
Les enjeux actuels du droit de la famille



Regards belges

Avant-propos

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

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

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

Bonne lecture !

Brigitte LEFEBVRE
Professeure titulaire
Titulaire de la Chaire
du Notariat

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

Faculté de droit, Université de Montréal

Homoparenté et homoparentalité, droit à l'enfant et droit de l'enfant : confrontation de deux paradigmes juridiques

Alain-Charles VAN GYSEL

Professeur à l'Université libre de Bruxelles (ULB)
Directeur du Centre de Droit privé et de l'Unité de Droit familial

Sociétés semblables, problématiques parallèles

Les sociétés québécoise et belge, placées toutes deux dans le grand courant des sociétés occidentales post industrielles, sont soumises aux mêmes évolutions :

- Régression du modèle unique de la famille issue d'un couple marié hétérosexuel ;
- Émergence des familles recomposées, ou monoparentales ;
- Abandon de la stigmatisation de l'homosexualité et reconnaissance des couples homosexuels ;
- Accès aux procréations médicalement assistées (ci-après « PMA »), par le biais d'un système de santé scientifiquement performant et d'une sécurité sociale généreuse ;
- Nombre important de personnes incapables de procréer, même avec l'appui des PMA, et faible nombre d'enfants à adopter sur le territoire national, à la suite du relèvement du niveau de vie général de la population et de la légalisation de l'avortement.

Il n'est donc pas étonnant que la comparaison des droits de ces deux sociétés, exposés par les professeurs Gallus et Moore, fasse apparaître une évolution et un état actuel très similaire.

Au-delà de la ressemblance des solutions juridiques, c'est surtout, nous semble-t-il, la similarité des paradigmes philosophiques sous-jacents à la législation, et de l'opposition non résolue de ces paradigmes au sein du droit, tant au Québec qu'en Belgique, qui nous a frappés.

I. Premier paradigme : le droit à l'enfant

En effet, il apparaît très nettement que les deux droits assurent, au niveau de la *parenté*, la promotion d'un premier paradigme : celui du droit à l'enfant.

Il pourrait être énoncé ainsi : toute personne ou tout couple qui a un désir d'enfant doit pouvoir satisfaire ce désir, le système médico-social doit lui en fournir les moyens matériels, et le droit doit consacrer la possibilité d'établir un double lien civil de filiation envers un enfant.

À ce titre, la situation des couples homosexuels, qui est l'objet des deux contributions comparées, n'est finalement, et les deux auteurs l'ont bien relevé, qu'une illustration particulièrement nette de ce paradigme, qui est tout aussi bien à l'œuvre en ce qui concerne les couples hétérosexuels.

L'ouverture du mariage aux homosexuels, récente dans les deux droits, a eu dans ce contexte une portée symbolique essentielle : l'irruption de ces couples sur la scène de la vie civile, dont ils étaient jusque-là bannis.

Cette ouverture s'est faite dans les deux pays en deux temps, mais pour des raisons différentes. Au Québec, c'est la structure fédérale de l'État canadien qui a provoqué le détour par l'union civile¹. En Belgique, ce sont les nécessités des coalitions multipartites² qui ont fait de la création de la cohabitation légale, le préambule au mariage homosexuel.

¹ Il est à noter qu'en Belgique aussi, certaines matières civiles familiales sont « à cheval » entre le fédéral et les entités fédérées : ainsi, dans l'adoption, le droit civil et judiciaire est de la compétence du pouvoir fédéral, mais la formation des parents à l'adoption et le processus interétatique présidant aux adoptions internationales en application de la Convention de La Haye, sont quant à eux du ressort des Communautés, qui sont en Belgique des entités fédérées au même titre que les Régions.

² En raison du système électoral de représentation proportionnelle, les gouvernements belges sont toujours de vastes coalitions, où les diverses composantes philosophiques (notamment les partis sociaux-chrétiens) se mêlent et se démêlent.

Il est à noter que l'union civile produit, notamment pour la filiation biologique, les mêmes effets que le mariage, alors qu'il n'en va pas de même de la cohabitation légale. Ces institutions ouvrent cependant toutes deux le droit à l'adoption « en couple ».

Cette première reconnaissance du couple homosexuel acquise, la voie était ouverte à la filiation et à l'adoption par des couples homosexuels.

Pour ce qui est de la filiation « non adoptive »³, les deux droits divergent très nettement. En droit québécois, le conjoint d'une personne qui met au monde un enfant devient le père ou la mère de cet enfant, alors qu'en droit belge, la femme de la mère n'a aucun lien de filiation avec l'enfant né de sa femme, même conçu durant le mariage⁴.

Il s'ensuit qu'au Québec, lorsqu'un enfant naît au sein d'un couple de femmes mariées ou unies civilement, il a les deux femmes pour mères : celle qui a accouché et celle qui lui est unie. Ceci donne une solution simple et rapide à la situation des couples lesbiens, dont un des partenaires peut engendrer.

Mais cela conduit aussi à des problèmes nouveaux, compte tenu du fait que le Québec connaît – ou reconnaît ?⁵ – le phénomène des procréations « amicalement assistées », phénomène inconnu ou méconnu en Belgique : d'où, à côté du « bouclier » d'anonymat qui protège le simple donneur de sperme dans le cadre d'une PMA, au Québec comme en Belgique, le délai d'un an pour poursuivre l'« ami » obligeant en établissement judiciaire de paternité.

Pour ce qui est des couples d'hommes, le même obstacle biologique existe évidemment sur les deux rives de l'Atlantique, puisque les hommes

³ Nous avons d'abord écrit « biologique », mais précisément, comme les deux auteurs le soulignent, les deux droits manifestent une distinction de plus en plus nette entre le « biologique » et le « socioaffectif », au sein même du lien, originellement strictement biologique, de la filiation : d'où notre formulation « en creux », faute de mieux. Le *Code civil du Québec* continue d'ailleurs à parler de filiation « par le sang » (chapitre I du Titre II du Livre I), mais en la distinguant de « la filiation des enfants nés d'une procréation médicalement assistée » (chapitre « premier.1 ») et de l'adoption (chapitre II).

⁴ Et, *a fortiori*, le mari d'un homme qui devient père n'est pas le père de l'enfant, même si cet enfant n'a aucune filiation maternelle établie.

⁵ En réalité, nous ne connaissons absolument pas l'importance quantitative des procréations « amicalement assistées » en Belgique.

ne peuvent y porter ni y accoucher, que ce soit sur les rives du Saint-Laurent ou celles de la Meuse. Ils doivent donc recourir à une mère porteuse.

Dans les deux systèmes de droit, le contrat de mère porteuse est en soi illicite – par un texte législatif explicite au Québec, par la jurisprudence en Belgique⁶, mais *quid* de son exécution volontaire? Monsieur Moore semble penser qu'en cas de «disparition», ou plutôt de non-apparition, de la mère, la double filiation paternelle pourrait être acquise par simple déclaration à l'état civil (ce qui serait impossible en Belgique, comme on l'a déjà relevé plus haut), mais encore faut-il précisément qu'elle n'apparaisse pas juridiquement comme mère de l'enfant, bien qu'elle ait accouché. Or, le principe «*mater semper certa*» prévaut en principe dans les deux systèmes de droit...

Dès lors, l'adoption semble la voie la plus courante pour les couples d'homosexuels mâles qui veulent établir une filiation «en couple» vis-à-vis d'un enfant.

L'adoption, second mode d'établissement d'un lien civil entre un parent ou un couple et un enfant, est en effet permise depuis peu dans les deux pays pour les couples homosexuels⁷.

Force est de constater, cependant, que les enfants à adopter sont rares sur le territoire belge comme sur le sol québécois.

Dès lors, ou bien l'enfant est déjà juridiquement l'enfant d'un des membres du couple homosexuel, et alors l'adoption peut établir, en Belgique comme au Québec, le lien avec l'autre parent, ou bien il s'agit d'un enfant tiers, qui se trouve généralement dans un pays étranger du Tiers-Monde.

⁶ Des discussions parlementaires sont en cours à ce sujet; Madame Gallus les relate dans sa contribution.

⁷ À noter qu'en Belgique, le législateur a évolué par phases rapides et contradictoires: en moins de dix ans, on est passé par les situations suivantes: ni mariage ni adoption; cohabitation légale; mariage mais filiation et adoption explicitement exclues pour les couples homosexuels; mariage et adoption pour les couples homosexuels; rejet, en droit international privé, par le biais de l'exception d'ordre public international, de toutes les (nombreuses) lois étrangères prohibant un mariage homosexuel (mariage que la loi interne belge prohibait elle-même quelques années auparavant: «adore ce que tu as brûlé, et brûle ce que tu as adoré»...).

La plupart des pays de globe – et spécialement ceux du Tiers Monde – ne reconnaissant pas les couples homosexuels, l'adoption est donc concrètement impossible pour tous ces couples en raison du fonctionnement du mécanisme établi par la Convention de La Haye sur les adoptions internationales.

II. Second paradigme : le droit de l'enfant

Dans ce vaste mouvement de promotion du droit à la parenté, conféré au couple homosexuel, un élément semble passé sous silence : c'est le sort de l'enfant lui-même.

Les deux auteurs soulignent en effet combien il est dommage que l'aspect de *parentalité*, c'est-à-dire les relations affectives et juridiques concrètes qui découlent – ou non⁸ – du lien de parenté, ait été mis quasi totalement sous le boisseau dans leur pays dans le cadre de la problématique des couples homosexuels, alors que, dans ce même cadre, les réformes législatives sur la parenté, adoptive ou « non adoptive », se succédaient très rapidement dans le sens évoqué ci-dessus.

Ils n'ont évidemment pas tort, dès lors que la parentalité – homosexuelle ou non – est toujours sous-tendue par un autre paradigme que celui de la parenté, celui de la recherche du meilleur intérêt de l'enfant dans ces relations juridiques parent(s)-enfant : c'est ce l'on désigne communément par l'expression « droit *de* l'enfant », par opposition, d'évidence, au « droit à l'enfant », qui préside quant à lui à l'établissement du lien parental.

L'affirmation de l'égalité théorique des droits égaux des enfants, quel que soit leur mode de procréation et d'affiliation, affirmation qui est identique dans les deux droits⁹, nous semble à cet égard quelque peu abstraite et insuffisante pour garantir à lui seul le respect de l'intérêt de l'enfant dans la parentalité ; et il est totalement étranger à la parenté, puisqu'il ne vise que les *effets*, non l'*établissement*, de la filiation.

⁸ Voir l'analyse de Madame Gallus au sujet du statut du « beau-parent », notamment homosexuel.

⁹ La similarité de l'article 522 du Code civil québécois et de l'article 324 du Code civil belge est à cet égard frappante.

Les deux paradigmes sont donc en opposition, tout au moins potentielle : l'un vise à la satisfaction des désirs d'un couple, l'autre aux intérêts d'un enfant.

On peut bien sûr les concilier¹⁰ en attribuant à chacun un champ d'application différent : le droit à l'enfant avant sa naissance ou l'établissement du lien juridique parent(s)-enfant (la parenté), le droit de l'enfant ensuite (la parentalité).

Mais cette distinction de « territoires » ne nous semble pas possible, ni pour la parenté « non-adoptive » ni, certainement, pour la parenté issue de l'adoption¹¹.

Pour ce qui est de la première, il est très étonnant, nous semble-t-il, que, dans cette recherche de plus en plus effrénée de la satisfaction du désir d'enfant des couples¹², au travers des techniques médicales et juridiques les plus inventives que nous avons évoquées ci-dessus, une question ne surgisse pas : est-il de l'intérêt de cet enfant d'être conçu, mis au monde et relié juridiquement à ces personnes ?

Au moment où les droits des pays « occidentaux » sont confrontés aux concepts de « wrongful birth » et surtout de « wrongful life », doit-on toujours considérer comme inconcevable un recours d'un enfant contre : les médecins qui ont présidé à sa conception, ses parents légaux – les fournisseurs des gamètes¹³ dont il est issu, l'État qui a socialement et juridiquement permis sa procréation et l'établissement de sa filiation. Cet enfant pourrait leur reprocher : d'avoir été procréé artificiellement, et d'être donc privé d'un lien juridique et affectif avec ses géniteurs ou l'un d'eux, d'avoir été conçu, au moins partiellement, pour guérir un frère malade¹⁴, d'être

¹⁰ Et il est naturellement à espérer que les intérêts des parents et celui de l'enfant se rejoignent d'eux-mêmes *in concreto* dans la plupart des cas d'espèce, mais le droit se doit précisément de considérer les hypothèses qui posent problème.

¹¹ Adoption qui n'existe que sous sa forme complète en droit québécois, comme dans la majorité des pays du globe, la Belgique ayant conservé au travers des dernières réformes législatives les deux formes de l'adoption « simple » (bien mal donnée, vu ses effets particulièrement complexes, notamment en droit successoral!) et de l'adoption « plénière », ce qui ne s'imposait pas à notre sens.

¹² Ici homosexuels, puisque c'est le sujet de l'étude, mais la même chose pourrait être dite des couples hétérosexuels ou des personnes seules.

¹³ Nommées au Québec les « forces génétiques ».

¹⁴ Problématique de l'« enfant-médicament ».

juridiquement l'enfant d'un couple¹⁵ de personnes de même sexe¹⁶ et, peut-être à l'avenir, d'être le « produit » d'un contrat de mère porteuse ?

Pour ce qui est de l'adoption, en tout état de cause, la question de la confrontation des deux paradigmes au moment même de l'établissement de la filiation se pose nécessairement, puisque les deux droits comparés mettent l'intérêt de l'enfant au centre de l'institution¹⁷.

Ici, comme le relève Monsieur Moore – et la même constatation peut être faite en Belgique, le législateur se montre quelque peu hypocrite : il ouvre en théorie largement les portes de l'adoption aux couples homosexuels, tout en sachant pertinemment qu'en tout cas, la voie de l'adoption internationale leur est, *de facto*, fermée.

Compte tenu du faible nombre d'enfants adoptables au Québec comme en Belgique, toutes les déclarations de non-discrimination à l'égard des couples homosexuels n'empêcheront pas, pensons-nous, que les seuls enfants concrètement adoptables par un couple homosexuel seront ceux qu'ils auront eux-mêmes, ou au moins l'un d'eux, procréés, au travers d'une insémination (couple lesbien) ou d'une mère porteuse (couple d'hommes).

Bien que des organismes étatiques (tribunaux, et en Belgique, également les instances communautaires qui participent au processus d'adoption) aient pour mission de constater *in concreto* l'intérêt de l'enfant à être adopté par tel couple, par hypothèse homosexuel, on ne peut selon nous exclure de la part de l'enfant, une contestation *a posteriori* de l'appréciation positive de cet intérêt par tribunal, pour un des motifs évoqués ci-dessus, et donc une mise en cause par lui des divers intervenants, au sein desquels l'Etat aura sans nul doute une responsabilité de premier plan, compte tenu de son rôle dans le processus d'adoption.

Il nous paraît que la très brève analyse comparative à laquelle nous venons de nous livrer devrait à tout le moins inciter légistes et législateurs,

¹⁵ Ou, en dehors du contexte de la présente étude, d'une PMA en faveur d'un parent unique, ce qui est possible, du moins en Belgique.

¹⁶ Il semble qu'aucune étude actuelle ne démontre un effet négatif d'une éducation par un couple homosexuel, mais la science psychologique nous semble suffisamment diverse pour qu'au moins *une* étude en ce sens voie le jour à l'avenir, lorsqu'un nombre plus important de tels enfants aura atteint l'âge adulte.

¹⁷ Article 543 du *Code civil du Québec*; article 344-1 du Code civil belge.

des deux côtés de l'Atlantique, à s'interroger à la place respective à donner aux deux paradigmes concurrents du droit *de* l'enfant et du droit *à* l'enfant, à la fois dans la parenté (qu'elle soit biologique, issue d'une PMA ou adoptive) et dans la parentalité; et pour la situation des couples homosexuels comme pour celle des couples hétérosexuels.