

« Aujourd'hui le rôle, demain le titre ? »

Daniel Vigneau, Agrégé des Facultés de droit, Professeur de l'Université de Pau et des Pays de l'Adour

L'affaire jugée le 24 février 2006 par la première Chambre civile de la Cour de cassation est promise à quelque retentissement, et sans doute même, car tel est l'air du temps, à un bon nombre d'approbations. En l'espèce, la mère de deux jeunes enfants, dont la paternité n'était pas établie, avait pu obtenir en justice (CA Angers, 11 juin 2004) de déléguer partiellement à sa concubine homosexuelle, avec laquelle elle était liée par un pacte civil de solidarité (PACS), l'autorité parentale dont elle était titulaire sur ses enfants.

Le ministère public avait alors formé un pourvoi en cassation fondé sur deux moyens : l'un, invoquant, pour s'en tenir à l'essentiel, une violation de l'article 377, alinéa 1er ; l'autre, une violation de l'article 377-1 du code civil. Il était ainsi reproché aux juges d'appel d'avoir admis une délégation d'autorité parentale alors que des circonstances avérées ou prévisibles justifiant une telle délégation n'avaient pas été constatées, et que se posait « *la question de 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 elle vit en union stable et continue* ». Il était, en outre, reproché aux juges d'appel de n'avoir pas précisé les éléments de l'autorité parentale déléguée ; ce qui équivalait à une délégation totale, alors que la requérante n'avait demandé qu'une délégation partielle.

La Cour de cassation, par l'arrêt rapporté, rejette le pourvoi. D'une part, elle pose 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* ». Elle se retranche, en l'occurrence, derrière les constatations des juges du fond qu'elle estime suffisantes pour justifier légalement leur décision. D'autre part, elle pose que « *le prononcé d'une délégation de l'autorité parentale, sans précision des droits délégués, n'équivaut pas au prononcé d'une délégation totale* ».

Sur un sujet aussi sensible, se hasarder aujourd'hui à un propos critique n'est pas chose évidente. Mais nous prendrons quand même le risque d'en tenir un dissonant, car la décision rapportée nous semble discutable, tant sur le principe même de la délégation (I), que sur les modalités de son prononcé (II).

I - La reconnaissance sociale des couples homosexuels par le moyen du PACS est une affaire aujourd'hui entendue. Pourtant, là ne s'arrêtent pas, loin s'en faut, les revendications de ces couples. Ce qu'ils veulent, et l'actualité le démontre régulièrement, va bien au-delà. D'un côté, ils veulent pouvoir obtenir, comme les autres couples, la reconnaissance la plus symbolique de leur union, par le mariage. De l'autre, ils clament et veulent voir reconnaître leur désir d'être des parents par le moyen, entre autres, de l'adoption. Plus généralement, on parle sur ce point, le mot est à la mode, d'« *homoparentalité* ». On sait, cependant, que de ces deux voies, la première est (pour l'instant ?), fermée (1). La seconde est pour le moins étroite. L'adoption par un couple est en effet réservée aux époux (2). Quant à l'adoption par une personne seule, elle est un parcours parsemé d'obstacles difficiles à vaincre pour une personne homosexuelle, vivant seule ou en couple. En témoigne, à cet égard, le contentieux de l'adoption, lié tant au contrôle administratif en ce qui concerne l'agrément (3) qu'au contrôle judiciaire en ce qui concerne le prononcé de l'adoption (4).

L'exploration d'une autre voie, apparemment plus neutre, celle de la délégation d'autorité parentale, ne saurait donc surprendre (5). Lorsqu'une forteresse est inaccessible par la

porte, il reste à tenter une incursion par les fenêtres.

Cette voie, la Cour de cassation est manifestement résolue à l'ouvrir. Dans la présente affaire, l'examen des moyens du pourvoi postulait une décision, en amont, sur le principe même de la délégation d'autorité parentale par une mère à sa partenaire homosexuelle. Livrée en réponse au moyen soulevé d'office posant cette question de principe, la formule de la Cour de cassation est on ne peut plus claire : « *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 à la femme avec laquelle elle vit en union stable et continue [...]* ».

Mais cette solution s'imposait-elle ? A notre sens, non. Certes, il est bien évident que, pour dire le droit, la Cour de cassation peut interpréter la loi. Là n'est pas le problème. Mais une solution contraire à celle retenue aurait tout aussi bien pu, pour ne pas dire « *dû* », être fondée sur les mêmes textes. La décision de la Cour de cassation n'est donc pas neutre. Elle a, et tel est selon nous son objectif, une résonance juridique et politique sur des questions qui alimentent actuellement un débat de société.

Les articles 377 et 377-1 du code civil, dans leur rédaction résultant de la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002<sup>(6)</sup>, s'ils ne s'opposent pas, de façon explicite, à une application au sein des couples homosexuels, ont-ils pour autant été adoptés pour résoudre, au moyen de la délégation d'autorité parentale, les problèmes liés de près ou de loin à l'homoparentalité ? Il est permis d'en douter. Les travaux préparatoires de la loi du 4 mars 2002 sont bien silencieux sur ce point. Même les rapports de Mme Théry<sup>(7)</sup> et de Mme Dekeuwer-Défossez<sup>(8)</sup>, qui ont pourtant fortement inspiré la réforme, et qui sont à bien des égards audacieux et ouverts, n'en disent guère davantage sur la question. Il s'est agi, surtout à l'époque, de répondre aux problèmes posés par les recompositions familiales consécutives aux décès, divorces et séparations ; notamment en ébauchant un statut de « *beau-parent* » dans les familles recomposées. Il ne s'agissait pas, ou alors on s'est bien gardé de le clamer, d'ouvrir implicitement aux couples homosexuels une institution, de surcroît d'exception, pour leur permettre de contourner l'impossible coparentalité qui les affecte biologiquement.

La délégation d'autorité parentale, faut-il le rappeler, est une dérogation au principe d'indisponibilité de l'autorité parentale consacré par l'article 376 du code civil. Elle a pour objet, sous le contrôle strict du juge, le transfert ou le partage des prérogatives que la loi reconnaît par nature au père et à la mère de l'enfant, dans son intérêt, conformément aux articles 371-1 et 372 du même code. C'est dire que même si la délégation peut avoir lieu en faveur d'un tiers dont la définition est somme toute largement entendue<sup>(9)</sup>, elle n'implique pas moins chez ce tiers l'octroi d'un rôle parental, et même d'une véritable image parentale lorsque ce tiers délégataire est une personne vivant en couple avec le parent biologique de l'enfant et partage avec ce parent l'autorité. Ce n'est d'ailleurs pas pour rien si certains, à tort ou à raison, perçoivent parfois la délégation d'autorité parentale comme un préalable, ou à défaut un substitut, à l'adoption, laquelle est évidemment une forme plus achevée d'institutionnalisation de la famille par filiation. Or, quoi qu'on en dise, il n'est pas évident de voir dans le couple homosexuel une image bi-parentale.

Serait-il, en outre, vraiment convaincant de prêter au législateur, à celui de 2002 comme à celui d'aujourd'hui, l'intention de voir certaines institutions, telle la délégation d'autorité parentale, utilisées de la sorte, alors qu'une telle utilisation pourrait consacrer indirectement des situations éventuellement illicites ? On peut, bien sûr, imaginer que l'un des partenaires homosexuels ait recours à une méthode « *naturelle* » pour obtenir un enfant (rapports sexuels occasionnels d'une concubine avec un « *géniteur* » complaisant, pour ne prendre qu'un exemple). Cela dit, dans un certain nombre de cas, qui ne sont pas d'école, le moyen utilisé consistera plutôt à recourir à une méthode d'assistance médicale à la procréation (AMP), généralement dans un pays autorisant l'accès des couples homosexuels ou des personnes seules à cette forme de procréation<sup>(10)</sup>. Mais, en France, l'assistance médicale à la procréation en faveur des couples homosexuels, même unis par un PACS, ou bien encore des personnes seules, était interdite en 2002, sous l'empire de la loi du 29 juillet 1994, et elle le demeure aujourd'hui, sous l'empire de la loi du 6 août 2004<sup>(11)</sup> relative à la bioéthique. Le législateur persiste à considérer, à juste titre selon nous, que l'intérêt de l'enfant est de naître

dans une famille construite sur le modèle traditionnel et plénier, et donc d'être accueilli par un homme et une femme vivant en couple et assumant tous les engagements de la paternité et de la maternité. Même si, dans la présente affaire, les circonstances précises de la conception de l'enfant ne sont pas précisées, il n'empêche que, dans ce genre de circonstances, le risque de l'obtention d'un enfant au moyen d'une AMP illicite n'est pas négligeable<sup>(12)</sup>.

L'interprétation extensive des articles 377 et 377-1 du code civil par la Cour de cassation ne risque-t-elle pas de ruiner indirectement les prévisions du législateur en donnant plein effet à des situations éventuellement construites sur des pratiques illicites ? La délégation d'autorité parentale ne sera-t-elle pas perçue comme un moyen de contourner la loi, voire un encouragement à le faire ?

Ces arguments et craintes légitimes accentuent, en tout cas, le caractère très discutable de l'interprétation donnée par la Cour de cassation aux textes précités. Sur un problème grave de société, qui est loin d'être résolu, une interprétation plus stricte, plus prudente et, par voie de conséquence, une cassation, auraient été à notre sens une marque de sagesse.

**II** - La Cour de cassation ayant pris, en l'espèce, la responsabilité d'approuver le principe même d'une délégation de l'autorité parentale en faveur d'une concubine homosexuelle, il lui restait alors à répondre aux autres moyens du pourvoi qui intéressaient les conditions et l'étendue de la délégation.

S'agissant, en premier lieu, du moyen portant sur la condition tenant aux circonstances justifiant la délégation, le ministère public soutenait que l'article 377, en ouvrant aux père et mère la faculté de demander en justice, ensemble ou séparément, la délégation de leur autorité « *lorsque les circonstances l'exigent* », nécessite le constat d'événements avérés ou suffisamment prévisibles empêchant en tout ou partie l'exercice de l'autorité parentale et non celui d'événements purement hypothétiques. A cela, les défenseurs opposaient le pouvoir souverain des juges du fond.

La loi du 4 mars 2002 a eu pour objectif, on le sait, d'étendre la délégation d'autorité parentale aux familles recomposées. Pour y parvenir, elle a supprimé l'ancienne condition de « *remise de l'enfant* » à un tiers ou à un établissement qui devait être satisfaite préalablement à la demande de délégation. La formule employée par l'article 377 est désormais plus souple puisque se trouve supprimée cette condition. Mais elle est en même temps plus stricte puisqu'il faut que le transfert de l'autorité parentale présente un caractère indispensable (lorsque les circonstances l'« *exigent* » précise le texte), et qu'il réponde, bien sûr, à l'intérêt de l'enfant qui est la finalité de l'autorité parentale<sup>(13)</sup>. Dès lors, même si ces conditions sont relevées et appréciées par les juges du fond, il ne serait pas choquant que la Cour de cassation, compte tenu du principe d'indisponibilité de l'autorité parentale et du caractère strict de l'exception tenant à la délégation, exerce un contrôle rigoureux de base légale afin d'éviter que les juges du fond se contentent, pour admettre l'application du texte, de circonstances trop peu exigeantes. Il n'entre évidemment pas dans notre propos de contester, en l'espèce, l'appréciation de certains faits par les juges d'appel, notamment en ce qui concerne le bien-être des enfants ou le caractère stable de l'union du couple. Il nous semble en revanche douteux que des circonstances telles que l'absence de filiation paternelle<sup>(14)</sup>, l'éventualité d'un événement accidentel ou l'éloignement professionnel, puissent être considérées comme des circonstances suffisantes pour « *exiger* » une mesure de délégation d'autorité parentale. Dans notre société où dominant la rareté et la mobilité du travail, l'éloignement professionnel n'a vraiment plus rien d'exceptionnel. Quant à l'éventualité d'un événement accidentel, elle est hélas le lot de chacun. Autant dire que se contenter, comme le fait la Cour de cassation, de telles circonstances pour dire la délégation légalement justifiée aboutit à réduire son contrôle à une simple formalité. Il serait au contraire plus conforme aux prévisions du législateur de subordonner la délégation au constat d'événements, non point éventuels ou hypothétiques, mais réels, sérieux et de nature à compromettre le bon exercice de l'autorité parentale (maladie gravement invalidante, hospitalisation, éloignement prolongé, etc.).

S'agissant, en second lieu, du moyen tenant à l'étendue d'une délégation partielle prononcée sans que soient précisés les attributs délégués, la réponse de la Cour de cassation ne nous

paraît pas davantage convaincante. Selon l'article 377-1 du code civil, la délégation, totale ou partielle, résulte de la décision du juge<sup>(1)</sup>. Mais le juge, s'il estime après contrôle devoir admettre la délégation, ne doit pas moins respecter la volonté parentale. Il ne peut pas prononcer une délégation totale si une délégation partielle lui est demandée, et réciproquement. En l'espèce, la mère ne demandait qu'une délégation partielle en faveur de sa concubine. Par ailleurs, et en conséquence de ce qui précède, la délégation partielle portant seulement sur certains attributs de l'autorité parentale doit, normalement, être précise et donc détailler ces attributs. Le juge ne peut suppléer la volonté parentale. On voit mal dans ces conditions comment le prononcé par le juge d'une délégation sans précision des droits délégués pourrait être une réponse adéquate à une demande de délégation partielle, fût-elle elle-même imprécise. D'où le moyen, en l'occurrence, soutenant qu'une telle délégation ne pouvait être que totale et donc prononcée en contradiction avec la demande et en violation de l'article 377-1. La Cour de cassation balaye pourtant le moyen. Le motif qu'elle avance est toutefois bien expéditif et ressemble davantage à une pirouette qu'à une démonstration : « *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* ». Comprenez qui pourra ! Fort heureusement, il n'est pas indispensable, pour saisir le message de la Cour de cassation, de tenter d'expliquer ce que peut signifier une délégation partielle qui, à l'image d'une délégation totale, ne dit rien sur les attributs délégués. La Haute juridiction n'allait pas de toute façon s'arrêter en si bon chemin, et buter, en la circonstance, sur une question de cette nature, pour elle manifestation de « *détail* ». L'important était ailleurs, en amont, dans l'affirmation selon laquelle une délégation d'autorité parentale peut être prononcée à la demande d'un parent en faveur de son partenaire homosexuel.

Il reste, quoi que l'on en pense, à en prendre acte. Mais ce pas franchi en faveur des revendications à la parentalité des couples homosexuels en appellera probablement d'autres. En reconnaissant que, dans l'intérêt supérieur de l'enfant, un partenaire homosexuel peut se voir reconnaître par délégation un « *rôle parental* », la position de la Cour de cassation va peser lourd dans le débat qu'alimente la question même de l'homoparentalité. Outre que l'on peut s'attendre à des prononcés de délégation, voire d'adoption, plus fréquents, il va devenir de plus en plus difficile, dans l'avenir, de justifier un maintien, en l'état, du droit de l'adoption, notamment la réserve de l'adoption par un couple aux seuls époux. Il va également devenir de plus en plus difficile de justifier un maintien de l'interdiction d'accès des couples homosexuels à l'assistance médicale à la procréation. D'ailleurs, à ce propos, lorsque l'on aura permis à des femmes homosexuelles de recourir à cette forme de procréation, il faudra alors penser aussi aux hommes homosexuels, et à une libéralisation de la maternité pour autrui pour satisfaire leur désir parental, sous peine de créer des discriminations condamnables entre les hommes et les femmes. Qu'opposera-t-on alors pour stopper cette course des « *dominos* » : l'intérêt objectif de l'enfant à avoir pour parents un père et une mère ? Une fois admis le rôle bi-parental du couple homosexuel, l'acquisition du titre ne semble plus qu'une question de temps.

#### Mots clés :

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

(1) V. en dernier lieu, CA Bordeaux, 6e ch. civ., 19 avr. 2005, D. 2005, Jur. p. 1687, note E. Agostini<sup>(2)</sup> ; RTD civ. 2005, p. 574, obs. J. Hauser<sup>(3)</sup> ; Dr. fam. 2005, n° 125, obs. M. Azavant ; confirmant, TGI Bordeaux, 1re ch. civ., 27 juill. 2004, D. 2004, Jur. p. 2392, note Agostini, et Somm. p. 2965, obs. J.-J. Lemouland<sup>(4)</sup> ; AJ Famille 2004, p. 407, obs. L. Attuel-Mendès<sup>(5)</sup> ; RTD civ. 2004, p. 719, obs. J. Hauser<sup>(6)</sup> ; JCP 2004, II, 10169, note G. Kessler ; Dr. fam. 2004, n° 166, note V. Larribau-Terneyre.

(2) Art. 343 c. civ.

(3) V. la distinction entre le refus illicite d'agrément fondé sur la seule orientation sexuelle et le refus licite fondé sur l'intérêt de l'enfant au regard des conditions de vie du demandeur. Mais quelle est la part réelle de l'un et de l'autre et de l'intérêt de l'enfant perçu, tout

simplement, et objectivement, comme celui d'avoir une référence parentale paternelle et maternelle ? - V. not., P. Murat, Vers les familles homosexuelles par adoption ?, Dr. fam. 2000, Chron. n° 8 ; C. Neirinck, Homoparentalité et adoption, *Mélanges Catala*, Litec, 2001, p. 353 ; V. aussi, CE, 1re et 4e s.-sect. réun., 9 oct. 1996, req. n° 168342 , D. 1997, Jur. p. 117, note P. Malaurie  ; RTD civ. 1997, p. 408, obs. J. Hauser  ; JCP 1997, II, 22766, concl. C. Maugué ; Defrénois 1997, p. 726, obs. J. Massip ; Dr. fam. 1997, n° 6, note P. Murat ; CEDH, 3e sect., 26 févr. 2002, D. 2002, Somm. p. 2024, obs. F. Granet, et p. 2569, obs. C. Courtin  ; AJ Famille 2002, p. 142  ; RTD civ. 2002, p. 280, obs. J. Hauser , et p. 389, obs. J.-P. Marguénaud  ; JCP 2002, II, 10074, note A. Gouttenoire-Cornut et F. Sudre ; Dr. fam. 2002, Chron. n° 19, par A. Debet ; CE, 5 juin 2002, req. 230533 , D. 2002, IR p. 2025  ; AJDA 2002, p. 615, concl. P. Fombeur  ; AJ Famille 2002, p. 259, obs. S. D.-B.  ; RTD civ. 2002, p. 496, obs. J. Hauser , et p. 611, obs. R. Libchaber .

(4) A noter toutefois, favorable au prononcé de l'adoption simple, par une pacsée, des enfants naturels de sa partenaire nés par insémination artificielle, TGI Paris, 27 juin 2001, D. 2003, Somm. p. 655, obs. C. Desnoyer, et p. 1941, obs. J.-J. Lemouland  ; RTD civ. 2002, p. 84, obs. J. Hauser  ; Dr. fam. 2001, n° 116, obs. P. Murat. Mais l'adoption simple n'est pas sans danger car c'est alors l'adoptant qui exerce l'autorité parentale et non le parent biologique, conformément à l'art. 365 c. civ. ; ce qui peut soulever quelques « *petits* » problèmes. Une solution est alors de demander, en sens inverse, une délégation-partage de l'autorité parentale ; ce qui ne manque pas de piquant, V. d'ailleurs, dans la même affaire, TGI Paris, 2 juill. 2004, AJ Famille 2004, p. 361, obs. F. Chénéde  ; RTD civ. 2005, p. 116, obs. J. Hauser  ; Dr. fam. 2005, n° 4, obs. P. Murat.

(5) Le cas réservé bien sûr du recours à la délégation « *trousse de secours* » utilisée pour tenter de limiter les effets désastreux d'une adoption simple conduisant à priver, malgré lui, le parent biologique de l'autorité parentale (*supra*, note 4).

(6) D. 2002, Lég. p. 1016.

(7) Couple, filiation et parenté : le droit face aux mutations de la famille et de la parenté, mai 1998.

(8) Rénover le droit de la famille : propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps, sept. 1999.

(9) L'art. 377 vise « *un membre de la famille, proche digne de confiance, établissement agréé pour le recueil des enfants ou service départemental de l'aide sociale à l'enfance* ».

(10) V. not., Dict. « bioéthique et biotechnologies », Editions législatives, études « Assistance médicale à la procréation » et « Filiation et procréation médicalement assistée ».

(11) Art. L. 2141-2 c. santé publ. ; D. 2004, Lég. p. 2089.

(12) Le législateur a d'ailleurs pris en compte ce risque, not. en sanctionnant pénalement le non-respect des finalités de l'AMP, art. 511-24 c. pén.

(13) En ce sens, V. F. Terré et D. Fenouillet, *Les personnes, La famille, Les incapacités*, Précis Dalloz, 2005, p. 1072.

(14) Filiation paternelle, au demeurant bien difficile à établir, en cas de recours d'une femme homosexuelle à une AMP avec donneur, sauf établissement mensonger de ladite filiation.

(15) Le jugement de délégation peut toutefois, en vertu du même texte (2e al.), prévoir un partage de l'exercice de l'autorité parentale entre les père et mère, ou l'un d'eux, et le tiers délégataire, mais « *pour les besoins d'éducation de l'enfant* ». En l'espèce, la cour d'appel avait aussi visé dans son arrêt le partage entre la délégante et la délégataire de l'autorité partiellement déléguée, sans toutefois que la condition particulière tenant aux « *besoins d'éducation* » ait été sérieusement examinée et vérifiée. Pourtant, cette condition particulière

ne se confond pas forcément avec celle plus générale, prévue par l'art. 377, tenant aux circonstances exigeant la délégation. La rédaction des textes montre d'ailleurs que la « *délégation partage* » est conçue comme une dérogation (« *Toutefois, [...]* ») à la « *délégation transfert* », laquelle est elle-même une dérogation au principe d'indisponibilité de l'autorité parentale. Ici encore, la question du manque de base légale pouvait donc se poser, mais elle n'apparaît pas dans l'arrêt rapporté de la Cour de cassation.