

Parenté, parentalité, homoparentalité

A propos de l'arrêt de la première Chambre civile du 24 février 2006

Hugues Fulchiron, Doyen de la Faculté de droit, Université Jean Moulin Lyon 3, directeur du Centre de droit de la famille

Alors que le gouvernement a choisi de greffer la révision du PACS sur le projet de réforme des successions... pour éviter tout débat sur l'homoparentalité, la question resurgit avec l'arrêt rendu par la première Chambre civile de la Cour de cassation le 24 février 2006 (D. 2006, Jur. p. 897, note D. Vigneau). Au procureur général près la Cour d'appel d'Angers, qui avait formé un pourvoi contre la décision accordant à la demanderesse une délégation partielle de l'autorité parentale sur les enfants de sa compagne, la Cour répond que « L'article 377, alinéa 1er, du code civil ne s'oppose pas à ce qu'une mère seule titulaire de l'autorité parentale en délègue tout ou partie de l'exercice à la femme avec laquelle elle vit en union stable et continue, dès lors que les circonstances l'exigent et que la mesure est conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant ».

Sur le plan technique, la Cour se prononce pour une lecture ouverte de l'article 377, alinéa 1er, tout à fait conforme à l'esprit de la loi du 4 mars 2002 : faute de statut, la délégation partielle et partagée de l'autorité parentale permet au tiers en général et au beau-parent en particulier d'assumer la charge de l'enfant. Mais c'est évidemment sur le plan des principes que la décision devrait faire couler beaucoup d'encre ; car, loin de se cacher derrière une interprétation abstraite des textes, la Cour fait expressément référence à l'homosexualité des intéressées.

La question est assurément délicate. Aussi tentera-t-on d'en éclairer la complexité avant d'en souligner les enjeux.

1 - La complexité - Au fond, le concept même d'homoparentalité n'a guère de sens : l'homosexualité d'un parent ou les relations homosexuelles qu'entretiennent les personnes avec lesquelles vit un enfant ne concernent que les adultes, elles ne concernent pas l'enfant et moins encore les liens juridiques que l'enfant entretient avec eux. Le terme est cependant répandu, malgré son ambiguïté (1). Il renvoie à la fois au mot *parenté*, *i.e.* à l'engendrement (*pario* : engendrer), donc à la filiation, et au concept beaucoup plus flou de *parentalité*, *i.e.* la fonction de prise en charge, de protection et d'éducation d'un enfant. Cette fonction est avant tout une fonction « parentale », mais d'autres personnes peuvent être amenées à l'assumer en droit (en cas de délégation par exemple) ou en fait (le beau-parent notamment). L'ambiguïté du mot répond à l'absence de statut pour le tiers en général et pour le beau-parent en particulier : à peine masquée dans les couples hétérosexuels où le beau-parent remplit, au moins symboliquement, la fonction de *référant* de l'autre sexe, elle apparaît en pleine lumière dans les couples homosexuels. Il convient alors de distinguer nettement parenté et fonction parentale, parenté et parentalité.

L'ambiguïté naît également de la diversité des situations que recouvre le terme. Une première figure de l'homoparentalité est celle de la prise en charge, par un couple homosexuel, de l'enfant d'un des partenaires, né d'une précédente union. Telle est la situation la plus classique, que l'enfant soit élevé par le couple ou qu'il soit accueilli dans le cadre de droits de visite et d'hébergement. Dans une telle hypothèse, il s'agit bien de *parentalité* : le partenaire homosexuel remplit la fonction de beau-parent.

Deuxième figure de l'homoparentalité, celle d'un enfant né pendant la vie du couple, mais qui, pour des raisons juridiques évidentes, n'est rattaché qu'à la femme qui est accouchée (après insémination artificielle ou FIVETE avec donneur de sperme anonyme ou non) ou à l'homme

qui l'a reconnu (que cet homme ait recouru aux services d'une mère porteuse, ou qu'il y ait eu accord avec la mère, voire accord croisé entre deux couples homosexuels) ; il se peut aussi que l'enfant ait été adopté par un des intéressés. Tout le problème réside dans la prise en charge de l'enfant et dans la reconnaissance en droit de la fonction exercée en fait par le partenaire du père ou de la mère de l'enfant : il s'agit donc à nouveau de *parentalité*.

Il existe une troisième figure de l'homoparentalité, celle d'un couple dans lequel vit l'enfant d'un des partenaires et qui souhaite se rattacher cet enfant en tant qu'enfant du couple. Il n'est plus question de parentalité, mais bien de parenté, avec la création de liens de filiation entre l'enfant et le « beau-parent », par la voie de l'adoption notamment.

Dernière figure de l'homoparentalité, celle d'un enfant conçu (parfois au double sens du mot), en tant qu'enfant du couple. Les partenaires, ou dans certains pays les époux, passent alors par une adoption conjointe, à moins que le droit applicable n'ait imaginé, sur le modèle québécois, d'étranges présomptions de co-maternité ou de co-paternité qui permettent de rattacher l'enfant né de l'un à l'autre « parent ».

Selon les figures décrites, on passe de la parenté à la parentalité, de la consécration de liens existants à la création d'une situation nouvelle, de la prise en charge d'un enfant par un couple à la conception pour un couple d'un enfant « commun ». Les enjeux en sont évidemment bien différents.

2 - Les enjeux - Deux dangers menacent toute réflexion juridique sur le sujet. Le premier serait de raisonner en fonction de principes trop généraux pour rendre compte de la réalité et de la complexité des situations. Certains brandiront ainsi l'étendard de l'égalité : au nom du respect des droits fondamentaux et du rejet de toute discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, ils se prononceront en faveur du mariage, de l'adoption, voire des présomptions de co-maternité ou de co-paternité, oubliant qu'une différence de traitement ne constitue pas une discrimination lorsqu'elle est fondée sur des justifications objectives et raisonnables ; que tout comportement privé ou toute aspiration individuelle n'a pas vocation à être érigé en droit subjectif ; que la liberté individuelle est certes une valeur essentielle mais que, si elle doit être protégée en tant que telle, ses conséquences n'ont pas nécessairement à être consacrées par la loi car d'autres impératifs existent, tout aussi importants pour l'équilibre social. Bref, de même qu'il faut se garder de vouloir faire du même avec du semblable, il est légitime que la société affirme ses valeurs et propose, voire impose, des modèles au nom de l'intérêt général.

Le second danger serait de vouloir trancher le problème en invoquant l'intérêt de l'enfant. Qu'il soit ou non « supérieur », il s'agit là d'une notion floue et évolutive bien difficile à apprécier *in abstracto*. Une loi ou une jurisprudence fondée sur une conception abstraite de l'intérêt de l'enfant ne font que refléter un certain consensus social sur une question donnée à une époque donnée, en fonction de besoins donnés ; souvent, d'ailleurs, l'utilisation *in abstracto* de l'intérêt de l'enfant relève d'une erreur de perspective : quelques affaires, quelques enfants, conduisent à prendre des dispositions qui ne correspondent qu'à une part de la réalité. Entre ceux qui diront que l'homosexualité d'un parent, et plus encore des deux, est contraire en soi à l'intérêt de l'enfant et ceux qui affirmeront le contraire au vu de quelque reportage télévisé montrant des enfants épanouis, ou au su de telle ou telle enquête à la méthodologie aussi douteuse qu'un classement par la grande presse des Universités françaises, le dialogue est impossible... et les torts partagés. Quant à affirmer qu'il vaut mieux pour l'enfant avoir deux parents, fussent-ils de même sexe, que pas de parent du tout ; deux parents homosexuels aimants que des parents hétérosexuels qui le maltraitent, etc., la vacuité d'un tel raisonnement est évidente : il ne sert à rien d'opposer des cas particuliers à d'autres cas particuliers.

Aussi appréciera-t-on l'arrêt rendu par la première Chambre civile de la Cour de cassation. Dans une affaire où il était seulement question de prise en charge de l'enfant dans une situation donnée, la Cour se garde de raisonner à partir de présupposés. Elle se contente de consacrer ce qui était sans doute la meilleure solution possible dans la situation qui lui était soumise, en recourant aux instruments du droit commun. En matière de parentalité, il semble préférable de traiter les problèmes d'autorité parentale dans les couples homosexuels comme

on les traite dans tous les couples en se déterminant en fonction du seul intérêt de l'enfant, *apprécié in concreto*.

Le problème se pose de façon radicalement différente en matière de parenté. Il n'est plus question de prise en charge dans un cas particulier, mais de principe et de modèle. Admettre la création de liens de parenté, et, plus encore, admettre *ab initio* une double filiation maternelle (?) ou paternelle (?) comme l'ont fait les Pays-Bas ou le Canada, remet en cause une institution sociale fondamentale. Toute société se construit sur un système de parenté qui la structure en même temps qu'il la fonde. De même, c'est à partir de la filiation que l'enfant construit son identité, qu'il trouve ses racines humaines qui le relient *naturellement*, à un homme et à une femme. Certes, la parenté n'est pas faite que de biologie. Il n'en reste pas moins qu'un enfant est nécessairement l'enfant d'un homme et d'une femme. La filiation charnelle comme la filiation adoptive ne font que traduire cette réalité première. Il est bien sûr des hypothèses où l'enfant est relié à un homme ou à une femme seulement ; mais si l'autre ligne est restée vacante, elle n'en existe pas moins potentiellement.

L'admission du mariage homosexuel a transformé le sens du mariage ; celle de la « parenté » homosexuelle changerait la signification de la filiation. De même que le mariage s'est dilué dans la « conjugalité », la parenté se fondrait dans la parentalité. La filiation « n'exprimerait plus, en termes juridiques, la réalité humaine fondamentale selon laquelle l'identité structurante de l'être humain en général et de tout être humain en particulier procède de la rencontre du sexe féminin et du sexe masculin »⁽²⁾. Elle ne serait plus qu'un lien de droit entre un enfant et des adultes jouant le « rôle » de parents.

Au nom des droits et libertés des adultes, on risque d'enfermer l'enfant dans une filiation monosexuée qui en ferait l'enfant de deux hommes ou de deux femmes, non pas accidentellement, mais institutionnellement. On quitte là le champ des intérêts particuliers pour celui de la construction, à travers les liens de filiation, du lien social lui-même.

Si l'on joint à ce danger ceux que font courir des procréations médicalement assistées mal maîtrisées et les progrès d'une idéologie qui tend à affirmer l'existence d'un véritable droit à l'enfant, on saisit l'ampleur des problèmes posés. Puisse le législateur prendre conscience de ces enjeux avant de s'engager dans un monde inconnu.

Mots clés :

AUTORITE PARENTALE * Exercice * Délégation * Couple homosexuel * Intérêt de l'enfant * Délégation partielle

(1) Cf. not. F. Millet, L'homoparentalité : essai d'une approche juridique, Defrénois 2005, p. 743 s.

(2) Cf. J.-L. Renchon, Les conjugalités en droit belge, *in* Du PACS aux nouvelles conjugalités, sous la dir. de J. Flauss-Diem et G. Fauré, PUF, 2005, p. 85.