maternité intentionnelle, c'est-à-dire affective, peuvent être dissociées dans les procréations médicalement assistées et dans la gestation pour autrui.

La paternité a toujours été plus incertaine en raison de l'absence de toute manifestation extérieure visible susceptible d'en constituer la preuve ; aujourd'hui, elle reste incertaine et parfois même de façon volontairement organisée dans les situations de procréation médicalement assistée avec tiers donneurs.

Une conséquence de cette première évolution conduit, à notre sens, à un renforcement de l'affectif et, dès lors, à un certain recul du biologique dans la définition même du fondement de la filiation.

Le droit de la filiation a toujours été axé sur la recherche d'un équilibre entre la vérité biologique et la vérité affective.

Aujourd'hui, il nous paraît que la filiation devient un lien où l'affectif prend une place souvent plus importante que le biologique.

C'est le cas en droit belge eu égard au rôle que la loi donne à la possession d'état, c'est-à-dire à l'apparence de parenté, au comportement volontaire de parenté.

Cette possession d'état est non seulement un mode de preuve de la filiation, mais c'est surtout une fin de non-recevoir, c'est-à-dire une cause d'interdiction de toute contestation d'une filiation paternelle ou maternelle pour laquelle la vérité affective serait contraire à la vérité biologique.

La possession d'état joue ainsi un rôle d'arbitre entre vérité biologique et vérité affective, celle-ci étant préférée pour fonder un lien de droit représentant le vécu des sentiments et non pas la réalité génétique.

Cette évolution vers une filiation dans laquelle le fondement socioaffectif domine se trouve renforcée par le développement des techniques de procréation médicalement assistée dans lesquelles la filiation va se construire par référence à l'engagement des auteurs du projet parental, indépendamment de l'origine génétique de l'enfant.

Dans la procréation médicalement assistée, la volonté sous la forme du projet parental, est, par l'effet de la loi, le fondement unique d'un lien juridique délibérément non génétique.

2. Dans le même temps, la parenté et la conjugalité se dissocient : la parenté se construit de façon autonome par rapport au mariage, le mariage perd sa stabilité et les recompositions familiales se multiplient

On voit alors apparaître une notion de « parentalité » qui vise la situation dans laquelle la responsabilité parentale est assumée par un parent et par son partenaire, c'est-à-dire par une personne qui n'a pas de lien de filiation avec l'enfant – c'est-à-dire pas de parenté au sens strict, mais qui participe au quotidien à l'entretien et à l'éducation de l'enfant.

I. La parenté

Dans l'état actuel du droit face à ces bouleversements, on parle donc de parenté pour définir le lien de filiation, sachant que lorsque l'on parle de filiation, on n'envisage pas seulement la fonction et les effets de la filiation – transmission du nom, autorité parentale, obligation alimentaire, droit successoral –, mais bien le lien qui construit l'identité de l'enfant en assurant son insertion dans une généalogie.

En ce qui concerne cette parenté, les principales questions posées concernent :

- l'équilibre entre les fondements biologiques et socioaffectifs du lien ;
- l'acceptation par le droit du « désir d'enfant » – confondu souvent avec le droit à l'enfant, face aux possibilités nouvelles que donnent la médecine et le développement des assistances médicales à la procréation ;
- la reconnaissance de l'homoparenté, c'est-à-dire du double lien de filiation monosexuée.

Sur ces questions, le droit belge adopte une position faisant une large place à l'autonomie de la volonté et à la maîtrise par la personne de son corps et de son état.

On peut en trouver des exemples dans les règles applicables à la procréation médicalement assistée, à la gestation pour autrui et à l'adoption.

A. Les procréations médicalement assistées

La procréation médicalement assistée (insémination artificielle, ICSI³ et fécondation in vitro) est autorisée en Belgique sans restriction quant à l'état civil de la femme demanderesse, célibataire ou en couple, mariée ou non, hétérosexuelle ou homosexuelle⁴.

Dans toutes les hypothèses, et sur base des conventions conclues avec les centres de fécondation, la filiation sera établie entre l'enfant et le ou les auteurs du projet parental, c'est-à-dire les demandeurs en procréation médicalement assistée. Aucun lien de filiation ne pourra jamais être établi entre l'enfant et les donneurs génétiques, règle d'exclusion renforcée par l'anonymat obligatoire du don d'embryons, le don de gamètes étant quant à lui, en principe anonyme, mais pouvant ne pas l'être lorsqu'il y a accord entre receveur et donneur.

³ Injection intracytoplasmique de spermatozoïdes.

⁴ *Loi du 6 juillet 2007 sur les procréations médicalement assistées et la destination des embryons surnuméraires et des gamètes*, Mon.b., 7 juillet 2007, p. 38575. La seule limite légale est, sous réserve de la clause de conscience que les centres de fécondation peuvent invoquer pour refuser de faire droit à une demande (art. 5), relative à l'âge de la femme : le prélèvement de gamètes est ouvert aux femmes majeures âgées de 45 ans maximum ; la demande d'implantation d'embryons ou d'insémination de gamètes est ouverte aux femmes majeures de 45 ans maximum ; l'implantation ou l'insémination ne peut être effectuée chez une femme majeure âgée de plus de 47 ans. Par dérogation, le prélèvement pour cryoconservation peut être effectué sur indication médicale chez un mineur (art. 4).

C'est donc dans tous les cas le projet parental, c'est-à-dire avant tout la vérité socio-affective, la volonté et non pas nécessairement la vérité génétique, qui fonde la parenté.

B. La gestation pour autrui

La gestation pour autrui, n'étant pas expressément interdite, est pratiquée en Belgique et les tribunaux prononcent aujourd'hui des adoptions pour établir le lien entre l'enfant et les parents intentionnels.

La problématique concerne les femmes célibataires ou en couple souffrant d'une pathologie utérine et ne pouvant mener à terme une grossesse, ou encore, les couples homosexuels masculins qui doivent recourir aux « services » d'une mère porteuse pour réaliser leur désir d'enfant.

Cette matière suscite de nombreuses interrogations sur le plan éthique :

- Jusqu'où peut-on aller dans la reconnaissance du désir d'enfant : ne faut-il pas repenser la frontière entre le droit de l'enfant et le droit à l'enfant ? La volonté d'avoir un enfant à tout prix ne constitue-t-elle pas une dérive contraire aux droits de l'enfant ?
- Peut-on accepter l'instrumentalisation du corps de la mère porteuse et la transformation de l'enfant en une chose que l'on cède ?

Au-delà de cette dernière question, il y a une situation de fait dont il faut tenir compte puisque le recours aux mères porteuses existe, que ce soit à l'intervention de certains centres de fécondation en Belgique ou par l'intermédiaire de nombreux sites internet.

Dans ces conditions, ne vaut-il pas mieux légiférer pour fixer des limites, éviter le « tourisme procréatif » et éviter la commercialisation des gestations pour autrui qui, en ce cas, deviendraient une méthode réservée à ceux qui peuvent se permettre de financer une telle opération à l'étranger.

Plusieurs propositions de loi ont été déposées au Parlement en cette matière et les débats sont aujourd'hui relancés⁵.

⁵ Proposition de loi visant à interdire la maternité de substitution et le recours aux mères porteuses de Mme Clotilde NYSSENS, Doc. Chambre n° 52 0170 ; Proposition de loi réglementant la maternité de substitution de M. Patrick VANCRUNKELSVEN, Doc. Sénat n° 4-193/1 (même proposition de H. VAUTMANS à la Chambre, Doc. Chambre

Les discussions sont particulièrement difficiles en raison de la complexité des questions posées par la gestation pour autrui au plan juridique et au plan éthique.

Parmi les interrogations, on peut relever :

- La définition, si on admet la licéité des gestations pour autrui, de leur champ d'application.
Faut-il réserver cette technique aux seuls cas de pathologie utérine ou faut-il, au contraire, viser également l'impossibilité naturelle de procréer des couples homosexuels ?
Une comparaison devrait être faite ici, sur le plan de la nondiscrimination, avec la loi sur l'adoption.
- La question du droit de repentir de la mère porteuse est également particulièrement complexe avec une réflexion qui doit sans doute être menée différemment selon que la mère porteuse est une mère gestationnelle qui porte et met au monde l'enfant conçu par les auteurs du projet parental ou, au contraire, est une mère génétique et gestationnelle
- Le droit de repentir des parents intentionnels pose également problème puisqu'il faut envisager l'hypothèse où ils refuseraient l'enfant au motif que celui-ci ne correspond pas à leurs attentes ; on songe bien évidemment plus particulièrement à l'hypothèse d'un enfant handicapé
- Enfin, reste la question de l'établissement de la filiation d'un enfant né d'une gestation pour autrui.
Différentes solutions sont envisagées, mais aucune ne paraît entièrement satisfaisante.
Certains considèrent que la convention de gestation pour autrui est dans le chef de la mère porteuse un consentement anténatal à l'adoption

n° 52 0969) ; Proposition de loi visant à interdire la commercialisation des enfants de M. Philippe MONFILS, Doc. Sénat n° 4-122/1 ; Proposition de loi relative aux mères porteuses de Mme Christine DEFRAIGNE, Doc. Sénat n° 4-308/1 ; Proposition de loi complétant le Code pénal par des dispositions relatives à la commercialisation de la maternité de substitution et à la médiation aux fins de celle-ci de M. WOUTER BEKE et consorts, Doc. Sénat n° 4-555/1 (même proposition à la Chambre de M. DE SCHAM-PHELAERE et consorts, Doc. Chambre n° 52 822) ; Proposition de loi tendant à réprimer la maternité de substitution à des fins commerciales et la publicité y afférente de Mme Myriam VANLERBERGHE et consorts, Doc. Sénat n° 4-557/1 ; Proposition de loi relative à la maternité pour autrui de M. Philippe MAHOUX, Doc. Sénat n° 4-633.

de l'enfant par les parents intentionnels.

Cette façon de voir les choses est contestable car il s'agit d'un détournement de l'institution de l'adoption, surtout lorsque les parents intentionnels sont les parents génétiques de l'enfant.

D'autres pensent qu'il faudrait établir l'acte de naissance au seul nom des parents intentionnels, mais, ce faisant, on nie le rôle de la mère porteuse dans le projet parental et on porte atteinte aux droits de l'enfant à la connaissance des origines.

Peut-être faudrait-il songer à des systèmes de plurimaternité impliquant l'indication dans l'acte de naissance du nom des deux mères – génétique et gestatrice, étant entendu que la maternité légale n'existerait que dans le chef de celle qui assume le projet parental ?

Comme on peut le voir, ces réformes posent des questions complexes notamment au niveau du droit de l'enfant à connaître ses origines, sachant que cette notion même de la connaissance des origines est controversée : le droit de l'enfant est-il de connaître ses origines génétiques ou de connaître ses « parents », la parenté ne pouvant se résumer à la biologie, mais devant englober la notion d'investissement affectif, c'est-à-dire de parenté volontaire⁶.

Ces différentes réformes conduisent à un bouleversement du concept même de la filiation et de ses différentes composantes : biologique, culturelle, affective, sociale...

C. L'adoption

En droit belge, l'adoption conjointe n'est pas réservée aux couples hétérosexuels mariés. Elle est ouverte aux couples hétérosexuels ou homo-

⁶ Sur la question de la maternité de substitution, voir notamment : Nathalie MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 812; Aude MIRKOVIC, « A propos de la maternité pour autrui », *Dr. Famille* 2008.9; Michelle GOBERT, « Réflexions sur les sources du droit et les principes d'indisponibilité du corps humain et l'état des personnes », *RTD civ.* 1992.489; Alain-Charles VAN GYSEL et Nathalie MASSAGER, « Les limites de l'autonomie de la volonté en droit des personnes », dans *L'ordre public, concept et applications*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 193; Guy RAYMOND, « La procréation artificielle et le droit français », *J.C.P.* 1983.I.3114; Roberto ANDORNO, *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles*, Paris, L.G.D.J., 1996, p. 271; Christian ATIAS, « Le contrat de substitution de mère », *D.*1986.chr.67; N. GALLUS, préc., note 1.

sexuels, mariés, cohabitants légaux ou concubins⁷, et ce, aussi bien pour une adoption interne que pour une adoption internationale et aussi bien pour une adoption simple que pour une adoption plénière.

L'adoption par une personne seule hétérosexuelle ou homosexuelle est également autorisée en droit belge, de manière telle que, dans le couple homosexuel, un partenaire du parent peut procéder à l'adoption simple ou plénière de l'enfant de son conjoint, de son cohabitant ou de son concubin, sans que cette adoption supprime le lien de filiation avec le parent d'origine (adoption plénière) et sans qu'elle prive ce parent d'origine de son autorité parentale, laquelle est donc exercée conjointement par les deux parents⁸.

Le droit belge connaît ainsi, par l'intervention de l'adoption, une nouvelle structure de filiation bilatérale monosexuée, c'est-à-dire une homoparenté.

Cette construction pose la question de savoir si on peut concevoir une double filiation vis-à-vis de deux pères ou de deux mères ou s'il faut au contraire et nécessairement, en droit, une référence sexuée vis-à-vis d'un homme et d'une femme.

Le droit belge a choisi d'admettre la double filiation monosexuée sous la forme du lien juridique créé par l'adoption : adoption conjointe par deux homosexuels d'un enfant extérieur au couple (adoption exofamiliale)

⁷ L'article 343, § 1 C. civ. définit l'adoptant comme une personne, des époux ou des cohabitants. Au sens du droit de l'adoption, les cohabitants sont 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, pour autant qu'elles ne soient pas unies par un lien de parenté ou d'alliance entraînant une prohibition de mariage dont elles ne peuvent être dispensées par le Roi. Les empêchements à mariage non susceptibles de dispense n'existent plus en droit belge qu'entre ascendants et descendants, d'une part, et entre frères, sœurs et frère et sœur, d'autre part (art. 161 et suiv. du C. civ.).

⁸ Art. 343, 353-9 al. 1 et 356-1 al. 3 C. civ.; C.A., 6 nov. 1997, arrêt n° 67/97, 3 mai 2000, arrêt n° 53/2000, J.T. 2000.537, note Leleu; 3 mai 2000, arrêt n° 49/2000; C.E.D.H., 13 déc. 2007, EMONET / Suisse; Nicole GALLUS, « La nouvelle loi sur l'adoption », dans *Droit des familles*, CUP, Formation permanente, vol. 92, fév. 2007, Anthémis, 2007, p. 108; Nicole GALLUS, « La réforme de l'adoption », dans *La famille dans tous ses états, Première évaluation des récentes réformes législatives, Actes du colloque organisé par la Conférence libre du Jeune Barreau de Liège le 23 mai 2008*, Liège, Éditions Jeune Barreau de Liège, 2008, p. 70.

ou adoption par un homosexuel de l'enfant de son partenaire (enfant conçu par procréation médicalement assistée ou dans une relation hétérosexuelle antérieure).

Par contre, le droit belge ne connaît pas – ou pas encore – les présomptions de coparenté – comaternité ou copaternité, permettant la création d'un double lien de filiation d'origine lorsqu'un enfant naît au sein d'un couple homosexuel qui recourt à la procréation médicalement assistée ou à la gestation pour autrui pour réaliser son projet parental⁹.

En droit belge, la présomption de paternité qui désigne le mari de la mère comme étant le père de l'enfant né dans le mariage ou dans les 300 jours de son annulation ou de sa dissolution est en effet réservée aux mariages hétérosexuels¹⁰.

Elle ne connaît aucun équivalent au sein du couple homosexuel, même marié¹¹.

II. La parentalité

La parentalité se rapporte à l'exercice de la fonction parentale, c'est-à-dire de l'autorité parentale qui est, à l'origine, un des effets de la filiation, soit de la parenté.

Le passage d'une parenté à une parentalité s'explique par la multiplication des recompositions familiales et donc des situations de fait dans lesquelles un enfant est élevé par un de ses parents et par le nouveau partenaire de ce parent qui n'a avec l'enfant aucun lien de parenté, mais qui participe au quotidien à son éducation, son entretien.

⁹ Ces présomptions de comaternité existent en droit québécois.

¹⁰ Art. 315 C. civ.

¹¹ *Loi du 13 février 2003 autorisant le mariage entre personnes de même sexe*, Mon.b., 28 février 2003, p. 9880; Jean-Louis RENÇON, «Mariage et homosexualité», J.T. 2002.505; Jean-Louis RENÇON, «L'avènement du mariage homosexuel dans le Code civil belge», *Rev.tr.dr.fam.* 2003.439; Nicole GALLUS, «Le mariage des homosexuels et le droit international privé», dans *Droit familial, Actualités législatives et jurisprudentielles*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 9; Alain-Charles VAN GYSEN et Nicole GALLUS, «Du mariage homosexuel à l'homoparentalité: évolution belge», dans *Actes du colloque APGL*, Paris, PUF, 2006, p. 363.

On parle souvent ici d'« homoparentalité », mais ce terme est trop restrictif dès lors que la situation visée est celle de toute reconstitution familiale, qu'elle soit hétérosexuelle ou homosexuelle.

Il est donc préférable de parler de « parentalité » ou de « parenté sociale » ou de « beau-parentalité »¹².

La question posée ici concerne le statut légal qui devrait être organisé en faveur de ce « non parent » afin, d'une part, de l'autoriser à poser valablement des actes liés à la vie quotidienne de l'enfant (relations avec l'école, les médecins...) et, d'autre part, d'assurer la stabilité du lien affectif entre l'enfant et le parent social, pendant le temps de la vie commune entre le parent et le parent social, mais également en cas de rupture de la famille recomposée ou de prédécès du parent.

Le droit belge n'organise actuellement pas le statut de ce « beau-parent », sous réserve de quelques dispositions minimalistes concernant la tutelle testamentaire, le droit aux relations personnelles ou encore la tutelle officieuse¹³.

¹² Plus fondamentalement, nous nous interrogeons sur l'opportunité même des concepts d'homoparenté et homoparentalité qui nous paraissent confondre la parenté, d'une part, c'est-à-dire la relation à l'enfant, et l'orientation sexuelle de l'homme ou de la femme, d'autre part, confusion qui n'est jamais faite dans l'hypothèse de l'hétérosexualité. On ne parle jamais, en droit, du parent hétérosexuel. Faut-il dès lors parler du parent homosexuel? N'est-ce pas plutôt une confusion des concepts, une référence abusive – dans le domaine de la filiation, à une prétendue hétéronormativité, c'est-à-dire une hétérosexualité présentée comme une norme de l'ordre de la nature et non pas de l'histoire ou de la culture et transposée dans la filiation par une confusion avec la procréation au sens biologique?

¹³ Art. 375*bis* et 392 C. civ.; Civ. Courtrai (Jeun.), 18 mars 1997, J.T. 1998.731, note N. Massager, qui confère un droit aux relations personnelles sur pied de l'article 375*bis* du C. civ. à l'ex-compagne de la mère de l'enfant né du projet parental des deux femmes, au motif que la demanderesse peut faire valoir un lien d'affection particulier né de sa relation avec l'enfant ainsi qu'un lien indirect de parenté (l'enfant avait été conçu par insémination artificielle avec le sperme du frère de la demanderesse). Voir également: Civ. Malines (Jeun.), 28 avril 2004, R.W., 2004-2005, p. 30, réformé par Anvers, 21 avril 2005, R.W., 2005-2006, p. 745; Civ. Louvain (Jeun.), 29 nov. 2005, R.W., 2006-2007, p. 483, note A. Huygens, qui accorde également un droit aux relations personnelles à l'ex-compagne de la mère d'un enfant élevé par les deux femmes dans le cadre d'un engagement mutuel. Le droit belge connaît également la tutelle officieuse (art. 475*bis*-475*septies* C. civ.), soit le contrat conclu entre les personnes dont l'accord est requis pour l'adoption de l'enfant mineur non émancipé et le tuteur officieux – contrat entériné par le tribunal de la jeunesse, pour conférer à ce tuteur la

Plusieurs propositions de loi sont toutefois en cours d'examen afin d'élaborer un statut du « parent social », et ce, à la suite du prononcé par notre Cour constitutionnelle d'un arrêt qui dit pour droit que l'impossibilité légale de détacher l'autorité parentale de la filiation pour en confier l'exercice à la compagne homosexuelle de la mère de l'enfant issu du projet parental des deux femmes constitue une discrimination à laquelle le législateur doit remédier pour protéger la stabilité du lien, nonobstant la rupture du couple¹⁴.

charge d'entretenir, élever et mettre le mineur en état de gagner sa vie. Le tuteur officieux est investi de certaines prérogatives de l'autorité parentale – garde matérielle et administration des biens, tandis que les père et mère conservent le droit de garde juridique et le pouvoir de décision en matière de mariage, émancipation, adoption. Il y a donc répartition des fonctions et non pas partage, ce qui rend l'institution inapplicable aux situations de parenté sociale. Yves-Henri LELEU, *Droit des personnes et des familles*, coll. « Faculté de droit de l'Université de Liège, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 588; Isabelle LAMMERANT, « De l'adoption et de l'adoption plénière », J.T. 2004.268; ce dernier auteur relève que cette institution semble tomber en désuétude et, dans son avis n° 45330/AG du 4 novembre 2008 sur la proposition de loi modifiant la législation relative à la protection de l'enfant, en ce qui concerne l'instauration de la parentalité sociale, le Conseil d'État se demande s'il n'y a pas lieu d'abroger cette institution de la tutelle officieuse vu la similitude entre les situations envisagées (Doc. Parl. Chambre, session 2008-2009, n° 52-1303/002, p. 10, III, A.5.).

¹⁴ C.A., 8 oct. 2003, arrêt 134/2003; Proposition de loi modifiant le C. civ. et le C. jud. en vue d'instaurer un droit de codécision pour les beaux-parents à l'égard de l'enfant de leur partenaire, Doc.Parl., Chambre, session 2008-2009, n° 1728/001; Proposition de loi complétant le Code civil par des dispositions relatives à la parenté sociale, Doc. Parl., Sénat, session 2007-2008, n° 52S0670; Proposition de loi instaurant l'acte légal de parenté sociale, Doc. Parl., Sénat, session 2007-2008, n° 52S0360; Proposition de loi instaurant des dispositions de base en matière de parenté sociale, Doc. Parl., Sénat, session 2007-2008, n° 52S0359; Proposition de loi relative à la parenté sociale, Doc. Parl., Sénat, Session 2007-2008, n° 52S0034; Proposition de loi modifiant la législation relative à la protection de l'enfant, en ce qui concerne l'instauration de la parentalité sociale, Doc. Parl., Chambre, session 2007-2008, n° 52-1303/001; Proposition de loi modifiant la législation en ce qui concerne les droits et devoirs des parents nourriciers, Doc. Parl., Chambre, session 2007-2008, n° 52-515/1; voir aussi: Avis du Conseil d'Etat sur les propositions de loi complétant le Code civil par des dispositions relatives à la parenté sociale, Doc. Parl., Chambre, session 2004-2005, 7 oct. 2005, n° 51-0393/002; avis du Conseil d'Etat du 4 novembre 2008 sur la proposition de loi modifiant la législation relative à la protection de l'enfant, en ce qui concerne l'instauration de la parentalité sociale, n° 45.330/AG, Doc. Parl., Chambre, session 2008-2009, n° 52-1303/002; Avis du Conseil d'Etat du 19 août 2008 sur la proposition relative aux droits et devoirs des parents nourriciers, n° 44873/VR/2/V, Doc. Parl., Chambre, session 2007-2008, n° 52-515/3

L'élaboration de ce statut est délicate sur plusieurs plans, dont notamment celui de la légitimité du statut, d'une part, et de la définition de son contenu, d'autre part :

A. Premier axe de réflexion : la légitimité du statut

La légitimité de ce statut est parfois mise en question, au moins lorsque l'enfant a déjà un double lien de filiation, car la reconnaissance juridique du rôle du « tiers » non-parent serait susceptible de provoquer des conflits dès lors que l'autorité parentale est partagée entre un trop grand nombre de personnes.

La difficulté est réelle, mais ceux qui formulent cette critique sont généralement ceux qui craignent la reconnaissance progressive du statut de l'homoparenté, l'idée étant que le délégataire de l'autorité parentale qui vit avec l'enfant et le parent de l'enfant a, vis-à-vis de la famille et des tiers, une « image parentale » de manière telle qu'il y aurait une nouvelle atteinte à la conception « traditionnelle » de la famille et, en tous cas, à la référence nécessaire à une filiation qui devrait, selon les auteurs de cette critique, être une biparenté sexuée.

Ces critiques nous paraissent excessives car elles négligent différentes considérations :

- L'intérêt de l'enfant à voir protéger la stabilité d'une relation affective avec la personne qui participe à son éducation, nonobstant la rupture du lien de conjugalité entre cette personne et son parent légal, et ce, sans discrimination selon l'orientation sexuelle ou les choix de vie des adultes qui assument la responsabilité parentale.
- La nécessaire reconnaissance de toutes les formes de vie familiale lesquelles, selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits l'homme, peuvent avoir une effectivité de fait indépendamment du lien de droit ou même du lien biologique¹⁵.

¹⁵ C.E.D.H., 21 décembre 1999, SALGUEIRO DA SILVA MOUTA / Portugal, *Rev.trim.dr.fam.* 2000.185 et E.J. 2000.106, note Van Grunderbeeck; S. VAN DROOGHENBROECK, préc., note 2; Philippe FRUMER, « La discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans les relations de partenariat ou de cohabitation : une question d'intérêt général devant la Cour européenne des droits de l'homme », RTDH 2004.663.

- Enfin, plus particulièrement, la protection de l'enfant né du projet parental de deux personnes de même sexe et qui a, en l'état actuel du droit, un lien de filiation d'origine avec un seul « parent »¹⁶.

Le partenaire de ce parent légal qui a participé au projet et qui assume en fait le rôle de « second parent » doit pouvoir établir un lien avec l'enfant par une adoption – sans rupture du lien avec le parent légal et avec partage de l'autorité parentale – ou, à tout le moins, être reconnu en qualité de « parent social ». Le refus de toute parenté ou parentalité en ce cas constitue une discrimination au préjudice de l'enfant qui se voit privé des effets que la loi attache au lien, privation particulièrement préjudiciable lorsqu'il y a rupture du couple ou décès du parent légal.

L'intérêt de l'enfant est de voir protéger le lien avec ceux qui l'élèvent, par deux moyens complémentaires et non pas exclusifs : l'établissement d'un lien de filiation, c'est-à-dire une parenté ou un partage de l'autorité parentale, c'est-à-dire une parentalité survivant à la rupture du couple.

B. Deuxième axe de réflexion : les conditions d'ouverture de la parentalité

L'organisation d'un statut légal de la parentalité est complexe, précisément pour éviter que le cumul des parentés et parentalités ne conduise à une multiplicité des liens qui pourrait être perturbante dans la définition de l'identité de la personne, c'est-à-dire de son état.

Il faut donc s'interroger sur les conditions d'accès au statut de parentalité en réfléchissant sur l'opportunité ou non de le réserver aux hypo-

¹⁶ Dans un couple lesbien, seule la femme qui accouche de l'enfant né d'une procréation médicalement assistée ou d'une relation hétérosexuelle a un lien de filiation avec l'enfant. Un couple de deux hommes doit nécessairement recourir à une mère porteuse et seul un des deux pourra procéder à une reconnaissance de paternité ; sur ces questions, voir notamment N. GALLUS, préc., note 1 ; Irène THÉRY, « Différence des sexes, homosexualité et filiation », dans *Homoparentalité, état des lieux, Acte du colloque organisé par l'A.P.G.L. (1999)*, Issy-les-Moulinaux, E.S.F., 2000, p. 131 ; Ann DE BRACONIER-D'ALCANTARA, « Parenté sociale et adoption homosexuelle », colloque organisé le 22 octobre 2004 au Parlement belge par Mme Clothilde Nyssens, p. 1 ; Jean-Louis RENCHON, « Parenté sociale et adoption homosexuelle, quel choix politique? », J.T. 2005.125 ; Emmanuel GRATTON, *L'homoparentalité au masculin*, Paris, P.U.F., 2008.

thèses dans lesquelles l'enfant a un seul lien de filiation ou un seul parent en vie ou, à tout le moins, un seul parent qui assume ses obligations.

Lorsque l'enfant a une double filiation à l'égard de deux parents en vie, sans que l'un d'eux ne se désintéresse de l'enfant, il paraît opportun d'exclure la parentalité ou à tout le moins de la limiter aux seuls actes de la vie courante n'ayant pas d'incidence sur les choix éducatifs.

Selon les situations, il paraît donc fondamental d'adapter le statut de parenté sociale en le limitant aux seuls actes usuels de la vie quotidienne ou au contraire, en l'étendant plus largement aux choix éducatifs.

C. Troisième axe de réflexion : le caractère conventionnel de la parentalité

La parentalité se fonde sur un acte d'engagement volontaire de manière telle que son organisation doit être faite sur une base conventionnelle entre parent et parent social, avec contrôle judiciaire.

Une responsabilité parentale imposée en dehors de tout lien de filiation paraît en effet peu conforme à l'intérêt de l'enfant et à son vécu affectif.

D. Quatrième axe de réflexion : le sort à réserver à la parentalité en cas de rupture du couple entre parent social et parent ou de prédécès du parent

Il faut peut-être envisager non pas la suppression de la parentalité, mais peut-être son réaménagement au plan du contenu des droits délégués, en cas de rupture du couple entre le parent et le parent social et de succession de recompositions familiales afin de limiter les risques de conflits entre titulaires de l'autorité parentale.

Il faut enfin réfléchir au sort de la parentalité dans l'hypothèse du décès du parent légal avec ici aussi des distinctions à faire selon que l'enfant a ou non un parent survivant toujours titulaire, au titre de la filiation, de l'autorité parentale.

La présence de ce parent survivant pose la question du partage de l'autorité parentale entre lui et le parent social, avec le risque de conflits possibles; l'hypothèse de l'absence de parent survivant ouvre par contre

plus facilement la voie à une désignation du parent social en qualité de tuteur.

Les questions sont donc nombreuses en ce qu'elles touchent à l'organisation d'un partage total ou partiel de l'autorité parentale entre plus de deux titulaires agissant à des titres différents – la filiation ou la relation de vie commune avec l'enfant, dont les interventions sont susceptibles de donner lieu à des concurrences et donc à des conflits qui aboutiraient à remettre en question l'utilité du statut de la parenté sociale au regard de l'intérêt de l'enfant.

Il paraît essentiel, dans cette organisation, de donner à la loi un rôle d'encadrement laissant la place à la mise en œuvre de solutions « à la carte » tenant compte des particularités spécifiques de chaque situation de fait. Il faut en effet éviter de soumettre à la même structure normative des situations aussi différentes que celles d'un couple hétérosexuel recomposé élevant ensemble un enfant n'ayant qu'un seul lien de filiation ou du même couple éduquant un enfant qui a une double filiation, mais dont le second parent est peut-être « démissionnaire » ; de même, on ne peut assimiler le cas du couple homosexuel élevant un enfant issu d'un projet parental commun, mais ayant un seul lien de filiation juridique ou du couple homosexuel éduquant ensemble un enfant né d'une précédente relation hétérosexuelle.

*
* *

Les débats sur la parenté, l'homoparenté, la parentalité et l'homoparentalité sont exemplatifs de l'évolution du droit de la famille et de la place du droit.

La famille a cessé d'être une structure imposée par la loi en fonction d'un objectif de structuration sociale fondé sur une préférence donnée au mariage comme forme de conjugalité et de parenté seule susceptible d'accéder à la protection.

Aujourd'hui, chacun construit sa famille en fonction de ses choix de vie personnelle et le droit a une fonction de régulation tout à fait différente: il devient plus « subsidiaire » en ce sens qu'il intervient essentiellement pour pondérer les intérêts en présence lorsque leur équilibre est

menacé, pondération qui se fait en fonction de principes généraux tels que l'égalité et la non-discrimination ou l'intérêt de l'enfant.

Cette évolution qui correspond à une revendication croissante d'autonomie individuelle trouve son origine dans des phénomènes nombreux tels que la maîtrise de la procréation (avortement, contraception), le développement des techniques de procréation médicalement assistée qui dissocient procréation et sexualité¹⁷ ou encore la reconnaissance de l'égalité des formes de vie commune et les réformes du droit du divorce et de l'autorité parentale qui ont rendu la parenté indépendante de la conjugalité.

La situation est aujourd'hui devenue très contradictoire puisqu'on a, d'une part, un développement des procédés scientifiques qui permettent d'aboutir à une certitude des paternités et maternités génétiques et, d'autre part, et dans le même temps, un éclatement des paternités et des maternités qui ont perdu leur « unité naturelle ».

La procréation médicalement assistée conduit à des dissociations entre vérité génétique et vérité affective et la gestation pour autrui dissocie la maternité en deux ou trois composantes, gestationnelle, génétique et intentionnelle.

Contrairement à ce que pouvait laisser supposer l'accès possible à la vérité génétique, les concepts de maternité et de paternité deviennent incertains en raison de leur contenu pluridimensionnel.

Face à cette incertitude, l'élément stable reste le vécu affectif de la relation à l'enfant, c'est-à-dire l'engagement parental fondé sur la volonté.

¹⁷ On mesure mal aujourd'hui toutes les conséquences des dissociations qui bouleversent les concepts du droit de la famille :

- dissociation entre filiation et conjugalité ;
- dissociation entre sexualité et procréation, entre procréation et filiation et entre fécondation et gestation dans la procréation médicalement assistée ;
- dissociation des éléments constitutifs de la paternité et de la maternité dans la procréation médicalement assistée et la gestation pour autrui ;
- dissociation entre sexualité et parenté dans l'homoparenté ;
- dissociation entre filiation et autorité parentale et remise en cause du caractère sexué des fonctions parentales dans la parentalité.

Le droit en tient compte par la reconnaissance du fondement « conventionnel » de la filiation constitué par la possession d'état ou le projet parental et par l'élaboration d'un concept nouveau comme celui de la parentalité qui trouve également son origine dans la reconnaissance d'une vérité affective protectrice de l'intérêt de l'enfant.