



HAL
open science

De la parenté homosexuelle : entre droit et réalité, ce que dit la loi, ce que font les juges

Virginie Fraissinier-Amiot

► **To cite this version:**

Virginie Fraissinier-Amiot. De la parenté homosexuelle : entre droit et réalité, ce que dit la loi, ce que font les juges. Revue juridique de l'Océan Indien, 2002, 02, pp.91-118. hal-02541596

HAL Id: hal-02541596

<https://hal.univ-reunion.fr/hal-02541596v1>

Submitted on 14 Apr 2020

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.

DE LA PARENTALITE HOMOSEXUELLE : ENTRE DROIT ET REALITE, CE QUE DIT LA LOI, CE QUE FONT LES JUGES

Par Virginie FRAISSINIER-AMIOT
Doctorante à l'Université de La Réunion

Depuis quelques années, les revendications des personnes homosexuelles, notamment celles relatives à l'élimination des discriminations liées à l'orientation sexuelle ou celles liées à la reconnaissance juridique du couple homosexuel, semblent avoir reçu un écho favorable tant de la part des politiques¹ que de l'opinion l'opinion publique².

Aujourd'hui, dans le vaste mouvement qu'est celui de la réforme du droit de la famille s'est cristallisé un débat houleux quant à l'homoparentalité ou la parentalité homosexuelle³. Quelque soit le vocable utilisé, la question est centrée autour d'un seul sujet : la reconnaissance juridique de la « famille homosexuelle ». On constate cependant qu'il existe au fond non pas une, mais quatre formes de « famille homosexuelle », chacune ayant ses particularités propres :

- la famille « recomposée homosexuelle » dans laquelle l'enfant, issu d'une union hétérosexuelle (mariage ou concubinage) précédente, va désormais connaître un foyer homosexuel du fait du changement d'orientation sexuelle de l'un de ses deux parents ;

1 La loi n° 82-683 du 4 août 1982, au *JORF* du 5 août 1982, prononce l'abrogation de l'alinéa 2 de l'article 331 de l'ancien Code pénal qui prévoyait une discrimination quant à l'âge au consentement des relations sexuelles entre hétérosexuels et homosexuels ; la loi n° 85-772 du 25 juillet 1985 portant diverses dispositions d'ordre social, au *JORF* du 27 juillet 1985, interdit toute discrimination à raison des mœurs et donc de l'homosexualité ; entre 1985 et 1996, diverses lois sont adoptées relativement au droit du travail visant à éliminer toute discrimination prise à l'encontre des homosexuels lors de l'embauche ou du licenciement (ex : l'article L. 122-45 Code du travail) ; la loi n° 99-944 du 15 novembre 1999, *JORF* du 16 novembre 1999 reconnaît l'existence juridique du couple homosexuel ; la loi n°2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations vient d'être promulguée. Elle modifie le Code du travail et la loi du 13 juillet 1983 portant droits et devoirs des fonctionnaires, en interdisant explicitement les discriminations en raison de l'orientation sexuelle.

2 Dans un sondage publié dans *Le Monde* du 22 juin 1996, 67% des français pensent que l'homosexualité est une manière comme les autres de vivre sa sexualité (ils étaient 54% en 1986), 77% estiment que dans les couples homosexuels chacun devrait pouvoir hériter de l'autre en cas de décès, 60% pensent qu'ils devraient pouvoir bénéficier de réduction dans les transports. En septembre 1998, un an avant l'adoption du PaCS, 49% des français se prononçaient en sa faveur. Ils sont 64% en janvier 2000 et 70% en septembre 2000 (sondage IPOS pour *Le Monde* du 28 septembre 2000).

3 L'homoparentalité est définie par l'APGL (association des parents et futurs parents gays et lesbiens) comme la situation familiale où un parent au moins s'assume comme homosexuel. La parentalité homosexuelle est définie comme la situation d'éducation dans laquelle une ou plusieurs personnes lesbiennes ou gays remplissent un rôle parental, ces personnes n'ayant pas nécessairement un lien génétique avec l'enfant (*Homoparentalités, état des lieux*, Paris, 2000, ESF éditeur, pp. 283 et 285).

- la famille « co-parentale homosexuelle » dans laquelle l'enfant est issu soit d'une union hétérosexuelle naturelle entre un homme d'un couple gay déjà constitué et une femme d'un couple lesbien lui aussi déjà constitué, soit d'une insémination artificielle « artisanale » appelée encore insémination « naturelle » ou « de fait », c'est-à-dire sans assistance médicale entre deux personnes homosexuelles ;

- la famille « homosexuelle adoptive » dans laquelle l'enfant est adopté ;

- la famille « homosexuelle par procréation médicale assistée ».

Les questions juridiques soulevées par ces quatre types de famille ne sont pas toutes identiques, la seule convergence étant que l'enfant évolue ou évoluera dans un foyer où sinon les deux « parents », au moins l'un des deux est homosexuel. Le débat n'est pas neuf. Déjà, au moment de l'adoption du PACS, les passions de part et d'autre s'étaient élevées. Elles risquent fort de réapparaître, relancées par l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme adopté le 26 février 2002 dans lequel « la France se voit reconnaître le droit de refuser l'adoption aux homosexuels »¹. Cet arrêt, concernant l'adoption par des homosexuel(e)s, est pour nous l'occasion de faire le point sur la question plus vaste de l'homoparentalité.

A la possible parentalité homosexuelle (I) et l'impossible parentalité homosexuelle (II) se mêlent contradictions législatives et jurisprudentielles confrontées à une réalité sociale bien ancrée, celle de l'existence de familles homoparentales².

I/ LA POSSIBLE PARENTALITE HOMOSEXUELLE : FAMILLE RECOMPOSEE ET CO-PARENTALITE HOMOSEXUELLE

Biologiquement, le fait d'être homosexuel n'empêche nullement d'être parent. Le plus souvent, l'enfant est le fruit d'un mariage ou d'un concubinage hétérosexuel qui a échoué par la suite et dont l'un des membres se révèle être homosexuel (« famille recomposée »). Il peut être également issu d'une « union », naturelle ou artificielle, entre un homme et une femme, tous deux homosexuels, déjà engagés ou non dans une relation de couple homosexuel (« famille co-parentale »).

Juridiquement, l'enfant, déjà né, a une filiation connue, soit légitime en cas de mariage des parents, soit naturelle en cas de concubinage ou de co-parentalité³.

1 CrEDH, 26 février 2002, Fretté, non encore publié, disponible sur le site Internet de la CrEDH <http://www.echr.coe.int> et KREMER (P.), « La France se voit reconnaître le droit de refuser l'adoption aux homosexuels », *Le Monde*, 28 février 2002.

2 Selon un sondage BSP publié dans le magazine *Têtu* de janvier 1997, 11% des lesbiennes et 7% des gays ont des enfants ; 45% des premières et 36% des seconds désirent en avoir.

3 Selon Anne Cadoret, « les familles qui choisissent la co-parentalité se glissent dans le schéma de la famille concubine pour asseoir une filiation sans alliance préalable des parents, et dans le schéma des familles recomposées quant au quotidien de la vie de l'enfant. Elles doivent affronter la mise au point préalable d'un accord quant à la production de l'enfant entre un homme et une femme qui resteront toute leur vie dans une relation parentale, alors qu'il se peut qu'aucune relation affective particulière, pas plus que de relation sexuelle, ne mènent à cet accord. Il faut décider, bien sûr, de l'attribution du nom, du partage de l'autorité parentale, de la résidence de l'enfant, et de sa vie quotidienne » (CADORET (A.),

Qui plus est, sa double filiation juridique correspond à sa double filiation biologique. En cas de séparation des deux parents mariés ou en concubinage, ou en cas de désaccord des co-parents homosexuels, le droit va devoir trancher les questions de garde, autorité parentale, droit de visite et d'hébergement. Mais, parents d'un point de vue biologique et juridique, les homosexuels vont parfois être soumis à un traitement défavorable dès lors qu'il s'agit d'accorder la garde ou de prévoir un droit de visite. Bien plus, l'homosexualité masculine sera considérée comme plus « grave » que l'homosexualité féminine¹. Une double discrimination apparaît alors : d'une part celle fondée sur l'orientation sexuelle, entre hétérosexuels et homosexuels, d'autre part, celle fondée sur le sexe, entre lesbiennes et homosexuels.

Entre textes de loi non discriminatoires (A) et jurisprudence diversifiée (B), l'homosexualité du/des parent(s) joue un rôle dans l'attribution de l'autorité parentale, du droit de garde et du droit de visite.

A/ Autorité parentale, droit de garde et droit de visite : une législation non-discriminatoire

L'article 372 du Code civil relatif à l'autorité parentale précise que celle-ci « est exercée en commun par les deux parents s'ils sont mariés. Elle est également exercée en commun si les parents d'un enfant naturel, l'ayant tous deux reconnu avant qu'il ait atteint l'âge d'un an, vivent en commun au moment de la reconnaissance (...) ». Ceci couvre les cas de mariage ou de concubinage, à l'origine hétérosexuels, au cours desquels un ou plusieurs enfants naissent. L'article 374 du Code civil prévoit en outre que « lorsque la filiation est établie à l'égard de ses deux parents selon des modalités autres que celles prévues par l'article 372, l'autorité parentale est exercée par la mère. (...). Dans tous les cas, le juge aux affaires familiales peut, à la demande du père (...), modifier les conditions d'exercice de l'autorité parentale à l'égard d'un enfant naturel ». Ceci couvre les cas où il y a co-parentalité entre deux parents biologiques homosexuels qui ont reconnu leur enfant mais qui n'ont jamais vécu ensemble.

En cas de divorce, l'article 287 du Code civil dispose que « l'autorité parentale est exercée en commun par les deux parents. Le juge désigne, à défaut d'accord amiable ou si cet accord lui apparaît contraire à l'intérêt de l'enfant, le parent chez lequel les enfants ont leur résidence habituelle. Si l'intérêt de l'enfant le commande, le juge peut confier l'exercice de l'autorité parentale à l'un des deux parents ». L'article 288 poursuit : « le parent qui n'a pas l'exercice de l'autorité parentale conserve le droit de surveiller l'entretien et l'éducation des enfants. (...) ».

« L'homoparentalité : un défi sociologique et juridique », Note de synthèse : Convention de recherche CNRS/CNAF n°99/508, décembre 2000, disponible sur www.France.qrd.org/assocs/apgl/documents.

1 SCHULZ (M.), « Lesbiennes : les silences du droit », *Revue Les Temps Modernes*, n°598, mars-avril 1998, p. 128 : « Les homosexuels des deux sexes ne sont pas égaux devant les tribunaux : l'homosexualité de la femme est plus souvent bénigne, et ne l'empêche pas toujours de pouvoir élever ses enfants, alors que l'homosexualité masculine est une perversion grave, un danger moral de perversion des enfants (la peur de la pédophilie n'est jamais très loin) qui rend les pères indignes de remplir leur devoir d'éducation envers leur progéniture ».

Un droit de visite et d'hébergement ne peut lui être refusé que pour des motifs graves ». En principe, le juge décide de l'autorité parentale conjointe. La fixation de la résidence de l'enfant relève alors du choix des parents eux-mêmes¹ sauf en cas de désaccord ou si le juge estime qu'il existe des raisons pour en décider autrement. Pour se faire, il peut s'appuyer sur le désir de l'enfant, lorsque celui-ci est en âge de l'exprimer², ou encore sur des enquêtes sociales et/ou médico-psychologiques. Le juge peut également décider qu'un seul des parents est « digne » d'exercer l'autorité parentale, l'autre n'ayant qu'un droit de visite et d'hébergement³.

Les mêmes solutions sont applicables au cas de séparation de parents concubins, voire de désaccords entre co-parents homosexuels.

Les textes français ne sont pas les seuls à invoquer une responsabilité commune des parents dans l'éducation de leurs enfants.

Au plan international, la Convention Internationale des Droits de l'Enfant du 20 novembre 1989⁴ dispose que « les Etats parties s'emploient de leur mieux à assurer la reconnaissance du principe selon lequel les deux parents ont une responsabilité commune pour ce qui est d'élever l'enfant et assurer son développement ». Elle ajoute, dans son article 3 que « dans toutes les décisions concernant les enfants, (...), l'intérêt de l'enfant doit être une considération primordiale ». Au niveau européen, le Parlement, dans une résolution du 8 juillet 1992 portant « Charte européenne des droits de l'enfant »⁵, a prévu, dans son article 8-11, que « le père et la mère ont une responsabilité conjointe quant au développement et l'éducation de leur enfant ». Concernant plus particulièrement les homosexuels l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, a adopté une recommandation, le 1^{er} octobre 1981, préconisant que « la garde, le droit de visite et l'hébergement des enfants par leurs parents ne soient pas limités pour la seule raison du penchant homosexuel de l'un d'entre eux ».

Dans tous les cas, l'intérêt de l'enfant doit primer, indépendamment des préférences sexuelles des parents. Cet intérêt est toutefois un principe à « caractère

1 L'article 290 du Code civil dispose que « le juge tient compte des accords passés entre les parents ».

2 L'article 338-1 du Code civil prévoit en effet que « dans toute procédure le concernant, le mineur capable de discernement peut, (...), être entendu par le juge (...) ». L'article 12 de la Convention Internationale des droits de l'enfant prescrit quant à elle que « les Etats parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et son degré de maturité (...) ».

3 L'expression « droit de visite et d'hébergement » est également employée pour définir la situation du parent qui, en cas d'autorité parentale conjointe, n'a pas eu la garde de l'enfant mais a le droit de le voir.

4 A noter que la Cour de cassation refuse l'applicabilité directe de cette convention (10 mars 1993, arrêt Lejeune, *Dalloz* 1993, p. 361 et *Rep. Defrénois*, 1993, art. 35585, note J. Massip ; 13 juillet 1994, *JCP* 1995.II.22363) alors que le Conseil d'Etat semble l'admettre (22 septembre 1997, *Droit de la famille*, avril 1998, p. 19, note Murat).

5 Résolution du Parlement européen, 8 juillet 1992, *JOCE* C 241 du 21 septembre 1992, p. 67.

imprécis, fluctuant et subjectif »¹, une notion à contenu variable, que le juge pourra interpréter à sa manière et selon ce qu'il croit conforme aux attentes des justiciables. La jurisprudence relative au droit de garde, de visite et/ou d'hébergement des parents homosexuels reste encore aujourd'hui diversifiée.

B/ Autorité parentale, droit de garde et droit de visite : une jurisprudence diversifiée compte tenu de l'homosexualité

La jurisprudence relative à l'attribution de l'autorité parentale, du droit de garde et du droit de visite et d'hébergement indique, en fait, l'existence de trois appréciations possibles : les droits peuvent être totalement refusés ou retirés en raison de la seule homosexualité (1), les droits sont restreints en raison de l'homosexualité (2), et enfin, les droits sont totalement indifférents à l'homosexualité (3).

1° Les droits refusés ou retirés en raison de l'homosexualité

L'homosexualité peut être la cause directe du refus du droit de garde ou d'un droit de visite et d'hébergement pour le parent en cause. Elle apparaît en effet comme incompatible avec la qualité de parent².

Dans cet état d'esprit, la Cour d'appel de Rennes a jugé que les relations homosexuelles du père sont « immorales et incompatibles avec l'exercice de l'autorité parentale sur de jeunes mineurs », tout droit d'hébergement lui a par ailleurs été refusé, car il convient « d'éviter aux jeunes enfants tout risque inutile en les plaçant dans des situations qui peuvent gravement les perturber »³. La Cour d'appel de Bordeaux a également refusé l'exercice commun de l'autorité parentale au motif que le mari a abandonné le domicile conjugal pour entretenir une relation homosexuelle⁴.

S'il paraît conforme, tant à la morale qu'au droit, d'empêcher qu'un enfant puisse être perturbé par la sexualité de l'un de ses parents, il n'en va pas de même lorsque le refus des juges d'accorder un droit de garde ou de visite et d'hébergement est exclusivement motivé par l'homosexualité du requérant sans regarder par ailleurs si le parent hétérosexuel possède ou non des dispositions « conformes » pour élever un enfant.

Un père ne saurait ainsi imposer à sa fille adolescente ses goûts et ses amis dans le domaine très particulier de la vie affective et sexuelle à un âge où les

1 HAUSER (J.), HUET-WEILER (D.), *Traité de droit civil, fondation et vie de la famille*, Paris, L.G.D.J., 1993, p. 641.

2 L'idée reçue selon laquelle le conjoint homosexuel est nécessairement un mauvais père ou une mauvaise mère existe également à l'étranger : ainsi au Canada, l'affaire Sanders, en 1989, dans laquelle il a été refusé au père le droit d'exercer son droit de visite de nuit parce qu'il vivait avec un partenaire homosexuel, arrêt cité par BRANLARD (J.-P.), *Le sexe et l'état des personnes*, Paris, L.G.D.J., 1993, coll. Bibliothèque de droit privé, p. 385.

3 C.A. Rennes, 27 septembre 1989, *Jurisdata n°048660*.

4 C.A. Bordeaux, 31 mars 1993, *Jurisdata n°040635*. Le refus est toutefois motivé non seulement par l'homosexualité du père mais aussi par l'abandon par celui-ci du domicile conjugal.

traumatismes psychiques peuvent avoir des conséquences déterminantes pour l'avenir de celle-ci, et « tout droit d'hébergement doit lui être refusé, notamment lorsque sa fille se déclare choquée par son mode de vie »¹. De même, le droit de visite doit être suspendu en raison de la fréquentation par le père des milieux homosexuels et de son comportement perturbé qui présente un danger pour les enfants². Dans ces deux affaires, les juges ont agi dans l'intérêt de l'enfant en tenant compte de leurs témoignages et sans se fonder sur leur propre conviction et une éventuelle réprobation de l'homosexualité. En revanche, le retrait par le juge du droit de visite et d'hébergement du père homosexuel pour éviter à l'enfant d'être « gravement perturbé » et « conjurer les risques d'exemple pernicieux » alors même qu'il n'existe pas d'éléments allant dans ce sens paraît beaucoup plus critiquable³.

Deux remarques doivent être faites relativement aux affaires examinées. La première est que seul le droit de visite et d'hébergement était en cause : à aucun moment il n'a été envisagé d'attribuer le droit de garde (droit de résidence habituelle) au parent homosexuel comme si, au fond, un tel droit était inenvisageable en cas d'homosexualité. La seconde est que toutes ces affaires concernaient exclusivement l'homosexualité masculine. La discrimination relative à l'orientation entre hétérosexuels et homosexuels est ici aggravée par celle entre femmes et hommes : seule la mère hétérosexuelle est considérée comme apte à bénéficier du droit de garde. Il semble alors qu'« à la tendance défavorable aux pères en général se surajoutent pour les homosexuels masculins les représentations négatives liées à leur orientation sexuelle, considérée comme irradiant l'ensemble de leur personnalité et tenue aux yeux de très nombreux juges pour difficilement compatible avec le maintien de droits paternels libres d'entraves »⁴.

2°/ Les droits restreints en raison de l'homosexualité

L'exercice de l'autorité parentale, du droit de garde ou du droit de visite peut être accordé au parent homosexuel sous certaines conditions.

Un arrêt de la Cour d'appel de Toulouse a de la sorte imposé que le droit de visite et d'hébergement du père homosexuel s'exerce au domicile de la grand-mère paternelle, hors de la présence du concubin du père, l'enfant âgée de sept ans ayant été perturbée par la découverte d'un rapport homosexuel de son père avec un ami⁵. Le 20 mai 1996, la Cour d'appel de Paris supprime le droit d'hébergement et restreint le droit de visite du père homosexuel « parce que l'enfant de neuf ans risque d'être gravement perturbé par l'homosexualité de son père et sa vie en concubinage »⁶. Le 25 septembre 1992, la Cour d'appel de Paris n'a pas hésité à

1 C.A. Montpellier, 7 juillet 1982, *Jurisdata n°000935*.

2 C.A. Bordeaux, 2 mai 1984, *Jurisdata n°041226*.

3 C.A. Reims, 10 mars 1983, *Jurisdata n°042637*.

4 COURTRAY (F.), *Normes sociales, droit et homosexualité*, Aix-en-Provence, Thèse pour le doctorat en droit, 1996, p. 129.

5 C.A. Toulouse, 23 mars 1994, *Jurisdata n° 046821*.

6 C.A. Paris, 20 mai 1996, *Jurisdata n° 021705*.

fixer la résidence habituelle des enfants chez la mère, malgré son homosexualité, mais en excluant toute cohabitation avec une tierce personne de sexe féminin¹.

Deux remarques également sur cette deuxième approche. D'une part, le droit de garde n'est toujours pas envisagé pour le père homosexuel : celui-ci dispose d'un seul droit de visite et d'hébergement réduit. On constate toutefois que les limites sont posées en fonction de l'intérêt exclusif de l'enfant et non sur la seule homosexualité. Si celle-ci est prise en compte, ce n'est pas de façon *a priori*, sur un quelconque préjugé, mais pour des raisons objectives. Cet aspect, plus conforme au droit et à l'égalité, est corroboré par un jugement du tribunal de Paris qui a rejeté la demande d'interdiction de voir l'ami homosexuel du père au cours de l'exercice par celui-ci de son droit de visite et d'hébergement dans la mesure où les enfants étaient déjà partis avec lui en vacances deux années de suite et avaient pu créer des liens d'amitié sans aucun trouble psychologique². D'autre part, le droit de garde a été attribué au parent homosexuel sous certaines conditions : l'homosexualité n'est donc plus un obstacle. Toutefois, l'absence de perturbation des enfants constitue un élément utilisé différemment par les tribunaux selon le sexe du parent homosexuel. Les juges ne restreignent les droits de la mère que lorsque la perturbation des enfants est prouvée, alors que les droits des pères ne sont pleinement reconnus que si l'absence de troubles est rapportée.

Il existe donc une différence d'appréciation selon le sexe du parent homosexuel. Dans de nombreux cas, l'homosexualité reste un frein à l'attribution des droits de garde, notamment l'homosexualité masculine. Selon une étude, « dans une affaire sur deux concernant une mère lesbienne, la résidence des enfants est fixée chez elle, même si celle-ci vit en couple homosexuel, alors que seulement le quart des décisions sont favorables aux pères gays en leur accordant un droit de visite et d'hébergement sans restrictions. (...) Une telle clémence envers les mères semble s'expliquer par le rôle toujours primordial accordé à la mère dans la sphère privée et l'éducation des jeunes enfants : celle-ci est d'abord mère avant d'être lesbienne ; sa sexualité ne représente pas une menace pour les enfants à la différence de l'homosexualité paternelle, qui, selon les juges, fait courir un risque de perversion des enfants, la confusion était souvent de mise entre pédérastie et pédophilie »³. Il a pu être jugé que les tendances homosexuelles de la mère, son caractère dépressif et son repli sur elle-même ne sont pas des causes suffisantes pour faire obstacle à ce que la résidence habituelle des enfants soit fixée chez elle. Dans une affaire similaire concernant un père homosexuel dépressif et suicidaire, les juges, estimant que ce père n'était pas en mesure d'assumer une situation psychologique complexe, ne lui ont accordé aucun droit d'hébergement en plus du droit de visite⁴.

1 C.A. Paris, 25 septembre 1992, *JCP* 1993.IV.359.

2 Tribunal d'instance de Paris, 4 mars 1993, *Jurisdata* n° 055886.

3 SCHULZ (M.), « Lesbiennes : les silences du droit », *Revue Les Temps Modernes*, n°598, mars-avril 1998, pp. 130-133.

4 C.A. Caen, 24 juin 1993, *Jurisdata* n° 050553 et C.A. Paris, 10 mars 1987, *Jurisdata* n°020906.

3°/ Les droits attribués indifféremment de l'homosexualité

Certains exemples montrent que l'orientation sexuelle des parents n'est plus, aujourd'hui, un motif de discrimination. Ceci vaut pour les cas où un seul des parents est homosexuel : on parle alors d'absence de discrimination entre parent hétérosexuel et parent homosexuel, quelque soit leur sexe (a). Ceci vaut également dans les cas où les deux parents sont homosexuels, c'est-à-dire les cas de coparentalité : on parle alors d'absence de discrimination entre parent lesbien et parent homosexuel (b).

a) *L'homosexualité d'un parent indifférente à l'attribution de droits*

Dès 1984, la Cour d'appel de Paris a attribué la garde à la mère homosexuelle, vivant en couple lesbien, sans aucune restriction. La Cour s'appuie sur le fait que la relation homosexuelle entretenue n'était « pas contraire à l'intérêt de l'enfant », notamment du fait que « l'attitude de la compagne était dénuée de toute équivoque à l'égard de l'enfant »¹.

La Cour d'appel d'Angers, le 25 juillet 1995, a décidé de fixer la résidence habituelle des enfants chez la mère dont l'homosexualité ne pouvait lui échapper au motif que les enfants s'étaient rapidement adaptés aux nouvelles conditions de vie chez elle². Un an plus tard, la même Cour a estimé que « la confrontation de l'enfant au couple homosexuel formé par sa mère est inévitable, qu'il soit confié au père ou à la mère. Dès lors, étant donné la prise en charge de l'enfant par sa mère dès sa naissance, de bonnes conditions matérielles et éducatives et les liens affectifs les unissant, la fixation de la résidence de l'enfant chez la mère est conforme à l'intérêt de l'enfant »³.

Dans un arrêt de la Cour d'appel de Pau, la demande de modification de l'autorité parentale d'un père homosexuel vivant en couple avec un autre homme a été accueillie favorablement et l'enfant lui a été confié. Il ressortait des pièces du dossier que l'enfant était beaucoup plus heureuse et épanouie auprès de son père et du concubin de ce dernier qu'auprès de sa mère et du concubin de cette dernière⁴. De la même manière, les juges ont attribué le droit de garde au père homosexuel d'une jeune fille de 15 ans au motif qu'au-delà de l'homosexualité avérée du père, le souhait de l'adolescente était de vivre avec lui⁵.

L'ensemble de la jurisprudence française, aujourd'hui, indique que c'est l'intérêt de l'enfant qui prime et souvent son choix personnel. Cette analyse rejoint celle de la Cour européenne des droits de l'homme selon laquelle « l'homosexualité d'un père ne peut en soi être un motif décisif de refus d'attribution de la garde d'un

1 C.A. Paris, 8 novembre 1984, *Jurisdata* n° 027450.

2 C.A. Angers, 25 juillet 1995, *Jurisdata* n° 050122.

3 C.A. Angers, 22 mai 1996, *Jurisdata* n° 040748.

4 C.A. Pau, 25 avril 1991, *JCP* 1992. IV.127.

5 C.A. Douai, 21 octobre 1993, *Gaz. Pal.* 1994, 1, p. 75.

enfant, en l'occurrence de sexe féminin »¹. Les juges ont unanimement condamné le gouvernement de Lisbonne pour « violation du droit au respect de la vie privée et familiale » d'un père divorcé de 38 ans. Ce dernier s'était vu retirer en 1996 la garde de sa fille, alors âgée de 9 ans, par la Cour d'appel de Lisbonne, parce qu'il vivait avec un homme. Le père s'était pourtant vu confier la garde de sa fille en 1994. Le tribunal aux affaires familiales avait alors estimé qu'il était « plus en mesure » que la mère de donner « les conditions d'une vie équilibrée et tranquille » à sa fille. La Cour d'appel avait contredit ce jugement en affirmant que « l'enfant doit vivre au sein d'une famille, d'une famille traditionnelle portugaise, qui n'est certainement pas celle que son père a décidé de constituer car il vit avec un autre homme comme s'ils étaient mari et femme ». « On est en présence d'une anomalie et un enfant ne doit pas grandir à l'ombre de situations anormales », ajoutait le jugement. La Cour européenne a reconnu que la prise en compte de l'orientation sexuelle du requérant avait été déterminante dans le jugement de la Cour d'appel ; qu'elle constitue une discrimination, car elle consiste en une différence de traitement, sans justification objective et raisonnable. Pour la Cour, c'est l'intérêt de l'enfant qui est déterminant en matière de dévolution des droits parentaux.

b) L'homosexualité des deux parents indifférente à l'attribution de droits

Il s'agit de situations dans lesquelles les parents sont homosexuels et ont décidé de « fabriquer »² un enfant en vue de l'élever non pas ensemble mais dans deux foyers distincts : celui de la mère lesbienne et celui du père homosexuel.

Dans ces circonstances l'homosexualité est forcément indifférente à l'attribution de l'autorité parentale comme à l'attribution du droit de visite et d'hébergement en cas de désaccords entre les parents, ces derniers étant tous deux homosexuels. Les juges semblent avoir tranché, avec une certaine logique, en faveur du maintien des liens parentaux, maternel et paternel, comme en ce qui concerne le divorce ou la séparation de parents hétérosexuels. Relativement à cette question, une affaire doit retenir notre attention.

En l'espèce, un couple lesbien avait fait appel à un donneur lui-même en couple homosexuel. Après une insémination « artisanale » réussie, naît une petite fille reconnue un mois avant sa naissance par ses deux parents biologiques. Pendant quelques mois monsieur M. entretient des relations tant avec sa fille que la mère biologique de celle-ci. Le déménagement de cette dernière et de sa compagne pour une région éloignée du domicile de M. entraîne un désaccord entre les deux parents biologiques. Monsieur M. saisit le juge aux affaires matrimoniales en vue de se voir attribuer la reconnaissance de l'autorité parentale conjointe ainsi qu'un droit de

¹ Cr.EDH, 21 décembre 1999, Salgueiro Da Silva Mouta contre Portugal, Req. n° 33290/96, disponible sur le site Internet <http://www.echr.coe.int>.

² Cette co-parentalité homosexuelle est possible soit par le biais d'une insémination artificielle « artisanale », soit, avant les lois bioéthiques de 1994, par une insémination artificielle assistée médicalement. A ce sujet, voir *infra* l'interdiction pour les homosexuels, seuls ou en couple, de recourir à la procréation médicale assistée.

visite et d'hébergement. Dans une première ordonnance, en date du 18 mai 1990, le juge rejette la demande du père relativement à l'autorité parentale mais lui octroie un droit de visite. En août de la même année, une nouvelle ordonnance demande aux parents de se soumettre à une expertise psychologique à la suite de laquelle le juge a accordé au père un droit de visite plus large tout en lui refusant l'autorité parentale conjointe. Suite à cette décision de rejet, le père a fait appel auprès de la Cour de Bordeaux qui a accueilli sa demande favorablement le 22 avril 1992. Selon la Cour, il « est de l'intérêt de l'enfant de conserver des liens affectifs étroits avec son père afin que l'image paternelle et masculine ne soit pas exclue de son univers immédiat constitué par un couple uniquement féminin et que celui-ci puisse participer aux décisions importantes concernant sa fille »¹.

Cette solution nous semble conforme au droit relatif à l'autorité parentale, droit qui s'appuie sur l'intérêt de l'enfant. Ce n'est peut-être tant pas la nécessité d'introduire une image paternelle dans un foyer uniquement féminin qui est important mais le fait de ne pas priver un enfant de son père ni un père de son enfant dès lors que celui-ci est prêt à assumer sa « charge ». L'impossibilité pour le père de partager l'éducation de son enfant et de participer aux décisions concernant son avenir nous paraît tout aussi injustifiable et préjudiciable que l'arrêt brutal des relations qu'ils avaient pour habitude d'entretenir.

La mère, mademoiselle L., s'est pourvue en cassation en soutenant que « la convention entre un homme et une femme, également engagés dans une relation homosexuelle, en vue de procréer un enfant par insémination artificielle contrevient à des principes d'ordre public ». Elle affirme que cette convention est illicite, qu'elle constitue un détournement de l'insémination artificielle et que, pour ces raisons, l'homme ne saurait demander à exercer sur l'enfant l'autorité parentale normalement dévolue à la mère.

La Cour de cassation, dans un arrêt du 9 mars 1994, n'a pas suivi la requérante. Elle ne s'est pas prononcée en ce qui concerne la méthode adoptée par les parents pour concevoir l'enfant. Elle s'est cantonnée à considérer que « la reconnaissance souscrite par monsieur M. n'ayant pas été contestée, la Cour d'appel était tenue de faire application de l'article 374 du Code civil ».

Les droits du père, qui a légitimement reconnu son enfant, ne peuvent être anéantis du fait de l'illicéité de la méthode de conception employée et ce d'autant que la reconnaissance paternelle était conforme à la réalité biologique. La décision des juges est en tout point conforme à la loi ; au surplus, nous pourrions faire remarquer à la requérante qu'elle était également partie à la convention illicite à laquelle elle a fait référence pour « restreindre » les droits du père biologique.

Cette affaire montre les limites du droit. S'il existe bel et bien aujourd'hui une interdiction de recourir à la procréation médicale assistée pour les

¹ C.A. Bordeaux, 22 avril 1992, *R.T.D. Civ.*, juillet-septembre 1992, p. 552, obs. Hausser (J.) et Huet-Weiller (D.) ; *JCP* 1993, IV, p. 22.

homosexuelles¹, la pratique des inséminations artificielles hors concours médical donne lieu à de nombreuses naissances d'enfants dont les géniteurs entendent « jouer » leur rôle de parent. Les juges ne peuvent et ne doivent alors ignorer ni l'intérêt de l'enfant qui est d'avoir et de conserver des liens affectifs avec ses deux parents, ni le droit à l'autorité parentale conjointe pour les pères qui en font la demande. Il ne pourrait en être autrement que si le père biologique « n'avait servi » qu'à donner son sperme en vue de l'insémination. La Commission européenne des droits de l'homme l'a d'ailleurs rappelé dans une décision du 8 février 1993 rendue contre les Pays-Bas².

L'ensemble des affaires étudiées dans cette première partie aboutit à un double constat. D'une part, l'homosexualité ne constitue pas un empêchement à être parent biologique, l'enfant étant conçu soit de façon naturelle, soit par insémination artificielle artisanale ou médicale avant 1994. D'autre part, l'homosexualité n'est plus un empêchement, du moins dans la majorité des cas, ni à la reconnaissance de l'autorité parentale, ni à l'obtention des droits de visite et d'hébergement.

Aujourd'hui, à travers les familles recomposées homosexuelles et les familles co-parentales homosexuelles, l'homoparentalité ne peut être regardée comme une fiction : c'est une réalité sociale, reconnue par le droit et de plus en plus par la jurisprudence. A côté de ces cas, il existe des situations dans lesquelles l'homoparentalité est impossible, soit que la loi et la jurisprudence l'interdisent, soit que la loi ne l'interdise pas mais que la jurisprudence y soit hostile, soit enfin que la loi l'interdise mais que le juge y soit favorable.

II/ L'IMPOSSIBLE PARENTALITE HOMOSEXUELLE : FAMILLE ADOPTIVE ET PROCREATION MEDICALE ASSISTEE

Il ne s'agit plus de déterminer à quel parent, homosexuel ou hétérosexuel, père ou mère, l'autorité parentale, la garde de l'enfant ou les droits de visite et d'hébergement vont être attribués. Il s'agit de déterminer si une personne homosexuelle est apte et a le droit d'élever un enfant, soit en adoptant soit en recourant à la procréation médicale assistée. Toutefois, les deux cas diffèrent : l'adoption consiste à donner un ou des parents à un enfant ; la procréation médicale assistée consiste à donner un enfant à des parents. Paradoxalement, bien que

¹ Voir *infra*.

² Req n°16944/90, décision du 8 février 1993, M. c/ Pays-Bas, DR 74, p. 120, cité par MEYER (C. A), « L'homosexualité dans la jurisprudence de la Cour et de la Commission européennes des droits de l'homme », *Homosexualités et droit, de la tolérance sociale à la reconnaissance juridique*, sous la direction de Daniel Borrillo, Presses Universitaires de France, 1999, coll. Les voies du droit, pp. 155-182. La commission a déclaré que les autorités nationales n'ont pas agi en méconnaissance de l'article 8 de la CEDH en refusant d'accorder un droit de visite au père biologique (donneur de sperme) d'un enfant élevé par deux femmes homosexuelles dont l'une avait été inséminée par le sperme de l'homme en cause. Selon la Commission, il n'y a pas de vie familiale « entre le père biologique ayant donné son sperme et l'enfant conçu par insémination artificielle du seul fait qu'il y avait don de sperme. Il fallait en plus des contacts réguliers et intenses entre le donneur de sperme et l'enfant ainsi qu'une contribution financière ou autre à son éducation amenant à des rapports personnels étroits ».

l'adoption par une personne homosexuelle célibataire ne soit pas interdite par la loi, la pratique jurisprudentielle est tout autre (A). En revanche, si la procréation médicale assistée est strictement interdite par la loi pour les homosexuel(le)s seul(e)s ou en couple, certaines dérives ont pu être constatées et le juge a dû intervenir en faveur de la famille homoparentale (B).

A/ Adoption et homosexualité : une possibilité législative, une impossibilité jurisprudentielle

Les textes de loi sont relativement larges en matière d'adoption : ils permettent en effet à toute personne, mariée ou célibataire, hétérosexuelle ou homosexuelle, de procéder à une demande d'adoption dès lors que le projet est conforme à l'intérêt de l'enfant (1). En revanche, la jurisprudence s'est montrée beaucoup moins souple (2).

1° La faculté de recourir à l'adoption accordée à la personne homosexuelle

Les règles de l'adoption résultent en grande partie de la loi du 11 juillet 1966¹, loi réformée par celle du 22 décembre 1976². Quelques modifications partielles sont intervenues avec les lois des 8 janvier 1993³, 25 juillet 1994⁴, 8 février 1995 et 5 juillet 1996⁵.

Il existe deux types d'adoption : l'adoption plénière dans laquelle la filiation initiale de l'enfant disparaît entièrement au profit de sa filiation adoptive et l'adoption simple dans laquelle l'adopté conserve des liens avec sa famille d'origine, notamment son nom auquel il accole le nom de la famille adoptive⁶, étant entendu toutefois que la famille d'origine perd l'exercice de l'autorité parentale qui est alors dévolue à la famille adoptive⁷.

Selon les textes actuels l'adoption plénière comme l'adoption simple⁸ ne sont possibles que dans deux cas précisément définis dans le Code civil. D'une part, selon l'article 343, elles sont autorisées pour les couples mariés depuis plus de deux ans⁹ : dans ce cas l'enfant a une filiation adoptive à l'égard des deux requérants. D'autre part, elles sont ouvertes à une personne seule, célibataire, veuve, divorcée,

1 Loi n° 66-500 du 11 juillet 1966, portant réforme de l'adoption.

2 Loi n°76-1179, relative à l'adoption.

3 Loi n° 93-22, relative à l'état-civil, la famille et aux droits de l'enfant.

4 Loi n° 94-629, relative au droit de la famille.

5 Loi n° 95-125, relative à l'organisation des juridictions et loi n° 96-604, relative à l'adoption.

6 Article 363 du Code civil.

7 Article 365 du Code civil selon lequel « l'adoptant est seul investi à l'égard de l'adopté de tous les droits d'autorité parentale (...) ».

8 L'article 361 du Code civil prévoit en effet que « les dispositions des articles 343 à 344 du Code civil (relatifs à l'adoption plénière) sont applicables à l'adoption simple ».

9 L'article 343 dispose que « l'adoption peut être demandée par deux époux non séparés de corps, mariés depuis plus de deux ans ou âgés l'un et l'autre de plus de vingt-huit ans ».

ou même mariée, de plus de 28 ans, en vertu de l'article 343-1¹ : dans ce second cas l'enfant n'aura un lien de filiation adoptive qu'avec une seule personne.

Le premier cas constitue une voie fermée aux homosexuels dans la mesure où ceux-ci ne peuvent accéder au mariage². C'est également une voie fermée aux concubins, qu'ils soient homosexuels ou hétérosexuels, l'article 346 précisant que « nul ne peut être adopté par plusieurs personnes si ce n'est par deux époux ». Déjà prévu par l'article 6 de la Convention européenne en matière d'adoption du 24 avril 1967, le texte exclut que les membres d'un couple non marié puissent adopter ensemble un enfant³. En revanche, l'article 343-1 du Code civil laisse la possibilité à une personne homosexuelle célibataire de faire une demande d'adoption. Rien en effet dans les textes ne prévoit un quelconque empêchement fondé sur l'orientation sexuelle. A ceci s'ajoute la résolution du Parlement européen du 8 février 1994 qui prescrit la suppression « de toute restriction au droit pour les homosexuels d'être parent, d'adopter ou bien d'élever des enfants »⁴. Toutefois, si l'adoption est ouverte ouverte aux célibataires, homosexuels ou hétérosexuels, encore faut-il qu'ils aient reçu l'agrément administratif délivré par les services sociaux qui effectuent une enquête quant aux conditions d'accueil de l'enfant et ce pour la seule adoption plénière⁵.

La pratique de l'agrément est issue de la loi du 6 juin 1984 pour l'adoption des pupilles de l'Etat. L'article 63 du Code de la famille dispose que « les pupilles de l'Etat peuvent être adoptés (...) par des personnes agréées à cet effet, dans des conditions fixées par décret, par le responsable du service de l'aide sociale à l'enfance. Cet agrément est accordé par l'autorité compétente dans un délai qui ne peut excéder neuf mois à compter du jour de la demande ». Les conditions de l'agrément ont par la suite été étendues pour l'adoption des enfants étrangers par la loi du 25 juillet 1985⁶. C'est aux services sociaux du Conseil général de se prononcer quant à la délivrance de l'agrément en s'assurant que « les conditions d'accueil offertes par le demandeur sur les plans familial, éducatif et psychologique correspondent aux besoins et à l'intérêt de l'enfant »⁷.

1 L'article 343-1 prévoit que « l'adoption peut être aussi demandée par toute personne âgée de plus de vingt-huit ans. Si l'adoptant est marié et non séparé de corps, le consentement de son conjoint est nécessaire à moins que ce conjoint ne soit dans l'impossibilité de manifester sa volonté ».

2 Cass. Soc., 11 juillet 1989, *Gaz. Pal.* 1990.1.213, D.1990.582 : « le mariage est l'union, consacrée par la loi, d'un homme et d'une femme » et Cr.EDH, 17 octobre 1986, Mark Rees c/Royaume-Uni, *Dalloz* 1998, chronique p. 369.

3 Convention adoptée par le Conseil de l'Europe, citée par ISOLA (A.), « Les principes d'organisation familiale posés par la législation issue de Conseil de l'Europe », *Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille*, Paris, L.G.D.J., 1996, pp. 31-44.

4 Résolution du 8 février 1994, *JOCE* C-61, p. 40.

5 L'agrément n'est pas requis en ce qui concerne l'adoption simple.

6 L'article 100-3 du Code de la famille prévoit que « les personnes qui souhaitent accueillir, en vue de son adoption, un enfant étranger, doivent demander l'agrément prévu par le présent code ».

7 Article 4 du décret 85-938 du 23 août 1985.

A l'issue de la phase administrative le Tribunal de Grande Instance se prononce sur l'adoption, notamment en vérifiant que les conditions légales sont réunies et que l'adoption est conforme à l'intérêt de l'enfant¹. Depuis la loi du 5 juillet 1996, l'article 353-1 alinéa 1 du Code civil prévoit que « (...) le tribunal vérifie avant de prononcer l'adoption que le ou les requérants ont obtenu l'agrément pour adopter ou en étaient dispensés ». Or, aux demandes émanant de célibataires homosexuel(le)s, les services sociaux ont systématiquement refusé l'agrément.

Dans ces conditions, bien que la loi ne prévoit aucun empêchement eu égard à l'orientation des requérants, et que le Tribunal de Grande Instance, en vertu de l'alinéa 2 de l'article 353-1 du Code civil², ne soit pas lié par la décision de l'autorité administrative relative à l'agrément, l'adoption reste fermée aux personnes homosexuelles célibataires. En effet, il semble qu'aucun Tribunal de Grande Instance ne soit jusqu'à présent allé à l'encontre des prescriptions négatives des services sociaux et des décisions, elles aussi négatives, des juridictions administratives saisies de recours.

2°/ Le refus jurisprudentiel d'accorder l'agrément administratif à la personne homosexuelle

La procédure d'agrément qui relève des services sociaux ne peut *a priori* être « taxée » d'arbitraire. Elle répond aux exigences particulières qui sont de déterminer si le ou les candidat(s) à l'adoption requière(nt) les qualités suffisantes du point de vue professionnel, familial, éducatif ou psychologique pour remplir le rôle de parent(s) dans l'intérêt de l'enfant. Il s'agit en effet de ne pas confier un enfant, déjà certainement traumatisé par l'abandon ou la disparition de sa famille d'origine, entre les mains « du premier venu ». A cet égard, une « sélection » des adoptants est indispensable. De plus, c'est une procédure qui n'est pas fermée puisqu'elle est toujours susceptible d'un recours gracieux et éventuellement d'un recours juridictionnel devant les tribunaux administratifs et le Conseil d'Etat.

L'article 9 du décret du 23 août 1985 relatif à l'agrément, précise que le refus de celui-ci « doit être motivé dans les conditions fixées à l'article 3 de la loi du 11 juillet 1979 susvisée. Il ne peut être motivé par la seule constatation de l'âge ou de la situation matrimoniale du demandeur ». La capacité ou l'incapacité à adopter n'est liée ni au sexe des candidats (homme/femme), ni à leur situation matrimoniale (mariés/célibataires), ni, *a priori*, à leur orientation sexuelle. Rien n'empêche donc un(e) homosexuel(le) d'être agréé(e) dès lors qu'il/elle n'a pas une vie dépravée et dissolue. Les services sociaux n'ont d'ailleurs pas à rechercher l'orientation sexuelle des candidats et encore moins à en tirer prétexte pour refuser l'agrément. Certes, ils peuvent refuser l'agrément à une personne homosexuelle, comme à une personne hétérosexuelle, si les conditions d'accueil de l'enfant ne répondent pas à certains

1 Article 353 du Code civil.

2 Celui-ci dispose que « si l'agrément a été refusé ou s'il n'a pas été délivré dans le délai légal, le tribunal peut prononcer l'adoption s'il estime que les requérants sont aptes à accueillir l'enfant et que celle-ci est conforme à son intérêt ».

critères objectifs, mais l'argument tiré de la seule orientation sexuelle ne devrait pas être pris en considération.

Bien que l'ensemble de la jurisprudence administrative semble prendre en compte l'évolution des modèles familiaux contemporains, notamment en ce qui concerne les familles monoparentales (a), il existe une certaine discrimination à l'égard des homosexuels (b) et des lesbiennes (c) dans l'application des textes de loi.

a) Le refus d'agrément ne peut donc être fondé sur le célibat du demandeur, qu'il soit de sexe féminin ou de sexe masculin.

Les tribunaux administratifs comme le Conseil d'Etat l'ont rappelé à maintes reprises.

Le Conseil d'Etat a précisé, le 4 novembre 1991, que le refus de l'agrément du Président du Conseil général à une femme célibataire au motif que sa « motivation pour l'adoption d'un enfant n'était pas clairement définie par rapport à sa vie personnelle » était une application inexacte de la loi, la personne en question présentant des garanties suffisantes relativement aux conditions d'accueil qu'elle était susceptible d'offrir à un enfant, aussi bien sur les plans psychologique, familial qu'éducatif, et ce, même si elle était célibataire. Selon le Conseil d'Etat, le refus de l'agrément ne peut être fondé exclusivement sur le célibat dans la mesure où « compte tenu de l'état des mœurs, le caractère monoparental du projet d'adoption ne constitue pas en soi un obstacle dirimant (...) dès lors qu'aucun élément précis de nature à faire craindre pour l'intérêt de l'enfant n'est évoqué »¹. Il a réitéré sa position malgré l'absence, dans le projet d'adoption des requérantes, d'image paternelle², la Cour administrative d'appel de Bordeaux estimant à cet égard que si « le statut de célibataire rendrait difficile pour l'enfant la question de la représentation paternelle, cette situation commune à toutes les familles monoparentales, ne peut légalement être opposée à l'intéressée »³.

La même position a été observée en faveur des célibataires de sexe masculin : le tribunal administratif d'Orléans a ainsi décidé de sanctionner le refus d'agrément fondé sur le seul fait que le demandeur était célibataire⁴. Dans la même affaire, le Conseil d'Etat a considéré que le refus d'agrément opposé à la demande d'un célibataire au motif « qu'eu égard à sa conception de la cellule familiale et à ses choix dans ce domaine il n'apparaissait pas en mesure d'apporter le soutien familial indispensable à l'épanouissement d'un enfant » devait être censuré. Il a estimé au contraire, et malgré l'absence d'image maternelle, que l'intéressé « présentait des garanties suffisantes en ce qui concerne les conditions d'accueil sur les plans

1 CE section, 4 novembre 1991, Président du Conseil Général c/Melle L., *AJDA*, janvier 1992, p.65 et *JCP* 1992.IV.208 et 1847.

2 CE, 27 janvier 1995, Département de la Corrèze c/Melle B, Req. n° 154184 et 27 octobre 1995, Département de la Saône et Loire, Req. n° 161788, *AJDA*, 20 décembre 1999, p. 1035.

3 C.A.A Bordeaux, 24 juin 1997, décision inédite citée par MECARY (C.), « Homosexualité et adoption : critique de la jurisprudence », *Homoparentalité, état des lieux*, Paris, ESF éditeur, 2000, p. 50.

4 T.A. Orléans, 22 janvier 1991, *JCP* 1991 éd. G. IV., p. 392.

familial, éducatif et psychologique » et que « les tendances homosexuelles refoulées » ne pouvaient suffire à refuser l'agrément « dès lors qu'aucun élément précis de nature à faire craindre pour l'intérêt de l'enfant n'est évoqué »¹.

L'attitude du juge administratif est en tout point conforme aux textes de loi qui ne prévoient pas de distinction entre couples mariés et célibataires pour l'obtention de l'agrément. En revanche, face aux recours introduits par des célibataires homosexuel(le)s, la jurisprudence a adopté une position beaucoup plus ferme bien que l'orientation sexuelle ne soit pas érigée par la loi en motif de refus d'agrément.

b) *Le cas de la demande d'adoption par un candidat célibataire homosexuel*

En 1991, un professeur de sciences physiques demande l'agrément auprès des services sociaux parisiens. Ces derniers relèvent que le candidat « possède des qualités humaines et éducatives sérieuses », qu'il possède une « compréhension profonde des problèmes concernant l'adoption », « qu'aucun obstacle d'ordre psychologique » ne s'oppose à son projet, et « qu'un enfant serait probablement heureux avec lui ». Malgré ces témoignages positifs, l'agrément lui est refusé en mai 1993 en raison « de l'absence de référence maternelle constante » et de « ses difficultés à projeter dans le concret les bouleversements occasionnés par l'arrivée d'un enfant ». L'administration a confirmé son refus d'agrément en relevant que « les choix de vie » du candidat « ne semblaient pas de nature à présenter les garanties suffisantes quant aux conditions d'accueil d'un enfant », et que « les conditions d'accueil qu'il serait susceptible d'apporter à un enfant pouvaient présenter des risques importants pour l'épanouissement de cet enfant ».

Sans polémiquer ici sur le fait de savoir si une personne homosexuelle est apte ou non à élever un enfant, deux points doivent être soulevés.

D'une part, la première décision administrative de refus est fondée sur « l'absence de référence maternelle », c'est-à-dire en clair, le célibat. Or, la jurisprudence a démontré qu'un tel motif ne pouvait être allégué car contraire au décret de 1985. D'autre part, l'homosexualité du requérant est sous-entendue à travers les termes « choix de vie ». Or, ni la loi, ni le décret de 1985 ne font de l'homosexualité un motif de refus d'agrément.

Saisi, le tribunal administratif de Paris a annulé, le 25 janvier 1995, les décisions de refus. Il considère notamment qu'en se basant sur les « choix de vie de M. F. », l'administration avait entendu évoquer l'homosexualité de ce dernier, laquelle ne pouvait justifier par elle-même un refus d'agrément si elle ne s'accompagnait pas d'un comportement préjudiciable à l'intérêt de l'enfant ». Or, les rapports établis par les services sociaux du département de Paris avaient attribué à M. F. « des qualités humaines et éducatives indéniables ». Le tribunal ajoute « aucune pièce versée au dossier permet d'établir ni même autorise à alléguer que le

¹ CE, 24 avril 1992, Département du Loiret c/T, *Revue Administrative* 1992, p. 328, note Hélène Ruiz-Fabri.

mode de vie de M. F. traduirait un manque de rigueur morale, une instabilité affective, la possibilité de voir détourner l'adoption de ses fins ou tout autre comportement de nature à faire considérer son projet comme dangereux pour tout enfant adopté »¹.

Le 9 octobre 1996, le Conseil d'Etat, saisi par le département de Paris, annule le jugement du tribunal administratif et adopte une position différente conformément aux conclusions rendues par le commissaire du gouvernement. Dans sa décision, le Conseil d'Etat considère qu'il ressort « des pièces du dossier, et notamment des éléments recueillis au cours de l'instruction de la demande de M. F., que celui-ci, eu égard à ses conditions de vie et malgré des qualités humaines et éducatives certaines, ne présentait pas des garanties suffisantes sur les plans familial, éducatif et psychologique pour accueillir un enfant adopté »². La formule laisse apparaître, en filigrane, les motifs du refus d'agrément : le célibat et *a fortiori* l'homosexualité du demandeur.

Les conclusions du commissaire du gouvernement ne manquent pas d'étonner. Si, bien entendu, elles ont été vivement critiquées par les « partisans » de l'adoption par des homosexuel(le)s, elles laissent aussi le juriste quelque peu déconcerté par leurs contradictions.

Plusieurs remarques doivent être formulées.

Tout d'abord, le commissaire du gouvernement rappelle que « l'administration n'a pas motivé son refus par l'homosexualité de M. F. en tant que telle, mais par les risques qui lui ont paru en résulter pour l'enfant ». Paradoxalement, il relève que rien dans le dossier du candidat ne montre que celui-ci ait une vie dissolue et qu'il y ait à craindre pour l'enfant.

En deuxième lieu, il rappelle les termes de l'article 343-1 du Code civil qui ouvre l'adoption aux célibataires et ce sans distinction de sexe ni d'orientation sexuelle. Allant plus loin, il affirme que « décider par voie prétorienne qu'un célibataire homosexuel ne présente pas les garanties suffisantes (...) revient à introduire une discrimination non voulue par le législateur ». Pourtant, l'homosexualité est à la base du refus.

Surtout, pour justifier le refus d'agrément, il se fonde sur des motifs eux aussi sujets à contradiction.

- Le premier motif est tiré de ce qu'il n'existe pas un droit à l'enfant : on ne peut qu'approuver cette constatation. Reconnaître un droit à l'enfant reviendrait en effet à considérer l'enfant comme une créance due à tous. Toutefois, en allant plus loin, s'il n'existe pas un droit à l'enfant pour la personne homosexuelle, il n'existe

1 T.A. Paris, 25 janvier 1995, *Daloz* 1995, II., p. 647, note Boulanger (F.) ; *Les Petites Affiches* n°78, 30 juin 1995, p. 20, note Plouvin (J.-Y.).

2 C.E., 9 octobre 1996, *JCP* 1997.I.3969, p. 53 ; *JCP* 1997.II.22766, conclusion Madame Mauge (C.) ; *Les Petites Affiches* n°83, 11 juillet 1997, p. 32, note Massip (J.).

pas plus un droit à l'enfant pour la personne hétérosexuelle. Pourquoi, en ce cas, établir une différence entre les deux et autoriser à l'un ce que l'on refuse à l'autre.

- Le deuxième motif repose sur l'idée qu'à l'heure actuelle l'existence d'un risque psychologique quant à l'absence de « référence maternelle et modèle d'altérité sexuelle » n'est ni confirmée ni infirmée et qu'en pareil cas il conviendrait de donner à l'adopté « un environnement familial stable et épanouissant »¹. Cette attitude prudente est à saluer. Pourtant, il y a là aussi contradiction : l'absence de modèle maternel existe tout aussi bien dans le cas de l'adoption par un célibataire de sexe masculin. Une telle adoption est pourtant autorisée tant par la loi que par le juge comme le démontrent les arrêts précités du Tribunal administratif d'Orléans et du Conseil d'Etat de janvier 1991 et avril 1992. De même, il paraît douteux qu'aujourd'hui encore la prudence détermine un refus d'agrément sur le motif que l'homosexualité du parent entraînera l'homosexualité future de l'enfant².

- Le troisième motif invoqué met l'accent sur le fait que la loi ne reconnaît pas expressément l'adoption en faveur des homosexuel(le)s. Certes, ni le texte de 1966, ni celui de 1996 ne fait état d'une telle mention expresse. Toutefois, elle ne l'interdit pas non plus³.

- Reste, au fond, un quatrième argument qui nous paraît juridiquement plus orthodoxe. Selon le commissaire du gouvernement, le parallèle qui pourrait être établi entre le fait qu'un parent homosexuel puisse exercer un droit de visite et/ou d'hébergement comme cela leur a été reconnu dans de nombreuses décisions⁴ et le fait que des homosexuels puissent adopter un enfant n'est pas pertinent. En effet, dans le premier cas il existe déjà un lien de filiation, et qui plus est un lien biologique, alors que dans le second cas il s'agit d'établir un lien de filiation, lien qui n'est que futur et hypothétique. De plus, dans le premier cas, l'enfant a déjà tissé des relations affectives avec son/ses parent(s) homosexuel(le)s alors que dans l'adoption de telles relations n'existent pas encore.

1 Pierre Murat, dans son article « Vers la famille homosexuelle par adoption », *Droit de la famille*, Editions du Juris-Classeur, avril 2000, p. 4, parle de « principe de précaution ». Il souligne que « l'adoption est soumise à une finalité qui est en premier lieu d'offrir à un enfant sans famille un cadre familial jugé plus favorable à son développement. Dans cette optique, au nom du principe de précaution, il y a lieu d'éviter la création de conditions qui présenteraient *a priori* des risques pour l'enfant ».

2 Il est à rappeler que l'homosexualité n'est pas une maladie contagieuse et que dans l'ensemble, les homosexuel(le)s sont « issu(e)s », dans l'immense majorité, de familles hétérosexuelles tant dans leur « procréation » que dans leur éducation.

3 Toute la question est en fait de savoir si ce que la loi n'interdit pas doit être considéré comme permis, auquel cas l'adoption par une personne homosexuelle doit être autorisée, ou si au contraire, ce qui n'est pas expressément permis doit être considéré comme interdit, auquel cas toute adoption serait fermée à la personne homosexuelle. Il nous semble que c'est la première solution qui doit être retenue, le Commissaire du gouvernement rappelant d'ailleurs que « décider par voie prétorienne qu'un célibataire homosexuel ne présente pas les garanties suffisantes (...) revient à introduire une discrimination non voulue par le législateur ».

4 Voir *supra*, I, B, 3°.

A l'issue de la décision négative rendue par le Conseil d'Etat, le requérant a saisi la Commission européenne des droits de l'homme le 1^{er} avril 1997. Sa requête a été transmise à la Cour européenne des droits de l'homme le 1^{er} novembre 1998, et déclarée partiellement recevable le 12 juin 2001¹. Au cours de l'audience du 2 octobre 2001, les parties ont chacune à leur tour soutenu leur position².

Dans son arrêt du 26 février 2002, la Cour de Strasbourg, après avoir rapporté les faits tels qu'ils ont déjà été exposés, ainsi que les argumentations des parties, a rappelé, dans un premier point et selon sa jurisprudence antérieure, que « la Convention ne garantit pas, en tant que tel, un droit d'adopter »³ et que « le droit au respect d'une vie familiale présuppose l'existence d'une famille et ne protège pas le simple désir de fonder une famille »⁴. En l'espèce, le rejet de la demande d'agrément du requérant ne saurait en soi être considéré comme portant atteinte au droit du requérant au libre développement et épanouissement de sa personnalité ou à la manière dont il mène sa vie, en particulier sa vie sexuelle. Elle ajoute cependant qu'il y a bien eu une « distinction » en fonction de l'orientation sexuelle et que le refus d'agrément repose « de manière déterminante sur l'homosexualité déclarée » du requérant⁵.

1 Le requérant affirme que la seule connaissance de son orientation sexuelle a motivé le refus d'agrément à l'adoption, ce qui méconnaît le droit au respect de sa vie privée et familiale et le principe de non-discrimination. Il soutient qu'il ne revendique pas le droit d'adopter un enfant mais uniquement un droit d'égal accès à l'adoption. Le Gouvernement défendeur estime en premier lieu que le désir du requérant de constituer une famille monoparentale en adoptant un enfant ne relève pas du domaine d'une vie familiale au sens de l'article 8 (droit au respect de la vie privée et familiale) ; il souligne à cet égard que la Cour a toujours pratiqué un contrôle de la « réalité » de la vie familiale, et rejeté les demandes fondées sur ce texte tendant à prendre en compte les seules « aspirations » à développer une vie familiale. Il considère ensuite que le requérant ne peut pas non plus invoquer le droit au respect de sa vie privée comme incluant un « droit d'adopter », ce dernier ne figurant nullement au titre des droits garantis par la Convention.

2 Selon l'avocat du requérant, les « choix de vie », « l'absence de référence maternelle » allégués par l'administration pour motiver son refus sont des euphémismes destinés à dissimuler une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et que « la présomption irréfragable de la jurisprudence française, selon laquelle aucune personne lesbienne ou gay ne présente les garanties suffisantes pour accueillir un enfant adopté, reflète en réalité un préjugé social et une peur irrationnelle ». Le directeur des affaires juridiques du ministère de la Justice, représentant du gouvernement, a reconnu que la « différence de traitement » entre candidats hétérosexuels et homosexuels à l'adoption était en « partie vraie », mais qu'elle reposait sur des critères « objectifs et raisonnables » en vue de préserver « l'intérêt supérieur de l'enfant ».

3 Comm. EDH., 10 juillet 1997, *Dallila Di Lazzaro c. Italie*, n° 31924/96, *D.R. 90*, p. 134.

4 Cr.EDH, *Marckx contre Belgique*, 13 juin 1979, *Série A n° 31*, pp. 14-15.

5 Cr.EDH, 26 février 2002, *Fretté*, <http://www.echr.coe.int> : « le droit interne français autorise toute personne célibataire – homme ou femme – à faire une demande d'adoption, sous réserve de l'obtention de l'agrément et le requérant affirme que les autorités françaises ont rejeté sa demande en se fondant implicitement sur sa seule orientation sexuelle. Si cette affirmation est avérée, il faudra en conclure qu'il y a eu une différence de traitement reposant sur l'orientation sexuelle du requérant, notion qui est couverte, à n'en pas douter, par l'article 14 de la Convention. La Cour convient que les autorités administratives et judiciaires françaises ont motivé leur refus par le « choix de vie » du requérant, sans jamais expressément mentionner son homosexualité. Au vu du dossier, il faut toutefois constater qu'implicitement mais certainement, ce critère renvoyait de manière déterminante à son homosexualité. Le droit garanti au requérant par l'article 343-1 du code civil, qui tombe sous l'empire de l'article 8 de la Convention, est dès lors atteint sur le fondement déterminant de son orientation sexuelle ».

Elle conclut alors que « partant, l'article 14 de la Convention, combiné avec l'article 8, trouve à s'appliquer »¹.

Toutefois, poursuivant son développement, la Cour rappelle également que « les Etats contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer si et dans quelle mesure des différences entre des situations à d'autres égards analogues justifient des distinctions de traitement juridique (...) » et que « (...) la présence ou l'absence d'un dénominateur commun aux systèmes juridiques des Etats contractants peut constituer un facteur pertinent à cet égard »². La Cour estime alors que l'existence d'une distinction, nettement démontrée auparavant, ne peut être considérée comme une discrimination dans la mesure où cette distinction poursuit un but légitime, celui de « protéger la santé et les droits des enfants pouvant être concernés par une procédure d'adoption »³. En retenant qu'à l'heure actuelle il n'existe pas encore un dénominateur commun quant à la question de l'adoption par des homosexuels et que la communauté scientifique reste divisée sur les éventuelles conséquences d'une telle adoption, elle soutient que « les autorités nationales ont légitimement et raisonnablement pu considérer que le droit de pouvoir adopter (...) trouve sa limite dans l'intérêt des enfants susceptibles d'être adoptés »⁴.

La Cour a fini alors par conclure, par 4 voix contre 3 à la non-violation de l'article 14 combiné avec l'article 8, laissant « à la France le droit de refuser une adoption sans enfreindre l'interdiction de discrimination »⁵.

Les conclusions de la Cour montrent bien que le débat est loin d'être clos : adoptées à une courte majorité, elles dévoilent l'embarras des juges à toucher à une question extrêmement délicate. Cette hésitation a été relevée par l'avocat de monsieur Fretté : pour M. Wintemute, le point le plus notable de cette décision est la division de la Cour, qui n'a adopté sa décision que par 4 voix contre 3. « Je note qu'un seul juge sur sept estime réellement que la différence de traitement était justifiée » ajoute Robert Wintemute. Il cite l'opinion partiellement concordante du juge français, à laquelle se sont ralliés les juges tchèque et albanais. Ces derniers ont penché pour la non-violation de l'article 14 combiné avec l'article 8 car, selon eux, l'article 14 ne trouvait pas à s'appliquer (ne trouvant pas à s'appliquer il ne pouvait être violé). Ils se sont appuyés également sur la non-application du protocole n°12, celui-ci n'ayant pas encore été ratifié⁶. Les juges britannique, autrichien et belge

1 Point 33 de l'arrêt Fretté.

2 Point 40 de l'arrêt Fretté.

3 Point 38 de l'arrêt Fretté.

4 Point 42 de l'arrêt Fretté.

5 GAUTHIER (N.), « Homosexuels : l'adoption attendra », Libération, 27 février 2002.

6 Le Protocole n°12 à la Convention européenne des droits de l'homme ouvert à la signature en novembre 2000 est consacré à l'interdiction générale de la discrimination : la garantie de non-discrimination ne sera plus limitée à la jouissance des droits et libertés énoncés par la Convention (comme pour l'article 14), mais élargie à tous les droits reconnus aujourd'hui. Ce protocole n'est pas encore ratifié, et, parmi les Etats membres de l'Union européenne, le Danemark, l'Espagne, la France, la Suède et le Royaume-Uni ne l'ont pas signé à ce jour.

estiment, eux, dans une opinion partiellement dissidente commune, que l'article 14 de la Convention européenne des Droits de l'Homme pouvait parfaitement s'appliquer en la matière et que la différence de traitement est discriminatoire¹.

c) Le cas de la demande d'adoption par une candidate célibataire homosexuelle

Une question pouvait se poser après le refus par le Conseil d'Etat de 1996 et avant l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme de 2002 : l'agrément aurait-il été accepté suite à une demande émanant d'une candidate célibataire homosexuelle ?

La réponse est rapidement intervenue par deux arrêts du 12 février 1997. Reprenant les mêmes formulations que dans l'arrêt de 1996, le Conseil d'Etat estime que la requérante « eu égard à ses conditions de vie et malgré des qualités humaines et éducatives certaines, ne présentait pas des garanties suffisantes sur les plans familial, éducatif et psychologique pour accueillir un enfant adopté »².

Un changement imperceptible est, semble-t-il, intervenu dernièrement.

Tout d'abord, dans l'affaire L, une jeune femme s'était vu refuser l'agrément par les services sociaux du Conseil général de Saône et Loire le 18 avril 1994. Le 28 novembre 1995, le tribunal administratif de Dijon confirme le refus, décision entérinée par la Cour administrative d'appel de Lyon le 7 juillet 1999. Dans l'ensemble les juges ont repris les arguments déjà développés par le Conseil d'Etat en 1996. Toutefois, il faut noter que la Cour administrative d'appel de Lyon a rendu son jugement en contradiction avec les conclusions du commissaire du gouvernement qui était favorable à la requérante³.

Plus récemment encore, le 24 février 2000, le tribunal administratif de Besançon a invalidé le refus d'agrément du Conseil général du Jura, refus qui, comme dans toutes les affaires précédentes, était justifié par « l'absence de référent paternel susceptible de favoriser le développement harmonieux d'un enfant adopté ». Le tribunal a estimé au contraire que la requérante avait « d'incontestables qualités humaines et éducatives ». Le 21 décembre 2000, la Cour administrative d'appel de Nancy, saisie par le Conseil général, a infirmé le premier jugement en se fondant sur la décision du Conseil d'Etat de 1996. Le commissaire du gouvernement avait pourtant plaidé en faveur du droit à l'adoption en soulignant les « qualités d'écoute, d'ouverture d'esprit et de disponibilité de la requérante » ajoutant que si cette dernière avait caché son homosexualité l'agrément ne lui aurait jamais été refusé⁴.

1. Propos de Robert Wintemute cités par Têtu, 27 février 2002, disponible sur le site Internet <http://infos.tetu.com>.

2 CE, 12 février 1997, *Revue française de droit administratif*, mars-avril 1997, p. 441 ; *AJDA*, 20 décembre 1999, p. 1036. Conclusions Christine Maugué (déjà commissaire du gouvernement dans l'arrêt de 1996).

3 Conclusions de M. Bézard, *AJDA*, 20 décembre 1999, p. 1033.

4 Voir MILLOT (O.), « L'espoir déçu de l'institutrice lesbienne », *Libération*, 22 décembre 2000.

Dans cette affaire, conforté par la récente décision de la Cour européenne des droits de l'homme, le Conseil d'Etat a de nouveau réaffirmé sa position négative, le 6 juin 2002.

Au fond, la loi et la jurisprudence sont loin d'être claires.

Soit le droit à l'adoption est ouvert aux célibataires des deux sexes et ce quelque soit leur orientation sexuelle, auquel cas la jurisprudence actuelle doit être modifiée en faveur des homosexuel(le)s, le refus d'agrément ne pouvant être « motivé » par la seule orientation sexuelle des candidats. Cette solution ne devrait en aucun cas aboutir à accepter toutes les demandes d'homosexuel(le)s, mais elle aurait pour but de placer ces derniers sur un pied d'égalité avec les candidats hétérosexuels : les uns comme les autres devraient alors répondre de la même façon aux exigences relatives à l'intérêt de l'enfant. Celui-ci est et doit rester essentiel. Il ne saurait cependant être invoqué pour dénier *a priori* aux célibataires homosexuel(le)s la possibilité d'adopter un enfant, sur la base de préjugés qui ne trouvent aucun fondement dans la réalité observable.

Soit il faut reconnaître de façon explicite que l'adoption par des homosexuel(le)s est contraire à l'intérêt de l'enfant et modifier la législation actuelle. Dans ce cas, il faudrait démontrer que l'enfant, placé dans un « milieu homoparental » rencontre des difficultés d'identité sexuelle, de développement personnel et d'intégration dans la société. Il apparaît toutefois, et contrairement aux dires de la Cour européenne des droits de l'homme, que les enquêtes réalisées au sein de familles « hétéroparentales » et au sein de familles « homoparentales » concordent pour affirmer que le développement des enfants des unes et des autres est similaires¹. A cette constatation, il faut ajouter, et ce toujours en contradiction avec les affirmations de la Cour européenne, qu'il existe aujourd'hui un consensus

¹ Selon l'American Psychological Association « les résultats de la recherche comparant les parents gays et lesbiennes aux parents hétérosexuels et les enfants des parents gays et lesbiennes aux enfants des parents hétérosexuels sont assez uniformes : les stéréotypes courants ne sont pas confirmés par les données ». Concernant plus particulièrement l'identité sexuelle, les études menées jusqu'à présent ne démontrent pas les enfants aient des difficultés particulières à appréhender la différenciation sexuelle. Par ailleurs, leur comportement sexué est le même que les enfants élevés dans un contexte hétéroparental. Concernant leur développement personnel, ces enfants ne pas soumis à des troubles psychiatriques particuliers. En revanche, certains reconnaissent qu'être élevé par un ou des parents homosexuels peut constituer une différence pour un enfant et donc une difficulté d'intégration (JULIEN D., DUBÉ M. et GAGNON I., « Le développement des enfants de parents homosexuels comparé à celui des enfants de parents », *Revue québécoise de psychologie*, vol. 15, n°3, 1994, pp.135-153). Du côté français, NADAUD Stéphane, pédopsychiatre, vient de publier sa thèse (Homoparentalité : une nouvelle chance pour la famille ?, Paris, Fayard, 2002) soutenue en 2000 dans laquelle il démontre que les enfants, filles ou garçons, élevés par des parents gays ou dans un foyer gay ne vont « pas plus mal que d'autres et ne présentent pas de pathologie particulière ». Voir également l'article de SANTUCCI (M.-F.), « Une législation qui varie selon les Etats, L'Europe est divisée, les Etats-Unis aussi », *Libération*, 27 février 2002.

européen relatif à l'élimination de toute discrimination relative à l'orientation sexuelle¹ et un début de consensus en ce qui concerne l'adoption².

Dans tous les cas, une réforme en la matière semble souhaitable pour mettre fin aux contradictions et aux incertitudes actuelles.

B/ Procréation médicale assistée et homosexualité : une interdiction législative stricte parfois détournée

La procréation médicale assistée correspond, selon l'article 152-1 du Code de la santé publique, aux pratiques « cliniques et biologiques permettant la conception in vitro, l'insémination artificielle et le transfert d'embryons ainsi que toutes techniques d'effet équivalent permettant la procréation en dehors du processus naturel ». Les principales règles sont issues des lois du 29 juillet 1994³. En la matière, les textes de loi sont très clairs (1) mais, certaines circonstances ont conduit les juges à se prononcer sur des situations issues de pratiques illicites, voire du vide juridique existant avant 1994 et les lois relatives à la bioéthique (2).

1°/ L'interdiction législative de recourir à la PMA pour la/les personne(s) homosexuelle(s)

L'article 152-2 du Code de la santé publique dispose que « l'assistance médicale à la procréation est destinée à répondre à la demande parentale d'un couple. Elle a pour objet de remédier à l'infertilité dont le caractère pathologique a été médicalement diagnostiqué. Elle peut aussi avoir pour objet d'éviter la transmission à l'enfant d'une maladie d'une particulière gravité. L'homme et la femme formant le couple doivent être vivants, en âge de procréer, mariés ou en mesure d'apporter la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans et consentants préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination ». L'article 311-20 du Code civil prévoit quant à lui que « les époux ou les concubins qui, pour procréer, recourent à une assistance médicale nécessitant l'intervention d'un tiers donneur, doivent préalablement donner, dans des conditions garantissant le secret, leur consentement

1 Il est affirmé notamment au niveau de l'Union européenne (certes comprenant seulement 15 Etats membres) d'abord en 1994 par la résolution du Parlement européen qui prescrit la suppression « de toute restriction au droit pour les homosexuels d'être parent, d'adopter ou bien d'élever des enfants » (voir note n°49), puis, beaucoup plus récemment, par l'article 21 de la Charte de droits fondamentaux de l'Union européenne adoptée en décembre 2000 (certes sans aucune valeur juridique) selon lequel « est interdite, toute discrimination fondée notamment sur (...) l'orientation sexuelle ».

2 Certains Etats, tels la Suède et le Royaume-Uni, ont présenté des projets de loi visant à autoriser les couples homosexuels à adopter. En Espagne, c'est l'opposition socialiste qui a déposé en avril 2001 un projet de loi visant à modifier le code civil pour doter des mêmes droits que les couples hétérosexuels, les couples homosexuels, notamment en ce qui concerne l'adoption d'enfants. La Belgique prépare à l'heure actuelle un texte identique tandis qu'au Danemark le leader du parti radical a annoncé son intention de déposer un texte similaire. Aux Pays-Bas, cette possibilité est déjà une réalité par la loi du 1^{er} avril 2001. Enfin, soulignons qu'en Norvège, c'est l'Eglise elle-même qui s'est prononcée en faveur de l'adoption par des couples homosexuels, position soutenue par le parti de la gauche libérale.

3 Loi n°94-654, relative au don des éléments et produits du corps humain et à l'assistance médicale assistée et loi n° 94-653, relative au respect du corps humain.

au juge ou au notaire, qui les informe des conséquences de leur acte au regard de la filiation ».

Le recours à la procréation médicale assistée est entouré de conditions strictes et semble définitivement clos pour la personne homosexuelle, qu'elle soit en couple ou célibataire, et ce pour deux raisons principales introduites par la loi. D'une part, le recours à la PMA est prévu dans deux cas bien spécifiques : la stérilité avérée d'un membre du couple ou le risque de transmission d'une maladie particulièrement grave à l'enfant. Or, il est bien entendu que l'impossibilité biologique pour un couple de même sexe, gay ou lesbien, de concevoir un enfant, ne peut être considérée comme une « stérilité avérée ». D'autre part, et surtout, le texte fait expressément mention d'un couple hétérosexuel puisque « formé par un homme et une femme, époux ou concubins ». Ceci exclut non seulement les couples homosexuels en concubinage ou pacsés, puisque non formés par un homme et une femme, mais aussi les projets de co-parentalité entre un homosexuel et une lesbienne¹, et les célibataires, hommes, femmes, hétérosexuels comme homosexuels.

La législation française se montre particulièrement restrictive en matière de procréation médicale assistée mais non discriminatoire. Il faut garder à l'esprit que l'ensemble de la question concerne avant tout un enfant à naître. C'est lui qui doit rester au centre du débat et toutes les décisions le concernant doivent être prises dans son unique intérêt. Il s'agit de prendre en compte les droits de l'enfant et non d'instaurer un droit à l'enfant. Rappelons également que de telles méthodes de procréation ont pour but essentiel de remédier à la stérilité d'un des membres du couple. Il s'agit donc avant tout d'un acte à caractère médical. Comme l'avait souligné avec justesse monsieur Mattei dans un rapport de 1994, « les demandes de convenances personnelles s'écartant du domaine médical pour entrer dans le champ social sont déclarées non conformes ni à l'esprit des méthodes, ni à l'objectif médical, ni à l'idée que la société peut se faire de son intervention dans un semblable domaine »². Dans l'arrêt du Conseil d'Etat du 9 octobre 1996 relatif à l'adoption, le commissaire du gouvernement rappelait que « ni les juges, ni le législateur n'ont été dans le sens de la consécration d'un droit à l'enfant », ajoutant que « les récentes lois sur la procréation médicale assistée ont été l'occasion de tracer des limites du droit de l'enfant et de l'appropriation de l'enfant comme source de bonheur individualiste : le recours aux techniques de procréation médicalement assistée doit avoir pour but de remédier à l'infertilité d'un couple. Il ne saurait donc être utilisé pour permettre des procréations de convenance »³.

Cette interdiction concerne aujourd'hui non seulement les lesbiennes célibataires et les couples de lesbiennes qui voudraient recourir à un donneur

1 Dans ce cas, c'est la preuve de la vie commune qui fait défaut.

2 MATTEI (J.-F.), *La vie en question : pour une éthique biomédicale*, rapport au Premier ministre, Paris, La Documentation française, 1994, p. 86.

3 CE, 9 octobre 1996, *JCP éd G.* 1997, II, 22766.

anonyme¹, mais également les homosexuels ou les couples d'homosexuels qui voudraient recourir aux mères de substitution. Le 31 mai 1991 puis le 29 juin 1994, la Cour de cassation a considéré que « la convention par laquelle une femme s'engage, fut-ce à titre gratuit, à concevoir et porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance, contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité des personnes »². La loi du 29 juillet 1994³ a introduit un article 16-7 dans le Code civil, article selon lequel « toute convention portant sur la procréation ou gestion pour le compte d'autrui est nulle ». Eu égard à la dignité de la femme, son corps ne peut être un instrument pour le compte et dans l'intérêt d'autrui et toute solution ou décision allant dans un sens contraire nous paraît détestable et ce d'autant plus lorsqu'une contrepartie financière est envisagée. Comme le souligne François Courtray, la technique de la mère porteuse « renvoie dans les faits à une location d'utérus qui présuppose une dépersonnalisation et une réification de la femme, réduite qu'elle est à devenir un pur moyen de reproduction : machine à fournir des gamètes et à assurer un travail de gestation »⁴.

Pourtant, d'un point de vue biologique, rien n'empêche le « recours » aux inséminations artisanales. Plusieurs centaines d'enfants naissent ainsi chaque année sans que le droit n'intervienne. Dans ces cas, soit le donneur, en règle générale lui-même homosexuel, décide de « partager » la vie de l'enfant (il s'agit de la coparentalité), soit il décide d'être « totalement anonyme », l'enfant ne connaissant alors que sa mère biologique et éventuellement la compagne de celle-ci. Rien n'empêche non plus les homosexuelles célibataires ou en couple de recourir à la PMA à l'étranger où une telle pratique est parfaitement licite⁵. Enfin, le recours à la maternité de substitution est reconnu comme valide dans certains Etats étrangers⁶.

Ces brèches ouvertes à l'encontre du droit sont redoutables. Elles permettent certes aux homosexuel(le)s de satisfaire leur désir d'enfants, mais dans ces cas particuliers l'enfant n'a de lien de filiation qu'avec une seule personne, soit la mère biologique en cas d'insémination avec donneur anonyme, soit son père biologique en cas de naissance par mère-porteuse. L'enfant n'a aucun lien juridique avec le parent « géniteur » puisque soit le « père » est un donneur anonyme, soit la « mère-

1 Loi n° 94-654, sur les dons des éléments et produits du corps humain.

2 Cass, 31 mai 1991, *JCP* 1991.II.21752, note Terré (F.) ; *Les Petites Affiches*, 23 octobre 1991, p. 4 ; *R.T.D. Civ.* 1991, p. 947, note Massip, et Cass., 29 juin 1994, *Bull. I.*, p. 165.

3 Loi n° 94-653, relative au respect du corps humain.

4 COURTRAY (F.), *Normes sociales, droit et homosexualité*, Aix-en-Provence, Thèse pour le doctorat en droit, 1996, p. 207.

5 Certains Etats européens, tels le Royaume-Uni et l'Espagne, se montrent moins fermes et autorisent notamment l'assistance médicale pour les femmes célibataires, y compris homosexuelles. En Belgique, aux Pays-Bas et au Portugal, en l'absence de disposition législative explicite, ce sont les établissements spécialisés qui déterminent les bénéficiaires de ces techniques. Les pratiques belges et néerlandaises, assez libérales, contrastent avec celle des établissements portugais, qui n'admettent pas que les homosexuelles recourent à l'assistance médicale à la procréation (voir un rapport du service des affaires étrangères du Sénat sur l'homoparentalité, janvier 2002 sur le site Internet du Sénat www.senat.fr).

6 C'est le cas notamment en Grande-Bretagne et dans certains Etats des Etats-Unis.

porteuse » a accouché sans reconnaître l'enfant puis l'a abandonné¹. De même, en principe, l'enfant n'a aucun lien juridique avec l'autre membre du couple homosexuel qui partage sa vie et son éducation.

Il existe ainsi, malgré l'interdiction juridique de certaines pratiques, des situations particulières auxquelles le juge doit faire face.

2°/ L'attitude des juges face à l'existence de circonstances exceptionnelles

Le lien entre l'enfant et le parent, voire entre l'enfant et les parents homosexuels biologiques dans le cas de la co-parentalité, semble, eu égard à l'intérêt de l'enfant, ne pouvoir être remis en cause. En effet, au lien purement juridique de filiation s'accompagnent des rapports affectifs certains.

La jurisprudence a été plus loin. Elle a d'abord reconnu un droit de visite, après séparation d'un couple lesbien, à la concubine de la mère biologique, concubine qui pourtant n'avait aucun lien génétique avec l'enfant (a). Elle a ensuite permis à une femme d'adopter les trois enfants mineurs de sa compagne (b).

a) Le droit de visite accordé à l'ex-concubine homosexuelle

En l'espèce, un couple de lesbiennes désirant avoir un enfant a recours à une insémination artisanale avec donneur, lui-même homosexuel. En 1990 puis 1996 naissent deux enfants issus d'une seule des femmes du couple (la mère biologique). Les enfants sont élevés uniquement par le couple lesbien, le père biologique (le même pour les deux enfants) n'ayant d'ailleurs reconnu que le premier. Lors de la rupture du couple, une seule des femmes, la mère biologique, disposait de titres juridiques à l'égard des enfants.

A la demande de la seconde femme, que l'on pourrait qualifier de « second parent », le Tribunal de Grande Instance de Bressuire, le 6 janvier 2000, lui a reconnu un droit de visite et d'hébergement. Pour se faire, le juge s'est fondé sur l'article 371-4 du Code civil et a estimé qu'en « considération de circonstances exceptionnelles, le juge aux affaires familiales peut accorder un droit de correspondance ou de visite à d'autres personnes, parents ou non ». Il ajoute : « il est de l'intérêt des enfants de conserver un lien affectif avec une personne largement impliquée dans leur vie quotidienne et leur éducation »².

b) Le droit d'adopter les enfants de la compagne homosexuelle

Une décision récente du tribunal de Paris vient quelque peu bouleverser le droit établi. A l'origine de ce jugement, deux femmes lesbiennes vivant en couple depuis 20 ans. L'une d'entre elles est la mère biologique de trois petites filles nées

1 Indépendamment du fait qu'il sera très difficile psychologiquement pour l'enfant d'appréhender les circonstances de sa conception et de sa naissance lorsque ces dernières lui seront révélées (si elles le sont un jour), de telles méthodes lui ferment le droit d'avoir, pour une moitié du moins, connaissance de ses origines.

2 TGI Bressuire, 6 janvier 2000, cité dans *Le Monde* du 30 janvier 2000, dans *le Nouvel Observateur* du 17 février 2000. Le 11 octobre 2000, la Cour Suprême américaine a, dans le même sens, confirmé implicitement les droits de visite parentaux d'une lesbienne, ex-compagne de la mère biologique de deux jumeaux qu'elles avaient élevés ensemble.

par insémination artificielle avec donneur anonyme. La seconde vient d'obtenir le droit d'adopter les trois enfants. Cette affaire, la première du genre en France, met en exergue la reconnaissance en droit de la famille homoparentale.

En 1987 le couple formé par deux femmes, ensemble depuis déjà une dizaine d'années, envisage d'avoir des enfants : elles ont recours à l'insémination artificielle avec donneur anonyme grâce à l'aide médicale d'un gynécologue. A l'époque, les lois sur la bioéthique n'étant pas encore adoptées, elles profitent du vide juridique existant. Le premier enfant né en 1994. Quelques années après les deux femmes font de nouveau appel au même médecin. Celui-ci refuse : en effet, la loi sur la bioéthique interdit désormais l'insémination aux célibataires. Elles se rendent alors en Belgique dans un hôpital public où l'insémination est autorisée. Naissent successivement deux autres petites filles en 1997 et 1998, toujours de la même mère (Mme X).

Jusqu'à présent, seule la mère biologique (Mme X.) disposait d'un droit envers les enfants. Celles-ci avaient une filiation du côté maternel, aucune du côté paternel. Par un montage juridique légal, les enfants ont aujourd'hui une double filiation maternelle. Pour se faire, Mme Y., compagne de la mère biologique, a demandé à adopter les enfants par adoption simple. Celle-ci, ouverte aux célibataires de plus de 28 ans quelque soit leur sexe et leur orientation sexuelle, est plus facile que l'adoption plénière car elle ne requière pas l'obtention de l'agrément administratif.

Le Tribunal de Grande Instance, le 27 juin 2001 a autorisé une telle adoption.

Les conséquences sont multiples. Les enfants ont conservé leur nom d'origine (X) auquel est venu s'ajouter celui de l'adoptante (Y). Elles ont aujourd'hui une double filiation : celle d'origine et celle adoptive. En revanche, Mme X., parent d'origine et mère biologique, a dû renoncer à l'exercice de l'autorité parentale aujourd'hui dévolu à sa compagne. Dans la pratique, rien ne semble avoir changé quant à la vie quotidienne des enfants dans la mesure où elles continuent de vivre et d'être éduquées par les deux mêmes personnes. D'une certaine façon elles sont juridiquement mieux protégées car en cas de décès d'une des deux compagnes, l'autre continuera à assurer l'éducation. En revanche, en cas de conflit ou de séparation entre les compagnes, des difficultés ne manqueront pas de surgir.

A la suite de cette décision, les associations d'homosexuels ont demandé une modification des articles 345, 346 et 365 du Code civil pour permettre l'adoption par des concubins et l'exercice en commun de l'autorité parentale entre le parent adoptif et le parent d'origine si le parent adopte l'enfant de son/sa concubin(e)¹. Le 26

¹ A l'heure actuelle, les législations danoise et hollandaise sont les seules qui autorisent explicitement l'adoption d'un enfant par le partenaire homosexuel de son père ou de sa mère : au Danemark, la loi de 1989 sur le « partenariat enregistré » a été modifiée en 1999, notamment pour permettre à l'un des membres du couple d'adopter l'enfant de son partenaire ; aux Pays-Bas, depuis le 1^{er} avril 2001, date de l'entrée en vigueur de la loi sur l'adoption par deux personnes appartenant au même sexe, un enfant de nationalité néerlandaise peut être adopté par le partenaire de son père ou de sa mère, indépendamment du statut juridique du couple et de son orientation sexuelle. En revanche, l'impossibilité d'adopter les enfants

septembre 2001, une proposition de loi a été déposée par le député Jean-Pierre Michel visant à permettre à un(e) pacsé(e) d'adopter les enfants de son/sa partenaire lorsqu'il n'y a pas déjà de seconde filiation.

Force est de constater l'existence de situations où l'homosexualité n'est pas/plus un obstacle à la parentalité : « la réalité sociale est que les homosexuels ont des enfants biologiques »¹. Le droit ne peut nier cet état de fait et ce serait aller à l'encontre de l'intérêt de l'enfant que de vouloir rompre les liens qu'il entretient avec son parent sous prétexte que ce dernier est homosexuel(le). L'ensemble des lois actuelles vont dans ce sens, et la jurisprudence semble de plus en plus « favorable » au maintien des liens affectifs et juridiques entre enfant et parent homosexuel. Il semble d'ailleurs que les derniers bastions de discrimination entre parents homosexuel(le)s et parents hétérosexuel(le)s disparaissent.

Force est de constater aussi le désir des homosexuels de devenir parent en procédant à une adoption. Toutefois, contrairement au cas précédent, il n'existe, à l'origine, aucun lien biologique ni relations affectives entre les « futurs » parents et l'enfant, l'adoption visant à créer un lien juridique. Cette volonté est aujourd'hui contrecarrée par la jurisprudence alors même que la loi n'y est pas hostile. C'est au droit et à la jurisprudence de s'accorder en adoptant des positions communes et concordantes d'autant qu'en la matière il existe une discrimination entre célibataire homosexuel(le) et hétérosexuel(le), mais aussi entre couple hétérosexuel marié et couple non marié, hétérosexuel comme homosexuel.

de son partenaire homosexuel est explicite au Portugal. Elle est implicite en Allemagne, en Angleterre et au Pays de Galles, en Belgique et en Espagne (voir le rapport du service des affaires étrangères du Sénat sur l'homoparentalité, janvier 2002, déjà cité). Certains projets de lois allant dans le sens d'une possible adoption en faveur des couples homosexuels pourraient remettre en question l'interdiction, du moins pour la Belgique, le Royaume-Uni et l'Espagne, d'adopter les enfants du conjoint. Les Pays-Bas, l'Angleterre et le Pays de Galles et, à un moindre degré l'Allemagne, permettent à un couple d'homosexuels d'exercer l'autorité parentale sur un enfant.

1 NICOLAS-MAGUIN (M.-F.), « Parentalité et différences des sexes, la liberté des personnes face au cadre de la loi », *Homoparentalités, état des lieux*, Paris, 2000, ESF éditeur, p. 65.