

qui restent à ce stade en défaut d'offrir la possibilité aux partenaires homosexuels. L'absence de l'attribution aux couples de même sexe contribue à l'épanouissement de la vie familiale, des statuts qui leur sont ou non accessibles, la même et celle de la Cour de justice semblent en principe essentiel selon lequel, à défaut de pouvoir d'engagement conjugal (matrimonial ou alternatif) – pouvoir jouir – hors statut – des droits réservés. Souhaitons, à cet égard, que la jurisprudence Hay ne demeure pas cantonnée de femmes ayant accès à un partenariat, mais terminer, sur les potentialités considérables des États refusant le mariage homosexuel à des couples de même sexe mariés ailleurs, crée une rupture conservateurs contre l'égalité matrimoniale. En fond, que, pour avancer vers la consécration du mariage, le droit à la libre circulation de l'information est plus efficace que le droit de se marier garanti

Marie-Pascale Allard et Geoffrey Willems

5.1.2. La famille homoparentale

Cour eur. D.H., arrêt *Gas et Dubois c. France* du 15 mars 2012

Adoption – Couple de femmes – Insémination artificielle – Établissement de la filiation de la partenaire de la mère – Adoption réservée aux couples mariés – Mariage réservé aux couples hétérosexuels – Absence de distinction fondée sur l'orientation sexuelle

Extraits

62. La Cour constate que tel n'est pas le cas en l'espèce dès lors que les requérantes se plaignent du refus d'adoption simple qui leur a été opposé concernant l'enfant A. À l'appui de leur décision, les juridictions nationales ont estimé que puisque l'adoption simple réalise un transfert des droits d'autorité parentale à l'adoptante, elle n'est pas conforme à l'intérêt de l'enfant dès lors que la mère biologique entend continuer à élever cet enfant. Les juridictions ont ainsi appliqué les dispositions de l'article 365 du Code civil qui régit la dévolution de l'exercice de l'autorité parentale dans l'adoption simple. N'étant pas mariées, les requérantes n'ont pas pu bénéficier de la seule exception prévue par ce texte.

64. Les requérantes soutiennent que le refus opposé par les juridictions françaises de prononcer l'adoption simple de A. par la première requérante a porté atteinte à leur droit à la vie privée et familiale de façon discriminatoire. Elles allèguent subir une différence de traitement injustifiée en tant que couple homosexuel par rapport aux couples hétérosexuels, qu'ils soient mariés ou non.

65. D'abord, la Cour estime donc nécessaire d'examiner la situation juridique des requérantes par rapport à celle des couples mariés. Elle constate que l'article 365 du Code civil aménage un partage de l'autorité parentale lorsque l'adoptant se trouve être le conjoint du parent biologique de l'adopté, ce dont ne peuvent bénéficier les requérantes, compte tenu de l'interdiction de se marier qui leur est faite en droit français [...].

68. [...] Le mariage confère un statut particulier à ceux qui s'y engagent. L'exercice du droit de se marier est protégé par l'article 12 de la Convention et emporte des conséquences sociales, personnelles et juridiques [...]. Par conséquent, la Cour estime que l'on ne saurait considérer, en matière d'adoption par le second parent, que les requérantes se trouvent dans une situation juridique comparable à celle des couples mariés.

69. Ensuite, et pour en venir à la deuxième partie du grief des requérantes, la Cour doit examiner leur situation par rapport à celles des couples hétérosexuels non mariés. Ces couples peuvent avoir conclu un PACS, comme les requérantes, ou vivre en concubinage. Pour l'essentiel, la Cour relève que des couples placés dans

des situations juridiques comparables, la conclusion d'un PACS, se voient opposer les mêmes effets, à savoir le refus de l'adoption simple [...]. Elle ne relève donc pas de différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle des requérantes.

Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt X. et autres c. Autriche du 19 février 2013

Adoption – Couple de femmes – Enfant issu d'une précédente union hétérosexuelle – Adoption par la partenaire de la mère – Adoption ouverte aux couples hétérosexuels non mariés – Discrimination fondée sur l'orientation sexuelle

Extraits

144. En outre, le droit autrichien paraît manquer de cohérence. Il autorise l'adoption par une seule personne, même homosexuelle. Si celle-ci vit avec un partenaire enregistré, le consentement de celui-ci est requis en vertu de l'alinéa 2 de l'article 181 § 1 du Code civil, tel que modifié par la loi sur le partenariat enregistré [...]. Par conséquent, le législateur admet qu'un enfant peut grandir au sein d'une famille fondée sur un couple homosexuel, reconnaissant ainsi que cette situation n'est pas préjudiciable à l'enfant. Néanmoins, le droit autrichien prévoit explicitement qu'un enfant ne doit pas avoir deux mères ou deux pères [...].

145. La Cour juge pertinente la thèse des requérants selon laquelle les familles de fait fondées sur un couple homosexuel sont une réalité que le droit ne reconnaît et ne protège pas. Elle constate que, contrairement à l'adoption monoparentale et à l'adoption conjointe, qui visent habituellement à créer des liens entre un enfant et un adoptant étrangers l'un à l'autre, l'adoption coparentale a pour objet de conférer au partenaire de l'un des parents de l'enfant des droits à l'égard de celui-ci. La Cour elle-même a fréquemment souligné l'importance que revêt la reconnaissance juridique des familles de fait [...].

146. L'ensemble des considérations exposées ci-dessus – l'existence de la famille de fait formée par les intéressés, l'importance qu'il y a pour eux à en obtenir la reconnaissance juridique, l'incapacité du Gouvernement à établir qu'il serait préjudiciable pour un enfant d'être élevé par un couple homosexuel ou d'avoir légalement deux mères ou deux pères, et surtout le fait que le Gouvernement reconnaît que les couples homosexuels sont tout aussi aptes que les couples hétérosexuels à l'adoption coparentale – suscitent de sérieux doutes quant à la proportionnalité de l'interdiction absolue de l'adoption coparentale qui résulte pour les couples homosexuels de l'article 182 § 2 du Code civil. En l'absence d'autres raisons particulièrement solides et convaincantes militant en faveur d'une telle interdiction absolue, les considérations exposées jusqu'ici donnent au contraire à penser que les tribunaux devraient pouvoir examiner chaque situation au cas par cas. Cette façon de procéder paraît aussi plus conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant, notion clé des instruments internationaux pertinents [...].

C.A., arrêt n° 134/2003 du 8 octobre 2003

Autorité parentale – Couple de femmes – Insémination artificielle – Séparation – Exercice de l'autorité parentale – Garde matérielle – Intérêt supérieur de l'enfant – Droit à la protection et au bien-être – Discrimination

Extraits

B.6. Ces dispositions ne permettent toutefois pas qu'un enfant qui se trouve dans la situation décrite en B.1 puisse voir consacrer juridiquement son droit à la protection et au bien-être, alors même que les personnes qui l'éduquent s'engageraient à les lui fournir durablement.

B.6. L'autorité parentale n'est actuellement possible qu'à l'égard des personnes qui ont un lien de filiation avec l'enfant. L'article 375bis du Code civil, s'il permet l'organisation de relations personnelles entre un enfant et la personne qui justifie d'un lien d'affection particulier avec celui-ci, ne permet pas de donner à ce lien des effets qui consacraient juridiquement les engagements auxquels cette personne offrirait de souscrire à l'égard de cet enfant. Celui-ci pourrait donc perdre brutalement tout droit aux soins, lesquels comprennent le droit à l'entretien et à la protection de la personne qui l'a élevé, en cas de séparation du couple et, spécialement, en cas de décès du parent qui a un lien de filiation avec lui.

B.7. Il s'ensuit que cette catégorie d'enfants fait l'objet d'un traitement différent sans justification admissible. Mais c'est au législateur qu'il appartient de préciser sous quelle forme, à quelles conditions et selon quelle procédure l'autorité parentale pourrait, dans l'intérêt de l'enfant, être étendue à d'autres personnes qui n'ont pas un lien de filiation avec lui, les dispositions des articles 371 à 387bis du Code civil n'étant pas susceptibles d'être appliquées telles quelles, par analogie, à la situation décrite en B.1.

C. const., arrêt n° 93/2012 du 12 juillet 2012

Adoption – Couple de femmes – Projet de coparentalité – Condition de consentement – Fin de non-recevoir absolue – Intérêt de l'enfant – Bénéfice d'un double lien de filiation juridique

Extraits

B.14. L'intérêt potentiel de l'enfant à bénéficier d'un double lien de filiation juridique l'emporte en principe sur le droit de la mère de refuser son consentement à l'adoption par la femme avec laquelle elle était mariée, qui avait engagé avec elle un projet de coparentalité avant la naissance de l'enfant et l'avait poursuivi après celle-ci, dans le cadre d'une procédure d'adoption.

L'exigence du consentement prévu par l'article 348-11 du Code civil poursuit un but légitime dès lors que l'article 356-1, alinéa 2, du même Code dispose que l'enfant qui fait l'objet d'une adoption plénière cesse d'appartenir à sa famille d'origine. Toutefois, l'alinéa 3 de l'article 356-1 dispose que l'enfant adoptif du conjoint

de l'adoptant ne cesse pas d'appartenir à la famille d'origine. En conséquence, la mesure qui érige le refus du consentement de la mère en fin de non-recevoir absolue, sauf si la mère s'est désintéressée de l'enfant ou en a compromis la santé, la sécurité ou la moralité, et qui ne laisse donc au juge aucune possibilité de tenir compte de l'intérêt de l'enfant pour apprécier, le cas échéant, le caractère abusif du refus de ce consentement, n'est pas raisonnablement justifiée et n'est dès lors pas compatible avec les articles 10, 11, 22 et 22bis de la Constitution.

C. const., arrêt n° 94/2012 du 12 juillet 2012

Adoption – Couple de femmes – Condition de cohabitation – Fin de non-recevoir absolue – Intérêt de l'enfant – Stabilité de l'environnement dans lequel l'enfant grandit – Confirmation juridique des rapports de fait

Extraits

B.12.2. [...] Les dispositions en cause, telles qu'elles ont été modifiées par la loi du 18 mai 2006, permettent exclusivement « l'adoption plénière par un beau-parent » d'un enfant, avec maintien des liens juridiques entre cet enfant et sa famille d'origine, si le candidat adoptant est marié au parent légal de l'enfant concerné, a fait avec ce parent une déclaration de cohabitation légale ou cohabite avec lui de manière permanente et affective depuis au moins trois ans au moment de l'introduction de la demande en adoption, elles empêchent l'ancien partenaire du parent légal de l'enfant de lier à la relation parent-enfant de fait, durable, qui existe, le cas échéant, entre cette personne et l'enfant des effets consacrant juridiquement les engagements auxquels cette personne offre de souscrire à l'égard de cet enfant, et ce tant que le législateur n'a pas prévu d'autres procédures.

B.12.3. [...] Dans les cas où la relation parent-enfant de fait entre un enfant et l'ancien partenaire de son parent légal est établie de manière durable, l'adoption de cet enfant par l'ancien partenaire, dès lors que les liens juridiques entre l'enfant et sa famille d'origine restent maintenus, n'aurait pour effet ni que l'enfant vive un déracinement, ni qu'il soit élevé dans un environnement devant être considéré, par définition, comme instable. Une telle adoption pourrait au contraire généralement contribuer à la stabilité de l'environnement dans lequel l'enfant grandit et confirmer juridiquement les rapports de fait existant au sein de cet environnement.

B.13.1. En ce que les dispositions en cause ne prévoient pas qu'un enfant mineur puisse, dans les circonstances définies en B.4, être adopté plénièrement par l'ancien partenaire du parent légal de cet enfant, avec maintien des liens juridiques entre l'enfant et sa famille d'origine et application des dispositions relatives au nom de l'enfant contenues dans l'article 356-2, § 2, alinéas 2 et 3, du Code civil, elles ne sont pas compatibles avec les articles 10, 11 et 22bis de la Constitution, combinés avec l'article 21 de la Convention relative aux droits de l'enfant.

Observations

Introduction

On sait que le projet de loi du gouvernement Verhofstadt I ouvrant le mariage aux couples de même sexe était le fruit d'une négociation dans le cadre de laquelle il avait été décidé que les couples homosexuels pourraient accéder au mariage, mais qu'en revanche, il n'en découlerait aucune conséquence sur le terrain de la filiation ou de l'adoption.

Toutefois, après que les élections de 2003 ont porté au pouvoir une nouvelle coalition « violette », les États généraux de la famille conduits par la secrétaire d'État Isabelle Simonis ont remis sur la table la question de l'adoption homosexuelle. Nous avons déjà cité, dans une autre contribution à cet ouvrage¹, la formule figurant en exergue de la proposition de loi déposée ensuite par le socialiste Guy Swennen, suivant laquelle « c'est simplement reconnaître la réalité sociale que de constater que, dans notre société, les enfants sont élevés avec amour dans le cadre d'une multiplicité de formes de vie commune » et – notamment – par « des couples composés de personnes de même sexe ou de sexe[s] différent[s] »². Le compromis politique offrant le mariage contre le refus de la filiation est alors rapidement écarté au profit d'une perspective libérale et égalitariste, prenant ses distances avec la conception – défendue par le Conseil d'État – suivant laquelle le lien de filiation juridique devrait nécessairement refléter les conditions biologiques de la reproduction humaine : la loi du 18 mai 2006³ fait advenir l'homoparenté adoptive en droit belge. Le législateur belge n'en est – on le sait – pas resté là : aiguillonné par des arrêts de la Cour constitutionnelle, il a ensuite prévu au bénéfice des couples de femmes le régime de la comaternité (loi du 5 mai 2014⁴), permettant l'établissement d'une filiation « monosexuée » suivant des modalités largement identiques à celles présidant à l'établissement de la filiation des enfants des couples hétérosexuels. Pionnière en matière de reconnaissance et de protection de la conjugalité homosexuelle⁵, la Belgique s'illustre donc également s'agissant de la reconnaissance et de la protection des familles homoparentales, même si les enjeux spécifiques et délicats de la gestation pour autrui (GPA)⁶ ont jusqu'à présent fait obstacle à la mise en place, au bénéfice des couples d'hommes, d'un véritable système de « copaternité ».

¹ Voy., dans cet ouvrage, G. WILLEMS, « La définition de la vie familiale ».

² Doc. parl., Ch. repr., 2002-2003, n° 51-0664/1, p. 3.

³ Loi du 18 mai 2006 modifiant certaines dispositions du Code civil en vue de permettre l'adoption par des personnes de même sexe, M.B., 20 juin 2006.

⁴ Loi du 5 mai 2014 portant établissement de la filiation de la coparente, M.B., 7 juillet 2014.

⁵ Voy., dans cet ouvrage, M.-P. ALLARD et G. WILLEMS, « Le couple homosexuel ».

⁶ Voy., dans cet ouvrage, la contribution de P. TAPIERO, « La gestation pour autrui ».

Les évolutions européennes tendant à la consécration juridique de l'homoparentalité et/ou de l'homoparenté sont – à ce stade – nettement moins significatives. Selon le relevé annuel d'ILGA-Europe⁷, dix-sept pays du Conseil de l'Europe⁸ permettent à un couple homosexuel d'adopter un enfant conjointement et dix-neuf d'entre eux⁹ permettent l'adoption par l'un des partenaires de l'enfant de l'autre (adoption intrafamiliale). Quatorze pays¹⁰ permettent aux couples de femmes de bénéficier d'une insémination artificielle et dix d'entre eux¹¹ prévoient un régime d'« établissement automatique de la parenté » semblable au système de comaternité existant en Belgique. L'intervention de la Cour européenne des droits de l'homme demeure, en la matière, relativement timide : si les personnes homosexuelles ne peuvent être discriminées lorsqu'elles souhaitent adopter un enfant en tant que personnes seules¹², dans les États où l'adoption par un célibataire est organisée, le juge de Strasbourg n'a jamais pris position sur l'adoption conjointe par un couple homosexuel. La cour a pu rendre des décisions favorables aux familles homoparentales procédant d'une recomposition familiale, lorsqu'une personne ayant eu un enfant dans le cadre d'une relation hétérosexuelle s'engage ensuite dans une relation homosexuelle¹³. Elle s'est montrée, en revanche, jusqu'à présent, très réservée s'agissant de l'accès des couples de même sexe à la procréation assistée et, également, s'agissant de la reconnaissance et de la protection juridique des liens homoparentaux résultant du recours à l'insémination artificielle « transnationale », lorsqu'un couple de femme se rend à l'étranger, dans un pays où une telle insémination est autorisée¹⁴. La jurisprudence européenne pourrait toutefois, en la matière, évoluer rapidement, à la faveur, notamment, d'une importante affaire *V.M.A. c. Stolichna obshtina*, dont la Cour de justice de l'Union européenne se trouve actuellement saisie¹⁵.

Comme dans notre contribution relative aux couples de même sexe, nous nous proposons alors de retracer, en premier lieu, les évolutions du droit belge

7 Voy. la *ILGA-Europe Rainbow Map and Index 2020* disponible en ligne : <https://www.ilga-europe.org/rainboweurope/2020>.

8 Andorre, l'Autriche, la Belgique, le Danemark, la Finlande, la France, l'Allemagne, l'Islande, l'Irlande, le Luxembourg, Malte, les Pays-Bas, la Norvège, le Portugal, l'Espagne, la Suède et le Royaume-Uni.

9 Andorre, l'Autriche, la Belgique, le Danemark, l'Estonie, la Finlande, la France, l'Allemagne, l'Islande, le Luxembourg, Malte, les Pays-Bas, la Norvège, le Portugal, la Slovaquie, l'Espagne, la Suède, la Suisse et le Royaume-Uni.

10 L'Autriche, la Belgique, le Danemark, la Finlande, l'Islande, l'Irlande, le Luxembourg, Malte, les Pays-Bas, la Norvège, le Portugal, l'Espagne, la Suède et le Royaume-Uni.

11 L'Autriche, la Belgique, le Danemark, l'Irlande, Malte, les Pays-Bas, la Norvège, le Portugal, l'Espagne, la Suède et le Royaume-Uni.

12 Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *E.B. c. France* du 22 janvier 2008. Voy. *infra*, point II.A.

13 Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *X. et autres c. Autriche* du 19 février 2013. Voy. *infra*, point II.B.

14 Voy. *infra*, point II.C.

15 L'arrêt a été rendu le 14 décembre 2021, alors que cet ouvrage était sous presse. Suivant son dispositif « s'agissant d'un enfant mineur, citoyen de l'Union dont l'acte de naissance délivré par les autorités compétentes de l'État membre d'accueil désigne comme ses parents deux personnes de même sexe, l'État membre dont cet enfant est ressortissant est obligé, d'une part, de lui délivrer une carte d'identité ou un passeport, sans requérir l'établissement préalable d'un acte de naissance par ses autorités nationales, ainsi que, d'autre part, de reconnaître, à l'instar de tout autre État membre, le document émanant de l'État membre d'accueil permettant audit enfant d'exercer, avec chacune de ces deux personnes, son droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres ».

qui ont conduit à une assez large assimilation des familles homoparentales et de pointer les évolutions encore requises au titre du respect de leur droit au respect de la vie familiale, du principe de non-discrimination et des exigences de cohérence et de sécurité juridique qui doivent guider l'action législative (I). Les développements qui suivent s'attachent ensuite à mettre en évidence les acquis tenus de la jurisprudence européenne et les ambiguïtés qui, à nos yeux, l'affectent pour le moment en proposant des pistes d'évolutions jurisprudentielles permettant de rencontrer les besoins fondamentaux des familles homoparentales sans contredire trop frontalement les perceptions qui prévalent encore dans de nombreux États quant à la dimension nécessairement bisexuée de la filiation adoptive ou « charnelle » (II). Dans un bref propos conclusif, nous évoquerons – ici aussi – la relation de complémentarité et de renforcement mutuel qui s'ébauche entre les ordres juridiques européens, et devrait progressivement conduire à un renforcement significatif du statut juridique des familles homoparentales en Europe.

1. La reconnaissance et la protection des familles homoparentales en droit belge

Dans le cadre des débats qui ont précédé l'adoption de la loi ouvrant le mariage aux couples de même sexe en 2003¹⁶, il avait été affirmé que le mariage homosexuel ne pourrait entraîner aucune conséquence en matière de filiation ou d'adoption¹⁷. Ainsi, le projet de loi déposé par le gouvernement Verhofstadt le 14 mars 2002 précisait-il qu'envisager de tels effets reviendrait à « faire trop abstraction de la réalité »¹⁸. Si l'institution du mariage n'était désormais plus nécessairement hétérosexuée, le choix avait donc été posé – dans le cadre de la réforme de 2003 – de réaffirmer le caractère bisexuée de la filiation.

Comme nous l'avons indiqué en introduction, ce « compromis » n'a pas résisté au remplacement de l'équipe gouvernementale : si l'on a bien envisagé que la situation des familles homoparentales soit prise en compte par l'élaboration d'un statut juridique parental distinct de la filiation, la « parenté sociale » (A), cette piste a été rapidement écartée au profit d'une approche plus inclusive permettant aux partenaires homosexuels d'établir, à l'égard de leur enfant résultant d'une précédente relation hétérosexuelle, procréé par PMA ou bien adopté conjointement, une véritable « filiation monosexuée » (B). Les

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

17 Projet de loi ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2001-2002, n° 50-1692/001, p. 6. Pour un compte rendu détaillé de la réforme du droit du mariage en 2003, voy., dans cet ouvrage, notre contribution « Le couple homosexuel ». Voy. également à ce sujet J.-L. RENCHON, « L'avènement du mariage homosexuel dans le Code civil belge », *Rev. trim. dr. fam.*, 2003/3, pp. 439 et s.

18 Projet de loi ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2001-2002, n° 50-1692/001, p. 6. Un second alinéa avait alors été inséré dans l'article 143 du Code civil pour exclure – et il l'exclut encore aujourd'hui – l'épouse de la mère du bénéfice de la présomption liée au mariage qui ne pouvait alors s'appliquer qu'en faveur du mari de la mère (voy. l'article 315 du Code civil).

écueils du recours à l'adoption ont cependant été rapidement pointés par la Cour constitutionnelle : la réforme qui s'est ensuivie a intégré au Code civil un chapitre spécifiquement dédié à la « filiation comaternelle » dont le fondement gît, en règle, dans la convention de PMA signée par les deux femmes et le centre de fécondation (C) ; les couples d'hommes, pour leur part, restent à ce stade soumis aux contraintes et aux risques de la procédure d'adoption (D).

A. L'échec des propositions relatives à la parentalité ou de la « parenté sociale »

Dans un arrêt du 8 octobre 2003¹⁹, la Cour d'arbitrage a considéré que l'impossibilité pour un couple de femmes d'exercer conjointement l'autorité parentale à l'égard de l'enfant que l'une d'entre elles avait mis au monde dans le cadre d'un projet parental commun constituait une lacune législative à laquelle il convenait de remédier²⁰. L'enfant concerné, a relevé la Cour, ne possédait qu'un unique lien de filiation vis-à-vis de la femme l'ayant mis au monde et restait étranger à la partenaire de sa mère sur le plan de la filiation et dès lors de l'exercice de l'autorité parentale. Aux yeux des juges constitutionnels, il subissait à cet égard une différence de traitement non justifiée par rapport aux enfants issus de couples hétérosexuels bénéficiant d'un double lien de filiation et d'une autorité parentale exercée conjointement²¹. La Cour n'a pu toutefois conclure à une discrimination, considérant que seul le législateur pouvait « préciser sous quelle forme, à quelles conditions et selon quelle procédure l'autorité parentale pourrait, dans l'intérêt de l'enfant, être étendue à des personnes qui n'ont pas de lien de filiation avec l'enfant »²².

Dans le cadre des travaux préparatoires de la loi du 13 février 2003, des députés avaient déjà proposé – sans succès – de créer un nouveau statut de « parenté sociale » permettant « la reconnaissance d'une fonction de parentalité exercée par le partenaire homosexuel de la mère ou du père de l'enfant »²³. Diverses propositions de loi²⁴ ont, par la suite, préconisé d'organiser une nouvelle « figure juridique qui recouvrirait les multiples situations où le

partenaire du parent légal – qu'il soit ou non de même sexe – s'est engagé dans l'exercice de responsabilités éducatives à l'égard de l'enfant »²⁵. Ces propositions ont finalement été abandonnées, toutefois, au profit de la reconnaissance – en 2006 – de la possibilité d'établir un lien de filiation adoptif entre le « coparent » de même sexe et l'enfant²⁶.

B. La loi du 18 mai 2006 : le choix de la filiation adoptive

1. Les initiatives parlementaires et l'avis du Conseil d'État

Après que les élections législatives de 2003 ont porté au pouvoir un nouveau gouvernement « violet »²⁷, les États généraux de la famille convoqués par la secrétaire d'État aux familles et aux personnes handicapées ont d'emblée envisagé d'ouvrir l'adoption aux couples homosexuels, et diverses propositions de loi ont été déposées – en ce sens – dès janvier 2004²⁸.

Le Conseil d'État a toutefois exprimé, comme à propos du mariage homosexuel²⁹, un avis très réservé³⁰. Selon lui, en effet, il n'existait pas de discrimination à ne réserver l'adoption qu'aux couples hétérosexuels. La section de législation a défendu, ici aussi, une conception naturaliste suivant laquelle la référence bisexuée dans l'adoption doit nécessairement faire écho à la dimension bisexuée de la conception des enfants. À ses yeux :

« En élargissant la possibilité d'adopter aux couples homosexuels, la proposition (de loi) place sous une figure juridique identique – l'adoption – des situations de fait comportant des différences essentielles : celles dans lesquelles les adoptants sont de sexes différents et celles dans lesquelles ils sont de même sexe, alors spécialement que les enfants sont nécessairement et naturellement issus de gamètes mixtes et que l'adoption réduit, dans le cas de l'adoption simple, ou annihile de manière presque complète, dans le cas de l'adoption plénière, la relation juridique établie au départ entre l'enfant et ses parents [...]. La proposition a donc pour effet de réunir sous une même institution les situations dans lesquelles les enfants concernés disposent d'une référence de type parental bisexuée, issue de l'adoption, prolongeant celle résultant de leur conception, et celles dans lesquelles les enfants concernés voient cette référence fondamentalement modifiée »³¹.

19 C.A., n° 134/2003 du 8 octobre 2003.

20 S. CAP et J. SOSSON, « Quand la Cour constitutionnelle revisite les conditions de l'adoption homoparentale », *Rev. trim. dr. fam.*, 2013/1, p. 192. S. CAP, « Quelle parenté pour les couples de même sexe », *Ann. Dr.*, 2014/74, n° 1, p. 95, et J.-L. RENCHON, « Une filiation monosexuée ? », in H. FULCHIRON et J. SOSSON (dir.), *Parenté, filiation, origines. Le droit de l'engendrement à plusieurs*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 245.

21 C.A., n° 134/2003 du 8 octobre 2003, B.1 et B.6.

22 *Ibid.*, B.7. Voy. S. CAP, « Quelle parenté pour les couples de même sexe », *op. cit.*, pp. 94-95. J.-L. RENCHON, « Une filiation monosexuée ? », *op. cit.*, pp. 245-246. N. GALLUS, « Homoparenté », in *Filiation*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 141-142, et J.-L. RENCHON, « Vers l'octroi de l'autorité parentale à des beaux-parents ? », *Rev. trim. dr. fam.*, 2004/1, pp. 190 et s.

23 Amendement n° 1 de MM. Verherstraeten et Leterme au projet de loi ouvrant le mariage à des personnes de même sexe, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2001-2002, n° 50-1692-002, et J.-L. RENCHON, « Parenté sociale et adoption homosexuelle : quel choix politique ? », *J.T.*, 2005/8, p. 126.

24 Voy. not. la proposition de loi complétant le Code civil par des dispositions relatives à l'exercice conjoint de l'autorité parentale par le père ou la mère et une tierce personne et modifiant la loi sur la protection de la jeunesse, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2000-2001, n° 50-1666/001, proposition de loi complétant le Code civil par des dispositions relatives à la parenté sociale, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2001-2002, n° 50-1604/001, proposition de loi autorisant l'exercice d'une autorité parentale désirée par le partenaire ou le cohabitant du parent, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2001-2002, n° 50-2004-001, ou encore proposition de loi introduisant la parenté sociale dans le Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2003-2004, n° 51-0815/001.

25 S. CAP, « Quelle parenté pour les couples de même sexe », *op. cit.*, p. 95.

26 *Ibid.*, p. 93, et J.-L. RENCHON, « Parenté sociale et adoption homosexuelle : quel choix politique ? », *op. cit.*, pp. 125 et s.

27 Gouvernement Verhofstadt II, coalition « violette », au pouvoir entre 2003 et 2007 et composée du VLD, du Sp.a., de Spirit, du MR et du PS.

28 Voy. not. proposition de loi modifiant le Code civil en vue d'autoriser l'adoption par des couples du même sexe, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2003-2004, n° 51-0666/001 ; proposition de loi modifiant le Code civil en vue d'autoriser l'adoption par des couples de même sexe, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2003-2004, n° 51-0667/001 ; proposition de loi modifiant certaines dispositions du Code civil en vue de permettre l'adoption par des personnes de même sexe, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2003-2004, n° 51-1144/001, et, pour un compte rendu détaillé du contenu de ces propositions, voy. J.-L. RENCHON, « Parenté sociale et adoption homosexuelle : quel choix politique ? », *op. cit.*, pp. 125 et s.

29 Avis n° 32.008/2 du Conseil d'État du 12 novembre 2001, projet de loi ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2001-2002, n° 50-1692/001, pp. 18 et s.

30 La Chambre des représentants a demandé l'avis de la section de législation du Conseil d'État en juillet 2005 et celui-ci a été rendu en octobre de la même année. Proposition de loi complétant le Code civil par des dispositions relatives à la parenté sociale, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2004-2005, n° 51-393-2, pp. 66 et s.

31 Proposition de loi complétant le Code civil par des dispositions relatives à la parenté sociale, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2004-2005, n° 51-393-2, pp. 66 et s.

Rejoignant cet avis, Jean-Louis Renchon a considéré que, face à la « réalité sociale nouvelle » des familles homoparentales, il était préférable de construire une figure juridique innovante, adaptée à leurs besoins et attentes, « plutôt que de vouloir absolument la faire rentrer dans une autre institution juridique, qui [n'avait] aucunement été conçue et envisagée pour régler cette situation et dont la signification et la portée [avaient] au contraire été pensées et déterminées pour régler une situation ou une réalité radicalement différente »³². Selon lui, en effet, l'essence de la filiation est de façonner l'identité bisexuée d'un enfant en l'inscrivant dans une lignée. Or, en permettant une adoption homosexuelle, par deux mères ou par deux pères, l'on détournait la signification de cette institution³³.

2. Le régime de l'adoption par ou au sein d'un couple homosexuel

Quoi qu'il en soit, l'adoption de la loi du 18 mai 2006³⁴ a permis l'adoption de l'enfant du conjoint ou du cohabitant de même sexe (adoption intrafamiliale) ainsi que l'adoption conjointe par un couple homosexuel³⁵. Il devient dès lors possible, pour un enfant, de posséder une double filiation monosexuée (de deux mères ou de deux pères)³⁶. En permettant l'adoption conjointe ou intrafamiliale par deux partenaires homosexuels, la loi de 2006 gomme ainsi toute référence à la différence sexuée ayant nécessairement procédé à la conception de l'enfant et qui faisait jusqu'ici encore l'essence de l'adoption³⁷.

En parallèle, la loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes³⁸ a encadré le recours à la procréation médicalement assistée (ou « PMA »), en permettant – notamment – le recours à ces techniques de procréation par des couples lesbiens³⁹.

Dès lors, quand un couple de femmes a recours à une procréation médicalement ou amicalement (par rapprochement sexuel) assistée pour concevoir un enfant, la femme qui met au monde l'enfant en est la mère légale par application des règles d'établissement « classiques » ou « charnelles » de filiation (art. 312 C. civ.), et sa compagne de même sexe peut, quant à elle, adopter l'enfant (art. 343 et s. C. civ.)⁴⁰. Semblablement, quand un couple d'hommes a recours

32 J.-L. RENCHON, « Parenté sociale et adoption homosexuelle : quel choix politique ? », *op. cit.*, p. 131.

33 *Ibid.*, pp. 130 et s., et J.-L. RENCHON, « Une filiation monosexuée ? », *op. cit.*, pp. 248 et s.

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

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

36 S. CAP, « Quelle parenté pour les couples de même sexe », *op. cit.*, p. 95, et J.-L. RENCHON, « Parenté sociale et adoption homosexuelle : quel choix politique ? », *op. cit.*, p. 130.

37 N. GALLUS, « Homoparenté », *op. cit.*, p. 142, et S. CAP, « Quelle parenté pour les couples de même sexe », *op. cit.*, p. 93.

38 Loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes, *M.B.*, 17 juillet 2007.

39 Voy., dans cet ouvrage, la contribution de S. CAP, « L'insémination artificielle et la fécondation *in vitro* ».

40 S. CAP, « Quelle parenté pour les couples de même sexe », *op. cit.*, p. 96.

à une gestation pour autrui (que le droit belge n'autorise pas, mais n'interdit pas non plus) pour concevoir un enfant⁴¹, l'un d'eux peut reconnaître l'enfant, par application des règles d'établissement « classiques » ou « charnelles » de filiation (art. 319 du C. civ.) et son partenaire peut ensuite établir sa filiation moyennant le recours à l'adoption (art. 343 et s. C. civ.)⁴². L'enfant né de ces unions homoparentales et désiré à travers un projet parental commun peut donc se voir conférer un double lien de filiation monosexuée.

3. Les lacunes de l'adoption homoparentale

L'adoption d'un enfant par le « coparent » suppose, d'une part, que le père ou la mère de l'enfant manifeste son consentement à l'adoption (art. 348/3 C. civ.), et, d'autre part, que les conjoints « vivent ensemble de façon permanente depuis au moins trois ans au moment de l'introduction de la demande en adoption », soient cohabitants légaux ou mariés (art. 343, § 1^{er}, b), C. civ.).

Le recours à la procédure d'adoption par les couples de femmes a alors donné lieu à des difficultés notamment dans les cas où le couple s'est séparé avant que l'adoption n'ait pu avoir lieu. En effet, dans ce type de situations, il est à craindre que la mère légale de l'enfant refuse de consentir à l'adoption (art. 348/3 C. civ.), tandis que la condition de cohabitation prévue à l'article 343, § 1^{er}, b), du Code civil n'est plus nécessairement remplie, ce qui empêche l'établissement d'un second lien de filiation entre la coparente et l'enfant.

Saisie de ces deux difficultés, la Cour constitutionnelle a conclu à la violation de la Constitution dans deux arrêts prononcés le 12 juillet 2012⁴³.

Dans la première affaire⁴⁴, deux épouses avaient un projet de PMA commun matérialisé par une convention conclue avec un centre de fécondation. L'épouse qui avait accouché de l'enfant en était devenue la mère légale. Les deux femmes étaient très investies dans l'éducation de l'enfant et, quelques mois après la naissance, elles avaient entamé une procédure d'adoption plénière de l'enfant par l'épouse de la mère. Le couple s'était toutefois séparé et la mère légale avait quitté le domicile conjugal avec l'enfant. Une procédure en divorce avait été introduite. Dans le cadre de la procédure d'adoption, la mère de l'enfant avait refusé de donner son consentement à l'adoption par son ancienne partenaire⁴⁵.

41 Voy., dans cet ouvrage, la contribution de P. TAPIERO, « La gestation pour autrui ».

42 S. CAP, « Quelle parenté pour les couples de même sexe », *op. cit.*, p. 96.

43 C. const., arrêts n° 93/2012 et 94/2012 du 12 juillet 2012.

44 C. const., arrêt n° 93/2012 du 12 juillet 2012. Pour un commentaire approfondi de l'arrêt, consultez S. CAP et J. SASSON, « Quand la Cour constitutionnelle revisite les conditions de l'adoption homoparentale », *op. cit.*, pp. 177 et s., N. GALLUS, « L'avenir de la parenté monosexuée », *Act. dr. fam.*, 2013/1, pp. 4 et s., S. CAP, « Quelle parenté pour les couples de même sexe », *op. cit.*, pp. 91 et s., et L. COHEN, « Actualités législatives et constitutionnelles en droit de l'adoption », in J. SASSON (dir.), *Actualités législatives en droit de la personne et de la famille*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 93 et s. Consultez également l'arrêt C. const., arrêt n° 94/2015 du 25 juin 2015, concernant un contexte factuel quasiment similaire à l'arrêt du 12 juillet 2012 et dans lequel la Cour va conclure à l'identité.

45 L'article 348/3 du Code civil exige pourtant le consentement obligatoire du parent d'origine à l'adoption de son enfant.

La « coparente » estimait ce refus abusif, mais l'article 348/11 du Code civil ne permettait de passer outre le refus du parent légal que « s'il [apparaissait], au terme d'une enquête sociale approfondie, que celui-ci [s'était] désintéressé de l'enfant ou en [avait] compromis la santé, la sécurité ou la moralité », ces conditions n'étant pas réunies en l'espèce.

Le tribunal de la jeunesse de Liège a alors interrogé la Cour constitutionnelle quant à la constitutionnalité, dans une telle situation, des dispositions du Code civil régissant l'adoption. La Cour a scrupuleusement circonscrit son examen à la situation d'espèce et jugé que « l'intérêt potentiel de l'enfant à bénéficier d'un double lien de filiation juridique l'emporte en principe sur le droit de la mère de refuser son consentement à l'adoption par la femme avec laquelle elle était mariée, qui avait engagé avec elle un projet de coparentalité avant la naissance de l'enfant et l'avait poursuivi après celle-ci, dans le cadre d'une procédure d'adoption »⁴⁶. À son estime, « si l'exigence du consentement inscrit à l'article 348/11 du Code civil poursuit un objectif légitime dès lors que [...] l'enfant qui fait l'objet d'une adoption plénière cesse d'appartenir à sa famille d'origine »⁴⁷, cet objectif n'est pas rempli dans l'hypothèse de l'adoption de l'enfant de son conjoint ou de son cohabitant. Dès lors, « la mesure qui érige le refus du consentement de la mère en fin de non-recevoir absolue, sauf si la mère s'est désintéressée de l'enfant ou en a compromis la santé, la sécurité ou la moralité, et qui ne laisse donc au juge aucune possibilité de tenir compte de l'intérêt de l'enfant pour apprécier, le cas échéant, le caractère abusif du refus de ce consentement, n'est pas raisonnablement justifiée »⁴⁸. C'est donc parce que l'adoption plénière de l'enfant du conjoint ou du cohabitant n'anéantit pas définitivement les liens entre l'enfant et sa famille d'origine qu'il n'est pas raisonnablement justifié que le refus de consentement de la mère fasse absolument obstacle à l'adoption⁴⁹.

Dans la seconde affaire⁵⁰, deux femmes en couple de fait depuis plus de dix ans avaient décidé de se séparer et souhaitaient héberger également les deux enfants qu'elles avaient élevés ensemble. L'ex-concubine de la mère avait dès lors introduit une requête en adoption plénière intrafamiliale (art. 356/1, al. 3, C. civ.) et son ex-partenaire de même que les enfants étaient favorables à l'adoption. Toutefois, l'article 343, § 1^{er}, b), du Code civil définissait les cohabitants comme « deux personnes ayant fait une déclaration de cohabitation légale ou deux personnes qui vivent ensemble de façon permanente et affective

depuis au moins trois ans au moment de l'introduction de la demande en adoption ». Il n'était donc pas possible de prononcer l'adoption si le parent légal et la candidate adoptante ne vivaient plus ensemble, la circonstance qu'ils aient vécu ensemble par le passé étant irrelevante⁵¹.

Interrogée par le tribunal de la jeunesse de Louvain, la Cour constitutionnelle a estimé que « les dispositions en cause – les articles 343, § 1^{er}, b), et 356/1 et 2 du Code civil – [avaient] des effets disproportionnés par rapport à l'objectif poursuivi par le législateur »⁵². Ainsi, lorsque l'enfant avait vécu un déracinement, la condition de la durée de la relation pouvait constituer un indice de stabilité du nouvel environnement familial⁵³. Dans la situation d'espèce, cependant, le lien de filiation adoptive demandé ne se substituait pas mais s'ajoutait au lien de filiation d'origine. L'adoption par l'ancien partenaire, telle qu'elle était souhaitée, ne provoquerait aucun déracinement puisqu'il existait une relation de fait durable entre la coparente et l'enfant, tandis que les liens juridiques entre l'enfant et sa famille d'origine seraient maintenus. Pour la Cour, dans une telle situation, l'« adoption [pouvait] au contraire généralement contribuer à la stabilité de l'environnement dans lequel l'enfant grandit et confirmer juridiquement les rapports de fait existant au sein de cet environnement »⁵⁴. Elle a donc considéré que l'article 343, § 1^{er}, b), du Code civil violait la Constitution⁵⁵ et censuré l'exigence que le parent légal de l'enfant et son ancien partenaire de même sexe cohabitent au jour de l'introduction de la demande en adoption. Pour autant qu'il existe entre le candidat adoptant et l'enfant une relation familiale effective et stable, le juge devrait pouvoir passer outre cet obstacle⁵⁶.

La Cour constitutionnelle a donc assoupli, sous deux aspects, la rigueur des conditions de l'adoption intrafamiliale inadaptées aux situations de fait vécues par les coparents homosexuels.

Par une loi du 20 février 2017⁵⁷, le législateur a entériné dans le Code civil, non sans critiques⁵⁸, les modifications réclamées par la jurisprudence constitutionnelle⁵⁹. Il reste que la figure juridique de l'adoption, proposée aux unions homosexuelles pour répondre à leur désir de fonder une famille, s'est rapidement révélée inapte et inadaptée à protéger l'intérêt de l'enfant. Cet outil

51 C. const., arrêt n° 94/2012 du 12 juillet 2012, B.5.

52 *Ibid.*, B.12.3.

53 *Ibid.*, B.7 à B.8.

54 *Ibid.*, B.12.3.

55 *Ibid.*, B.13.1 à B.14.

56 S. CAP et J. SOSSON, « Quand la Cour constitutionnelle revisite les conditions de l'adoption homoparentale », *op. cit.*, pp. 185 et 192, et L. COHEN, « Actualités législatives et constitutionnelles en droit de l'adoption », *op. cit.*, p. 99.

57 Loi du 20 février 2017 modifiant le Code civil en ce qui concerne l'adoption, *M.B.*, 22 mars 2017.

58 Voy., à ce sujet, L. COHEN, « Actualités législatives et constitutionnelles en droit de l'adoption », *op. cit.*, pp. 93 et s., spéc. pp. 102 et s.

59 N. GALLUS, « L'adoption (droit interne) », in *Droit des personnes et des familles, Chronique de jurisprudence 2011-2016*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 352.

46 C. const., arrêt n° 93/2012 du 12 juillet 2012, B.14.

47 *Ibid.*

48 *Ibid.*

49 S. CAP et J. SOSSON, « Quand la Cour constitutionnelle revisite les conditions de l'adoption homoparentale », *op. cit.*, p. 182, et L. COHEN, « Actualités législatives et constitutionnelles en droit de l'adoption », *op. cit.*, p. 109.

50 C. const., arrêt n° 94/2012 du 12 juillet 2012. Pour un commentaire approfondi de l'arrêt, consultez S. CAP et J. SOSSON, « Quand la Cour constitutionnelle revisite les conditions de l'adoption homoparentale », *op. cit.*, pp. 177 et s., N. GALLUS, « L'avenir de la parenté monosexuée », *op. cit.*, pp. 4 et s., S. CAP, « Quelle parenté pour les couples de même sexe », *op. cit.*, pp. 91 et s., et L. COHEN, « Actualités législatives et constitutionnelles en droit de l'adoption », *op. cit.*, pp. 93 et s.

juridique, s'il a sans aucun doute constitué un premier pas dans la protection de la parenté homosexuelle⁶⁰, a été remis en cause pour son incapacité à offrir une protection suffisante aux spécificités des familles homoparentales⁶¹.

C. La loi du 5 mai 2014 : la filiation comaternelle

Huit ans après l'entrée en vigueur de la loi autorisant les couples de même sexe à adopter, le législateur a alors franchi un pas supplémentaire dans la protection des familles homoparentales en adoptant la loi du 5 mai 2014 portant établissement de la filiation de la coparente⁶² qui a permis d'établir un double lien de filiation monosexuée entre deux femmes et un enfant, non plus *a posteriori* par le biais de l'adoption, mais dès l'origine par la voie de la filiation dite « charnelle »⁶³.

La loi sur la comaternité a ainsi introduit un changement de paradigme dans notre conception ou notre compréhension de la filiation⁶⁴. Ainsi, alors que le second lien de filiation établi entre le coparent et l'enfant via la figure juridique de l'adoption assumait le caractère « fictif » de la filiation établie *a posteriori*, par jugement, sans annihiler la réalité bisexuée préexistant dans les faits à la conception de l'enfant, la législation sur la comaternité nie cette réalité et « fait comme si » l'enfant était issu de deux mères, ou, en d'autres termes, comme s'il existait un lien génétique entre elles deux et l'enfant issu du projet parental qu'elles ont conjointement porté⁶⁵.

1. Les initiatives parlementaires

La proposition de loi qui a conduit à l'adoption de la loi sur la comaternité était au départ neutre sur le plan du genre et incluait aussi bien les couples gays que les couples lesbiens qui, en recourant ou non à la procréation médicalement assistée, désiraient « s'engager dans un projet de parentalité dans le cadre

60 S. CAP, L. GALICHET, F. MAISONNASSE, A. MOLIÈRE et S. TETARD, « Le statut juridique du co-parent de même sexe : aperçu de droit comparé », in H. FULCHIRON et J. SOSSON, *Parenté, filiation et origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 105.

61 S. CAP, « Quelle parenté pour les couples de même sexe », *op. cit.*, p. 101, et M. DEMARET et E. LANGENAKEN, « La loi portant établissement de la filiation de la coparente : bien dire et laisser faire... », *Rev. trim. dr. fam.*, 2015/3, p. 458.

62 La loi, précitée, a été modifiée et complétée par la loi du 18 décembre 2014 modifiant le Code civil, le Code de droit international privé, le Code consulaire, la loi du 5 mai 2014 portant établissement de la filiation de la coparente et 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.*, 23 décembre 2014. Voy. également la circulaire du 22 décembre 2014 relative à la loi du 5 mai 2014 portant établissement de la filiation de la coparente et 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.*, 29 décembre 2014.

63 S. CAP, « Quelle parenté pour les couples de même sexe », *op. cit.*, p. 102 et N. GALLUS, « Comaternité », in *Filiation*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 147.

64 M. DEMARET et E. LANGENAKEN, « La loi portant établissement de la filiation de la coparente : bien dire et laisser faire... », *op. cit.*, p. 459.

65 S. CAP, « Quelle parenté pour les couples de même sexe », *op. cit.*, pp. 106-107, S. CAP et J. SOSSON, « Quand la Cour constitutionnelle revisite les conditions de l'adoption homoparentale », *op. cit.*, p. 201, et S. CAP, L. GALICHET, F. MAISONNASSE, A. MOLIÈRE et S. TETARD, « Le statut juridique du co-parent de même sexe : aperçu de droit comparé », *op. cit.*, p. 95.

de la vie de famille qu'ils prévoient ensemble »⁶⁶. Rappelant les difficultés liées à la procédure d'adoption à laquelle sont soumis les couples homosexuels, les auteurs de la proposition invoquaient notamment que :

« Il s'agit d'une procédure [d'adoption] extrêmement stricte, souvent compliquée, qui prend beaucoup de temps et qui n'est pas gratuite. 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 »⁶⁷.

Néanmoins, à la faveur d'un amendement de la proposition, un « biais de genre » fut introduit⁶⁸. Ainsi, pressés par l'urgence d'adopter un texte avant la fin de la législature et au regard des enjeux partiellement différents soulevés par la comaternité et la copaternité, les parlementaires ont trouvé plus sage de régler d'abord la question de la comaternité et de réserver à une prochaine législature les discussions quant à un éventuel accès des couples gays à la filiation⁶⁹.

2. Le régime de la comaternité

La loi du 5 mai 2014 portant établissement de la filiation de la coparente introduit donc un nouveau modèle de filiation et permet l'établissement d'une double filiation monosexuée, non plus par le biais de l'adoption, mais par le biais des règles directement inspirées de celles applicables à la filiation charnelle des parents hétérosexuels⁷⁰.

Un nouveau chapitre 2/1, intitulé « de l'établissement de la filiation à l'égard de la coparente », est ainsi inséré dans le livre I^{er}, titre VII, du Code civil.

De manière générale, les dispositions qui régissent la comaternité ne s'appliquent que pour autant que l'enfant n'ait pas de père légal (art. 325/1 C. civ.).

66 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.*, Ch. repr., 2013-2014, n° 53-2445/3, 53-2445/1, pp. 2-3.

67 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.*, Ch. repr., 2013-2014, n° 53-2445/1, pp. 1-2.

68 J.-E. BEERNART et N. MASSAGER, « La loi du 5 mai 2014 instaurant le régime de la comaternité : "Trois femmes, un homme et un couffin" », *Act. dr. fam.*, 2015/4, pp. 74-75.

69 J. SOSSON, « Filiation après procréation médicalement assistée et comaternité : principes et pièges », in N. MASSAGER et N. GALLUS (dir.), *Procréation médicalement assistée et gestation pour autrui*, Limal, Anthemis, 2017, p. 142, et 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.*, Ch. repr., 2013-2014, n° 53-2445/3, p. 15 : « Une réglementation pour les couples d'hommes nécessitera d'abord qu'un débat soit organisé et qu'une solution soit trouvée à d'autres problèmes, tels que la maternité de substitution. Tous les membres de la Commission sont conscients que la législature touche à sa fin. Ce serait une bonne chose si un maximum de partis pouvaient trouver ensemble une solution pour les co-mères. Un régime général pour les coparents pourrait voir le jour ultérieurement ».

70 Pour une analyse détaillée des dispositions de ce nouveau chapitre 2/1 inséré par la loi du 5 mai 2014 au sein du Code civil, consultez not. y compris dans une perspective critique : E. VAN DEN BROECK, « La nouvelle loi sur la coparente », *J.D.J.*, 2015, n° 345, pp. 21 et s., M. DEMARET et E. LANGENAKEN, « La loi portant établissement de la filiation de la coparente : bien dire et laisser faire... », *op. cit.*, pp. 455 et s., spéc. les pages 467 et s., N. GALLUS, « Comaternité », *op. cit.*, pp. 147 et s., et J.-E. BEERNART et N. MASSAGER, « La loi du 5 mai 2014 instaurant le régime de la comaternité : "Trois femmes, un homme et un couffin" », *op. cit.*, pp. 74 et s., J. SOSSON, « Filiation après procréation médicalement assistée et comaternité : principes et pièges », *op. cit.*, spéc. pp. 142 et s.

L'article 329 du Code civil rappelle en outre qu'un enfant ne peut avoir plus de deux liens de filiation. Les dispositions en matière de filiation hétérosexuée restent donc *a priori* applicables et la coparente ne pourra établir sa filiation que si deux liens de filiation n'ont pas été précédemment consacrés.

Dans le cas d'un couple lesbien marié, la loi institue une « présomption de comaternité » à l'égard de l'épouse de la mère semblable à la présomption de paternité qui prévaut au sein des couples hétérosexuels mariés (art. 325/2 C. civ.). Lorsque le couple lesbien n'est pas marié, la compagne de la mère (ou coparente) peut procéder à la reconnaissance de l'enfant (art. 325/4 C. civ.), moyennant les consentements exigés à l'article 329bis du Code civil.

Les règles applicables aux procédures de contestation de la présomption de comaternité (art. 325/3 C. civ.), d'autorisation de reconnaissance, de contestation de la reconnaissance (art. 325/7 C. civ.) ou de recherche de comaternité (art. 325/8 et s. C. civ.) sont calquées sur celles applicables dans la filiation hétérosexuée. Cependant, l'exigence de preuve du lien biologique entre la coparente et l'enfant, qui ne saurait évidemment être rapportée, a été remplacée par la preuve du consentement préalable à la conception dans le cadre d'une convention de PMA⁷¹.

D. La discrimination à l'égard des couples gays

La figure juridique de la comaternité retenue par le législateur de 2014 ne fait pas l'unanimité.

L'introduction de cette nouvelle législation s'est, en effet, accompagnée de la création de nouvelles formes de discriminations. Il existe ainsi dorénavant une différence de traitement injustifiée au détriment des couples hétérosexuels non mariés ayant recours à la PMA, pour lesquels aucune réglementation spécifique n'est prévue quant à l'établissement de leur filiation⁷². Nous centrons toutefois notre attention ici sur le biais de genre introduit parmi les couples homosexuels, dans la mesure où la loi du 5 mai 2014 ne concerne que les couples de femmes, à l'exclusion des couples d'hommes⁷³.

Selon le législateur, la situation d'un couple d'hommes est plus complexe en ce qu'elle exige le recours à une maternité de substitution (voy. *supra*). Il y aurait dès lors une différence biologique objective entre les hommes et les femmes justifiant que l'on ne traite pas simultanément des filiations comaternelle et

copaternelle⁷⁴. Jehanne Sosson a réfuté cet argument en soulignant que, tout comme les couples d'hommes, les couples de femmes ont besoin d'une tierce personne (le donneur) pour concevoir un enfant⁷⁵. Les situations ne sont donc pas si dissemblables et l'absence de régime applicable aux pères gays constitue une différenciation injustifiée au titre de laquelle les couples d'hommes ne peuvent bénéficier dès l'origine d'un double lien de filiation monosexuée à l'égard de l'enfant issu de leur projet parental⁷⁶.

L'accès des couples d'hommes à la parenté supposera certainement de régler préalablement la question de la gestation pour autrui qui n'est toujours pas réglementée en Belgique et cela malgré de nombreuses propositions de loi et un volumineux rapport du Sénat⁷⁷. Parmi les nombreuses interrogations soulevées à cet égard se pose notamment la question de la place à faire à la mère porteuse au titre de son investissement biologique dans la conception de l'enfant.

Doit-il être priorisé par le biais d'un droit de rétention reconnu à la mère porteuse qui devrait toujours pouvoir faire le choix de rester la mère juridique ? Doit-il être gommé par le biais d'un rattachement immédiat de l'enfant à ses parents intentionnels ? Doit-on aménager un équilibre entre ces deux approches en préférant s'engager sur la voie d'une « triparenté » de la mère porteuse et des deux pères intentionnels au prix d'une nouvelle prise de distance avec le modèle biologique, cette fois sur le plan du nombre de parents ?

II. La reconnaissance et la protection des familles homoparentales en droit européen

La jurisprudence de la Cour européenne a concerné, en premier lieu, la possibilité pour une personne homosexuelle d'adopter en tant que personne seule : à cet égard, la Cour a finalement affirmé, dans son arrêt *E.B. c. France* du 22 janvier 2000, que l'agrément pour adopter ne peut être refusé sur la base de la seule orientation sexuelle (A). Dans sa jurisprudence subséquente, le juge européen a pu exiger – dans un arrêt de grande chambre retentissant, mais ambigu – qu'une double filiation puisse être établie par le biais d'une adoption intrafamiliale entre un enfant, sa mère et la partenaire de celle-ci dans le contexte spécifique d'une recomposition familiale homoparentale (B). Le juge strasbourgeois se montre beaucoup plus hésitant ou réticent s'agissant de la reconnaissance et de la protection des familles homoparentales par PMA, tant lorsqu'est en cause l'accès à la PMA que lorsqu'il s'agit d'organiser la prise

71 J. Sossion, « Filiation après procréation médicalement assistée et comaternité : principes et pièges », *op. cit.*, p. 144.

72 Voy. à ce sujet, dans cet ouvrage, la contribution de S. CAP, « Insémination artificielle et fécondation *in vitro* ». Voy. aussi M. DEMARET et E. LANGENAKEN, *ibid.*, p. 462, J.-E. BEERNART et N. MASSAGER, *ibid.*, pp. 76 et s., J. Sossion, « Filiation après procréation médicalement assistée et comaternité : principes et pièges », *op. cit.*, pp. 125 et s., et G. WILLEMS, « La filiation après PMA à l'épreuve du contrôle de constitutionnalité : vers une consécration législative de la parenté intentionnelle ? », *J.T.*, 2019, n° 22, pp. 455 et s.

73 M. DEMARET et E. LANGENAKEN, « La loi portant établissement de la filiation de la coparente : bien dire et laisser faire... », *op. cit.*, p. 461, et J.-E. BEERNART et N. MASSAGER, « La loi du 5 mai 2014 instaurant le régime de la comaternité : "Trois femmes, un homme et un couffin" », *op. cit.*, p. 74.

74 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.*, Ch. repr., 2013-2014, n° 53-2445/3, p. 15.

75 *Ibid.*, pp. 20-21.

76 S. CAP, L. GAUCHET, F. MAISONNASE, A. MOLIÈRE et S. TETARD, « Le statut juridique du co-parent de même sexe : aperçu de droit comparé », *op. cit.*, p. 106, et S. CAP, *ibid.*, p. 108.

77 Rapport d'information concernant l'examen des possibilités de créer un régime légal de coparentalité, Rapport fait au nom de la Commission des Affaires institutionnelles par MM. Mahoux et crts, *Doc. parl.*, Sénat, 2015-2016, n° 6-98/2. Voy., à ce sujet, dans cet ouvrage, la contribution de P. TAPIERO, « La gestation pour autrui ».

en charge de l'enfant issu d'un projet parental mis en œuvre par un couple de même sexe (C). Dans une affaire allemande, la Cour s'est au demeurant montrée très peu encline à imposer aux États l'organisation d'une véritable « filiation comaternelle » permettant l'établissement « direct » du lien de filiation homoparental sans « détour » par l'adoption (D). De son côté, la Cour de justice de l'Union pourrait bientôt contribuer de façon significative à l'amélioration de la situation juridique des familles homoparentales en garantissant, à tout le moins, leur libre circulation sur le territoire de l'Union (E).

A. L'adoption par une personne homosexuelle

La position du juge européen sur l'adoption monoparentale par les personnes homosexuelles a évolué rapidement, durant le cours des années 2000, à l'occasion de deux retentissantes affaires françaises.

Dans l'arrêt *Fretté*, en 2002, la Cour a jugé non discriminatoire le refus d'agrément pour adopter opposé à un homme homosexuel célibataire en soulignant l'absence de consensus sur des « questions délicates » relevant de domaines où le droit traversait « une phase de transition ». Elle a aussi indiqué que :

Force est de constater que la communauté scientifique – et plus particulièrement les spécialistes de l'enfance, les psychiatres et les psychologues – est divisée sur les conséquences éventuelles de l'accueil d'un enfant par un ou des parents homosexuels, compte tenu notamment du nombre restreint d'études scientifiques réalisées sur la question à ce jour. S'ajoutent à cela les profondes divergences des opinions publiques nationales et internationales, sans compter le constat de l'insuffisance du nombre d'enfants adoptables par rapport aux demandes⁷⁸.

Dans l'arrêt *E.B. c. France*, en 2008, la grande chambre s'est détournée de l'approche retenue dans *Fretté* et a considéré que le refus d'agrément opposé à une femme homosexuelle vivant en couple, mais souhaitant adopter seule, violait les articles 14 et 8 de la CEDH. Elle a notamment indiqué, à cet égard, que :

« 73. S'agissant du recours, par les autorités internes, au motif tiré de l'absence de référent paternel ou maternel [...], la Cour estime que cela ne pose pas nécessairement problème en soi. Toutefois, dans les circonstances de l'espèce, il est permis de s'interroger sur le bien-fondé d'un tel motif qui a finalement pour conséquence d'exiger de la requérante qu'elle justifie, dans son entourage proche, de la présence d'un référent de l'autre sexe, risquant ainsi de vider de sa substance le droit qu'ont les célibataires de demander l'agrément [...]. Aux yeux de la Cour, un tel motif aurait

78 Cour eur. D.H., arrêt *Fretté c. France* du 26 février 2002, § 42. Voy. not. G. LETSAS, « No human right to adopt? », *University College London Review of Human Rights*, 2008, vol. 1, n° 1, pp. 142 et s. ; P. MARTENS, « L'égalité devant l'adoption », note sous Cour eur. D.H., arrêt *E.B. c. France* du 22 janvier 2008, *J.L.M.B.*, 2008, pp. 548-550.

donc pu conduire à un refus arbitraire et servir de prétexte pour écarter la demande de la requérante en raison de son homosexualité »⁷⁹.

Alors que l'arrêt *Fretté* reposait largement sur l'absence de communauté de vues entre les États européens et jugeait recevable l'argument suivant lequel la prise en charge d'un enfant par un parent homosexuel pourrait avoir des conséquences négatives, l'arrêt *E.B.* – quant à lui – n'accorde aucune attention à l'évolution des droits nationaux et récuse par principe toute réticence à l'égard de l'adoption par une personne homosexuelle. Le renversement de perspective est donc complet : en s'émancipant des réticences nationales, le juge européen impose vigoureusement l'interdiction strasbourgeoise de toute distinction « se [rapportant] uniquement à des considérations sur l'orientation sexuelle » (§ 93)⁸⁰.

B. La famille homoparentale recomposée

Un tel « refus absolu » de toute différenciation fondée sur l'orientation sexuelle avait – à vrai dire – déjà été exprimé par le juge européen à la fin des années 1990, mais dans un tout autre contexte : celui de la protection des droits du parent homosexuel à l'égard de l'enfant qu'il retient d'une relation hétérosexuelle antérieure (1). Quelques années après l'arrêt *E.B.* – la grande chambre a franchi une étape significative en exigeant que le nouveau partenaire de même sexe d'un tel parent puisse devenir le second parent de l'enfant par la voie d'une adoption intrafamiliale homoparentale (2).

1. Le maintien des droits parentaux dans le chef du parent homosexuel

Dans le contexte antérieur à *Fretté* et *E.B.*, la Cour avait donc déjà pu réclamer – dans un arrêt *Salgueiro Da Silva Mouta c. Portugal* du 21 décembre 1999 – qu'un homme divorcé de la mère de son enfant et vivant désormais avec un homme puisse se voir attribuer l'autorité parentale et la garde à l'égard de l'enfant sans être discriminé en raison de son orientation sexuelle. Dans un contexte très dur où étaient notamment formulées des allégations d'abus sexuel, le tribunal de Lisbonne avait d'abord confié l'enfant au requérant compte tenu de sa meilleure capacité à lui procurer des conditions de vie équilibrée et tranquille. La cour d'appel avait toutefois, quant à elle, attribué l'autorité parentale et la garde à la mère, en faisant valoir en particulier que :

« L'enfant doit vivre au sein [...] d'une famille traditionnelle portugaise » et qu'« il n'y a pas ici lieu de chercher à savoir si l'homosexualité est ou non une maladie ou si

79 Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *E.B. c. France* du 22 janvier 2008. Voy. not. G. RUFFIEUX, « La France condamnée par la Cour européenne pour discrimination fondée sur l'orientation sexuelle », note sous Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *E.B. c. France* du 22 janvier 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 942 ; P. MARTENS, « L'égalité devant l'adoption », note sous Cour eur. D.H., arrêt *E.B. c. France* du 22 janvier 2008, *J.L.M.B.*, 2008, pp. 548-550.

80 Voy. aussi G. WILLEMS, « La vie familiale des homosexuels au prisme des articles 8, 12 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme : mariage et conjugalité, parenté et parentalité », *Rev. trim. dr. h.*, 2013, pp. 65-96.

elle est une orientation sexuelle à l'égard des personnes du même sexe. Dans les deux cas, l'on est en présence d'une anormalité et un enfant ne doit pas grandir à l'ombre de situations anormales »⁸¹.

Pour la Cour, ces passages ne constituaient pas « de simples formules maladroites ou malheureuses » et témoignaient de ce que « l'homosexualité du requérant [avait] pesé de manière déterminante dans la décision finale » (§ 35). Il n'en faut pas plus, aux yeux du juge européen, pour établir la violation de l'article 14 : en effet, les autorités nationales avaient « opéré une distinction dictée par des considérations tenant à l'orientation sexuelle du requérant, distinction qu'on ne saurait tolérer d'après la Convention » (§ 36).

2. L'adoption par le partenaire de même sexe du parent

Près de quinze ans plus tard, après que les arrêts *Fretté et E.B.* ont été rendus, la grande chambre a exigé, dans son arrêt *X. et autres c. Autriche* du 19 février 2013⁸², qu'une femme puisse adopter l'enfant que sa partenaire de même sexe retient d'une relation hétérosexuelle antérieure, de la même façon que le pourrait le nouveau partenaire hétérosexuel d'un parent. En l'occurrence, la mère de l'enfant exerçait seule l'autorité parentale à l'égard de l'enfant et l'élevait avec sa compagne depuis qu'il avait l'âge de 5 ans. Les deux femmes avaient signé une convention d'adoption en vue d'être ensemble les « co-mères » de l'enfant, mais le tribunal de district puis le tribunal régional avaient refusé de l'homologuer. En effet, l'adoption intrafamiliale (la Cour dit « coparentale ») n'était organisée que pour les familles recomposées hétéroparentales : dans le cas des requérantes, l'adoption de l'enfant aurait impliqué la rupture du lien de filiation avec la mère et son remplacement par un lien de filiation à l'égard de sa partenaire, ce qui n'était évidemment pas le résultat recherché. La Cour résume comme suit la teneur des décisions internes :

« Il ressort des décisions rendues par les juridictions internes et des observations du gouvernement que le droit autrichien de l'adoption vise à recréer la situation que l'on trouve dans une famille biologique. Dans son arrêt du 21 février 2006, le tribunal régional a précisé que les dispositions litigieuses visaient à préserver la « famille traditionnelle » et que le droit autrichien reposait sur le principe selon lequel un enfant mineur devait avoir pour parents deux personnes de sexes opposés, conformément à la réalité biologique ».

En renvoyant à *Salgueiro* et à *E.B.*, le juge européen a rappelé que « les différences motivées uniquement par des considérations tenant à l'orientation sexuelle sont inacceptables au regard de la Convention » (§ 99). Il a admis que la protection de la famille traditionnelle était « un motif important et légitime » en soulignant, néanmoins, qu'il était « assez abstrait » et susceptible d'être

81 Cour eur. D.H., arrêt *Salgueiro Da Silva Mouta c. Portugal* du 21 décembre 1999, § 34.

82 Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *X. et autres c. Autriche* du 19 février 2013, § 137.

poursuivi par « une grande variété de mesures concrètes » (§§ 138-139). Il a considéré que la marge d'appréciation était étroite et que la charge de prouver la nécessité de la mesure incombait au gouvernement (§§ 140-141). Or, relève l'arrêt :

« 146. L'ensemble des considérations exposées ci-dessus – l'existence de la famille de fait formée par les intéressés, l'importance qu'il y a pour eux à en obtenir la reconnaissance juridique, l'incapacité du gouvernement à établir qu'il serait préjudiciable pour un enfant d'être élevé par un couple homosexuel ou d'avoir légalement deux mères ou deux pères, et surtout le fait que le gouvernement reconnaît que *les couples homosexuels sont tout aussi aptes que les couples hétérosexuels à l'adoption coparentale* – suscit[e] de sérieux doutes quant à la proportionnalité de l'interdiction absolue de l'adoption coparentale qui résulte pour les couples homosexuels de l'article 182, § 2, du Code civil »⁸³.

La Cour est, malgré tout, brièvement revenue sur la question de la marge d'appréciation nationale et du consensus européen. Elle a relevé, à cet égard, qu'il ne lui fallait prendre en compte que les dix États autorisant – comme l'Autriche – l'adoption « coparentale » par les couples non mariés. Parmi ces dix États, six traitaient identiquement les couples hétérosexuels et homosexuels et quatre opéraient une différence entre les uns et les autres. Selon la Cour, cet échantillon était trop étroit pour avoir une incidence sur la marge de manœuvre étatique qui demeurait alors étroite (§§ 148-149)⁸⁴. À l'aune d'une telle marge, le gouvernement avait échoué à mettre en évidence des « raisons particulièrement solides et convaincantes » établissant que l'exclusion des couples homosexuels de l'adoption coparentale est nécessaire à la poursuite des buts poursuivis (§ 151)⁸⁵.

83 Nous soulignons.

84 Cette opération de « neutralisation » du consensus européen a fait l'objet de critiques. Ainsi, Gérard Gonzalez y voit-il une illustration significative d'une propension de la Cour à « s'arroger parfois le droit d'interpréter la Convention non pas à la lumière des "conditions de vie actuelles", mais de celles "de demain", alors que "le sens de l'interprétation évolutive, telle que conçue par la Cour, est d'accompagner, voire de canaliser, les changements, non pas de les précéder et encore moins d'essayer de les imposer" » (G. GONZALEZ, « Le jeu de l'interprétation consensuelle », in F. SUDRÉ [dir.], *Le principe de subsidiarité au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Limal, Anthemis, 2014, pp. 128-129). Même les auteurs favorables à la solution atteinte par la Cour ont jugé inadéquate l'approche du consensus : ainsi, Stijn Smet fait-il valoir que « *the European consensus should be irrelevant to that finding. Indeed, rather than trying to deny the government's argument on a lack of European consensus, the majority would have done better to clearly state that the European consensus was wholly irrelevant to the issue at stake, because there existed no rational justification for the difference in treatment* » (S. SMET, « X. and Others v. Austria (Part II): A narrow ruling on a narrow issue », *Strasbourg Observers*, 6 March 2013 (<https://strasbourgobservers.com>)). Voy. aussi, le cas échéant, ce que nous en avons écrit : G. WILLEMS, « Orientation sexuelle et adoption : l'Autriche condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme », note sous Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *X. et autres c. Autriche* du 19 février 2013, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, pp. 1037 et s.).

85 Voy. pour des analyses plus approfondies : N. RODEAN, « Adoption and same-sex couples: New rights in European constitutional space after the ruling *X and Others v. Austria* », *Direitos Fundamentais & Justica*, 2014, pp. 30 et s. ; P. MARTENS, « L'égalité dans l'adoption », *J.L.M.B.*, 2013, p. 1404 ; G. PUPPINCK, « X. and Others v. Austria (Part I): Had the woman been a man... », *Strasbourg Observers*, 4 March 2013 (<https://strasbourgobservers.com>) ; S. SMET, « X. and Others v. Austria (Part II): A narrow ruling on a narrow issue », *op. cit.* ; G. WILLEMS, « Orientation sexuelle et adoption : l'Autriche condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*

C. La famille homoparentale par PMA

Les arrêts *Salgueiro* et *X. et autres* offrent donc une certaine protection et une certaine reconnaissance à la famille recomposée homoparentale, procédant de la rupture d'un couple parental hétérosexuel et du réinvestissement d'un des parents dans un couple homosexuel qui prend en charge le ou les enfant(s). Par contraste, une série de décisions rendues à l'égard de la France⁸⁶ traduisent les réserves ou les réticences du juge européen s'agissant d'une éventuelle protection conventionnelle des familles homoparentales créées par recours à la procréation médicalement assistée. Cette hésitation strasbourgeoise s'observe aussi bien s'agissant de l'accès aux techniques de PMA (1) que de la possibilité d'une adoption subséquente (2). Elle concerne aussi la simple possibilité pour les parents homosexuels par PMA d'exercer ensemble l'autorité parentale pendant la durée de la relation (3) et celle pour chacun d'entre eux de maintenir un lien avec l'enfant en cas de séparation (4). Les couples homoparentaux ayant fait appel à la PMA ne peuvent pas non plus se prévaloir des congés dont bénéficient les parents hétérosexuels (5)⁸⁷.

1. L'accès à la PMA : Charron et Merle-Montet

La jurisprudence de la Cour relative à l'accès des couples de femmes à la PMA est déconcertante. La Cour a exprimé un avis sur la question dès 2012, dans une sorte d'*obiter dicta*, alors que cela ne lui était pas vraiment demandé ; en revanche, lorsque, quelques années plus tard, il lui a été demandé de se positionner précisément et expressément à ce propos, elle a considéré qu'elle ne pouvait se prononcer à défaut d'épuisement des voies de recours internes.

Ainsi, dans son arrêt *Gas et Dubois c. France* du 15 mars 2012 qui concernait l'impossibilité pour deux Françaises qui s'étaient déplacées à Bruxelles pour bénéficier d'une insémination avec donneur, la Cour a fait valoir – sans que cela soit nécessaire – que les couples de femmes et les couples hétérosexuels infertiles n'étaient pas dans des situations comparables du point de vue de l'accès à la PMA. Ainsi, selon le juge strasbourgeois :

La Cour relève que, si le droit français ne prévoit l'accès à ce dispositif que pour les couples hétérosexuels, cet accès est également subordonné à l'existence d'un but thérapeutique, visant notamment à remédier à une infertilité dont le caractère pathologique a été médicalement constaté ou à éviter la transmission d'une maladie grave [...]. Ainsi, pour l'essentiel, l'IAD n'est autorisée en France qu'au profit des couples hétérosexuels infertiles, situation

86 L'on prendra connaissance des développements qui suivent en tenant compte de l'adoption, après leur rédaction, de la loi française du 2 août 2021 relative à la bioéthique qui ouvre la PMA aux couples de femmes et prévoit un dispositif spécifique d'établissement de la filiation. Les arrêts rendus par la Cour européenne dans le contexte antérieur à cette réforme conservent évidemment leur intérêt en ce qu'ils signalent les obligations qui sont (ou non) imposées aux autres Etats dont le droit correspond au régime qui prévalait en France avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi.

87 Voy. aussi, dans cet ouvrage, la contribution de S. CAP, « L'insémination artificielle et la fécondation *in vitro* ».

qui n'est pas comparable à celle des requérantes. Il s'ensuit, pour la Cour, que la législation française concernant l'IAD ne peut être considérée comme étant à l'origine d'une différence de traitement dont les requérantes seraient victimes.

Dans une décision *Charron et Merle-Montet c. France* du 16 janvier 2018, la Cour a en revanche jugé ne pas pouvoir examiner quant au fond la requête de deux Françaises se plaignant du refus de prise en charge de leur projet parental par un centre de PMA toulousain, dès lors qu'elles avaient négligé de former un recours interne contre ce refus. Il est vrai que les requérantes s'étaient adressées directement au juge européen, en considérant qu'une décision rendue le 17 mai 2013 par le Conseil constitutionnel vouait à l'échec tout recours qu'elles auraient formé devant lui. Selon les termes de celle-ci :

« Il résulte de l'article L. 2141-2 du code de la santé publique que l'assistance médicale à la procréation a pour objet de remédier à l'infertilité pathologique, médicalement diagnostiquée d'un couple formé d'un homme et d'une femme en âge de procréer, qu'ils soient ou non mariés ; que les couples formés d'un homme et d'une femme sont, au regard de la procréation, dans une situation différente de celle des couples de personnes de même sexe ; [...] ; que, par suite, ni le principe d'égalité ni l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi n'imposaient qu'en ouvrant le mariage et l'adoption aux couples de personnes de même sexe, le législateur modifie la législation régissant ces différentes matières ».

La Cour européenne a cependant jugé, quant à elle, que, « même si les chances de succès étaient éventuellement réduites du fait de la décision du Conseil constitutionnel [...], un recours en annulation pour excès de pouvoir de la décision du CHS de Toulouse [...] n'aurait pas été "de toute évidence voué à l'échec" » (§ 29)⁸⁸.

La question de l'accès des couples de femmes à la PMA est évidemment à replacer dans le contexte d'une frilosité avérée de la Cour européenne sur les questions bioéthiques en général et sur les enjeux de PMA (ou de GPA) en particulier⁸⁹. Il n'est alors pas réellement surprenant de voir la Cour si réticente à imposer quoi que ce soit aux États en matière d'accès à la PMA homoparentale. Il faut aussi souligner que, dans sa Recommandation CM/Rec(2010)5 du 31 mars 2010, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe n'a pas non plus fait preuve d'une grande détermination sur ce terrain de la PMA. Le texte se borne en effet à indiquer à cet égard que, « lorsque la législation nationale permet la procréation assistée médicalement pour les femmes célibataires, les

88 Voy. pour une analyse approfondie : J.-P. MARGUENAUD, « Le refus de la procréation médicalement assistée à un couple d'homosexuelles mariées ou la subsidiarité otage de la proportionnalité », note sous Cour européenne des droits de l'homme, 16 janvier 2018, *Charron et Merle-Montet c. France*, RTD civ., 2018, pp. 349-353.

89 Voy. p. ex. A. LEBRET, « The European Court of human rights and the framing of reproductive rights », *Droits fondamentaux : revue électronique du CRDH*, n° 18, 2020 (<https://www.crdh.fr>) ; G. WILLEMS, « Droits de l'homme et procréation médicalement assistée : la Cour de Strasbourg face aux évolutions biomédicales et aux mutations de la filiation », in N. MASSAGER (dir.), *Procréation médicalement assistée et gestation pour autrui : regards croisés du droit et de la pratique médicale*, Limal, Anthemis, 2017, pp. 9-31. Voy. aussi B. PASTRE-BELDA, « La Cour européenne des droits de l'homme, entre promotion de la subsidiarité et protection effective des droits », *Rev. trim. dr. h.*, 2013, spéc. pp. 256 et s.

États membres *devraient essayer* de garantir l'accès à ce traitement, sans discrimination fondée sur l'orientation sexuelle »⁹⁰.

Il reste à voir jusqu'à quel point l'affirmation que les couples hétérosexuel et homosexuel ne sont pas comparables s'agissant de l'accès à la PMA pourra faire barrage aux revendications des couples de femmes, dans un contexte où la Cour a expressément souligné, dans *X. et autres*, que le gouvernement autrichien ne parvenait pas à prouver qu'« il serait préjudiciable pour un enfant d'être élevé par un couple homosexuel ou d'avoir légalement deux mères ou deux pères » et admettait que « les couples homosexuels sont tout aussi aptes que les couples hétérosexuels à l'adoption coparentale ». La référence au caractère « pathologique » de l'infertilité des couples hétérosexuels ne semble pas nécessairement pouvoir justifier très longtemps la renonciation strasbourgeoise à comparer les situations à l'aune de la règle de non-discrimination.

On sait que le long processus de réforme de la loi relative à la bioéthique est encore en cours en France à l'heure où sont rédigées ces lignes. Les 2 et 3 février 2021, les sénateurs ont voté – durant une séance extrêmement houleuse – en deuxième lecture un amendement qui revient sur l'article 1^{er} de la loi projetée, qui ouvre l'accès à la PMA aux couples de femmes et aux femmes célibataires. C'est donc un texte amputé de cette disposition qui a été transmis à l'Assemblée nationale en vue de la poursuite du processus législatif⁹¹.

2. L'adoption coparentale après insémination artificielle : Gas et Dubois

L'arrêt *Gas et Dubois* précité ne concernait pas au premier chef la question de l'accès à la PMA.

Les deux requérantes avaient, on l'a dit, pris le parti de se rendre en Belgique où elles avaient effectivement pu bénéficier d'une IAD. Ce qu'elles avaient réclamé des autorités françaises était en fait la possibilité pour Mme Gas d'adopter l'enfant que Mme Dubois avait mis au monde à la suite de cette IAD et qui vivait avec elles depuis sa naissance à leur domicile commun. Le tribunal de Nanterre puis la Cour d'appel de Versailles avaient cependant rejeté la demande d'adoption simple formée par les deux femmes dès lors qu'une telle adoption, sans rompre le lien de filiation entre Mme Dubois et sa fille, aurait eu pour effet de transférer l'autorité parentale à Mme Gas exclusivement, ce qui n'était évidemment pas opportun. Une exception à ce transfert de l'autorité parentale n'était prévue qu'au profit des couples mariés : dans leur cas, l'adoption intrafamiliale impliquait le partage de l'autorité parentale entre le parent d'origine et l'adoptant. Les requérantes dénonçaient alors une

90 Recommandation CM/Rec(2010)5 du Comité des ministres aux États membres sur des mesures visant à combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre (<https://search.coe.int/>) (nous soulignons).

91 Voy. projet de loi n° 3833, modifié par le Sénat, en deuxième lecture, relatif à la bioéthique.

discrimination fondée sur l'orientation sexuelle : en tant que couple de même sexe, elles n'avaient pas accès au mariage et – en conséquence – elles ne pouvaient mettre en œuvre l'adoption intrafamiliale de l'enfant issu de leur projet parental mené en Belgique.

Le raisonnement de la Cour dans *Gas et Dubois* a déjà fait l'objet de nombreux commentaires. La Cour y considère, en somme, que les requérantes ne sont pas moins bien traitées que les couples hétérosexuels non mariés (qui ne bénéficient pas non plus de l'adoption intrafamiliale avec partage subséquent de l'autorité parentale) et qu'elles ne peuvent être comparées aux couples hétérosexuels mariés (puisque le mariage confère un statut particulier à ceux qui s'y engagent). Il n'y a donc de discrimination ni par rapport aux couples hétérosexuels non mariés ni par rapport aux couples hétérosexuels mariés. Cette approche, déjà mobilisée à propos d'autres prérogatives refusées aux homosexuels, est, on l'a souvent écrit⁹², insatisfaisante : les requérantes ne peuvent être comparées à des hétérosexuels non mariés, car ceux-ci peuvent contrairement à elles se marier pour bénéficier des avantages associés au mariage ; il se justifie, en revanche, de les comparer aux hétérosexuels mariés, car l'on ne peut retenir contre elle le fait qu'elles n'ont pas pris un engagement qu'il leur est précisément impossible de prendre.

La jurisprudence récente, heureusement, semble se détourner de cette approche problématique⁹³. L'on peut alors espérer qu'une prochaine affaire similaire à *Gas et Dubois* pourra conduire la Cour à un double élargissement de la portée de son arrêt *X. et autres* : d'une part, en affirmant la pertinence du droit à l'adoption non seulement dans le cas d'une reconstitution familiale, mais également dans le cas d'un projet homoparental par PMA ; d'autre part, en consacrant ce droit au profit des couples de femmes privés d'accès au mariage même lorsque ce droit est en principe réservé aux couples (hétérosexuels) mariés. À ce dernier égard, l'idée est toute simple et de plus en plus prégnante – nous semble-t-il – en droit européen : si les États peuvent encore refuser le mariage aux homosexuels, à tout le moins doivent-ils leur reconnaître les droits essentiels à l'épanouissement de leur vie familiale conjugale et parentale.

La loi française du 17 mai 2013 a ouvert le mariage aux couples de même sexe qui peuvent désormais adopter un enfant (adoption conjointe ou intrafamiliale). Dès lors, les couples comme celui formé par Mmes Gas et Dubois qui

92 Voy., dans cet ouvrage, notre contribution « Le couple homosexuel », point II.C.2. Voy. aussi G. WILLEMS, « La vie familiale des homosexuels ... », *op. cit.*, p. 92 et les références citées. Voy. enfin L. BRACKEN, « Strasbourg's response to gay and lesbian parenting: progress, then plateau », *International Journal of Children's Rights*, 2016, p. 364 (« to assert that marriage has a special status which thereby justifies a special adoption regime, while at the same time restricting access to marriage, seems to be somewhat suspect »).

93 Cour eur. D.H., arrêt *Taddeucci et McCall c. Italie* du 30 juin 2016 (discrimination résultant du traitement identique des couples homosexuels non mariés et des couples hétérosexuels non mariés dès lors que les premiers, au contraire des seconds, ne peuvent s'engager dans les liens du mariage). Voy., dans cet ouvrage, notre contribution « Le couple homosexuel », point II.C.2. Voy. aussi p. ex. N. KOFFEMAN, « *Taddeucci and McCall v. Italy*: welcome novelty in the ECtHR's case-law on equal treatment of same-sex couples », *Strasbourg Observers*, 27 July 2016 (<https://strasbourgothers.com>).

recourent à la PMA en Belgique peuvent désormais – s'ils sont mariés – établir un double lien de filiation avec l'enfant par le biais de l'adoption intrafamiliale. Martine Gross indique ainsi que « la plupart des couples de femmes qui souhaitent être mères conçoivent leurs enfants grâce au recours à la PMA, à l'étranger, puisqu'il est interdit en France. Pour établir son statut de mère, celle des deux femmes qui n'a pas accouché doit ensuite adopter l'enfant »⁹⁴.

3. Le congé parental : Hallier et autres

Il reste que la Cour européenne, quant à elle, n'impose donc ni l'accès à la PMA ni la possibilité d'établir une double filiation lorsqu'il est recouru à la PMA à l'étranger. Dans d'autres États que la France, où l'adoption homoparentale reste impossible⁹⁵, le statut des enfants concernés demeure nécessairement « bancal », au sens où ils ne peuvent jouir d'une « double filiation » à l'égard de leurs parents de même sexe.

Une série de trois arrêts français, postérieurs à *Gas et Dubois* et à l'ouverture de l'adoption, mais relatifs aux inconvénients rencontrés par les « co-mères » dans le contexte antérieur à la réforme, rend compte de ce que la Cour n'entend pas, pour le moment, contraindre les États à offrir, aux familles homoparentales par PMA sans accès à l'adoption, les avantages alloués aux parents hétérosexuels qui peuvent – quant à eux – établir leur « double filiation ».

Ainsi, dans sa décision *Hallier et autres c. France* du 12 décembre 2017, la Cour a validé la décision des juridictions françaises refusant à une « co-mère » le bénéfice d'un congé subséquent à la naissance de l'enfant. Il s'agissait en l'espèce de deux femmes ayant chacune mis au monde un enfant, sans que les modalités de la conception soient exposées dans l'arrêt. Après la naissance du premier enfant, la compagne de la mère avait demandé à bénéficier d'un congé de paternité indemnisé, ce que lui avait refusé la caisse d'assurance maladie. Le tribunal de Rennes, la Cour d'appel de Nantes et la Cour de cassation avaient validé cette décision au motif que le bénéfice du droit litigieux était ouvert « à raison de l'existence d'un lien de filiation juridique, au père de l'enfant [et] que ces textes excluaient toute discrimination selon le sexe ou l'orientation sexuelle ».

La Cour a certes considéré que « la deuxième requérante, qui a accueilli l'enfant auquel sa partenaire de longue date avait donné naissance, est dans une situation comparable à celle d'un père biologique au sein d'un couple hétérosexuel ». Il convenait donc, pour qu'elle soit conventionnellement acceptable, que la différence de traitement dénoncée par les requérantes poursuive un but

légitime de façon proportionnée. À cet égard, la Cour a souscrit à l'argument du gouvernement suivant lequel « l'institution du congé de paternité visait à renforcer les pères dans leur responsabilité éducative à l'égard de leurs enfants par un investissement précoce auprès de ceux-ci et à faire évoluer le partage des tâches domestiques entre hommes et femmes ». En outre, « l'institution d'un congé de onze jours rémunéré – est proportionné[e] au but visé et [...] le fait de faire dépendre le bénéfice de ce congé d'un lien de filiation avec l'enfant pouvait, à l'époque considérée, s'inscrire dans la marge d'appréciation reconnue à l'État en la matière ».

Si l'on peut entendre ces arguments, il est moins évident de souscrire à ce passage, directement inspiré de *Gas et Dubois*, auquel il est expressément fait référence :

« [La] différence de traitement n'est fondée ni sur le sexe ni sur l'orientation sexuelle, puisque, dans le cadre d'un couple hétérosexuel, le compagnon ou partenaire de la mère qui n'est pas le père biologique de l'enfant ne peut davantage bénéficier du congé de paternité (voir *mutatis mutandis Gas et Dubois*, précité, § 69) ».

Il nous semble en premier lieu que c'est à mauvais escient qu'il est fait référence au lien biologique, puisque ce qui est décisif est, suivant les dispositions litigieuses, le lien juridique de filiation. Or l'on sait très bien que, tant dans le mariage où la paternité est présumée que hors mariage où elle est établie par reconnaissance, la filiation paternelle ne correspond pas nécessairement à la filiation biologique. Dès lors, si l'on se concentre sur cet enjeu crucial de l'existence ou de l'absence d'un lien de filiation, l'on ne peut ignorer que la possibilité pour le partenaire de la mère d'établir un tel lien était réservée aux hétérosexuels et l'on aperçoit alors qu'ici encore l'on refuse une prérogative propre à permettre l'épanouissement de la vie familiale en « reprochant » aux parents homosexuels de n'avoir pas établi un lien qui leur était précisément impossible d'établir.

4. La délégation-partage de l'autorité parentale au sein d'un couple de femmes : Bonnaud et Lecoq

Privées de la possibilité d'établir une double filiation comaternelle, les coparentes ne doivent pas même, en l'état actuel de la jurisprudence strasbourgeoise, bénéficier d'une possibilité d'assumer conjointement l'autorité parentale. Dans une décision *Bonnaud et Lecoq c. France* du 6 février 2018, la Cour a ainsi considéré que l'impossibilité pour un couple de femmes ayant recouru à la PMA en Belgique de partager l'autorité parentale à l'égard de leurs deux enfants n'était pas contraire à la Convention. Chacune d'entre elles avait porté l'un des enfants et en était alors la mère légale, et elles souhaitaient alors par le biais d'une « délégation d'autorité parentale croisée » exercer conjointement l'autorité parentale à l'égard des deux enfants. Le juge aux affaires familiales de Lille avait accédé à leur demande, contre l'avis du Procureur de la République,

⁹⁴ M. Gross, « L'accès des couples de femmes à la procréation médicalement assistée : questions de filiation », *Droit et cultures*, 2017, p. 115. Dans deux avis du 22 septembre 2014, la Cour de cassation a expressément confirmé que « le recours à l'assistance médicale à la procréation, sous la forme d'une insémination artificielle avec donneur anonyme à l'étranger, ne fait pas obstacle au prononcé de l'adoption, par l'épouse de la mère, de l'enfant né de cette procréation, dès lors que les conditions légales de l'adoption sont réunies et qu'elle est conforme à l'intérêt de l'enfant » (avis n° 15010 et 15011).

⁹⁵ Voy. *supra*, note 9, la liste des pays européens autorisant désormais l'adoption homoparentale.

en considérant que la délégation correspondait à l'intérêt des deux femmes et des enfants. La Cour d'appel de Douai avait cependant réformé cette décision en considérant que la nécessité de la délégation n'était pas démontrée. Déboulées par la Cour de cassation, les deux « co-mères » ont saisi la CEDH.

La Cour de Strasbourg a principalement fait valoir que le refus ou l'octroi de la délégation prévue à l'article 377, § 1^{er}, du Code civil était fondé sur les circonstances de fait de chaque affaire (§ 44) et qu'en l'occurrence, tel avait bien été le cas, l'appréciation conduite par la cour d'appel et validée par la Cour de cassation ne révélant aucune différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle (§ 45). Plus spécifiquement, les juges européens ont relevé, en renvoyant à l'arrêt *Mennesson*, que « les requérantes sont perçues par tout leur entourage comme les parents des deux enfants et n'ont pas fait état de difficultés particulières auxquelles elles se seraient heurtées, telles qu'elles auraient exigé les délégations d'autorité parentale sollicitées » (§ 46)⁹⁶.

L'on peut juger que la décision strasbourgeoise élude un peu rapidement la spécificité de la situation. Ainsi, si la Cour d'appel de Douai semble faire une application adéquate des règles relatives à la délégation-partage et si la Cour européenne semble dès lors pouvoir approuver sa décision à bon escient, il ne faut pas perdre de vue que la délégation est ici demandée comme substitut à un régime approprié de prise en charge coparentale dans les familles homoparentales. On peut alors considérer, comme Pieter Cannoot, que, « dès lors que les critères neutres pour la délégation de l'autorité parentale sont interprétés de la même façon stricte pour les couples homosexuels et hétérosexuels, un traitement identique a été appliqué à des situations différentes, ce qui conduit à une discrimination indirecte des couples de même sexe »⁹⁷.

S'agissant de la situation spécifique des requérantes, l'arrêt indique que Mme Lecoq a finalement, après l'entrée en vigueur de la loi de 2013, entamé une procédure d'adoption (simple) de l'enfant (entre-temps devenu majeur) (§§ 21 et 48).

5. Les droits parentaux en cas de séparation du couple de femmes : Honner

L'on aurait pu espérer que la Cour de Strasbourg veille, à tout le moins, à ce qu'après la séparation du couple de femmes, la compagne de la mère qui a endossé pendant des années le rôle de « seconde mère » puisse, en règle, maintenir un lien avec celui ou celle qui était, dans les faits, son enfant. Dans un arrêt *Honner c. France* du 12 novembre 2020, la Cour a cependant renoncé à garantir ce droit minimal⁹⁸. Il s'agissait, ici encore, d'un couple de femmes qui avait voyagé vers un centre de PMA belge pour réaliser un projet

⁹⁶ Cour eur. D.H., déc. *Bonnaud et Lecoq c. France* du 6 février 2018.

⁹⁷ P. CANNOOT, « Inadmissibility decision in *Bonnaud and Lecoq v. France* – should the Court have recognized the specificity of a same-sex relationship? », *Strasbourg Observers*, 11 avril 2018 (<https://strasbourgothers.com>).

⁹⁸ Cour eur. D.H., arrêt *Honner c. France* du 12 novembre 2020.

parental commun. La femme qui avait accouché avait désigné sa partenaire comme tutrice testamentaire de l'enfant. Elle lui en avait en outre confié assez largement l'éducation quotidienne, tandis qu'elle poursuivait de son côté sa progression professionnelle. Les deux femmes s'étaient pacsées en 2009, mais séparées en 2012, et la mère de l'enfant s'était ensuite opposée à la poursuite de la relation entre l'enfant et son ex-partenaire. À la différence du juge d'instance de Créteil, la Cour d'appel de Paris avait estimé qu'il n'y avait pas lieu de prévoir un droit aux relations personnelles. Celle que l'enfant appelait « maman Rachel » et qui se trouvait à présent sans droit à des contacts avec lui a alors saisi la Cour de Strasbourg.

La Cour européenne a considéré qu'il y avait en l'espèce indubitablement une vie familiale protégée par l'article 8 et décidé d'appréhender l'affaire sous l'angle des obligations positives. Elle a principalement fait valoir qu'il existait en droit français une possibilité pour « une personne ayant développé un lien familial *de facto* avec un enfant » de demander au juge de la famille d'organiser un droit aux relations personnelles (§ 58). En l'espèce, la requérante avait d'ailleurs fait usage de cette possibilité (§ 59), mais la cour d'appel, aux termes d'une décision « attentivement motivée », avait considéré que la poursuite des contacts n'était pas dans l'intérêt de l'enfant (§§ 60-61).

L'on peut juger ici aussi que la décision strasbourgeoise élude un peu rapidement la spécificité de l'affaire. En considérant que le régime organisé par la France pour les « tiers » qui établissent un lien avec un enfant comme l'« ex-conjoint » du parent a été adéquatement appliqué, la Cour escamote la circonstance que la requérante n'était pas précisément un simple « beau-parent », mais bien la « coautrice » d'un projet parental qui avait, tant avant la naissance de l'enfant qu'après celle-ci, joué le rôle de « co-mère » de l'enfant⁹⁹. On peut alors considérer, comme Alice Margaria, que la Cour a non seulement « ignoré le fait que c'était l'absence de cadre légal permettant la reconnaissance légale de la comaternité qui avait généré cette situation », mais, en outre, « négligé de prendre en compte la participation de la requérante à la conception et à l'éducation de l'enfant en tant que mère »¹⁰⁰.

L'arrêt *Honner* ne mentionne nullement la possibilité désormais offerte aux couples de femmes françaises de recourir à l'adoption intrafamiliale après une PMA réalisée à l'étranger. Il est vrai que, s'agissant ici de l'hypothèse où les deux femmes sont séparées et en conflit, le recours à l'adoption achoppe nécessairement sur le problème du consentement, ainsi qu'en témoigne l'expérience belge telle qu'elle a été décrite ci-avant¹⁰¹.

⁹⁹ Voy. aussi Cour eur. D.H., D. et B. c. *Autriche* du 31 octobre 2017.

¹⁰⁰ A. MARGARIA, « *Honner v. France*: damage prevention and/or damage control? », *Strasbourg Observers*, 12 janvier 2012, <https://strasbourgothers.com/> (traduction libre).

¹⁰¹ Voy. *supra*, point I.B.3. Voy. aussi, pour d'édifiantes perspectives relatives à une éventuelle autorisation du recours, en France, à la PMA homoparentale, M. GROSS, « L'accès des couples de femmes à la procréation médicalement assistée... », *op. cit.*, spéc. pp. 119 et s.

D. La filiation homoparentale

L'on voit que la jurisprudence européenne mériterait d'être clarifiée et renforcée s'agissant de l'adoption homoparentale après reconstitution familiale ou procréation assistée et, à tout le moins, qu'un statut de parentalité devrait être garanti pour que les prérogatives parentales essentielles – être avec l'enfant, exercer l'autorité parentale à son égard, maintenir des liens avec lui en cas de rupture, etc. – puissent être conférées aux deux parents de même sexe.

Mais, dans les États où l'accès à l'adoption est déjà offert, de nouvelles questions viennent à se poser : ainsi, la Cour a-t-elle eu l'occasion de se prononcer, dans une affaire *Boeckel et Gessner-Boeckel*¹⁰², sur le régime allemand, qui offrait aux couples lesbiens la possibilité d'établir une double filiation adoptive à l'égard de leur enfant, sans en revanche permettre que la filiation soit établie à l'égard de deux femmes par le biais des règles « ordinaires » de la filiation. En l'occurrence, deux femmes étaient unies par un *eingetragene Lebenspartnerschaft* et, l'une d'elles avait mis au monde un enfant, elles jugeaient injuste de devoir recourir à l'adoption : à leurs yeux, la filiation comaternelle aurait dû être établie de plein droit à l'égard de la partenaire enregistrée de la mère, par le biais d'une présomption semblable à celle dont bénéficient les parents hétérosexuels mariés.

La Cour a considéré que les requérantes pouvaient se prévaloir du statut de victimes, même si elles avaient finalement recouru à l'adoption. Elles maintenaient en effet qu'elles auraient dû pouvoir bénéficier d'une mention « directe » du nom de la co-mère sur l'acte de naissance sans « détour » par le processus d'adoption. Elles pointaient à cet égard les risques liés au décès de la mère ou à la séparation des partenaires, de même que les difficultés potentielles durant la période précédant l'adoption. Elles indiquaient également que la présomption de paternité du mari s'appliquait à tous les maris, qu'ils soient ou pas effectivement les géniteurs de l'enfant : l'absence de lien biologique, dans leur propre situation, ne pouvait donc être décisive (§§ 23-26).

La Cour a cependant jugé que la situation des requérantes n'était pas comparable à celle d'un couple hétérosexuel marié du point de vue de la présomption de paternité. En effet, cette présomption était fondée sur l'idée que le mari de la mère était « effectivement » le père biologique de l'enfant mis au monde par son épouse et cela même si elle pouvait ne « pas toujours » refléter la véritable paternité biologique de l'enfant. En revanche, lorsqu'une partenaire enregistrée homosexuelle donnait naissance à un enfant, il était d'emblée exclu que l'autre partenaire soit le parent biologique de l'enfant (§§ 30-31)¹⁰³.

¹⁰² Cour eur. D.H., déc. *Boeckel et Gessner-Boeckel* c. Allemagne du 7 mai 2013.

¹⁰³ Deux nouvelles affaires relatives à cette question sont actuellement pendantes : *R.F. et autres* c. Allemagne (req. n° 46808/16) et *S.W. et autres* c. Autriche (req. n° 1928/19).

E. La libre circulation de la famille homoparentale

Une dernière affaire mérite d'être citée dans cette contribution, quoiqu'elle soit encore pendante, au titre de l'impact non négligeable que pourrait avoir une issue favorable aux parents homosexuels¹⁰⁴ : dans *V.M.A. c. Stolichna obshtina*¹⁰⁵, la Cour de justice de l'Union européenne est saisie d'une question préjudicielle posée par une juridiction bulgare à propos du droit à la libre circulation des familles homoparentales. Le litige au principal concerne le refus des autorités administratives bulgares de délivrer un certificat attestant la naissance en Espagne d'un enfant bulgare doté, d'après son acte de naissance espagnol, de deux mères (l'une Bulgare, l'autre Britannique). Le texte des questions posées au juge luxembourgeois fait état de ce que l'acte de naissance litigieux ne mentionne pas celle des deux femmes qui serait la mère biologique de l'enfant et de ce que la requérante (la mère bulgare) refuse de communiquer cette information à l'administration bulgare. C'est, semble-t-il, l'absence de cette mention et le refus de la requérante de désigner la mère biologique qui aurait fondé formellement la décision des autorités internes.

Les deux questions principales peuvent être résumées comme suit :

- d'une part : la citoyenneté européenne (art. 20 TFUE), le droit à la libre circulation (art. 21 TFUE) et le droit au respect de la vie familiale (art. 7 CDFUE) s'opposent-ils – dans un cas tel que le cas d'espèce – au refus des autorités administratives bulgares ;
- d'autre part : le respect de l'identité nationale et constitutionnelle des États (art. 4 TUE) justifie-t-il l'allocation aux États d'un « large pouvoir d'appréciation » s'agissant de la détermination de la filiation ? Peuvent-ils alors exiger l'indication de la filiation biologique ? Doivent-ils rechercher un équilibre entre cette identité et l'intérêt de l'enfant en l'absence de consensus européen ? Dans l'affirmative, comment un tel équilibre pourrait-il concrètement être atteint ?

L'affaire *V.M.A.* a déjà fait l'objet de plusieurs commentaires qui soulignent différentes ambiguïtés qui en complexifient considérablement l'analyse. Ainsi, il n'est pas tout à fait évident de déterminer si les autorités bulgares refusent de reconnaître la filiation de l'enfant ou si elles refusent de l'enregistrer officiellement. De même, les questions sont axées sur la problématique de l'identification de la mère biologique, mais l'on aperçoit bien que c'est l'enjeu sous-jacent

¹⁰⁴ « L'arrêt a été rendu le 14 décembre 2021, alors que cet ouvrage était sous presse. Suivant son dispositif « s'agissant d'un enfant mineur, citoyen de l'Union dont l'acte de naissance délivré par les autorités compétentes de l'État membre d'accueil désigne comme ses parents deux personnes de même sexe, l'État membre dont cet enfant est ressortissant est obligé, d'une part, de lui délivrer une carte d'identité ou un passeport, sans requérir l'établissement préalable d'un acte de naissance par ses autorités nationales, ainsi que, d'autre part, de reconnaître, à l'instar de tout autre État membre, le document émanant de l'État membre d'accueil permettant audit enfant d'exercer, avec chacune de ces deux personnes, son droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres ».

¹⁰⁵ C.J.U.E., aff. *V.M.A. c. Stolichna obshtina*, C-490/20.

de la réception dans l'ordre juridique bulgare d'une filiation homoparentale qui est au cœur de l'affaire¹⁰⁶.

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme est, à cet égard, riche d'enseignements. On se souvient que, dans *Wagner*, le juge européen avait réclamé la reconnaissance au Luxembourg d'une adoption monoparentale péruvienne. Plus récemment, la Cour a exigé une certaine forme de reconnaissance d'un mariage homosexuel célébré à l'étranger¹⁰⁷ ou d'une filiation après GPA établie à l'étranger¹⁰⁸. Il faudra alors voir si la Cour de justice pourra adopter dans cette affaire *V.M.A.* une approche similaire et exiger, dès lors, que le lien homoparental noué à l'étranger puisse être reconnu, y compris dans un État qui n'admet pas *a priori* l'établissement d'un double lien de filiation monosexué : le pas franchi serait significatif et – au fond – beaucoup plus important que la simple « prise en considération sectorielle » du statut étranger réclamée par *Coman*¹⁰⁹ : reconnaître la filiation comaternelle établie en Espagne obligerait ici la Bulgarie à considérer les deux femmes comme étant pleinement et entièrement les deux parents de l'enfant pour tous les aspects et toutes les conséquences de la filiation juridique¹¹⁰.

Conclusion

Sur le plan de l'homoparentalité et de l'homoparenté, la Belgique va donc nettement au-delà des exigences des instances européennes.

De nombreuses femmes viennent en Belgique pour y bénéficier de l'insémination avec donneur (IAD) ouverte aux couples lesbiens, et les « co-mères » belges voient leur filiation établie sans difficulté. Des centres belges acceptent au demeurant d'accompagner des processus de GPA homoparentales, ce qui permet également aux couples gays de devenir parents par PMA, même si des hommes belges se rendent encore parfois à l'étranger à cette fin¹¹¹. Les couples d'hommes qui procréent par GPA en Belgique pourront *a priori* donner à leur enfant une filiation conforme au projet parental dont il est le fruit, mais la mise au point d'une législation relative à la GPA reste souhaitable, afin que la filiation puisse à l'avenir être établie à l'égard de deux hommes sans qu'un « détour » par l'adoption soit nécessaire (on l'a vu, avec les couples de

femmes, les difficultés suscitées par ce passage obligé de l'adoption)¹¹². Il est au demeurant notable que l'adoption conjointe par les couples de même sexe se développe progressivement. Ainsi, l'on constate une augmentation « lente, mais régulière », des inscriptions de couples homosexuels au cycle de préparation à l'adoption hétérofamiliale¹¹³. Suivant le SPF Justice, en 2018, sur 47 enfants placés en vue d'une adoption interne, 11 l'ont été auprès d'un couple homoparental : une différence importante subsiste à cet égard entre la Communauté flamande (sur 20 enfants placés, 8 l'ont été auprès de deux pères) et la Communauté française (sur 27 enfants placés, 3 l'ont été auprès d'un couple de même sexe)¹¹⁴. Le nombre plus limité d'adoptions homoparentales tiendrait, en Communauté française, à la mise en œuvre d'un système de « quotas calculés sur la base du taux de refus catégoriques des parents de naissance de confier leurs enfants à un couple de même sexe »¹¹⁵. Le site de l'ACC fait au demeurant état de ce qu'à ce stade, « les couples de même sexe (hommes ou femmes) [n'auraient] accès *de facto* qu'à l'adoption interne »¹¹⁶.

Il y aurait lieu que la Cour de Strasbourg puisse clarifier et consolider sa jurisprudence relative à l'adoption homoparentale. Comment expliquer qu'un arrêt de grande chambre affirme expressément l'obligation pour l'Autriche de permettre le recours à l'adoption par la compagne de la mère dans le cas d'une famille homoparentale recomposée (*X. et autres*), tandis qu'un autre arrêt juge acceptable qu'une telle adoption soit impossible en France dans le cas d'une famille homoparentale constituée par le recours à une IAD dans un pays voisin (*Gas et Dubois*) ?

On sait que cette différence entre l'approche retenue dans *X. et autres* et celle adoptée dans *Gas et Dubois* a pu tenir au fait que, dans la première affaire, l'Autriche autorisait l'adoption intrafamiliale par les couples hétérosexuels non mariés (de sorte que les couples homosexuels non mariés pouvaient y être comparés), tandis que, dans la seconde, la France réservait l'adoption intrafamiliale aux époux (auxquels les couples homosexuels non mariés ne pouvaient être comparés). On sait aussi cependant que, dans *Taddeucci et McCall*, la Cour a enfin renoncé à opposer aux couples de même sexe l'absence d'un engagement matrimonial qu'ils ne peuvent pas souscrire : il y aura lieu alors que la jurisprudence relative à l'adoption homoparentale puisse tenir compte de cette évolution, au même titre d'ailleurs que de l'exigence d'établissement du lien de filiation après GPA internationale formulée dans le premier avis

106 D. DE GROOT, « EU law and the mutual recognition of parenthood between Member States: the case of *V.M.A. v. Stolichna Obsthina* », *Global Citizenship Observatory (GLOBALCITI)*, Special Report, January 2021, p. 8 : <https://cadmus.eui.eu/>. Voy. aussi P. CABRAL, « Protecting the right to a nationality for children of same-sex couples in the EU – A key issue before the CJEU in *V.M.A. v. Stolichna Obsthina* (C-490/20) », *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, <https://eumigrationlawblog.eu/>.

107 Cour eur. D.H., arrêt *Orlandi et autres c. Italie* du 14 décembre 2017. Voy. à ce sujet, dans cet ouvrage, notre contribution « Le couple homosexuel ».

108 Cour eur. D.H., avis consultatif du 10 avril 2019 relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention (demande P16-2018-001). Voy. aussi, dans cet ouvrage, la contribution de P. TAPIERO, « La gestation pour autrui ».

109 Voy., dans cet ouvrage, notre contribution « Le couple homosexuel », point II.C.3.

110 Voy., sur ces questions, dans cet ouvrage, la contribution de M. FALLON et de S. FRANCK, « La vie familiale internationale ».

111 Voy., dans cet ouvrage, la contribution de P. TAPIERO, « La gestation pour autrui ».

112 Voy. p. ex. J. SOSSON et G. WILLEMS, « Donor assisted reproduction and surrogacy in Belgium: Equal access to parenthood and policy coherence », *Rights & Remedies*, 2017, pp. 53-68 ; G. WILLEMS, « La filiation après PMA à l'épreuve du contrôle de constitutionnalité : vers une consécration législative de la parenté intentionnelle ? », note sous C. const., arrêt n° 19/2019 du 7 février 2019, *J.T.*, 2019, pp. 455-469.

113 Direction de l'adoption (Fédération Wallonie-Bruxelles), Lettre d'information n° 20, mars 2017, (<http://www.adoptions.be>).

114 SPF Justice, *Les statistiques 2018 en matière d'adoption*, 5 avril 2019 (<https://justice.belgium.be>).

115 R. MESSINA et S. D'AMORE, « Être un couple gay et adopter un enfant : l'expérience des parents homosexuels en Belgique », *Enfances Familles Générations*, 29/2018, p. 6.

116 Direction de l'adoption (Fédération Wallonie-Bruxelles), Lettre d'information n° 20, mars 2017, (<http://www.adoptions.be>).

consultatif rendu par la Cour européenne des droits de l'homme, dans le sillage de l'affaire *Mennesson*.

À défaut ou dans l'attente, la Cour devrait, nous semble-t-il, s'écarter de la suite d'arrêts et décisions « français » qui refusent d'exiger de la France une forme minimale de prise en considération des liens parentaux homoparentaux *de facto* : de même que les couples de même sexe se sont vu reconnaître le droit de voir rencontrés leurs « besoins essentiels », les liens parentaux effectifs, s'ils ne sont pas traduits en liens de filiation adoptifs ou charnels (*Boeckel*), doivent au moins bénéficier d'une forme minimale de reconnaissance et de protection. Il ne semble tout simplement pas acceptable qu'une femme ayant été coautrice d'un projet parental, puis ayant endossé le rôle de mère, soit traitée par le droit comme n'importe quel « tiers », dans un contexte où la possibilité de se déplacer en Europe pour accéder à des « services » procréatifs est un aspect du droit européen à la libre circulation¹¹⁷.

L'on verra alors si l'irruption attendue de la Cour de justice de l'Union européenne dans le contentieux européen de l'homoparentalité sera de nature à renforcer la position juridique des parents de même sexe ou bien si, au contraire, elle insistera davantage sur la possibilité à laisser aux États d'exprimer en la matière des sensibilités traditionnelles hostiles à l'égalité parentale.

Marie-Pascale Allard et Geoffrey Willems

¹¹⁷ Voy. à cet égard, dans cet ouvrage, la contribution de S. CAP, « L'insémination artificielle et la fécondation *in vitro* », point I.B.3 et les références citées.