



HAL
open science

L'avenir de la filiation adoptive

Marie-Christine Le Boursicot

► **To cite this version:**

Marie-Christine Le Boursicot. L'avenir de la filiation adoptive. Revue juridique de l'Océan Indien, 2014, 18, pp.161-177. hal-02545785

HAL Id: hal-02545785

<https://hal.univ-reunion.fr/hal-02545785>

Submitted on 17 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.

L'avenir de la filiation adoptive

Marie-Christine LE BOURSICOT

Conseiller à la Cour de cassation

Résumé :

Le projet de loi ouvrant la possibilité d'adopter aux couples mariés de même sexe intervient dans un contexte particulièrement morose. Le nombre des adoptions internationales s'effondre et ce phénomène est mondial. En France, la jurisprudence se montre plus restrictive que dans le passé à la reconnaissance dans notre droit interne des adoptions étrangères. Mais le projet de réforme, s'il est adopté, mettra fin au principe de l'altérité sexuelle de la filiation invoqué par la Cour de cassation pour refuser la reconnaissance de l'adoption par deux personnes de même sexe prononcée à l'étranger.

Summary :

The bill opening adoption to same-sex married couples occurs in a particularly bleak context. Worldwide, the number of international adoptions has crumbled. In France, case law has grown more restrictive as regards the validation of foreign adoptions. If voted, the proposal for reform will prevent the Cour de cassation from invoking the sexual alterity principle of filiation to refuse the validation of decisions taken abroad granting adoption to same-sex couples.

Quelles sont les perspectives, en cette fin d'année 2012, de la filiation adoptive, filiation par greffe affective, selon notre programme, appelée aussi filiation élective, filiation par la faveur de la loi et la grâce d'un tribunal ainsi que l'a écrit J. RUBELLIN-DEVICHI ?

Les règles de l'adoption sont aujourd'hui totalement différentes de celles de 1804. Le Code civil de 1804 rompait avec la tradition, remontant au XVe siècle de l'interdiction de l'adoption en droit canon : il s'agissait alors de défendre le mariage en ne permettant pas aux enfants du péché de devenir légitimes. Mais dans le code de 1804, l'adopté devait être majeur, c'est-à-dire âgé de plus de 25 ans, et ce n'était pas un couple marié qui adoptait, mais un(e) célibataire ou une personne mariée.

La loi de 1923, qui a autorisé l'adoption des mineurs et l'a ouverte aux couples mariés, a modifié la nature de l'institution : elle est désormais prononcée en faveur de l'adopté. Les différentes réformes intervenues depuis presque un

siècle ont donc été conçues essentiellement dans l'intérêt des adoptés mineurs, égalité des droits avec les enfants légitimes, abaissement de l'âge requis des adoptants pour en faire des parents plus jeunes, procédure de l'agrément administratif préalable notamment : « L'adoption s'est donné une seule priorité, l'enfant »¹.

La réforme annoncée pour 2013 répond-elle à ce même objectif ?

Les trente dernières années ont été marquées par l'essor de l'adoption internationale, devenue majoritaire par rapport à l'adoption interne au début des années 90. Essor qui a nécessité l'élaboration de règles internationales : la Convention de La Haye (CLH) du 29 mai 1993, ratifiée par la France en 1998 et depuis par la plupart des pays d'accueil européens et un grand nombre de pays d'origine (PO) des enfants. Dans ces derniers, sa mise en place provoque des difficultés d'organisation, liées à la nécessité de créer des structures adaptées et souvent de changer la législation.

En France, notre droit de l'adoption, issu de la loi du 11 juillet 1996, qui a institué les deux formes d'adoption que nous connaissons encore aujourd'hui, la plénière et la simple, droit remanié à différentes reprises, notamment par la loi du 5 juillet 1996, s'est révélé assez adapté à cette mutation. La loi du 6 février 2001 a permis de résoudre un certain nombre de questions de conflits de lois en cohérence - et complément - avec la CLH.

Mais l'adoption internationale s'essouffle, s'effondre même. Près de 80 % des familles actuellement candidates à l'adoption, pourtant détentrices de l'agrément délivré par le Président du Conseil général, risquent fort de ne jamais se voir confier d'enfant, alors qu'elles n'étaient que 25 % il y a quinze ans. Le profil des enfants adoptés a changé : ils sont de plus en plus âgés, présentent de plus en plus souvent des besoins spécifiques, en raison de leur passé ou de leur état de santé. On peut se demander alors si l'objet de l'adoption est toujours de faire famille.

Par ailleurs une autre donnée risque de mettre en question le droit positif de l'adoption : le projet de loi autorisant les couples de même sexe à se marier et à adopter conjointement, et à adopter l'enfant du conjoint. L'état civil des enfants adoptés sera-t-il toujours dans l'avenir semblable à celui des enfants dont la filiation est légalement établie par leur acte de naissance ? La loi nouvelle ne risque-t-elle pas de priver définitivement certains adoptés de la possibilité d'avoir à la fois un père et une mère ?

L'encadrement législatif de cette filiation singulière devra sans doute s'adapter à ces évolutions.

¹ J.-F. MATTEI, *Enfant d'ici, enfant d'ailleurs, L'adoption sans frontière*, Rapport au Premier Ministre, Paris, La Documentation française, 1995.

Le champ de l'adoption est vaste, d'où le choix de n'étudier que ces deux questions d'actualité, celle de l'essoufflement de l'adoption internationale et celle des conséquences de la reconnaissance du mariage entre personnes de même sexe.

I.- L'essoufflement de l'adoption internationale

Cet essoufflement est démontré par les chiffres. Mais les limites posées par la loi et les conditions nouvelles posées par la jurisprudence traduisent également une certaine volonté de ne pas assimiler toutes les adoptions internationales.

En France, l'adoption internationale a connu une progression constante du début des années 80 à l'an 2000. Le chiffre est passé de 800 à 900 par an à environ 3500. Puis ce sont 5 années, 2002 à 2006, où le nombre des adoptions internationales semble se stabiliser à 4000 par an environ.

L'année 2007 amorce la décrue. Pour les années 2007, 2008, 2009, le chiffre se situe entre 3000 et 3200, avec une remontée à 3 500 en 2010 (dont 992 enfants haïtiens). Mais la chute n'en est que plus brutale en 2011, à peine 2000, chiffre qui passerait à moins de 1500 en 2012. Cet effondrement n'est pas seulement français. Aux USA, la baisse est de moitié, de 22 000 à 11 000. La diminution du nombre des adoptions internationales se constate dans presque tous les pays d'accueil (Europe + Australie + Canada) en 2011.

Dans le monde entier le nombre d'adoptions internationales qui était de 50 000 environ il y a cinq ans encore, ne serait plus que de 25 000.

25 000, c'est précisément ce nombre, pour la seule France, des familles, couples mariés ou célibataires, qui, titulaires d'un agrément délivré par l'ASE, attendent aujourd'hui l'arrivée d'un enfant. Désormais, un plus grand nombre d'agréments prennent fin par l'expiration de la durée de validité (5 ans) que par l'accueil de l'enfant adopté. Les autorités chinoises procèdent actuellement à des apparentements pour les dossiers de candidats parents qu'elles ont retenus en octobre 2006 ! C'est dire que pour les familles françaises concernées, elles ont déjà dû demander le renouvellement de leur agrément.

Les enfants nés à l'étranger apparentés à des familles françaises sont majoritairement âgés de plus de deux ans, un tiers a plus de quatre ans, 15 % plus de sept ans (dernier pourcentage en augmentation chaque année). Bien entendu, cela modifie le rôle de l'adoption internationale, qui devient davantage une mesure de protection de l'enfant, subsidiaire au maintien dans la famille et dans le pays d'origine, qu'une façon de constituer une famille. Les pays d'origine ne demandent plus seulement aux candidats de démontrer qu'ils seront de bons parents pour un enfant « rêvé », mais des parents adaptés aux besoins spécifiques d'enfants réels et « différents ». Ainsi la Russie exige désormais des

candidats 85 heures de formation, validées par une sorte d'examen. La convention franco-russe en préparation validerait cette exigence.

Pour l'essentiel cette évolution quant aux chiffres et au profil des enfants adoptés résulte du principe de subsidiarité de la convention internationale des droits de l'enfant du 20 novembre 1989. Mais des voix commencent à s'inquiéter pour les enfants qui restent dans leur pays d'origine, non pas dans une famille adoptante, mais dans un établissement.

Le nombre des enfants adoptés nés en France reste constant depuis le début du siècle. Ce sont essentiellement les pupilles de l'État. Le nombre des enfants recueillis par les organismes de l'adoption en France et nés en France se situe entre 10 et 15 chaque année. En 2010, 757 pupilles ont été placées en vue d'adoption, contre 714 un an plus tôt, dont 77 % ont moins d'un an. Ce sont les bébés confiés à la naissance, pour la plupart nés sous le secret. Mais les pupilles adoptés ne représentent qu'un tiers du nombre total des pupilles de l'État, 2 347 au 31 décembre 2010 (y compris ceux déjà placés dans leur famille adoptive). Le rapport de l'Observatoire national de l'enfance en danger indique que les pupilles non confiés en adoption ont en moyenne 10,8 ans.

Mais il n'y a pas que les chiffres de l'adoption internationale qui méritent notre attention. Compte tenu de l'interprétation de la loi du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale par les tribunaux, la question se pose de son adaptation à ces nouvelles données.

Le principe essentiel est que les effets de l'adoption prononcée en France sont ceux de la loi française, ce qui évite de voir se dessiner un patchwork de statuts personnels définis par la loi du pays d'origine. Elle permet aussi la conversion de l'adoption simple prononcée dans le pays d'origine en plénière en France (article 370-5 du Code civil).

Mais cette loi n'est pas favorable à l'adoption des enfants nés dans des pays de droit coranique et les tribunaux (les parquets surtout !) se montrent peu gracieux envers les enfants nés dans certains pays d'origine, curieusement en particulier ceux où la France a un passé de puissance colonisatrice.

A.- L'absence de faveur de la loi : l'interdiction de prononcer l'adoption des enfants recueillis dans des pays de droit coranique

Les versets 4 et 5 de la sourate XXXIII du Coran, intitulée « Les factions », énoncent « *Dieu n'a pas fait... que vos enfants adoptifs soient comme vos propres enfants* » et « *Appelez ces enfants adoptifs du nom de leurs pères, cela est plus juste pour Dieu* » ; le verset 37 de la même sourate évoquant la vie intime du Prophète, rappelle que celui-ci, après avoir adopté son esclave affranchi Zayd et

l'avoir marié à sa cousine Zaynab, l'a répudié et s'est marié avec Zaynab, divorcée de Zayd². Il pourrait être déduit de ces versets que l'adoption est possible à la condition qu'elle puisse être révoquée, comme il est prévu dans la même sourate que l'on peut répudier son épouse, parce qu'elle n'est pas la mère. La parenté par alliance, qui repose sur la volonté humaine et non celle de Dieu, existe, mais n'est pas indéfectible : c'est semble-t-il l'interprétation retenue par les chiïtes, les sunnites considérant au contraire qu'il est interdit de créer un lien de filiation qui ne soit pas charnel.

Cependant, il existe dans les pays de droit musulman, un mode de recueil légal de l'enfant, appelé kafâla, réglementé notamment par le droit de la famille en Algérie et au Maroc.

Chaque année, plusieurs centaines de familles, le plus souvent bi-nationales, recueillent un enfant en kafâla dans son pays de naissance qui ne connaît pas l'adoption, puis retournent avec lui dans leur pays de résidence et de nationalité, qui deviendra celui de l'enfant. Ces familles souhaitent adopter cet enfant. Mais c'est alors que « *des problèmes inextricables apparaissent et un gouffre juridique s'ouvre devant eux* »³, en particulier en France, les autres pays européens, l'Espagne et la Belgique en particulier, se montrant plus pragmatiques et permettant le prononcé de l'adoption.

Avant la loi du 6 février 2001, la Cour de cassation avait jugé⁴ que « *Deux époux français peuvent procéder à l'adoption d'un enfant dont la loi personnelle ne connaît pas ou prohibe cette institution, à la condition qu'indépendamment de cette loi, le représentant légal du mineur ait donné son consentement en pleine connaissance des effets attachés par la loi française à l'adoption* », notamment en cas d'adoption plénière « *du caractère complet et irrévocable des liens entre le mineur et la famille par le sang ou les autorités de tutelle de son pays d'origine* ».

Depuis l'entrée en vigueur de l'article 370-3 alinéa 2 du Code civil, issu de la loi n° 2001-111 du 6 février 2001, qui a posé le principe de l'interdiction de prononcer l'adoption d'un mineur étranger si sa loi personnelle prohibe cette institution, sauf s'il est né et réside habituellement (cela fait une différence !) en France, le prononcé de la kafâla est quasiment devenu un obstacle au prononcé de l'adoption, simple ou plénière⁵. Les deux arrêts de la Cour de cassation du 10

² M.-C. LE BOURSICOT, « La kafâla ou recueil légal des mineurs en droit musulman : une adoption sans filiation », *Droit et Cultures*, 2010/1, p. 59.

³ T. OUBROU, « La kafâla et la sharia », *Dr famille*, janv. 2009.

⁴ Civ. 1^{ère}, 10 mai 1995, Fanthou, Bull. Civ. n° 198.

⁵ Civ. 1^{ère} 10 octobre 2006, n° 06 15 264 et 06 15 265 - 2 espèces - Bull. Civ. n° 431 et 432 ; D. 2007. Chron. 816, H. FULCHIRON ; JCP 2007. II. 10 072, note FARGE ; *ibid.* I. 170, n° 13, obs. J. RUBELLIN-DEVICHI ; *Defrénois* 2007, p. 133, note M. REVILLARD et 307, obs. J. MASSIP ; *AJ. Fam.* 2007, p. 32, obs. BOICHÉ ; *RJPF* 2007-1/35, note M. C. LE BOURSICOT ; *Dr famille* 2007, n° 96, note FARGE ; *RLDC* 2007/40 n° 2610, note THÉVENET-MONTFROND ; Civ. 1^{ère} 9 juillet 2008, *RJPF* 2008-11/26, obs. T. GARÉ ; *RLDC* 2008/54, n° 3196, note G. MARRAUD DES GROTTES et sur renvoi CA Poitiers 20 mai 2009 inédit ; Cass. civ. 25 février 2009.

octobre 2006 ont mis fin à la compréhensive et bienveillante (envers les enfants) résistance des juges du fond qui n'appliquaient pas l'article 370-3 alinéa 2 du Code civil, lequel prohibe en France l'adoption d'enfants nés dans des pays de droit musulman.

Dans un arrêt du 25 février 2009⁶, la Cour de cassation a énoncé que la Convention de La Haye du 29 mai 1993 n'a vocation à s'appliquer qu'aux seuls enfants adoptables, excluant ceux dont le pays d'origine interdit l'adoption et qu'elle ne s'applique pas à la kafâla, reconnue par l'article 20 al. 3 de la Convention de New York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant, comme préservant l'intérêt supérieur de l'enfant.

Les enfants concernés se trouvent donc interdits d'adoption et partant de filiation, au moins avant de pouvoir, après un délai de 5 ans, acquérir la nationalité française (article 21-12 du Code civil, dans sa rédaction issue de la loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003).

Cependant, il faut noter qu'à plusieurs reprises depuis 2006, sur l'initiative de parlementaires de tous horizons politiques, qui n'ont pas la même conception de l'intérêt de l'enfant, chacune des deux assemblées délibérantes a été saisie du problème des enfants recueillis en kafâla : la dernière fois au printemps dernier, lors de la discussion de la proposition de loi de la députée M. Tabarot, des amendements en ce sens ont été déposés par les députés socialistes, qui ont d'ailleurs refusé de voter le texte final en raison du rejet de ces amendements.

B.- Des tribunaux peu gracieux : l'interprétation de l'article 370-5 du Code civil par le ministère public et certains juges du fond

Dans le premier de ses arrêts rendus en matière d'adoption internationale, en date du 7 novembre 1984⁷, la Cour de cassation avait jugé que « *lorsque le consentement à l'adoption par un Français d'un enfant étranger ne précise pas en considération de quel type d'adoption il est donné, ce consentement vaut pour l'une ou l'autre des formes d'adoption que connaît le droit français* » admettant ainsi le principe de la conversion d'une adoption simple étrangère en une adoption plénière française. Dans deux arrêts postérieurs du 31 janvier 1990⁸, la Haute juridiction a été amenée à préciser que lorsque le consentement du représentant légal de l'adopté a été donné spécifiquement à une adoption simple, la conversion en adoption plénière n'est pas possible.

Ces principes, ainsi que ceux de la CLH, sont ceux qui ont inspiré le législateur français en 2001.

⁶ Civ. 1^{ère}, 25 février 2009, Bull. civ. I, n° 41.

⁷ Civ. 1^{ère}, 7 nov. 1984, n° 8312897, Bull. 1984 I n° 294.

⁸ Civ 1^{ère}, 31 janvier 1990, Bull. civ. 1, n° 29, p. 20.

Tout d'abord, l'article 370-5 du Code civil dispose que l'adoption régulièrement prononcée à l'étranger produit en France les effets de l'adoption plénière si elle rompt de manière complète et irrévocable le lien de filiation préexistant. À défaut, elle produit les effets de l'adoption simple.

Qu'en est-il de l'application de ce texte ?

Il y a sept ans, le parquet de Nantes, qui procède à la vérification de l'opposabilité des jugements étrangers d'adoption avant d'en ordonner la transcription sur les registres de l'état civil des Français nés à l'étranger, avait suscité inquiétudes et interrogations quant à la portée de ce texte. De manière systématique, il avait refusé alors la transcription des jugements rendus à Madagascar, prononçant une adoption plénière aux effets calqués sur ceux de la loi française, au prétexte d'un doute sur les conditions de recueil du consentement à l'adoption pourtant contrôlé par les juges malgaches. Une telle interprétation, qui ne correspond ni à la lettre ni à l'esprit du texte, était source d'insécurité juridique pour les enfants adoptés à Madagascar qui se retrouvaient alors sans statut en France⁹.

L'article 370-5 prévoit également que l'adoption simple prononcée dans le pays d'origine peut être convertie en adoption plénière en France « *si les consentements requis ont été donnés expressément en connaissance de cause* ».

Ce texte permet à des enfants nés dans des pays qui ne connaissent qu'une seule forme d'adoption, qui ne peut être assimilée à notre adoption plénière, de bénéficier des effets de cette forme d'adoption en France, leur pays d'accueil.

Cette possibilité de conversion a été introduite dans notre Code civil, en référence à l'article 26 de la Convention de La Haye du 29 mai 1993. Il s'agissait aussi pour le législateur de préciser les règles juridiques de cette conversion, alors qu'une circulaire de la Chancellerie du 16 février 1999¹⁰ recommandait aux magistrats du parquet de s'opposer à cette conversion sur le fondement de l'article 348-5 du Code civil, dès lors que l'enfant n'aurait pas été remis préalablement et effectivement à un organisme autorisé pour l'adoption... française. La Chancellerie, reprenant les conclusions d'un rapport du Conseil supérieur de l'adoption de 1989, dit rapport Boutin du nom de la présidente de ce Conseil, semait ainsi le doute sur les adoptions réalisées à l'étranger par démarche individuelle, en préconisant, dans ces hypothèses, le prononcé d'une adoption

⁹ P. SALVAGE-GEREST, « Adoption internationale : Halte à la présomption irréfragable de vice du consentement parental (Réflexions à propos de l'article 370-3 alinéa 3 du Code civil), *Dr famille* 2007, Étude n° 8. M.-C. LE BOURSICOT, « Coup de frein à la reconnaissance des jugements étrangers », *RJPF* 2007-4, p. 29 : commentaire de deux arrêts de cour d'appel, Rennes 29 janvier 2007 approuvant la position du parquet de Nantes de refus de transcription et Paris 21 décembre 2006, prononçant l'adoption plénière d'une enfant née à Madagascar.

¹⁰ Depuis lors, jugée non réglementaire par le Conseil d'État sur recours d'adoptants et d'associations, v. CE 27 novembre 2000.

simple, révocable et donc réversible. Manifestement, les magistrats de l'administration centrale de la justice avaient omis de consulter le Code civil puisque l'article 361, qui pose les conditions de l'adoption simple, renvoie expressément à l'article 348-5 du Code civil.

Toujours est-il que c'est cette même philosophie qui est aujourd'hui à l'origine des difficultés de conversion des jugements prononcés à Haïti, même si l'opposition au refus de conversion repose désormais sur l'absence de légalisation.

Quelle est la situation des enfants adoptés à Haïti ?

Il faut d'abord comprendre comment cela se passait avant 2010. La loi haïtienne ne prévoyant qu'une seule forme d'adoption, sans rupture du lien de filiation d'origine, les tribunaux français prononçaient la conversion de cette adoption simple en une adoption plénière française conformément à l'article 370-5 du Code civil. Ils se fondaient sur l'existence d'un consentement spécifique donné par les parents de naissance qui acceptaient la rupture complète et irrévocable de ce lien. Ce consentement était recueilli par un juge de paix ou un notaire haïtiens.

Courant 2010, selon une information délivrée officieusement par le service de l'adoption internationale (ministère des Affaires étrangères), les autorités haïtiennes auraient décidé de ne plus légaliser les signatures des notaires et des juges ayant recueilli le consentement spécifique. Le 22 décembre 2010, le ministre de la Justice a adressé une dépêche aux parquets leur enjoignant de s'opposer au prononcé de l'adoption plénière des enfants nés à Haïti, circulaire validée par arrêt du Conseil d'État du 23 juillet 2012, au contraire de celle du 16 février 1999.

Dans un premier temps, la Cour de cassation dans un « non-avis » du 4 avril 2011, a rappelé l'exigence de légalisation des actes d'état civil (bien que le consentement donné à l'adoption ne soit pas un acte d'état civil), - avis auquel se sont référées la plupart des cours d'appel pour refuser désormais les conversions¹¹. Puis la Haute juridiction, par arrêt du 28 novembre 2012, a cassé une décision de la cour d'appel de Rouen du 2 novembre 2011 qui avait converti l'adoption simple en plénière, en se fondant essentiellement sur l'article 370-5 du Code civil qui n'impose aucune forme au consentement à l'adoption, en particulier qu'il soit donné par écrit. La Haute Cour¹² énonce en effet que les actes établis par une autorité étrangère et destinés à être produits devant les juridictions françaises doivent au préalable, selon la coutume internationale et sauf convention internationale contraire, être légalisés pour y produire effet. En faisant ainsi produire effet en France à un acte non légalisé établi par une autorité étrangère, en

¹¹ P. SALVAGE-GEREST, « Légalisation du consentement "éclairé" donné à l'étranger en vue du prononcé d'une adoption plénière : chronologie d'un fiasco judiciaire », *RJPF* 2011-12/11 ; P. GUEZ, « Quand la Cour de cassation fait obstacle à l'adoption plénière des enfants d'Haïti, à propos de l'avis n° 01100005P, 4 avr. 2011 », *D.* 2011, 2016.

¹² Civ. 1^{ère}, n° 12-30090.

l'absence de Convention internationale contraire, la cour d'appel a méconnu la coutume internationale.

Par arrêt du même jour¹³, la Cour de cassation a rejeté les pourvois formés par les adoptants contre deux arrêts de la cour d'appel de Bordeaux, qui contrairement de l'arrêt de Rouen, avaient refusé la conversion, faute de légalisation de l'acte contenant le consentement donné à l'adoption plénière par le représentant légal de l'enfant.

Rappelons que la légalisation ne consiste pas à vérifier la signature de la personne qui a donné son consentement, mais à authentifier celle de la personne qui a reçu ce consentement.

On peut s'interroger sur la signification et la portée de la jurisprudence française. Des enfants haïtiens ont été confiés en plus grand nombre en 2010 et 2011 à des familles espagnoles et italiennes. Or, l'Espagne comme l'Italie ne connaissent qu'une seule forme d'adoption, qui rompt définitivement les liens avec la famille d'origine. Par conséquent, les enfants haïtiens adoptés dans ces deux pays le sont plénièrement, ce qui ne semble pas avoir incité les autorités haïtiennes à interdire ou ralentir leur adoption par les ressortissants de ces deux autres pays.

Or, c'est dans ce contexte plutôt morose que le législateur envisage d'autoriser l'adoption aux couples mariés de même sexe.

II.- La parenté des conjoints de même sexe

A.- Évolution de la jurisprudence concernant l'adoption par les homosexuels

Revenons dix ans en arrière. En février 2002¹⁴, la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH) rejetait la demande de condamnation de la France pour avoir refusé la délivrance d'un agrément pour adopter à M. Fretté, candidat célibataire à l'adoption et homosexuel. Mais six ans plus tard, le 22 janvier 2008, la grande chambre cette fois a condamné la France pour le refus d'agrément opposé à Mme EB, qui vivait en couple avec une autre femme, refus fondé, selon la Cour européenne, sur l'orientation sexuelle de la requérante et donc, discriminatoire¹⁵.

¹³ Civ. 1^{ère}, n° 11-28646 et 11-28645.

¹⁴ Cour EDH, 26 février 2002, req. n° 36515/97, *Fretté c/ France*.

¹⁵ Cour EDH, gr. ch., 22 janvier 2008 n° 43546/02, *EB c/ France*.

Une personne célibataire peut donc aujourd'hui en théorie adopter un enfant, quelle que soit son orientation sexuelle. La difficulté sera pour elle en pratique de faire accepter son dossier par un pays d'origine. Mais, nous savons qu'un certain nombre d'hommes ou de femmes se sont vus confier un enfant, souvent en cachant leur homosexualité, qu'ils élèvent avec leur partenaire de même sexe.

C'est d'ailleurs la raison pour laquelle les opposants les plus farouches à l'adoption par les homosexuels voudraient interdire le prononcé de l'adoption par une personne seule : c'est oublier qu'en 1804, l'adoptant était envisagé comme une personne seule et qu'en 1923, quand il s'est agi de permettre l'adoption des mineurs, il n'était pas question de l'interdire aux célibataires ni aux veuves, très nombreuses au lendemain de la Première Guerre mondiale.

Les couples de même sexe souhaitent sortir de cette quasi-clandestinité ; ils souhaitent surtout mettre les deux partenaires sur le même plan vis-à-vis de l'enfant et qu'ils deviennent ses parents.

Cette préoccupation rejoint celle des couples de femmes, dont l'une – ou les deux – est devenue mère en soit ayant recours à la procréation médicalement assistée, à l'étranger (puisque'elle n'est possible qu'en France que pour raisons médicales et pour des couples, mariés ou non, homme-femme), soit dans une vie hétérosexuelle antérieure, soit encore dans le cadre d'une coparentalité. Des couples d'hommes, plus rares, se retrouvent dans cette situation : ils sont binationaux et ont adopté conjointement dans un pays qui le permet déjà, ou bien l'un d'entre eux est le père biologique (y compris après avoir eu recours à la gestation pour autrui dans un pays où elle est autorisée).

Or le mariage est la clef dans tous ces cas.

Pas d'adoption conjointe d'un enfant qui n'est pas celui de l'un des membres du couple s'il n'y a pas mariage.

Pas d'adoption de l'enfant du partenaire ou du concubin, même simple, car en ce cas, l'autorité parentale est transférée à la seule adoptante, ce qui prive la mère de naissance de ses propres droits. C'est la problématique de l'article 365 du Code civil, complètement sorti de l'ombre avec l'apparition des familles homoparentales. Les couples hétérosexuels, on le suppose, règlent le problème en se mariant !

Pourtant, l'adoption simple en droit français fait coexister filiation d'origine et filiation adoptive et permet d'avoir deux mères et deux pères légaux ; mais elle confère aux seuls adoptants tous les droits d'autorité parentale. La seule exception prévue par cet article est l'adoption de l'enfant du conjoint. Dans ce cas *« l'adoptant a l'autorité parentale concurremment avec son conjoint, lequel en conserve seul l'exercice, sous réserve d'une déclaration conjointe avec l'adoptant devant le greffier en chef du tribunal de grande instance aux fins d'exercice en*

commun de cette autorité ». Comme dans tout couple non marié, la mère de naissance qui consent à l'adoption de son enfant par sa compagne perdrait donc tous ses droits d'autorité parentale : les juridictions françaises refusent pour cette raison de prononcer l'adoption simple malgré le consentement donné par la mère en toute connaissance de cause.

En droit français, l'autorité parentale, d'une durée limitée dans le temps, peut être modulée et déléguée. La loi réformant l'autorité parentale du 4 mars 2002 (L. n° 2002-305) a même assoupli les conditions de cette délégation en permettant aux père et mère, ensemble ou séparément, lorsque les circonstances l'exigent, de saisir le juge aux fins de délégation de l'autorité parentale à un particulier, membre de la famille ou proche digne de confiance (article 377 alinéa 1). Le législateur de 2002 envisageait alors la situation du beau-parent, y compris de même sexe que le parent. Les aménagements prévus par le parent et consacrés par le juge devraient en effet permettre de résoudre les difficultés pratiques des familles « re - ou - autrement » composées, de plus en plus nombreuses.

Dans un arrêt en date du 24 février 2006¹⁶, la Cour de cassation a considéré que l'article 377 alinéa 1^{er} du Code civil ne s'oppose pas à ce qu'une mère seule titulaire de l'autorité parentale en délègue tout ou partie de l'exercice à la femme avec laquelle elle vit en union stable et continue, dès lors que les circonstances l'exigent et que la mesure est conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant.

Mais la portée de cet arrêt a été restreinte par deux arrêts postérieurs du 20 février 2007, qui conditionnent le prononcé de la délégation d'autorité parentale à la preuve que les circonstances l'exigent et à la conformité à l'intérêt de l'enfant¹⁷. La Cour de cassation ferme alors la porte de l'adoption simple en affirmant que « *viole l'article 365 du Code civil la cour d'appel qui prononce une adoption simple en faveur de la compagne pacsée de la mère biologique, alors qu'une telle adoption réalise un transfert des droits d'autorité parentale, privant cette dernière, qui entendait continuer à élever l'enfant, de ses propres droits* ».

Toutefois, elle a aussi jugé le 8 juillet 2010¹⁸ que le partage de l'autorité parentale entre partenaires du même sexe résultant d'un jugement d'adoption simple prononcé à l'étranger n'est pas contraire à l'ordre public international français.

¹⁶ Civ. 1^{ère}, 24 février 2006, n° 04-17.090.

¹⁷ Civ. 1^{ère}, 20 février 2007 N° 04-15.676 : « *Justifie légalement sa décision de rejet de la requête en adoption simple formée par la partenaire d'un pacte civil de solidarité, la cour d'appel qui retient, à juste titre, que la mère biologique perdrait son autorité parentale sur ses enfants en cas d'adoption par sa compagne alors qu'il y a communauté de vie, puis relève que la délégation de l'autorité parentale ne peut être demandée que si les circonstances l'exigent, ce qui n'est ni établi, ni allégué et qu'en l'espèce une telle délégation ou son partage sont, à l'égard d'une adoption, antinomique et contradictoire, l'adoption d'un enfant mineur ayant pour but de conférer l'autorité parentale au seul adoptant* ».

¹⁸ Civ. 1^{ère}, Bull. civ. I, n° 162.

Le 6 octobre 2010, le Conseil constitutionnel¹⁹, saisi par la Cour de cassation de la constitutionnalité de l'article 365 du Code civil, a répondu clairement que ce texte ne faisait pas obstacle à la liberté du parent d'un enfant mineur de vivre avec la personne de son choix ou de conclure avec elle un pacs, ni même à son choix, d'associer son concubin ou partenaire à l'éducation et à la vie de l'enfant. Mais cette situation n'ouvre pas droit à l'établissement d'un lien de filiation, avec toutes ses conséquences quant à l'état des personnes, et surtout, s'agissant d'un mineur, quant à l'autorité parentale. Par ailleurs, le Conseil a considéré que la différence de traitement quant à l'adoption se justifiait par la différence de situation entre les couples mariés et ceux qui ne le sont pas, au regard de l'intérêt de l'enfant. Ce raisonnement peut étonner dans la mesure où l'enfant né hors mariage est désormais sur un strict plan d'égalité avec celui né dans le mariage, mais le cas est différent : le Conseil constitutionnel voit sans doute dans le mariage du parent et du beau-parent, un gage de stabilité pour l'adoption, dont les effets ne s'arrêtent pas à la majorité et se transmettent aux générations futures.

Un certain nombre d'auteurs s'attendaient à la condamnation de la France par la Cour EDH à la suite de son arrêt du 31 août 2010 déclarant recevable la requête de deux femmes Mesdames Gas et Dubois, dont l'argumentation devant la Cour européenne était sensiblement la même que celle invoquée par le couple de femmes à l'origine de la QPC, puisqu'elle était fondée sur le traitement discriminatoire résultant de l'impossibilité pour la compagne de la mère d'adopter l'enfant élevé par le couple formé par elles.

Or l'arrêt rendu le 15 mars 2012²⁰ par la Cour EDH n'a pas condamné la France. Selon son usage, après avoir procédé à un examen exhaustif du droit positif français, de la jurisprudence évoquée, mais aussi des textes et documents du Conseil de l'Europe, dont la Convention européenne en matière d'adoption des enfants révisée, ouverte à la signature le 27 novembre 2008, entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2011, mais ni signée, ni ratifiée par la France, la CEDH a jugé que les requérantes ne justifiaient pas d'une différence de traitement fondée sur leur orientation sexuelle et qu'il n'y avait pas eu atteinte à leur vie privée et familiale.

Enfin, tout récemment par deux arrêts du 7 juin 2012²¹, la Cour de cassation a cassé deux décisions de la cour d'appel de Paris acceptant de reconnaître

¹⁹ QPC n° 2010-39, *RJPF*, 2010, 12/34, note M.- C. LE BOURSIKOT.

²⁰ Cour EDH, 15 mars 2012, req. 25951/07.

²¹ Civ. 1^{ère} n° 1130261 et 11. 30262 ; M.- C. LE BOURSIKOT, « L'adoption par un couple homosexuel se heurte au principe de l'altérité sexuelle de la filiation selon la Cour de cassation », *RJPF*, 2012, p. 31 ; *AJ famille*, 2012, p. 397, note B. HAFTEL ; point de vue A. DIONISI-PEYRUSSE, *D.* 2012, p. 1546, obs. I. GALLMEISTER ; *JCP G* 2012, 728, obs. A. DEVERS ; *JCP G* 2012, 856, avis C. PETIT ; *JCP G*, 2012, 857, note F. CHÉNÉDÉ ; Cassation de CA Paris, 24 févr. 2011, *AJ famille*, 2011, p. 207, obs. N. NORD ; *Dr. famille*, 2011, comm. 87, note M. FARGE ; A. DIONISI-PEYRUSSE, « L'adoption, le mariage et l'altérité sexuelle : du droit international privé au droit interne (à propos des arrêts de la Cour de cassation du 7 juin 2012) », *RJPF*, 2012-10, p. 8.

l'adoption conjointe prononcée à l'étranger pour des couples d'hommes (l'un composé par un Français et un Britannique, l'autre par deux hommes de nationalité française et canadienne). Pour la Haute juridiction, l'absence de mariage n'est pas le principal obstacle à cette reconnaissance, mais la transcription à l'état civil de la décision étrangère impliquerait l'inscription de l'enfant comme né de parents de même sexe, ce qui heurte le principe essentiel du droit français, celui de l'altérité de la filiation.

Ce principe, apparu en juin 2012, pourrait bien n'avoir qu'une brève existence.

Pour résoudre les difficultés pratiques indéniables des familles homosexuelles et éviter toute discrimination pour les enfants qui vivent au sein de ces familles, de toute manière privés d'un double lien de filiation, plusieurs solutions juridiques étaient envisageables :

- modifier l'article 343 afin de donner aux couples pacsés, comme aux couples mariés, la possibilité d'adopter conjointement ;

- modifier l'article 365 afin de viser l'adoption par le concubin ou le partenaire du parent.

Bref, escamoter la clef, c'est-à-dire le mariage.

On pouvait aussi :

- prévoir la possibilité d'adoption simple seulement en l'absence de mariage.

- faciliter les délégations d'autorité parentale en faveur des beaux-parents, en distinguant bien la filiation et la parentalité, laquelle n'a vocation à s'exercer que jusqu'aux dix-huit ans de l'enfant.

B.- La réforme proposée par le Gouvernement

Mais tout au contraire, le projet de loi est maximaliste, puisqu'en ouvrant le mariage aux couples de même sexe, il leur autorise les deux formes d'adoption.

1/ Quelle sera donc la parenté pour les époux de même sexe ?

Il est certain qu'elle ne peut correspondre à la vérité biologique que pour l'un des parents.

Dès lors, c'est l'adoption qui semble a priori retenue pour établir la filiation vis-à-vis du partenaire. Mais les associations (Association des parents et futurs parents gays et lesbiens, APGL, notamment) ne sont pas satisfaites de ce choix.

Les dispositions du projet de loi relatives au mariage lui-même, à l'adoption et au nom de famille sont claires et répondent à la volonté affichée par le titre de l'avant-projet : deux homosexuels pourraient se marier, adopter conjointement un enfant ou adopter en solo l'enfant du conjoint. En revanche, celles visant à mettre en cohérence le vocabulaire du Code civil remplacent les mots « père et mère » par parents, lors de l'établissement des actes de l'état civil, de naissance, de mariage, de décès, ainsi que pour définir les obligations des époux, les règles du consentement à mariage ; cette modification de vocabulaire concerne aussi les règles successorales, celles de la filiation adoptive et de l'autorité parentale. Force est de constater néanmoins que ce toilettage exhaustif ne s'applique pas au titre VII du Livre 1^{er} intitulé « La filiation », excepté les articles relatifs à la dévolution du nom de famille.

Il est donc clair que pour le moment, le gouvernement n'entend pas modifier les règles relatives à l'établissement de la filiation non adoptive et à sa contestation, ce qui a fait réagir les associations d'homoparents. Celles-ci réclament, outre l'accès à la procréation médicalement assistée (PMA), l'instauration d'une présomption de parenté en faveur du conjoint du parent, ce qui lui éviterait de solliciter le prononcé de l'adoption de l'enfant par le tribunal.

2/ Quelles sont les implications de l'avant-projet de loi ?

Article 310 du Code civil : *« Tous les enfants dont la filiation est légalement établie ont les mêmes droits et les mêmes devoirs dans leurs rapports avec leur père et avec leur mère. Ils entrent dans la famille de chacun d'eux ».*

« Filiation légalement établie ». En droit, un géniteur n'est le père, une mère de naissance n'est la mère de l'enfant dont elle a accouché, que si la filiation est légalement établie par l'un des modes prévus par le Code civil. Les « filiations », génétique et sociale, ou encore psychoaffective, qui dans la plupart des cas concordent avec la filiation juridique, sont des modes de preuve en cas de contestation ou de conflit de filiation. Dans notre droit positif, la filiation a donc toujours, ne serait-ce qu'en partie, un caractère volontaire : assumée en cas de déclaration à l'état civil ou de reconnaissance, intentionnelle en cas de procréation médicalement assistée, choisie en cas d'adoption.

C'est au visa de cet article 310 du Code civil, qui pose le principe de l'altérité sexuelle de la filiation, que la 1^{re} chambre de la Cour de cassation a rendu le 12 juin dernier les deux arrêts précités.

Le message est-il passé ?

Il semble que les rédacteurs de l'avant-projet hésitent. Ils n'ont pas franchi le Rubicon, ils ne proposent pas de modifier les textes du Code civil relatifs à la filiation et notamment, l'article 310 sur lequel repose le principe de l'altérité sexuelle de la filiation.

Mais en ouvrant le mariage aux couples de même sexe, le texte projeté leur permet indéniablement d'adopter non seulement l'enfant du conjoint (ce qui était et sera sans doute l'hypothèse la plus fréquente), mais aussi un enfant pupille de l'État ou un enfant né à l'étranger. Et que ce soit l'enfant du conjoint ou un enfant sans lien avec l'un des conjoints, l'adoption plénière comme l'adoption simple seront possibles. Or, si l'adoption simple correspond à un lien de filiation additif au lien d'origine, qui s'inscrit en marge de l'acte de naissance de l'adopté, l'adoption plénière institue une filiation qui se substitue totalement à la filiation d'origine (si elle a été légalement établie) : l'acte de naissance de l'adopté fait apparaître uniquement ses parents adoptifs, il y figure comme issu d'eux.

C'est la raison pour laquelle le texte propose de modifier l'article 34 du Code civil : les actes de l'état civil, actes de naissance et de reconnaissance ne contiendront plus les mots père et mère, qui seront remplacés par le mot « parents ».

On peut déjà remarquer que dans ce toilettage, certains articles semblent oubliés, par exemple l'article 73 du Code civil. On peut s'étonner également de l'emploi du mot parents au pluriel : il faudra bien distinguer entre un parent n° 1 et un parent n° 2, ou bien préciser qu'ils sont deux.

Mais au-delà, on peut surtout s'étonner que ce tour de passe-passe puisse impliquer l'état civil de chacun d'entre nous, en gommant symboliquement l'altérité sexuelle de la filiation à l'état civil : ne serions plus nés d'un père et d'une mère ?

On peut d'autant alors s'interroger sur la nécessité de réformer l'ensemble de l'état civil, sans pour autant oser modifier le droit de la filiation qui repose sur l'altérité sexuelle des parents et sur deux piliers, la vérité biologique et la réalité sociale.

3/ Les critiques et revendications des associations concernées

Les associations critiquent pourtant le projet de loi qui ne prévoit pas l'accès à la procréation médicalement assistée aux couples de même sexe et revendiquent une présomption de parenté en faveur du conjoint du parent « biologique ».

Certes, le 11 septembre 2012, la Garde des sceaux avait affirmé que le projet de loi « *ne prévoit [yait] pas d'élargir l'accès à la procréation médicalement assistée* » aux couples de femmes, ni d'élaborer d'équivalent « *à la "présomption de paternité" qui existe aujourd'hui au sein des couples mariés* ».

La dernière réforme du droit de la filiation (ord. n° 2005-759 du 4 juillet 2005) a laissé subsister la présomption de paternité du mari de la mère (article 312 du Code civil). Mais cette présomption n'a plus la force qui était la sienne dans le

code de 1804. À partir du moment où la preuve a pu être rapportée par l'examen des sangs que le fait présumé était faux, la présomption « *pater is est* » s'est affaiblie, sous l'effet des dispositions de la loi du 3 janvier 1972 réformant le droit de la filiation et de la jurisprudence postérieure. Depuis le début de ce siècle, la paternité pouvant être établie à coup sûr par comparaison des ADN, la présomption cède désormais devant la preuve biologique contraire - qui est de droit²² -, sauf lorsqu'elle est confortée par la réalité affective et sociale que constitue la possession d'état. Aucune présomption de maternité n'a jamais existé : la mère est celle qui accouche, c'est un fait connu et visible qui n'a pas à être présumé.

Par ailleurs, toute reconnaissance de « parenté » peut être contestée, en rapportant la preuve, soit que la mère n'a pas accouché de l'enfant, soit que le mari ou l'auteur de la reconnaissance n'est pas le père (art. 332 du C.civ). Notre droit de la filiation s'appuie donc sur la vérité biologique, même si l'ordonnance de 2005 a accru le rôle de la réalité sociale, en renforçant les effets de la possession d'état et en enfermant les actions en contestation de la filiation dans un délai maximal de dix ans, au lieu de trente antérieurement.

Il est pourtant un cas où le rôle de la volonté du père intentionnel occulte la vérité biologique, c'est celui de l'enfant conçu et né dans le cadre d'une procréation médicalement assistée (PMA) avec donneur, mais cette présomption ne bénéficie qu'à l'homme. Dans l'hypothèse de don d'ovocyte ou d'accueil d'embryon, la mère est biologiquement celle qui accouche.

Sauf à légaliser la gestation pour autrui, ce que n'envisage pas le Gouvernement et qui pose d'autres problèmes éthiques, seuls les couples de femmes pourraient donc accéder à la PMA avec donneur : faudrait-il alors prévoir une présomption de maternité de la conjointe de la mère ? Si elle a la même force que celle actuellement prévue par l'article 311-20 du Code civil, cela signifierait l'impossibilité pour l'enfant d'avoir pour parent une personne de sexe masculin.

Que ce soit dans une PMA, ou en dehors, instituer des présomptions de parenté au sein du couple homosexuel qui ne reposeraient pas sur la vérité biologique de la conception et de la naissance semble difficilement concevable ; et il en est de même en ce qui concerne les reconnaissances volontaires de l'enfant par le conjoint du même sexe que le parent. Certes, il n'est pas inimaginable de contraindre tous les pères, y compris les maris, à reconnaître leur enfant ; ce serait également possible pour les mères, même si cette obligation a disparu de notre droit pour les mères célibataires, en conformité avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Mais la filiation, qui serait ainsi toujours établie de manière volontaire, pourrait être contestée par l'un des conjoints, par l'autre parent biologique et par l'enfant lui-même. Comment empêcher les conflits de filiation, toujours hautement préjudiciables pour l'enfant, comment empêcher

²² Civ. 1^{ère}, 28 mars 2000, Bull. civ.1^{ère}, n° 103.

celui-ci de vouloir faire reconnaître sa parenté « de naissance » dans la ligne occultée, que prévoir en cas de divorce du couple ? Car dans les tribunaux, nous savons bien que les « fausses reconnaissances paternelles » souscrites lors du mariage avec la mère de l'enfant sont bien souvent remises en question lors de la séparation.

Il n'en est pas de même de la filiation adoptive, qui résulte d'un jugement prononcé dans l'intérêt de l'enfant. L'adoption plénière repose sur un engagement irrévocable de l'adoptant. L'adoption simple, qui en droit positif – et c'est désormais une exception dans les pays occidentaux qui ne connaissent plus qu'une forme d'adoption, la plénière –, permet d'avoir deux pères et/ou deux mères et n'est révoquée par le tribunal que pour motifs graves ; selon une jurisprudence constante, le divorce du parent « naturel » et de l'adoptant n'en est pas un à lui seul.

J'ajouterai que si la PMA est pratiquée à l'étranger, puisque non autorisée en droit français, rien ne s'opposera au prononcé de l'adoption en France, demandée par la conjointe de la mère de naissance, le juge n'ayant pas à interroger cette dernière sur les circonstances de la conception.

Reste à savoir si la mutation envisagée par le projet de loi de la seule filiation adoptive, cette fois au profit des seuls adoptants – car il n'est pas démontré, que d'autres mesures législatives n'auraient pas suffi à répondre aux besoins des enfants élevés par des couples de même sexe –, ne va la modifier plus complètement encore. La question de l'adoption par le conjoint du géniteur qui a eu recours à la gestation pour autrui à l'étranger est plus délicate, en raison des dispositions de l'article 16-7 du Code civil et de la jurisprudence de la Cour de cassation²³.

Il est vrai que si chacun d'entre nous devait figurer à l'avenir à l'état civil comme né de deux parents au genre indifférencié, on pourrait affirmer que c'est le droit de la filiation lui-même qui est bouleversé par cette réforme et que le modèle en est devenu l'adoption, c'est-à-dire la filiation élective, totalement détachée de la procréation.

Alors paradoxalement, l'avenir de l'adoption ne serait-il pas de devenir la référence de toute filiation ?

²³ Civ. 1^{ère} 6 avril 2011, n° 09-66486, 10-19053, 09-17130 : la convention portant sur la gestation pour autrui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du C. Civ et ne peut produire aucun effet au regard de la filiation en France.