

Filiation après procréation médicalement assistée et comaternité : principes et pièges

Jehanne SOSSON

*Professeur à la Faculté de droit et de criminologie de l'Université catholique de Louvain
Professeur invité à l'USL Saint-Louis – Bruxelles
Avocat au barreau de Bruxelles*

Introduction

1. L'établissement des liens de filiation avec l'enfant né d'une procréation assistée est évidemment un élément, voire parfois un enjeu, important pour tous ceux qui y recourent.

La filiation est le lien juridique qui unit l'enfant à son père et/ou à sa mère et, à travers eux, à leurs lignées respectives. Élément déterminant de l'identité et de l'état civil des individus, elle est le lien juridique dont découlent des droits et des devoirs envers l'enfant¹.

Le droit sécurise-t-il l'accès à un lien juridique de filiation dans tous les cas ? Qui le droit désigne-t-il comme parent d'un enfant en cas de procréation médicalement assistée (ci-après, « PMA ») ?

2. La réponse à ces questions ne pose pas de difficulté particulière en cas d'insémination artificielle ou fécondation in vitro homologue dans un couple hétérosexuel : les règles « classiques » du droit de la filiation s'appliqueront.

Ainsi, la femme qui accouche en Belgique sera la mère légale par l'indication (obligatoire) de son nom dans l'acte de naissance (art. 57 et 312 C. civ.).

Si elle est mariée², son mari sera présumé père par application de la présomption de paternité (art. 315 C. civ.).

Si elle ne l'est pas, son partenaire pourra reconnaître l'enfant avant ou après sa naissance avec le consentement de la mère³ (art. 329bis, § 2, C. civ.), ou, le cas

¹ Autorité parentale, possibilité de transmettre son nom, obligations alimentaires, empêchements à mariage, droits successoraux.

² Ou si l'enfant naît dans les 300 jours qui suivent la dissolution du mariage par décès ou divorce. Par ailleurs, si les époux sont séparés par décision judiciaire ou domiciliation à des adresses différentes depuis plus de 300 jours au moment de la naissance, la présomption de paternité sera désactivée (art. 319bis C. civ.).

³ Outre le consentement de l'enfant s'il a plus de 12 ans au moment de la reconnaissance. Seul le consentement de l'enfant est requis, sans recours judiciaire possible s'il refuse, lorsque la reconnaissance intervient quand l'enfant a plus de 18 ans.

échéant, avec une décision du tribunal de la famille se substituant au consentement de la mère en cas de refus de celle-ci si la reconnaissance n'est pas considérée comme contraire à l'intérêt de l'enfant⁴. À l'inverse, la paternité légale hors mariage peut être imposée au père via une action en établissement judiciaire de la filiation, action pouvant être intentée par la mère ou l'enfant dans un délai de trente ans^{5 6}. Indépendamment de l'existence d'une possession d'état⁷ entre le père prétendu et l'enfant qui peut suffire pour que l'action soit déclarée fondée, il est certain que le lien biologique existant entre un homme non marié qui a signé la convention PMA homologue mais refuserait ensuite de considérer cet enfant comme le sien suffira pour qu'un lien juridique de paternité lui soit imposé, sans qu'aucun contrôle de l'intérêt de l'enfant ne soit prévu dans le cas d'une paternité ainsi judiciairement imposée à la demande de la mère⁸.

⁴ Plusieurs arrêts de la Cour constitutionnelle ont déclaré certains aspects de l'article 329bis du Code civil inconstitutionnels. En suite de ces arrêts, d'une part, le contrôle de l'intérêt de l'enfant à être reconnu par un homme qui en est le père biologique et se heurte au refus de consentement de la mère (et/ou de l'enfant si celui-ci a entre 12 et 18 ans) doit être opéré que l'enfant ait plus ou moins d'un an (alors que la loi ne prévoyait pas un tel contrôle si le père biologique agissait lorsque l'enfant avait moins d'un an), et, d'autre part, le tribunal n'a pas à refuser la reconnaissance dans ce cas uniquement si elle est « manifestement » contraire à l'intérêt de l'enfant, comme le prévoit la loi, mais si elle est « simplement » contraire à son intérêt (voy. not. C. const., 16 décembre 2010, arrêt n° 144/2010, et 2 juillet 2015, arrêts n°s 101/2015 et 102/2015).

⁵ À dater de la naissance de l'enfant ou, s'il y a possession d'état, à compter du jour où l'enfant a commencé à jouir de celle-ci ou du jour où celle-ci a pris fin. En toute hypothèse, le délai pour agir accordé à l'enfant est suspendu durant sa minorité (art. 331ter, al. 1^{er}, C. civ.).

⁶ L'action peut aussi être intentée par le père de l'enfant lui-même. Mais afin que les exigences posées à une reconnaissance paternelle ne puissent être contournées par ce biais, il est prévu, d'une part, que l'action en recherche de paternité n'est pas recevable si l'enfant majeur ou mineur émancipé s'y oppose et, d'autre part, qu'en cas d'opposition de l'enfant mineur de 12 ans accomplis ou de celui de ses auteurs à l'égard duquel la filiation est établie, le tribunal peut rejeter la demande s'il apparaît que l'établissement de la filiation est contraire à l'intérêt de l'enfant (l'article 332quinquies du Code civil tel qu'amendé par la Cour constitutionnelle).

⁷ La possession d'état résulte de faits qui, ensemble ou séparément, indiquent un « rapport de filiation ». Elle découle donc de faits qui donnent à penser qu'une personne jouit de l'état de fils ou de fille de quelqu'un. La possession d'état sera donc jugée établie en présence d'un faisceau d'éléments factuels, s'articulant autour d'éléments constitutifs tels que le fait de traiter un enfant comme le sien et d'être traité comme un père ou une mère, d'avoir pourvu à son entretien et à son éducation, ainsi que la reconnaissance de cette relation par la famille et la société.

⁸ On ne peut manquer de relever la différence de traitement ainsi réservée à l'homme non marié qui ne souhaite pas voir son lien juridique de filiation établi avec l'enfant, d'une part, et celui qui le souhaite, même ardemment, mais se heurte au refus ou à l'opposition de la mère et/ou de l'enfant mineur de plus de 12 ans, d'autre part : dans le premier cas, la paternité légale peut lui être imposée judiciairement au nom de la seule existence d'un lien biologique, sans contrôle de l'intérêt de l'enfant, alors que dans le second, le père biologique peut se voir refuser l'établissement de celle-ci au nom de l'intérêt de l'enfant... Voy. également sur ce point N. MASSAGER et J. SOSSON, « Filiation et Cour constitutionnelle », in N. MASSAGER et J. SOSSON (dir.), *Cour constitutionnelle et droit familial*, Limal, Anthemis, 2015, p. 78, n° 45; J. SOSSON, « Cour constitutionnelle, filiation et intérêt de l'enfant. C'est quand qu'on va où ? », in D. PIRE et Y.-H. LELEU (dir.), *Actualités du droit des personnes et des familles*, CUP, vol. 141, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 108-110.

Il apparaît donc qu'en dehors du mariage, la présence d'un lien biologique avec l'enfant ne garantit pas à l'homme non marié engagé dans un processus de PMA avec les gamètes du couple d'en être nécessairement le père juridique, dès lors qu'un contrôle de l'intérêt de l'enfant sera opéré si la mère ne consent pas à une reconnaissance ou s'oppose à l'établissement judiciaire de la paternité. Mais il s'agit là du « lot » actuellement réservé à tout père biologique non marié en suite de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, sachant que l'on peut par ailleurs affirmer que les tribunaux continuent à exiger des raisons particulièrement sérieuses pour considérer que l'intérêt de l'enfant n'est pas d'avoir pour père légal un père biologique qui souhaite établir son lien juridique de paternité⁹.

3. Lorsqu'un tiers donneur intervient dans la procréation de l'enfant (chap. 1) ou lorsque la PMA a lieu après décès (chap. 2), des questions juridiques plus complexes peuvent se poser, sachant que les couples de femmes sont actuellement les seuls pour lesquels un accès direct et sécurisé à un double lien de filiation a été organisé par des règles spécialement créées pour eux (chap. 3).

Chapitre 1

« Bi-parenté » après PMA avec tiers donneur

4. La loi du 6 juillet 2007 encadre les processus de procréation médicalement assistée mais ne régleme pas, comme tel, l'établissement des liens juridiques de filiation.

Seuls les articles 27 et 56 de la loi traitent de la filiation et se bornent à déclarer qu'à compter de l'insémination des gamètes ou du transfert d'embryon, « les règles de la filiation telles qu'établies par le Code civil jouent en faveur du ou des auteurs du projet parental » et que, par suite, aucune action relative à la filiation ou à ses effets patrimoniaux n'est ouverte aux donneurs, de même qu'aucune action ne peut être intentée à l'encontre du ou des donneur(s) par le(s) receveur(s) de gamètes et par l'enfant né de l'insémination de gamètes ou d'embryons surnuméraires.

Il est donc certain que le donneur de sperme ou la donneuse d'ovocyte, qu'il ou elle soit anonyme ou non, ne sera jamais reconnu juridiquement comme

⁹ Il existe très peu de décisions de jurisprudence publiées où la reconnaissance est refusée au nom de l'intérêt de l'enfant. Leur point commun semble être des faits graves de violence à l'égard de l'enfant (tentative d'homicide sur l'enfant – Civ. Liège, 1^{er} octobre 2010, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011/1, p. 185) ou sur la mère alors qu'elle était enceinte de l'enfant concerné (Liège (1^{re} ch.), 2 avril 2014, *Rev. trim. dr. fam.*, 2015/1, p. 72; Civ. Namur, 19 décembre 2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2015/1, p. 76). Voy. égal. les décisions inédites mentionnées par N. MASSAGER, « La filiation 2.0 », in Th. VAN HALTEREN (coord.), *Le droit familial et le droit patrimonial de la famille dans tous leurs états*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 44. Pour un relevé des décisions considérant que l'établissement de la filiation n'est pas contraire à l'intérêt de l'enfant, voy. *ibid.* et G. MATHIEU, A. ROLAND et R. HAZÉE, *Manuel pratique de la filiation*, Malines, Wolters Kluwer, 2016, pp. 64-65.

étant le père ou la mère de l'enfant. Il ou elle ne pourra jamais contester la filiation de l'enfant, ni se voir « inquiété(e) » par une action de l'enfant qui chercherait à établir un lien de filiation à son égard.

Du côté du/des donneurs, les choses sont claires dès lors que le processus procréatif se passe via et au sein d'un centre de PMA, avec établissement d'une convention telle que prévue par la loi du 6 juillet 2007¹⁰.

Elles le sont moins pour les receveurs ou parents d'intention, dès lors que la loi est en définitive peu précise, voire lacunaire, en ce qui les concerne sur certains points.

On distinguera ici le don d'ovocyte, d'une part, et le don de sperme, d'autre part, sachant que les règles applicables en cas de don d'embryons résulteront de la combinaison des deux situations.

Section 1

Don d'ovocyte

5. Le don d'ovule ne remet nullement en cause la règle de base selon laquelle la femme qui accouche est la mère légale de l'enfant dès lors que c'est son nom qui doit figurer dans l'acte de naissance si elle accouche en Belgique et que l'enfant a pour mère la personne qui est désignée comme telle dans son acte de naissance.

Cette maternité pourrait-elle être contestée en cas de recours au don d'ovule (ou d'embryon) via un don direct non anonyme par exemple ?

La réponse à cette question ne se trouve pas uniquement dans les articles 27 et 56, alinéa 2, de la loi PMA : ceux-ci interdisent qu'une telle action, comme toute action relative à la filiation, soit intentée par la donneuse ou à l'encontre de la donneuse par les receveurs et par l'enfant né de l'insémination. Mais la formulation de cette disposition légale démontre qu'elle concerne les relations entre les donneurs et les receveurs de gamètes, et non des actions qui pourraient être introduites le cas échéant par d'autres titulaires. Ainsi, une action en contestation de la maternité établie par la mention du nom de la mère dans l'acte de naissance n'est pas une action introduite « par » et surtout « contre » la donneuse lorsqu'elle est formée par la mère légale contestant sa propre maternité, par le père de l'enfant ou par ce dernier lui-même, comme le leur permet l'article 312, alinéa 2, du Code civil. En d'autres termes, les articles 27 et 56, alinéa 2, du Code civil n'interdisent pas, par exemple, qu'une femme ayant reçu un ovocyte (ou un embryon conçu avec un ovocyte donné) puisse contester

¹⁰ Les choses sont bien plus complexes lorsque des personnes recourent à une insémination artificielle « amicalement » assistée en dehors de toute procédure avec un centre de fertilité... Les règles du « droit commun » de la filiation s'appliquent dans ce cas, et le « donneur de sperme » pourra faire établir ou voir sa filiation établie judiciairement en raison de l'existence d'un lien biologique avec l'enfant aux conditions ou avec les restrictions énoncées ci-dessus (*supra*, n° 2).

sa propre filiation légalement établie, ou encore son mari présumé père ou l'homme ayant reconnu l'enfant, voire même l'enfant lui-même.

L'action devrait alors être intentée dans le délai légalement fixé, à savoir dans l'année de la découverte « du caractère mensonger de la filiation », ce qui est en soi une formulation peu précise lorsqu'on l'applique à la situation visée : on s'interroge quant à savoir ce qu'il faudrait entendre en l'espèce par la filiation maternelle « mensongère », sachant qu'il est clair que la mère et son mari ou partenaire ayant signé la convention PMA avec don d'ovocyte savent ce qu'il en est depuis dès avant la conception...

Certes, le Code civil prévoit que cette action est irrecevable si l'enfant bénéficie d'une possession d'état avec la mère légale. Néanmoins, la Cour constitutionnelle, hors du champ des PMA, mais de façon constante, considère que cette possession d'état ne peut constituer une fin de non-recevoir absolue aux actions en contestation de la filiation empêchant l'accès à un juge pouvant opérer une balance des intérêts¹¹. L'on ne dispose, il est vrai, à ce jour d'aucun arrêt de la Cour constitutionnelle qui déclarerait l'article 312, alinéa 2, du Code civil inconstitutionnel sur ce point, mais on peut raisonnablement penser que si elle était saisie d'une affaire de ce type, le même sort serait réservé à la possession d'état comme obstacle absolu à la recevabilité d'une telle action.

Mais à supposer qu'une telle action soit considérée comme recevable, on peut penser que le tribunal de la famille saisi trouverait peu d'éléments pour la déclarer fondée. La question de savoir si le tribunal devrait trancher en faveur de la maternité gestationnelle ou de la maternité génétique se posait déjà avant la loi du 6 juillet 2007 : la doctrine, tout en relevant qu'il eût été sage de l'affirmer clairement par une modification du Code civil, avait considéré que la preuve de la maternité génétique ne devrait pas permettre de remettre en cause la maternité gestationnelle dès lors qu'il ressort de l'article 312, alinéa 1^{er}, mais aussi de l'article 314, alinéa 3, du Code civil que la maternité découle de l'accouchement¹². Cette affirmation reste valable aujourd'hui¹³. Sans doute peut-on en outre considérer que les articles 27 et 56 de la loi PMA, qui commencent par énoncer que les règles du Code civil jouent « en faveur des auteurs du projet parental », pourraient constituer un argument de plus pour faire primer la maternité d'intention (et gestatrice) sur la maternité génétique si l'on accepte d'étendre la portée de ces dispositions légales pour les appliquer aux conflits entre les receveurs (et/ou l'enfant) comme une certaine jurisprudence tend actuellement à le faire pour l'établissement du lien de filiation paternelle après don de sperme tel qu'exposé ci-après.

¹¹ Voy. égal. *infra*, n° 12.

¹² Voy. N. MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître. Le statut juridique de l'enfant à naître et l'influence des techniques de procréation médicalement assistée sur le droit de la filiation. Étude de droit civil*, coll. de la Faculté de droit de l'ULB, Bruxelles, Bruylant, 1997, pp. 768 et s., n° 340 et les références doctrinales citées.

¹³ Dans le même sens, N. GALLUS, *Filiation*, coll. Répertoire pratique du droit belge, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 173; G. MATHIEU, A. ROLAND et R. HAZÉE, *Manuel pratique de la filiation*, op. cit., p. 108, n° 465.

Section 2

Don de sperme

§ 1. Couple hétérosexuel marié

6. Lorsque la femme accouche alors qu'elle est mariée ou que son mariage est dissous depuis moins de 300 jours¹⁴, le mari de la mère deviendra le père de l'enfant par application de la présomption de paternité.

Cette paternité ne peut être contestée en cas de recours au don de sperme (ou d'embryons conçus via un don de sperme). En effet, l'article 318, § 4, du Code civil vient barrer le passage à une telle demande. Il prévoit que «la demande en contestation de la présomption de paternité n'est pas recevable si le mari a consenti à l'insémination artificielle ou à un autre acte ayant la procréation pour but, sauf si la conception de l'enfant ne peut en être la conséquence». Il s'agit de la seule disposition introduite dans le Code civil lui-même, et ce par la loi du 31 mars 1987, qui vise spécifiquement les procréations médicalement assistées. Son objectif est d'éviter que la présomption de paternité du mari puisse être contestée par celui-ci (notamment) lorsqu'il a consenti à une insémination artificielle ou une fécondation *in vitro* avec donneur, sachant que dans ce cas, par définition, il n'est pas génétiquement le père de l'enfant. On l'empêche, ainsi que tout autre titulaire de l'action, de revenir sur cet engagement d'être juridiquement le père. Comme l'indique Nicole Gallus, dans ce cas «la volonté du mari sera le fondement garanti d'une paternité que la loi rend incontestable, précisément dans le seul cas où la non-vérité biologique est certaine»¹⁵.

§ 2. Couple hétérosexuel non marié

7. Le partenaire d'un couple non marié qui recourt à une insémination artificielle ou fécondation *in vitro* avec don de sperme n'aura, quant à lui, pas cette «chance». Il est au contraire potentiellement dans une situation délicate. L'absence de lien génétique avec l'enfant peut rendre plus problématique l'établissement de la filiation paternelle dans certaines hypothèses.

a) La reconnaissance de l'enfant conçu hors mariage par PMA hétérologue

8. Le lien juridique de filiation entre le père d'intention et l'enfant sera établi le plus souvent par une reconnaissance.

¹⁴ Et à supposer qu'elle n'est pas séparée de son mari dans des conditions permettant que l'application de la présomption de paternité soit désactivée (voy. *supra*, note 2).

¹⁵ N. GALLUS, *Le droit de la filiation : rôle de la vérité socio-affective et de la volonté en droit belge*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 342.

1) Reconnaissance prénatale et nom de l'enfant

9. Celle-ci peut avoir lieu dès avant la naissance et il est évidemment à conseiller de l'opérer dès la conception de l'enfant. La reconnaissance prénatale est faite sous la condition suspensive de la naissance de l'enfant vivant et viable. Elle permet que l'enfant ait un double lien juridique de filiation dès la rédaction de l'acte de naissance, avec la mère, d'une part, par la mention de son nom dans cet acte, et avec le père, d'autre part, par le biais de la reconnaissance qui sort alors pleinement ses effets. Il en est de même s'il est procédé à la reconnaissance au plus tard lors de la rédaction de l'acte de naissance.

10. L'établissement simultané des deux liens de filiation n'est pas sans conséquence sur l'attribution du nom de l'enfant lorsque celui-ci est le premier de la fratrie¹⁶ : il permet l'application de l'article 335 nouveau du Code civil, qui prévoit que l'enfant dont la filiation paternelle et la filiation maternelle sont établies simultanément porte soit le nom de son père, soit le nom de sa mère, soit leurs deux noms accolés dans l'ordre choisi par eux dans la limite d'un nom pour chacun d'eux. Le choix se fait en effet lors de la déclaration de naissance et est acté à ce moment par l'officier de l'état civil. En cas de désaccord ou en cas d'absence de choix, l'enfant portera les noms du père et de la mère accolés par ordre alphabétique dans la limite d'un nom pour chacun d'eux. En revanche, si la reconnaissance est opérée après la rédaction de l'acte de naissance, l'enfant se sera vu attribuer le nom de la mère dans cet acte et toute modification (pour que l'enfant porte soit le nom du père, soit leurs deux noms dans l'ordre choisi par eux) nécessitera le consentement de la mère et du père, sans qu'aucun recours judiciaire ne soit prévu si l'un d'eux refuse de modifier le nom de l'enfant (par exemple la mère qui souhaiterait que l'enfant continue à ne porter «que» son nom).

2) Consentement de la mère et/ou de l'enfant

11. Dans tous les cas, la reconnaissance d'un enfant mineur nécessite le consentement de la mère de l'enfant, ainsi que le consentement de l'enfant s'il a entre 12 et 18 ans. Si l'enfant est majeur, seul son consentement est requis et aucun recours judiciaire n'est ouvert s'il refuse.

Si en suite de l'accomplissement d'un projet procréatif mobilisant du sperme ou des embryons donnés conçus avec don de sperme, la mère refuse de donner son consentement, le compagnon (ou ex-compagnon) candidat à la reconnaissance n'a d'autre recours que d'agir judiciairement contre ce refus sur pied de l'article 329bis, § 2, alinéa 3, du Code civil.

Or, ce texte dispose que le juge, après avoir cherché à concilier les parties, rejette en tout état de cause l'action si la preuve est apportée que le demandeur n'est pas le père biologique de l'enfant.

¹⁶ Aux termes de l'article 335bis du Code civil, le nom attribué au premier enfant s'impose aux autres enfants qui seraient ultérieurement issus des mêmes père et mère.

Dans l'hypothèse considérée, la mère de l'enfant qui refuse de consentir à sa reconnaissance par son (ex-)compagnon coauteur du projet parental pourra sans difficulté faire la preuve de ce que le demandeur n'est pas le père biologique, puisque par hypothèse un tel lien biologique n'existe pas. Le juge serait donc *a priori*, si l'on applique textuellement le texte légal, tenu de rejeter l'action à défaut de concilier les parties. Seule une interprétation extensive des articles 27 et 56 de la loi PMA telle qu'elle sera évoquée ci-dessous (*infra*, n° 14) permettrait de contourner cet évident obstacle.

3) Contestation de reconnaissance

12. En cas de don de sperme, une reconnaissance opérée par un père d'intention qui n'est pas le père biologique de l'enfant est-elle plus fragile qu'une autre ? Pourrait-elle être contestée au motif que l'auteur de la reconnaissance n'est pas génétiquement le père de l'enfant¹⁷ ?

Il ne nous semble pas que les articles 27 et 56 de la loi PMA interdisent toute action judiciaire en contestation d'une telle reconnaissance. Pour rappel, ces dispositions prohibent tout action relative à la filiation et ses effets patrimoniaux par ou « à l'encontre » du ou des donneur(s) de gamètes ou d'embryons par les receveurs et par l'enfant. Ces dispositions concernent donc les rapports entre les donneurs et receveurs, et non les relations entre les receveurs entre eux ou avec l'enfant. Il nous paraît donc qu'elles ne prohibent pas comme tel qu'une action en contestation de la reconnaissance soit valablement introduite par les titulaires légalement prévus, à savoir dans ce cas la mère, le père ou l'enfant¹⁸.

Contrairement à la paternité dans le mariage, il n'existe pas d'obstacle théorique à ce qu'une action en contestation d'une reconnaissance opérée après insémination ou fécondation *in vitro* avec don de sperme soit déclarée recevable. Il n'existe pas de fin de non-recevoir posée à cette action similaire à celle qui empêche péremptoirement de remettre en cause la présomption de paternité du mari dans ce cas¹⁹ et élève l'engagement de celui-ci de devenir père contenu dans la convention PMA au rang d'un fondement incontestable de sa filiation. Rien de tel n'est prévu pour l'établissement de la filiation après don de sperme (anonyme ou non anonyme) par reconnaissance, de sorte que les règles générales du droit de la filiation s'appliquent.

Ainsi, la mère et le père ayant procédé à la reconnaissance ne pourront être admis à contester celle-ci que s'ils prouvent que leur consentement à cette

¹⁷ Pour un cas d'application avant la réforme du droit de la filiation du 1^{er} juillet 2006 et l'entrée en vigueur de la loi PMA du 6 juillet 2007 qui démontre que cette hypothèse n'est pas uniquement théorique, Bruxelles, 15 septembre 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007/1, p. 165.

¹⁸ L'homme qui revendique la paternité (biologique) de l'enfant est également titulaire de l'action en contestation de reconnaissance, mais en l'espèce, il ne pourrait s'agir que du donneur, qui est quant à lui expressément empêché d'agir par la prohibition de toute action par ou contre le donneur prévue aux articles 27 et 56, alinéa 2, de la loi PMA.

¹⁹ Voy. *supra*, n° 6.

reconnaissance était vicié par une erreur, un dol ou opéré sous contrainte, ce qui, en cas de processus procréatif classique mené dans le cadre et avec l'encadrement d'un centre de procréation, devrait se révéler très difficile, voire impossible, à démontrer. À supposer qu'ils puissent prouver un vice de consentement, la mère et le père devront agir dans « l'année de la découverte du fait que la personne qui a reconnu l'enfant n'est pas [...] le père » (sous-entendu biologique) de l'enfant aux termes de l'article 330, alinéa 4, du Code civil. On peine évidemment à déterminer le sens à donner à cette exigence en cas d'insémination artificielle ou fécondation *in vitro* avec donneur...

L'enfant, quant à lui, n'est pas soumis aux mêmes exigences : il n'a à prouver aucun vice de consentement et peut agir dans un délai légalement fixé à un an à dater de la découverte du fait que la personne qui l'a reconnu n'est pas son père (biologique) ou entre ses 12 et 22 ans. Mais ce délai a été déclaré inconstitutionnel par la Cour constitutionnelle²⁰, de sorte qu'il convient aujourd'hui de considérer qu'aucun délai ne s'impose à lui pour agir.

La loi prévoit par ailleurs une fin de non-recevoir générale issue de l'existence d'une possession d'état entre le reconnaissant et l'enfant rendant l'action irrecevable, mais, d'une part, elle peut ne pas exister, et, d'autre part, si elle existe, la Cour constitutionnelle en a censuré le caractère absolu²¹.

Quant au fond, la preuve requise légalement dans une action en contestation de reconnaissance est celle de la non-paternité biologique de l'auteur de la reconnaissance. Ceci doit être nuancé en raison des différents arrêts rendus par la Cour constitutionnelle qui amènent à considérer aujourd'hui qu'il appartient au juge de ne pas se limiter à prendre en compte la non-existence d'un lien biologique, mais de statuer plutôt en opérant une appréciation *in concreto* du meilleur équilibre à atteindre entre tous les intérêts en présence tout en donnant à l'intérêt de l'enfant un poids prépondérant, opérant ainsi une balance des intérêts dans laquelle l'existence ou non d'une possession d'état pourrait aussi jouer²².

C'est dans ce contexte d'incertitude existant dans les cas « classiques » de contestation d'une reconnaissance qu'il faut insérer la réflexion lorsque la contestation porte sur la reconnaissance d'un enfant né après une insémination artificielle ou fécondation *in vitro* avec donneur.

On peut affirmer sans doute que, dans ce cas, la balance des intérêts pourrait aussi tenir compte du prescrit des articles 27 et 56, alinéa 1^{er}, de la loi PMA qui, même si ces dispositions ne concernent *a priori* que les relations entre donneurs et receveurs comme énoncé ci-dessus, prévoient néanmoins qu'en cas de

²⁰ C. const., 25 mai 2016, arrêt n° 77/2016, et 14 décembre 2016, arrêt n° 161/2016.

²¹ C. const., 7 mars 2013, arrêt n° 29/2013, 9 juillet 2013, arrêt n° 96/2013, 19 septembre 2014, arrêt n° 127/2014, 25 septembre 2014, arrêt n° 139/2014, et 12 mars 2015, arrêt n° 35/2015.

²² Voy. not. N. MASSAGER et J. SOSSON, « Filiation et Cour constitutionnelle », *op. cit.*, p. 45, n° 12 ; Y.-H. LELEU, « Filiation 2017 : l'intérêt bien pondéré », *Rev. trim. dr. fam.*, 1/2017, pp. 9 et s.

PMA, les règles du Code civil jouent « en faveur des auteurs du projet parental ». Dans le contexte d'une interprétation extensive des articles 27 et 56 de la loi PMA telle qu'elle sera évoquée ci-dessous²³, on pourrait comprendre qu'un poids important soit donné à la paternité d'intention.

Il n'empêche qu'il reste bien des incertitudes quant à la possibilité ou non de contester une reconnaissance dans ce cas, d'une part, et au sort potentiel qui pourrait être réservé à une telle action, d'autre part, ce que l'on ne peut que regretter²⁴.

b) L'établissement judiciaire de la filiation d'un enfant conçu hors mariage par PMA hétérologue

13. En cas d'insémination avec don de sperme ou implantation d'embryons conçus avec don de sperme, si, une fois l'enfant mis au monde, son compagnon refuse de le reconnaître, la mère non mariée ne dispose d'aucune autre possibilité que d'agir contre celui-ci en recherche de paternité sur pied de l'article 322 du Code civil.

La mère a 30 ans pour agir à dater de la naissance de l'enfant²⁵.

L'article 324 du même Code prévoit un système de preuve « en cascade » devant être rapportée pour que l'action soit déclarée fondée.

Tout d'abord, il est légalement prévu que « la possession d'état à l'égard du père prétendu prouve la filiation ». Si le compagnon s'est comporté comme un père et a été considéré comme tel par l'enfant et l'entourage de façon suffisamment continue, cette possession d'état pourra suffire²⁶. Mais pour autant que la désunion conjugale et le désinvestissement corrélatif du projet parental par le compagnon de la mère interviennent avant la naissance, il apparaît impossible d'asseoir l'action en recherche de paternité sur l'existence d'une possession d'état entre le compagnon de la mère et l'enfant.

À défaut de possession d'état, la paternité se prouve par toutes voies de droit, ce qui renvoie à la preuve d'un lien biologique entre le père prétendu et l'enfant. Dans l'hypothèse d'une PMA avec don de sperme, la preuve d'une paternité ne pourra être opérée par ce biais.

Enfin, la filiation est présumée si le père prétendu a entretenu des relations avec la mère pendant la période légale de conception ; mais on s'interroge quant à la portée que pourrait donner un tribunal à la présomption inférée de l'existence de relations entre la mère et le père prétendu pendant la période légale de conception dans le cadre spécifique de la PMA hétérologue hors mariage,

²³ Voy. *infra*, n° 14.

²⁴ Voy. égal. N. GALLUS, *Filiation, op. cit.*, pp. 177-178, n° 146, qui considère que l'absence de fin de non-recevoir équivalente à celle existant pour le couple marié constitue une discrimination dès lors qu'une valeur différente est donnée au consentement à la PMA selon que la mère est mariée ou non.

²⁵ En principe : voy. *supra*, note 5.

²⁶ Pour plus de détails sur la notion de possession d'état, voy. *supra*, note 7.

d'une part, et, d'autre part, l'article 332quinquies du Code civil prévoit textuellement que le tribunal « rejette en toute hypothèse la demande s'il est prouvé que celui ou celle dont la filiation est recherchée n'est pas le père ou la mère biologique de l'enfant ».

c) Quel rôle pour les articles 27 et 56, alinéa 1^{er}, de la loi du 6 juillet 2007 ?

14. Il est permis de s'interroger sur le point de savoir si ces principes du Code civil prévus pour les cas « classiques » de filiation ne doivent pas être adaptés, voire écartés, dès lors que les articles 27 et 56, alinéa 1^{er}, de la loi PMA disposent qu'à partir de l'insémination ou de l'implantation des gamètes ou des embryons donnés, « les règles de la filiation jouent en faveur du ou des auteurs du projet parental ».

Ainsi, le tribunal, dans le cadre d'une action mue par le compagnon contre le refus de la mère de consentir à la reconnaissance, ne pourrait-il pas se fonder sur l'engagement contenu dans la convention PMA combiné au principe contenu dans les articles 27 et 56 de la loi du 6 juillet 2007 pour autoriser la reconnaissance nonobstant le refus de la mère et l'absence de lien biologique si elle est conforme à l'intérêt de l'enfant ?

De la même manière, pourrait-on concevoir que le juge saisi par la mère agissant en établissement judiciaire de paternité puisse sur ces mêmes bases déclarer fondée l'action mue malgré l'absence à la fois de lien biologique et de possession d'état ?

Cette solution pourrait paraître satisfaisante en ce qu'elle permettrait au juge d'établir ou d'autoriser l'établissement du lien de filiation paternelle à l'égard d'un enfant né à la suite d'une PMA hétérologue dans le cadre d'un couple non marié nonobstant le désinvestissement du projet parental par le compagnon de la mère ou à l'inverse l'éviction dudit projet du premier par la seconde. Pour les auteurs de doctrine toutefois, elle apparaît dépasser largement la portée des dispositions contenues dans les articles 27 et 56 de la loi du 6 juillet 2007, qui – à la lecture des travaux préparatoires – apparaissent n'avoir pour objet que les rapports entre le(s) receveur(s) et le(s) donneurs, protégeant ceux-ci des actions de ceux-là et vice-versa, et, en tout état de cause, n'avoir pas la nature d'une règle dérogatoire au droit commun de la filiation qui permettrait au juge de s'écarter du prescrit, par exemple, des articles 324 ou 329bis du Code civil²⁷.

²⁷ Voy. not. M.-N. DERÈSE et G. WILLEMS, « La loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes », *Rev. trim. dr. fam.*, 2008/2, pp. 354 et 355; N. GALLUS, *Le droit de la filiation. Rôle de la vérité socio-affective et de la volonté en droit belge, op. cit.*, p. 350, n° 332; N. GALLUS, *Filiation, op. cit.*, pp. 177 et s., n° 146; G. GENICOT, « La maîtrise du début de la vie : la loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée », *J.T.*, 2009, p. 21; J. SOSSON, « Procréation médicalement assistée avec donneur et action en recherche de paternité : quelle interprétation donner aux articles 27 et 56 de la loi du 6 juillet 2007 ? », *Rev. trim. dr. fam.*, 2010/4, p. 1105.

Certaines juridictions n'ont en revanche pas hésité à franchir le pas et adopter une position beaucoup plus « progressiste ».

Ainsi, le Tribunal civil de Dinant²⁸, en 2009, a considéré que les articles 27 et 56, alinéa 1^{er}, de la loi PMA devaient être interprétés comme permettant l'établissement judiciaire, à la demande de la mère, de la paternité d'un homme non marié ayant eu recours à une PMA avec don de gamètes hétérologues décédé d'un cancer peu après la naissance des enfants sans avoir pu procéder à une reconnaissance prénatale. Le tribunal a considéré que ces dispositions de la loi PMA perdraient leur sens et leur portée si on ne les interprétait pas comme permettant d'écarter purement et simplement la règle du Code civil qui prévoit le rejet de l'action quand il est prouvé que le père prétendu n'est pas le père biologique de l'enfant.

Dans un autre cas un peu plus récent, les tribunaux avaient été saisis par un homme stérile qui avait eu avec la mère un projet parental attesté dans une convention PMA mais se voyait refuser par la mère le consentement à la reconnaissance d'un enfant issu d'une insémination avec donneur postérieure à la rupture du couple et de la cohabitation légale qui avait existé entre eux. Entre-temps, l'enfant avait même été reconnu par un autre homme. Une chambre néerlandophone de la Cour d'appel de Bruxelles²⁹ a confirmé, en 2012, le jugement prononcé par le tribunal de la famille et l'a autorisé à reconnaître l'enfant nonobstant le refus de la mère en considérant qu'il y avait bien eu en l'espèce une convention PMA faisant de cet homme l'auteur du projet parental, que la rupture ne lui ôtait pas la qualité de père d'intention de cet enfant et que le législateur avait voulu, par la formule lapidaire des articles 27 et 56, alinéa 1^{er}, de la loi PMA prévoyant que les règles du Code civil doivent « jouer en faveur des auteurs du projet parental », écarter ou modifier, en cas de don de sperme, les règles renvoyant à la paternité biologique pour les remplacer par des règles équivalentes en faveur du père d'intention qui, avec la mère, a consenti à la fécondation *in vitro* dans le contrat signé avec le centre de fertilité, sans qu'il n'y ait besoin que le législateur modifie ces règles. La cour a donc assimilé le père d'intention à un père biologique et dès lors procédé, comme il se doit³⁰, au contrôle de la non-contrariété de cette reconnaissance avec l'intérêt de l'enfant. Considérant en l'espèce que cette reconnaissance³¹ n'était pas contraire à l'intérêt de l'enfant, elle a confirmé le jugement qui l'autorisait.

On peut considérer que cet arrêt va assez voire très loin dans une interprétation extensive des articles 27 et 56 de la loi PMA³².

²⁸ Civ. Dinant (1^{re} ch.), 5 mars 2009, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010/4, p. 1095, note J. Sosson.

²⁹ Bruxelles (3^e ch.), 29 mai 2012, *T. Fam.*, 2013/8, p. 201, note U. CERULUS; *Rev. trim. dr. fam.*, 2014/1, p. 212 (somm.).

³⁰ Voy. *supra*, n° 2.

³¹ Qui ne sortira ses effets que si et lorsque la reconnaissance opérée par le nouveau compagnon de la mère était judiciairement contestée et mise à néant.

³² U. Cerulus, sans contester en tant que telle l'application extensive des articles 27 et 56 de la loi PMA, considère quant à elle que la Cour aurait dû, dans ce cas d'espèce particulier, considérer que la rupture

Il est difficile de dire s'il convient de considérer ces cas de jurisprudence comme isolés ou comme révélateurs d'une réelle montée en puissance de la parenté d'intention comme fondement de la filiation après PMA.

On notera en tout cas que dans ces deux cas de jurisprudence publiés, il s'agissait d'établir une filiation paternelle envers un homme qui ne s'était nullement désinvesti du projet parental. Il est difficile d'évaluer si un tribunal oserait, à l'heure actuelle, affirmer qu'il conviendrait, sur base d'une interprétation téléologique des articles 27 et 56 de la loi PMA, d'imposer judiciairement une paternité légale à un homme qui se serait désinvesti du projet parental et refuserait de devenir le père juridique de l'enfant... Si (et seulement si) l'on considère, comme la Cour d'appel de Bruxelles, qu'en cas de procréation avec don de sperme, il convient d'assimiler l'homme ayant signé la convention PMA au père biologique, sans doute serait-ce logique. On devrait alors regretter, tant ici pour le père d'intention que pour le père biologique dans les PMA homologues ou dans la filiation « classique »³³, que dans ce cas, aucun contrôle de l'intérêt de l'enfant ne soit opéré, alors que ce contrôle est incontournable, et potentiellement ravageur, si le père d'intention ou le père biologique doivent « se battre contre la mère » pour établir leur filiation...

Chapitre 2 PMA *post mortem*

15. Une PMA *post mortem* avec des gamètes ou embryons surnuméraires est possible en Belgique si le contrat le prévoit (art. 15 et 44 de la loi PMA).

Des restrictions sont néanmoins posées dès lors que les articles 16 et 45 de la loi PMA prévoient qu'il ne peut être procédé à l'insémination ou à l'implantation d'embryons surnuméraires *post mortem* qu'au minimum 6 mois et au maximum 2 ans après le décès.

du couple et la cessation de la cohabitation légale induisait la disparition de la cause du contrat ou son anéantissement via la réalisation d'une condition résolutoire, de sorte que cet homme ne devait plus être comme le père d'intention (U. CERULUS, « Het lot van de MBV-overeenkomst na beëindiging van de wettelijke samenwoning van de wensouders voor de bevruchting », note sous Bruxelles, 29 mai 2012, *T. Fam.*, 2013/8, pp. 205 et s.).

³³ Voy. *supra*, note 8.

Section 1

Établissement de la filiation *post mortem*§ 1. PMA *post mortem* avec utilisation du sperme ou d'un embryon fécondé avec le sperme du mari ou compagnon décédé

16. Les restrictions posées par la loi quant au moment de l'insémination ont une incidence importante quant à l'établissement de la filiation paternelle de l'enfant : si une femme est inséminée avec le sperme de son défunt mari ou si un embryon conçu avec les gamètes de celui-ci est réimplanté, il est par définition impossible que la présomption de paternité à l'égard de celui-ci prévue à l'article 315 du Code civil s'applique, puisque celle-ci ne s'étend « que » aux enfants nés dans les 300 jours (soit approximativement 10 mois) qui suivent la dissolution du mariage, en l'espèce le décès.

Par ailleurs, que la femme ait été mariée ou non, une reconnaissance n'est pas possible puisque l'homme est décédé et qu'une reconnaissance anténatale nécessite que l'enfant soit conçu (art. 328, § 3, C. civ.)³⁴. Il apparaît en outre impossible, en l'état actuel du droit belge, de considérer que la conception de l'enfant se situerait au moment de la cryoconservation ou de la fécondation *in vitro* de l'embryon avec le sperme du mari en cas de transplantation d'un embryon surnuméraire. On peut affirmer, avec Nicole Gallus³⁵ et Nathalie Massager³⁶, que dans l'état actuel du droit de la filiation, la conception de l'enfant coïncide avec le début de la grossesse, et donc au moment de l'insémination ou de l'implantation dans le corps de la mère.

L'action en établissement judiciaire de la paternité est donc la seule voie juridique ouverte.

Elle peut être mobilisée par la mère ou l'enfant dans un délai de 30 ans à dater de la naissance³⁷.

La difficulté se situera dans la preuve à rapporter : comme indiqué ci-dessus³⁸, un système de preuves « en cascade » est prévu par le législateur.

Tout d'abord, la possession d'état prouve la filiation. Mais, par définition, une telle possession d'état fera défaut puisque l'enfant naîtra bien après le décès du père. Si dans certaines hypothèses particulières, les tribunaux ont parfois retenu l'existence d'une possession d'état anténatale, en d'autres termes tenu compte de comportements de père antérieurs à la naissance³⁹, il semble pos-

³⁴ N. MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître*, op. cit., p. 482.

³⁵ N. GALLUS, *Filiation*, op. cit., pp. 174-175, n° 145; N. MASSAGER, « Chapitre 7. Le début et la fin de la personnalité », in *Traité de droit civil belge*, t. I, *Les personnes*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 49, n° 23.

³⁶ N. MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître*, op. cit., pp. 787 et s.

³⁷ Art. 331ter du Code civil.

³⁸ Voy. *supra*, n° 13.

³⁹ Voy. sur ce point N. MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître*, op. cit., pp. 193 et s.; N. GALLUS, *Le droit de la filiation. Rôle de la vérité socio-affective et de la volonté en droit belge*, op. cit., pp. 132 et s.

sible⁴⁰, mais selon nous assez improbable, qu'un tribunal considère que la seule signature de la convention PMA et l'implication dans le processus procréatif avant l'insémination ou l'implantation à l'origine de l'enfant suffisent à créer une possession d'état suffisamment élaborée et continue.

Ensuite, à défaut de possession d'état, l'article 324 du Code civil prévoit que la filiation se prouve par toutes voies de droit, ce qui suppose la preuve d'une paternité biologique. Si les gamètes du défunt ont été utilisés ou si un embryon conçu avec celles-ci est réimplanté, il s'agirait « seulement » d'en rapporter la preuve. La convention PMA et une attestation quant à l'intervention *post mortem* devraient logiquement suffire.

§ 2. PMA *post mortem* avec utilisation d'un embryon fécondé avec le sperme d'un donneur

17. En cas de réimplantation *post mortem* d'un embryon conçu avec le sperme d'un donneur, l'établissement de la filiation à l'égard du père d'intention pourra poser problème. En effet, ni l'existence d'une possession d'état, ni la preuve d'une paternité biologique ne pourront être rapportées. Le dernier type de preuve légalement prévu à l'article 324 du Code civil, à savoir celle de relations sexuelles durant la période légale de conception de l'enfant, sera également non pertinent dans ce cas dès lors que cette période, s'étendant, conformément à l'article 326 du Code civil, du 300^e au 180^e jour avant la naissance, se situera nécessairement après le décès. Par ailleurs, l'article 332quinquies, § 3, du Code civil prévoit que « le tribunal rejette en toute hypothèse la demande s'il est prouvé que celui [...] dont la filiation est recherchée n'est pas le père [...] biologique de l'enfant »...

Il faudrait donc une interprétation large ou téléologique des articles 27 et 56 de la loi PMA, à l'instar de celle réalisée en 2009 par le Tribunal civil de Dinant dans l'affaire évoquée ci-dessus⁴¹ (qui ne concernait pas une insémination ou implantation, mais seulement une naissance *post mortem*), pour qu'un tribunal saisi dans le cas d'une insémination ou implantation *post mortem* avec donneur admette de faire jouer les règles du Code civil (en l'espèce les conditions posées quant à la preuve à rapporter dans une action en recherche de paternité) « en faveur » des auteurs du projet parental, c'est-à-dire dans ce cas du père d'intention décédé. Ou encore que le tribunal considère, à l'instar de la 3^e chambre de la Cour d'appel de Bruxelles⁴², que ces dispositions légales impliquent de considérer l'homme qui a signé la convention PMA comme père d'intention et que

⁴⁰ N. MASSAGER, dès avant la loi PMA (*Les droits de l'enfant à naître*, op. cit., p. 484), considérait quant à elle qu'une possession d'état préconceptionnelle issue de l'engagement de l'homme dans le programme de PMA devrait pouvoir être retenue.

⁴¹ Civ. Dinant (1^{re} ch.), 5 mars 2009, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010/4, p. 1095, note J. Sossion. Voy. *supra*, n° 14.

⁴² Bruxelles (3^e ch.), 29 mai 2012, *T. Fam.*, 2013/8, p. 201, note U. CERULUS; *Rev. trim. dr. fam.*, 2014/1, p. 212. Voy. *supra*, n° 14.

le décès – pas plus que la séparation comme dans l'affaire tranchée par la cour d'appel – n'y change rien, et que le législateur a voulu par ces dispositions de la loi PMA écarter ou modifier les règles du Code civil en faveur de ce père d'intention sans qu'il n'y ait besoin d'une modification formelle de celle-ci par le législateur.

Nous ne sommes pas en mesure de dire, à ce jour, si un tribunal ou une cour irait jusque là, même si nous ne l'excluons pas...

§ 3. PMA *post mortem* avec utilisation d'un ovule ou embryon fécondé avec un ovule d'une femme décédée

18. Rien ne prohibe l'insémination d'un ovule ou l'implantation d'un embryon fécondé avec un ovule d'une femme décédée. Les articles 15 et 44 de la loi PMA ne font sur ce point aucune distinction.

L'hypothèse où un ex-mari ou partenaire demanderait la fécondation ou l'implantation d'un embryon fécondé avec l'ovule de sa femme nécessitera dans tous les cas le recours à une femme pour porter l'enfant, et donc une gestation pour autrui. Cette hypothèse ne sera donc pas analysée ici⁴³, sauf pour mentionner que la femme qui accouche sera désignée mère légale de l'enfant.

Un autre cas de figure serait l'insémination et/ou l'implantation d'un embryon conçu avec les ovocytes d'une femme en couple avec une autre femme et le sperme d'un donneur chez la femme survivante. Même si on peut douter que le législateur en 2007 ait pensé à cette hypothèse, il ne nous semble pas que les articles 15 et 44 de la loi PMA excluent ce cas de figure. La femme qui aura mené à bien la grossesse sera la mère légale dès lors qu'elle accouchera de l'enfant. Si elle était mariée, la femme défunte ayant fourni l'ovocyte ne pourra en aucun cas être considérée comme la co-mère de l'enfant par application de la présomption de comaternité décrite ci-dessous⁴⁴ dès lors que la fécondation ou l'implantation ne peut avoir lieu au plus tôt que six mois après la naissance, impliquant une naissance de l'enfant nécessairement plus de 300 jours après la dissolution du mariage. Une reconnaissance de l'enfant préconceptionnelle pourrait-elle valablement être opérée par la pourvoyeuse d'ovules de son vivant? Comme en cas d'utilisation de sperme d'un homme décédé, nous ne pensons pas que cela soit possible en l'état actuel du droit belge. Restera la possibilité d'établir judiciairement une comaternité, en recourant, au niveau de la preuve, soit à la notion de possession d'état préconceptionnelle⁴⁵, soit, et bien plus simplement, à l'article 325/9, alinéa 2, du Code civil qui prévoit que «[...] la filiation à l'égard de la coparente se prouve par le consentement à la procréation médicalement assistée donné conformément à l'article 7 de la loi du 6 juillet 2007»⁴⁶.

⁴³ Nous renvoyons à la contribution de N. MASSAGER dans cet ouvrage.

⁴⁴ Voy. *infra*, n° 22.

⁴⁵ Mais nous doutons de la pertinence de cette notion; voy. *supra*, n° 16.

⁴⁶ Voy. *infra*, n° 27.

Section 2

Conséquences de la filiation

19. Si le lien juridique de paternité avec le défunt est établi, d'épineuses questions juridiques se posent alors quant aux conséquences de cet établissement.

Le principe général en matière d'établissement judiciaire de la filiation est que, s'agissant d'une action modifiant l'état d'une personne, le jugement a un effet déclaratif; il déclare l'état qu'une personne, en l'espèce l'enfant, est censée avoir toujours eu. La filiation est alors censée avoir existé depuis la naissance de l'enfant.

En matière de successions et libéralités, des dispositions particulières du Code civil sont prévues en faveur de l'enfant non pas né mais simplement conçu au moment du décès. L'article 725 du Code civil, tout en affirmant le principe selon lequel pour pouvoir succéder il faut exister à l'instant de l'ouverture de la succession, c'est-à-dire au jour du décès, précise que celui qui n'est pas conçu, d'une part, et celui qui n'est pas né vivant, d'autre part, ne peuvent succéder. *A contrario*, un enfant simplement conçu et ensuite né vivant et viable pourra hériter. De même, l'article 906 du Code civil prévoit que pour être capable de recevoir par donation ou testament, il suffit d'être conçu au moment de la donation ou du décès du testateur, même s'il faut naître vivant et viable.

Il s'agit d'applications légales du principe selon lequel un enfant simplement conçu est réputé né chaque fois qu'il y va de son intérêt (*Infans conceptus pro iam nato habetur quoties de commodis ejus agitur*).

Si l'enfant venu au monde peut, par application du principe «*infans conceptus...*», faire remonter sa personnalité juridique au jour de sa conception, en cas de PMA *post mortem*, cette conception se situe au moment de l'insémination ou de l'implantation⁴⁷. Il n'est pas possible, en l'état actuel du droit belge, de considérer que la conception de l'enfant se situerait au moment de la conception de l'embryon si celle-ci a eu lieu avant le décès⁴⁸. Les enfants issus d'une insémination *post mortem* ne pourront donc pas bénéficier de ces dispositions et, en l'état actuel du droit belge, hériter de leur parent défunt⁴⁹.

Seule une interprétation très extensive de l'article 745 du Code civil, qui prévoit que «les enfants et leurs descendants succèdent à leur père et mère, aïeuls, aïeules, ou autres ascendants, sans distinction de sexe ni de progéniture, et encore qu'ils n'aient pas les mêmes parents et quel que soit le mode d'établissement de leur filiation», pourrait peut-être permettre d'envisager de leur conférer des droits successoraux.

⁴⁷ Voy. *supra*, n° 16.

⁴⁸ Dans le même sens, N. MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître*, op. cit., p. 791, n° 348.

⁴⁹ Dans le même sens, J. FILLINBAUM, «*Livre I. Les successions*», in A.-Ch. VAN GYSEL (dir.), *Précis du droit des successions et des libéralités*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 17.

On ne dispose malheureusement d'aucune jurisprudence en la matière. Par ailleurs, à supposer qu'une telle interprétation soit retenue et que l'enfant puisse succéder, une disposition particulière (art. 828 C. civ.) limiterait ses droits : un héritier dont le lien de parenté avec le défunt est établi plus de six mois après l'ouverture de la succession (ce qui sera le cas d'un enfant né après une PMA *post mortem*) ne peut contester la validité des actes déjà accomplis par les autres héritiers et réclamer sa part de l'héritage en nature.

Chapitre 3 Comaternité

Section 1

La loi du 5 mai 2014⁵⁰

20. Plusieurs propositions de loi avaient été déposées dès 2010 visant à étendre la présomption de paternité aux couples lesbiens, créant une présomption de « comaternité » légale. Cédant, en toute fin de législature, à une pression politique certaine, le législateur a adopté « au pas de charge » la loi du 5 mai 2014 établissant la filiation de la coparente, qui est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2015 et insère dans notre Code civil de nouveaux articles 325/1 à 325/10⁵¹. Antérieurement, l'établissement d'un double lien de filiation à l'égard de deux personnes de même sexe passait nécessairement par une adoption par l'une d'entre elles, ce qui impliquait nécessairement une procédure judiciaire et un contrôle de l'intérêt de l'enfant.

Le recours à l'adoption par les couples de femmes en suite d'un processus de PMA avait cependant donné lieu à des difficultés, notamment dans les cas où le couple s'était séparé avant que l'adoption ait lieu. En effet, dans ce type de situations, la mère de l'enfant pouvait refuser de consentir à l'adoption (art. 3483 C. civ.) tandis que la condition de cohabitation prévue à l'article 343, § 1^{er}, b), du Code civil n'était plus nécessairement remplie. Saisie de ces deux difficultés, la Cour constitutionnelle avait conclu à la violation de la Constitution dans deux arrêts rendus tous deux le 12 juillet 2012⁵².

⁵⁰ Voy. aussi, et pour plus de détails sur tous les points évoqués ci-dessous, les analyses de 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, pp. 455-495 ; J.-E. BEERNAERT et N. MASSAGER, « La loi du 15 mai 2014 instaurant le régime de la comaternité : "Trois femmes, un homme et un couffin" », *Act. dr. fam.*, 2015/4, pp. 74-84 ; N. GALLUS, *Filiation, op. cit.*, pp. 147-155 ; G. MATHIEU, A. ROLAND et R. HAZÉE, *Manuel pratique de la filiation, op. cit.*, pp. 111-113 ; L. PLUYM, « Juridisch statuut voor meemoeders – Commentaar bij de wet van 5 mei 2014 », *T. Fam.*, 2015/1, pp. 515 ; G. SEGHERS et F. SWENNEN, « Meemoederschap zonder adoptie – De wet van 5 mei 2014 tot vaststelling van de afstamming van de meemoeder », *R.G.D.C.*, 2014, pp. 480-486.

⁵¹ Loi du 5 mai 2014 établissant la filiation de la coparente, M.B., 7 juillet 2014, p. 51703.

⁵² C. const., 12 juillet 2012, arrêts n^{os} 93/2012 et 94/2012. Dans un arrêt n^o 94/2015 du 25 juin 2015, la Cour constitutionnelle a par ailleurs précisé que « l'intérêt potentiel de l'enfant à bénéficier d'un

Prenant acte de ces arrêts rendus par la Cour⁵³, le législateur a décidé de considérer, malgré les différentes interrogations que l'on peut assurément formuler à cet égard⁵⁴, que le projet parental commun de deux femmes mariées suffirait désormais à fonder l'établissement d'un double lien de filiation.

Suivant les auteurs de la proposition de loi déposée au Sénat, « un couple de même sexe ayant un désir conjoint d'avoir un enfant et la volonté conjointe ou non de traverser le parcours difficile et parfois long de la procréation médicalement assistée doit encore traverser une longue procédure d'adoption, incluant un cours préparatoire et éventuellement une enquête sociale, avant que la filiation à l'égard de l'époux ou du partenaire de même sexe puisse être établie »⁵⁵.

Constatant que « dans le cadre d'une procédure d'adoption concernant l'enfant commun, le co-parent est entièrement tributaire de l'attitude du parent juridique d'origine puisque celui-ci doit donner son consentement à l'adoption par le co-parent », la proposition de loi tendait à « régler la protection juridique de l'enfant et du co-parent non plus via l'adoption mais en adaptant les règles de filiation existantes »⁵⁶.

21. La nouvelle loi introduit un Chapitre II/1 dans le Titre du Code civil consacré à la filiation (Livre I^{er}, Titre VII) qui est intitulé « De l'établissement de la filiation à l'égard de la coparente ».

On notera que les dispositions de ce chapitre permettent l'établissement d'un lien de comaternité entre une femme et l'enfant mis au monde par son épouse ou sa partenaire de même sexe non seulement ensuite d'un processus de PMA, mais aussi à la suite de procédés plus artisanaux impliquant la participation d'un « donneur amical ». Nous n'envisagerons pas cette dernière hypothèse, qui n'est pas sans engendrer des situations particulièrement complexes, la présente contribution portant sur l'établissement de la filiation après une procréation médicalement assistée.

Il faut relever, à titre liminaire, que le législateur de 2014 a choisi de « copier-coller », dans ces nouvelles dispositions introduites dans le Code civil à propos de la filiation comaternelle, les règles applicables aux filiations maternelle et

double lien de filiation juridique l'emporte en principe sur le droit de la mère de refuser son consentement à l'adoption par la femme avec laquelle elle était mariée, qui avait conçu avec elle un projet parental avant la naissance de l'enfant et avait poursuivi sa réalisation après celle-ci [...].

⁵³ Proposition de loi portant établissement de la filiation du co-parent, *Doc. parl.*, Sénat, sess. 2013-2014, n^o 5-2445/1, p. 2.

⁵⁴ On peut sérieusement s'interroger sur l'opportunité d'adopter une réforme aussi importante d'un point de vue juridique et anthropologique sans l'inscrire dans une réflexion globale sur le sens de la filiation. On peut aussi s'interroger sur l'opportunité d'une transposition aux couples de femmes des règles relatives à l'établissement d'une filiation paternelle dans les couples de sexe différent. On peut enfin s'interroger sur l'opportunité d'introduire un biais de genre au sein des couples de même sexe, les couples d'hommes devant quant à eux recourir à l'adoption et/ou à la gestation pour autrui.

⁵⁵ Proposition de loi portant établissement de la filiation du co-parent, *Doc. parl.*, Sénat, sess. 2013-2014, n^o 5-2445/1, p. 5.

⁵⁶ *Ibid.*

paternelle en remplaçant « simplement » la référence au lien biologique par une référence au consentement au projet procréatif. Pareille méthode pose assurément question au regard, en particulier, des nombreux arrêts de la Cour constitutionnelle censurant différentes règles applicables à la procréation « naturelle ».

Quoi qu'il en soit, les règles relatives à l'établissement de la filiation comaternelle sont très proches de celles applicables à la filiation maternelle ou paternelle telles qu'exposées ci-avant⁵⁷. Le choix a cependant été posé de les traiter dans le Code civil séparément dans la mesure où les nouvelles dispositions du Code civil relatives à la comaternité ont principalement vocation à s'appliquer dans des cas où il est recouru à la PMA.

Section 2

PMA dans un couple de femmes mariées

§ 1. Établissement de la filiation

22. L'enfant mis au monde par une femme mariée est désormais immédiatement rattaché à l'épouse de la mère au titre de la présomption de comaternité prévue à l'article 325/2 du Code civil. Suivant cette disposition, « l'enfant né pendant le mariage ou dans les trois cents jours qui suivent la dissolution ou l'annulation du mariage, a pour coparente l'épouse ». Les articles 316*bis* (désactivation de la présomption dans trois hypothèses de séparation officielle du couple) et 317 (application de comaternité après remariage de la mère dans les 300 jours suivant la dissolution de son précédent mariage) sont, comme dans le mariage hétérosexuel, d'application⁵⁸.

§ 2. Contestation de la filiation

23. L'article 325/3 du Code civil permet de contester la comaternité de l'épouse lorsque ce lien de comaternité ne correspond pas à la réalité d'un projet parental commun aux épouses.

Suivant l'article 325/3 du Code civil, la comaternité établie par présomption peut être contestée par la mère, l'enfant, la coparente à l'égard de laquelle la filiation est établie, la femme qui revendique la comaternité de l'enfant⁵⁹ et l'homme qui revendique la paternité de l'enfant.

⁵⁷ Voy. *supra*, n° 2.

⁵⁸ Ainsi que l'article 316 du Code civil stipulant l'inapplication de la présomption aux enfants nés plus de 300 jours après une décision constatant une présomption d'absence au sens des articles 112 et suivants du Code civil.

⁵⁹ S'agissant d'une action introduite par une femme revendiquant la comaternité, on peut songer à l'hypothèse où une femme aurait entrepris un projet procréatif avec une femme avant de se marier avec une autre femme (projet procréatif antérieur au mariage) ou à l'hypothèse où une femme aurait entre-

Les délais pour agir valablement sont calqués sur ceux de l'action en contestation de la paternité du mari (art. 325/3, § 2, C. civ.) : la mère légale doit agir dans l'année de la naissance ; l'épouse a un an à dater de la découverte de ce que la naissance de l'enfant n'est pas la concrétisation d'un projet parental qu'elle a mis en œuvre avec la mère ; la femme qui revendique la comaternité a un an à dater de la découverte de ce que la naissance de l'enfant est la concrétisation d'un projet qu'elle a mis en œuvre avec la mère ; l'homme qui revendique la paternité doit agir dans l'année de la découverte du fait qu'il est le père biologique ; enfin, l'enfant peut agir entre 12 et 22 ans ou dans l'année de la découverte qu'il n'est pas le fruit d'un acte à visée procréative auquel l'épouse de sa mère a consenti. Notons cependant que ce délai légalement imposé à l'enfant, et qui est directement importé du régime de la contestation de la paternité du mari, serait certainement jugé contraire à la Constitution si une question préjudicielle devait être posée⁶⁰.

La loi du 5 mai 2014 a donné à la possession d'état le même rôle de fin de non-recevoir absolue dans le régime de la comaternité que dans celui de la maternité et de la paternité (art. 325/3, § 1^{er}, C. civ.). Il est clair que cet obstacle absolu à la contestation de la comaternité présumée serait probablement considéré inconstitutionnel si une question préjudicielle venait à être posée⁶¹.

S'agissant du fondement de l'action en contestation de comaternité, c'est à nouveau l'existence d'un projet procréatif commun aux épouses (et pas le lien biologique) qui constitue l'élément d'appréciation. Ainsi, aux termes de l'article 325/3, § 3, du Code civil, l'action en contestation de la comaternité présumée est « déclarée fondée sauf s'il est prouvé par toutes voies de droit que l'épouse a consenti, préalablement à la conception, à l'insémination artificielle ou à un autre acte ayant la procréation pour but, sauf si la conception ne peut en être la conséquence ». En d'autres termes, le juge refusera nécessairement de briser le lien de filiation comaternel établi par la présomption prévue à l'article 325/2 du Code civil s'il est établi que l'épouse de la mère a formé avec elle un projet procréatif impliquant une insémination artificielle ou « un autre acte » ayant la procréation pour but.

Lorsque l'action en contestation de comaternité est introduite par une personne qui revendique la comaternité ou la paternité, le législateur prévoit – comme dans le cas d'une contestation de paternité – qu'il y a lieu d'apporter une double preuve et que l'action a un double effet (art. 325/3, §§ 4 et 5, C. civ.). Deux hypothèses doivent être envisagées : si c'est le père biologique qui agit, il faudra qu'il prouve que l'enfant n'est pas issu d'un projet parental auquel la coparente a consenti (première preuve) et qu'il est quant à lui le père biologique (deuxième preuve) (art. 325/3, § 4, C. civ.) ; si c'est une « troisième

pris un projet procréatif avec une femme alors qu'elle est mariée avec une autre femme (projet procréatif extérieur au mariage).

⁶⁰ Voy. *supra*, n° 12.

⁶¹ *Ibid.*

femme» qui agit, il faudra qu'elle prouve que l'enfant n'est pas issu d'un projet parental auquel l'épouse a consenti (première preuve) et qu'elle a eu quant à elle un projet parental commun avec la mère en consentant à la PMA conformément à la loi du 6 juillet 2007 (deuxième preuve) (art. 325/3, § 5, C. civ.). Si la double preuve est rapportée par l'un ou l'autre de ces titulaires de l'action en contestation de comaternité, la décision entraîne de plein droit établissement de la filiation dans leur chef. En outre, puisqu'il s'agit aussi d'une action susceptible d'aboutir à l'établissement judiciaire d'un lien de filiation, le respect des conditions de l'article 332quinquies du Code civil – tel qu'il a pu être «remodelé» par la Cour constitutionnelle – sera expressément vérifié par le tribunal de la famille : si la mère s'oppose à l'établissement de la comaternité à son égard, le tribunal devra examiner que celui-ci n'est pas contraire à l'intérêt de l'enfant (art. 325/3, §§ 4 et 5, *in fine*, C. civ.).

Section 3

PMA dans un couple de femmes non mariées

§ 1. La reconnaissance de comaternité

a) Reconnaissance consensuelle

24. L'article 325/4 du Code civil permet à la coparente non mariée de reconnaître l'enfant mis au monde par sa compagne. Les conditions d'une telle reconnaissance de comaternité sont en tous points identiques – sur le plan du fond (conditions et consentements) aussi bien que sur le plan de la forme (art. 327 C. civ.) – à celles applicables à la reconnaissance paternelle ou maternelle (art. 325/4, al. 1^{er}, et 329bis C. civ.)⁶².

L'article 329 du Code civil, tel que remplacé par la loi de 2014, prévoit au demeurant qu'«un enfant ne peut pas faire l'objet de plus de deux liens de filiation produisant effet» (art. 329, al. 1^{er}, C. civ.). Il s'ensuit, d'une part, qu'un enfant ne peut être reconnu que par une seule coparente (art. 329, al. 2, C. civ.) et, d'autre part, qu'un enfant ne peut à la fois être reconnu par un homme et par une coparente (art. 329, al. 3, C. civ.). En somme, une femme ne peut reconnaître la comaternité d'un enfant que si ce dernier n'a aucun lien de filiation paternelle ou comaternelle déjà établi.

b) Action en autorisation de reconnaissance

25. Si une femme non mariée inséminée avec le sperme d'un donneur ne consent pas à la reconnaissance que voudrait opérer sa compagne ou son ex-compagne, l'article 325/4 du Code civil permet à celle-ci d'agir en autorisation de reconnaissance.

⁶² Voy. *supra*, n^{os} 9 et 11.

Le régime juridique de cette action est presque entièrement emprunté à celui de l'action en autorisation de reconnaissance maternelle ou paternelle, l'article 325/4, alinéa 2, du Code civil renvoyant expressément à l'article 329bis du même Code⁶³.

La seule différence, fondamentale, est que dans le cas de la filiation maternelle ou paternelle, l'article 329bis, § 2, alinéa 3, prévoit que le juge rejette la demande en autorisation de reconnaissance s'il est établi que le demandeur n'est pas la mère ou le père, alors que dans le cas de la filiation comaternelle, l'article 325/4 prévoit, par dérogation à l'article 329bis, que le juge rejette la demande en autorisation de reconnaissance «s'il est établi que [la demanderesse] n'a pas consenti à la conception conformément à la loi du 6 juillet 2007 [...] ou que la conception ne peut en être la conséquence».

La compagne de la mère ne pourra donc être autorisée à reconnaître l'enfant que s'il est établi qu'elle a été partie avec la mère à une convention de PMA visée à l'article 7 de la loi PMA du 6 juillet 2007 et à condition que l'enfant soit bien le fruit des actes de PMA posés en exécution de cette convention.

La partenaire non mariée est donc mieux protégée en cas de recours à la PMA dans le cadre d'un couple de femmes que le partenaire d'un couple hétérosexuel. En effet, alors même que, par hypothèse, il n'y a pas de lien biologique entre l'enfant et elle⁶⁴, la compagne de la mère est susceptible de pouvoir établir sa filiation à l'égard de l'enfant et cela même si la mère refuse de consentir à la reconnaissance, ce qui n'est pas garanti à l'homme du couple de sexe différent dans la même situation⁶⁵.

S'il est démontré que la demanderesse a bien été partie à la convention de PMA et que cette PMA a donné lieu à la naissance de l'enfant, alors le système mis en place par l'article 329bis est d'application : le juge doit exercer un contrôle en opportunité au regard de l'intérêt de l'enfant. Au regard des arrêts de la Cour constitutionnelle rendus à propos de l'article 329bis, ce contrôle ne serait pas marginal et n'est pas limité aux enfants de plus d'un an⁶⁶.

c) Contestation de reconnaissance

26. Une reconnaissance opérée par la coparente peut faire l'objet d'une contestation judiciaire pour la mettre à néant.

Les conditions d'une telle action quant aux titulaires pouvant agir, aux délais prescrits et à la fin de non-recevoir issue de la possession d'état sont similaires à celles prévues pour l'action en contestation de la présomption de comaternité, avec les mêmes remarques. On se reportera aux principes énoncés ci-dessus

⁶³ Voy. *supra*, n^o 11.

⁶⁴ Hormis dans le cas d'une fécondation *in vitro* opérée avec son ovocyte avec implantation chez sa partenaire.

⁶⁵ Voy. *supra*, n^{os} 11 et 14.

⁶⁶ Voy. *supra*, n^o 2.

(*supra*, n° 23), tout en soulignant qu'ici aussi, c'est l'existence d'un projet procréatif commun aux deux femmes (et pas le lien biologique) qui constitue l'élément d'appréciation dès lors qu'aux termes de l'article 325/7, § 2, du Code civil, l'action en contestation de la comaternité reconnue est anéantie «s'il est prouvé par toutes voies de droit que l'intéressé n'a pas consenti à la conception conformément à la loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes ou que la conception ne peut en être la conséquence». En d'autres termes, le juge refusera nécessairement de briser le lien de filiation comaternel établi par reconnaissance s'il est établi que la femme qui a reconnu l'enfant de la mère a formé avec elle un projet procréatif dans le cadre de la loi du 6 juillet 2007 sur la PMA.

Si c'est la femme qui a eu avec la mère un projet parental et cosigné la convention qui agit pour contester la reconnaissance qu'aurait opérée une autre femme, elle devra non seulement prouver que cette dernière n'a pas consenti à l'acte procréatif et qu'au contraire, elle y a consenti (l'un entraînant l'autre) pour que son lien juridique de comaternité soit établi; si la mère s'oppose à l'établissement de la comaternité à son égard, le juge appréciera si cela serait, ou non, contraire à l'intérêt de l'enfant⁶⁷. On notera de plus que la Cour constitutionnelle a, par un arrêt n° 24/2017 du 16 février 2017, considéré que l'article 325/7, § 1^{er}, alinéa 5, du Code civil viole les articles 10 et 11 de la Constitution combinés ou non avec les articles 8 et 14 de la CEDH «en ce que le délai de forclusion imparti par cette disposition à la femme qui revendique la comaternité peut débiter avant la reconnaissance contestée»⁶⁸.

§ 2. La recherche de comaternité

27. Si la compagne ou l'ex-compagne de la mère n'entend pas reconnaître l'enfant, sa filiation comaternelle peut être établie par le biais d'une action en recherche de comaternité organisée par les articles 325/8 et 325/9 du Code civil.

Ici aussi, il faut relever que les modalités de l'action sont très comparables à celles de l'action en recherche de maternité ou de paternité⁶⁹.

La seule différence – mais elle est de taille – concerne le fondement de l'action: dans le cas de la filiation maternelle ou paternelle, les articles 314 et 324 du Code civil prévoient que la filiation se prouve par possession d'état ou par

⁶⁷ Pour un cas de jurisprudence appliquant ces principes, voy. Bruxelles (43^e ch.), 15 juin 2017, R.G. n° 2016/FA/459, inédit.

⁶⁸ Cet arrêt constitue le «pendant» de ceux qui considèrent qu'un homme qui revendique la paternité d'un enfant ne peut être forcé d'agir avant même qu'il y ait eu reconnaissance par un tiers ou avant d'avoir pu prendre connaissance de la reconnaissance (C. const., arrêts n°s 54/2011, 96/2011 et 118/2014 – voy. *supra*).

⁶⁹ Sur celle-ci, voy. *supra*, n° 13.

toutes voies de droit⁷⁰; dans le cas de la filiation comaternelle, l'article 325/8 prévoit, quant à lui, que la filiation comaternelle se prouve soit par possession d'état⁷¹ (al. 1^{er}), soit par le «le consentement à la procréation médicalement assistée donné conformément à l'article 7 de la loi du 6 juillet 2007 [...], lorsque la conception de l'enfant peut en être la conséquence».

C'est donc bien le consentement au processus procréatif qui fonde la comaternité.

Si l'une de ces deux preuves est rapportée mais que la mère (ou l'enfant de plus de 12 ans) s'oppose à l'établissement judiciaire de la comaternité, un contrôle de l'intérêt de l'enfant sera opéré en application de l'article 332quinquies du Code civil auquel il est renvoyé⁷².

§ 3. Le consentement à la PMA, fondement de la comaternité lesbienne

28. Toutes les dispositions relatives à la comaternité telles qu'organisées par la loi ont un point commun évident: le projet parental commun de deux femmes, matérialisé par le consentement à la PMA concrétisé dans la convention signée avec le centre de fécondation, est le fondement d'un double lien de filiation. Le consentement exprimé par les deux femmes auteures du projet parental dans la convention PMA produit en réalité des effets similaires au lien de sang. Ce consentement est au cœur du dispositif de la loi du 15 mai 2014 car il devient la base de la création d'un lien de parenté, et ce alors même qu'il n'a pas été conçu pour cela au départ... Dès lors que l'accès à la PMA a été ouvert largement (sans exigence notamment quant à la durée ou la stabilité du couple qui y recourt) et placé sous la responsabilité d'une équipe médicale qui doit fournir aux intéressés «une information loyale» et un «accompagnement psychologique avant et au cours du processus»⁷³, le législateur a en réalité délégué aux professionnels de la santé la responsabilité de recueillir un consentement éclairé des couples de femmes après les avoir préalablement informées des conséquences capitales et irréversibles du consentement à la PMA en termes de filiation. La filiation qui découlera de ce consentement, tout à fait discordante du point de vue biologique, sera inattaquable: il ne sera pas possible de la contester. En effet, d'une part, une action en contestation ne pourra pas aboutir s'il est prouvé que l'épouse ou la coparente qui a reconnu l'enfant a bien consenti préalablement à la conception de l'enfant par voie d'insémination

⁷⁰ Ou encore, pour le père, par le biais de la présomption fondée sur les rapports sexuels entretenus avec la mère pendant la période de conception.

⁷¹ Une possession d'état entre l'enfant et une femme qui n'a pas consenti à la PMA ne serait néanmoins pas retenue car, bien que la disposition légale – art. 325/9, al. 3, du Code civil – soit extrêmement mal rédigée, la demande devrait être rejetée s'il est prouvé que celle dont la comaternité est recherchée n'a pas consenti à la PMA.

⁷² Art. 325/8, al. 1^{er}, C. civ.

⁷³ Art. 6 de la loi du 6 juillet 2007.

artificielle ou à tout autre acte ayant la procréation pour but⁷⁴; d'autre part, aucun lien de filiation ne peut quoi qu'il en soit être établi entre l'enfant et le donneur⁷⁵.

Il est dès lors capital que les professionnels de la santé soient bien conscients de l'importance nouvelle et réellement accrue conférée aux consentements exprimés dans la convention PMA lorsqu'il s'agit d'un couple de femmes.

Conclusion

29. Le droit de la filiation est un droit éminemment complexe dans les procréations « naturelles » sans recours nécessaire à l'aide médicale, eu égard non seulement à la technicité des règles légales mais également à leur « détricotage » permanent par la Cour constitutionnelle. Il l'est bien plus encore en cas de procréation médicalement assistée et le chemin de l'établissement d'un double lien de filiation avec la mère et le père d'intention peut être pavé d'obstacles.

Sans doute le donneur est-il dans tous les cas mis à l'abri d'une revendication qui se poserait en termes d'établissement de la filiation, et, corrélativement, le(s) receveur(s) à l'abri de toute revendication de ce type provenant du donneur.

Au sein du couple receveur, sans doute les choses sont-elles simples pour la mère d'intention ayant reçu un ovocyte car l'accouchement « fait la mère ».

Sans doute le mari de la mère qui n'a pas fourni son sperme est-il aussi à l'abri des surprises car il bénéficie d'une présomption de paternité inattaquable.

Mais le père non marié qui a signé la convention PMA, quant à lui, tout d'abord n'a pas toutes les certitudes de pouvoir reconnaître l'enfant si la mère s'y oppose, ensuite voit sa reconnaissance potentiellement plus fragile qu'une autre et, enfin, pourrait à l'inverse ne pas nécessairement se voir imposer judiciairement une paternité. Tout ceci même si certains tribunaux veillent à interpréter en faveur des auteurs du projet parental les maigres dispositions de la loi PMA qui évoquent la filiation en des termes trop peu précis.

Cette situation contraste singulièrement avec celle de la femme mariée mais aussi non mariée en couple avec une autre femme qui, elle, est assurée (hormis hypothèses extrêmes où la conception de l'enfant ne serait pas le résultat de la PMA) de voir son lien juridique de comaternité établi et incontestable. On peut affirmer que la partenaire lesbienne est juridiquement dans une meilleure position que l'homme d'un couple non marié recourant à une PMA.

On mesure le paradoxe du droit belge actuel, dont doivent être conscients les professionnels de la santé lorsqu'avec des couples, ils signent une convention PMA : les consentements qu'elle contient ne suffiront pas nécessairement à établir une paternité légale dans les couples hétérosexuels non mariés ; en

⁷⁴ Voy. *supra*, n° 23 et 26.

⁷⁵ Voy. *supra*, n° 9.

revanche, dans les couples de femmes, ils seront le fondement même de l'établissement d'une double filiation monosexuée.

Potentielle fragilité du consentement comme fondant la filiation, d'une part, *versus* survalorisation de celui-ci, d'autre part...

Deux poids, deux mesures⁷⁶ ?

⁷⁶ Voir trois poids, trois mesures, si, bien que cela ne soit pas le sujet de la présente contribution, on évoque la situation des couples d'hommes qui, quant à eux, doivent recourir à la gestation pour autrui pour procréer, avec toutes les questions juridiques complexes qui en découlent quant à leur double filiation. En décidant, en 2014, de réserver le bénéfice d'une filiation monosexuée dès la naissance au couple parental féminin, le législateur belge a, en définitive, créé un biais de genre au sein des couples de même sexe. Voy. not. J. Sossion, « Filiation, origines, parentalités », in J.-L. RENCHON et J. Sossion (dir.), *Filiation et parentalité*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 28, n° 18 ; L. PLUYM, « Juridisch statuut voor meemoeders – Commentaar bij de wet van 5 mei 2014 », *op. cit.*, p. 7.