



FACULTE DE DROIT

INSTITUT D'ETUDES JUDICIAIRES

Correction

NOTE DE SYNTHÈSE N°

« Homosexualité et à droit à l'enfant »

2010 / 2011

La parentalité doit être reliée aux notions juridiques d'autorité parentale et de filiation (doc.2). L'homoparentalité recouvre les hypothèses dans lesquelles il serait possible à un couple ou même à une personne seule d'obtenir, en tant qu'homosexuel, l'établissement d'un lien de filiation avec un enfant et d'exercer sur lui les prérogatives attachées à l'autorité parentale (doc. 1, 2,16).

La reconnaissance du couple homosexuel, notamment par le PACS, a induit la question du droit à l'enfant pour ces couples (doc. 1). Pour certains, il est fort difficile de séparer la question du mariage homosexuel de l'homoparentalité (doc.16).

Dans ces conditions, le droit est requis aujourd'hui d'apporter une réponse à deux types de questions spécifiques. La première a trait à la possibilité pour un homosexuel isolé ou en couple, spécialement pris en cette qualité, de créer un lien de filiation *ex nihilo* avec un enfant qui n'est pas issu de ses œuvres avec un individu de l'autre sexe (I) ; la seconde est relative à la faculté d'instituer un lien de filiation entre l'enfant et le partenaire de son parent homosexuel (II).

I-L'IMPOSSIBILITE D'UNE FILIATION HOMOSEXUELLE

La question de la création d'un lien de filiation *ex nihilo* avec un enfant, amène à se poser la question de savoir si un couple ou une personne peut, en sa qualité d'homosexuel, avoir, au regard de la loi, un enfant ; les deux voies envisageables ne peuvent être que l'adoption (A) et la procréation médicalement assistée (B).

A. L'ADOPTION

L'adoption ne peut être prononcée au profit d'un couple homosexuel dans la mesure où l'article 346 du Code civil dispose que « nul ne peut être adopté par plusieurs personnes si ce n'est par deux époux » (doc. 4). Des concubins, qu'ils soient hétérosexuels ou homosexuels, ne peuvent donc adopter ensemble et puisque le mariage est réservé, en droit positif, aux couples hétérosexuels, un couple homosexuel ne peut, par voie de conséquence, adopter (doc.2). L'adoption peut, en revanche, être sollicitée par un célibataire, sous la réserve de l'agrément de l'aide sociale à l'enfant (doc.1).

C'est au nom de l'intérêt de l'enfant que le candidat dont l'homosexualité a été par lui déclarée ou bien découverte, se voit refuser la délivrance de l'agrément par l'autorité administrative, qui constitue le premier stade de la procédure d'adoption en sa forme plénière (doc.1). Le Conseil d'Etat a, une première fois, le 9 octobre 1996, par une décision attendue (Doc.1 § 18) confirmé la légalité d'un refus d'agrément motivé par le fait que l'absence de référent paternel ou maternel n'était pas de nature à garantir des conditions d'accueil suffisantes pour un adopté (CE, Département de Paris c. Frette -doc.7). Il a de nouveau, le 5 juin 2002, jugé légal un refus d'agrément fondé, d'une part, sur le défaut de repères identificateurs dû à l'absence d'image ou de référent paternel, d'autre part, sur l'ambiguïté de l'investissement de chaque membre du foyer (doc.8). La demanderesse n'a pas été regardée comme présentant des garanties suffisantes sur les plans familial, éducatif et psychologique pour accueillir un enfant adopté (doc.8).

La Cour européenne des droits de l'homme, amenée à connaître de cette question, a considéré que les autorités nationales françaises avaient légitimement et raisonnablement pu considérer que l'adoption trouvait sa limite dans l'intérêt des enfants susceptibles d'être adoptés, nonobstant les aspirations légitimes du requérant et sans que soient remis en cause ses choix personnels (CEDH, 26 février 2002, Frette c. France -doc. 9).

Le Code civil (doc. 4), en effet, place l'intérêt de l'enfant au fondement de l'institution, ainsi que le veut d'ailleurs la Convention des Nations Unies relatives aux droits de l'enfant, dont l'article 21 énonce qu'il doit être la considération primordiale en matière d'adoption (doc.1, 3).

B. LA PROCREATION MEDICALEMENT ASSISTÉE

L'accès à la procréation médicalement assistée est également fermé aux homosexuels par le droit français (doc.1).

En premier lieu, une personne seule, qu'elle soit hétérosexuelle ou homosexuelle, ne peut légalement recourir aux techniques existantes, l'assistance médicale à la procréation étant destinée à répondre à la demande parentale d'un couple (art L. 2141-2 - CSP doc.5). Cette technique est admise dans certains pays étrangers ; toutefois ce droit à l'enfant du couple homosexuel interdit à l'enfant de connaître ses origines (doc.1)

En second lieu, si l'assistance médicale à la procréation est accessible aux concubins comme aux couples mariés, la loi conçoit ce couple comme formé d'un homme et d'une femme Elle précise que les techniques qu'elle régit ont pour objet, soit de remédier à l'infertilité dont le caractère pathologique a été médicalement diagnostiqué, soit d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité (doc. 5).

Si l'insémination artificielle avec donneur est techniquement possible pour les couples lesbiens (doc.!), le Code civil a prohibé les conventions de mères-porteuses en déclarant nulle « toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui » (art. 16-7, C. civ. doc. 4). L'article 227-12 du Code pénal réprime le fait de provoquer les parents ou l'un d'eux à abandonner un enfant né ou à naître (doc.6).

L'institutionnalisation d'une homoparentalité véritable supposerait, du point de vue des hommes, que l'on renonce à déclarer illicites les conventions de mère porteuse (doc.15, 16).

Cette hostilité du droit n'interdit cependant pas, dans une approche prospective, de rechercher celles des voies qui, techniquement, seraient compatibles avec la revendication d'un droit à l'enfant.

H. LA VOLONTE CONTRAIRE DE CREER UN LIEN DE FILIATION A L'EGARD DE L'ENFANT DU PARTENAIRE HOMOSEXUEL :

Si la démarche d'adoption de l'enfant du partenaire homosexuel reçoit aujourd'hui une réponse juridique contrastée (A) le recours à la délégation d'autorité parentale prévue à l'article 377-1 du Code civil apparaît envisageable sous condition (B).

A. LA VOIE INCERTAINE DE L'ADOPTION :

La question de l'adoption de l'enfant par le partenaire n'est pas expressément tranchée par le Code civil, qui ne régit que l'adoption de l'enfant du conjoint (doc.1). Ce mode d'établissement de la filiation fait nécessairement resurgir les arguments relatifs à la fonction de l'adoption, qui se trouverait à nouveau largement détournée du but qui est légalement le sien (doc.1). L'adoption, en tant qu'étape ultime d'un processus - conçu au surplus, dans certains cas, en violation du droit français - devrait être refusée pour une série d'arguments qui sont étroitement liés et qui montrent, par là, la cohérence à laquelle son admission contraindrait à renoncer (doc.1).

Le 27 juin 2001, le tribunal de grande instance de Paris a décidé que dès lors qu'une femme participe activement à l'éducation des trois enfants, conçus par insémination artificielle par sa compagne, qu'elle les élève comme si c'était ses propres enfants, que l'adoption sollicitée par elle aura pour résultat de resserrer davantage les liens d'affection qui existent et que les conditions de la loi sont remplies, l'adoption simple peut être prononcée (doc 10).

Par deux arrêts du 20 février 2007, la première chambre civile s'est prononcée sur les conditions de mise en œuvre de l'adoption simple prévue par l'article 353 du Code civil dans l'hypothèse où l'adoption est demandée par la compagne de la mère naturelle de l'enfant qui n'a pas de filiation établie à l'égard du père (doc.13, 15). La Cour de cassation a jugé que l'adoption simple fait perdre à la mère naturelle ses droits d'autorité parentale, l'exception prévue par l'article 365 du Code civil n'étant possible que pour les personnes mariées, et que la délégation ou le partage de l'autorité parentale que l'une des cours d'appel avait envisagé comme permettant la reconstitution des droits de la mère naturelle était antinomique et contradictoire avec l'adoption demandée qui a pour effet de conférer l'autorité parentale au seul adoptant (doc.13). Elle en a déduit que la décision de la Cour d'appel qui avait refusé l'adoption simple en se fondant sur l'absence d'intérêt de l'enfant à voir sa mère naturelle privée de son autorité parentale était conforme aux exigences légales (doc.13).

Enfin un ouverture à l'adoption a été initiée par l'arrêt du 8 juillet 2010 de la Cour de cassation qui ordonne l'exécution en France d'une décision de justice américaine selon laquelle un enfant adopté peut avoir pour parent deux personnes de même sexe (doc.17). Cette décision va pourtant à l'encontre d'une condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme pour discrimination fondée sur la préférence sexuelle (doc. 19).

B.LA POSSIBILITE RESERVEE DE LA DELEGATION D'AUTORITE

L'institutionnalisation du couple homoparental supposerait d'admettre que soit redoublé un lien de filiation maternel ou paternel déjà existant et, dans le même temps, de gommer l'autre branche de la filiation de l'enfant. Si cette conséquence devait être repoussée, tout en admettant l'établissement du lien avec le partenaire, c'est à une multiplication non maîtrisable des liens que l'on aboutirait (doc.1).

Si l'on admet la possibilité de prononcer l'adoption au profit du partenaire de l'un des parents naturels de l'enfant et celle qu'il voie sa filiation établie dans l'autre branche parentale, l'enfant pourrait donc se retrouver avec, par exemple, deux mères et un père (doc. 1,16).

Selon l'article 365 du code civil, l'adoption simple investit l'adoptant, à l'égard de l'adopté, de tous les droits d'autorité parentale, inclus celui de consentir au mariage de l'adopté (doc.4). Dans l'hypothèse du couple homosexuel, l'adoption de l'enfant par la partenaire de la mère ne pouvait que priver cette dernière de ses droits d'autorité parentale (doc.12). C'est ce qu'a refusé la Cour de cassation dans deux arrêts du 20 février 2007 : l'adoption simple n'est pas admise si cela conduit à priver l'auteur de l'enfant de ses droits d'autorité parentale, même si elle y a consenti (doc.12). Afin d'éviter ce résultat négatif, il a été songé d'avoir recours à la délégation d'autorité parentale prévue à l'article 377-1 du Code civil (doc.4). L'adoption simple pouvait justifier une telle délégation : le tribunal de Paris et la Cour de cassation -1' Ch. civ. 24 février 2006 - ont jugé que la loi ne s'opposait pas à ce qu'une mère, seule titulaire de l'autorité parentale, en délègue tout ou partie de l'exercice à la femme avec qui elle vit en union stable et continue, dès lors que

les circonstances l'exigent et que la mesure est conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant (doc.12, 15). La différence entre l'arrêt de 2007 et celui de 2006, « lesquels ne sont pas contradictoires » (C. NEIRINCK – doc.15) tient à la différence des situations : le second concerne une hypothèse de délégation d'autorité parentale d'une mère biologique en faveur de sa compagne, tandis que, dans le premier, la mère biologique est, du fait de l'adoption, privée de l'autorité parentale et ne peut en demander la délégation (doc.15).

délégation d'autorité parentale d'une mère biologique en faveur de sa compagne, tandis que, dans les arrêts de 2007, la mère biologique est, du fait de l'adoption, privée de l'autorité parentale et ne peut en demander la délégation (doc.15).

L'état du droit laisse subsister de nombreuses interrogations invitant à une exploration du droit prospectif alors même que la coparentalité est désormais « le moteur de la loi nouvelle sur l'autorité parentale » (doc.2)

Certains, appelant de leurs vœux une modification de l'article 365 du code civil, ont vu dans les arrêts de 2007 « un coup d'arrêt » à la recherche par les parents homosexuels « d'une protection » de leur enfant par le biais de l'adoption simple, voie qui permettrait de donner un parent supplémentaire à l'enfant ; « Position regrettable » qu'en l'état droit positif il n'existe aucun statut du beau parent (doc.14), un philosophe estimant ici que la fonction de beau-père ou de belle-mère pourrait fournir le modèle d'une relation familiale nouvelle.

C'est sur cette question d'une écriture de l'article 365 que le Conseil constitutionnel a été saisi par le biais d'une question prioritaire de constitutionnalité (doc 18).

D'autres ont souligné de façon prospective que l'ouverture du mariage aux homosexuels n'autoriserait pas seulement l'adoption de l'enfant du conjoint mais plus largement l'adoption de n'importe quel enfant. Il imposerait également de revoir l'accès aux PMA avec donneur (doc.15,16). S'agissant de l'exercice partagé de l'autorité parentale, certains se demandent s'il ne serait pas plus opportun de favoriser la notion de « tiers digne de confiance » et de poser la règle qu'automatiquement, la conclusion d'un PACS et le mariage confèrent au partenaire ou au conjoint du père ou de la mère cette qualité. (doc.15). Autant de pistes de réflexion en attendant la position de la Cour européenne des droits de l'homme saisie en ce domaine d'une violation des articles 8 et 14 de la Convention

PLAN ALTERNATIF

Autre annonce de plan possible en italique :

A ce jour, le désir pour nombre d'homosexuels d'avoir des enfants comme « le souhait de devenir parent pour un couple homosexuel » rencontrent des réponses juridiques discutées (Doc.1). Si le droit est hostile à la possibilité pour un homosexuel de créer un lien de filiation ex nihilo avec un enfant qui n'est pas issu de ses œuvres avec un individu de l'autre sexe (I), il admet non sans réserve et interrogations l'existence d'un lien d'autorité avec l'enfant du partenaire homosexuel (II).

- I) Le droit à l'enfant et l'homosexuel, seul ou en couple : de la méfiance à l'hostilité du droit quant à la création d'un lien de filiation.**
 - A) L'adoption**
 - B) La procréation médicalement assistée**

- II) Le droit à l'enfant et le partenaire homosexuel : l'admission en question d'un lien de filiation.**
- A) La question de l'établissement d'un lien de filiation avec le partenaire par la voie de l'adoption simple**
 - B) Les débats doctrinaux suscités par la possibilité réservée de la délégation d'autorité**

OU pour une variante du II

- A) Le moyen d'un établissement du lien avec le partenaire : l'adoption simple**
- B) Les conséquences incertaines de l'établissement du lien avec le partenaire : adoption, délégation, interrogations**