

Hier le rôle, le titre : pas encore !

Daniel Vigneau, Agrégé des Facultés de droit, Professeur de l'Université de Pau et des Pays de l'Adour

Dans le couple homosexuel, pas d'adoption simple d'un enfant par le partenaire si cela doit conduire à priver l'auteur de l'enfant de ses droits d'autorité parentale !

Voilà, en résumant, ce que l'on peut retenir de deux arrêts importants de la première Chambre civile de la Cour de cassation du 20 février 2007  (1).

Les deux espèces mettaient en cause des femmes homosexuelles vivant en couple, plus précisément en partenariat (PACS). Dans l'une, un enfant, dans l'autre, des jumeaux, étaient nés durant la communauté de vie, et tous étaient rattachés légalement à leur mère. La filiation paternelle de ces enfants, en revanche, n'était pas établie ; sans doute en raison des conditions ayant présidé à leur conception et à leur naissance  (2). Dans les deux cas, l'adoption simple des enfants avait ensuite été demandée, avec le consentement de leur mère, par la partenaire.

La requête de l'une avait été accueillie favorablement (Bourges, 13 avr. 2006), aux motifs que « *l'adoption était conforme à l'intérêt de l'enfant* » et que la mère pouvait « *solliciter un partage ou une délégation d'autorité parentale* ». Celle de l'autre (Paris, 6 mai 2004), avait au contraire été rejetée aux motifs que la mère des deux enfants « *perdrait son autorité parentale sur eux en cas d'adoption... alors qu'il y avait communauté de vie* », qu'en l'espèce, une « *délégation d'autorité parentale ne pouvait être demandée que si les circonstances l'exigeaient, ce qui n'était ni établi, ni allégué* », qu'une « *telle délégation ou son partage étaient, 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* ».

Par l'un des deux arrêts rapportés, la Cour de cassation casse la première décision (Bourges), pour violation de l'article 365 du code civil, aux motifs que « *l'adoption réalisait un transfert des droits d'autorité parentale sur l'enfant, en privant la mère biologique, qui entendait continuer à élever l'enfant, de ses propres droits* ». Par l'autre, elle rejette au contraire le pourvoi contre la deuxième décision (Paris), qu'elle estime légalement justifiée.

Ces deux arrêts, destinés à une large diffusion, seront sans doute l'objet, à n'en pas douter, d'amples commentaires. La Cour de cassation s'appuie principalement, pour motiver chacune de ses décisions, sur la perte par la mère biologique, du fait de l'adoption, de ses droits d'autorité parentale ; ce qui ferme, du moins pour l'instant, la voie de l'adoption dans le couple homosexuel (I). Mais cette motivation, qui permet à la Haute juridiction de régler dans les deux espèces la question posée, n'est pas, selon nous, une réponse suffisante aux problèmes de fond que soulève l'adoption dans le couple homosexuel (II).

I - L'article 365 du code civil relatif aux effets de l'adoption simple, au visa duquel une cassation est prononcée dans l'une des deux affaires, pose le principe selon lequel « *l'adoptant est seul investi à l'égard de l'adopté de tous les droits d'autorité parentale, inclus celui de consentir au mariage de l'adopté* ». Ce principe d'attribution de la fonction parentale à l'adoptant est logique puisque l'adoption, fût-elle simple, est un mode d'établissement de la filiation et institue donc un lien de parenté entre l'adoptant et l'adopté, qui s'étend d'ailleurs, ainsi que le souligne l'article 366, aux enfants de l'adopté.

L'article 365 déroge toutefois au principe d'attribution exclusive de l'autorité parentale à l'adoptant dans un cas : celui de l'adoption en mariage, par l'un des époux, de l'enfant du

conjoint. En ce cas, l'autorité parentale appartient concurremment à l'adoptant et au conjoint ; père ou mère de l'adopté. La loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 (D. 2002. Lég. 1016) a même précisé que le parent par le sang, titulaire de l'autorité parentale, « *en conserve seul l'exercice, sous réserve d'une déclaration conjointe devant le greffier en chef du tribunal de grande instance aux fins d'un exercice en commun de cette autorité* ».

Cette dérogation, limitée à la seule adoption de l'enfant du conjoint, confortée par la loi du 4 mars 2002, n'est évidemment pas transposable à l'adoption simple de l'enfant du partenaire pacsé, ni, *a fortiori*, du concubin non pacsé. Dans les affaires rapportées, l'adoption de l'enfant par la partenaire de la mère ne pouvait donc que priver cette dernière de ses droits d'autorité parentale.

Dans chaque affaire, la mère avait pourtant consenti à l'adoption de son enfant (3). Et l'on peut penser qu'elle avait été dûment informée des conséquences de cette adoption en matière d'autorité parentale. Mais elle entendait aussi, dans tous les cas, continuer à élever sa progéniture, de sorte que la privation de ses droits d'autorité parentale en cas d'adoption par la partenaire pouvait apparaître comme une mesure inadaptée et contraire à l'intérêt bien compris de l'enfant, d'autant qu'en cas de séparation du couple, l'adoption, si elle avait été prononcée, aurait créé un risque de rupture définitive des liens éducatifs et affectifs entre la mère et l'enfant. L'effet de l'adoption simple sur l'autorité parentale de la mère a en tout cas été jugé suffisamment radical pour que la Cour de cassation y puise le motif de droit déterminant de ses décisions.

Dans chaque cas, il avait bien été envisagé de tempérer cet effet de l'adoption en recourant, une fois celle-ci prononcée, à une délégation partage d'autorité parentale en faveur de la mère, en application de l'article 377-1 du code civil (4). L'idée était de démontrer qu'il n'y avait pas d'antinomie entre l'adoption simple et la délégation d'autorité parentale et que l'adoption pouvait constituer une circonstance justifiant une telle délégation. Au demeurant, la Cour de cassation a elle-même admis, par un arrêt du 24 février 2006, que la loi « *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* » (5).

Mais la portée de cet arrêt a manifestement été circonscrite. Il a été souligné en effet qu'il ne visait qu'une hypothèse de délégation d'autorité parentale à la demande d'une mère biologique en faveur de sa compagne, alors que dans les deux affaires en cause, la mère, privée de l'autorité parentale si l'adoption avait été prononcée, n'aurait pu ensuite demander elle-même une telle délégation. Et rien ne permettait, avant le prononcé de l'adoption, de tenir pour acquis que l'adoptante, seule investie de l'autorité parentale, en demanderait effectivement, après l'adoption, la délégation en faveur de la mère. Rien ne permettait non plus d'affirmer qu'une telle mesure serait accordée par le juge au regard des conditions posées par les articles 377 et 337-1.

C'est là, peut être, l'un des points sur lequel le raisonnement suivi atteint ses limites car il s'appuie sur des hypothèses pour justifier le refus de l'adoption demandée ; ce qui, d'une certaine manière, le fragilise. Pour défendre une solution contraire, on pouvait tout aussi bien minimiser le risque d'une éventuelle séparation du couple puisque le couple, dans chaque affaire, était très uni. On pouvait également minimiser le risque d'une absence de demande, par l'adoptant, de délégation d'autorité parentale, après le prononcé de l'adoption, puisque rien, à dire vrai, ne permettait de douter, par avance, de la volonté de l'adoptant de demander une telle délégation.

En outre, on pouvait aussi bien soutenir que l'adoption simple, en raison de sa conséquence légale sur les droits du parent par le sang, constituait une circonstance justifiant, après l'adoption, une demande de délégation partage de l'autorité parentale, afin de permettre à ce parent de recouvrer ses droits et devoirs, notamment d'éducation, envers son enfant. Ce n'était pas, selon nous, l'arrêt du 24 février 2006 qui faisait obstacle à cette analyse, bien au contraire. S'il est exact que cet arrêt, relatif à la délégation d'autorité parentale à la demande d'une mère homosexuelle en faveur de sa compagne, concernait une situation différente de

celle à l'origine des deux affaires rapportées, on peut néanmoins ne pas être pleinement convaincu que les conditions légales de la délégation, telles qu'appréciées par la Cour de cassation en 2006, puissent être présentées comme de rigoureuses exigences de nature à susciter un doute sur le prononcé, après une adoption, d'une même mesure par le juge, à la demande de l'adoptant. Sans doute les conditions légales de la délégation d'autorité parentale sont-elles strictes dans les textes. Mais elles n'ont guère été appliquées strictement par la Haute juridiction dans l'arrêt précité. En quoi, dans cette espèce, des circonstances telles que l'absence de filiation paternelle<sup>(6)</sup>, ou l'éventualité d'un événement accidentel pour la mère ou son éloignement professionnel, pouvaient-elles être considérées comme des circonstances suffisantes pour « exiger » une mesure de délégation d'autorité parentale ? Les réalités du monde du travail autorisent-elles, aujourd'hui, à regarder l'éloignement professionnel comme un fait exceptionnel ? L'éventualité d'un événement accidentel n'est-elle pas, hélas, le lot de chacun. ? En se contentant de telles circonstances pour dire la délégation légalement justifiée, la Cour de cassation avait bel et bien, en la circonstance, réduit son contrôle à une simple formalité. En ajoutant par surcroît, pour valider une demande qui ne précisait rien quant aux attributs de l'autorité parentale à déléguer, que « *le prononcé d'une délégation partielle de l'exercice de l'autorité parentale, sans précision des droits délégués, n'équivaut pas au prononcé d'une délégation totale* », la Haute juridiction n'avait pas davantage, selon nous, témoigné d'une volonté d'appliquer strictement la loi<sup>(7)</sup>. C'est dire qu'à la lumière de cet arrêt, peu exigeant en réalité sur l'application des conditions légales de la délégation d'autorité parentale, il n'aurait pas été surprenant qu'une adoption simple fût considérée, en raison de sa conséquence légale sur les droits du parent par le sang, comme une circonstance suffisante pour justifier, après l'adoption, une demande de délégation partage de l'autorité parentale en faveur de ce parent et dans l'intérêt de son enfant.

Mais, la Cour de cassation n'a finalement pas voulu, semble t'il, aller jusque là. Ses arrêts du 20 février 2007 montrent qu'il y a encore pour elle de la distance entre le « rôle » parental qu'attribue la délégation et le « titre » de parent que confère l'adoption. Sur un sujet aussi sensible et délicat que celui dit de l'« homoparentalité », c'est une forme de prudence dont nous ne saurions lui faire grief. Même si l'admission dans le couple homosexuel d'une forme de « parentalité » au moyen de la délégation d'autorité parentale a pu créer une confusion dans les esprits, pour ne pas dire dans les genres, cette ouverture de la délégation, sans incidence sur la filiation, semble devoir être comprise comme une solution intermédiaire entre une quasi absence de droits de l'un des partenaires vis-à-vis de l'enfant de l'autre et une situation inverse par l'institution d'un véritable lien de parenté, au moyen de l'adoption<sup>(8)</sup>.

**II** - Il subsiste néanmoins une impression de malaise à la lecture de ces décisions et, pour tout dire, le sentiment d'une motivation inadéquate pour régler les problèmes de fond que soulève l'adoption dans le couple homosexuel.

Motiver le rejet, dans les cas considérés, des demandes d'adoption par une violation de l'article 365 du code civil peut ne pas emporter pleinement la conviction puisque c'est le législateur lui-même qui pose le principe selon lequel l'adoption simple prive le parent biologique de ses droits d'autorité parentale. Il n'est donc pas évident, de prime abord, de s'élever contre le fait qu'une adoption simple produise le résultat voulu par la loi elle-même ; surtout lorsque le parent en question a consenti à l'adoption en connaissance de cause.

En outre, sauf erreur, l'article 365 n'édicte pas, dans sa lettre, une interdiction de l'adoption simple d'un enfant par un concubin ou un partenaire du parent par le sang. Il se borne à déroger au principe d'exclusion de l'autorité de ce parent lorsque l'adoptant est le conjoint. Sans doute est-ce là un signe de la volonté du législateur de favoriser l'adoption au sein du couple marié. Et cette dérogation est assurément opportune. Mais, cette faveur au mariage n'implique pas pour autant une interdiction de l'adoption, dans le couple non marié, par le concubin ou le partenaire du père ou de la mère de l'adopté. Or, sauf à imaginer des circonstances exceptionnelles, tel paraît bien être le résultat auquel aboutit la solution posée par la Cour de cassation dans ses arrêts du 20 février 2007. Quoique destinée probablement à régler, dans l'immédiat, le problème de l'adoption au sein du couple homosexuel<sup>(9)</sup>, la solution ne peut, en l'état, être limitée à cette situation. Dans le couple hétérosexuel, l'adoption simple d'un enfant par le concubin ou le partenaire du parent par le sang est de

nature à tomber, elle aussi, et pour les mêmes raisons que celles retenues par la Haute juridiction, sous le coup de l'article 365. On aboutit ainsi à cette conséquence, à notre sens excessive, que l'adoption, pourtant ouverte par la loi à toute personne célibataire<sup>(10)</sup>, ne l'est pratiquement plus, du moins en l'absence de circonstances tout à fait particulières, si cette personne vit en concubinage ou en partenariat avec le parent de l'enfant à adopter.

De ce point de vue, et au-delà des faits propres à chaque espèce, les arrêts du 20 février 2007 ne règlent pas, à proprement parler, les problèmes spécifiques soulevés par la revendication des couples homosexuels à l'adoption. Il est vrai que la Cour de cassation ne pouvait pas tout régler à cette occasion et qu'elle ne le souhaitait probablement pas. Sa prudence est d'autant plus justifiée que le thème de l'ouverture de l'adoption aux couples homosexuels, et même du mariage<sup>(11)</sup>, est actuellement l'objet d'une particulière agitation médiatique et politique, et d'une intense activité de certains lobbies. On ne peut donc qu'approuver la Haute juridiction de n'avoir pas trop empiété sur un débat de société qu'il vaut mieux laisser au législateur la responsabilité de trancher devant l'Histoire.

Sous cet angle, il n'est évidemment pas question de mettre en doute l'affection à l'égard des enfants et le sens des responsabilités éducatives dont sont capables, comme d'autres, les couples homosexuels<sup>(12)</sup>. Pour autant, serait-il raisonnable de céder aux revendications de ces couples en vue d'obtenir l'accès à l'adoption ? Il est permis d'en douter. On peut, en tout cas, se demander en quoi l'argument, souvent avancé, d'une prétendue égalité entre les couples pour justifier l'ouverture de l'adoption serait convaincant dans la mesure où les couples que l'on prétend comparer ne sont pas dans une situation juridique identique. Il ne faudrait surtout pas oublier que l'adoption n'établit pas un lien de droit ordinaire, mais un lien de filiation. Or, un système de parenté, et cela vaut pour l'adoption, doit être et rester plausible et cohérent pour remplir sa fonction essentielle qui est de donner à chacun sa place dans la famille et la société. Le lien de parenté définit « qui est qui par rapport à qui. Les confusions entre les places entraînent des confusions dans l'identité. Un tel système forme un tout. On ne peut le modifier par des dispositions marginales »<sup>(13)</sup>. Si l'on dépasse les cas particuliers, toujours subjectifs, l'intérêt bien compris d'un enfant est-il d'avoir juridiquement deux mères ou deux pères, voire davantage ? De même, il ne faudrait pas non plus oublier que l'adoption n'est pas une institution destinée à attribuer des enfants à des couples qui ne peuvent en avoir, mais une institution destinée à donner une famille à des enfants souffrant d'une perte ou d'une défaillance parentale. Or, n'est-ce pas un rôle attributif d'enfant que certains voudraient faire jouer à l'adoption dans le couple homosexuel<sup>(14)</sup> ? La loi, faut-il enfin le rappeler, remplit une fonction normative dans l'organisation sociale et n'est pas faite pour satisfaire toutes les revendications des minorités ou de quelques communautés agissantes. Le législateur devrait donc, selon nous, se montrer lui-même circonspect avant d'ouvrir l'adoption aux couples homosexuels<sup>(15)</sup>. La Cour européenne des droits de l'homme se montre d'ailleurs elle-même sagement compréhensive à cet égard puisqu'elle s'est refusée à condamner la France ; considérant qu'il n'existe pas de discrimination interdite dès lors qu'il n'existe pas de droit à adopter, que le droit à la vie familiale ne protège pas le désir de fonder une famille, que le refus de l'adoption, même fondé sur l'orientation sexuelle, est inspiré par l'intérêt de l'enfant<sup>(16)</sup>.

**Mots clés :**

ADOPTION \* Adoption simple \* Couple homosexuel \* Autorité parentale \* Exercice \* Délégation

(1) Sur ces arrêts, V. D. 2007. AJ. 721, obs. Delaporte-Carre ; à rapp., Riom, 2e ch., 27 juin 2006, Gaz. Pal., 15-16 sept. 2006, note Mécery ; RD fam. 2006, comm. 204, obs. Murat.

(2) Dans l'affaire jugée par la Cour d'appel de Bourges, un moyen de cassation précise, avec une certaine pudeur, que la naissance des jumeaux à adopter avait suivi des « démarches en Belgique » de la part de leur mère. En termes plus clairs, la mère avait, en Belgique, recouru à une AMP avec donneur, illicite en France pour les personnes seules et les couples homosexuels.

(3) Dans des conditions d'ailleurs contestables, s'agissant d'enfants de moins de deux ans, au regard des dispositions de l'art. 348-5 C. civ. qui imposent normalement, pour la validité du consentement à l'adoption, et le cas réservé de l'adoption d'un parent ou d'un allié jusqu'au 6e degré, la remise de l'enfant au service de l'aide sociale à l'enfance ou à un organisme autorisé pour l'adoption.

(4) V. en ce sens, TGI Paris, 2 juill. 2004 ; AJ fam. 2004. 361, obs. Chénéde  ; RTD civ. 2005. 116, obs. Hauser  ; Dr. fam. 2005, n° 4, obs. Murat.

(5) D. 2006. Point de vue. 876, Fulchiron ; Jur. 897, note Vigneau ; *ibid.* Pan. 1139, spéc. 1148, obs. Granet-Lambrechts ; et Pan. 1414, spéc. 1421, obs. Lemouland et Vigneau  ; AJ fam. 2006. 159, obs. Chénéde  ; RTD civ. 2006. 297, obs. Hauser  ; RDSS 2006. 578, note Neirinck ; Dr. fam. 2006, n° 89, obs. Murat ; JCP 2006. I. 199, n° 16, obs. Rebourg.

(6) Absence de filiation paternelle d'ailleurs consécutive, ici encore, à une AMP avec donneur réalisée à l'étranger, de façon illicite au regard de la loi française.

(7) V. nos obs., préc., note 5.

(8) V. Murat, préc., note 5.

(9) Du moins l'adoption unilatérale dans le couple, car en vertu de l'art. 346 C. civ., l'adoption par les deux membres d'un couple n'est possible que si le couple est marié. Mais sur ce point, au moins, la loi est sans ambiguïté.

(10) art. 343-1 C. civ.

(11) Encore que s'agissant du mariage homosexuel, son illicéité au regard du droit positif n'est guère douteuse ; ce que la Cour de cassation elle-même vient de rappeler dans un arrêt du 13 mars 2007.

(12) Ce dont personne ne doute d'ailleurs.

(13) Pour aller plus loin sur la question, V. entre autres : Lacroix, *La confusion des genres : réponses à certaines demandes homosexuelles sur le mariage et l'adoption*, Bayard, 2005.

(14) V. not. en ce sens : Murat, préc., note 1 ; et pour aller plus loin sur la question de l'« homoparentalité », V. notamment : Neirinck, Homoparentalité et adoption, *Etudes offertes à Pierre Catala*, LexisNexis, Litec, p. 353 s.

(15) Il devrait en aller de même, selon nous, pour le mariage. A ce titre d'ailleurs, on voit mal, contrairement à ce que certains prétendent, comment l'on pourrait dissocier, pour les couples homosexuels, la question du mariage et de l'adoption. La légalisation éventuelle du mariage homosexuel ne saurait, selon nous, se faire sans emporter celle de l'adoption, sauf à courir le risque de consacrer au regard de l'adoption une discrimination entre les couples mariés et de ce fait placés dans une même situation juridique. Or, une telle discrimination serait tôt ou tard, et selon toutes probabilités, condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme.

(16) CEDH 26 févr. 2002, D. 2002. Somm. 2024, obs. Granet-Lambrechts, et Somm. 2569, obs. Courtin  ; AJDA 2002. 401, obs. Poirot-Mazères  ; RTD civ. 2002. 280, obs. Hauser  ; *ibid.* 389, obs. Marguénaud  ; Dr. fam. 2002, n° 19.