

## Approche juridique des parentés et parentalités

Nicole Gallus

### Introduction

Le concept nouveau de « parentalité » témoigne des bouleversements qui touchent la famille et la filiation, mais également la fonction du droit.

Aujourd'hui, la famille est « plurielle » puisqu'elle se crée en fonction des choix de vie personnelle, les modalités d'organisation de la vie familiale ayant une vocation à l'égalité sur base du principe de non discrimination qui est le fondement des droits de l'homme dans tous les textes internationaux et nationaux.

Le droit n'impose plus un modèle préférentiel de structure familiale et l'équilibre entre le rôle de la loi et le rôle de la liberté individuelle s'est dès lors modifié.

Lorsqu'on aborde ces questions, il faut être attentif à faire, en droit, une distinction fondamentale entre la parenté et la parentalité.

- On parle de parenté pour définir le lien juridique de filiation – source de droits et d'obligations –, qui construit l'identité de l'enfant, c'est-à-dire son état et qui assure son insertion dans la généalogie.
- On parle de parentalité quant on envisage l'exercice des responsabilités parentales, c'est-à-dire de la fonction parentale.

Longtemps, parenté, filiation et fonction parentale ont été confondues : la responsabilité parentale appartenait exclusivement aux père et mère légaux, puisqu'elle était un effet d'ordre public réservé à la filiation.

Aujourd'hui, les choses changent pour différents motifs.

1) Curieusement, quels que soient les progrès des expertises génétiques, la filiation devient de plus en plus incertaine :

- La maternité est incertaine car elle a perdu son « unité naturelle ».
- La femme qui accouche et qui est légalement la mère peut en effet ne pas être la mère génétique.
- La maternité peut être dissociée en maternité génétique, gestationnelle et intentionnelle dans les procréations médicalement assistées et la gestation pour autrui.
- La paternité a toujours été plus incertaine. Elle le reste et parfois même volontairement dans les situations de procréation médicalement assistée avec tiers donneur.

Une des conséquences de cette première évolution est de renforcer le pilier affectif par rapport au pilier biologique dans le fondement de la filiation.

La filiation a toujours été un équilibre recherché entre vérité biologique et vérité affective et aujourd'hui, l'affectif prend une place croissante que ce soit sous forme de possession d'état ou de référence au « projet parental » retenu comme fondement de la filiation lorsqu'il y a recours à la procréation médicalement assistée.

2) La parenté et la conjugalité se dissocient : la parenté se construit de façon autonome par rapport au mariage, le mariage perd sa stabilité et les recompositions familiales se multiplient.

On voit alors apparaître une notion de parentalité, soit une situation dans laquelle la responsabilité parentale est assumée par une personne qui n'a pas de lien de filiation avec l'enfant, c'est-à-dire pas de parenté au sens strict.

## **1. La parenté**

La parenté est le lien juridique de filiation.

Sur ce plan, trois questions au moins sont posées.

- L'équilibre entre les fondements biologiques et socio-affectifs du lien.
- L'acceptation du désir d'enfant transformé en droit à l'enfant face aux développements des techniques de procréations médicalement assistées.

- L'acceptation de l'homoparenté, c'est-à-dire du double lien de filiation monosexuée.

Sur ces différents points, le droit belge apparaît comme étant très « *innovateur* ». Ainsi :

- La procréation médicalement assistée est autorisée en Belgique sans restriction quant à l'état civil des demandeurs : célibataire, couple, marié ou non, homosexuel ou hétérosexuel ;
- La maternité pour autrui n'est pas règlementée, mais elle est pratiquée et les tribunaux prononcent des adoptions pour établir le lien de filiation entre l'enfant et les parents intentionnels ;
- L'adoption conjointe est ouverte aux couples mariés, cohabitants ou concubins, de même sexe, ou de sexe différent ;
- Enfin, une personne seule, homosexuelle ou hétérosexuelle, peut adopter l'enfant de son conjoint, cohabitant ou concubin, sans rupture du lien de filiation avec le parent d'origine, et avec partage de l'autorité parentale entre adoptant et parent d'origine.

Le droit belge connaît donc, à l'intervention de l'adoption, une nouvelle structure de filiation bilatérale mais monosexuée, c'est-à-dire une homoparenté.

D'autres formes d'homoparentés sont possibles de *lege ferenda*.

Il est fait référence ici à la présomption de coparenté qui serait le prolongement, pour les couples homosexuels, de la présomption de paternité réservée actuellement en droit en belge, aux couples hétérosexuels mariés.

Certains revendiquent en effet la possibilité d'une application de cette présomption aux couples homosexuels mariés et ce, afin que l'enfant né d'un projet parental commun mis en œuvre par procréation médicalement assistée ait, dès la naissance, une double filiation.

## **2. La parentalité**

La parentalité n'est pas la filiation mais est un exercice de l'autorité parentale détaché de la filiation.

Le passage de la parenté à la parentalité s'explique par la multiplication des recompositions familiales et donc des situations dans lesquelles un enfant est élevé par un parent et par le nouveau partenaire du parent qui participe à son éducation.

Ce terme de parentalité est parfois utilisé sous la référence de «l'homo-

parentalité » à propos d'enfants élevés par un couple de deux personnes de même sexe (enfants nés d'une précédente relation hétérosexuelle ou enfants nés du projet parental de deux personnes de même sexe, avec recours à la procréation médicalement assistée).

Confondre parentalité et homoparentalité est cependant trop réducteur dans la mesure où la parentalité concerne tant les couples homosexuels que les recompositions familiales hétérosexuelles.

Mieux vaut donc parler de parentalité ou encore de « parenté sociale ».

Au demeurant, les termes d'homoparenté et d'homoparentalité sont susceptibles d'une contestation dans la mesure où ils confondent la parenté et l'orientation sexuelle du parent (on ne parle jamais d'un parent hétérosexuel, dès lors pourquoi parler d'un parent homosexuel ? On est d'une part parent et d'autre part homosexuel et non pas parent homosexuel).

Beaucoup de pays ont organisé un statut de parentalité ou ont des projets en ce sens afin de répondre à une double nécessité :

- Permettre au « parent social » de poser valablement, vis-à-vis des tiers, des actes d'éducation (par exemple la relation avec l'école, les médecins...)
- Assurer la stabilité du lien affectif entre l'enfant et ce « parent social », pendant le temps de la vie commune entre le parent et le parent social, mais également en cas de rupture du couple ou de prédécès du parent.

Le droit belge ne connaît pas le statut de parentalité comme tel mais seulement quelques dispositions limitées sur la tutelle testamentaire, le droit aux relations personnelles ou la tutelle officieuse.

Plusieurs propositions de loi sont en cours d'examen sur la parentalité ; elles s'inscrivent dans le prolongement d'une décision de notre Cour d'arbitrage qui, en 2003, a rendu un arrêt jugeant discriminatoire l'impossibilité légale de détacher l'autorité parentale de la filiation pour en confier l'exercice conjoint à la compagne homosexuelle de la mère de l'enfant né d'un projet parental commun.

\* \* \*

Le statut de la parentalité implique une réflexion sur plusieurs plans :

1) Premier axe de réflexion : la légitimité de statut.

Faut-il donner un statut de partage de l'autorité parentale au tiers non parent qui éduque l'enfant ou faut-il au contraire, le traiter comme un tiers étranger à l'enfant afin de ne pas multiplier les acteurs de la fonction parentale et afin de limiter les situations de concurrence et donc de conflit potentiel ?

Le risque de concurrence est réel mais il est significatif de noter que ceux qui formulent ces critiques sont souvent ceux qui craignent que la parentalité débouche sur un statut de l'homoparenté dans la mesure où le « parent social » a, vis-à-vis des tiers, une image parentale qui serait une atteinte à l'idée d'une filiation nécessairement biparentale - au maximum -, et en toute hypothèse bisexuée.

Cette critique nous paraît sans pertinence en ce qu'elle est contraire à l'intérêt de l'enfant et contraire au principe d'égalité de toutes les vies familiales.

L'intérêt de l'enfant est de voir protéger la relation affective avec ceux qui l'élèvent, sans discrimination selon l'orientation sexuelle et les choix de vie des adultes qui assument la responsabilité parentale.

Cette protection peut se réaliser de deux façons – complémentaires et non pas exclusives -, étant l'établissement d'un lien de filiation, c'est-à-dire une parenté, ou un partage de l'autorité parentale, c'est-à-dire une parentalité survivant à la rupture du couple.

## 2) Le deuxième axe de réflexion concerne le caractère conventionnel ou imposé de la parentalité

La plupart des propositions de lois en cours d'examen en Belgique organisent la parentalité sur base d'un accord entre parent et parent social.

Un seul texte, en Belgique, envisage d'imposer au parent social de collaborer à l'éducation de l'enfant.

Il n'est pas certain que ce choix soit opportun : la parentalité se fonde sur un acte d'engagement volontaire en manière telle qu'une responsabilité parentale imposée en dehors de toute filiation paraît peu conforme à l'intérêt de l'enfant et à son vécu affectif.

## 3) Le troisième axe de réflexion porte sur les conditions d'ouverture de la parentalité et plus particulièrement sur la question de savoir si on peut admettre la parentalité dans l'hypothèse où l'enfant a déjà une double filiation et deux parents en vie.

La réponse n'est ni simple ni unique.

Sans doute serait-il opportun de considérer que selon l'existence d'un ou de deux liens de filiation, la parentalité aura un contenu différent.

La délégation peut en effet porter sur les seuls actes de la vie quotidienne ou, plus largement, englober les choix éducatifs.

4) Le quatrième axe de réflexion concerne précisément le contenu de la parentalité qui peut se limiter à la vie courante ou au contraire s'étendre à l'éducation, l'obligation alimentaire, la gestion du patrimoine de l'enfant ou même les droits successoraux.

Il est important ici que le statut légal soit un statut cadre permettant des solutions « à la carte » selon les circonstances de l'espèce et selon l'accord de volonté entre parent et parent social.

5) Le dernier axe de réflexion concerne le sort à réserver à la parentalité en cas de rupture du couple parent-parent social ou en cas de décès du parent.

Ces circonstances ne doivent pas priver purement et simplement le parent social de ses prérogatives dans la mesure où le statut vise précisément à assurer la stabilité du lien, c'est-à-dire la durée de la parentalité au-delà de la conjugalité.

Mais il faut peut-être modaliser le contenu du statut en fonction de ces circonstances pour ne pas accentuer les risques de conflit en cas de recompositions familiales successives et donc de succession de parents sociaux.

## **Conclusion**

En conclusion, il faut souligner combien le débat sur la parenté, l'homoparenté, la parentalité et l'homoparentalité est exemplatif de l'évolution du droit des familles.

L'autonomie individuelle croissante face à la maîtrise de la procréation, au développement de la procréation médicalement assistée, à l'affaiblissement des structures de conjugalité conduit à une conception nouvelle de la famille qui n'est plus une structure imposée, mais plutôt un lien de rencontre de relations interindividuelles construites sur des choix de vie.

Le droit devient donc moins contraignant : il ne protège plus un mode d'organisation de la vie familiale mais intervient plutôt pour réaliser un équilibre des intérêts en présence, avec une prépondérance pour la protection de l'intérêt de l'enfant.

Dans le même temps, le droit doit faire face à des contradictions nouvelles :

- Les procédés scientifiques d'expertise permettent d'aboutir à une vérité génétique de la filiation ;
- Mais dans le même temps, la maternité et la paternité perdent leur « uni-

« naturelle » par l'effet des procréations médicalement assistées et de la gestation pour autrui qui dissocient les composantes gestationnelle, génétique et intentionnelle du lien.

Paternité et maternité deviennent donc plus incertaines.

Face à ces incertitudes, il reste un élément stable : le vécu affectif de l'enfant et l'engagement parental de ceux qui l'éduquent.

Le droit en tient compte en reconnaissant l'importance du fondement socio-affectif de la filiation et en élaborant un nouveau concept de parentalité qui trouve également son origine dans une vérité affective protectrice de l'enfant.