



HAL
open science

Les nouveaux visages de la parenté et de la parentalité

Elsa Berry

► **To cite this version:**

Elsa Berry. Les nouveaux visages de la parenté et de la parentalité. “ L’enfant ”, Actes de l’Université d’été Facultatis iuris pictaviensis 2016, p. 57-70, 2017, Presses universitaires juridiques de Poitiers, LGDJ, 9791090426771. hal-02152321

HAL Id: hal-02152321

<https://hal.science/hal-02152321v1>

Submitted on 11 Jun 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L’archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d’enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

E. BERRY

Les nouveaux visages de la parenté et de la parentalité

Sur le plan juridique, la conception et la présentation de la famille ont profondément évolué, ne serait-ce que depuis la création du Code civil. La famille se caractérise en principe par deux éléments : le couple d'une part, lien d'alliance, et la filiation d'autre part, lien entre les parents et les enfants d'autre part. Dans une vision classique, ces deux éléments étaient intimement liés : le couple se formait par le mariage et avait vocation à fonder une famille avec des enfants. Dès lors, le fait de former un couple marié facilitait l'établissement des liens de filiation à l'égard de l'enfant, la consécration de la parenté des époux¹. Sous ses deux aspects de couple et de filiation, la famille n'a plus le même visage et cette évolution a évidemment profondément modifié la conception des rapports entre parents et enfants, la prise en charge, la protection et l'éducation de ces derniers.

Le couple, tout d'abord, a changé. C'était initialement un couple marié, constitué d'un homme et d'une femme, avec un rôle différent reconnu au sein de ce couple entre le père de famille et son épouse. Désormais, le couple n'est plus nécessairement marié, ni forcément constitué d'un homme et d'une femme, et les rapports au sein de ce couple ont évolué. En premier lieu, on a pu constater, un progressif rééquilibrage des rapports entre l'homme et la femme au sein du couple, notamment sur le plan familial. L'ancienne puissance paternelle, prérogative du père, du chef de famille, a été supprimée au profit de l'autorité

¹ La parenté est le lien juridique déterminé par la filiation. H. Fulchiron (dir.), *Mariage-conjugalité. Parenté-Parentalité*, Dalloz, 2009.

parentale². Cette dernière, définie comme « un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant »³, appartient, en principe⁴, aux parents de l'enfant, une fois qu'ont été établies leurs maternité et paternité⁵. Quant à ce préalable, il n'y a plus, en principe, de différence selon le statut du couple⁶. La parenté, l'établissement du lien de filiation, est en principe détachée du couple. De même, l'autorité parentale est exercée sur l'enfant conjointement par ses deux parents⁷, qu'ils soient mariés ou non⁸. A leur parenté, est attachée la reconnaissance des fonctions d'éducation et de soins de l'enfant⁹ : la parentalité. Ainsi, quel que soit le statut du couple, dès lors qu'il y a co-parenté, la règle est celle de la co-parentalité.

En second lieu, le couple n'est plus nécessairement un couple marié, ni forcément constitué d'un homme et d'une femme. Il existe aujourd'hui trois formes de couples prévues dans le Code civil : le mariage, mais aussi le concubinage et le pacte civil de solidarité (pacs), toutes trois désormais¹⁰ accessibles tant aux couples de personnes de sexes différents, que de même sexe. Par ailleurs, le couple ne connaît plus la même stabilité : les divorces et séparations des couples non mariés sont beaucoup plus fréquents. Souvent, après une séparation, d'autres couples se créent et d'autres familles se constituent : les familles recomposées. Que les parents se séparent, ou qu'ils créent de nouvelles

² Loi du 4 juin 1970, n° 70-459.

³ Art. 371-1 du Code civil.

⁴ Une délégation d'autorité parentale est cependant possible : art. 376 et s. du Code civil.

⁵ En tant qu'ils exercent l'autorité parentale sur leur enfant, ceux-ci doivent notamment contribuer à son entretien et à son éducation (art. 371-2 du Code civil), décider de son orientation scolaire ou professionnelle et de son éducation, gérer son patrimoine (art. 382 et s. du Code civil), représenter légalement l'enfant et être responsable des dommages qu'il cause à autrui (art. 1242 al. 4 du Code civil).

⁶ L'ordonnance du 4 juillet 2005 a supprimé la traditionnelle distinction entre la filiation légitime, résultant d'un couple marié et la filiation naturelle, résultant d'un couple non marié. Elle a consacré un principe d'égalité : la filiation de l'enfant est en principe établie sans distinction selon le statut du couple de ses parents.

⁷ Des exceptions sont cependant prévues : art. 373-2-1 du Code civil.

⁸ Art. 372 du Code civil.

⁹ Il s'agit de la définition de la parentalité proposée par L. Brunet et J. Sosson, L'engendrement à plusieurs en droit comparé : quand le droit peine à distinguer filiation, origines et parentalité, in Parenté, Filiation, Origines, Le droit et l'engendrement à plusieurs, H. Fulchiron et J. Sosson (dir.), Bruylant, p. 60. Dans une définition proche, la parentalité désigne le vécu socio-affectif d'une situation d'éducation d'un enfant : H. Fulchiron (dir.), Mariage-conjugalité. Parenté-Parentalité, Dalloz, 2009.

¹⁰ En ce qui concerne le mariage, cela résulte de la loi du 17 mai 2013, n° 2013-404 (art. 143 du Code civil).

familles, cela ne doit, en principe, en rien altérer la règle de la co-parentalité. Le couple prend fin, le couple parental demeure. Chacun des deux parents conserve l'exercice de l'autorité parentale sur l'enfant¹¹, les modalités doivent simplement en être adaptées. En pratique, cependant, les situations des parents séparés sont très variées, et la co-parentalité plus ou moins équilibrée. Le rôle parental assumé auprès de l'enfant est parfois atténué pour le parent qui ne vit plus au quotidien avec l'enfant. En outre, la création d'un nouveau couple à la suite de cette séparation amène l'enfant à côtoyer au quotidien une nouvelle personne : son beau-parent.

Le beau-parent¹², du fait de la cohabitation fréquente et récurrente avec l'enfant est souvent amené à jouer un rôle éducatif dans la vie de l'enfant, à prendre soin de lui, à assumer en réalité une parentalité de fait, sans qu'il n'y ait de véritable support juridique à son intervention. Plusieurs réformes ont été envisagées pour consacrer un véritable statut du beau-parent mais elles n'ont pas abouti, se heurtant à la difficulté de consacrer un statut du beau-parent qui embrasserait l'infinie diversité des situations de beaux-parents. Celles-ci sont cependant souvent entendues trop largement. Le beau-parent est le compagnon du parent qui, à la suite d'une recomposition familiale, est amené à cohabiter avec l'enfant, généralement doté d'un second parent. Ce beau-parent réclame, généralement, une simple reconnaissance de sa parentalité, détachée de toute parenté. L'admettre suppose une remise en cause du principe, apparemment naturel, selon lequel le fait d'éduquer et de prendre soin des enfants - la parentalité - est rattaché à la parenté, en est indissociable. Mais cette

¹¹ Art. 373-2 du Code civil.

¹² Le terme de beau-parent est ici entendu de façon large comme visant le compagnon marié, partenaire ou concubin du parent de l'enfant, et non au sens strict habituel de conjoint marié de ce dernier.

reconnaissance de la parentalité, détachée de la parenté¹³, du beau-parent progresse¹⁴.

Est aussi souvent assimilé au beau-parent le membre d'un couple de personnes de même sexe qui est associé dès l'origine au projet de conception de l'enfant, par procréation médicalement assistée ou gestation pour autrui. Celui-ci n'est pour autant pas considéré comme le second parent légal de l'enfant, soit parce qu'en tant qu'homme, il n'est pas l'auteur biologique de l'enfant, soit parce qu'en tant que femme, elle ne l'a pas mis au monde. Ce compagnon, qui est investi dans le projet de conception de l'enfant, n'est pas dans la même situation qu'un beau-parent, le terme de co-parent convient mieux pour le désigner¹⁵. Ce co-parent souhaite généralement obtenir l'établissement d'une parenté à l'égard de l'enfant, et bénéficier de la parentalité qui en résulte, ce qui semble, de premier abord, problématique.

Cela suppose en premier lieu d'admettre une parenté qui ne soit pas conforme à la vérité biologique, mais fondée sur la volonté d'être parent, de concevoir l'enfant. Or la volonté constitue bien, à côté de la biologie, le second fondement de la filiation, souvent complémentaire au premier¹⁶. Certaines filiations, par adoption ou en cas de procréation médicalement assistée avec tiers donneur, reposent déjà sur la volonté, à l'exclusion de la biologie. Cela conduit, en second lieu, à remettre en cause un autre principe, apparemment naturel, selon lequel

¹³ Des délégations d'autorité parentale sont aussi possibles au profit d'autres personnes que les beaux-parents, notamment les grands-parents : Besançon, 3 mars 2016, RC n°14/01815, RJPF 2016, n°5/30.

¹⁴ L. Frossard, L'autorité parentale après la loi du 17 mai 2013 : un pas vers la reconnaissance de la parentalité, LPA 2013, n°133, p. 137.

¹⁵ La distinction est empruntée à l'article : M. Beague, S.-M. Ferré, J. Houssier, M. Saulier, Beau-parent /co-parent, in H. Fulchiron et J. Sosson (dir), Parenté, Filiation, Origines, Le droit et l'engendrement à plusieurs, Bruylant, 2013, p. 71. Le beau-parent y est défini comme « la personne amenée à cohabiter avec l'enfant et son parent biologique à la suite d'une recomposition familiale – après le décès d'un parent ou une séparation. » Au contraire, « le co-parent est le membre d'un couple de même sexe participant dès l'origine à un projet parental – au moyen d'une assistance médicale avec tiers donneur ou via une convention de gestation pour autrui – et dont la filiation est reconnue ultérieurement. » Ce terme de co-parent a été consacré par la loi québécoise du 24 juin 2002.

¹⁶ A. Dionisi-Peyrusse, Les fondements de la filiation. - Tentative de synthèse du colloque des 10 et 11 mars 2016 à l'université du Havre, Dr. Fam., 2016, n°6, étude 13.

l'enfant a deux parents qui sont son père et sa mère, pour admettre que l'enfant puisse avoir uniquement deux mères ou deux pères. Là aussi, cela est déjà acquis depuis qu'un couple de personnes de même sexe, en se mariant, peut accéder à l'adoption conjointe. Cela suppose, enfin, d'admettre la consécration d'une double parenté à l'égard de l'enfant d'un couple de personnes de même sexe qui a eu recours à l'étranger à des procédés qui pour l'un, n'est pas autorisé en France - la procréation médicalement assistée pour un couple de femmes ou une femme seule - et, pour l'autre, y est interdit : la gestation pour autrui.¹⁷ La demande du co-parent d'établissement d'une parenté dans le premier cas semble désormais susceptible d'être satisfaite, par la voie de l'adoption. Dans le second au contraire, l'admission de la « parenté d'intention » est toujours controversée, l'attribution d'une parentalité étant envisagé comme alternative.

Ces nouvelles situations familiales amènent à reconsidérer les rapports entre parenté et parentalité. D'une part, malgré la nouvelle unité des filiations, le statut des compagnons peut jouer sur les modalités d'établissement de leurs liens de filiation avec l'enfant, et de la co-parenté qui y est attachée. Si cette co-parenté entraîne une co-parentalité, la séparation du couple peut l'altérer, l'intermittence des liens de l'enfant avec un de ses parents étant source de déséquilibre. La constitution d'un nouveau couple donne aussi souvent lieu à l'intervention du beau-parent, assumant parfois un rôle parental. Les rapports entre co-parenté et co-parentalité d'une part et les couples d'autre part ne sont donc pas si autonomes (I). C'est d'ailleurs l'ouverture aux couples de personnes de même sexe du mariage qui a rendu d'autant plus fortes les réclamations de co-parents d'accéder non pas seulement à la co-parentalité, mais aussi à la co-parenté (II).

¹⁷ Il s'agit de la procréation médicalement assistée avec tiers donneur pour un couple de personnes de même sexe, ou une femme seule, qui est réservée aux couples constitués d'un homme et d'une femme en France, et de la gestation pour autrui, interdite en France.

I – Co-parenté, co-parentalité et couples

Que les parents soient ou non un couple, qu'ils soient mariés, pacsés ou concubins, leurs liens de filiation avec l'enfant peuvent être établis. Les démarches nécessaires ne sont toujours pas tout à fait similaires selon le statut du couple, mais, une fois celles-ci réalisées,¹⁸ les deux membres du couple bénéficient de la parenté, et de la parentalité qui y est attachée. Cette co-parentalité n'est en principe pas remise en cause si le couple vient à se séparer. Les temps de séparation entre l'enfant et un parent ne facilitent toutefois généralement pas le maintien d'une co-parentalité équilibrée. D'autant qu'un tiers est parfois amené à vivre avec l'enfant et à assumer, auprès de lui, un rôle parfois quasi-parental : celui de beau-parent.

A – La co-parentalité du couple uni

Les couples, en France, ont désormais, presque tous, le choix entre trois statuts : le concubinage¹⁹, le pacs²⁰ et le mariage. Bien que l'ordonnance de 2005²¹ ait consacré le principe de l'égalité des filiations quel que soit le statut du couple parental, il demeure une particularité quant à l'établissement de la paternité en cas de mariage, qui peut, parfois, faire obstacle à la co-parentalité.

Du côté de la mère, peu importe désormais qu'elle soit ou non mariée lorsqu'elle met au monde l'enfant, les modalités d'établissement de son lien de filiation sont identiques. Il suffit que la mère soit désignée dans l'acte de

¹⁸ Une seule limite demeure : le cas de l'enfant issu d'un inceste absolu. En ce cas, la filiation de l'enfant ne peut être établie qu'à l'égard d'un seul de ses parents. Art. 310-2 du Code civil.

¹⁹ Il est défini comme une « union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple » Art. 515-8 du Code civil.

²⁰ Le pacs, instauré en 1999 (loi n° 99-944, 15 nov. 1999) et amélioré en 2006 (loi n° 2006-728 du 23 juin 2006) est défini comme un « contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune ».

²¹ Ordonnance n°2005-759, 4 juill. 2005.

naissance de l'enfant²². L'établissement du lien de maternité suppose toutefois que la femme entende effectivement créer ce lien avec l'enfant. Si tel n'est pas le cas, elle peut accoucher sous X et conserver son identité secrète à la naissance²³.

Pour l'établissement de la paternité, il reste un lien entre couple et filiation, en cas de mariage. Le mari est présumé être le père de l'enfant conçu ou mis au monde par son épouse pendant le mariage²⁴, sans avoir à faire de démarche particulière. Le jeu de cette présomption de paternité suppose simplement que le nom de l'époux soit indiqué dans l'acte de naissance²⁵. A défaut, le mari peut établir son lien de filiation avec l'enfant par une reconnaissance de paternité²⁶. Cette démarche sera toujours nécessaire pour l'homme qui n'est pas marié avec la femme qui met au monde l'enfant²⁷, sauf à demander la délivrance d'un acte de notoriété constatant sa possession d'état²⁸.

Par la présomption de paternité, dans le mariage, la filiation de l'enfant est indivisible : elle est établie en même temps à l'égard de la mère et de son mari. Au contraire, la filiation hors mariage est divisible : elle est établie séparément pour la mère et pour le père de l'enfant. Si l'une d'entre elles l'est trop tardivement, plus d'un an après la naissance de l'enfant, seul l'autre parent est investi de l'exercice de l'autorité parentale²⁹. Il en est de même si un des parents

²² Art. 311-25 du Code civil. Cela reste cependant récent comme solution car, avant l'ordonnance du 4 juillet 2005, seule la femme mariée voyait sa maternité établie à l'égard de l'enfant sans démarche de sa part. La femme non mariée devait, pour sa part, faire une reconnaissance de maternité, avant ou après la naissance de l'enfant.

²³ Art. 326 du Code civil. En ce cas, l'enfant sera confié aux services de l'aide sociale à l'enfance pour être ensuite placé dans une famille qui pourra l'adopter.

²⁴ Art. 312 du Code civil.

²⁵ Art. 313 du Code civil. Et que le couple n'ait pas été légalement séparé au moment de la conception de l'enfant.

²⁶ Ou par un rétablissement de la présomption de paternité : art. 314 et 315 du Code civil.

²⁷ Elle peut avoir lieu avant ou après la naissance. Art. 316 du Code civil.

²⁸ Art. 317 du Code civil. C'est le seul autre mode non contentieux d'établissement de la filiation. Le père risque cependant de se heurter à un obstacle dans sa démarche : un autre homme peut avoir déjà établi son lien avec l'enfant, auquel cas il lui faudra contester préalablement cette première paternité en justice avant de pouvoir établir la sienne (art. 320 du Code civil).

²⁹ Art 372 du Code civil : « lorsque la filiation (de l'enfant) est établie à l'égard (d'un de ses père et mère) 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

n'établit pas spontanément sa filiation avec l'enfant, et que celle-ci est ensuite judiciairement déclarée³⁰. Dans ces deux cas, l'enfant échappe à la co-parentalité³¹.

Ainsi, les modalités d'établissement de la co-parenté, et de la co-parentalité restent, dans une certaine mesure, liées au statut du couple. En cas de dissolution du couple, co-parenté et co-parentalité demeurent. Cependant, en pratique, le maintien d'une co-parentalité équilibrée n'est pas toujours aisé dans certains cas.

B – La co-parentalité du couple désuni

La séparation des parents est sans incidence sur l'exercice de l'autorité parentale, qui doit, en principe, rester conjoint entre les parents³². Ceux-ci restent tous deux associés aux décisions qui concernent l'enfant, continuent à prendre ensemble les décisions concernant l'éducation, l'orientation de l'enfant, et à gérer son patrimoine. Simplement, les modalités de cette co-parentalité sont adaptées. Dans la majorité des cas, la résidence principale de l'enfant est fixée chez l'un des parents tandis que l'autre bénéficie d'un droit de visite et d'hébergement. D'autres fois, les enfants sont en résidence alternée chez leurs deux parents, situation qui, en pratique, se développe, mais reste minoritaire³³.

Que l'enfant ait sa résidence principale chez un de ses parents ou les deux, la règle reste celle de la co-parentalité. En pratique, toutefois, on constate une certaine tendance de la part du parent qui a la résidence principale à prendre

investi de l'exercice de l'autorité parentale. » Pour y remédier, les parents doivent procéder à une déclaration conjointe adressée au greffier en chef du tribunal de grande instance. Sinon, il faut une décision du juge en faveur d'un exercice conjoint de cette autorité parentale : art. 372 al. 3 du Code civil.

³⁰ Art. 372 du Code civil.

³¹ Il peut aussi y avoir un retrait total ou partiel de l'autorité parentale : art. 378 et s. du Code civil.

³² Art. 373-2 du Code civil. Sauf à ce que, si l'intérêt de l'enfant le commande, le juge confie l'exercice de l'autorité parentale à un seul des parents (art. 373-2-1).

³³ Environ 15% des enfants de parents séparés vivent en résidence alternée selon des statistiques diffusées par l'INSEE en février 2015 (INSEE Première, n°1536.)

seul de nombreuses décisions³⁴, parce qu'il est en charge de la vie quotidienne de l'enfant. L'équilibre dans la co-parentalité peut être difficile à maintenir au quotidien après une séparation, même si les juges veillent à ce que, pour les décisions importantes, la co-décision demeure³⁵.

Ce n'est pas seulement la séparation du couple, parfois conflictuelle, qui rend difficile le maintien d'une co-parentalité équilibrée, mais aussi, simplement, l'éloignement du parent et de son enfant, pendant le temps où ce dernier se trouve auprès de l'autre parent. A l'inverse, pendant ces périodes, le beau-parent de l'enfant peut jouer auprès de lui un rôle quasi-parental.

C –La co-parentalité et le beau- parent

En réalité, il faut se garder de porter un regard idyllique sur toutes les familles recomposées : certains beaux-parents ne créent pas de vrai lien avec l'enfant, entretiennent avec lui des relations qui sont davantage de concurrence que de complicité. On perçoit quelques traces de ces relations potentiellement conflictuelles entre beaux parents et beaux enfants en droit des successions³⁶.

D'autres fois, le beau-parent assume un vrai rôle parental auprès de l'enfant, s'occupe de l'enfant quand son parent n'est pas là, prend soin de lui, aide finalement son compagnon dans son rôle éducatif à l'égard de l'enfant. Si le couple souhaite une consécration légale de ce rôle joué par le beau-parent envers l'enfant, le parent de l'enfant peut demander au juge d'accorder une délégation-

³⁴ Il y est autorisé par l'article 372-2 du Code civil selon lequel : « A l'égard des tiers de bonne foi, chacun des parents est réputé agir avec l'accord de l'autre, quand il fait seul un acte usuel de l'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant. » Boulanger, Réflexions sur la portée et les limites du principe d'égalité des deux membres du couple dans l'attribution et l'exercice des droits parentaux, in Mélanges Champenois, 2012, Defrénois, p. 59 s., n° 4, p. 61 ; A. Dionisi-Peyrusse, Autorité parentale et stéréotypes de genre : la part du droit, AJ Fam. 2014, p. 174.

³⁵ Ainsi, par exemple : Paris 12 déc. 2012, n° 12/12926, Dr. Fam. 2013, n° 41, obs. Neirinck : la Cour d'appel transfère la résidence au père lorsque la mère a déscolarisé l'enfant sans l'accord de son père.

³⁶ A travers des mesures qui s'efforcent autant que possible de rendre les plus autonomes possibles les droits du beau-parent, conjoint du défunt, des droits des enfants non communs de celui-ci. En ce sens, notamment, l'article 757 du Code civil fermant l'option pour l'usufruit universel du conjoint au titre de sa vocation légale en présence d'enfants non-communs, pour éviter les conflits entre le beau-parent usufruitier et les beaux-enfants nus propriétaires.

partage d'autorité parentale au profit de son compagnon, afin que l'exercice de son autorité parentale soit partagé entre eux³⁷. L'obtention de cette délégation-partage n'est cependant pas chose aisée. En premier lieu, il faut que le second parent de l'enfant consente à cette mesure. En second lieu, le recours à cette délégation-partage est prévu « lorsque les circonstances l'exigent », condition qui est appréciée de façon plus ou moins restrictive en jurisprudence.³⁸ Lorsqu'un beau-parent obtient cette délégation-partage, il bénéficie d'une reconnaissance légale du rôle parental qu'il joue auprès de l'enfant, sans que cela n'altère l'exercice de son autorité parentale par le second parent de l'enfant. Cela revient donc à ajouter une nouvelle parentalité à la co-parentalité.

Parfois, au contraire, la demande de consécration légale du rôle joué par le beau-parent tend à évincer le second parent, notamment lorsque ce dernier est peu présent et investi. Le parent qui a la résidence principale de l'enfant peut alors souhaiter que, dans le cas où il viendrait à décéder pendant la minorité de l'enfant, ce dernier ne soit pas confié à son second parent, mais plutôt à son beau-parent. Parfois par méfiance envers l'autre parent³⁹, parfois pour éviter de scinder la fratrie si des enfants sont nés de la famille recomposée. Or, il est très difficile d'éluder la règle selon laquelle, au décès d'un parent, l'enfant est confié à son second parent survivant⁴⁰, quel que soit l'investissement de celui-ci jusqu'ici dans la vie de l'enfant⁴¹. Plusieurs réformes ont été envisagées pour

³⁷ Art. 377 du Code civil.

³⁸ La Cour de cassation a pu paraître assez sévère dans l'appréciation de cette condition : Civ. 1^{ère}, 20 févr. 2007, Bull. civ. I, n°70, p. 62, D. 2007, p. 721, obs. Delaporte-Carré et p. 891, obs. Chauvin ; Civ. 1^{ère}, 8 juill. 2010, n°09-12.623, Bull. civ. I, n°158, p. 148, JCP 2010, 994, note Gouttenoire. Il semble que les juges du fond apprécient cette condition de façon plus souple : C. Mécary, Délégation-partage de l'autorité parentale au sein d'un couple homosexuel : évolution jurisprudentielle, AJ Fam. 2011, p. 604.

³⁹ Fréquemment, en ce cas, ce parent souhaite aussi éviter que ce dont l'enfant viendrait à hériter de lui soit ensuite géré par l'autre parent. Des solutions existent et sont assez simples pour répondre à cette requête et faire échapper l'héritage de l'enfant à la gestion de son second parent. Il suffit pour le parent de léguer ses biens à ses enfants en stipulant une clause d'exclusion d'administration légale des biens légués, et en désignant un tiers devant administrer ces biens (par exemple, le beau-parent) : art. 384 du Code civil.

⁴⁰ Art. 373-1 du Code civil.

⁴¹ Une seule réserve est prévue à l'article 373-3 du Code civil alinéa 3 : « dans des circonstances exceptionnelles, le juge aux affaires familiales qui statue sur les modalités de l'exercice de l'autorité parentale après séparation des parents peut décider, du vivant même des parents, qu'en cas de décès de celui d'entre eux qui exerce cette

permettre à un parent d'obtenir de confier à son décès un enfant au beau-parent à la place du second parent, mais elles n'ont pas abouti. Cette solution n'apparaît opportune que si elle est réellement motivée par le seul intérêt de l'enfant, et non par une rancune entre parents. Même la reconnaissance du rôle parental du beau-parent, par une délégation-partage, ne le permet pas. Cette parentalité ne peut primer sur la parenté du parent survivant. Seule l'adoption de l'enfant par son beau-parent permet que l'enfant lui soit confié en cas de décès de son compagnon.

De fait, parfois, le beau-parent entend assumer un vrai rôle de parent à l'égard de l'enfant, et souhaite une consécration juridique de ce lien de parenté, en adoptant l'enfant. Cela suppose tout d'abord qu'il soit marié avec le parent de l'enfant⁴². L'adoption, si elle a lieu en la forme plénière, supprime les liens de filiation de l'enfant avec sa famille d'origine pour leur substituer des nouveaux liens de filiation avec ses parents adoptifs. Ceux-ci exercent l'autorité parentale sur l'enfant : à leur parenté, est donc attachée la parentalité. Cette adoption plénière de l'enfant du conjoint n'est admise que dans des cas restrictifs car, si elle a pour effet de maintenir la filiation de l'enfant avec le conjoint de l'adoptant, elle supprime sa seconde filiation, pour lui substituer une filiation avec son beau-parent. Elle n'est donc possible qu'en l'absence de second parent de l'enfant⁴³. L'adoption simple de l'enfant du conjoint, au contraire, ajoute des nouveaux liens de filiation, en maintenant ceux existants. Elle opère un transfert d'autorité parentale vers les parents adoptifs de l'enfant. Elle maintient donc une parenté dénuée de parentalité, et crée une nouvelle parenté, à laquelle est attachée la parentalité. Une exception toutefois est prévue en cas d'adoption de

autorité, l'enfant n'est pas confié au survivant. Il peut, dans ce cas, désigner la personne à laquelle l'enfant est provisoirement confié. »

⁴² Civ. 1^{ère}, 20 févr. 2007, Bull. civ. I, n°71.

⁴³ Cela correspond au cas où l'enfant n'a qu'un lien de filiation d'établi (éventuellement par adoption plénière par un seul parent) ou que l'autre parent se soit vu retirer totalement l'autorité parentale ou qu'il soit décédé et que ses propres parents se soient manifestement désintéressés de l'enfant, ou soient prédécédés. Art. 345-1 du Code civil.

l'enfant du conjoint : le parent dont le conjoint adopte l'enfant conserve seul l'exercice de l'autorité parentale et l'adoptant n'est que titulaire de cette autorité, sauf à ce que le couple décide ensemble d'un exercice conjoint de l'autorité parentale⁴⁴. A défaut, la parentalité demeure attachée à la seule parenté d'origine du conjoint de l'adoptant. En pratique, cependant, l'adoption simple de l'enfant, pendant sa minorité, se heurte souvent à la condition d'obtention du consentement du second parent de l'enfant⁴⁵ qui sera rarement obtenue puisque cette adoption aurait pour effet de le priver de son autorité parentale. L'adoption par le beau-parent conduit souvent à l'éviction du second parent. Elle est, en définitive, surtout envisageable dans le cas où celui-ci s'est désintéressé de l'enfant⁴⁶ ou en l'absence de second parent.

Dans ce dernier cas, il arrive aussi qu'un beau-père cherche à devenir le second parent de l'enfant de façon un peu moins « légale », pour peu que l'enfant n'ait aucun lien de paternité d'établi, en procédant à une reconnaissance de paternité mensongère⁴⁷ concernant l'enfant. Cette reconnaissance supposant une seule déclaration de la paternité, sans preuve de celle-ci, elle suffit à établir la paternité de l'homme.

Dans ces différents cas dans lesquels le beau-parent établit un lien de parenté à l'égard de l'enfant, le risque est que celui-ci ne survive pas bien à la rupture du couple constitué avec le parent de l'enfant. En cas de reconnaissance mensongère de l'enfant par son beau-père, il n'est pas rare qu'à la séparation, sa paternité soit contestée, soit de son fait parce qu'à la suite de la rupture, il ne souhaite plus assumer cette paternité⁴⁸ soit à l'initiative de la mère⁴⁹. On observe

⁴⁴ Art. 365 du Code civil.

⁴⁵ Art. 348 du Code civil.

⁴⁶ Le Tribunal peut prononcer l'adoption s'il estime abusif le refus de consentement à l'adoption opposé par un parent qui s'est manifestement désintéressé de l'enfant au risque d'en compromettre la santé ou la moralité : art. 348-6 du Code civil.

⁴⁷ Mensongère car dans ce cas le beau-père n'est pas le parent biologique de l'enfant.

⁴⁸ Cette démarche peut alors justifier la mise en œuvre de sa responsabilité civile à l'égard de l'enfant : Besançon, 8 avr. 2009, JCP G, 2010, 17.

un risque similaire en cas d'adoption de l'enfant du conjoint : il arrive qu'à la séparation du beau-parent et du parent de l'enfant, le premier cesse d'entretenir des liens avec l'enfant, allant parfois jusqu'à demander la révocation de l'adoption si elle est simple⁵⁰. Ces situations sont évidemment très regrettables pour l'enfant qui subira un changement important dans son identité à la suite de cette rupture.

Il arrive bien sûr que le beau-parent souhaite à l'inverse conserver des liens avec l'enfant après la séparation. Il peut alors se heurter dans sa volonté au refus du parent de l'enfant, en cas de conflit. En ce cas, le beau-parent est assuré de pouvoir conserver un lien de l'enfant le faire s'il a adopté l'enfant. Mais, à défaut, il peut aussi demander un maintien de ses relations avec l'enfant au juge, qui en fixera les modalités, si tel est l'intérêt de l'enfant⁵¹.

Dans le cas où c'est une parentalité qui a été instaurée, la rupture peut aussi affecter la délégation-partage. Soit que celle-ci apparaisse inutile parce que le beau-parent ne souhaite plus en bénéficier, soit que le parent n'entende pas continuer à associer son ex-compagnon à l'autorité qu'il exerce sur l'enfant⁵². Soit, tout simplement, que les modalités de cette délégation doivent être adaptées à la séparation⁵³. La délégation-partage accordée au beau-parent étant généralement destinée à consacrer le rôle éducatif qu'il assume au quotidien

⁴⁹ Là aussi, la mère, complice de l'établissement d'une paternité mensongère et prenant l'initiative de la contestation de paternité, peut engager sa responsabilité civile à l'égard de l'enfant. Toulouse, 6 janv. 2009, Dr. Fam. 2009, com. 87..

⁵⁰ Cette requête n'est plus possible pendant la minorité de l'adopté en vertu de l'article 370 du Code civil modifié par la loi n°2016-297 du 14 mars 2016 : « S'il est justifié de motifs graves, l'adoption peut être révoquée, lorsque l'adopté est majeur, à la demande de ce dernier ou de l'adoptant. Lorsque l'adopté est mineur, la révocation de l'adoption ne peut être demandée que par le ministère public. »

⁵¹ L'article 371-4 al. 2 ouvre cette possibilité en prévoyant que : « si tel est l'intérêt de l'enfant, le juge aux affaires familiales fixe les modalités des relations entre l'enfant et un tiers, parent ou non, en particulier lorsque ce tiers a résidé de manière stable avec lui et l'un de ses parents, a pourvu à son éducation, à son entretien ou à son installation, et a noué avec lui des liens affectifs durables. »

⁵² Cf à ce sujet les arrêts cités infra les décisions portant sur le maintien ou la cessation de la délégation-partage après séparation du couple ayant été rendues à propos des co-parents.

⁵³ Civ. 1^{ère}, 16 avr. 2008, Bull. civ. I, n°106 : après le décès de la mère, sa compagne continue selon les souhaits de cette dernière à héberger les enfants de la défunte et à s'en occuper ; elle demande à bénéficier d'une délégation-partage de l'autorité parentale du père des enfants qui la soutient dans sa requête, celle-ci lui est accordée.

auprès de l'enfant, elle joue différemment lorsque, du fait de la séparation, les relations avec l'enfant s'espacent.

De manière générale, le rôle joué par le beau-parent auprès de l'enfant prenant sa source dans la cohabitation de fait avec l'enfant, il ne peut qu'être modifié lorsque celle-ci prend fin. Que la rupture de la famille recomposée engendre une redéfinition de la parentalité du beau-parent, cela semble cohérent. Qu'elle puisse affecter la parenté créée apparaît plus discutable, mais peut être révélateur dans ces cas de la nature réelle du rôle et du lien créé par le beau-parent avec l'enfant. En cela, la situation du co-parent est différente de celle du beau-parent car il est associé dès son origine au projet de conception de l'enfant, ce pour quoi il entend établir avec l'enfant sa parenté et assumer la parentalité qui en résulte.

II – Co-parenté, co-parentalité et co-parent

Dès lors que les couples de personnes de même sexe peuvent désormais se marier, ils bénéficient de tous les droits et obligations attachés au mariage, et, en matière de filiation, ils ont accès à l'adoption⁵⁴. Ils peuvent ainsi bénéficier de l'adoption conjointe d'un enfant. Cependant, les occasions sont rares du fait du nombre restreint d'enfants, tant sur le plan international qu'interne. En outre, beaucoup de couples de personnes de même sexe souhaitent pouvoir accéder à la parenté biologique, avoir des enfants dont l'un d'eux soient biologiquement l'auteur. Cela passe, pour les couples de femmes, généralement par la procréation médicalement assistée, et pour les couples d'hommes, par la gestation pour autrui, réalisées toutes deux à l'étranger.

A – Co-parent et procréation médicalement assistée

⁵⁴ Art. 6-1 du Code civil.

Le recours à la procréation médicalement assistée n'est autorisé en France que dans des cas restrictifs : soit pour pallier la stérilité médicalement constatée d'un couple constitué d'un homme et d'une femme mariés, pacsés ou concubins, soit pour empêcher la transmission d'une maladie grave à l'enfant ou à un des deux membres du couple. Sous ces conditions, la procréation médicalement assistée peut être réalisée selon différents procédés. Elle peut être endogène, lorsque les gamètes des deux membres du couple sont utilisés ou exogène, avec intervention d'un tiers donneur⁵⁵. Dans ce dernier cas, aucune filiation ne peut être établie entre le donneur et l'enfant. Ce sont les deux membres du couple qui ont eu recours à la procréation qui sont les parents légaux de l'enfant.

Tous ces procédés sont réservés aux couples de personnes de sexes différents et fermés tant aux couples de personnes de même sexe qu'aux femmes seules. Le fait que ce ne soit pas autorisé en France n'empêche pas des femmes seules ou des couples de femmes de se rendre dans les pays où c'est autorisé, pour concevoir un enfant avec tiers donneur et revenir ensuite en France. L'établissement du lien de filiation entre l'enfant et la femme qui le met au monde ne pose alors aucune difficulté car la mère est celle qui met au monde l'enfant.

Mais, la mère et sa compagne, co-parent, souhaitent généralement que soit reconnu un second lien de maternité entre l'enfant et le co-parent, par la voie de l'adoption. Cette démarche s'est longtemps heurtée au fait que l'adoption de l'enfant du conjoint ne soit possible qu'au sein du couple marié, et à l'impossibilité de se marier entre personnes de même sexe avant 2013. Face à cette demande de reconnaissance du rôle joué par le co-parent auprès de l'enfant, il était plutôt proposé à la mère de demander une délégation-partage

⁵⁵ La procréation est semi-exogène, lorsque l'un des membres du couple fournit ses gamètes et que l'on recourt à un don de gamètes. Le procédé peut aussi être totalement exogène, en cas de don d'embryon, même si c'est assez rare.

d'autorité parentale au profit de sa compagne⁵⁶. Mais cette option, d'institution d'une parentalité, ne satisfaisait pas toujours ces couples, souhaitant plutôt l'instauration d'une seconde parenté.

La reconnaissance de la parentalité permet de fonder juridiquement le rôle éducatif et de protection assumé auprès de l'enfant. Mais elle ne garantit pas toujours le maintien des relations de l'enfant en cas de rupture⁵⁷ du couple⁵⁸, ou de décès de son parent. Au mieux, cela peut permettre au co-parent de bénéficier d'un droit de visite mais il en résulte toujours une primauté du lien de parenté sur le lien de parentalité, alors que le co-parent souhaite une égalité, une co-parenté. La délégation-partage ne fait pas de l'enfant un héritier légal, et réservataire du co-parent, il ne profite pas des droits de mutation applicables entre parents et enfants. Il n'en résulte pas non plus de transmission du nom du co-parent à l'enfant. Tous ces éléments sont attachés à la parenté, et non à la parentalité.

Depuis 2013, les couples de femmes peuvent se marier et se sont vues ouverte la voie de l'adoption de l'enfant du conjoint. Pour le co-parent, l'adoption plénière est autorisée, puisque l'enfant n'a qu'un lien de filiation, étant issu d'une procréation médicale avec tiers donneur. L'adoption simple est aussi envisageable et ne se heurte pas, pour la même raison, à la condition de

⁵⁶ C. Mécarry, précité.

⁵⁷ Ainsi : Caen, ch. civ. 3, 10 mars 2016, n° RG : 15/01208 RJPF 2016, n°5/29, note Corpart. Deux femmes projettent la naissance d'un enfant. Après la naissance, la compagne de la mère bénéficie d'une délégation-partage de l'autorité parentale. Le couple s'étant séparé, la mère de l'enfant demande le retrait de cette délégation. Selon la Cour d'appel, le projet parental qui justifiait le choix de la délégation-partage de l'autorité parentale reposant sur un accord entre ces deux femmes qui n'existe plus, la mère légale peut refuser le maintien de la délégation-partage, puisque celle-ci nécessite son accord. Les juges reconnaissent tout de même à l'ex-compagne de la mère un droit de visite. Aussi Civ. 1ère, 23 oct. 2013, n° 12-20.560 : en l'espèce, a priori, aucune délégation-partage d'autorité parentale n'avait été accordée. Mais le maintien des relations de l'enfant avec l'ex-compagne de la mère, investie auprès de l'enfant depuis sa naissance jusqu'à la rupture du couple, après laquelle elle n'avait plus pu être autorisée à voir l'enfant, n'est pas considéré comme conforme à l'intérêt de l'enfant, après plusieurs années d'éloignement. Au contraire : Civ. 1ère, 4janv. 2017, n°15-28230 : dans des circonstances similaires à celles du précédent arrêt, la cessation de la délégation-partage d'autorité parentale après séparation du couple est refusée, prenant en considération l'intérêt de l'enfant.

⁵⁸ Au contraire : Paris, 1 déc. 2011, RG n°11/06495, RJPF 2012, n°5, p. 24, note Eudier : la délégation-partage est demandée et prononcée pour organiser le maintien des relations de l'enfant avec l'ex-compagne de la mère après sa séparation d'avec la mère des enfants.

consentement du second parent. Mais ce sont surtout des requêtes en adoption plénière qui ont été présentées par des femmes pour adopter l'enfant de leur épouse, conçu au moyen d'une procréation médicalement assistée réalisée à l'étranger. Ces requêtes ont été très majoritairement favorablement accueillies par les juridictions de premier degré saisies. Mais quelques décisions ont, au contraire, refusé de prononcer ses adoptions⁵⁹. La Cour de cassation a été saisie pour avis et s'est prononcée en faveur de la reconnaissance de l'adoption de l'enfant du conjoint dans ce type d'hypothèse, à condition qu'elle soit conforme à l'intérêt de l'enfant⁶⁰. Depuis, les juges du fond semblent s'être alignés sur cette solution⁶¹.

Désormais, les couples de femmes semblent pouvoir accéder à une co-parenté avec, pour la femme qui met au monde l'enfant, une parenté biologique, et, pour son épouse, une parenté volontaire, résultant d'une adoption. Cela suppose toutefois toujours d'aller à l'étranger pour bénéficier de la procréation médicalement assistée⁶². Les couples d'hommes réclament aussi la possibilité de pouvoir avoir des enfants qui soient biologiquement issus de l'un d'eux. Le seul procédé alors envisageable n'est pas non plus autorisé en France : la gestation pour autrui.

B – Co-parent et gestation pour autrui

La gestation pour autrui consiste pour une femme à porter un enfant pour ensuite le confier, à sa naissance, à une personne ou à un couple dont, souvent, les gamètes ont été utilisés pour la conception de l'enfant. Le fait que le recours à ce

⁵⁹ 281 décisions avaient prononcé l'adoption sollicitée, 254 en la forme plénière et 27 en la forme simple. 9 décisions avaient rejeté la requête.

⁶⁰ Civ. 1^{ère}, 22 sept. 2014, D. 2014, p. 2031, note Leroyer, RTD civ. 2014, p. 872, obs. Hauser.

⁶¹ Chambéry, ch. 3, 28 avr. 2015, n° 14/02523 ; Aix-en-Provence, 6e ch., 14 avr. 2015, n° 14/13137.

⁶² La CEDH a été saisie d'une affaire concernant l'impossibilité des couples de femmes d'accéder à la procréation médicalement assistée en France : requête n°22612 /15, Charron et Merle-Montet contre France, communiquée le 19 janvier 2017.

procédé soit interdit en France⁶³ n'empêche pas des français, en couple ou seuls, de se rendre à l'étranger, dans des pays où ce procédé est autorisé, pour en bénéficier. De retour en France avec le ou les enfants issus de la mère porteuse, ils demandent la transcription des actes de naissance de ces enfants et la reconnaissance de leur lien de filiation avec l'enfant. Pendant longtemps, ils se sont vus opposer un refus systématique⁶⁴. Étaient aussi annulées les reconnaissances de paternité faites par l'homme du couple, même si les enfants avaient été conçus à partir de ses gamètes.

C'est sur ce point que la France a été condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme⁶⁵. Celle-ci, sans remettre en cause l'interdiction de la gestation pour autrui par le droit français, a jugé que la France ne pouvait pas faire obstacle à l'établissement de la filiation de ces enfants vis-à-vis de leur parent biologique sans violer le droit au respect de la vie privée des enfants⁶⁶. Depuis, la Cour de cassation a admis la transcription d'actes de naissance d'enfants issus de gestations pour autrui, dans lesquels était indiqué comme père l'homme ayant fourni les gamètes et comme mère la femme qui avait mis au

⁶³ Art. 16-7 du Code civil.

⁶⁴ Civ. 1^{ère}, 13 sept. 2013, n°12-18.315 et 12-30.138, D. 2013, p. 2382, obs. Gallmeister.

⁶⁵ CEDH, 26 juin 2014, *Mennesson c/ France*, n° 65192/11 et *Labassée c/ France*, n° 65941/11, D. 2014, p. 1797, note Chenedé, 1806, note d'Avout et 1788, obs. Bonfils et Gouttenoire, RTD civ. 2014, p. 616, obs. Hauser ; CEDH, 21 juill. 2016, *Foulon et Bouvet c/ France*, n° 9063/14 et n° 10410/14, Dr. Fam. 2016, com. 121, note H. Fulchiron ; CEDH, 19 janv. 2017, *Laborie c/ France*, n° 44024/13, JCP N 2017, n°4, act. 190.

⁶⁶ Il semble désormais envisageable aux familles qui s'étaient heurtées à l'ancienne position de la jurisprudence refusant toute reconnaissance d'une filiation entre le couple ayant eu recours à un contrat de gestation pour autrui et l'enfant ainsi conçu de faire usage du nouveau recours instauré par l'article 42 de la loi du 18 novembre 2016 selon lequel : « Le réexamen d'une décision civile définitive rendue en matière d'état des personnes peut être demandé au bénéfice de toute personne ayant été partie à l'instance et disposant d'un intérêt à le solliciter, lorsqu'il résulte d'un arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme que cette décision a été prononcée en violation de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ou de ses protocoles additionnels, dès lors que, par sa nature et sa gravité, la violation constatée entraîne, pour cette personne, des conséquences dommageables auxquelles la satisfaction équitable accordée en application de l'article 41 de la même convention ne pourrait mettre un terme (...) » A ce sujet : Th. Le Bars, *Loi de la modernisation de la justice du XXIème siècle, Convention européenne des droits de l'homme et état des personnes : instauration d'une procédure de réexamen des décisions de justice en matière civile*, Dr. Fam. 2017, n°1, Dossier 12.

monde l'enfant, considérant que ces actes n'étaient pas irréguliers, falsifiés et que les faits qui y étaient déclarés correspondaient à la réalité⁶⁷.

L'établissement de la paternité biologique de l'homme du couple ayant fourni les gamètes semble donc admis. En revanche, demeure discutée la question de l'établissement d'une seconde filiation à l'égard du second membre du couple. Ce peut être la femme du couple qui, éventuellement, a fourni ses gamètes pour la conception de l'enfant, mais n'est pas la femme qui l'a mis au monde. Ou le co-parent, dans un couple de personnes de même sexe, qui a aussi été associé à la gestation pour autrui mais n'est pas à l'origine de la conception biologique de l'enfant. Ceux-ci sont parfois indiqués comme second parent dans l'acte de naissance de l'enfant, et souhaitent une reconnaissance de cette filiation. D'autres fois, c'est par l'adoption qu'ils entendent établir une parenté avec l'enfant.

En premier lieu, les demandes de transcription d'actes de naissance dans lesquels était indiqué comme mère la femme du couple et non la mère-porteuse étaient, jusqu'ici, rejetées. Les juges du fond refusaient généralement la transcription au motif que les faits déclarés dans cet acte ne correspondaient pas à la réalité⁶⁸ puisque la mère indiquée n'était pas celle qui avait mis au monde l'enfant. Mais une décision récente a admis cette transcription⁶⁹. La Cour de cassation devra trancher. Reste aussi en suspens le sort qui serait réservé à une demande de transcription d'un acte qui indiquerait comme parents deux personnes de même sexe.

⁶⁷ Cass. Ass. plén., 3 juill. 2015, n° 15-50.002 et n° 14-21.323, D. 2015, p. 1438, obs. Gallmeister, RTD civ. 2015, p. 581, obs. Hauser, JCP G 2015, 1614, note Gouttenoire.

⁶⁸ Rennes, 7 mars 2016, n° 15/03855 : deux enfants issus de gestation pour autrui en Ukraine. Sur leurs actes de naissance, les enfants sont rattachés au couple de ressortissants français qui a eu recours à la gestation pour autrui. De retour en France avec les enfants, ils demandent la transcription à l'état civil des actes de naissance de l'enfant. La Cour d'appel admet la reconnaissance de la filiation envers le père biologique mais pas celle de la mère d'intention ; Rennes, 27 juin 2016, n° 15/09501 et n° 15/03856, AJ Fam. 2016, p. 437, obs. Viganotti et p. 455, obs. Dionisi-Peyrusse.

⁶⁹ Rennes, 12 déc. 2016, n° 15/08549, AJ Fam. 2017, p. 11, obs. Dionisi-Peyrusse et p. 68, obs. Viganotti.

En second lieu, en réponse à une requête déposée par un homme d'adoption de l'enfant de son mari issu d'une gestation pour autrui, une Cour d'appel a aussi récemment opposé un refus⁷⁰.

En l'état, le co-parent ne peut, semble-t-il, accéder en ce cas à la parenté. Dans un rapport récemment déposé au Sénat, il fut proposé de maintenir un refus d'établissement de cette « parenté d'intention », même par la voie de l'adoption mais d'envisager éventuellement une délégation-partage d'autorité parentale⁷¹. Ainsi, en réponse à la demande de consécration d'une parenté à l'égard de l'enfant, est proposée une reconnaissance d'une parentalité. La situation est

⁷⁰ Dijon, 24 mars 2016, n°15/00057, D. 2016, p. 783, obs. Gallmeister, JCP. G 2016, 422, obs. Mirkovic : deux hommes ont eu recours à une gestation pour autrui aux Etats Unis, la filiation biologique à l'égard du père biologique a été établie par sa reconnaissance de paternité, sans difficulté, parce que le procédé de gestation pour autrui n'a pas été révélé. Après la loi du 17 mai 2013, le couple d'hommes s'est marié en France et le mari du père a voulu adopter l'enfant de son conjoint. Le procédé de gestation pour autrui dont est issu l'enfant a été révélé. La Cour d'appel a rejeté la demande en adoption : « le refus de faire droit à la demande d'adoption de M. R. C. en raison de la violation par M. C. de la prohibition en droit français de la gestation pour autrui ne porterait atteinte que dans une mesure relativement virtuelle aux droits et à l'intérêt de l'enfant, et en tout cas pas de façon disproportionnée. » Elle considère que l'absence de filiation à l'égard du père d'intention qui sollicite l'adoption n'est « aujourd'hui aucunement préjudiciable à l'enfant ». Sur le plan « symbolique », la privation d'une seconde filiation paternelle, alors qu'il bénéficie d'une filiation paternelle biologique, ne porte pas sérieusement atteinte ni à son intérêt ni à ses droits. Sur le plan « juridique », la Cour relève que le risque de décès du père biologique n'est qu'éventuel, que le père d'intention pourrait être nommé tuteur et que l'affirmation selon laquelle la situation serait préjudiciable à l'enfant, sans viser aucune situation particulière, est une « pétition de principe ». Les juges reconnaissent cependant deux difficultés. La première est l'absence de vocation successorale à l'égard du père d'intention, mais la Cour ajoute qu'il peut venir à la succession en qualité de légataire, avec un surcoût de droits de succession. La seconde est l'absence d'autorité parentale du père d'intention, mais la Cour d'appel estime qu'en cela, la situation de l'enfant n'est pas différente de celles des nombreux enfants qui n'ont de filiation qu'à l'égard d'un seul parent.

⁷¹ Rapp. d'information, « Les conséquences à tirer des jurisprudences récentes en matière de PMA et gestation pour autrui », fait au nom de la Commission des lois du Sénat, 17 févr. 2016 . La Commission des lois avait confié aux sénateurs Détraigne et Tasca une mission d'information destinée à prendre la mesure des conséquences de ces décisions ainsi que les réformes qu'elles appelleraient. La proposition n°1 consiste à approuver la solution dégagée par le Cour de cassation dans ses deux avis du 22 septembre 2014 qui permet, de manière pragmatique, d'admettre la demande d'adoption de l'enfant conçu par assistance médicale à la procréation à l'étranger, déposée par l'épouse de sa mère, sans remettre en cause le droit applicable en matière d'assistance médicale à la procréation et sans bouleverser les règles d'établissement de la filiation en vigueur et renforcer l'effectivité de la prohibition de la gestation pour autrui sans porter atteinte au droit des familles concernées à une vie familiale normale. La proposition n°2 envisage de négocier, soit dans un cadre multilatéral, soit dans un cadre uniquement bilatéral, avec les pays qui autorisent la gestation pour autrui afin qu'ils en interdisent le bénéfice aux ressortissants français. Selon la proposition n°4, il convient de s'en tenir à une lecture stricte des exigences posées par la Cour européenne des droits de l'homme. À cet effet, n'autoriser, dans le code civil, que la reconnaissance des filiations conformes aux règles du droit français, c'est-à-dire, d'une part, la filiation biologique paternelle et, d'autre part, la filiation à l'égard de la femme qui a effectivement accouché de l'enfant. Et confirmer qu'aucune autre action tendant à établir une filiation d'intention, en prolongement du processus frauduleux de recours à la gestation pour autrui, ne puisse prospérer. La proposition n°5 prévoit de permettre au parent d'intention dont la filiation n'aura pas été reconnue de bénéficier des dispositifs d'aménagement de l'autorité parentale qui lui permettront d'agir aux yeux des tiers comme un titulaire légitime de cette autorité.

similaire à celle du co-parent, compagne de la femme qui a procédé à une procréation médicalement assistée avec tiers donneur, qui s'est vue opposer les mêmes solutions avant l'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe. Les « parents d'intention » ne s'en satisfont pas : parentalité et parenté n'ont pas les mêmes effets. Et, profondément, ils se sentent parents et non, simplement, beaux-parents. La parentalité ne leur permet pas la transmission du nom, la transmission facilitée de leur patrimoine, et ne leur garantit pas le maintien de leurs liens avec l'enfant en cas de rupture de leur couple. L'instauration d'un lien de parenté avec l'enfant du co-parent par l'adoption semble pourtant une solution adaptée, révélatrice de l'investissement volontaire du co-parent dans la conception de l'enfant, dès lors que l'adoption est une filiation fondée sur la seule volonté⁷².

En cela, les situations du beau-parent et du co-parent ne peuvent être assimilées. Le beau-parent est amené à jouer un rôle auprès de l'enfant par la cohabitation liée à la création de la famille recomposée, rôle parental de fait. La consécration juridique de cette parentalité et son association par son compagnon à l'éducation et au fait de prendre soin de l'enfant au quotidien est possible par le biais d'une délégation-partage. Que les modalités d'exercice de cette parentalité doivent être adaptées en cas de rupture du couple se justifie. Dès lors que l'on constate que le maintien d'une co-parentalité équilibrée entre les deux parents de l'enfant après la rupture est souvent difficile, la parentalité du beau-parent, détachée de la parenté, ne peut aussi qu'être affectée en cas de séparation. Les modalités d'exercice de la parentalité ne peuvent être totalement autonomes du sort du couple, parental, ou de celui recomposé avec le beau-parent. Au contraire, l'investissement du co-parent auprès de l'enfant n'est pas directement lié au couple, il est davantage dirigé vers l'enfant, par la volonté d'être associé au

⁷² En cela, la situation de la femme du couple de personnes de sexe différent qui a recours à une gestation pour autrui ne se trouve pas réellement dans une situation identique si elle a fourni les gamètes nécessaires à la conception de l'enfant. Certes, le droit français considère que la mère est la gestatrice et non la génitrice mais, ici, le fondement biologique pourrait aussi justifier la reconnaissance de sa maternité par un autre procédé que l'adoption.

projet de sa conception, dès son origine. La voie de la délégation-partage, et d'une reconnaissance de la seule parentalité du co-parent, d'un lien lié à une cohabitation, semble alors insuffisante, ne serait-ce que pour la protection de la pérennité du lien créé avec l'enfant en cas de rupture du couple. C'est une vraie parenté qui est souhaitée, et son instauration par la voie de l'adoption semble révélatrice de ce qui fonde ici le lien de filiation créé avec l'enfant : la volonté. Ce procédé, désormais accessible au co-parent épouse de la mère de l'enfant conçu par procréation médicalement assistée avec tiers donneur, n'a pas encore été accepté pour le co-parent associé à l'homme qui est biologiquement à l'origine de l'enfant conçu par gestation pour autrui. Si cela advenait, la singularité du statut du co-parent, et du rôle qu'il joue auprès de l'enfant, serait reconnue.