

## RTD Civ. 2006 p.297

**Détournements de délégation : à quoi bon légiférer ?**

(Civ. 1<sup>re</sup>, 24 févr. 2006, arrêt n° 652, D. 2006.IR.670 et 897, note Vigneau , 876, point de vue H. Fulchiron , 1139, obs. F. Granet-Lambrechts  et 1414, obs. J.-J. Lemouland , AJ Famille 2006.159, obs. F. Chénéde )

Jean Hauser, Professeur à l'Université Montesquieu Bordeaux IV ; Directeur du CERFAP

M<sup>mes</sup> X... et Y... vivent ensemble depuis 1989 et se sont pacsées le 28 décembre 1999. M<sup>me</sup> X... est mère de deux enfants dont la filiation paternelle n'a pas été établie, nés respectivement en 1999 et 2002. Elles ont demandé, et obtenu d'un arrêt de la Cour d'appel d'Angers du 11 juin 2004, une délégation partielle de l'exercice de l'autorité parentale de M<sup>me</sup> X... à M<sup>me</sup> Y... dont il semble qu'elle aboutit à un partage selon les modalités prévues à l'article 377-1 alinéa 2. Le procureur général près la Cour d'appel d'Angers introduit alors un pourvoi argumenté sur deux moyens auxquels la Cour de cassation a ajouté un moyen d'office, essentiel, conformément à l'article 1015 du nouveau code de procédure civile ajouté au premier moyen.

Selon le parquet l'article 377 du code civil exige, pour justifier la délégation, l'existence de circonstances particulières et non la simple crainte de la réalisation hypothétique d'un événement. Relevé d'office l'ajout au moyen est ainsi rédigé : « savoir si l'exercice de l'autorité parentale dont un parent est seul titulaire peut être délégué en tout ou partie, à sa demande, à une personne de même sexe avec laquelle il vit en union stable et continue ».

La réponse de la Cour de cassation reprenant les constatations de la Cour d'Angers demeure de pur fait : les enfants étaient épanouis etc., elles bénéficiaient de l'amour, de respect de l'autorité et de la sérénité nécessaires à leur développement, la relation unissant les deux femmes était stable et considérée comme harmonieuse. L'absence de filiation paternelle laissait craindre qu'en cas d'événement accidentel, alors que la mère était astreinte professionnellement à de longs trajets quotidiens, que sa compagne ne se heurtât à une impossibilité juridique de tenir le rôle éducatif qu'elle avait toujours eu aux yeux des enfants. La délégation était donc dans l'intérêt des enfants.

Par ailleurs le procureur soutenait qu'en ne précisant pas les droits délégués le jugement aboutissait à une délégation totale alors que la requérante demandait que ne soit prononcée qu'une délégation partielle. Mais, pour la Cour de cassation « le prononcé d'une délégation partielle de l'exercice de l'autorité parentale, sans précision des droits délégués n'équivaut pas au prononcé d'une délégation totale ».

Malgré un battage médiatique, fort complaisant, comme à l'habitude pour ce genre d'hypothèse, on remarquera que la question avait déjà été posée pour deux concubines dont l'une avait imprudemment accepté l'adoption de ses enfants par l'autre, ce qui avait abouti à la priver de l'autorité parentale qu'elle avait cherché à récupérer par une délégation (RTD civ. 2005.116  ; Dr. fam. 2005.4, obs. Murat ; AJ famille, 2004.361 ). On ajoutera que parler d'homoparentalité à cette occasion est au moins un abus de langage. La parenté ne se délègue ni ne se donne, sauf par l'adoption, et il s'agissait seulement de déléguer l'exercice de l'autorité parentale et non sa titularité. Ainsi ramenée dans ses bornes logiques l'espèce traduit la technique des petits pas pour assurer une relation juridique entre un couple homosexuel et les enfants qu'il élève.

Sur le premier moyen tout sera dit et rien ne sera dit. On peut discuter à perte de vue sur l'intérêt de l'enfant à être élevé dans un couple composé de deux personnes de même sexe et une société qui veut se persuader que la solution est bonne trouvera toujours un « expert scientifique » pour l'appuyer. La Cour d'Angers a tracé un tableau quasiment idyllique de la vie des deux fillettes sans qu'on sache tout de même comment se passera leur vie en société puisqu'elles étaient très jeunes au jour de l'arrêt. On pourra s'étonner qu'une juridiction qui statue sur l'intérêt de l'enfant s'en tienne au jour J sans aucune projection sur l'avenir ? L'article 377-2 du code civil prévoit la fin de cette délégation « s'il est justifié de circonstances nouvelles ». L'avenir nous dira quel contentieux peut générer ce type, un peu particulier, de délégation. Quant à l'argument, qui se veut pratique, de permettre à l'une des partenaires d'exercer des responsabilités en cas d'urgence il ne convaincra guère car, à notre époque de communication tous azimuts, on voit mal que la mère ne puisse être jointe et répondre à cette urgence et, dans toutes les familles monoparentales, il faudrait donc rendre la délégation obligatoire ! Alors finalement qu'est-ce qu'apportera à « l'intérêt de l'enfant » cette délégation d'autorité parentale, qu'auront-elles de plus que ce qu'elles avaient avant ? L'amour « délégué » juridiquement leur sera-t-il plus profitable que l'amour tout court ? Ce n'est donc pas l'intérêt de l'enfant, lequel est de fait et non de droit, qui est ici visé mais la consécration d'un lien juridique, fût-il ténu, dans un couple homosexuel. On est donc une fois de plus sur le terrain du symbolique que la Cour de cassation, dans un *aggiornamento* qui se précise, entend occuper, fût-ce au prix de moyens soulevés d'office.

Quant à la seconde réponse elle est assez surprenante par son indigence. M. Murat (obs. préc.) avait excellemment posé toutes les questions que suscitait la nouvelle rédaction des articles 377 et 377-1 (al. 2 notamment) et notamment cet étonnant « partage ». Toute soucieuse d'occuper la place du symbolisme médiatisé (mais est-ce son rôle institutionnel ?), et montrant bien que le concret lui importe peu, la Cour de cassation s'empresse de rejeter le pourvoi sur un argument pourtant essentiel. Dans la logique des raisons développées précédemment, il y avait lieu, au contraire, de préciser nettement ce qui répondait à cette fameuse situation d'urgence éventuelle et à quoi exactement correspondait ce partage. Or on a plutôt l'impression que la Cour tient à son affirmation de principe, soulevée d'office, et qu'elle ne se soucie guère de son application qu'elle expédie dans un attendu aussi bref qu'indigent. Encore une fois, est-ce son rôle ? D'ailleurs, si jamais on sortait de cette situation édenique et qu'un conflit éclatât entre les deux compagnes, comment déterminera-t-on qui a le pouvoir de décision ?

Mais l'essentiel est ailleurs. Sauf à faire preuve d'une certaine naïveté, il est fort probable (les déclarations immédiates des parties aux médias l'ont proclamé) et les juges du fond l'ont sans doute constaté, que les deux enfants sont nés par procréation médicalement assistée réalisée à l'étranger en infraction civile et pénale avec la loi française. La délégation d'autorité parentale supposait donc que le juge fermât les yeux sur cette origine en acceptant de consacrer les conséquences d'une situation illégale. Certes, ce n'est pas la première fois que le pouvoir de fiction du droit, conduit à ne regarder qu'une face des choses dans l'intérêt de l'enfant et, jadis, la fameuse divisibilité de la filiation adultérine, dans les arrêts *Simon* et *Ibrouchène*, avant 1972 s'autorisait de ce pouvoir. Mais

a-t-on mesuré toutes les conséquences et notre législation n'est-elle pas devenue totalement incohérente ? On voit mal désormais que la Cour de cassation puisse maintenir sa jurisprudence refusant l'adoption suivant une opération de maternité de substitution, qu'elle a pourtant consacrée solennellement. Comme certains auteurs l'avaient souligné à l'époque l'intérêt de l'enfant commandait le maintien au moins de l'adoption même au prix de l'illogisme qui consiste à avaliser les conséquences d'une situation illégale. Pourquoi conserver des conditions d'accès à la procréation médicalement assistée puisqu'on valide sans vergogne les conséquences de celles qui contreviennent ouvertement à ces interdictions. Quelle logique y a-t-il à poser des conditions et à valider les conséquences qui les violent ouvertement ? Alors, au nom de l'intérêt de l'enfant qui n'est souvent que le voile hypocrite et égoïste d'une autre revendication, va-t-on ruiner toutes les précautions prises par le législateur pour canaliser la procréation artificielle ? Si oui, *et peut-être est-ce bien*, qu'on le dise mais qu'on cesse cette tartuferie législative que méprise la jurisprudence pas à pas. Faire des lois en droit de la famille : à quoi bon ! Laissez-faire, laissez passer ! C'est la Cour de cassation qui fait sa loi (sur le droit européen, V. J. Hauser, Quel droit européen en matière de couple ? *in* Inform. soc. n° 129, p. 58 et s.).

**Mots clés :**

**AUTORITE PARENTALE** \* Exercice \* Délégation d'autorité parentale \* Couple homosexuel \* Intérêt de l'enfant