

Publication : Les grands arrêts de la jurisprudence civile, 12e édition 2007, p. 375  
Type de document : 53-55  
Décision commentée : Cour de cassation, 1re civ., 24-02-2006 n° 04-17.090  
Décision commentée : Cour de cassation, 1re civ., 20-02-2007 n° 06-15.647  
Décision commentée : Cour de cassation, 1re civ., 20-02-2007 n° 04-15.676

Indexation

#### **AUTORITE PARENTALE**

1. Exercice
2. Délégation
3. Couple homosexuel
4. Intérêt de l'enfant
5. Délégation partielle  
Droit délégué \* Absence de précision

#### **ADOPTION**

1. Adoption simple
2. Couple homosexuel
3. Intérêt de l'enfant
4. Contrariété

## **Homoparentalité. Délégation de l'autorité parentale. Acceptation. Adoption. Refus**

François Terré, Membre de l'Institut ; Professeur émérite à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)  
Yves Lequette, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

### **I. Civ. 1<sup>re</sup>, 24 février 2006. - II. Civ. 1<sup>re</sup>, 20 février 2007 (2 arrêts)**

*Les règles de la délégation volontaire de l'autorité parentale ne s'opposent 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 (1<sup>er</sup> arrêt).*

*Viola l'article 365 du Code civil l'arrêt qui prononce l'adoption simple de l'enfant par la partenaire pacsée de sa mère, alors que cette adoption réalise un transfert des droits d'autorité parentale sur l'enfant en privant la mère biologique, qui continuait à élever l'enfant, de ses propres droits (2<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> arrêts).*

#### **I. - Civ. 1<sup>re</sup>, 24 février 2006**

(D. 2006. 897, et les obs., note D. Vigneau ; *ibid.* 876, point de vue H. Fulchiron ; *ibid.* 1139, obs. F. Granet-Lambrechts ; *ibid.* 1414, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; AJ fam. 2006. 159, obs. F. Chénéde ; RDSS 2006. 578, obs. C. Neirinck ; RTD civ. 2006. 297, obs. J. Hauser ; JCP 2006.I. 199, obs. M.

Rebourg, *Dr. fam.* 2006, n° 89, note P. Murat, *Defrénois* 2006.1067, obs. Massip).

## II et III. - Civ. 1<sup>re</sup>, 20 février 2007 (2 arrêts)

(*D.* 2007. 1047, note D. Vigneau ; *ibid.* 721, obs. C. Delaporte-Carre ; *ibid.* 891, chron. P. Chauvin ; *ibid.* 1460, obs. F. Granet-Lambrechts ; *AJ fam.* 2007. 182, obs. F. Chénéde ; *RTD civ.* 2007. 325, obs. J. Hauser ; *D.* 2007. 1561, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; *Gaz. Pal.* 25-27 février 2007, p. 10, concl. Cavarroc, *Dr. fam.* 2007, n° 80, note P. Murat, *Defrénois* 2007.791, obs. Massip)

**Faits.** - Les trois espèces reproduites présentent, quant à leur point de départ, une parenté étroite. Des femmes vivent en couple parfois depuis de nombreuses années et, au moins dans deux des cas, concluent un Pacs. Au sein de chacun de ces couples, l'une de ces femmes met au monde un ou parfois deux enfants (des jumeaux) dont la filiation paternelle n'est pas établie. Les magistrats ne précisent pas le détour utilisé pour la conception de ces enfants : recours à une PMA interdite par le droit français mais pratiquée à l'étranger ou conception naturelle. Néanmoins, les déclarations des intéressées permettent d'établir que c'est la voie du « tourisme procréatif », en Belgique, qui a été utilisée (Hauser, *RTD civ.* 2006. 298 ; Massip, *Defrénois* 2007. 792). Quoi qu'il en soit ces femmes cherchent à faire établir un lien entre les enfants en question et la partenaire de la mère biologique. A cet effet, les intéressées recourent, dans la première espèce, à une délégation par la mère de l'autorité parentale, dans les deuxième et troisième espèces, à une adoption du ou des enfants par la femme qui vit avec leur mère. Dans la première affaire, la demande est accueillie par les juges du fond et est l'objet d'un pourvoi formé par le procureur général près la Cour d'appel d'Angers, lequel est rejeté par la Cour de cassation. Dans les deux dernières affaires les juges du fond rendent des décisions contrastées puisque le tribunal puis la Cour de Paris, par un arrêt du 6 mai 2004, refusent de prononcer l'adoption en considérant que celle-ci n'était pas conforme à l'intérêt des enfants car la mère naturelle perdait son autorité parentale et que la délégation de l'autorité parentale à son profit n'était pas possible, tandis que le tribunal puis la Cour de Bourges, par un arrêt du 13 avril 2006, prononcent l'adoption simple en estimant que cette institution était conforme à l'intérêt de l'enfant et que la mère biologique pourrait solliciter une délégation de l'autorité parentale, afin que celle-ci soit partagée entre elle-même et sa compagne.

Une telle division des juges du fond, sur un sujet aussi sensible socialement, appelait l'intervention de la haute juridiction. Saisie d'un pourvoi contre chacun de ces deux arrêts, la Cour de cassation a rejeté celui formé contre la décision de la Cour de Paris et fait droit à celui formé contre la Cour de Bourges.

### 1<sup>er</sup> Arrêt

La Cour : - Attendu que M<sup>me</sup> X... et M<sup>me</sup> Y... vivent ensemble depuis 1989 et ont conclu un pacte civil de solidarité le 28 décembre 1999 ; que M<sup>me</sup> X... est la mère de deux enfants dont la filiation paternelle n'a pas été établie, Camille, née le 12 mai 1999, et Lou, née le 19 mars 2002 ;

- Sur le premier moyen et sur le moyen relevé d'office, après avertissement donné aux parties dans les conditions prévues à l'article 1015 du nouveau Code de procédure civile : - Attendu que le procureur général près la Cour d'appel d'Angers fait grief à l'arrêt attaqué (Angers, 11 juin 2004) d'avoir délégué partiellement à M<sup>me</sup> Y... l'exercice de l'autorité parentale dont M<sup>me</sup> X... est seule titulaire et d'avoir partagé entre elles cet exercice partiellement délégué, alors, selon le premier moyen, que l'article 377 du Code civil subordonne la délégation volontaire de l'autorité parentale d'un des parents au profit d'un tiers à l'existence de circonstances particulières et non sur la simple crainte de la réalisation hypothétique d'un événement et qu'en se fondant, pour faire droit à la demande de M<sup>me</sup> X..., sur la crainte d'un événement purement hypothétique, et ce dans des termes généraux, sans constater de circonstances avérées ou prévisibles interdisant à M<sup>me</sup> X... d'exercer son autorité sur les deux

enfants, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision (violation de l'article 377 du Code civil et des articles 455 et 604 du Code de procédure civile), et alors qu'a été relevé d'office un moyen concernant 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 il vit en union stable et continue ; - Mais attendu que l'article 377, alinéa 1<sup>er</sup>, 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 ; - Attendu qu'ayant relevé que Camille et Lou étaient décrites comme des enfants épanouies, équilibrées et heureuses, bénéficiant de l'amour, du respect, de l'autorité et de la sérénité nécessaires à leur développement, que la relation unissant M<sup>me</sup> X... et M<sup>me</sup> Y... était stable depuis de nombreuses années et considérée comme harmonieuse et fondée sur un respect de leur rôle auprès des enfants et que l'absence de filiation paternelle laissait craindre qu'en cas d'événement accidentel plaçant la mère, astreinte professionnellement à de longs trajets quotidiens, dans l'incapacité d'exprimer sa volonté, M<sup>me</sup> Y... ne se heurtât à une impossibilité juridique de tenir le rôle éducatif qu'elle avait toujours eu aux yeux de Camille et de Lou, la cour d'appel a pu décider qu'il était de l'intérêt des enfants de déléguer partiellement à M<sup>me</sup> Y... l'exercice de l'autorité parentale dont M<sup>me</sup> X... est seule titulaire et de le partager entre elles ; qu'elle a ainsi légalement justifié sa décision ;

- *Sur le second moyen* : - Attendu que le procureur général fait encore le même grief à l'arrêt attaqué, alors, selon le moyen, que l'article 377-1 du Code civil prévoit que « la délégation totale ou partielle de l'autorité parentale résultera du jugement rendu par le juge aux affaires familiales », qu'en omettant de définir les éléments de l'autorité parentale qui sont délégués à M<sup>me</sup> Y..., le dispositif de l'arrêt doit s'analyser comme une délégation totale de l'autorité parentale à son profit, alors que la requérante demandait que ne soit prononcée qu'une délégation partielle de son autorité, et que, dès lors, la cour d'appel a violé les dispositions de l'article 5 du Code de procédure civile (violation de l'article 377-1 du Code civil et des articles 5 et 604 du Code de procédure civile) ; - Mais attendu que 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 ; que le moyen n'est pas fondé ;

*Par ces motifs*, rejette le pourvoi [...].

## 2<sup>e</sup> Arrêt

La Cour ; - *Sur le moyen unique, pris en ses diverses branches* : - Attendu que M<sup>me</sup> X... et Y..., après plusieurs années de vie commune, ont conclu un pacte civil de solidarité le 30 mars 2000 ; que M<sup>me</sup> Y... , a donné naissance le 12 septembre 2001, à deux enfants, qu'elle a reconnus et qui n'ont pas de filiation établie à l'égard de leur père ; que M<sup>me</sup> Y... a consenti, devant notaire, le 22 mars 2002, à l'adoption simple de ses deux enfants ; - Attendu que M<sup>me</sup> X... fait grief à l'arrêt confirmatif attaqué (Paris, 6 mai 2004) d'avoir rejeté sa requête tendant à l'adoption simple des enfants, alors, selon le moyen : - 1/ qu'avant de rejeter la requête aux fins d'adoption simple, motif pris de ce que l'adoption ne servirait pas à l'intérêt des enfants, les juges du fond devaient rechercher s'il n'était pas conforme à l'intérêt des enfants d'établir, par la voie de l'adoption simple, un double lien de filiation avec deux personnes, vivant au foyer familial, participant à leur entretien et à leur éducation, et unies par un pacte civil de solidarité et de concubinage ; d'où il suit que les juges du fond ont privé leur décision de base légale au regard des articles 353 et 361 du Code civil ; - 2/ que loin d'être antinomique avec l'adoption simple, la délégation de l'autorité parentale est possible, en cas d'adoption simple, dès lors que les circonstances le justifient ; qu'en décidant le contraire, les juges du fond ont violé les articles 363 à 369 du Code civil ainsi que l'article 377 du même code ; - 3/ que le double lien de filiation, né de l'adoption simple, entre au nombre des circonstances justifiant une délégation de l'autorité parentale ; qu'en décidant le contraire, les juges du fond ont violé les articles 363 à 369 du Code civil ainsi que l'article 377 du même code ; - Mais attendu qu'ayant retenu à juste titre que M<sup>me</sup> Y... , mère des enfants, perdrait son autorité parentale sur eux en cas d'adoption par M<sup>me</sup> X..., alors qu'il y avait communauté de vie, puis relevé que la délégation de l'autorité parentale ne pouvait être demandée que si les circonstances l'exigeaient, ce qui n'était ni établi, ni allégué, et qu'en l'espèce, une telle délégation ou son partage étaient, à l'égard d'une adoption, antinomique et contradictoire, l'adoption d'un enfant mineur ayant pour but de conférer l'autorité parentale au seul adoptant, la cour d'appel, qui a procédé à la recherche prétendument omise, a légalement justifié sa décision ;

*Par ces motifs*, rejette le pourvoi [...].

## 3<sup>e</sup> Arrêt

La Cour ; - Donne acte à M<sup>mes</sup> X... et Y... de leur intervention ; - *Sur les deux moyens du pourvoi auquel s'associent M<sup>me</sup> X... et Y...* : - Vu l'article 365 du Code civil ; - Attendu que l'adoptant est seul investi à l'égard de l'adopté de tous les droits d'autorité parentale à moins qu'il ne soit le conjoint du père ou de la mère de l'adopté ; - Attendu que pour prononcer l'adoption simple, par M<sup>me</sup> X..., du fils de M<sup>me</sup> Y..., né le 13 juillet 2004, en estimant que l'adoption était conforme à l'intérêt de l'enfant, l'arrêt attaqué relève que M<sup>mes</sup> Y... et X... ont conclu un pacte civil de solidarité en 2001, et qu'elles apportent toutes deux à l'enfant des conditions matérielles et morales adaptées et la chaleur affective souhaitable et qu'il est loisible à M<sup>me</sup> Y... de solliciter un partage ou une délégation d'autorité parentale ; - Qu'en statuant ainsi, alors que cette adoption réalisait un transfert des droits d'autorité parentale sur l'enfant en privant la mère biologique, qui entendait continuer à élever l'enfant, de ses propres droits, de sorte que, même si M<sup>me</sup> Y... avait alors consenti à cette adoption, en faisant droit à la requête la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

*Par ces motifs, casse.*

## Observations

1 Néologisme dont on cherchera vainement la définition dans le *Vocabulaire* Cornu, le mot « homoparentalité » revêt une signification ambiguë dans la mesure où il est invoqué pour rendre compte de situations diverses (sur celles-ci, voir H. Fulchiron, « Parenté, parentalité, homoparentalité », *D.* 2006. 876 ; F. Millet, « L'homoparentalité : essai d'une approche juridique », *Defrénois* 2005.743). On s'en tiendra ici aux figures de l'homoparentalité correspondant à la situation qui est à l'origine des décisions ci-dessus reproduites, celle d'un enfant né pendant la vie d'un couple homosexuel et qui est rattaché uniquement à la femme qui en est accouchée. Première figure : la partenaire de la mère cherche à faire reconnaître, en droit, la fonction éducative qu'elle exerce en fait. Deuxième figure : la partenaire de la mère cherche à se rattacher l'enfant par un lien de filiation afin qu'il devienne l'enfant du couple. Alors que, dans la première hypothèse, il s'agit de donner un cadre juridique à la mission éducative remplie en fait par la partenaire de la mère, il est question dans la deuxième hypothèse de se placer sur le terrain de la parenté en agissant directement sur la filiation. Aussi bien, a-t-il été relevé qu'il serait plus exact de parler dans ce dernier cas d'homoparenté plutôt que d'homoparentalité. Quoi qu'il en soit, la réaction de la Cour de cassation est fort différente face à ces deux revendications : se refusant à consacrer l'existence d'un véritable lien de filiation au moyen du prononcé d'une adoption (I), elle admet en revanche qu'il soit procédé à une délégation de l'autorité parentale (II).

### I. - Le refus de l'adoption simple

2 « Largement commanditées par des groupes de pression qui, faute d'avoir encore convaincu les parlementaires (...), entendent en faire des exemples » et procéder à des « forçages médiatiques », les demandes visant à établir, au moyen d'une adoption, un lien de filiation entre un enfant et la partenaire de sa mère se sont multipliées ces dernières années (Hauser, *RTD civ.* 2007.100). C'est ainsi que depuis la « décision pionnière » rendue par le TGI de Paris le 27 juin 2001, par laquelle celui-ci a prononcé l'adoption simple par la concubine de la mère de trois enfants conçus par IAD (*JCP* 2002.I. 101, n° 9, obs. Rubbelin-Devichi, *RTD civ.* 2002.84, obs. Hauser), ce type de demandes s'est sensiblement accru et a abouti, en appel, au prononcé de décisions contradictoires, comme le montrent les arrêts rendus par les Cours de Paris et de Bourges dans deux des affaires ci-dessus reproduites (v. aussi

Riom, 27 juin 2006, *Dr. fam.* 2006, n° 204, note P. Murat, *RTD civ.* 2007.100, obs. Hauser ; Amiens, 14 févr. 2007, *Dr. fam.* 2007, n° 80, 3<sup>e</sup> esp., note P. Murat). Ces divergences proviennent d'une appréciation différente de l'intérêt de l'enfant.

**3** Aux termes de l'article 353 du Code civil, applicable à l'adoption simple en vertu de l'article 361 du même code, l'adoption est prononcée si « elle est conforme à l'intérêt de l'enfant ». Afin de justifier l'existence de cet intérêt dans le cas d'un enfant conçu au moyen d'une IAD pratiquée à l'étranger et qui n'a donc de filiation que dans une ligne, on fait valoir qu'il est toujours préférable de disposer d'un parent supplémentaire pour faire face aux aléas de la vie et, notamment, au décès éventuel du parent biologique. A suivre une telle analyse, le seul fait de n'avoir qu'un parent devrait systématiquement conduire au prononcé de l'adoption au motif que l'enfant y gagnera un parent supplémentaire, capable de remplacer le parent par le sang au cas où celui-ci viendrait à disparaître. A cela, il a été répondu qu'un tel raisonnement est « très largement hypothétique et relatif », car il repose sur des suppositions dont on ne sait pas si elles se réaliseront et qu'il passe sous silence d'autres événements qui, telle la séparation, sont, tout autant sinon plus, prévisibles dans la vie d'un couple, le lien de filiation atypique établi au moyen de l'adoption risquant alors de « devenir plus pesant que bénéfique » (Murat, *Dr. fam.* 2007, n° 80, p. 35). Et de fait, il n'est pas souhaitable de créer un lien qui aurait pour effet de multiplier les occasions de placer un enfant au coeur des conflits qui risquent de surgir entre des adultes revendiquant à un titre ou à un autre un droit sur lui. Au reste, pour répondre à l'hypothèse d'un éventuel décès, il existe la possibilité de désigner, par testament, comme tuteur le partenaire du parent, en cas de décès de celui-ci (art. 398 et 404 C. civ.) (F. Millet, art. préc., *Defrénois* 2005, p. 753).

**4** A considérer ensuite les effets de l'adoption simple sur l'autorité parentale dont est investie la mère biologique, ceux-ci conduisent à des résultats opposés à ceux recherchés. L'article 365 du Code civil dispose, en effet, que « l'adoptant est seul investi à l'égard de l'adopté de tous les droits d'autorité parentale, inclus celui de consentir au mariage de l'adopté, à moins qu'il ne soit le conjoint du père ou de la mère de l'adopté ». Il en résulte que le parent biologique perd l'exercice de l'autorité parentale alors qu'il n'entend en fait nullement renoncer à son rôle de parent. C'est là manifestement une situation anormale, qui peut se révéler contraire à l'intérêt de l'enfant. Il convient d'ailleurs de souligner que l'adoptante et sa compagne sont, dans la troisième espèce reproduite, intervenues devant la Cour de cassation pour se joindre au pourvoi formé par le ministère public et demander l'annulation de l'arrêt rendu par la Cour de Bourges, car elles n'avaient pas pris conscience que l'adoption priverait la mère biologique de l'exercice de l'autorité parentale.

Pour éviter ce résultat pervers, on fait parfois suivre l'adoption d'une délégation-partage de l'autorité parentale qui permet au parent biologique de recouvrer l'exercice de l'autorité parentale (TGI Paris 2 juill. 2004, *Dr. fam.*, 2005, n° 4, note P. Murat, *RTD civ.* 2005.116, obs. Hauser). Mais précisément, en la circonstance, la Cour de cassation juge une telle démarche « antinomique et contradictoire ». Et de fait, le montage utilisé conduit à transgresser deux principes du droit français. En premier lieu, l'article L.152-2 alinéa 1<sup>er</sup> du Code de la santé publique dispose que « l'assistance médicale à la procréation est destinée à répondre à la demande parentale d'un couple », dont l'alinéa 3 précise qu'il doit être formé d'un homme et d'une femme. Autrement dit, la procréation médicalement assistée doit conduire à une famille biparentale où sont présents un homme et une femme. En second lieu, l'adoption ne peut, dans notre droit, être prononcée qu'au profit d'un célibataire ou d'un couple marié. L'adoption simple d'un enfant par la compagne de sa mère biologique qui l'a conçu, à l'étranger, au moyen d'une PMA suivie d'une

délégation de l'autorité parentale à la mère biologique, conduit à tourner ces deux règles. L'enfant issu d'une PMA sera rattaché à une famille monosexuée et le résultat obtenu sera pratiquement le même que s'il y avait eu adoption par les deux femmes. Autrement dit, on est en présence d'un montage qui réalise une double fraude à la loi. On a vu que la Cour de cassation a refusé l'adoption de l'enfant né au moyen d'une maternité de substitution, en s'appuyant sur l'idée que l'adoption n'était que l'ultime phase d'un processus d'ensemble qui constitue un détournement d'institution (*supra*, n° 50). On est ici en présence d'une situation analogue. Pratiquant la politique du fait accompli, les intéressées enchaînent PMA réalisée à l'étranger en violation de la loi française, adoption et délégation de l'autorité parentale pour parvenir à un résultat que celle-ci prohibe. Aussi bien, convient-il maintenant de rechercher pourquoi le droit français maintient ces prohibitions et est hostile à ce que ces problèmes trouvent une réponse en se plaçant sur le terrain de la filiation.

- 5 Il a été souligné que « c'est à partir de la filiation que l'enfant construit son identité et qu'il trouve ses racines humaines qui le relie *naturellement* à un homme et à une femme » (H. Fulchiron, *D.* 2006.877). La filiation, qu'elle soit charnelle ou adoptive, ne fait que traduire cette réalité première ; et si l'une des lignes est vacante, elle n'en existe pas moins potentiellement. En enfermant « l'enfant dans une filiation monosexuée », on en fait l'enfant de deux hommes ou de deux femmes, en sorte que 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 » (J.-L. Renchon, « Les conjugalités en droit belge », *Du Pacs aux nouvelles conjugalités*, 2005, p. 85). C'est dire que c'est alors non seulement l'intérêt de l'enfant qui se trouve méconnu mais aussi celui de la société dans la mesure où celle-ci est intéressée à éviter que ne se brouillent les identités individuelles et familiales.

## II. - L'acceptation de la délégation de l'autorité parentale

- 6 Refusant au partenaire de la mère, par ces arrêts du **20 février 2007**, l'établissement d'un lien de parenté qui insère l'enfant dans une famille, la Cour de cassation accepte, en revanche, de donner un cadre juridique à la fonction de fait remplie par celui-ci en usant du mécanisme de la délégation-partage de l'autorité parentale.

Traditionnellement, la délégation de l'autorité parentale pouvait être définie comme le transfert par le juge des prérogatives de cette autorité à une personne autre que les parents en raison d'une volonté expresse ou d'une renonciation de ceux-ci à en assumer les charges. Impliquant la remise volontaire de l'enfant par les parents à un tiers - particulier digne de confiance, établissement spécialisé, service de l'aide sociale -, elle supposait un « désinvestissement des parents » (R. Legeais, *L'autorité parentale*, n° 194 et s.). La loi du 4 mars 2002 a modifié les articles 377 et 377-1 du Code civil en supprimant la condition de remise de l'enfant à un tiers et en admettant la possibilité d'un exercice en commun par le délégant et le délégataire. Désormais la délégation n'est soumise qu'à deux conditions : il faut qu'elle soit « conforme à l'intérêt de l'enfant » et que « les circonstances l'exigent ».

- 7 Instituée pour répondre à la situation des beaux-parents dans les familles recomposées, cette nouvelle variété de délégation peut-elle jouer pour les couples homosexuels ? La décision reproduite répond par l'affirmative à cette question, alors même que les travaux préparatoires étaient restés silencieux sur la question de l'homoparentalité (D. Vigneau, *D.* 2007. 898). On peut noter au passage que la haute juridiction se réfère à « l'intérêt supérieur de l'enfant », notion consacrée par l'article

3-1 de Convention de New York sur les droits de l'enfant.

La solution a fait l'objet d'appréciations contrastées.

Pour certains, « si l'institution n'a pas été élaborée en considération du couple homosexuel, elle peut néanmoins facilement être utilisée en faveur du concubin homoparental » (Rubbelin-Devichi, *JCP* 2002.I.101, n° 9). Puisque le tourisme procréatif permet de tourner l'interdiction en France du recours à l'assistance à la procréation, on ne saurait « fermer les yeux » sur ces situations et refuser un cadre juridique aux relations entre l'enfant et la partenaire de sa mère biologique. Dans cette perspective, la délégation-partage constituerait « le maillon manquant entre le trop peu de la situation de fait du tiers et le trop de droit » résultant de l'établissement d'un lien de filiation par le biais de l'adoption. Grâce à une telle solution, l'intérêt de l'enfant qui ne serait pas de rester sans lien juridique avec le partenaire de son parent qui participe de manière active à son éducation est pris en compte sans que pour autant les institutions familiales en soient défigurées (Murat, *Dr. fam.* 2006, n° 89, p. 20). Au surplus, les circonstances qui ouvrent droit à délégation doivent s'apprécier en contemplation de l'intérêt de l'enfant, et le caractère homosexuel du couple est une circonstance qui ne saurait ni imposer, car l'homosexualité ne fait pas présumer les qualités éducatives, ni interdire, car il y aurait sinon discrimination en raison de l'orientation sexuelle, la mise en place d'une délégation. Aussi bien, en retenant que la décision d'appel avait suffisamment caractérisé la conformité de la décision à l'intérêt de l'enfant, la Cour de cassation refuse à juste titre, pour ces auteurs, « de contrôler des éléments qui relèvent naturellement de l'appréciation souveraine des juges du fond et laisse une ample latitude à ceux-ci » (P. Murat, *Dr. fam.* 2006, n° 89, p. 21).

- 8 Pour d'autres, « même si la délégation de l'autorité parentale peut avoir lieu en faveur d'un tiers dont la définition est somme toute largement entendue, elle n'en 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 celui-ci l'autorité parentale » (D. Vigneau, *D.* 2007. 898). Admettre la délégation de l'autorité parentale dans un tel cas, c'est « fermer les yeux » sur l'origine de l'enfant en acceptant de consacrer les conséquences d'une situation illicite. Pourquoi édicter des conditions d'accès à la PMA « puisqu'on valide sans vergogne les conséquences de celles qui contreviennent ouvertement à ces interdictions » (J. Hauser, *RTD civ.* 2006.299). On fait également valoir que la délégation de l'autorité parentale ne pouvant être demandée que lorsque les circonstances l'exigent, son acceptation nécessite le constat « d'événements avérés ou suffisamment prévisibles empêchant en tout ou en partie l'exercice de l'autorité parentale et non celui d'événements purement hypothétiques » (D. Vigneau, *D.* 2007.899 ; J. Hauser, *RTD civ.* 2006.298). Or c'est sur des événements de cette dernière sorte (éventualité d'un événement accidentel pour la mère accompagnée d'un éloignement professionnel) que les juges du fond se sont fondés. En se contentant de telles circonstances pour dire la délégation légalement justifiée, la Cour de cassation aurait réduit son contrôle à une « simple formalité » (D. Vigneau, *D.* 2006.899).

Partagés quant à l'appréciation à porter sur l'admission du jeu de la délégation de l'autorité parentale en la circonstance, tous les auteurs s'accordent en revanche pour constater « l'indigence » de la motivation de la Cour de cassation sur le point de savoir à quoi correspondait l'étendue d'une délégation partielle prononcée sans que soient précisés les attributs délégués (voir sur ce point Hauser, *RTD civ.* 2006.298, col.2 ; D. Vigneau, *D.* 2006.899 ; P. Murat, *Dr. fam.* 2006, n° 89, p. 21).

- 9 Les oppositions doctrinales qui se sont fait jour à propos de la question de la délégation de l'autorité parentale tiennent, au demeurant, à une perception différente

du contexte dans lequel s'inscrit ce débat. Pour les auteurs favorables à cette solution, l'admission de ce procédé indirect permettrait de donner une juste place à la partenaire de la mère biologique et, par là-même, serait le moyen d'éviter la consécration législative d'un statut de l'homoparentalité. En consacrant le « rôle parental » qu'attribue la délégation, on éviterait que ne le soit le « titre de parent » que confère l'adoption. En d'autres termes, il y aurait là une concession heureuse, en ce que, répondant concrètement aux difficultés rencontrées, elle serait de nature à éviter d'autres dérives. Pour les auteurs hostiles à cette solution, on serait, au contraire, en présence de la première étape d'un mécanisme qui par une sorte d'« engrenage » ne pourrait conduire à terme qu'aux conséquences les plus extrêmes. Selon ces auteurs, ceux qui sont à l'origine de ces demandes n'attendent pas, en effet, seulement une réponse concrète à leur problème, ils conduisent « une entreprise symbolique et politique dont l'aboutissement est la reconnaissance à égalité de leur couple », voire « la suppression du droit dans le domaine des relations personnelles et familiales », chaque revendication satisfaite n'étant que l'antichambre de la suivante (J. Hauser, *RTD civ.* 2007.101). De concession en concession, le point d'aboutissement devrait alors être l'acceptation des maternités de substitution puisque, sans elles, les couples d'hommes ne peuvent satisfaire leur désir d'enfants. C'est dire qu'au bout de tout cela, il y a la mise dans le commerce des facultés procréatrices de la femme et le droit à l'enfant, c'est-à-dire la réification de celui-ci (J. Hauser, *RTD civ.* 2006.299 ; Y. Lequette, « La réification de l'enfant ? », *L'enfant en droit privé, Actualités juridiques tunisiennes*, n° 16, 2003, p.103 et s.).

Fin du document