

Pierrette BONNOURE-AUFIERE
 Avocat
 28, rue des 36 Ponts
 31400 TOULOUSE

AUTORITÉ PARENTALE

Par Pierre MURAT,
 Professeur à la Faculté de droit de Grenoble II

EXERCICE

221 Brouillamini autour de l'enfant ✓ d'une femme homosexuelle

Eu égard à l'intérêt de l'enfant, il convient de ne pas accorder au père l'exercice conjoint de l'autorité parentale sur l'enfant qu'il a reconnu plus d'un an après la naissance, alors qu'une action en contestation de paternité a été engagée, que les parents s'opposent sur la filiation de l'enfant, la mère le prétendant issu d'une insémination artificielle faite dans la perspective d'avoir un enfant avec la compagne avec laquelle elle vivait à l'époque, le père prétendant quant à lui que son comportement s'inscrivait dans un projet commun destiné à permettre une nouvelle maternité au profit d'une femme avec laquelle il militait au sein d'une association de parents gays et lesbiens.

CA Montpellier, 10 févr. 2004 : Juris-Data n° 2004-238097

Sur l'autorité parentale :

- Attendu qu'aux termes de l'article 372 du Code civil, les père et mère exercent en commun l'autorité parentale ; toutefois lorsque la filiation est établie à l'égard de l'un d'entre eux plus d'un an après la naissance d'un enfant, dont la filiation est déjà établie à l'égard de l'autre, celui-ci reste seul investi de l'exercice de l'autorité parentale ; l'autorité parentale pourra néanmoins être exercée en commun en cas de déclaration conjointe des père et mère devant le greffier en chef du Tribunal de grande instance ou sur décision du juge aux affaires familiales ;

- Attendu qu'en l'espèce, Monsieur Philippe D. a procédé à la reconnaissance de Tristan D.-S., né le 22 février 2000, le 11 décembre 2002 soit plus d'un an après sa naissance ; que Madame Anne R.-S., sa mère, est donc seule investie de l'autorité parentale ;

- Attendu qu'il appartient à la cour de déterminer s'il est dans l'intérêt de l'enfant d'accorder à Monsieur Philippe D. l'autorité parentale conjointe qu'il réclame ; qu'il convient en conséquence de replacer la reconnaissance de Tristan par l'appelant dans le contexte qui est rappelé par les parties dans leurs écritures ;

Qu'il convient, en premier lieu, de souligner les interprétations divergentes des parties quant à la reconnaissance de l'enfant par Philippe D. ; que ce dernier se considère comme le père de Tristan alors que Madame R.-S. rapporte par divers témoignages que cet enfant a été conçu alors qu'elle ne connaissait pas Philippe D., dans le cadre d'une insémination artificielle dans la perspective de la constitution d'une famille avec sa compagne de l'époque, Ghislaine B. ;

- Attendu qu'il résulte des témoignages versés aux débats que Monsieur Philippe D. s'est effectivement comporté durant l'année 2002, avant même la reconnaissance de Tristan, comme un père et a témoigné d'un réel attachement à cet enfant ; que cet investissement s'inscrivait toutefois dans un projet commun à Philippe D. et à Anne R.-S., tous deux membres de l'association des parents gays et lesbiens (APGL) qui envisageait une nouvelle maternité pour Anne R.-S. avec pour père biologique Philippe D. ;

- Attendu que le fait pour ce dernier de s'être occupé de Tristan très régulièrement et avec beaucoup d'affection pendant un an et d'avoir établi une reconnaissance de paternité envers lui ne signifie nullement, comme l'a relevé le premier juge, que l'enfant a construit autour de lui une image paternelle, même si abusivement sa mère a tout fait pendant cette année 2002 pour que l'enfant ait le sentiment que Philippe D. était son père ; qu'il convient en outre de ne pas négliger le fait que si la contestation de la reconnaissance de paternité engagée par Madame Anne R.-S. à l'encontre de Monsieur

Philippe D. n'a pas encore abouti sur le plan judiciaire, les divers éléments versés aux débats par la mère (permission pour l'insémination artificielle avec sperme d'un donneur inconnu donné par Anne S. et Ghislaine B., sa compagne, le 11 septembre 1998) doivent être pris en considération pour déterminer s'il est dans l'intérêt de Tristan que Philippe D. dispose d'une autorité parentale conjointe avec sa mère sur lui et d'une résidence en alternance ;

- Attendu qu'eu égard à tous ces éléments d'appréciation, compte tenu de l'âge de l'enfant ; du fait qu'à côté de sa mère il a toujours trouvé un deuxième référent ; en l'espèce Madame Ghislaine B., avec qui il continue d'entretenir des relations étroites malgré la séparation de cette dernière avec Anne R.-S., il est dans l'intérêt bien compris de Tristan que Monsieur Philippe D. ne dispose pas de l'autorité parentale conjointe sur lui, ni de la résidence alternée ;

- Attendu que le droit de visite et d'hébergement ne peut, de même, être envisagé compte tenu du conflit très important existant entre les parties et qui n'aurait pour conséquence que de déstabiliser l'enfant dont il est regrettable que des adultes, dans un intérêt personnel et égoïste, aient cru bon de se servir ; que la décision entreprise qui a rejeté la demande de droit de visite et d'hébergement de Monsieur D. doit être confirmée ;

Sur la pension alimentaire :

- Attendu qu'il convient de donner acte à Monsieur D. de son offre de verser une pension alimentaire de 150 € par mois pour l'entretien et l'éducation de Tristan et de donner acte également à Madame Rouesne-Saunier de ce qu'elle refuse cette contribution comme cela a été fait par le premier juge ; (...)

NOTE : Les querelles des couples d'homosexuelles ont finalement bien peu de spécificités juridiques et, contrairement à ce que l'on pense trop souvent, les juges ne sont pas dépourvus de références légales. L'arrêt le montre bien dans l'usage qu'il fait des règles de droit commun relatives à l'autorité parentale et dont l'application aboutit à une solution qui ne heurte en rien la justice, ni ne malmène les règles légales. Les juges ont su parfaitement trouver dans une appréciation *in concreto* de l'intérêt de l'enfant les arguments nécessaires pour s'opposer à l'exercice conjoint de l'autorité parentale et à la fixation d'une résidence alternée demandés par le père. L'homosexualité des parents de l'enfant ne change rien aux règles de droit et c'est bien ainsi : il n'y aurait rien de pire en ce domaine qu'un droit catégoriel. La jurisprudence récente interne, relayée par celle de la Cour européenne des droits de l'homme (V. CEDH, 21 déc. 1999, *Salgueiro Da Silva Mouta c/ Portugal* : Dr. famille 2000, comm. 45, note A. Gouttenoire ; RTD civ. 2000, p. 313, obs. J. Hauser ; p. 433, obs. J.-P. Marguénaud) ne fait plus de l'homosexualité en elle-même une raison de déroger aux règles de l'autorité parentales (plus largement, V. H. Bosse-Platière, *Pacs et autorité parentale*, in *Études offertes à J. Rubellin-Devichi* : Litec, 2002, p. 193 et s.).

Mais, en matière de choix législatif comme pour l'affaire examinée, la clé du problème est finalement en amont : sur le terrain de la filiation qui, en chaîne, commande l'application de tout pan du statut familial. Les conseils de la mère ne s'y sont pas trompés puisqu'en l'espèce, parallèlement à l'instance relative à l'autorité parentale, une instance en contestation de reconnaissance était pendante, qui sera évidemment déterminante pour la question de l'autorité parentale. Une des questions actuelles les plus politiques du droit de la famille concerne indubitablement la définition du lien de filiation et consiste à savoir jusqu'où notre société acceptera à l'avenir d'utiliser les fictions juridiques pour fonder la filiation sur la seule volonté. L'adoption est naturellement une filiation élective, à l'origine parce qu'il s'agit essentiellement d'une filiation de remplacement, d'une institution subsidiaire tournée vers l'intérêt de l'enfant à trouver une nouvelle famille, mais les couples homosexuels

tentent aujourd'hui de convaincre du contraire : que l'adoption peut être première, que l'enfant peut seulement avoir été d'emblée voulu au travers d'un « projet parental ». Il est vrai qu'avec les lois « bioéthiques » du 29 juillet 1994 (V. C. civ., art. 311-19 et 311-20) la procréation médicalement assistée a enfoncé un coin important de volonté dans des règles jusque-là ouvertement inspirées par la recherche d'une réalité biologique : l'élimination du géniteur en cas de conception avec tiers donneur et la consécration de filiations entièrement fondées sur l'existence d'un simple projet parental nous ont sans doute accoutumés à l'idée que la causalité dans le droit de la filiation pouvait être le désir autant que l'engendrement. Mais à elle seule, cette première évolution est insuffisante à conduire à la reconnaissance légale de ce qu'il est aujourd'hui convenu d'appeler l'« homoparentalité » (terme parfaitement ambigu, parce que la notion de « parentalité » renvoie davantage à une fonction qu'à l'inscription généalogique dont la parenté est en revanche porteuse) : il reste en effet à évaluer, autant dans les dimensions individuelles que collectives, l'impact d'une filiation totalement asexuée qui éliminerait dans le rattachement de l'enfant un sexe au profit d'un double rattachement au même sexe. Législativement, des pays se sont risqués à franchir le pas, prudemment via l'adoption (les Pays-Bas par

une loi du 21 décembre 2000) ou plus imprudemment via le recours à une curieuse présomption de « co-maternité » ou de « co-paternité » applicable aux hypothèses de procréation médicalement assistée (V. l'article 115 du Code civil du Québec qui dispose depuis la loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation du 7 juin 2002 que « lorsque les parents sont de même sexe, ils sont désignés comme les mères ou les pères de l'enfant, selon le cas » ; adde sur la question B. Moore, *Les enfants du nouveau siècle (libres propos sur la réforme de la filiation)*, in *Développements récents en droit familial* : Yvon Blais, Montréal, 2002, p. 75 et s.).

Avant de se lancer dans un rattachement de l'enfant puisant en totalité sa source dans les volontés, il faudra bien s'interroger sur la résistance au temps desdites volontés et sur les conséquences d'une disponibilité de la filiation. Car c'est bien de cela qu'il s'agit en dernier ressort : s'entendre à trois pour faire un enfant rattaché seulement à un couple qui ne peut l'obtenir par les voies naturelles.

✎ **Mots-Clés** : Autorité parentale - Exercice unilatéral - Homosexualité
 ✎ - Filiation

Textes : C. civ., art. 372

Juris-Classeur : Droit de l'enfant, Fasc. 620 ou Civil Code, Art. 371 à 387, fasc. 10 ou Notarial Répertoire, V^o Autorité parentale, fasc. 10 ou Nouveaux couples-Nouvelles familles, Fasc. 710