

FILIATION, ORIGINES, PARENTALITÉ

PAR

JEHANNE SOSSON

PROFESSEUR À LA FACULTÉ DE DROIT ET DE CRIMINOLOGIE
DE L'UNIVERSITÉ CATHOLIQUE DE LOUVAIN, CENTRE DE DROIT DE LA PERSONNE,
DE LA FAMILLE ET DE SON PATRIMOINE

PROFESSEUR INVITÉ À L'UNIVERSITÉ SAINT-LOUIS – BRUXELLES

AVOCAT AU BARREAU DE BRUXELLES

INTRODUCTION

1. Filiation, origines, parentalité... Trois concepts que l'on ne distinguait pas, ou pas vraiment, jusqu'il y a peu.

Tout était filiation... ou non-filiation. Et le mariage était au cœur du rattachement juridique de l'enfant à ses parents : l'établissement de la filiation était, dans le Code Napoléon, déterminé par des règles de droit qui prenaient en compte la difficulté d'identifier la paternité biologique d'un être humain et qui, par ailleurs, classaient les filiations en fonction de l'idée fondamentale selon laquelle seul le mariage permettait l'établissement d'une filiation dite légitime.

La filiation organisait un système social hiérarchisé qui réservait les bienfaits de l'appartenance familiale à ceux qui étaient nés dans les conditions requises par la loi et en excluait les autres, en prétendant reproduire un modèle naturel, mais avec beaucoup de liberté à défaut d'avoir les moyens de s'en assurer, et en assumant l'éventuel écart entre le lien biologique et le lien juridique.

La présomption de paternité constituait une pierre angulaire de cette construction : il s'agissait de partir d'un élément connu (le mariage) pour en déduire un élément inconnu (la paternité) en présumant que le mari de la mère était le père biologique, et donc juridique, de l'enfant (tout en admettant, s'il ne l'était pas, que sa paternité soit contestée à certaines conditions).

BRUYLANT

Si le modèle de la filiation s'était ainsi construit en référence à la biologie, il avait admis aussi, avec l'adoption, des formes de filiation fondées sur la volonté, celle-ci étant néanmoins dûment attestée et contrôlée par le pouvoir judiciaire puisque c'est au terme d'un jugement que, dans ce cas, la filiation était établie.

2. Ce modèle semble, aujourd'hui, relever de la préhistoire juridique. Il a pourtant « résisté » jusqu'au dernier quart du XX^{ème} siècle. Mais les quarante dernières années ont tout changé (1).

Pourquoi ?

En raison des profondes mutations sociologiques qui ont eu lieu durant cette période, certes, mais pas seulement.

L'affirmation, y compris dans les rapports familiaux, des valeurs démocratiques de liberté et d'égalité, le refus de voir le mariage comme seul cadre admissible de la vie en couple et donc de la création d'une famille, la fragilisation des rapports de couple amenant à de fréquentes décompositions suivies de recompositions familiales, ainsi que, plus récemment, la volonté, au nom de l'égalité, d'affranchir la filiation de la différence de sexes, ont induit de profondes mutations dans les structures familiales et dans les statuts de père et de mère (2).

Mais si la filiation a tellement changé, c'est aussi en raison des progrès de la science et de la médecine : ils ont permis à l'homme de s'assurer la maîtrise de la vie et le contrôle de la procréation. La contraception va permettre à la femme de choisir d'avoir ou non un enfant et induire, pour la première fois dans l'histoire de l'espèce humaine, une possible dissociation entre la sexualité et la procréation. Il y va d'une révolution majeure non seulement pour la femme dans son rapport à son corps et à son destin, mais également, par voie de conséquence, dans les rapports hommes-femmes et les relations familiales.

Les progrès scientifiques et médicaux vont aussi permettre de déterminer l'origine biologique d'un enfant et, dès lors, de désigner son véritable père génétique, là où il avait fallu, jusque-là, se contenter de « présumer ».

(1) Voy. not. M.-Th. MEULDERS-KLEIN, *La personne, la famille et le droit. Trois décennies de mutation en Occident*, Bruxelles, Bruylant et Paris, L.G.D.J., 1999.

(2) Cf. not. I. THÉRY, *Le démariage. Justice et vie privée*, Paris, O. Jacob, 1993.

Enfin, la procréation va être bouleversée par les techniques d'assistance médicale à la procréation, qui vont amener un autre type de dissociation inédite dans l'histoire de l'humanité, à savoir celle pouvant exister désormais entre la procréation et la sexualité lorsqu'on pallie les problèmes d'infertilité par le recours aux capacités reproductrices d'un ou de plusieurs tiers : don de gamètes ou d'embryons, associé ou non à une gestation pour autrui. Cette intrusion institutionnalisée et médicalement organisée de tiers dans la procréation oblige aujourd'hui à repenser les structures de la parenté, et les configurations familiales qui résultent du recours à ces techniques ne cessent de se renouveler et de se complexifier.

À l'unité d'antan (un père, une mère, un enfant) se sont donc substituées des configurations multiples et une potentialité de diffraction tant de la paternité que de la maternité en plusieurs figures paternelles et maternelles possibles : donneurs, mère porteuse, auteurs du projet parental en cas de procréation médicalement ou « amicalement » assistée, aux côtés des père, mère, « co-mère » (? (3)), « co-père » (?), beau-père, belle-mère, ...

Que sont-ils pour l'enfant ? Quelle place ont-ils ou devraient-ils avoir ?

Qu'est-ce qu'être un père ou une mère aujourd'hui ?

Comment garantir, face aux revendications individuelles, le respect des personnes et de la dignité inhérente à tout être humain, et tout particulièrement aux enfants qui sont (on semble l'oublier parfois) les principaux concernés ?

Comment garantir à l'enfant une juste place au sein des familles d'aujourd'hui ? Et comment le droit peut-il y contribuer ?

Sans doute en admettant et en reconnaissant que tous les adultes impliqués dans la conception et dans l'éducation d'un enfant n'ont pas la même fonction à l'égard de celui-ci et, partant, ne doivent pas recevoir le même statut. La multiplicité des figures pouvant

(3) La langue française n'offre pas de mot idéal pour décrire la femme qui partage avec une autre femme un projet parental, et l'on comprend la réticence à utiliser, pour désigner cette figure nouvelle, le terme de « co-mère » qui se rapproche sans doute trop de son homonyme à connotation péjorative. C'est sans doute pour éviter cet écueil que la loi du 5 mai 2014 portant établissement de la filiation de la coparente (*M.B.*, 7 juillet 2014, p. 51703) utilise quant à elle le terme de « coparente », dont on peut douter qu'il s'impose dans le langage courant. On ne rencontre pas la même difficulté en langue néerlandaise, par ailleurs plus perméable à la création de mots par aggrégation, de sorte que le terme « *meemoeder* » s'est répandu sans difficulté.

avoir une place dans la venue au monde et/ou la vie d'un enfant implique que l'on soit capable aujourd'hui de distinguer les rôles et les fonctions des différentes personnes qui prennent une part dans la procréation.

SECTION 1. DISTINGUER FILIATION, ORIGINES, PARENTALITÉ

§ 1. *Le pouvoir d'attraction de la filiation*

3. La filiation est le lien juridique qui unit l'enfant à son père ou à sa mère et, à travers eux, à leurs lignées respectives.

Elle est un élément déterminant de l'identité, et dès lors de l'état civil des individus. Elle est le lien juridique fondateur de la parenté, elle-même entendue comme le lien unissant les personnes dont l'une descend de l'autre ou qui descendent d'un auteur commun. La filiation et, à travers elle, la parenté s'inscrivent dans une finalité instituante(4).

Du lien juridique de filiation, et de lui seul *de lege lata*, découlent, pour le père et la mère, la qualité de titulaire et l'aptitude à exercer l'autorité parentale au sens strict(5) et au sens large(6), ainsi que la possibilité de transmettre leur nom à l'enfant(7). C'est du lien juridique de filiation, et exclusivement de lui, que découlent l'obligation d'éducation et d'entretien de l'enfant prévue à l'article 203 du Code civil et, par-delà la filiation, les obligations alimentaires de droit commun qui n'incombent qu'à ceux qui sont ascendants ou descendants (ou alliés tels que délimités à l'article 206 du Code

(4) P. LEGENDRE, *Les enfants du texte. Étude sur la fonction parentale des États*, leçon VI, Paris, Fayard, 1992.

(5) Art. 373 et s. C. civ.

(6) Droit de consentir au mariage du mineur (art. 148 C. civ.), à son adoption (art. 348 C. civ.), de demander l'émancipation de l'enfant (art. 477 C. civ.), de l'assister à son contrat de mariage (art. 1397 C. civ.), droit de désigner un tuteur par testament ou déclaration devant le juge de paix (art. 392 C. civ.).

On y ajoutera, même si l'on ne peut pas considérer qu'il s'agisse là d'une prérogative de l'autorité parentale, le droit de consentir à une reconnaissance (art. 329bis C. civ.), en d'autres termes à l'établissement du second lien de filiation, paternelle ou maternelle, lorsqu'il n'est pas établi par l'effet de la loi.

(7) La loi du 8 mai 2014 modifiant le Code civil en vue d'instaurer l'égalité de l'homme et de la femme dans le mode de transmission du nom à l'enfant et à l'adopté (*M.B.*, 26 mai 2014, p. 41.053) permet désormais la transmission soit du nom du père, soit du nom de la mère, soit de leurs deux noms accolés dans l'ordre choisi par eux, dans la limite d'un nom pour chacun d'eux lorsque les filiations maternelle et paternelle sont établies en même temps (art. 335 C. civ.).

civil) en raison de l'existence d'un lien juridique de parenté. Cette parenté juridique, issue de ces liens de filiation, et l'alliance qu'elle crée par ricochet, sont aussi à l'origine des empêchements (absolus ou relatifs) à mariage(8). Le lien de filiation a même des effets qui transcendent la vie puisqu'il crée une vocation successorale prioritaire (du « premier ordre ») pour les enfants en tant qu'héritiers réservataires, ce qui leur garantit une part minimale et égale des biens que leur père ou leur mère laisseront à leur décès(9).

Sans lien juridique de filiation, ces droits et ces devoirs ne sont pas conférés. Si l'on n'est pas juridiquement le père ou la mère d'un enfant, on est un « tiers » qui ne dispose que d'un droit aux relations personnelles(10). C'est « tout » ou (presque) « rien ».

4. C'est sans doute ce qui explique qu'aujourd'hui encore, la filiation exerce un réel pouvoir d'attraction : parce qu'elle est la seule « notion » ou « catégorie » connue du droit et clairement organisée dans ses conditions et dans ses effets, elle a tendance à être mobilisée dans les nouvelles configurations familiales issues des évolutions sociologiques ou de la science. Ce faisant, le droit fonctionne encore avec des catégories qui ne sont *a priori* opératoires que pour la famille nucléaire et conçues pour elle. Le droit semble incapable de penser les liens autrement qu'en termes de filiation, ce qui traduit une forme de résistance (ou d'inertie) de la conception dominante de la famille nucléaire tenue (inconsciemment ?) pour être la forme naturelle et immémoriale d'organisation de la parenté en Occident.

On peut néanmoins s'interroger sur la pertinence de l'utilisation de cette notion dans certaines situations nouvelles : est-ce bien un lien de parenté qu'il convient d'instaurer ? L'établissement d'un lien de filiation est-il réellement ce qui est souhaité et/ou souhaitable ou ne découle-t-il finalement que de l'utilisation du seul « instrument » offert par le droit ? N'est-il pas, au contraire, nécessaire de distinguer mieux la filiation et les liens satellites qui gravitent autour, en amont ou en aval, et pour lesquels une forme de reconnaissance juridique est aujourd'hui réclamée ?

(8) Art. 161 et s. C. civ..

(9) Art. 745 C. civ. S'y ajoute la possibilité de prendre la place d'un successible et d'être appelé à la succession à son degré par le mécanisme de la substitution (art. 739, al. 1, C. civ.). Voy. F. TAINMONT, « Filiation et succession », in *Le présent ouvrage*, pp. 163 et s.

(10) Voy. S. CAP et J. SOSSON, « La place juridique du tiers au lien de filiation », in *Le présent ouvrage*, pp. 267 et s.

L'enjeu est alors de parvenir à sortir de l'amalgame et à clairement distinguer, d'une part, la filiation/parenté de la parentalité, et, d'autre part, la filiation de la question des origines.

§ 2. Distinguer la filiation de la parentalité

5. Les séparations suivies de recompositions familiales impliquent que de nombreux enfants vivent dans une cellule familiale où leur parent vit avec un(e) nouvel(le) époux/épouse ou partenaire, et partagent dès lors une partie de leur quotidien avec un « beau-père » ou une « belle-mère » (voire les deux) qui s'impliquent, dans des mesures variables, dans leur éducation et ont avec eux des liens affectifs dont l'intensité est également variable. Ils vivent souvent aussi avec les enfants de celui-ci ou de celle-ci, qu'ils considèrent comme leurs frères ou leurs sœurs... sans l'être pour autant.

Le beau-parent n'a, *de lege lata*, aucun droit ou devoir envers le bel-enfant (hormis un droit aux relations personnelles aux mêmes conditions que tout « tiers ») puisque seul le lien de filiation en fait naître (11)...

D'où l'attractivité de la filiation : la création d'un lien de parenté légal via une adoption (simple ou plénière), voire au moyen d'une reconnaissance de complaisance (si la filiation de l'enfant n'est établie que dans une seule branche) semble la seule façon de reconnaître un « statut » au beau-parent. L'adoption a ainsi longtemps été considérée comme la « voie royale » pour reconstituer une « vraie famille », et à ce titre d'ailleurs, facilitée par le législateur (12).

Mais faire du beau-parent un parent légal implique une double éviction : l'éviction d'un des parents tout d'abord ; éviction totale en cas d'adoption plénière par le beau-parent ou de reconnaissance de complaisance ; éviction partielle en cas d'adoption simple, qui organise certes une coexistence entre des liens de filiation avec plus d'un père ou d'une mère, mais des liens aux effets juridiques « diminués » pour le ou les parent(s) d'origine. Éviction ou négation, ensuite, de la différence entre le beau-parent et le parent : le premier perd sa qualité de beau-parent pour devenir, légalement,

(11) Voy. *ibid.*, pp. 301 et s.

(12) Cf. not. J. SOSSON, « Les familles recomposées et le droit : ruptures et défis », in R. STEICHEN et P. DE NEUTER (dir.), *Les familles recomposées et leurs enfants*, Louvain-la-Neuve, Academia-Bruylant, 1995, pp. 67 et s.

un parent... Alors que sa place découle du lien de conjugalité qu'il a avec le parent, et donc se situe du côté de l'« alliance » au sens anthropologique du terme, il bascule, par l'adoption, dans le champ de la parenté, endossant ainsi une place instituante de parent qui n'est pas (ou, plus exactement, pas toujours (13)) la sienne. La spécificité de sa relation à l'enfant est donc niée (14).

La difficulté à imaginer une « autre figure », un « autre statut » que celui de père ou mère, en droit, entraîne en quelque sorte la négation même de l'originalité de la figure du beau-parent, comme s'il était trop compliqué de penser juridiquement et, partant, de respecter cette originalité à défaut de disposer d'une « catégorie juridique » adéquate pour y loger cet acteur familial nouveau.

Une tendance fut à un moment d'imaginer, pour les familles recomposées, l'organisation par le droit d'une « pluriparenté » ou d'une « pluriparentalité ». Tentative figée, selon nous, dans l'impasse. En effet, il ne s'agit pas ici de considérer qu'un enfant pourrait avoir deux pères et/ou deux mères exerçant les mêmes fonctions et occupant les mêmes places (ce qu'évoque le terme « pluriparenté »), mais bien un père et une mère, et, à leurs côtés, le cas échéant, une personne qui assume des fonctions d'éducation et de soins. Il ne s'agit pas non plus de considérer qu'il existerait trois ou quatre personnes exerçant uniquement et indifféremment des fonctions d'éducation et de soins (ce qu'évoque le terme « pluriparentalité »), sachant que les père et mère, quant à eux, à travers l'ancrage institué de la filiation, font plus qu'éduquer un enfant : ils l'inscrivent dans un ordre généalogique culturellement construit (15) et assument à ce titre des fonctions relevant de la transmission et de la construction de l'identité qui dépassent le « simple » cadre de l'éducation de l'enfant.

(13) L'adoption, avec le basculement de la relation beau-parent / bel-enfant qu'elle opère dans la parenté, peut en effet se justifier lorsqu'il s'agit pour le beau-parent de combler une place parentale laissée vide et d'assumer véritablement un rôle de père ou de mère, par exemple lorsque l'enfant n'a qu'un seul lien de filiation établi, ou encore après le décès d'un des parents (avec plus de nuances nécessaires dans ce cas eu égard notamment à la perte de lien de parenté qu'elle induit envers les autres membres de la famille et notamment les grands-parents).

(14) Cf. not. M.-Th. MEULDERS-KLEIN, « Les dilemmes du droit face aux recompositions familiales », in M.-Th. MEULDERS-KLEIN et I. THÉRY (dir.), *Quels repères pour les familles recomposées ?*, Paris, L.G.D.J., 1995, p. 212.

(15) Pour reprendre notamment les termes de C. LABRUSSE-RIOU, « La filiation en mal d'institution », *Revue Esprit*, décembre 1996, pp. 91 et s.

6. L'inadéquation de cette logique d'assimilation du beau-parent au parent à travers la filiation a été relevée et soulignée il y a longtemps déjà (16), à une époque où les nouvelles techniques de reproduction et les revendications des couples de même sexe n'avaient pourtant pas encore à ce point ébranlé les fondements de la parenté.

Pourtant, les propositions de modification législative en vue de créer un « statut à part » au beau-parent ont peine à aboutir en Belgique (et plus généralement en Europe (17)), ce qui n'est sans doute pas sans lien avec les revendications homoparentales, elles-mêmes encouragées par les techniques de procréation avec tiers donneur : les propositions de loi relatives à la « parentalité sociale » avaient été initialement déposées à un moment où les deux partenaires d'un couple de même sexe ne pouvaient adopter et où, par conséquent, la possibilité pour le partenaire du parent légal de disposer de certains droits en tant que « tiers privilégié » aurait pu constituer une avancée. Elles semblent avoir perdu de leur urgence politique depuis que l'adoption est ouverte aux couples de même sexe et permet donc aux deux partenaires de devenir des « coparents » égaux en droits et en devoirs envers l'enfant.

Pourtant, les situations et, partant, les débats relatifs aux recompositions familiales d'une part, et à l'accès à un projet parental pour les couples de même sexe d'autre part, sont différents et mériteraient une réflexion distincte. Les « vraies familles recomposées » (qu'elles soient composées de partenaires de sexe différent ou de même sexe), pour lesquelles il s'agit bien d'instaurer des modalités d'exercice d'une parentalité – et non d'une parenté –, ne devraient pas, selon nous, pâtir de l'amalgame fait entre les deux notions.

Il faut distinguer, au sein des constellations familiales nouvelles, les relations qui supposent la consécration d'un lien juridique de filiation et celles dans lesquelles la protection par le droit d'une relation personnelle privilégiée devrait être organisée.

(16) M.-Th. MEULDERS-KLEIN, « Les recompositions familiales et le droit au temps du démariage », in M.-Th. MEULDERS-KLEIN et I. THÉRY (dir.), *Les recompositions familiales aujourd'hui*, coll. Essais et Recherches, Paris, Nathan, 1993, pp. 322 et s. ; I. THÉRY, *Couple, filiation et parenté aujourd'hui*, rapport à la ministre de l'Emploi et de la Solidarité et au garde des Sceaux, ministre de la Justice, Paris, O. Jacob, La Documentation française, 1998, pp. 209 et s.

(17) M. BEAGUE, J. HOUSSEIER, S. M. FERRIÉ et M. SAULIER, « Beau-parent, co-parent », in H. FULCHIRON et J. SOSSON (dir.), *Parenté, Filiation, Origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 71 et s.

Il s'agirait donc de parvenir à réfléchir sur le « statut » du beau-parent en termes de parentalité, entendue comme l'exercice de fonctions d'éducation et de soins par des personnes qui n'ont pas de titre de filiation sur l'enfant, et non en termes de parenté.

Mais force est de constater qu'il s'agit d'un concept juridique récent qui semble précisément à la recherche d'un contenu juridique(18), comme on l'exposera plus loin dans cet ouvrage dans la contribution consacrée à la place juridique du tiers au lien de filiation(19).

§ 3. *Distinguer la filiation des origines*

7. Le questionnement identitaire ne s'épuise plus aujourd'hui dans l'établissement de liens de filiation : l'accès aux origines biologiques tend à être affirmé et conçu comme un droit(20) en tant que tel, indépendamment de toute reconnaissance d'un lien légal de filiation.

C'est dans le champ de l'adoption que la promotion de la notion d'origine personnelle s'est d'abord développée en Belgique, comme dans d'autres États, où l'on a reconnu l'importance de permettre aux enfants adoptés d'accéder aux informations relatives à leurs parents biologiques. Le droit belge à ce niveau a opté pour la transparence quant aux origines : le fait que l'adoption soit mentionnée en marge de l'acte de naissance, qui n'est pas, comme en France, « annulé », permet aux enfants adoptés de savoir à qui ils doivent d'être nés. Sans que cela n'ait aucune conséquence en termes de filiation puisqu'ils sont et restent uniquement (en cas d'adoption plénière) ou également (en cas d'adoption simple) les enfants de leurs parents adoptifs.

(18) P. MURAT, « Passer par la filiation ou dépasser la filiation », in H. FULCHIRON et J. SOSSON (dir.), *Parenté, Filiation, Origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 259.

(19) Voy. S. CAP et J. SOSSON, « La place juridique du tiers au lien de filiation », in *Le présent ouvrage*, pp. 308 et s., n^{os} 36 et s.

(20) La question se pose de savoir s'il existe un fondement à un droit autonome à la connaissance des origines. L'on peut admettre avec N. Gallus (*Le droit de la filiation. Rôle de la vérité socio-affective et de la volonté en droit belge*, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 530 et s.) que ni l'article 8 de la Convention européenne des Droits de l'Homme, ni les articles 7 ou 8 de la Convention internationale des Droits de l'Enfant ne consacrent aujourd'hui comme tel un droit totalement autonome à la connaissance des origines. Mais c'est, selon nous, précisément la difficulté actuelle à distinguer les origines de la filiation qui complexifie ce débat (et sans doute l'utilisation des termes « parents » dans l'article 7 de la Convention internationale des Droits de l'Enfant démontre-t-elle cette difficulté ou y participe-t-elle...). Voy. aussi *infra*, n^o 9.

C'est au contraire le choix de l'opacité qui a été réalisé dans un autre champ : celui de la procréation artificielle avec donneur. Certes, aux termes de la loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes, le don de gamètes (mais non d'embryon) peut ne pas être anonyme s'il y a accord entre le donneur et le ou les receveur(s) (21). Dès lors que le don est anonyme, le centre de fécondation consulté est tenu de rendre inaccessible toute donnée permettant l'identification du donneur. Et même lorsqu'il ne l'est pas, l'anonymat est dans ce cas levé entre le donneur et le(s) receveur(s) mais pas à l'égard de l'enfant lui-même, qui n'a aucun droit d'accès aux informations relatives au donneur (22).

Ce système a été pensé pour que le recours à la procréation avec un tiers donneur découlant de la stérilité ou de l'infertilité, surtout masculine, soit caché. Au détriment de l'enfant issu d'une P.M.A. avec don anonyme, qui, contrairement à l'enfant adopté, ne pourra jamais savoir à qui il doit d'être né.

La possibilité d'organiser, comme dans d'autres pays, une levée encadrée de l'anonymat du donneur est redoutée car on craint que le donneur, s'il est connu, devienne un père ou une mère potentiel(le) ou qu'il revendique des droits envers l'enfant (ou inversement que l'enfant puisse revendiquer des droits à son égard) (23).

C'est faire un singulier amalgame entre les figures du donneur d'engendrement et du parent, entre les origines et la filiation. Tous les pays autorisant le don de gamètes qui organisent, sous certaines conditions, pour l'enfant qui en sera issu, l'accès à l'identité du donneur, séparent nettement les enjeux de la filiation de ceux liés à la quête identitaire : partout (ou presque (24)), la loi vient préciser que, même une fois connu, le donneur de gamètes ne

(21) Article 22, al. 2 et article 57 de la loi du 6 juillet 2007. Ce système « mixte » a été adopté essentiellement pour assurer un nombre suffisant de dons d'ovules eu égard à la différence de « pénibilité » existant entre le don de sperme et le don d'ovule.

(22) Cf. not. G. MATHIEU, « La place du donneur d'engendrement », in H. FULCHIRON et J. SOSSON (dir.), *Parenté, Filiation, Origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 146 et s.

(23) Cette inquiétude est d'autant plus forte lorsque le don a été fait au bénéfice d'un couple de femmes : l'absence de figure paternelle masculine pourrait inciter l'enfant à retrouver le donneur pour en faire un père de substitution. Cf. S. GOLOMBOK, « Anonymity - or not - in the Donation of Gametes and Embryos », in S. DAY SCLATER et alii (ed.), *Regulating Autonomy, Sex, Reproduction and Family*, Oxford, Hart Publishing, 2009, pp. 223-238, spéc. pp. 231-232.

(24) L'Allemagne adopte en effet une position ambiguë sur cette question ; cf. G. MATHIEU, « La place du donneur d'engendrement », *op. cit.*, p. 165.

pourra jamais prendre la place d'un parent. Aucun lien de filiation ne pourra jamais être établi entre celui qui a donné ses gamètes et l'enfant issu de ce don (25).

Il est singulier d'ailleurs de constater que cette même distinction est en réalité d'ores et déjà opératoire en droit belge. En effet, lorsque le don de gamètes a eu lieu dans un centre médical agréé (26), qu'il soit anonyme ou non, la loi s'oppose à toute possibilité d'action en contestation et en établissement de la filiation (27). Le donneur ne pourra donc jamais être une mère ou un père. Il faut voir dans ces dispositions un surcroît de précautions pour protéger, légitimement, la famille, qui a bénéficié du don de toute intrusion du donneur. La distinction est donc déjà clairement faite entre la filiation et les origines.

Comment dès lors justifier que l'on refuse d'envisager une possible levée de l'anonymat au nom de cette crainte de voir le donneur revendiquer ou se voir revendiquer une place de père ou de mère, si quoi qu'il en soit la loi interdit déjà qu'il en soit ainsi ? La réelle motivation de ce refus ne peut se trouver que dans le souhait de continuer à faire « comme si » un tiers n'avait pas participé à l'engendrement...

8. La notion d'origine personnelle, distincte de la notion de filiation, a été consolidée dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, sous la bannière du droit à l'autonomie personnelle.

Une étape marquante est constituée par l'arrêt *Jäggi contre Suisse* (28), du 13 juillet 2006, où la Cour européenne condamne le refus des autorités suisses d'exhumer, à des fins d'expertise génétique, le corps de celui dont le requérant prétendait qu'il était son père biologique. Ce dernier, de son vivant, s'était toujours refusé à se prêter à toute analyse biologique malgré les fortes suspicions pesant sur lui. Les juges européens ont considéré que

(25) Voy. *ibid.*, pp. 163 et s.

(26) En revanche, si la procréation est une procréation « amicalement » assistée, elle sort du cadre légalement fixé et ne bénéficie pas des règles de la loi du 6 juillet 2007. Elle ouvre la porte à une revendication du donneur en termes d'établissement de la filiation (possibilité pour lui d'agir en contestation de la paternité du mari ou en contestation de reconnaissance en tant qu'« homme qui revendique la paternité de l'enfant » par exemple).

(27) Art. 27 et 56 de la loi du 6 juillet 2007 sur les procréations médicalement assistées.

(28) Cour eur. D.H., *Jäggi c. Suisse*, arrêt du 13 juillet 2006, req. n° 58757/00. Sur cet arrêt, voy. aussi G. WILLEMS et G. MATHIEU, « Origines, parentalité et parenté dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Le présent ouvrage*, pp. 45 et s.

« les personnes essayant d'établir leur ascendance ont un intérêt vital, protégé par la Convention, à obtenir les informations qui leur sont indispensables pour découvrir la vérité sur un aspect important de leur identité personnelle ». Ni la paix des morts, ni le respect du cadavre, ni l'âge du requérant (67 ans) ne peuvent être valablement invoqués pour empêcher la recherche de la vérité sur les origines. L'enjeu de la demande ne portait aucunement sur l'établissement de la filiation à des fins successorales, la Cour l'a souligné. Sa décision consacre donc un véritable droit à accéder à ses origines biologiques, une fois du moins que son géniteur a disparu (29).

Il faut toutefois reconnaître que, dans d'autres arrêts, la Cour ne semble pas distinguer aussi clairement les origines et la filiation, ou à tout le moins qu'il paraît moins aisé de déterminer, à la lecture des arrêts, si les enjeux sont posés en termes d'accès aux origines ou d'établissement d'un lien de filiation (30), ce qui est regrettable selon nous.

9. Les origines ne doivent être confondues ni avec la parenté, ni avec la parentalité. En d'autres termes, lever l'anonymat du donneur ne signifie ni en faire un père potentiel, ni en faire une forme nouvelle de beau-parent : il n'est pas une personne habilitée à exercer des fonctions d'éducation et de soins à l'égard de l'enfant, pour reprendre la définition de la parentalité retenue dans la présente contribution, et partant, il n'y a pas lieu de lui conférer des droits sur l'enfant ou des devoirs à l'égard de celui-ci (31).

On pourrait en quelque sorte dire que le don d'engendrement se situe en amont de la parenté, et la parentalité en aval de celle-ci. Le donneur d'engendrement met ses forces reproductrices à la disposition des auteurs du projet parental ; il est une condition nécessaire à la réalisation de celui-ci. Les auteurs du projet parental

(29) Une limite de « proximité » a toutefois été apportée par l'arrêt *Menéndez Garcia contre Espagne* du 5 mai 2009 (décision sur la recevabilité), *RTD civ.*, 2009, p. 679, obs. J.-P. MARGUENAUD : l'exhumation ne peut concerner que le père supposé, pas le grand-père !

(30) Voy. G. MATHIEU et G. WILLEMS, « Origines, parentalité et parenté dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Le présent ouvrage*, pp. 35 et s.

(31) Il conviendrait néanmoins de se demander si la notion d'origines est exclusivement « univoque » en ce sens qu'elle ne confère (ou ne devrait conférer) qu'à l'enfant issu d'une PMA le droit de savoir à qui il doit d'être né, ou si elle pourrait ou devrait néanmoins engendrer un droit « bilatéral » et donc conférer aussi à celui qui participe à l'engendrement un droit de savoir (mais savoir quoi ?). Voy. sur cette question la contribution rédigée avec S. Cap, « La place juridique du tiers au lien de filiation », in *Le présent ouvrage*, p. 269.

pourront être considérés comme les parents de l'enfant en vertu des techniques et avec les questions qui seront évoquées dans la seconde partie de cette contribution. À ce titre ils pourront inscrire l'enfant dans une double lignée et dans un double ordre généalogique. Le beau-parent, quant à lui, peut apparaître ultérieurement si le couple parental se sépare, et venir exercer, aux côtés du parent mais sans être parent, une fonction éducative que le droit reconnaît (ou pourrait reconnaître) durant la vie en commun, voire après via l'octroi d'un droit aux contacts avec l'enfant.

Ces trois « figures » (donneur d'engendrement, parent, beau-parent) correspondent à trois fonctions différentes (permettre la venue au monde, inscrire l'enfant dans un ordre généalogique, assurer une fonction subsidiaire d'éducation), situées dans des registres ne devant pas être confondus (origines, parenté, parentalité).

10. Il s'agirait aussi, plus généralement, et en dehors des filiations issues de procréations médicalement assistées avec tiers donneur, de parvenir à distinguer la question des origines et celle de la filiation.

Il est pourtant fréquent aujourd'hui, dans la jurisprudence belge, que le droit de l'enfant à « connaître ses parents » prévu à l'article 7 de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant soit invoqué pour justifier qu'une prééminence soit donnée au lien biologique dans l'établissement ou la contestation du lien juridique de filiation. Ce droit est ainsi parfois invoqué pour passer outre au refus de la mère de consentir à une reconnaissance paternelle (32), justifier la réalisation d'une expertise génétique (33), le cas échéant sous astreinte (34), ou encore amener le tribunal à considérer que l'intérêt de l'enfant ne s'oppose pas à ce que sa situation familiale soit bouleversée par une remise en cause d'un lien juridique de filiation non conforme à la réalité biologique (35).

(32) Civ. Liège, 21 décembre 2007, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 196 ; Civ. Liège, 16 mai 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 211 ; Civ. Liège, 16 mai 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 214.

(33) Bruxelles, 12 septembre 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 769.

(34) Bruxelles, 22 décembre 2008, *J.L.M.B.*, 2009, p. 1074 ; Civ. Gand, 21 septembre 1995, *R.W.*, 1998-1999, p. 97 ; Civ. Gand, 2 novembre 2000, *T.G.R.*, 2001, p. 6.

(35) Voy. par exemple Mons, 14 mai 2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012/3, p. 796, note G. MATHIEU.

Il s'agit selon nous d'une interprétation incorrecte de cette norme supranationale (dont au demeurant la Cour de cassation a considéré qu'elle n'avait pas d'effet direct(36)). L'article 7 de la C.I.D.E. consacre le droit de l'enfant à *connaître*, dans la mesure du possible, ses parents et à être élevé par eux. Il ne dit pas et n'implique pas que tout enfant doit avoir pour père ou pour mère en droit ses géniteurs(37).

Ceci démontre la difficulté à appréhender distinctement la question de la connaissance de l'identité des géniteurs d'un enfant et celle de l'établissement de la filiation à leur égard, comme si la connaissance des origines devait inéluctablement conduire à l'établissement d'un lien de filiation conforme à la réalité biologique(38).

La difficulté à opérer cette distinction n'est sans doute pas sans lien avec la complexité de la réponse à apporter aujourd'hui à la question fondamentale : celle du fondement de la filiation elle-même.

SECTION 2. LA FILIATION POUR QUOI ? LA FILIATION POUR QUI ?

§ 1. *La filiation pour quoi ?*

11. Le lien juridique de filiation, et lui seul, entraîne des droits et des devoirs envers l'enfant(39).

Au contraire du lien de couple, qui est dissoluble sans condition (pour la cohabitation légale ou la cohabitation de fait) ou à des conditions de plus en plus souples en ce qui concerne le mariage depuis la réforme du divorce, la filiation est considérée, quant à elle, comme indissoluble. Comme s'il s'agissait de compenser la fragilité des liens entre adultes en sécurisant la filiation...

(36) Cass., 11 juin 2010, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 119, note G. MATHIEU.

(37) Dans le même sens, avec toutefois une argumentation et surtout des conséquences différentes, N. GALLUS, *Le droit de la filiation. Rôle de la vérité socio-affective et de la volonté en droit belge*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 534.

(38) Dans le même sens, G. MATHIEU, « L'article 7 de la Convention relative aux droits de l'enfant dans la jurisprudence belge en matière de filiation », note sous Mons, 14 mai 2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012/3, pp. 802 et s.

(39) Cf. *supra*, n° 3.

Parce qu'il fonde la construction identitaire de tout individu et s'inscrit dans une finalité instituante, le lien de filiation est donc conçu comme stable, pérenne et inconditionnel.

Seule l'adoption plénière peut faire perdre la qualité de père ou de mère, au profit d'autres parents. Après la majorité d'un enfant, cette qualité ne peut plus être perdue puisque seule une adoption simple pourra être réalisée et que celle-ci ne coupe pas les liens avec la famille d'origine.

Le lien de filiation sortira ses effets pour la vie des personnes concernées et même au-delà : la réserve héréditaire garantit aux enfants de recevoir une part minimale et égale des biens que leur père ou leur mère laisseront à leur décès (40).

Par ailleurs, un lien de filiation peut être établi (ou contesté) à l'égard d'une personne décédée puisque les actions relatives à la filiation peuvent être intentées contre les héritiers du défunt (art. 332*quater*, C. civ.). En revanche, un enfant ne peut plus être reconnu dans un testament depuis 1987, ce qui montre que ce lien de filiation est conçu en termes de responsabilités à assumer envers l'enfant.

12. C'est donc bien en termes de responsabilités que ce lien de filiation est conçu. Responsabilité d'éduquer et responsabilité de transmettre, y compris son nom (possiblement) et une part de son patrimoine à son décès.

L'éducation est ainsi clairement conçue comme un droit et un devoir des père et mère : l'autorité parentale est un droit subjectif des parents, mais un droit-fonction, c'est-à-dire qui ne s'exerce que dans l'intérêt d'une tierce personne, l'enfant. L'éducation est aussi un devoir qui se matérialise dans l'obligation alimentaire particulière que seul le lien de filiation engendre : celle d'assurer, aux termes de l'article 203 du Code civil, « l'hébergement, l'entretien, la santé, la surveillance, l'éducation, la formation et l'épanouissement de leurs enfants » mineurs ou en âge de formation.

Au-delà de la période d'éducation de l'enfant, il ne reste que des obligations et des interdits : l'obligation alimentaire de droit commun entre ascendants et descendants – qui se bilatéralise

(40) Même si l'importance à accorder à cette réserve est aujourd'hui questionnée, il n'est pas envisagé de la supprimer purement et simplement, comme l'expose F. Tainmont dans le présent ouvrage (« Filiation et succession », in *Le présent ouvrage*, pp. 186 et s.).

puisqu'elle devient réciproque –, l'obligation de transmettre une part minimale de ses biens au décès, et enfin les empêchements à mariage.

C'est sans doute le caractère inconditionnel du lien de filiation et son importance accrue durant la période d'éducation de l'enfant qui expliquent la difficulté à concevoir la rupture de ce lien et l'énergie mise à vouloir le reconstruire (41).

13. Si on admet qu'il faut distinguer, au sein des relations familiales d'aujourd'hui, d'une part celles qui supposent la consécration d'un lien juridique de filiation car il s'agit d'inscrire l'enfant dans une parenté instituante et indissoluble, et d'autre part celles dans lesquelles le droit est ou serait à mobiliser pour assurer la protection d'un autre type de relation, encore faut-il s'interroger sur ce qui fonde la qualité de père ou de mère en droit.

§ 2. *La filiation pour qui ?*

A. *La filiation « charnelle »*

14. Le droit belge de la filiation a souhaité réaliser un équilibre entre le fondement biologique, d'une part, et socio-affectif, d'autre part, de la filiation. Les réformes de 1987 et de 2006 ont à la fois ouvert plus largement qu'avant le droit de la filiation à la réalité biologique (en permettant par exemple à l'enfant en 1987, et ensuite au père biologique en 2006 de contester la présomption de paternité) tout en laissant une place plus importante aussi au lien socio-affectif en faisant de la possession d'état une fin de non-recevoir aux actions en contestation d'un lien de filiation paternelle ou maternelle établi, souhaitant ainsi garantir la stabilité d'un lien qui ne correspondrait pas à la réalité biologique mais qui se serait « incarné » dans une filiation vécue.

Les deux objectifs pouvaient sembler contradictoires. Ils ne l'étaient pas dans l'esprit et dans la construction telle qu'opérée par le législateur qui a voulu déterminer *a priori* la solution idéale dans chaque cas d'espèce par la définition et l'articulation

(41) Voy. les contributions de M. Goffin (« La rupture et la reconstruction du lien parental : aspects psychologiques », in *Le présent ouvrage*, pp. 205 et s.) et de J.-L. Renchon (« Le risque de rupture d'un lien parent-enfant : aspects juridiques », in *Le présent ouvrage*, pp. 223 et s.).

des conditions d'intentement, de recevabilité et de fondement des actions judiciaires relatives à la filiation.

Cet équilibre, on le sait, a été remis en cause par la Cour constitutionnelle qui, au fil de ses arrêts, en rejetant les moyens d'irrecevabilité ou barrages procéduraux absolus empêchant l'accès à un juge, rejette l'existence de concepts ou de techniques juridiques déterminant abstraitement la solution au litige (délai pour l'enfant, fin de non-recevoir constituée par la possession d'état(42)), celle-ci devant être déterminée par le juge au terme d'une balance de tous les intérêts en cause et des faits établis. La Cour dit expressément qu'il n'est pas impertinent de mettre en balance la réalité biologique et le lien socio-affectif, mais que ces éléments ne sont « que » des éléments d'appréciation sans que l'un doive nécessairement, *a priori*, prévaloir sur l'autre puisqu'il appartient au juge de « tenir compte des faits établis et des intérêts de toutes les personnes concernées »(43). Comme le dit N. Massager(44), il ne peut plus, pour la Cour, y avoir « de normes théoriques qui puissent encore justifier des solutions injustifiables sur le plan humain ».

Dans ses arrêts les plus récents, la Cour constitutionnelle semble dessiner une ligne de démarcation constituée par la qualité du titulaire qui agit en contestation d'une filiation établie par présomption de paternité ou par reconnaissance, puisqu'elle considère que les délais imposés au mari ou à l'homme qui revendique la paternité de l'enfant ne sont pas des fins de non-recevoir absolues mais relatives à l'action(45). En considérant ainsi que le délai imparti au mari(46), à la mère(47) ou au père biologique(48) n'est pas, pour elle, un obstacle absolu à la contestation de paternité et ne viole dès lors pas la Constitution, la Cour constitutionnelle

(42) Cf. N. GALLUS, « L'établissement ou la contestation de la filiation : possession d'état et délais », in *Le présent ouvrage*, pp. 95 et s.

(43) Cf. not. point B.10 de l'arrêt 20/2011 du 3 février 2011.

(44) N. MASSAGER, « La prophétie de Gerlo », *Act. dr. fam.*, 2011/7, p. 139.

(45) Sur cette subtile et, à nos yeux, peu convaincante distinction, cf. not. A.-C. RASSON et G. MATHIEU, « Les fins de non-recevoir en matière de filiation : entre verrous absolus et verrous relatifs », *J.T.*, 2013, pp. 673 et s. ; J. SOSSON, « Actions en contestation de paternité : la Cour constitutionnelle ne souffle-t-elle pas le chaud et le froid ? », *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, pp. 543 et s.

(46) C.C., 28 mars 2013, arrêt n° 46/2013.

(47) C.C., 20 mars 2014, arrêt n° 46/2014 (non-inconstitutionnalité sur ce point de l'art. 318, § 2, al. 1^{er}).

(48) C.C., 29 janvier 2014, arrêt n° 16/2014 (non-inconstitutionnalité sur ce point de l'art. 318, § 2, al. 1^{er}) ; C.C., 17 octobre 2013, arrêt n° 139/2013 et C.C., 5 décembre 2013, arrêt n° 165/2013 (non-inconstitutionnalité sur ce point de l'art. 330, § 1^{er}, al. 4).

semble vouloir protéger le lien juridique de filiation des attaques des personnes que le droit a désignées comme parents ou de ceux qui le sont biologiquement, alors que, dans le même temps, elle entend accorder à l'enfant concerné la possibilité de contester sa filiation sans se voir opposer d'obstacles tels que des délais pour agir (49) ou (pour tous les titulaires) l'existence d'une possession d'état (50).

La Cour fait par ailleurs émerger l'intérêt de l'enfant comme une donnée centrale dans la filiation, là où le Code civil ne lui donnait qu'un rôle marginal : la Cour a en effet considéré, dans le cadre d'une action visant à substituer la paternité du père biologique à celle du mari (art. 318, § 5, renvoyant à l'art. 332*quinquies* C. civ.), que, dans la mise en balance des intérêts en jeu, si l'intérêt de l'enfant ne permet pas de ne pas prendre également en compte les intérêts des autres parties en présence, il doit néanmoins occuper une place prépondérante parce que l'enfant représente la partie la plus faible dans la relation familiale et que cette place prépondérante à accorder à l'intérêt de l'enfant dans la balance des intérêts en présence implique qu'un contrôle de cet intérêt, qui ne serait que « marginal », n'est pas compatible avec l'article 22*bis* de la Constitution combiné avec l'article 3, § 1^{er}, de la Convention relative aux Droits de l'Enfant (51), (52).

15. La Cour constitutionnelle nous inviterait-elle à considérer que la question du fondement de la filiation telle que traditionnellement exprimée (est-ce le lien biologique ou le lien sociologique qui doit fonder la filiation juridique ?) est mal posée ?

Nous ne le pensons pas. La Cour nous semble en effet consacrer la pertinence du choix du législateur belge de ne faire ni de l'un ni de l'autre de ces fondements le socle unique de la filiation juridique, puisqu'elle précise que la réalité biologique et le lien socio-affectif sont des éléments d'appréciation sans que l'un doive nécessairement, *a priori*, prévaloir sur l'autre. Mais la Cour va

(49) C.C., 31 mai 2011, arrêt n° 96/2011 ; 7 novembre 2013, arrêt n° 147/2013.

(50) Pour plus de détails, voy. not. N. GALLUS, « L'établissement ou la contestation de la filiation : possession d'état et délais », in *Le présent ouvrage*, pp. 95 et s.

(51) Points B.10 et B.11 de l'arrêt n° 30/2013 du 7 mars 2013 notamment.

(52) Voy. égal. A.-Ch. VAN GYSEL, « Intérêt de l'enfant et inceste : éléments nouveaux », in *Le présent ouvrage*, pp. 131 et s. ; J. SOSSON, « Cour constitutionnelle, filiation et intérêt de l'enfant : "C'est quand qu'on va où ?" », in *Actualités de droit des personnes et des familles*, CUP, vol. 141, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 105 et s.

plus loin : elle insère ces « éléments » dans une balance des intérêts plus large, balance qu'il appartient au juge d'opérer. C'est donc à un équilibre plus subtil encore que la Cour invite, puisque cet équilibre doit mettre en jeu les faits établis et les intérêts – et même les vœux – de toutes les personnes concernées ; équilibre plus imprévisible aussi, car il doit être réalisé *in concreto*, au cas par cas, par le juge auquel l'enfant à tout le moins doit pouvoir avoir accès.

Ainsi, là où le lien biologique pouvait recevoir prépondérance aux yeux de la loi, comme dans l'action en autorisation de reconnaissance intentée par le père biologique qui n'obtient pas le consentement de la mère pour reconnaître l'enfant mineur (art. 329*bis* C. civ.), ce lien ne suffit plus désormais pour la Cour qui considère que le contrôle de l'intérêt de l'enfant doit non seulement être opéré dans tous les cas (que l'enfant ait moins ou plus d'un an (53)) mais, de plus, que ce contrôle ne peut pas être uniquement marginal. Le lien biologique doit se conjuguer avec l'intérêt de l'enfant pour fonder une filiation juridique.

Ainsi, là où le lien sociologique pouvait, pour la loi, empêcher la remise en cause d'une filiation non conforme à la réalité biologique mais « incarnée » dans une possession d'état, la Cour n'accepte pas qu'il constitue un obstacle absolu à la réalisation de la balance des intérêts.

La filiation pour qui ? On voit qu'au fil des arrêts rendus par la Cour constitutionnelle, la réponse à apporter à cette question devient, pour la filiation charnelle déjà, plus complexe... Elle l'est aussi pour l'enfant issu d'une procréation médicalement assistée.

B. *La filiation par P.M.A.*

16. Cette modalité d'engendrement ne modifie pas l'essence de la question posée ci-dessus dès lors que ce sont les gamètes du couple qui sont utilisés pour la procréation et que, dès lors, l'assistance médicale est limitée à une aide « technique ».

Mais lorsqu'un tiers participe à l'engendrement, en donnant ses gamètes ou en mettant son corps à disposition en cas de gestation pour autrui, la question qui se pose est celle de définir la place de celui qui participe au projet parental d'autrui.

(53) Arrêt n° 144/2010 du 16 décembre 2010.

La distinction plus nette prônée ci-dessus(54) entre filiation et origines permet clairement de placer le donneur de gamètes hors du champ de la filiation : comme on l'a vu(55), la loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes empêche adéquatement toute action relative à la filiation du donneur ou envers le donneur. Le donneur (anonyme ou non anonyme(56)) de sperme n'est pas et ne peut en aucun cas devenir un père ; la donneuse d'ovule (anonyme ou non anonyme) n'est pas et ne peut en aucun cas devenir une mère.

Encore faut-il pour cela que la procréation ait été médicalement et non « amicalement » assistée, en d'autres termes qu'elle ait pris place dans le cadre de la loi du 6 juillet 2007. À défaut, les règles de la filiation charnelle joueront à plein, avec des conséquences inadéquates évidentes...

La distinction origines/filiation est plus délicate à opérer, il faut le reconnaître, en cas de recours à la gestation pour autrui, puisqu'actuellement en tout cas la femme qui a porté et mis au monde l'enfant sera désignée comme étant sa mère dans l'acte de naissance, et ce même si elle n'est pas la mère génétique de l'enfant, et qu'une adoption sera nécessaire pour que la femme auteure du projet parental devienne juridiquement la mère de celui-ci(57).

17. C'est la définition de la place de celui qui est le coauteur d'un projet parental nécessitant le recours à des gamètes ou l'intervention corporelle d'un tiers qui pose, au droit, la question la plus complexe : quand faut-il « l'inclure » dans la filiation ? Et, par ailleurs, comment ? Par quelle « technique » juridique ?

La loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes prévoit, en cas d'implantation d'embryons donnés (art. 27) ou d'insémination avec don de gamètes (art. 56), non seulement qu'aucune action relative à la filiation ne peut être faite contre

(54) Cf. *supra*, n^{os} 9 et 10.

(55) Cf. *supra*, n^o 7.

(56) L'article 57 de la loi du 6 juillet 2007 permet en effet un don non anonyme de gamètes, cf. *supra*, n^o 7.

(57) Cf. not. J. SOSSON et G. MATHIEU, « L'enfant né d'une gestation pour autrui : quelle filiation ? Quels liens avec la mère porteuse ? », in G. SCHAMPS et J. SOSSON (dir.), *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 375 et s. ; G. VERSCHOLDEN et L. PLUYM, « Chronique de jurisprudence belge concernant la gestation pour autrui », *ibid.*, pp. 195 et s.

le ou les donneur(s), mais également que « les règles de la filiation telles qu'établies par le Code civil jouent en faveur du ou des auteurs du projet parental ».

Cette formulation est claire quant à l'objectif visé, même si sa formulation n'est pas heureuse techniquement (car les règles du Code civil n'ont quant à elles pas été modifiées et peuvent dès lors, interprétées littéralement, contrecarrer cet objectif(58)) : il s'agit de faire des auteurs du projet parental, et uniquement d'eux, les parents de l'enfant. La femme qui recourt à un don d'ovule sera la mère de l'enfant par mention de son nom dans l'acte de naissance (art. 312 C. civ.). Le mari d'une femme ayant eu recours à une insémination artificielle ou à une fécondation *in vitro* avec donneur sera présumé père de l'enfant, et il ne pourra d'ailleurs contester cette filiation si l'enfant en est bien issu (art. 318, § 4, C. civ.). Le compagnon stérile deviendra le père de l'enfant issu d'une telle PMA en reconnaissant celui-ci (59) ou par décision judiciaire (60).

Si, pour les couples hétérosexuels, cette transposition des règles relatives à la filiation « charnelle » peut se concevoir, elle s'avère évidemment plus complexe pour les couples de même sexe.

La question de l'accès aux procréations médicalement assistées pour les couples de même sexe n'a pas été comme telle législativement discutée lors de l'élaboration de la loi du 6 juillet 2007 : l'absence de définition ou de restriction quant à la notion de couple pouvant y recourir, conjuguée avec l'ouverture, un an plus tôt, par la loi du 18 mai 2006, de l'adoption à ces couples, a été interprétée comme n'empêchant pas les couples de femmes (61) d'avoir accès à une insémination artificielle ou à une fécondation *in vitro*

(58) Comme c'est le cas par exemple lorsque, dans un couple non marié, la mère refuse de consentir à la reconnaissance de l'enfant par son compagnon pourtant co-auteur du projet parental ou lorsque celui-ci décède sans avoir reconnu l'enfant. Sur ce dernier cas de figure, cf. J. SOSSON, « Procréations médicalement assistées avec donneur et action en recherche de paternité : quelle interprétation donner aux articles 27 et 56 de la loi du 6 juillet 2007 ? », note sous Civ. Dinant (1^{re} ch.), 5 mars 2009, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, pp. 1102-1111.

(59) Avec néanmoins une difficulté réelle si la mère ne consent pas à cette reconnaissance puisque l'article 329bis du Code civil prévoit que l'action en autorisation de reconnaissance doit être rejetée s'il est prouvé que le demandeur n'est pas le père de l'enfant.

(60) Avec une difficulté en cas de décès dudit compagnon, qui ne peut être contournée qu'en interprétant extensivement les dispositions du Code civil comme l'a fait le tribunal civil de Dinant (Civ. Dinant (1^{re} ch.), 5 mars 2009, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 1095, note J. SOSSON).

(61) Les couples d'hommes doivent quant à eux nécessairement se tourner vers une gestation pour autrui s'ils ont pour projet parental d'avoir un enfant qui est biologiquement celui de l'un des deux partenaires.

avec donneur de sperme, induisant alors la question de l'établissement du lien de filiation avec celle des partenaires qui n'est pas la mère biologique de l'enfant. C'est dès lors l'adoption qui a été mobilisée pour permettre l'établissement du lien juridique de filiation avec cette dernière, et l'établissement, en conséquence, d'un double lien de filiation monosexuée avec les deux partenaires devenant les deux mères juridiques de l'enfant (ou encore les deux pères en cas de recours à une gestation pour autrui par un couple d'hommes).

Dans les deux cas, c'est donc bien le projet parental commun, directement (dans les couples de sexes différents) ou indirectement via le recours à l'adoption (pour les couples de même sexe), et donc la volonté de devenir père ou mère, qui fonde la filiation. Celle-ci est détachée, partiellement ou totalement, de sa composante biologique, puisqu'un des membres du couple (homo- ou hétérosexuel) ou les deux (en cas de don d'embryon) n'est ou ne sont pas génétiquement le père ou la mère de l'enfant.

Et, dans les deux cas, ce sont des outils juridiques existants (les règles de la filiation d'une part, l'adoption d'autre part) qui sont mobilisés pour établir ce double lien.

18. Dans les couples de même sexe, le recours à l'adoption pour établir un double lien de filiation monosexué implique que la logique à l'œuvre est une logique que l'on pourrait qualifier de « complétive » (62), qui n'efface pas, ou à tout le moins ne nie pas d'emblée, la réalité de la conception issue de la rencontre de gamètes de sexes différents. De la même manière que l'adoption peut décréter qu'un enfant étranger sera juridiquement affilié à un couple de même sexe, un jugement d'adoption peut faire de la partenaire de la mère après insémination artificielle avec donneur, ou du partenaire du père après gestation pour autrui, le second parent de l'enfant. Mais dans tous les cas, il s'agit d'une filiation adoptive, et donc d'une filiation créée par jugement, sur le fondement d'un acte de volonté privée (63).

(62) L. BRUNET et J. SOSSON, « L'engendrement à plusieurs en droit comparé : quand le droit peine à distinguer filiation, origines et parentalité », in H. FULCHIRON et J. SOSSON (dir.), *Parenté, Filiation, Origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 34 et s.

(63) Pour reprendre la définition de l'adoption que donnait Jean Carbonnier (*Droit civil*, t. 2. La famille, l'enfant, le couple, 20^e éd., Paris, PUF, 1999, p. 181).

C'est franchir une étape supplémentaire significative que de permettre l'établissement d'une double filiation monosexuée d'origine et de reconnaître d'emblée la légitimité d'un projet parental d'un couple de même sexe, ce qui n'est envisageable que pour un couple de femmes, en l'assimilant purement et simplement à un projet hétérosexuel alors même qu'une seule des auteures du projet parental a un lien biologique avec l'enfant : la différence d'engendrement est en effet occultée ; la « fiction » est poussée bien plus avant que dans l'adoption puisqu'il s'agit de « faire comme si » l'enfant était issu de deux femmes, et d'éliminer tout contrôle judiciaire en « déssexualisant l'état civil » (64).

Le droit québécois était le seul qui, jusqu'ici, avait franchi cette étape en étendant purement et simplement la présomption de « paternité », devenant une présomption de « co-maternité », aux couples de femmes.

Le législateur belge a souhaité lui emboîter le pas et a adopté, dans la presse de la fin de législature du printemps 2014, une nouvelle loi « portant établissement de la filiation de la coparente » (65). Les mécanismes usuels d'établissement de la filiation charnelle comme la présomption de paternité ou la reconnaissance sont transposés, sans adaptation, pour conférer directement à l'enfant une double filiation à l'égard de ses deux mères : l'enfant né pendant le mariage ou dans les trois cents jours qui suivent la dissolution du mariage a pour coparente l'épouse (66) ; hors mariage, il peut aussi être reconnu par la coparente, aux mêmes conditions que pour toute reconnaissance (67).

Une analyse approfondie de cette réforme dépasserait le cadre de la présente contribution. Mais on en soulignera la portée juridique et symbolique sans doute bien plus importante que ses concepteurs ne l'ont imaginée : elle fait basculer le droit belge dans une logique que l'on pourrait qualifier de « déclarative », au sens où un double

(64) Pour reprendre les termes de C. NEIRINCK, « Une famille homosexuelle ? », in H. FULCHIRON (dir.), *Mariage-conjugalité. Parenté-parentalité*, Paris, Dalloz, 2009, p. 158.

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

(66) Art. 325/2 nouveau C. civ.

(67) Art. 325/4 nouveau C. civ. L'établissement de la maternité de la coparente suppose dès lors le consentement de la femme qui est la mère légale car elle a accouché de l'enfant, ce qui fait dépendre, hors mariage, l'établissement de la seconde filiation maternelle de la volonté de la mère de naissance ; le consentement au projet parental commun ne suffit donc pas.

lien de filiation monosexuée est reconnu *ab initio* et *a priori* sans contrôle judiciaire(68). Il ne s'agit pas seulement de mettre fin à ce qui a été présenté comme une discrimination. Il s'agit en effet de considérer que le « projet parental » de deux femmes (et uniquement deux femmes puisque les règles ne peuvent s'appliquer aux couples d'hommes qui doivent, quant à eux, recourir à une gestation pour autrui, ce qui induit singulièrement un biais de genre au sein de couples de même sexe) suffit pour permettre que le double lien de filiation soit établi d'emblée, automatiquement, par l'effet de la loi lorsqu'elles sont mariées (présomption de « co-maternité ») ou par l'effet d'une reconnaissance en dehors du mariage.

19. Se dispenser de l'adoption pour consacrer la parenté monosexuée n'est pas seulement le changement d'un outil juridique pour un autre. Il y va d'une modification revêtant un sens symbolique fort et qui atteste de deux conceptions différentes de l'engendrement à plusieurs. L'extension d'un modèle de filiation déclaratif ne peut dès lors se justifier uniquement par le souci, souvent mis en avant (69), de « simplification » dans l'intérêt de l'enfant...

Il s'agit en effet, en conférant *ab initio* à l'enfant une double filiation à l'égard de ses parents d'intention de même sexe, de construire une filiation juridique qui s'affranchit des règles de l'engendrement naturel sans se soucier d'une certaine vraisemblance.

Le choix d'une filiation de type déclaratif dans le cadre d'une filiation homoparentale a aussi des répercussions sur la place que l'on voudra bien reconnaître au donneur de gamètes. Le recours à ces « techniques juridiques » abolit en effet l'intervention d'un tiers pour « faire comme si » l'enfant était issu de deux femmes, et uniquement de deux femmes. Ne recherche-t-on pas là à tout prix une imitation pourtant impossible avec les lois de l'engendrement naturel, et ce alors même que l'enfant lui-même ne pourra ignorer

(68) L. BRUNET et J. SOSSON, « L'engendrement à plusieurs en droit comparé : quand le droit peine à distinguer filiation, origines et parentalité », *op. cit.*, pp. 39 et s. ; S. CAP, L. GALICHET, F. MAISONNASSE, A. MOLIÈRE et S. TETARD, « Le statut du co-parent de même sexe : aperçu de droit comparé », in H. FULCHIRON et J. SOSSON (dir.), *Parenté, Filiation, Origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 117.

(69) Cf. not. Projet de loi portant établissement de la filiation de la coparente et Proposition de loi modifiant le Code civil en ce qui concerne l'instauration d'un statut pour les coparents, *Doc. parl.*, Chambre, session 2013-2014, n° 53-3532/002, p. 3 ; Proposition de loi portant établissement de la filiation du co-parent, Rapport fait au nom de la Commission de la Justice par M. Anciaux, *Doc. parl.*, Sénat, 2013-2014, n° 5-2445/3, p. 5.

qu'il n'est pas issu biologiquement des seules auteures du projet parental ?

Le modèle de la filiation complétive, à travers l'adoption, avait le mérite, quant à lui, de ne pas masquer l'intervention d'un tiers donneur tout en permettant le rattachement juridique définitif de l'enfant à ses seuls parents d'intention de même sexe. Il ne niait pas ce qui a été ou plus exactement ce qui n'a pas été (l'enfant n'a pas été conçu par deux femmes)(70). Ainsi, l'existence, d'une part, d'un lien de filiation « charnelle » entre l'enfant et la femme qui l'a mis au monde, et, d'autre part, d'un lien de filiation adoptive avec sa compagne ne porte pas préjudice à l'enfant si et dès lors que les effets juridiques des deux liens sont totalement identiques, tout en n'occultant pas la réalité d'un non-engendrement par les seules auteures du projet parental.

L'adoption aurait pu ou dû être aménagée notamment pour permettre l'établissement du lien de filiation dès la naissance de l'enfant(71), et la procédure devait en tout cas être « adaptée » pour éviter une trop longue durée entre la naissance et l'adoption(72). En effet, des conditions spécifiques pour passer outre dans ce cas au refus de consentement de la mère biologique ou pour permettre l'adoption même si le couple à l'origine du projet parental s'est séparé auraient pu être définies, en droite ligne des arrêts de la Cour constitutionnelle du 12 juillet 2012(73).

20. Mais l'on peut aussi entendre que l'adoption ne constituait pas un outil adéquat pour consacrer une double filiation d'un enfant né avec l'intervention d'un tiers participant à l'engendrement. N'est-ce pas en effet vouloir « faire du même avec du différent »,

(70) Voy. aussi l'analyse de J.-L. RENCHON, « Une filiation monosexuée ? », in H. FULCHIRON et J. SOSSON (dir.), *Parenté, Filiation, Origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 137 et s.

(71) Comme l'a fait par exemple le droit danois qui prévoit la possibilité pour une femme d'obtenir l'adoption de l'enfant à naître de sa compagne ou conjointe (voy. not. S. CAP, L. GALICHET, F. MAISONNASSE, A. MOLIÈRE et S. TETARD, « Le statut du co-parent de même sexe : aperçu de droit comparé », *op. cit.*, pp. 108 et s.).

(72) Il apparaît en effet que si un « délai de rétractation » (prenant la forme du délai de deux mois après la naissance avant lequel le consentement à l'adoption ne peut être valablement donné) se justifie pleinement dans le cas où une mère donne son enfant en adoption, il n'a pas le même sens ni la même utilité lorsque deux femmes construisent ensemble un projet parental, car il ne s'agit pas ici pour la mère de naissance de décider ou non de ne plus être mère mais de laisser une seconde femme le devenir aussi.

(73) Arrêts n°s 93/2012 et 94/2012 du 12 juillet 2012. Cf. S. CAP et J. SOSSON, « Quand la Cour constitutionnelle revisite les conditions de l'adoption homoparentale... », note sous C.C., arrêts 93/2012 et 94/2012 du 12 juillet 2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013/1, pp. 177-203.

exactement comme quand on veut leur appliquer les mécanismes de la filiation « charnelle » ?

Car, comme l'indique I. Théry, « chacun sait que les parents d'intention ne sont pas devenus parents uniquement en faisant un acte de volonté. À la différence des adoptants, ils ont bel et bien fait naître un enfant » (74).

Mais dans le même temps, la particularité de ces couples est précisément que l'un procrée et l'autre pas, et qu'ils unissent dès lors au sein d'un même projet parental, et pour que naisse un même enfant, la valeur biologique et la valeur sociale de la filiation que l'on s'obstine pourtant à opposer. Ces couples nous signifient, selon I. Théry, « aussi bien le prix immense attaché au fait de devenir parent en transmettant la vie à un enfant que le prix immense attaché au fait de pouvoir devenir parent sans procréer » et « ces deux valeurs qu'on pose comme exclusives l'une de l'autre sont, dans un tel couple, vécues comme indissociables : toute différence qui serait faite entre les deux parents selon la place respective qu'ils ont prise à la procréation apparaîtrait comme un véritable déni de la particularité du processus complexe qu'ils ont voulu et mené ensemble avec l'aide de l'institution médicale, processus qui a conduit à la conception puis à la naissance de leur enfant commun » (75).

Comment, nous dit encore cet auteur, « expliquer, alors, que notre culture ne parvienne pas à mettre des mots sur ces situations particulières ? Pourquoi tend-elle systématiquement à les ramener soit du côté du tout biologique, soit à l'inverse du côté du tout volonté, quitte à imposer au réel des distorsions telles qu'il en devient irreprésentable ? Pourquoi lorsque les enfants nés de ces dons et devenus adultes s'insurgent contre la situation juridique qu'on leur a imposée pour soumettre les différentes composantes de leur identité-personne au moule d'une logique de l'exclusivité et de la rivalité (le social "ou" le biologique), leurs revendications sont-elles si peu audibles que certains n'hésitent pas à les accuser de vouloir, contre toute évidence, "biologiser la filiation" ? Pourquoi enfin, alors que nos sociétés organisent depuis maintenant plus d'un demi-siècle une façon nouvelle de mettre des enfants au

(74) I. THÉRY, « Engendrement et filiation au temps du démariage », in H. FULCHIRON et J. SOSSON (dir.), *Parenté, Filiation, Origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 330.

(75) *Ibid.*

monde dont le trait majeur est justement de ne pas pouvoir reposer sur la procréation du couple parental, accuse-t-on les couples homosexuels qui y ont recours [...] de vouloir “mentir aux enfants” en se faisant passer pour un couple procréateur, là aussi contre toute évidence ? » (76).

Il faut, pour cet auteur, s’extirper des impasses dans lesquelles nous enferme l’alternative imposée entre parent biologique et parent social qui structure et oriente l’action dans les controverses contemporaines.

Un tel défi suppose de parvenir à accepter qu’en définitive ni l’extension de la présomption de paternité, ni l’adoption ne sont sans doute les outils juridiques les plus adéquats, et à explorer, en termes juridiques aussi, des pistes radicalement différentes... Il existe ainsi, dans d’autres pays, des modes d’établissement de la filiation reposant sur des déclarations de volonté sans pour autant avoir les mêmes traits qu’une reconnaissance, comme en Suède ou en Espagne (77), qui permettent à la co-mère d’être inscrite dans l’acte de naissance et de déclarer qu’elle est la mère de l’enfant. Ces modes d’établissement de la filiation n’enferment pas la filiation de l’enfant conçu par procréation médicalement assistée avec tiers donneur dans l’apparence d’une filiation par procréation charnelle.

Force est de constater que le législateur belge n’a pas souhaité s’engager dans cette voie. Il a préféré céder, en toute fin de législature, à une pression politique certaine, pour adopter « au pas de charge » une loi en se dispensant d’une réelle réflexion sur les changements sociologiques et symboliques qu’elle induisait et sur la cohérence de notre système de filiation dans sa globalité.

CONCLUSION. QUELLE COHÉRENCE POUR LA FILIATION ? QU’EST-CE QUI FAIT SENS ?

21. Qu’est-ce que la filiation aujourd’hui ? Il serait ambitieux de prétendre répondre péremptoirement à cette question. Mais il semble qu’on peut y contribuer en tentant de distinguer ce qu’est

(76) *Ibid.*

(77) Pour plus de détails, cf. S. CAP, L. GALICHET, F. MAISONNASSE, A. MOLIÈRE et S. TETARD, « Le statut du co-parent de même sexe : aperçu de droit comparé », *op. cit.*, pp. 119 et s.

la filiation et ce qu'elle n'est pas dans les différentes formes de familles contemporaines, en définissant à qui il convient de la réserver tout en reconnaissant que d'autres personnes qui ont joué ou jouent un rôle dans la vie de l'enfant ont aussi une place, mais une place différente.

Parce qu'elle était jusqu'ici la seule « catégorie opératoire » connue, le seul « outil » proposé par le droit, la filiation a eu et a encore une force d'attractivité importante, sans doute trop importante.

Ce n'est que s'il parvient à distinguer les rôles et les places, en sortant de l'amalgame, pour sécuriser les acteurs des relations familiales, que le droit parviendra à assurer sa fonction de symbolisation essentielle en cette matière.

Il s'agira aussi d'accepter de s'interroger sur la cohérence de notre système de filiation dans sa globalité, en admettant que les filiations issues des méthodes de procréation où un tiers participe à l'engendrement, et notamment monosexuées, éprouvent la filiation charnelle et modifient la conception générale qu'une société se fait du lien de filiation, de sorte qu'une réforme dans un de ces deux champs n'est pas sans incidence sur l'autre.

Y a-t-il aujourd'hui cohérence à vouloir faire du projet parental le seul fondement de la filiation en cas de procréations médicalement assistées, alors même que, dans la filiation charnelle, la Cour constitutionnelle invite à bannir les règles théoriques qui, au nom de la réalité biologique seule ou au nom du lien socio-affectif seul (et donc la volonté), privent le juge de la possibilité de faire la balance de tous les intérêts en présence ?

Y a-t-il aujourd'hui un sens à vouloir étendre aux couples de même sexe la présomption de paternité et la transformer en une présomption de co-maternité, alors même que l'on peut s'interroger sur ce qu'elle est devenue aujourd'hui dans la filiation « charnelle », à l'heure où la Cour constitutionnelle invite à définir la filiation au terme d'une balance des intérêts dans laquelle celui de l'enfant est prépondérant ?

Y a-t-il un sens à affirmer que le projet parental commun devrait être l'unique fondement du lien de filiation dès lors qu'un tiers intervient dans l'engendrement, et à nier que le lien biologique y soit pour quelque chose alors que, par ailleurs, le même lien biologique suffit encore aujourd'hui pour imposer une filiation

paternelle à un homme qui n'a eu aucun projet parental commun avec la mère au terme d'une action en recherche de paternité (78) ?

Y a-t-il un sens à considérer qu'au contraire, s'il a eu avec la mère un projet parental commun mais que, hors mariage, celle-ci change d'avis et refuse qu'il reconnaisse l'enfant, il revient au tribunal d'apprécier l'intérêt de l'enfant mineur à avoir cet homme pour père juridique ? Et ce, alors même que cette question ne se poserait pas s'ils avaient été mariés, puisqu'il serait automatiquement devenu père par application de la présomption de paternité...

N'essaye-t-on pas à tout prix de « faire du même avec du différent » ? Est-ce cela qui permettra à chaque enfant, fils ou fille de, d'évoluer dans un univers de sens ?

Serons-nous capables d'imaginer un nouveau droit de la filiation qui, en renouvelant les instruments antérieurs, permette de prendre en compte les réalités nouvelles ?

Tel est bien, selon nous, le défi de demain, ou sans doute plutôt celui d'aujourd'hui...

(78) C'est sans doute là une question importante. Elle apparaît comme « inaudible » aujourd'hui, comme en témoigne le titre d'un ouvrage paru en France (M. PLARD, *Paternités imposées. Un sujet tabou*, Paris, Éditions Les liens qui libèrent, 2013), parce qu'elle revient à s'interroger sur une forme de pouvoir des femmes sur la filiation charnelle...