

*Nouvelles paternités et parentalités dans le  
droit de famille en Espagne*

*Silvia Tamayo Haya*

*Profesora Titular de Derecho Civil*

*Universidad de Cantabria*

Le titre de ma présentation se réfère aux nouveaux modèles de paternité et de parentalité en droit espagnol, fruit de changements sociaux et juridiques qui ont surgi au cours des dernières décennies. Ils ont provoqué certaines réserves idéologiques qui ont freiné leur acceptation, en raison de doutes quant à savoir si ces structures familiales sont les plus appropriées pour l'intérêt supérieur du mineur.

*1. L'implication des hommes dans les responsabilités domestiques*

Dans la culture moderne sont apparue des couples basés sur une relation symétrique, où la négociation constante est une pratique quotidienne, spécialement concernant les responsabilités dans les soins et l'éducation des enfants. La famille traditionnelle de l'homme pourvoyeur et de la femme ménagère ne forme plus le modèle dominant. Les nouvelles générations de parents sont de plus en plus investies dans les soins aux enfants. En ce sens il devient important d'explorer les nouveaux modèles de paternité en accord, d'un côté, avec l'idéal social de l'égalité de droits et de devoirs entre

femmes et hommes et, de l'autre, avec la revendication sociale d'une plus grande participation des hommes dans l'éducation de leurs enfants.

A ces questions répond la réforme du Code Civil espagnol, par la loi 15/2005, du 8 juillet, relatives à la séparation et divorce, où l'article 68 concerne les droits et devoirs des époux, la responsabilité des deux époux dans la sphère domestique et dans le soin et l'attention aux descendants, aux ascendants et aux personnes dépendantes à la charge du couple.

En vérité, la suppression des causes de la séparation et le divorce entraîne un vide du contenu juridique des devoirs conjugaux, dès l'instant où leur inaccomplissement n'a pas de conséquences juridiques par exemple pour demander le divorce. Cette suppression déplace et renforce son caractère éthique ou moral; avec lequel, l'article acquiert fondamentalement une valeur symbolique, et en même temps il laisse entrevoir une philosophie d'évolution par rapport à l'assignation exclusive ou préférentielle des femmes à la famille, qui était auparavant non discutée par le législateur.

L'objectif est, par conséquent, d'essayer d'éradiquer les comportements qui sont encore présents aujourd'hui comme une réminiscence du passé, en impliquant aussi les hommes dans les responsabilités domestiques, dans les fonctions dérivées de la paternité et dans les obligations à l'égard de la famille. On essaie d'introduire l'égalité dans la relation maritale avec un contenu de pédagogie sociale. Certains qualifient cependant ces dispositions de simples déclarations programmatiques, surtout à cause du manque d'importance juridique de son inaccomplissement.

En ce sens les politiques publiques peuvent influencer sur l'apparition de modèles émergents de paternité égalitaire. Ainsi, cette philosophie renouvelée concernant les responsabilités des parents et des mères est présente dans les dispositions sur la

conciliation de la vie active, personnelle et familiale, dans lesquelles nous n'allons pas entrer, mais qui accordent aux hommes et aux femmes des droits pour l'attention et le soin aux enfants et aux personnes dépendantes. On dépasse ainsi la vieille idée de ce que la maternité incombe seulement aux femmes, et les deux parents sont impliqués dans l'attention et le soin aux enfants depuis la naissance, facilitant une relation plus intense à créer dès le début entre père et enfant.

Le congé de paternité, bien que symbolique, était le premier message clair pour les hommes espagnols que le soin de ses enfants est aussi quelque chose qui leur incombe. Les femmes ont 16 semaines de congé de maternité. Les hommes 13 jours; son expansion a été prévue à 4 semaines, mais cela ne s'est pas concrétisé (compte tenu de la situation économique que traverse notre pays c'est quelque chose qui ne va pas se concrétiser pour le moment). Mais encore quatre semaines pour les pères et seize pour les mères supposerait d'accorder aux hommes seulement 20 % du congé de maternité, ce qui est éloigné de l'égalité. Comment ce phénomène s'explique-t-il dans une société qui est définie par la corresponsabilité?

Les dispositions de ce genre sont appelées à encourager des changements dans le comportement des mères et des pères. Cependant, dans la pratique, ces dispositions restent un fait simplement symbolique qui ne transforme pas la réalité sociale. Le pourcentage d'hommes qui sollicitent une réduction des heures de travail ou des congés pour le soin des enfants, ou qui profitent d'une partie du congé de paternité légalement établi est encore minimal.

Cela veut dire que l'incorporation de la femme dans la vie active ne s'est pas accompagnée d'une démocratisation parallèle de la vie domestique. Et c'est ici qu'un changement semble fondamental dans les politiques publiques qui continuent de renforcer un modèle de paternité traditionnelle.

Bien que les lois changent formellement, des mentalités déterminées sont très enracinées et sont difficiles à éradiquer. Non seulement un changement doit se produire dans la mentalité des hommes, mais aussi des femmes, en abandonnant cette idée de ce qu'elles sont seulement les responsables du maintien de la maison et du soin des enfants.

Il reste, en définitive, toujours beaucoup à faire pour que ces idées soient intériorisées dans la société. Les politiques publiques qui se sont développées jusqu'à présent essaient seulement de corriger les dysfonctionnements les plus frappants qui se produisent à l'intérieur des familles, sans aborder les changements structurels. Il est temps de cesser de parler d'une "conciliation" pour parler en lettres majuscules d'une authentique "corresponsabilité".

## *2. La garde partagée*

À cette fin nous devons considérer les résolutions qui sont dictées à propos de la garde des enfants après la rupture matrimoniale.

En Espagne, les parents ont attribuée par loi la "patria potestad" ("autorité parentale" en France) à l'égard de ses enfants mineurs et il comprend tous les droits et devoirs des parents à l'égard des enfants. Alors que la garde se rapporte au soin ordinaire des enfants exercée au moyen de la cohabitation avec ceux-ci, c'est-à-dire, l'attention quotidienne et les décisions qu'il faut prendre dans au jour le jour par les enfants. Quand se produit la rupture entre les parents il faut définir le contenu du pouvoir parental et de la garde. Quand la cohabitation des parents a été cassée, il est quand on pose si la garde des enfants doit être accordée d'une forme individuelle et exclusive à l'un seul des parents ou, au contraire, aux deux parents. En tout cas, une fois qu'on a attribué la garde des enfants, le reste des facultés et de fonctions qui intègrent le

contenu de l'autorité parentale correspondra aux deux parents, puisqu'ils continuent de partager l'exercice de l'autorité parentale, sauf si par sentence judiciaire on n'aurait disposé une autre chose, respectant le principe de corresponsabilité qui, en tant que parents, ont.

Sur ce point il convient rappeler que, jusqu'à la réforme de 2005, dans le Code civil, l'attribution de la garde des enfants en cas de séparation des parents était attribuée de façon exclusive à l'un d'eux. Cela répondait au modèle sociologique en vigueur à l'époque, un modèle patriarcal où la mère était considérée comme la responsable naturelle des soins aux enfants. Le conjoint coupable était privé du droit d'exercer la garde et la mère, par le seul fait d'être mère, était considérée comme la mieux formée pour le soin des enfants âgés de moins de 7 années. En 1981 les critères de faute sont éliminés et en 1990 la préférence maternelle est éliminée concernant les enfants âgés de moins de 7 années. C'est alors que la Loi se présente comme neutre et présume que les deux parents sont également formés pour l'éducation des enfants, en érigeant comme unique critère legal, le principe de l'intérêt supérieur du mineur.

Cela a conduit en pratique à une jurisprudence orientée vers le régime de garde exclusive, avec un droit de visites, plus ou moins ample, et où la garde partagée se présentait comme exceptionnelle (elle était conditionnée par la régulation légale existante, et bien que le droit n'écartât pas de solutions partagées de garde, il ne les citait pas expressément). Tout cela a apporté comme conséquence le développement en pratique d'un modèle qui a empêché dans beaucoup de cas que, après la séparation ou le divorce, les enfants continuent d'avoir une relation avec leurs deux parents. L'un reste avec les enfants et l'autre peut les voir; l'un les gagne et l'autre les perd.

Cette façon de procéder a produit un degré élevé de conflits entre les parents, en tenant particulièrement compte du fait que la décision d'attribution de la garde est liée à

d'autres mesures et d'autres critères (logement, pensions alimentaires...). C'était peut-être valable à une époque dans laquelle la femme avait une plus grande disponibilité de temps pour les enfants, cependant, avec le temps, d'autres demandes des parents sont apparues, basées principalement sur deux facteurs: l'augmentation du travail féminin et une participation accrue des deux parents aux soins des enfants. Mais il a fallu attendre jusqu'en 2005 pour que le législateur exprime pour la première fois une reconnaissance de la "garde partagée" ("résidence en alternance" en France); ce qui ne signifie pas qu'elle était auparavant défendue.

Il est apparu ainsi un droit des enfants et de leurs ascendants à continuer d'avoir une relation paternelle-filiale et maternelle-filiale égalitaire. Un droit qui naît de la famille et non du mariage. Le changement n'est pas si transcendant. Il n'impose aucun type de modèle de garde à suivre; ils se répètent uniquement les critères généraux de comportement préalables à la prise de décisions, qui étaient posés à l'avance (une faveur filiale, une audience des mineurs, ne pas séparer aux frères et la faculté de prendre conseil des spécialistes). Il vient aussi renforcer le pouvoir judiciaire discrétionnaire basé sur le concept légal indéterminé de l'intérêt supérieur des mineurs.

Le législateur n'a pas osé établir une présomption de garde partagée comme système conforme à l'intérêt du mineur, mais l'a plutôt seulement configuré comme une modalité de plus, qui pourrait être acceptée par les parties d'un commun accord (dans ce qu'on appelle "convenio regulador") ou estimée par le juge. À tel effet, l'adoption de ce système est possible quand les parents le solliciteront dans la proposition de "convenio regulador" ou quand les deux arriveront à cet accord au long de la procédure (art. 92.5 CC) (sur ce point la médiation familiale peut avoir un grand impact). C'est l'option la plus recommandable qui part du principe que les parents sont les meilleurs connaisseurs de leur propre situation. Mais ce sera le juge, en dernière instance, qui

évalue de manière discrétionnaire l'opportunité de cette mesure à partir de l'intérêt du mineur.

De là les précautions spéciales dont cette institution est entourée:

Elle ne sera pas admise quand une procédure pénale sera initiée contre un des parents pour un grave délit contre les personnes (remarquer qu'il suffit que le processus soit initié, ce qui a été critiqué pour attenter à la présomption d'innocence).

Elle ne procédera pas non plus quand le juge remarquera, à partir des allégations des parties et des preuves, l'existence d'indices fondés de violence domestique (on a souligné le danger de possibles dénonciations fausses).

Par ailleurs, le juge aura à tenir en compte avant d'adopter la décision de précautions supplémentaires:

Rapport du ministère public, avis de spécialistes (dont les rapports ne sont pas ni obligatoires, qu'il faut pas les suivre nécessairement, mais qui ont une grande influence sur les pratiques), essayer de ne pas séparer les frères et soeurs, l'audience des enfants (Sur ce point, il faut souligner que dans les procédures consensuelles, l'audience des enfants mineurs aura un caractère exceptionnel, ce qui contraste avec le régime antérieur dans lequel elle s'imposait avec un caractère obligatoire à partir de 12 ans. À l'inverse, le caractère obligatoire se maintient dans les procédures contentieuses).

La question la plus controversée est celle de la viabilité d'une garde partagée imposée par le juge au cas où les deux conjoints ne sont pas d'accord.

La possibilité d'adopter cette mesure sans l'accord des parties n'est pas normale dans les systèmes juridiques de notre environnement; il en va de même en France, où l'accord des époux opère comme norme générale.

Finalement, par pression des organisations féministes, l'article 92.8 l'a admis mais ils y a trois circonstances nécessaires:

1) exceptionnellement, à la demande de l'une des parties: il n'est pas possible qu'elle soit directement adoptée par le juge mais elle a été sollicitée.

2) avec un rapport favorable du Ministère public: cette circonstance a été critiquée parce qu'elle empêchait la décision libre du juge, ce qui a donné naissance à un recours devant le Tribunal Constitutionnel qu'il a résolu par sentence du 17 octobre 2012, dans laquelle il déclare nul ce paragraphe.

3) Le juge pourra décider la garde partagée en la fondant seulement sur la protection de l'intérêt supérieur du mineur: ce qui s'est passé jusqu'à présent est que les tribunaux n'ont pas considéré que l'intérêt de l'enfant est protégé de cette façon.

Cependant encore aujourd'hui la majorité des Audiencias Provinciales sont réticentes à l'application de l'article 92.8 CC. La garde partagée est décidée seulement quand elle aura été sollicitée par les deux parents d'un commun accord. De telle sorte que le désaccord de l'un des parents impliqués dans le conflit est devenu une mesure de pression pour obtenir des avantages économiques ou pour les éluder et, par conséquent, se fait au détriment de l'intérêt supérieur du mineur. Cependant, la réalité sociale a changé. La femme s'est insérée sur le marché de travail et la parité est cherchée entre homme et femme (art. 68 CC) mais un critère égal n'est pas assumé après la rupture (art. 92 CC) en laissant la garde partagée comme exceptionnelle et subsidiaire.

Ces considérations ont conduit à ce que se lèvent des voix affirmant que le Code Civil et son application par nos tribunaux nécessitent une réforme législative urgente. Pour le moment cette évolution se reflète dans la législation régionale: l'Aragon a été la première Communauté autonome en Espagne qui établit la garde partagée comme la norme préférentielle ("la Loi d'Égalité dans les Relations Familiales après la rupture de la cohabitation des parents", 2/2010, du 26 mai). Celle-ci octroie une priorité dans la régulation des relations familiales à l'accord entre les parents dans le pacte dénommé de



“relaciones familiares” (relations familiales). Seulement, à défaut d'accord entre les parents et dans le cas d'un échec du processus de médiation familiale, les relations devront s'organiser selon ce que le juge décide.

Et en ce sens, la principale mesure adoptée par la Loi est de considérer la garde partagée comme une solution préférentielle, sans renoncer à la discrétion judiciaire lorsque le juge estime qu'il est plus commode d'attribuer la garde à un seul des parents, ou quand ce sont les parents eux-même qui ont décidé qu'elle ne doit pas être partagée.

La réforme du Deuxième Livre du Code Civil de la Catalogne (Cataluña) sur la personne et la famille par la Loi 25/2010, du 29 juillet (qui est entrée en vigueur le 1 janvier 2011) se montre aussi en faveur de la garde partagée, bien que sous une forme moins claire qu'en Aragon. Toute proposition des parents sur cette matière doit s'incorporer au processus judiciaire qui prend la forme d' "un plan de parentalidad" (projet de parentalité), qui est un instrument pour concrétiser la forme dans laquelle les deux parents pensent exercer les responsabilités parentales. Dans ce “plan de parentalidad” sont détaillés les engagements qu'ils assument par rapport à la garde, le soin et l'éducation des enfants (art. 233-9). Sans imposer une forme particulière d'organisation, le droit a encouragé les parents à organiser eux-mêmes la garde des enfants à l'occasion de la rupture.

Faute d'un accord ou si celui-ci n'est pas approuvé, l'autorité judiciaire déterminera l'exercice de la garde et, bien qu'il laisse ouverte la possibilité que le juge reconnaisse le caractère conjoint des responsabilités parentales, la loi précise aussi qu'il peut décider que la garde est exercée sous une forme individuelle si c'est la solution la plus appropriée à l'intérêt des enfants. À telle fin, la loi fournit une série de critères qui doivent être évalués à l'heure de décider le régime de garde, comme la relation spéciale des enfants avec l'un des parents et l'engagement envers les enfants de chacun d'entre

eux, avant la rupture (art. 233-11), sur une base où les dynamiques familiales ont été construites à partir des modèles traditionnels.

Toutefois, il convient de noter que la loi ne se positionne pas sur tel ou tel modèle de garde; en l'absence d'accord des parents, chaque juge peut opter pour la solution qu'il juge plus la appropriée. La garde partagée des enfants ne sera pas, par conséquent, l'option privilégiée par les juges s'il n'y a aucun accord entre les parents. L'article 233-8.1 avec une expression quelque peu ambiguë l'exprime ainsi: «*Dans la mesure du possible, la responsabilité des parents envers leurs enfants en cas de séparation doit être exercée conjointement*». Mais, comme on dit, la garde partagée n'est pas accordée par défaut, comme en Aragon. Mais il y a cependant des contraintes. Ainsi, il est introduit en règle générale que la séparation ou le divorce ne modifie pas les responsabilités des parents envers les enfants.

Récemment, la France, l'Italie et la Belgique ont adopté des législations en ce sens.

Plus récemment ont légiféré aussi la Navarre (Ley Foral de Navarra de 3/2011, du 17 mars) et Valence (Ley valenciana 5/2011, du 1 avril), sur cette matière. La Navarre se situe plutôt dans la ligne de la Catalogne, en assujettissant la décision à l'intérêt du mineur, tandis que Valence le fait dans la ligne de l'Aragon en considérant la garde partagée comme préférentielle.

Au même temps, la propre Cour Suprême dans des décisions récentes semble aller dans cette voie (10 mars 2010 -RJ 2010/2329-, 11 mars 2010 -RJ 2010/526-, 1 octobre 2010 -RJ 2010/7302-). Les innovations que ces décisions présentent sont diverses:

- Elles modifient le schéma traditionnel vers une règle générale qui serait la garde partagée.

- Elles affirment également que dans ces cas il ne régit pas le principe dispositif, avec lequel les juges ne sont pas soumis à ce qu'ils ont demandé les parties.

- L'intérêt du mineur doit être basé sur des raisons objectives.

- Une motivation suffisante des décisions est exigée.

- Et, se profilent des critères objectifs pour décider ce qui est l'intérêt supérieur du mineur (on utilise des critères tels que la pratique antérieure des parents dans leurs relations avec l'enfant, la bonne relation entre les parents, la proximité des domiciles, la disponibilité horaire, des désirs manifestés par les enfants, ...).

En définitive, une résistance est observée pour le moment de la part des tribunaux à l'heure d'opter pour la garde partagée. Nous verrons si ces sentences dictées récemment par le Tribunal Suprême supposent ou non un changement dans cette direction. Mais une résistance est observée, de plus, de la part des femmes à laisser la place au père dans le soin des enfants. Leur attitude par rapport à l'implication paternelle ne changera pas substantiellement "jusqu'à ce que l'ensemble de la société n'instaure pas de nouvelle distribution des pouvoirs masculins et féminins".

Finalment, comment matérialiser ces questions?; avec quelle périodicité les périodes de cohabitation doivent-elles être réparties?; où résideront les enfants?... Voici le problème. Dans cet ordre, le texte de la loi omet toute référence aux modalités particulières de la garde partagée, fournissant un cadre ample et flexible. Il n'oblige pas à répartir la cohabitation en périodes égales (en Catalogne et Navarre, on n'établit pas non plus une distribution égalitaire qui est faite en Aragon et à Valencia). On peut matérialiser en pratique, en alternant la présence des enfants, leur permanence dans les foyers des deux ascendants, ou lorsque ce sont les parents qui alternent leur présence dans le domicile ou vit l'enfant.

Malgré tout, il est facile d'observer que la difficulté est la mise en pratique de ce régime. C'est précisément la figure de la médiation, comme un mécanisme alternatif de résolution des conflits, qui peut aider pour que les deux parties arrivent à un accord sur la distribution du temps. De là l'importance de sa promotion. De plus, les parties pourront décider de se soumettre à elle en sollicitant la suspension du processus afin d'atteindre une solution consensuelle.

\*\*\*\*\*

Maintenant nous allons analyser une forme de paternité "solitaire" liée au fait que les hommes obtiennent la garde de ses enfants après un divorce. Chaque jour, le nombre de ces hommes augmente, et de plus en plus de cas trouvent leur origine dans la volonté des père, comme conséquence de la naissance d'un instinct paternel.

Nous trouvons donc des familles monoparentales ab initio dont le résultat n'est pas la mort de l'un des parents ou la crise familiale, mais qui répond à une conception très différente des familles, un résultat de la liberté personnelle.

C'est ici que nous observons un comportement différent des hommes en relation à la paternité, de plus en plus lié à une décision volontaire. Ainsi apparaît l'idée d'une responsabilité assumée par une élection volontaire et non seulement par un impératif légal.

### *3. L'adoption*

Une façon d'accéder à cette paternité solitaire est l'adoption, où la volonté est au fondement de l'idée de devenir parent.

Apparaît ainsi à côté du principe de véracité dans la filiation, un autre principe qui tient à la responsabilité par un choix librement assumé.

L'Espagne, comme la France, admet l'adoption par une seule personne. L'adoption individuelle ne s'est jamais limitée aux adoptants hétérosexuels puisque cela aurait semblé inconstitutionnel par discriminatoire à cause d'une orientation sexuelle. *(Dans ce sens rappelons nous que la Cour européenne a condamné la France en 2008 pour discrimination sexuelle contre une femme lesbienne qui avait initié sans succès des formalités d'adoption, en s'abritant dans le même droit qui permet l'adoption à une femme célibataire).*

En Espagne, de plus, depuis une Loi de 1987 (L. 21/1987 du 11 novembre) l'adoption est permise non seulement par les deux conjoints mais aussi par l'"*homme et la femme*" membre d'un couple uni de façon permanente. Ce qui n'a pas été admis a été l'adoption par des couples homosexuels.

Un changement important s'est produit avec la Loi 13/2005 qui reconnaît le mariage entre des personnes du même sexe puisque cela vient reconnaître l'adoption conjointe pour les deux *conjointes* et l'adoption de l'enfant du conjoint, après avoir contracté un mariage avec celui-ci, indépendamment du sexe des personnes.

Cette possibilité est un nouvel exemple dans lequel est mise en évidence une érosion progressive de la relation légale non seulement entre filiation et mariage, mais aussi entre filiation et hétérosexualité. *(De cette façon, les limites de la filiation liée à la biologie sont dépassées, comme dans le cas du recours des femmes lesbiennes à la procréation médicalement assistée: une femme peut reconnaître comme le sien l'enfant né de sa compagne grâce aux techniques de reproduction assistée (cette possibilité est admise en Espagne depuis une réforme de 2007)).*

Ce qui n'a pas été admis a été la possibilité d'adoption conjointe par des *couples* de même sexe, ce qui semble curieux parce que cela est déjà possible dans quelques régions (la Navarre, le Pays Basque, la Catalogne, l'Aragon). Ce qu'ils peuvent faire c'est d'adopter l'enfant de l'ascendant dont la filiation est déterminée mais alors nous parlons d'une adoption successive, pas simultanée.

Je sais que c'est un sujet polémique maintenant en France avec le débat du mariage "pour tous" (qui a été récemment déclaré constitutionnel dans notre pays) et la possibilité que ceux-ci ont d'adopter mais il est important de tenir compte du fait que les personnes célibataires peuvent adopter, ce qui a été parfois utilisé par des couples homosexuels pour éluder la loi qui ne reconnaît pas le mariage et l'adoption aux couples du même sexe. Et c'est un fait incontestable.

En définitive, avec la possibilité d'adopter de la part des couples homosexuels, se modifie une représentation de la famille encore très présente, qui repose sur un père et une mère. Dans ce nouveau modèle familial, paternité et maternité sont considérés comme des rôles exclusivement sociaux, et comme des fonctions qui n'ont pas de sexe. L'homoparentalité rompt avec l'ordre implicite du masculin relatif à la production et du féminin relatif à la reproduction. De cette façon, si le mouvement féministe a permis la dissociation entre sexualité et reproduction, le mouvement homosexuel radicalise la rupture entre reproduction et filiation.

#### *4. La gestation pour autrui*

Par ailleurs, nous connaissons la possibilité pour la femme d'accéder à la maternité "solitaire" à travers des techniques de reproduction assistée. Ces techniques

peuvent être utilisées par des couples, mariés ou non, qui rencontre des problèmes pour être parents, par des femmes seules et sans problèmes de fertilité, ou par des couples, mariés ou non, composés de deux femmes.

Dans ces cas, contrairement à ce qui se passe en cas d'adoption, la relation parentale-filiale n'est pas conçue comme une mesure de protection des enfants mais comme la réalisation de l'aspiration à être mère et père. En s'écartant de la législation française ou italienne, l'idée de protection des enfants est remplacée entièrement par une vision exclusivement individualiste, qui met en place un véritable droit à la maternité. Dans ces cas domine le principe classique de détermination de la filiation maternelle à travers l'accouchement, alors que la question de la paternité est résolue en faisant appel au critère formel d'attribution de la paternité; la paternité est dérivée de l'accord préalable à la réalisation de telles techniques. Le critère formel (consentement) prévaut, donc, sur le critère matériel (génétique), en valorisant l'origine volontaire de la paternité. Tout lien de droit est impossible entre l'enfant conçu et le donneur qui reste, sauf exceptions, dans l'anonymat.

En tout cas, il resterait pour pallier un creux important relatif à la paternité "solitaire" que certains ont vu comme discriminatoire et qui ont conduit à demander la légalisation de la maternité pour autrui. Il s'agit d'un moyen utilisé traditionnellement par les couples hétérosexuels où les femmes qui ont des problèmes de fertilité. Mais actuellement, son usage est de plus en plus répandu dans les couples homosexuels masculins, ou par des hommes célibataires. Il existe par exemple de nombreux exemples de célébrités qui sont parents par cette voie.

Ce n'est pas mon intention d'entrer dans une évaluation éthique ou morale de la question mais uniquement d'indiquer la situation de la législation espagnole. Dans notre pays la maternité pour autrui est expressément défendue par l'art. 10 de la Loi de

Techniques de Reproduction Assistée. Le contrat est nul; cela signifie en pratique que personne ne peut invoquer ce contrat devant les tribunaux. La loi inclut une sanction pénale. Et si la GPA est utilisé, la filiation sera déterminée par l'accouchement. Seul le père qui a apporté son matériel génétique pourra réclamer sa paternité.

De là, vient la fuite dans d'autres pays dans lesquels la dite pratique est légale (les États-Unis, le Canada, le Royaume-Uni, le Mexique, la Russie, l'Inde, l'Ukraine ...).

Quels obstacles se retrouvent au retour en Espagne?. La "Dirección General de los Registros y del Notariado" ne permettra pas l'inscription de l'enfant comme fils ou fille. Cependant, la Résolution 18 février 2009 a présenté une nouveauté en permettant à un couple gay d'inscrire comme ses enfants des jumeaux conçu en Californie par le biais de gestation pour autrui.

La Résolution invoque l'intérêt supérieur des mineurs et leur droit à une filiation unique valable dans plusieurs pays. Elle prend de plus appui sur des principes juridiques du droit espagnol, puisque dans le droit espagnol la filiation est admise entre deux hommes ou entre deux femmes en cas d'adoption; de la même manière, le droit permet que la filiation d'un enfant soit établie dans le Registre Civil en faveur de deux femmes. Le cas contraire, impliquerait une discrimination en raison du sexe. De plus, ces enfants ont la nationalité espagnole parce qu'ils sont nés d'un espagnol (dans ce cas le sperme des deux hommes avait été utilisé).

Cependant, après le recours présenté par le Ministère Public, la décision du Tribunal de Première Instance de Valence du 15 septembre 2010, a annulé l'inscription de la double paternité.

Le dernier instrument dont nous disposons se trouve dans l'Instruction de la "Dirección General de los Registros y del Notariado" du 5 octobre 2010 dictée dans le but d'établir les critères qui déterminent les conditions de l'accès au Registre Civil



espagnol de ceux qui sont nés à l'étranger au moyen de ces techniques de reproduction assistée: Il est nécessaire qu'au moins l'un des ascendants soit de nationalité espagnole, assurer que le contrat soit légal dans le pays où les techniques ont été réalisées (il faut que la femme ait librement donné son consentement et avec pleine capacité, il faut prouver l'inexistence de trafic illégal de mineurs ...).

L'ordre public tombe donc devant l'intérêt supérieur du mineur. Malgré tout, avec cette Instruction, on continue de discriminer ceux qui ne peuvent pas couvrir les frais d'un processus de maternité subrogée à l'étranger et la fraude à la loi se maintient en employant les certifications de registre comme couverture pour introduire en Espagne des enfants conçus par maternité subrogée, interdit dans notre État.

Cependant et malgré l'existence de l'Instruction citée, la sentence de l'Audience Provinciale de Valence du 23 novembre 2011 a de nouveau refusé une inscription.

*En France, la même prohibition existe dans l'art. 16-7 du Code civil complété par l'art. 227-12 du Code Penal. En plus, la ministre de la justice déclarait le gouvernement n'avait pas l'intention de légaliser la gestation pour autrui. (Le droit français sanctionne jusqu'alors leur démarche d'une manière très sévère puisque les juges de la Cour de Cassation refusent de retranscrire les actes de naissance de ces enfants à l'état civil en mentionnant que leurs deux parents sont, comme cela est pourtant inscrit dans l'acte d'état civil étranger, ceux qui ont souscrit la convention de gestation pour autrui. Une fronde de certains juges du fond est toutefois amorcée, illustrée notamment par un jugement rendu en février dernier et qui, revenant sur cette jurisprudence, reconnaît la filiation de ces enfants. La réponse de la Cour de Cassation, saisie en troisième recours, est en attente. En outre, la Cour Européenne des droits de l'Homme a également été saisie d'un des arrêts refusant la transcription à l'état civil*

*rendu par la Cour de Cassation en avril 2011. On attend là aussi sa réponse mais une condamnation de la France pour violation du droit à une vie familiale normale ne paraît pas impossible). Cependant, Monsieur Mézard a déposé au Sénat le 31 juillet 2012 une proposition de loi autorisant la transcription à l'état civil français des actes de naissance des enfants nés à l'étranger du fait d'une gestation pour autrui.*

Tout cela démontre que le droit devient un remède, qui accompagne les mouvements d'une société qui génère d'une manière permanente de nouvelles formes de famille et de parenté.

#### *5. Les familles reconstituées*

On peut ajouter à ces changements l'émergence de nouvelles idées de parentalité. Ce terme désigne l'engagement dans l'éducation et l'entretien d'un enfant par la personne qui assume cette fonction, mais sans lien juridique de paternité ou de maternité avec l'enfant. De là vient l'affirmation que ce n'est plus la famille qui fait l'enfant, mais l'enfant qui fait la famille.

La dynamique du droit de la famille à travers des phénomènes ici analysés (l'augmentation de ruptures matrimoniales, les familles monoparentales, les couples homosexuels qui vivent ensemble avec enfants) apportent comme conséquence l'élargissement des faits qui peuvent donner lieu à ce qu'on appelle familles recomposées", "reconstitués", "deuxièmes o nouvelles familles",...

La conséquence fondamentale est une volonté politique de redéfinir la place et la figure du tiers et l'inclusion de nouveaux tiers comme titulaires de la responsabilité parental, afin de, en respectant les parents, faciliter son intervention dans la vie de

l'enfant. Malgré tout, l'entrée dans une scène de ces nouveaux sujets amène à projeter la possibilité d'une paternité multiple ou de quasi-paternité. Habituellement, l'hostilité ou l'aversion sociale et juridique à cette possibilité a conduit à sa non reconnaissance. C'est par là qu'il faut envisager la reconnaissance possible de droits plus ou moins importants à un père "non légal", à partir de la relation spéciale que celui-ci entretient avec l'enfant et, surtout, examiner les manières par lesquelles on peut donner une reconnaissance institutionnelle et une légitimité à telles relations.

Dans cette perspective, autour des années mille neuf cent soixante-dix s'est initié aux États-Unis un mouvement social qui a pour but la revendication de droits pour les beaux-pères ou belles-mères, mouvement qui s'est développé et propagé dans le monde jusqu'à aujourd'hui. En Europe les politiques tentent aussi de répondre à un nouveau modèle de la famille de plus en plus ordinaire dans notre société.

Nous nous trouvons devant de nouveaux liens de parentalités où un adulte s'occupe d'un enfant qui n'est pas son père mais qui exerce de fait une fonction parentale. Dans les familles reconstituées le père a cessé d'être l'époux de la mère, et la mère, l'épouse du père. Et où l'élection et la volonté se substituent à l'évidence de la biologie.

L'avenir juridique de la notion pourrait être facilitée précisément par la question de la place que les enfants occupent dans le couple homosexuel. Dans ce sens, l'expression "parentalité" a la particularité de "neutraliser", en ce sens de faire neutre du point de vue de genre, la place de père.

Parler du rôle parental pourrait avoir cette première fonction: masquer la différence entre maternité et paternité et permettre ainsi de penser que l'un ou l'autre des parents occupent de plus en plus fréquemment une position équivalente. Il devient donc nécessaire d'évaluer, afin de protéger l'intérêt du mineur, s'il est pertinent d'attribuer un

relief formel à cette relation de paternité sociale, en la mettant en relation avec la situation du père non gardien qui court le risque d'être marginalisé.

Parmi les pays de notre environnement, la plupart ne reconnaissent pas les beaux-parents hors de l'adoption légale. C'est le cas de la Belgique, de l'Italie ou de l'Espagne. Ils n'octroient pas de place au beau-père. Il n'existe aucun dispositif qui lui permet de participer à l'exercice de l'autorité parentale sur l'enfant de son conjoint ou de son compagnon, mais il est considéré comme un tiers.

Dans le meilleur des cas, certains systèmes juridiques reconnaissent une attitude participative en leur octroyant certain degré de garde aux beaux-parents: c'est le cas en Allemagne, au Danemark et aux Pays-Bas qui autorisent seulement la participation du beau-père à l'exercice de l'autorité parentale quand celle-ci est uniquement exercée par un des parents. Et seulement avec un caractère exceptionnel il est arrivé à reconnaître au beau-père: ainsi il est arrivé en Angleterre que l'on permette au beau-père de partager l'autorité parentale avec les parents quel que soit le statut juridique et l'orientation sexuelle de la paire recomposée. En Suède, bien qu'il ne soit pas permis au beau-père de participer à l'exercice de l'autorité parentale, en cas d'une recomposition familiale, on reconnaît le beau-père dans le cas d'enfants nés dans de couples homosexuels.

En France est concerné, le beau-père ne dispose pas de dispositions spécifiques mais ses prérogatives dérivent de sa condition de tiers (et ainsi il pourra utiliser pour faciliter son intervention la délégation volontaire ou partagée de l'autorité parentale; la possibilité, en cas d'un décès du père, de pouvoir continuer de s'occuper des enfants; ou, en cas d'une séparation, bénéficier d'un droit de visites).

En Espagne, seul l'article 1362.1 CC impose certaines charges pour le conjoint, par rapport aux enfants. Nous trouvons seulement quelques évolutions dans les droits autonomes:

Le Droit aragonais a été pionnier en permettant au beau-père de participer à l'autorité familiale. Cependant, la loi restreint cette possibilité aux hypothèses dans lesquelles existe un seul titulaire de l'autorité familiale et dans les cas de mariage. Dans le cas de décès de l'unique titulaire de l'autorité familiale, le droit octroie une position privilégiée au beau-parent par rapport à d'autres membres de la famille qui peuvent assumer telle autorité (L. 13/2006 du 27 décembre, de Droit de la Personne de l'Aragon, art. 72; Código del Derecho Foral de Aragón -DL 2/2011 de 22 de marzo-).

Finally, a new advance has been made by the Law 15/2010, of 29 July of the second book of the Civil Code of Catalonia. The law admits that, during cohabitation, the stepfather performs acts of ordinary life in the interest of the child (relations with educators, attention to ordinary needs...). And, in the case of death of the parent who had the exclusive custody of the children, if the other ascendant does not recover it, the judicial authority will exceptionally attribute to the widow or surviving parent the custody and other parental responsibilities, each time when it is favorable to the interest of the minor and on condition that all are heard.

In any case, in my opinion, in the measure that the law does not provide a unique definition of the family, it is precise that the public powers protect as well all the family models, resulting from any distinction between children and stepchildren arbitrary.

\*\*\*\*\*

In definitive, when the family was organized by reference to the nuclear family and legitimate, a family based on the stable marriage, by a strong division of the respective roles of the man and the woman, the notions of parenthood, of paternity and of

maternité, de père et de mère, semblaient être suffisantes. Apparaissait tel un modèle de parenté liée à la sexualité/procréation et à un type de famille, nucléaire, monogame, hétérosexuelle et, par conséquent, "naturel". Cependant, les transformations qu'ont subi les structures familiales font que cette famille biparentale est mise en doute; les changements dans le statut des femmes, la revendication croissante de la volonté individuelle ou l'évolution de la législation et des technologies, apportent comme conséquence une déstabilisation du modèle familial traditionnel. L'identification entre le géniteur, le partenaire conjugal et le parent est interrogée par d'autres réalités comme les familles homoparentales, monoparentales par élection et les familles reconstituées. Il en ressort entre d'autres facteurs, que l'on dissocie sexualité/reproduction, que l'indissolubilité du mariage est mise en cause par divorce.

Il existe aussi de nombreuses expressions d'une nouvelle parentalité, tendant vers l'espoir d'une distribution plus symétrique des tâches de soin et une démocratisation croissante des liens familiaux. Cependant, la réalité pratique nous démontre que nous devons être prudents à l'heure d'évaluer la dimension profonde de ces changements, compte tenu du fait que la transformation subjective de la féminité et la masculinité, ne s'accordent pas avec les nouveaux rôles; les fonctions maternelles et paternelles sont, encore, très déterminées par une forte division de rôles des sexes.

Dans ces nouvelles structures familiales sont intégrés les enfants pour qui le respect du principe de l'égalité s'impose au-dessus des différences qui peuvent exister dans l'organisation des familles.

L'intérêt de l'enfant doit constituer le fil conducteur de tout réflexion.

\*\*\*\*\*

silvia.tamayo@unican.es