

de distanciation se dessine en dehors de ce code car la fidélité aux règles du *fiqh* n'a pas la même intensité dans le Code de la famille qu'à l'extérieur de ce code, en notant par ailleurs qu'à l'intérieur même de ce code mais pour d'autres matières que celle qui retient notre attention, le législateur familial n'a pas hésité à contourner certaines règles du *fiqh* voire à les transformer dans certains cas comme en matière de garde ou de tutelle sur l'enfant ou d'obligation de l'épouse envers son époux⁽⁸⁵⁾.

En matière de *kafala*, on relève certes un attachement du législateur au référentiel, mais il est contrebalancé par une représentation plus audacieuse allant dans le sens d'une amélioration de la relation *kafil/makful* que l'on retrouve dans certains textes extérieurs au Code de la famille ainsi qu'au niveau de certaines juridictions du fond.

La juxtaposition de règles du *fiqh* et de règles plus actuelles aboutit à un résultat mitigé n'arrivant pas toujours à préserver l'intérêt de l'enfant *makful* et demeurant peu propice à satisfaire la famille *kafila* qui demande plus de stabilité. Ceci devrait sans doute conduire à une vision plus cohérente et plus sécurisante pour l'enfant *makful* et pour la famille qui l'a recueilli.

(85) Voy. *supra*, notes n^{os} 70, 71, 73.

Réflexions autour de l'adoption contemporaine : entre besoin de l'enfant et besoin d'être parent, un changement de paradigme ?*

PAR

Laura COHEN

Assistante en droit de la famille à l'UCLouvain
(Centre de droit de la personne, de la famille et de son patrimoine)
Avocate au barreau de Bruxelles

Introduction

1. La figure juridique de l'adoption a vu ses fonctions sociales évoluer au fil des siècles.

Plus singulièrement, l'historique et l'évolution du droit de l'adoption illustrent sa propension à l'adaptabilité au regard des nécessités humaines et familiales.

Ainsi, si la demande d'adoption répond assurément à une volonté d'inscription dans un lien de filiation, il est légitime de se demander si la mobilisation de cette figure juridique reste toujours bien opportune face aux défis d'aujourd'hui.

* Texte arrêté au 15 décembre 2020.

Force est de constater que l'adoption tend actuellement à revêtir tantôt une fonction d'établissement de la filiation à l'égard d'un (des) parent(s) intentionnel(s) de l'enfant né ensuite d'un projet parental commun en recourant le cas échéant à une technique de reproduction artificielle – en l'occurrence, consolider, par un lien de filiation, un projet parental *ab initio* – tantôt une fonction de palliatif de l'absence d'un cadre juridique pour certaines catégories de personnes tierces au lien de filiation comme le beau-parent ou le parent d'accueil – en l'occurrence, conforter *a posteriori*, par un lien de filiation, une parenté socio-éducative existante.

2. On peut légitimement interroger la pertinence du recours à l'adoption dans le cadre de ces hypothèses contemporaines pour lesquelles elle n'avait pas originairement été pensée. Sans l'affirmer péremptoirement, il est permis de se demander si cet instrument traditionnel ne serait pas dépassé ou inapte à répondre aux défis actuels.

Plus fondamentalement encore, on peut se demander si l'adoption vise toujours à répondre à un besoin de l'enfant afin d'offrir à ce dernier un cadre familial pérenne. Ce postulat de départ n'aurait-il pas été renversé en ce que l'adoption tendrait désormais plutôt à répondre à un besoin d'être parent ?

Cette question constituera la trame de fond de la présente contribution.

3. Il y sera, tout d'abord, succinctement fait état des fondements de l'adoption (I) afin d'identifier les configurations pour lesquelles elle avait été initialement pensée (A). Nous saisissons l'occasion pour nous attarder brièvement sur l'absence de consécration d'un droit à l'adoption et d'un droit d'adopter (B).

Cette analyse constituera le terreau sur la base duquel nous examinerons ensuite les nouvelles configurations familiales émergentes pour lesquelles il est désormais recouru à l'adoption (II).

Dans notre système juridique contemporain, cette institution non seulement revêt un rôle d'établissement de la filiation pour le (la) coparent(e) à l'égard de l'enfant issu d'un projet parental commun (A) mais constitue également une voie juridique consacrant pour le beau-parent ou le parent d'accueil la parenté socio-éducative et affective créée avec l'enfant (B).

Or, nous noterons que si la problématique relative à l'adoption comme mode d'établissement de la filiation à l'égard du (de la) coparent(e) est pomme de discorde à des degrés divers, c'est surtout lorsqu'elle est appréhendée à travers le prisme des couples de même sexe qu'elle prête à discussion (III).

Enfin, la quatrième et dernière section sera l'occasion de proposer des pistes de réflexion voire de solution quant à d'éventuelles réformes à soumettre à nos assemblées parlementaires législatives compte tenu des limites de l'adoption en tant qu'outil juridique mobilisable à tout-va et qui auront, du reste, été mises en exergue dans les sections précédentes (IV, A).

Ces pistes de réflexions sont plus précisément au nombre de deux.

Primo, nous envisagerons l'hypothèse d'un assouplissement des conditions présidant à l'adoption en vue de la rendre davantage adéquate et effective pour répondre aux défis contemporains (B).

Secundo, nous nous interrogerons sur les mérites et avantages éventuels de la création d'une catégorie spécifique ou d'une figure juridique *ad hoc* si un assouplissement des conditions de l'adoption devait ne pas se révéler suffisant pour répondre aux attentes des nouvelles configurations familiales (C).

I. Un rappel succinct des fondements de l'adoption

A. Les configurations initialement visées

4. Institution séculaire, l'adoption permet la création d'un lien de filiation « fondée principalement sur une relation éducative et affective et non sur un lien de sang »⁽¹⁾. Elle est caractérisée par son aspect subsidiaire et alternatif induisant qu'elle ne saurait être mobilisée que s'il s'avère que le maintien de l'enfant dans son noyau familial originaire est impossible⁽²⁾.

5. Dans l'Antiquité, elle a été originairement pensée et créée en vue de perpétuer le culte des ancêtres et permettre une transmission à divers niveaux comme religieux, patrimonial, politique, etc.

Elle a ensuite disparu durant le Moyen-Âge pour renaître en 1804 par son intégration dans le Code civil à des fins essentiellement patrimoniales et successorales même si son utilisation a été assez timorée.

(1) I. LAMMERANT, *L'adoption et les droits de l'homme en droit comparé*, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 2.

(2) N. GALLUS, « Section 3 – La légitimité de la gestation pour autrui », in *Le droit de la filiation*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 386.

Enfin, elle a connu son « *heure de gloire* » lors de la seconde moitié du XX^e siècle, en tant que moyen de légitimation de l'enfant né hors mariage⁽³⁾.

À l'origine, l'adoption poursuivait donc deux objectifs principaux, à savoir l'institution d'un héritier motivée par des considérations patrimoniales et la régularisation de filiations illégitimes.

Ces objectifs ont cependant bientôt été supplantés par une finalité touchant davantage à la protection du mineur déraciné de son milieu familial d'origine.

Dans notre société contemporaine, l'adoption a effectivement peu à peu été appréhendée comme un moyen de protéger ou de consacrer, via l'établissement d'une filiation, une réalité socio-éducative et socio-affective⁽⁴⁾.

6. Outre cette hypothèse, l'adoption connaît aujourd'hui un regain d'attention en tant que mode d'établissement d'une filiation à l'égard d'un enfant issu d'un projet parental commun des candidats adoptants.

B. L'inexistence d'un droit d'être adopté et d'un droit d'adopter

7. Tout d'abord, aucun instrument ni international ni européen ne consacre, dans le chef de l'enfant, le droit d'être adopté⁽⁵⁾.

Dans ce sillon, les juridictions supranationales n'ont jamais consacré un tel droit non plus⁽⁶⁾. La Cour européenne des droits de l'homme a d'ailleurs pour *leitmotiv* que « *le droit à l'adoption ne figure pas en tant que tel au nombre des droits garantis par la Convention* »⁽⁷⁾.

Ces jalons posés, on peut légitimement s'interroger sur ce que le droit et la jurisprudence reconnaissent dès lors à l'enfant en besoin d'adoption ou, à tout le moins, en besoin d'un lien juridique destiné à palier un vide ou à remplacer l'absence d'un référent parental. Il appert que la garantie maximale

(3) Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 700 et s.

(4) I. LAMMERANT, *L'adoption et les droits de l'homme en droit comparé*, op. cit., p. 3.

(5) *Ibid.*, p. 52.

(6) G. WILLEMS et L. COHEN, « International human rights law as a basis for rethinking legal relationships between adults and children », in J. SOSSON, G. WILLEMS et G. MOTTE (ed.), *Adults and Children in Postmodern Societies*, Anvers/Cambridge/Portland, Intersentia, 2018, p. 702.

(7) Voy. not. Cour eur. D.H., arrêt *Moretti et Benedetti c. Italie*, 27 avril 2010, req. n° 16318/07, § 61.

pouvant lui être conférée est « *la vie familiale la plus effective parmi celles qui sont en réalité possibles* »⁽⁸⁾.

8. Ensuite, ni le droit ni la jurisprudence ne consacrent de droit d'adopter ou de droit à l'enfant.

La Cour européenne des droits de l'homme a ainsi eu l'occasion de souligner elle-même que « *les dispositions de l'article 8 ne garantissent ni le droit de fonder une famille ni le droit d'adopter* »⁽⁹⁾.

9. La question de la consécration d'un tel droit est intrinsèquement liée à celle du recours aux techniques de reproduction artificielle.

D'un point de vue éthique et symbolique, la volonté légitime d'avoir un enfant ne saurait être questionnée tant elle touche à des considérations personnelles et bien souvent viscérales traduisant un désir fondamentalement respectable de conception, de reproduction et de parenté. Le désir d'engendrer et d'avoir un enfant est source de souffrances profondes et de tentatives parfois désespérées quand bien même ce désir devait être assouvi au mépris des règles légales⁽¹⁰⁾.

Toujours est-il qu'aussi compréhensible et respectable puisse-t-il être, ce désir d'enfant ne justifie pas *ipso facto* la reconnaissance, en termes juridiques, d'un droit à l'enfant⁽¹¹⁾.

À cet égard, il a effectivement été pointé que « *la différence entre désir et droit est sensible : le désir relève d'une aspiration purement individuelle alors que la reconnaissance d'un droit subjectif à la paternité ou à la maternité implique une obligation correspondante à charge d'autrui, la société devant alors mettre à disposition de toute personne en désir d'enfant les moyens médicaux et techniques permettant d'obtenir l'exécution du droit* »⁽¹²⁾.

Encore veillera-t-on à nuancer cette affirmation dans la mesure où il n'appartient certes pas au droit d'avaliser ou de dénier la réalisation et l'exécution du désir d'enfant mais plutôt de dresser des limites posées par le cadre éthique en ce que le désir d'enfant ne relève pas de l'autonomie individuelle mais implique une relation à autrui⁽¹³⁾.

(8) I. LAMMERANT, *L'adoption et les droits de l'homme en droit comparé*, op. cit., p. 52.

(9) Voy. not. Cour eur. D.H., arrêt *E.B. c. France*, 22 janvier 2008, req. n° 43546/02 ; Cour eur. D.H., arrêt *Moretti et Benedetti c. Italie*, 27 avril 2010, req. n° 16318/07, § 47.

(10) N. GALLUS, « Section 3 – La légitimité de la gestation pour autrui », op. cit., p. 376.

(11) *Ibid.*, pp. 375 et s.

(12) *Ibid.*, p. 376.

(13) *Ibid.*

II. Les nouvelles configurations familiales pour lesquelles l'adoption est aujourd'hui mobilisée

A. Un mode d'établissement de filiation pour le(la) coparent(e) à l'égard de l'enfant né d'un projet parental commun

10. L'hypothèse est celle d'un couple nourrissant communément un projet parental à l'égard d'un enfant à naître et dont la conception supposerait le recours à une technique de reproduction artificielle.

11. L'articulation des techniques de reproduction artificielle avec l'institution de l'adoption conduit à s'affranchir du raisonnement selon lequel l'adoption vise à protéger un enfant en difficulté familiale au sein de son noyau d'origine en lui offrant une nouvelle filiation.

En l'espèce, il ne s'agit effectivement plus de compenser les besoins d'un enfant ayant connu le déracinement de son milieu familial de naissance, et qui est d'ores et déjà existant, mais bien de permettre le plus souvent à un couple de personnes majeures partageant un projet parental commun de donner un cadre juridique à la conception et la naissance de l'enfant.

L'absence de réglementation en la matière a naturellement mené à un développement jurisprudentiel relativement conséquent dénotant d'une tendance majoritaire actuellement bien ancrée des juridictions de fond de légitimer *a posteriori* des maternités de substitution, principalement par le biais de l'adoption⁽¹⁴⁾.

Plusieurs configurations sont susceptibles de se présenter en partant du postulat d'un couple partageant un projet parental commun *ab initio* dont l'enfant est issu. Nous nous proposons d'en dresser brièvement un relevé ci-après afin d'identifier celles où il est aujourd'hui recouru à l'adoption, étant entendu

(14) Voy. par exemple, trib. jeun. Bruxelles, 4 juin 1996, *J.L.M.B.*, 1996, p. 1182 ; *Rev. dr. santé*, 1997-1998, p. 124, obs. E. MONTERO, « L'adoption consécutive à un contrat de mère porteuse » ; trib. jeun. Turnhout, 4 octobre 2000, *R.W.*, 2001-2002, p. 206, note F. SWENNEN, « Volle adoptie na draagmoederschap : nihil obstat ? » ; trib. jeun. Bruxelles (12^e ch.), 6 mai 2009, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011/1, note J. Sosson, « La création d'un lien légal avec la mère génétique d'un enfant conçu par gestation pour autrui : une question de filiation ou d'adoption ? » ; Anvers, 14 janvier 2008, *R.W.*, 2007-2008, p. 1774, note F. SWENNEN, « Adoptie na draagmoederschap revisited ».

que les configurations ici visées sont seulement les plus enclines à se poser en pratique sans prétendre à l'exhaustivité pour autant.

Premièrement, le couple est hétérosexuel, marié et c'est la femme qui donne naissance à l'enfant. Dans une telle hypothèse, la question de l'adoption ne se présente pas puisque les règles relatives à la filiation contenues dans le Code civil permettent l'établissement de la filiation⁽¹⁵⁾.

Deuxièmement, le couple est hétérosexuel, non marié et c'est la femme qui donne naissance à l'enfant. Le constat énoncé pour la première hypothèse ci-avant s'applique également dans cette deuxième hypothèse⁽¹⁶⁾.

Troisièmement, le couple est un couple de femmes, marié et c'est l'une des femmes de ce couple qui donne naissance à l'enfant. Que le couple ait ou non recouru à une procréation médicalement assistée conformément à la loi du 6 juillet 2007⁽¹⁷⁾, la femme qui a donné naissance à l'enfant en devient la mère légale⁽¹⁸⁾ tandis que son épouse deviendra la comère par le jeu de la présomption de comaternité en vertu des règles de filiation du Code civil⁽¹⁹⁾.

Quatrièmement, le couple est un couple de femmes, non marié et c'est l'une des femmes de ce couple qui donne naissance à l'enfant. Le constat énoncé pour la troisième hypothèse ci-avant s'applique également dans cette quatrième hypothèse⁽²⁰⁾.

En ces deux dernières occurrences, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 5 mai 2014 portant établissement de la filiation de la coparente⁽²¹⁾, cette dernière ne recourra plus à l'adoption en vue d'établir un lien juridique filial avec l'enfant puisque le Code civil lui octroie le bénéfice des règles d'établissement de la filiation qu'il édicte.

Cinquièmement, le couple est un couple d'hommes, marié ou non marié, un des membres du couple est le père biologique et c'est une mère porteuse non mariée qui donne naissance à l'enfant dans le cadre d'une gestation pour

(15) C. civ., art. 315.

(16) C. civ., art. 319 et art. 329bis.

(17) 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.

(18) C. civ., art. 312.

(19) C. civ., art. 325/2 qui établit une présomption légale de comaternité par effet du mariage.

(20) C. civ., art. 325/4 qui permet la reconnaissance de l'enfant par la coparente avec l'accord de la mère légale après la naissance de l'enfant, étant entendu qu'une telle reconnaissance peut également être, le cas échéant, réalisée à titre prénatal via C. civ., art. 328, § 3.

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

autrui. La mère porteuse est automatiquement désignée comme la mère légale de l'enfant et le père biologique devient le père de l'enfant en vertu des règles de filiation du Code civil⁽²²⁾ tandis que son conjoint ou cohabitant (légal ou de fait) recourra à l'adoption⁽²³⁾.

Sixièmement, le couple est un couple de femmes, marié ou non marié et c'est une mère porteuse non mariée qui donne naissance à l'enfant dans le cadre d'une gestation pour autrui. Soit l'une des femmes reconnaîtra l'enfant et l'autre l'adoptera, soit les deux femmes recourront au procédé de l'adoption afin d'établir un lien juridique de filiation à l'égard de l'enfant.

12. Il appert du relevé succinctement énoncé ci-avant que les configurations dans lesquelles l'adoption sera mobilisée par le(s) parent(s) d'intention en vue d'établir un lien de filiation à l'égard de l'enfant se sont drastiquement réduites depuis la loi du 5 mai 2014 puisqu'en permettant l'établissement d'un lien de comaternité, cette loi a subséquemment contribué à faire sortir du champ de mobilisation éventuelle de l'adoption les couples de femmes partageant un projet parental commun, sous réserve de ce que l'une d'elles (et non une mère porteuse) donne naissance à l'enfant.

Or, cette loi n'a pas permis un mode d'établissement de la filiation comparable pour les couples d'hommes, omission qui n'est pas sans susciter des critiques au sein de la doctrine (voy. *infra*, III).

Force est dès lors de constater qu'à l'heure actuelle, l'adoption consécutive à la naissance d'un enfant issu d'un projet parental commun concerne les couples de même sexe ayant recouru à une gestation pour autrui. Ce sont donc surtout les couples d'hommes qui se trouvent concernés au premier plan même si des couples de femmes peuvent également l'être lorsqu'elles recourent à ce mode de conception de l'enfant (dans l'hypothèse plus rare où elles ne pourraient pas recourir à une procréation médicalement assistée pour des raisons physiologiques par exemple).

In casu, la figure de l'adoption revêt donc une fonction d'intégration juridique de l'enfant au sein de la famille intentionnelle.

(22) Le père reconnaîtra l'enfant avec le consentement de la mère porteuse.

(23) Sous réserve des consentements requis, en l'occurrence ceux du père légal et de la mère porteuse.

B. La consécration juridique pour le beau-parent ou le parent d'accueil d'une parenté socio-éducative et affective

13. Le recours à l'adoption peut également être appréhendé comme un moyen de pallier voire contrer l'absence d'institution, et plus particulièrement de statut juridique, encadrant la parenté éducative.

En d'autres termes, cet instrument peut constituer une voie juridique permettant la consécration d'un statut dans le chef de personnes tierces aux parents juridiques, qui occupent une place centrale ou, à tout le moins, significative dans la vie de l'enfant. On vise essentiellement les beaux-parents (1) et les parents d'accueil (2).

1. Le beau-parent

14. Notre droit positif ignore la figure du beau-parent⁽²⁴⁾.

Certes, d'aucuns pourraient arguer que le Code civil reconnaît désormais un droit aux relations personnelles (art. 375*bis* C. civ.) permettant au beau-parent de maintenir des contacts avec l'enfant sans pour autant se voir attribuer un lien juridique avec ce dernier, outre qu'il est tenu de prouver l'existence d'un lien d'affection particulier s'il entend prétendre à ce droit aux relations personnelles⁽²⁵⁾.

Or, non seulement la mobilisation de ce droit ne se conçoit qu'après la rupture du couple mais de surcroît, postérieurement à cette rupture, il ne confère qu'une protection juridique à faible intensité. Ce constat peut, en tout état de cause, justifier le recours à l'adoption, seule véritable alternative dans le chef du beau-parent souhaitant se voir reconnaître un lien juridique à l'égard de l'enfant *post* séparation.

(24) Pour davantage de développement sur cette question, voy. not. J.-L. RENCHON, « Vers l'octroi de l'autorité parentale à des beaux-parents ? », *Rev. trim. dr. fam.*, 2004/1, p. 190 ; M. BEAGUE, « Quel est l'état actuel et quelles sont les perspectives d'avenir de la reconnaissance juridique du beau-parent dans les familles recomposées ? », *J.D.F.*, 2007/8, n° 268, pp. 3 et s. ; M. BEAGUE, S.-M. FERRIÉ, J. HOUSSEIER et M. SAULIER, « 2 - Beau-parent/co-parent », in *Parenté, filiation, origine*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 71 et s. ; J. SOSSON, « Filiation, origines, parentalité », in *Filiation et parentalité*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 5 et s. ; S. CAP et J. SOSSON, « La place juridique du tiers au lien de filiation », in *Filiation et parentalité*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 267 et s.

(25) G. MOTTE, « Quand la loi du 19 mars 2017 sur les accueillants familiaux ébranle le régime juridique et judiciaire de l'autorité parentale », in *Actualités législatives en droit de la personne et de la famille*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 145 et s.

Par ailleurs, il convient de constater que la réalité sociale et humaine du XXI^e siècle laisse présager que les recompositions familiales sont vouées à devenir monnaie courante et la figure du beau-parent dès lors amenée à s'étendre. Face à ce constat, et l'absence d'intervention législative en la matière, la figure juridique de l'adoption peut être perçue comme une alternative opportune que le beau-parent, désireux de se voir reconnaître un statut et un lien juridique à l'égard de l'enfant avec lequel il vit le cas échéant depuis de nombreuses années de façon permanente, pourrait utilement et effectivement mobiliser⁽²⁶⁾.

Le législateur semble d'ailleurs bien conscient de cette réalité puisqu'après avoir permis au conjoint ou cohabitant du parent juridique de l'enfant d'adopter ce dernier, il a désormais, sous l'impulsion de la Cour constitutionnelle⁽²⁷⁾, reconnu cette faculté à l'ancien partenaire (conjoint ou cohabitant) dudit parent⁽²⁸⁾.

Néanmoins, les conditions devant être remplies dans le chef de l'ancien partenaire afin d'adopter l'enfant de son ex-conjoint ou ex-cohabitant sont à ce point restrictives que l'on est légitimement en droit de se demander dans quelles hypothèses (rarissimes, en l'occurrence), une telle adoption sera permise⁽²⁹⁾.

Or, ces conditions restrictives témoignent peut-être d'une volonté, dans le chef du législateur, de ne consacrer un lien juridique à l'égard d'un enfant que pour autant qu'il soit né d'un projet parental commun et non pas de faciliter l'établissement d'un lien de filiation par adoption dans toute situation où un beau-parent partage, un temps, la vie d'un enfant.

Dans un tel contexte, que penser du recours à l'adoption en vue de consacrer, à l'égard d'une personne liée socio-affectivement à l'enfant, une filiation qui se voudrait dès lors élective et choisie ?

(26) J. SOSSON, « Qu'est-ce que la filiation aujourd'hui ? », *Ann. dr.*, 2014, pp. 56 et s.

(27) N. GALLUS, « Section 3 – La légitimité de la gestation pour autrui », *op. cit.*, p. 376.

(28) Loi du 20 février 2017 modifiant le Code civil, en ce qui concerne l'adoption, *M.B.*, 22 mars 2017, p. 38630.

(29) M. GOEGEBUER, « Adoptie door de voormalige partner en andere wijzigingen in de adoptiewetgeving. Commentaar bij de wet van 20 februari 2017 », *T. Fam.*, 2017/6 ; P. SENAEVE, « Deel I. De wet van 20 februari 2017 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek, betreffende de adoptie », in P. SENAEVE et F. VERSCHULDEN (dir.) *Wetgeving en rechtspraak familie(proces)recht 2017. Adoptie, pleegzorg, EOT, familieprocesrecht*, Anvers-Cambridge, Intersentia, 2017 ; L. COHEN, « Actualités législatives et constitutionnelles en droit de l'adoption », in *Actualités législatives en droit de la personne et de la famille*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 93-144.

2. Le parent d'accueil

15. Outre la figure du beau parent, celle des accueillants familiaux n'est pas en reste. Le législateur est récemment intervenu afin de permettre à ces derniers de se voir déléguer certains attributs de l'autorité parentale, sous réserve du respect de certaines conditions⁽³⁰⁾.

Il apparaît que le législateur a ici entendu réinvestir voire privilégier la parenté éducative en reconnaissant, dans le chef de personnes tierces au lien juridique de filiation, une fonction déterminée, par la délégation de certains attributs de l'autorité parentale, sans toutefois octroyer de droit à l'adoption spécifique pour les familles d'accueil.

Or, contrairement au mécanisme de l'adoption, cette délégation d'attributs de l'autorité parentale présente, par définition, des limites puisqu'elle ne permet pas l'intégration de l'enfant dans la configuration familiale de la personne concernée, qui demeure un tiers sur le plan juridique par rapport à l'enfant.

Force est effectivement de constater que dans le cadre d'une famille d'accueil également, à l'instar du beau parent, des liens affectifs profonds peuvent se nouer avec l'enfant, avec pour conséquence la volonté dans le chef de ladite famille d'accueil de juridiquement consacrer et encadrer cette relation forte en recourant à l'institution de l'adoption.

(30) Pour davantage de développements sur cette question, voy. not. J. FIERENS, « La loi du 19 mars 2017 modifiant la législation en vue de l'instauration d'un statut pour les accueillants familiaux », *Ad. dr. fam.*, 2017/6, pp. 138-148 ; B. MARIQUE, « Que reste-t-il de l'autorité parentale dans les procédures protectionnelles ? Analyse de la loi du 19 mars 2017 instaurant un statut pour les accueillants familiaux », *B.J.S.*, 2017/593, pp. 7-10 ; C. DELBROUCK, « La loi du 19 mars 2017 modifiant la législation en vue de l'instauration d'un statut pour les accueillants familiaux rétablissant les articles 7 et 45, 1^o et intégrant l'article 7/1 dans la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse, à la prise en charge des mineurs ayant commis un fait qualifié infraction et à la répartition du dommage causé par ce fait », *J.L.M.B.*, 2018/25, pp. 1188-1190 ; G. MOTTE, « Quand la loi du 19 mars 2017 sur les accueillants familiaux ébranle le régime juridique et judiciaire de l'autorité parentale », *op. cit.*, pp. 145-193.

III. Focus sur la place de l'adoption au sein des couples de même sexe : institution juridique à adapter ou intrinsèquement inadéquate ?

A. Les enjeux et critiques de la création d'un lien de comaternité par la loi du 5 mai 2014 portant établissement de la filiation de la coparente

16. Avant l'entrée en vigueur de la loi du 5 mai 2014, la seule option dont disposait la femme avec qui la mère légale partageait le projet parental et désirant consacrer par la voie juridique ledit projet était le recours à l'adoption intrafamiliale, étant entendu qu'aucune distinction n'était faite selon que cette femme était l'épouse, la cohabitante légale ou la cohabitante de fait de la mère légale⁽³¹⁾.

Or, la figure juridique de l'adoption – seul moyen à l'époque pour un enfant né d'un couple homosexuel de bénéficier d'un double lien de filiation – s'était rapidement révélée inadaptée voire inapte à consacrer et protéger la vie familiale et l'intérêt de l'enfant.

Tout d'abord, elle échouait à créer un double lien de filiation dès l'origine, l'adoption ne pouvant être prononcée au plus tôt que deux mois après la naissance de l'enfant⁽³²⁾.

Ensuite, ce système pouvait également s'avérer injuste sous l'angle procédural car la candidate adoptante encourait deux risques. Le premier était celui d'une rupture du couple avant la mise en branle de la procédure d'adoption voire au cours de ladite procédure tandis que le second était celui de se voir opposer par la mère légale le refus de consentir à l'adoption.

Le législateur a dès lors pris le pli d'adapter les règles du droit de la filiation dans l'optique de les ouvrir, au départ, à tous les couples de même sexe nourrissant un projet parental commun⁽³³⁾.

(31) S. CAP et J. SOSSON, « Quand la Cour constitutionnelle revisite les conditions de l'adoption homoparentale... », *Rev. trim. dr. fam.*, 2018/1, p. 178.

(32) M. DEMARET et E. LANGENAKEN, « La loi portant établissement de la filiation de la coparente : bien dire et laisser faire... », *Rev. trim. dr. fam.*, 2015/3, p. 458.

(33) Pour davantage de développements sur cette question, voy. not. G. SEGHERS et F. SWENNEN, « Comaternité sans adoption – la loi du 5 mai 2014 portant établissement de la filiation de la coparenté », *R.G.D.C.*, 2014/10, pp. 480-486 ; M. DEMARET et E. LANGENAKEN, « La loi portant établissement de la

17. Force est cependant de constater que l'adaptation des règles de la filiation contenues dans notre Code civil n'a, *in fine*, concerné qu'une catégorie bien spécifique de familles homoparentales, en l'occurrence les couples de femmes dont l'une donne naissance à l'enfant.

Cette limitation a été justifiée par la circonstance que la conception d'un enfant au sein d'un couple d'hommes repose nécessairement (et pour des raisons physiologiques évidentes) sur le recours à une femme qui donnera naissance à l'enfant. Ce faisant, la naissance d'un enfant issu du projet parental commun de deux hommes induit par essence le recours à la gestation pour autrui⁽³⁴⁾ dont le législateur a, jusqu'à présent, habilement éludé les entreprises de régulation.

Or, c'est ici que le bât blesse : le couple de femmes a également nécessairement besoin de l'intervention d'une tierce personne, en l'occurrence un donneur de sperme, pour concevoir l'enfant, pour des raisons manifestes ressortissant également de considérations biologiques et physiologiques.

L'on observe ainsi que si le législateur ne s'est pas ému outre-mesure du nécessaire recours par les couples de femmes à une tierce personne, il semble toutefois avoir estimé que ce même nécessaire recours par les couples d'hommes à une tierce personne, cette fois-ci une femme qui mettra son appareil reproducteur à disposition et qui accouchera de l'enfant, faisait précisément obstacle à l'ouverture des règles d'établissement de la filiation dès l'origine à ces derniers⁽³⁵⁾.

18. En outre, il est piquant de relever que le mode d'établissement de la comaternité, en ce qu'elle résulte du mariage via la présomption légale ou d'une voie volontaire via la reconnaissance, joue indépendamment de l'existence ou non d'un projet parental *ab initio*.

Ainsi, la présomption légale de comaternité par effet du mariage prévue à l'article 325/2 du Code civil opère au profit de l'épouse de la mère, sans que l'existence ou non d'un projet parental commun n'entre en ligne de compte. Autrement dit, l'enfant verra sa filiation établie à l'égard de l'épouse de la

filiation de la coparente : bien dire et laisser faire... », *op. cit.*, pp. 455-495 ; N. GALLUS, « Chapitre 8 - Comaternité », in *Filiation*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 147-155 ; J.-E. BEERNAERT et N. MASSAGER, « La loi du 5 mai 2014 instaurant le régime de la comaternité : "Trois femmes, un homme et un couffin" », *Act. dr. fam.*, 2015, pp. 74-84.

(34) J. SOSSON, « Qu'est-ce que la filiation aujourd'hui ? », *op. cit.*, pp. 56 et s.

(35) *Ibid.*

femme l'ayant mis au monde quand bien même ladite épouse n'aurait aucunement participé au projet parental *ab initio*⁽³⁶⁾.

Au stade de l'établissement de la filiation, lorsque le couple de femmes est marié, la présomption de comaternité joue donc à travers tout, sans que l'existence d'un projet parental n'interfère, sous réserve des hypothèses d'action en contestation de comaternité que nous n'analyserons pas davantage dans le cadre de la présente contribution⁽³⁷⁾.

De même, lorsque le couple de femmes n'est pas marié, il appartient à la partenaire de la mère de reconnaître l'enfant, avec l'accord de cette dernière et sans que la question de l'existence d'un projet parental ne soit soulevée⁽³⁸⁾.

Ce n'est qu'en cas de refus, lorsque la coparente introduira une action en autorisation de reconnaissance que l'existence d'un projet parental sera vérifiée puisqu'à défaut de participation à l'acte de procréation médicalement assistée, l'action sera rejetée⁽³⁹⁾.

19. Toujours est-il que la limitation du nouveau cadre légal aux seuls couples de femmes a engendré une dichotomie au sein même de l'homoparenté qui n'a, du reste, pas manqué d'être dénoncée par la doctrine comme nous l'analyserons au point suivant.

B. La différence de traitement entre les couples de femmes et les couples d'hommes instituée par la loi du 5 mai 2014

20. L'on est droit de s'interroger sur la légitimité d'une telle distinction : n'aurait-il pas été plus opportun soit d'ouvrir les règles de la filiation d'origine à tous les couples de même sexe sans les limiter aux seuls couples de femmes soit de laisser, comme seule alternative au (à la) coparent(e) d'un couple homosexuel, le recours à l'adoption ?

(36) J.-E. BEERNAERT et N. MASSAGER, « La loi du 5 mai 2014 instaurant le régime de la comaternité : "Trois femmes, un homme et un couffin" », *op. cit.*, p. 78.

(37) *Ibid.*, pp. 78 et s.

(38) C. civ., art. 325/4.

(39) C. civ., art. 325/4, al. 2.

Le recours à l'adoption dans le chef du coparent entraîne effectivement des conditions lourdes et exigeantes. Est-il légitime d'imposer au coparent le respect de telles conditions alors que la coparente n'y est pas tenue ?

Une réelle disproportion se dessine dès lors entre d'une part, la coparente pour qui il suffit d'être mariée avec la mère légale au moment de la naissance de l'enfant ou de reconnaître l'enfant avec l'autorisation de cette dernière pour voir établir un lien de filiation juridique à l'égard de l'enfant, et d'autre part, le coparent astreint à mener à terme le processus d'adoption autrement plus exigeant en termes de temps et de conditions.

Face à ce constat, l'on est raisonnablement en droit de se demander si le maintien du recours à l'adoption dans le chef de la coparente et du coparent n'aurait pas été plus opportun et si le recours à l'adoption ne devrait pas toujours être la voie nécessaire en vue de l'établissement d'un lien de filiation juridique à l'égard de l'enfant ou si, au contraire, puisqu'il s'agit d'un projet parental élaboré dès avant la conception de l'enfant, il ne faudrait pas privilégier une autre voie juridique que celle de l'adoption, en l'occurrence la filiation d'origine, qui aurait le mérite de n'opérer aucune distinction en fonction du sexe des parents intentionnels.

Certes, l'absence de consécration d'un lien de filiation d'origine à l'égard du copère a été justifiée par l'absence de réglementation en matière de gestation pour autrui⁽⁴⁰⁾. Or, comme nous l'avons d'ores et déjà relevé *supra* (voy. II, A), cet argument prête le flanc à la critique puisque le recours à un tiers donneur de gamètes est également nécessaire dans le cadre de la comaternité.

La circonstance que, dans le cadre d'un couple de femmes, le recours à une tierce personne, donneur de sperme, n'ait pas d'incidence sur la question de l'établissement de la filiation conduit à se demander dans quelle mesure le recours à une tierce personne dans le cadre d'un couple d'hommes se révélerait davantage problématique et empêcherait l'établissement d'un lien de filiation biologique.

Dans ce contexte, certains auteurs ont fait valoir que « 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

(40) J. Sossion, « Filiation, origines, parentalité », *op. cit.*, p. 28.

femmes) – lorsqu’il s’agit de vouloir transposer les règles de la filiation paternelle aux couples de femmes »⁽⁴¹⁾.

Encore veillera-t-on à nuancer cette affirmation dès lors que l’implication et l’investissement, d’une part, du donneur de sperme et, d’autre part, de la femme portant l’enfant pendant neuf mois sont, si pas sans commune mesure, en tout cas peu comparables au vu du lien que la mère porteuse aura noué avec l’enfant durant la gestation.

21. Par ailleurs, à travers la création d’un double lien de filiation monosexuée dès l’origine calquée sur les règles d’ores et déjà existantes d’établissement de la filiation naturelle, le législateur était mû par une volonté égalitariste.

Si ce dessein était certes louable, le législateur est néanmoins tombé dans un autre écueil puisqu’en réservant cette double filiation monosexuée aux seuls couples lesbiens, il a en réalité déplacé la prétendue⁽⁴²⁾ discrimination initialement dénoncée entre les couples homosexuels mariés et les couples hétérosexuels mariés entre cette fois-ci les couples homosexuels de femmes et les couples homosexuels d’hommes.

Toujours est-il que la différence dans la technique de procréation n’est, à notre estime, pas un argument suffisant pour justifier cette discrimination dès lors qu’il s’agit tant pour les couples de femmes que pour les couples d’hommes « de rattacher (fictivement) un enfant, dès l’origine, à deux personnes de même sexe qui n’ont pas pu procéder seules à sa naissance »⁽⁴³⁾.

(41) S. CAP, « Quelle parenté pour les couples de même sexe ? », *Ann. dr.*, vol. 74, 2014, p. 108.

(42) *Ibid.*, p. 108 qui considère qu’« 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 ».

(43) S. CAP, « Quelle parenté pour les couples de même sexe ? », *op. cit.*, p. 108.

IV. De lege ferenda

A. Les termes du débat et les ébauches de solution

22. Les développements ci-avant tendent à démontrer que l’adoption, à tout le moins telle qu’elle existe aujourd’hui, n’est pas l’instrument le plus opportun pour consacrer juridiquement le lien existant entre l’enfant et la personne qui s’est, au même titre que le parent biologique, engagée pleinement dans le projet parental qui a vu naître l’enfant.

Les causes de cette inadéquation sont diverses et tiennent majoritairement à la nature et aux fondements mêmes de l’adoption qui n’a pas initialement été pensée pour faire face à des configurations familiales telles que celles pour lesquelles elle est désormais mobilisée.

Alors qu’elle avait originellement été conçue comme un instrument de protection et d’établissement de la filiation au profit d’un enfant en situation de privation familiale, elle est désormais utilisée en vue de consacrer un lien de filiation juridique à l’égard de parent(s) d’intention.

La conséquence en est « 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 [...]) » 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)⁽⁴⁴⁾.

Or, la mobilisation de l’adoption en une telle occurrence s’inscrit à contre-courant du caractère subsidiaire et alternatif de cette institution en vertu duquel l’adoption ne peut être réalisée que dans une optique de substitution, c’est-à-dire si le maintien de l’enfant dans sa famille d’origine s’avère impossible.

Sur le fondement de cette prémisse, nous pouvons dès lors utilement nous interroger sur les alternatives ou solutions permettant de répondre le plus pertinemment au besoin de consécration du lien entre l’enfant et la personne engagée dans le projet parental dès l’origine qui, contrairement à l’autre parent, n’entretient ni lien biologique ni lien légal avec l’enfant malgré un engagement similaire au stade de sa conception.

(44) *Ibid.*, p. 101.

B. Un assouplissement des conditions présidant à l'adoption ?

23. Dire que l'adoption n'apparaît pas comme l'institution la plus opportune pour créer un lien de filiation à l'égard du ou des parent(s) d'intention d'un couple homosexuel au sein duquel il existe un projet parental commun *ab initio* ne signifie pas *ipso facto* que l'utilisation de cette institution devrait être exclue en l'espèce.

Les détracteurs de la mobilisation de l'adoption dans une telle hypothèse pourraient, certes, blâmer un usage inadéquat voire à outrance de cette institution mais il ne nous apparaît toutefois pas critiquable, que du contraire, de recourir à un instrument faisant d'ores et déjà partie intégrante de notre arsenal législatif pour répondre aux nouveaux défis de notre temps.

L'exclusion de l'adoption ne nous paraît donc pas nécessairement souhaitable en raison des vertus qu'elle présente et qui ressortissent de son essence même.

Ainsi, cette institution, de par sa nature « *complétive* »⁽⁴⁵⁾, ne masque pas la réalité de la conception qui suppose qu'un enfant soit la résultante de la fusion de deux gamètes provenant chacune d'un sexe différent⁽⁴⁶⁾. Il permet la création d'un lien de filiation entre l'enfant et la personne ayant participé au projet parental en suite d'un contrôle du juge avec pour conséquence que cette filiation – élective et choisie – se trouve consacrée par la décision judiciaire qui parachève l'engagement parental, même si ce n'est qu'*a posteriori*.

Cette institution, en ce qu'elle n'est précisément pas une assimilation à l'engendrement, permet de préserver le caractère fictif/artificiel du lien juridique entre l'enfant et la personne qui, bien qu'ayant voulu, pensé et participé dans une certaine mesure à la conception de cet enfant, n'y est pas liée biologiquement⁽⁴⁷⁾.

Plus fondamentalement encore, l'adoption, en ce qu'elle crée un lien de filiation, a des répercussions déterminantes sur l'identité de l'enfant dont elle « *traduit la source et le terreau* »⁽⁴⁸⁾ pour reprendre les termes très à propos du Professeur Renchon.

(45) L. BRUNET et J. SOSSON, « 1 - L'engendrement à plusieurs en droit comparé : quand le droit peine à distinguer filiation, origines et parentalité », in *Parenté, filiation, origine*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 34 et s.

(46) *Ibid.* ; J. SOSSON, « Qu'est-ce que la filiation aujourd'hui ? », *op. cit.*, p. 55.

(47) S. CAP, « Quelle parenté pour les couples de même sexe ? », *op. cit.*, p. 108.

(48) J.-L. RENCHON, « Parenté sociale et adoption homosexuelle : quel choix politique ? », *J.T.*, 2005, p. 130.

Comme le soulève encore si justement ce dernier, elle « *désigne à l'enfant ses racines identitaires tant à l'égard de celui et celle qui deviennent respectivement son père et/ou mère qu'à l'égard des lignées généalogiques respectives* »⁽⁴⁹⁾ de ses parents adoptants (sous réserve, pour ce dernier point, des nuances qui doivent être apportées en ce qui concerne l'adoption simple qui ne fait pas entrer l'adopté dans les lignées généalogiques de ses adoptants).

24. Toutefois, le droit de l'adoption, dans son état actuel, échoue à constituer une solution appropriée pour la personne qui souhaite consacrer juridiquement le lien qui l'unit à l'enfant né du projet parental construit et élaboré avec son époux(se), cohabitant(e) légal(e) ou partenaire de fait, dans un contexte où cette personne n'entretient pas de lien biologique avec l'enfant.

Le problème résiderait dans les conditions présidant à l'adoption.

25. À notre estime, deux conditions mériteraient d'être assouplies voire tout bonnement supprimées.

Primo, la référence au statut juridique du couple devrait être bannie et remplacée par l'exigence de l'existence d'un projet parental⁽⁵⁰⁾.

En effet, si l'on poursuit pour optique de faire de l'adoption un instrument mobilisable par les couples de même sexe poursuivant un engagement parental, force est de constater que le critère relatif au statut du couple se révèle suranné ou, à tout le moins, non pertinent.

La question du statut juridique se justifiait initialement par le souci d'assurer à l'enfant qui avait déjà subi un délaissement par sa famille d'origine de retrouver une stabilité familiale auprès de ses parents adoptants. L'exigence d'un mariage, d'une cohabitation légale ou d'une cohabitation de fait d'au moins trois ans devant unir les deux membres du couple adoptant avait alors été posée par le législateur car elle constituait, à ses yeux, un indice de stabilité permettant d'offrir à l'enfant un environnement confortable et rassurant⁽⁵¹⁾.

Or, dans le cas qui nous occupe, à savoir celui d'un enfant né d'un projet parental commun, cette exigence ne se justifie plus. Le curseur de l'engagement du ou des adoptants à l'égard de l'enfant est en effet placé en amont, au

(49) *Ibid.*

(50) S. CAP, « Quelle parenté pour les couples de même sexe ? », *op. cit.*, p. 110.

(51) C. const., arrêt n° 94/2012, 12 juillet 2012, pt B.8.

stade de la conception de l'enfant, et non plus en aval, au stade où l'enfant déraciné doit être placé dans une nouvelle famille.

Ce qui importe ici, c'est de déterminer et de mesurer le degré d'engagement des parents non plus l'un à l'égard de l'autre comme indicateur de la stabilité susceptible d'être fournie à l'enfant mais bien dans le projet parental qui a vu naître l'enfant dont le(s) parent(s) d'intention sollicite(nt) désormais la consécration à travers un lien juridique de filiation adoptive.

Secundo, et dans le même ordre d'idées, l'article 348-4 du Code civil d'après la lettre duquel « la mère et le père ne peuvent consentir à l'adoption que deux mois après la naissance de l'enfant » devrait être supprimé. Si ce délai de deux mois, assimilable à un délai de rétractation, est tout à fait justifié lorsque le parent légal donne l'enfant en adoption, il devient toutefois sans objet dans le cas de l'enfant né à la suite d'un engagement des parents d'intention⁽⁵²⁾.

26. Cet élagage des conditions de l'adoption permettrait de rendre l'adoption plus apte à répondre aux défis contemporains.

Il n'en reste pas moins que d'aucuns pourraient soutenir que recourir à l'adoption en vue de consacrer juridiquement le lien entre l'enfant et les parents d'intention reviendrait à mobiliser cette institution pour répondre non pas à un besoin de l'enfant mais bien à un besoin, dans le chef du(des) candidat(s) adoptant(s) de devenir parent(s).

Toujours est-il que, quand bien même le législateur s'attellerait à une entreprise d'assouplissement des conditions de l'adoption comme préconisé ci-avant, cette institution comporte intrinsèquement des écueils qui ne sauraient être corrigés.

En effet, le recours à l'adoption suppose nécessairement l'intervention d'un tiers pour contrôler et valider le processus, en l'occurrence une autorité judiciaire qui subordonnera le prononcé de l'adoption à un examen minutieux induisant la vérification de l'intérêt de l'enfant, des justes motifs, un contrôle de l'adoptabilité et des conditions présidant à s'assurer de l'aptitude à adopter dans le chef du ou des adoptant(s), etc.

Sur le fondement de ce constat, d'aucuns ont manifesté la nécessité de se tourner vers une alternative et ont préconisé la mise en place d'une figure juridique *ad hoc*.

(52) S. CAP, « Quelle parenté pour les couples de même sexe ? », *op. cit.*, p. 111.

C. La création d'une figure juridique *ad hoc* ?

27. Le Professeur Renchon soutient que si les nouvelles réalités sociales « appellent par conséquent une réponse juridique, la solution la plus logique et la plus cohérente, pour un système de droit, est alors assurément de construire une figure juridique nouvelle adaptée à cette réalité nouvelle plutôt que de vouloir absolument la faire rentrer dans une autre institution juridique qui n'a aucunement été conçue et envisagée pour régler cette situation et dont la signification et la portée ont au contraire été pensées et déterminées pour régler une situation ou une réalité radicalement différente »⁽⁵³⁾.

Alternativement à l'adoption, a donc été proposée la création d'une catégorie juridique spécifique en vue d'organiser le lien juridique entre l'enfant et l'auteur du projet parental n'entretenant aucun lien biologique avec lui, et ce, en lieu et place de la mobilisation de l'adoption.

Le Professeur Renchon fait ainsi valoir qu'il « n'est nullement nécessaire du point de vue de l'intérêt de l'enfant d'organiser le lien juridique qui l'unirait au partenaire homosexuel d'un de ses parents par la voie d'une adoption, puisque la parenté sociale permettrait de conférer au beau-parent et à l'enfant un ensemble de droits et d'obligations, il deviendrait par contre contraire à son intérêt de vouloir à tout prix le faire "adopter" par deux personnes de même sexe ou par le partenaire de même sexe que son partenaire biologique ou adoptif »⁽⁵⁴⁾.

28. Nous pouvons aisément soutenir la nécessité de créer une institution juridique nouvelle comme la parenté sociale ou la beau-parentalité mais pour autant qu'elle soit réservée à l'hypothèse où le candidat adoptant entre dans la vie de l'enfant *a posteriori*, c'est-à-dire sans avoir été nullement impliqué dans un engagement parental commun avec le parent légal de ce dernier. Autrement dit, nous nous rallions à l'avis du Professeur Renchon dans la stricte hypothèse où il ne s'agirait pour le candidat adoptant que de se voir reconnaître des droits et obligations à l'égard d'un enfant dans la vie duquel il serait entré postérieurement à la naissance et sans avoir été impliqué dans l'éventuel projet parental ayant vu naître l'enfant.

Par contre, la création d'une telle institution se révélerait, à notre estime, inadéquate dans l'hypothèse où le candidat adoptant est le parent intentionnel de l'enfant dont il a participé, au même titre que le parent légal, à la conception.

(53) J.-L. RENCHON, « Parenté sociale et adoption homosexuelle : quel choix politique ? », *op. cit.*, p. 130.

(54) *Ibid.*

Elle ne permettrait en effet pas de répondre à la volonté de consécration juridique du lien entre l'enfant et le parent intentionnel qui, étant donné son degré d'investissement égal à celui du parent légal dans le projet parental, ne pourrait raisonnablement être relégué au second plan mais devrait au contraire bénéficier d'un lien de filiation identique – par l'ouverture des règles de filiation à tous les couples de même sexe – ou comparable – qui suppose un assouplissement des conditions présidant à l'adoption.

Conclusion

29. Face aux configurations familiales contemporaines, l'adoption fut et sera appelée à revêtir une fonction sociale évolutive.

À cet égard, les deux types de motifs nouveaux pour lesquels il est recouru à l'adoption ne sont pas sans interpeller, tant ils traduisent une conception du mécanisme de cette institution distincte et en illustrent chaque fois une fonction bien particulière.

D'une part, le recours à l'adoption pour un enfant né d'un projet parental commun consiste en la mobilisation d'un mécanisme d'établissement de la filiation *a posteriori* en vue de légitimer sur le plan juridique les effets d'un processus de conception qui n'offre pas de solution sur le plan de filiation pour au moins un des deux parents d'intention.

L'adoption est envisagée, dans cette première configuration, comme un palliatif à l'absence de solution quant à l'établissement de la filiation visant à régulariser les conséquences d'un processus de conception non encadré par la loi, en l'occurrence la gestation pour autrui.

D'autre part, le recours à l'adoption par les beaux-parents ou la famille d'accueil (parenté éducative) consiste en la mobilisation d'un mécanisme d'établissement de la filiation en vue de consacrer sur le plan juridique le lien existant déjà sur le plan socio-éducatif et affectif entre l'enfant et le candidat adoptant.

L'adoption est envisagée, dans cette seconde configuration, comme un outil permettant à des personnes tierces de se voir consacrer un statut juridique à l'égard d'un enfant avec qui un lien socio-éducatif et affectif existe d'ores et déjà.

Ainsi le recours à l'adoption peut-il être appréhendé comme le moyen non seulement de pallier voire contrer l'absence d'institution, et plus particulièrement

de statut juridique, encadrant la parenté mais également de consacrer un projet parental *ab initio*.

30. Comme nous l'écrivions en préambule de cette contribution, l'adoption doit être vue, à notre estime, comme un instrument appelé à évoluer et à s'adapter au gré des nouvelles réalités sociales, humaines et familiales.

Certes, elle vise avant tout à créer une filiation afin de compenser un vide pour l'enfant et de répondre à un besoin de ce dernier.

On enseigne d'ailleurs communément que l'adoption vise à fournir une famille à un enfant mais qu'elle ne vise par contre pas à fournir un enfant à une famille.

Dans le sillon de cet adage, la Cour européenne des droits l'homme souligne elle-même que l'adoption vise à « *donner une famille à un enfant et non un enfant à une famille* »⁽⁵⁵⁾.

Au vu des développements de cette contribution, une question se pose avec acuité : cet enseignement est-il toujours d'actualité ?

En effet, parallèlement à l'émergence des nouvelles configurations familiales, le postulat de départ se trouverait quelque peu inversé, à tout le moins pour l'enfant né en suite d'un projet parental commun *ab initio* : désormais, l'adoption semble davantage être mobilisée en vue d'offrir non plus une famille à un enfant mais plutôt un enfant à une famille. Ce constat dénoterait d'une conception contemporaine de l'adoption avant tout fondée sur le désir des adultes...

(55) Cour. eur. D.H., arrêt *Fretté c. France*, 26 février 2002, n° 36515/97.