

LA VOIX DE L'ENFANT

Audition par la Commission des Lois du Sénat

6 février 2013

Martine BROUSSE, Déléguée Générale de la Voix De l'Enfant

Bertrand COLIN, avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de Cassation, membre de la Commission Juridique de la Voix De l'Enfant

Pour les auteurs du projet de loi soumis au Parlement, l'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe répond essentiellement à un triple objectif :

- d'égalité (supprimer une discrimination indirecte fondée sur l'orientation sexuelle) ;
- d'intégration (reconnaître à tous l'accès à une institution républicaine, connue et ancrée dans la société) ;
- de protection (renforcer et compléter les droits ouverts notamment par le PACS).

L'accès des couples homosexuels au mariage pose inévitablement la question des attributs de la parentalité attachés au statut marital. Fonder ou consolider une famille constitue, en effet, une aspiration légitime pour des époux et l'on conçoit que « *l'exigence viscérale de se survivre et de se perpétuer, de donner la vie* », pour reprendre les mots de Mme Claire Neirinck, professeur à la faculté de droit de Toulouse¹, puisse animer tout être humain, quelle que soit son orientation sexuelle.

L'impossibilité pour deux personnes de même sexe de concevoir ensemble un enfant les place dans une situation objectivement différente de celle des couples de sexes opposés, ce qui peut justifier, en droit, des dispositions particulières.

Mais, beaucoup des problématiques posées par les autres modes d'accès à la parentalité (adoption, procréation médicalement assistée, gestation pour autrui) sont communes à tous les couples, qu'ils soient hétérosexuels ou homosexuels. Il en est également ainsi du phénomène de décomposition et de recomposition des familles, pouvant, d'ailleurs, impliquer à la fois des personnes ou des couples hétérosexuels et homosexuels.

La Voix De l'Enfant n'est pas, par principe, opposée à l'adoption d'enfants par des personnes de même sexe et ne met pas a priori en doute la capacité des personnes homosexuelles à élever des enfants.

¹ Homoparentalité et déssexualisation de l'état civil, Revue Droit de la famille, juillet-août 2012

Elle se soucie, avant tout, de défendre l'intérêt supérieur de l'enfant qui, par l'effet des engagements internationaux de la France, doit constituer pour le législateur et le gouvernement comme pour le juge une considération primordiale.

Or, le projet de loi actuel envisage uniquement l'adoption comme une conséquence automatique de l'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe.

En procédant ainsi à cette ouverture, dans le cadre d'une loi consacrée au seul sujet du mariage pour tous (donc au couple), le législateur s'est dispensé d'un débat préalable et général à la fois sur l'adoption, considérée dans tous ses aspects, et sur les modes alternatifs de procréation que sont la procréation médicalement assistée et la gestation pour autrui (donc sur l'enfant).

Mais, la méthode consistant à scinder les réformes et à légiférer en trois étapes distinctes (mariage pour tous, famille, bioéthique) n'est pas de nature à satisfaire l'intérêt supérieur de tout enfant, qu'il soit accueilli, ou non, par un couple marié.

Le législateur devrait, dans un premier temps, procéder à une réforme centrée sur l'enfant, en améliorant l'accès à l'adoption, en renforçant les droits des membres de familles recomposées et en réglant les modes alternatifs de procréation.

Dans un second temps seulement, le mariage pourrait alors être ouvert aux couples de personnes de même sexe, avec les droits qui en découlent en matière d'adoption.

La mise en garde que la Voix De l'Enfant entend formuler à la faveur de son audition par la Commission s'exprime par un double NON :

NON à l'instauration immédiate du droit à l'adoption pour les couples de personnes de même sexe, indépendamment d'une réforme générale de l'adoption et d'un débat d'ensemble sur les modes de filiation.

NON à une famille faisant primer le « droit à l'enfant » sur le « droit de l'enfant ».

**NON à l'instauration immédiate du droit à l'adoption
pour les couples de personnes de même sexe,
indépendamment d'une réforme générale de l'adoption
et d'un débat d'ensemble sur les modes de filiation.**

1. Le projet de loi maintient, pour en faire bénéficier les couples de personnes de même sexe, le lien entre mariage et adoption : en se mariant, un couple acquiert automatiquement le droit d'adopter après un certain délai et selon des conditions et des modalités définies par la loi. Chaque époux obtient, sous certaines conditions, le droit d'adopter l'enfant ou les enfants de son conjoint².

▪ Mais, une dissociation du statut du mariage et des règles de la filiation serait tout à fait concevable. Elle correspondrait d'ailleurs à :

² Le nouveau chapitre 1^{er} bis relatif à la filiation adoptive, inséré dans la loi par amendements, ne sert qu'à clarifier et à préciser les conditions dans lesquelles l'époux peut adopter l'enfant de son conjoint (cf. rapport de M. Erwann Binet, Assemblée nationale, n° 628, pp.79-80).

- une réalité sociologique : 55 % des enfants naissent hors mariage (rapport fait au nom de la commission des Lois de l'Assemblée Nationale par M. Binet, p. 39).
- une réalité juridique : l'adoption est déjà ouverte aux personnes seules et la procréation médicalement assistée n'est pas réservée aux couples mariés ; en outre, les lois en matière de filiation ont de plus en plus tendance à dissocier la conjugalité de la filiation (rapport de M. Binet, p. 38 et suiv.).

Instaurer une telle dissociation permettrait d'ouvrir le mariage aux couples homosexuels sans, dans l'immédiat, autoriser l'adoption par ces couples ou par l'un des conjoints de même sexe en attendant de réformer l'adoption de manière globale.

C'est ainsi qu'a fait le Portugal qui, en 2010, a autorisé le mariage homosexuel mais n'a pas reconnu le droit à l'adoption.

- Si le lien d'automaticité entre le mariage et l'accès à l'adoption était maintenu, l'intérêt supérieur de l'enfant commanderait de commencer par une réforme de l'adoption avant de légiférer sur l'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe.

2. Quoi qu'il en soit, le parti pris par le projet de loi actuel présente trois inconvénients majeurs du point de vue de l'intérêt de l'enfant.

2.1. Premier inconvénient : le projet de loi ne règle pas les relations entre l'enfant et le reste de la famille, notamment ses géniteurs et ses beaux-parents

Le projet de loi ne s'intéresse pas à l'intérêt de l'enfant vis-à-vis de chacune des personnes qui l'ont conçu, ont permis sa naissance et assurent ou participent à son entretien et à son éducation.

L'acquisition de nouveaux droits en matière d'adoption doit se faire dans le respect de la place de chacun dans l'histoire de l'enfant :

- les géniteurs : tout enfant est né d'un homme et d'une femme.
- les parents légaux (personne seule ou couple), qui élèvent l'enfant et possèdent l'autorité parentale.
- les « beaux-parents »³ ou « parents sociaux », qui participent à l'entretien et à l'éducation de l'enfant.
- le reste de la famille, qui est tout aussi essentiel pour le développement de l'enfant.

2.1.1. Or, d'une part, lorsqu'on autorise l'adoption par un couple homosexuel, l'on ne doit négliger, ni le fait que l'enfant est issu d'une ligne paternelle et d'une ligne maternelle, ni le nécessaire aménagement, fût-ce pour l'encadrer strictement, du droit de connaître ces **lignes paternelle et maternelle**.

Comment, en particulier, faire apparaître, dans les actes d'état-civil, sa conception par un homme et une femme sans pour autant stigmatiser l'enfant ?

³ Ce terme est entendu au sens d'époux ou épouse, partenaire en vertu d'un PACS, compagnon ou compagne du père ou de la mère de l'enfant.

Une réflexion devrait être engagée sur l'opportunité de distinguer, dans les actes d'état civil, les situations où l'enfant est « né de » de celles où l'enfant est « adopté par ». Un enfant est nécessairement « né de » deux personnes de sexes opposés même s'il a, par la suite, été « adopté par » deux personnes du même sexe.

Ces interrogations qui sont essentielles en ce qui concerne les couples homosexuels constituent l'un des aspects de la problématique plus générale, et commune à tout enfant adopté, de l'accès à ses origines, conformément à un droit protégé par des conventions internationales.

Est révolu le temps où l'on pensait qu'il fallait cacher à l'enfant adopté ses origines. Il est désormais admis comme conforme à l'intérêt de l'enfant que l'adoption soit transparente dans des limites raisonnables.

Cette exigence de transparence doit nécessairement être conciliée avec le droit d'une femme qui accouche sous X. de maîtriser les informations qu'elle laisse à la disposition de l'enfant ou que, au contraire, elle entend tenir secrètes.

Or, le projet de loi n'évoque pas ces questions.

2.1.2. D'autre part, il paraît indispensable de légiférer sur l'adoption par un couple de personnes de même sexe en même temps que sur les situations, homoparentales ou non, liées à la reconstitution des familles.

A cet égard, le projet de loi actuel prétend apporter une réponse concrète aux familles homoparentales déjà existantes.

Mais ceci constitue un leurre.

La Voix De l'Enfant a déjà établi sur la question une note écrite soumise, notamment, à la Commission des Lois de l'Assemblée Nationale (et disponible sur son site internet) de laquelle il ressort que l'adoption ne permettra pas de traiter ces situations qui sont d'une très grande diversité.

En outre, tous les membres d'une famille qui entourent un enfant ayant un parent homosexuel ne prétendent pas au statut de père ou de mère et le fait est que l'arsenal juridique offert par le Code civil (adoption simple, délégation d'autorité parentale, etc.) a besoin d'être adapté pour assurer une conciliation satisfaisante des droits des parents biologiques et des parents dits « sociaux ».

L'Assemblée Nationale en a été si consciente qu'elle a ajouté au projet de loi des dispositions relatives au maintien des liens avec l'enfant (chapitre Ier bis, art. 1^{er} quinquies).

Mais ces dispositions, et la problématique plus générale des rapports de l'enfant avec son ou ses parents et les conjoints, partenaires, compagnons ou compagnes de ceux-ci, mériteraient d'être traitées par le législateur dans le cadre d'une loi intéressant aussi bien les couples hétérosexuels que les couples homosexuels.

2.2. Deuxième inconvénient : le projet de loi ne règle pas les modalités concrètes de l'adoption

Avant de servir le désir d'enfant d'un couple ou d'une personne seule, l'adoption doit permettre à un enfant d'être élevé dans une structure parentale et familiale protectrice.

Or, toutes les statistiques et les études menées sur le sujet montrent que le nombre d'enfants adoptables en France est très largement inférieur au nombre de demandes d'adoption (v. aussi le rapport précité de M. Binet).

Le projet de loi actuel, en se bornant à ouvrir l'adoption aux couples homosexuels par voie de conséquence de l'accès de ces couples au mariage, ne constitue pas une avancée concrète du point de vue de l'intérêt de l'enfant et ne fait que nourrir une illusion pour les couples homosexuels qui n'auront, en l'état, qu'une chance infime de voir leur projet parental concrétisé.

La situation de l'adoption à l'étranger n'est guère plus favorable.

La Voix De l'Enfant considère donc que c'est d'abord à la faveur d'une réforme générale de l'adoption, avec notamment une réflexion sur l'amélioration des conditions dans lesquelles un enfant devient adoptable, et un travail sur l'adoption internationale que l'intérêt de l'enfant serait susceptible d'être satisfait.

2.3. Troisième inconvénient : le projet de loi crée des incertitudes quant à la situation juridique des enfants nés de PMA ou de GPA réalisées à l'étranger

Le projet de loi autorise l'adoption plénière, de l'enfant du conjoint de même sexe, sans qu'il ait encore été légiféré sur l'opportunité de l'extension des dispositions relatives à la procréation médicalement assistée aux couples de personnes de même sexe ni sur le recours à la gestation pour autrui.

Or, si la loi, dans sa version actuelle, est adoptée, elle risque de produire des effets équivalents à ceux d'un projet parental, fondé, pour un couple de personnes de même sexe, sur une procréation médicalement assistée ou sur une gestation pour autrui.

2.3.1. Prenons le cas d'un couple de femmes dont l'une d'elles a conçu et porté un enfant en ayant recours, à l'étranger, à un procédé de procréation médicalement assistée, sans que sa compagne se voie, en l'état des textes actuellement applicables, reconnaître le statut de mère de l'enfant.

Le projet de loi fait espérer à la compagne le droit d'accéder à ce statut de mère en adoptant, une fois mariée, l'enfant de son épouse.

Se pose alors la question de savoir si, en l'absence de disposition législative régissant cette hypothèse, le juge homologuera ou non une telle adoption, le code civil prohibant pour l'instant la procréation médicalement assistée pour les couples de même sexe et en dehors des cas d'ordre médical énumérés par la loi.

Le projet de loi pourrait passer, aux yeux de certains juges, comme une validation implicite de l'extension de la procréation médicalement assistée aux couples de même sexe.

Or, la Voix De l'Enfant estime que le législateur ne peut autoriser une femme à adopter l'enfant issu d'une procréation médicalement assistée, effectuée dans des conditions illégales.

2.3.2. Prenons maintenant l'exemple d'un couple d'hommes dont l'un aurait conçu un enfant avec une mère porteuse dans des conditions qui sont, au regard du droit actuel, contraires à la conception française de l'ordre public international.

Son compagnon, qui ne pouvait jusqu'alors prétendre au statut de père de l'enfant, s'attend à acquérir, grâce au projet de loi actuel, le droit d'accéder à l'adoption plénière de l'enfant.

Il y a là encore de la part du législateur une forme de validation implicite de la gestation pour autrui.

Mais il y a aussi, du point de vue de l'adoptant, un leurre car il est peu probable qu'un juge homologue une adoption qui prend appui sur les effets d'une convention de gestation pour autrui illicite, la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation interdisant une telle adoption pour un couple hétérosexuel (Cass., Ass. Plén. 31 mai 1991, n° 90-20.105).

On voit donc bien que la question de l'adoption par les couples de personnes de même sexe ne peut être isolée d'une loi plus générale sur l'adoption et, surtout, d'une loi traitant, de manière globale, des différentes formes de filiation.

Dans le cadre de l'élaboration de cette nouvelle loi, la Voix De l'Enfant réaffirmera son opposition à une famille faisant primer le « droit à l'enfant » sur le « droit de l'enfant ».

NON à une famille faisant primer le « droit à l'enfant » sur le « droit de l'enfant »

3. Comme elle l'a déjà exprimé, notamment dans sa note soumise à la Commission des Lois de l'Assemblée Nationale, la Voix De l'Enfant considère que la procréation médicalement assistée doit être cantonnée, comme elle l'est actuellement, à l'hypothèse de l'infertilité médicalement diagnostiquée⁴ ou du risque de transmission d'une maladie particulièrement grave⁵.

Plus encore, elle est fermement opposée à la gestation pour autrui, que ce soit pour les couples hétérosexuels ou les couples homosexuels. Cette position est d'ailleurs celle qui a été retenue encore récemment par la Cour de Cassation qui estime qu'« *il est contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, principe essentiel du droit français, de faire produire effet, au regard de la filiation, à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui*⁶ ».

Dans ces conditions, l'association ne peut qu'appeler de ses vœux le maintien de l'état du droit actuel.

⁴ Infertilité d'ordre médical à laquelle il n'est pas souhaitable d'assimiler l'impossibilité pour deux femmes de concevoir un enfant.

⁵ Art. L. 2141-2 et I. 2141-3

⁶ Civ.1^{re}, 6 avril 2011, n° 09-66486 : seule la filiation paternelle est reconnue lors de la transcription de l'état civil d'un enfant né d'une mère porteuse à l'étranger.

L'extension hasardeuse du recours à la procréation médicalement assistée pose, en particulier, la question de la sauvegarde des dons de gamètes, de l'anonymat du tiers donneur de gamètes et de la dépersonnalisation de la procréation.

S'agissant de la gestation pour autrui, indépendamment de l'exigence du respect de la dignité des femmes, et notamment des femmes en détresse financière, il est primordial pour l'intérêt supérieur de l'enfant qu'il ne fasse pas l'objet d'une réification.

Il faut absolument éviter que l'enfant ne soit considéré comme un produit auquel tout être humain aurait droit, qui pourrait faire l'objet d'une commande à autrui, éventuellement selon des critères précis, et, pourquoi pas, l'objet d'un refus en cas de défaut ou de non-conformité à ces critères.

La Voix De l'Enfant s'inquiète de ce que ces pratiques (PMA et GPA) puissent aboutir à une contractualisation de la filiation, évidemment contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant.

Ces modes alternatifs de procréation, étroitement liés à la question de l'adoption par des couples de même sexe, méritent d'être examinés en même temps que cette question.

La Voix De l'Enfant invite donc le législateur à ne pas voter, dans l'actuel projet de loi, de dispositions relatives à l'adoption.
