

DEMANDE D'AVIS N° J 1470007

(Art. L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire)

(Art. 1031-1 à 1031-7 du code de procédure civile)

(Art. 706-64 et suiv. du code de procédure pénale)

TRIBUNAL DE GRANDE INSTANCE D'AVIGNON

SÉANCE du 22 SEPTEMBRE 2014 à 11h00

Conclusions de Monsieur l'avocat général
Jean-Dominique SARCELET

- Les faits et la procédure

Le tribunal de grande instance d'Avignon a été saisi d'une requête aux fins d'adoption plénière de Y. Y..., fils de C. Y..., né le [...], par Madame X..., conjointe de la mère de l'enfant. Les pièces versées au dossier ont fait ressortir que l'enfant avait été conçu par le biais d'un protocole de procréation médicalement assistée suivi par la mère en Espagne, que celle-ci avait contracté en [...] 2011 un pacte civil de solidarité avec sa compagne et qu'elles s'étaient mariées le [...] 2013, concrétisant ainsi une relation de sept années.

Dans son avis, le ministère public, partagé entre la position adoptée par certains magistrats du parquet retenant la fraude à la loi et la distinction qui conduit à admettre que la procréation médicalement assistée, au contraire de la gestation pour autrui, ne heurte pas l'ordre public interne, ce qui conduirait à considérer que l'argument de la fraude à la loi apparaît insuffisant à rejeter une adoption respectant les exigences légales posées par le droit positif, a proposé une saisine pour avis de la Cour de cassation.

Après avoir constaté que les conditions légales de l'adoption plénière étaient réunies, le tribunal s'est interrogé sur le point de savoir si l'action engagée ne poursuivait pas la consécration d'une fraude à la loi, l'article L. 2141-2 du code de la santé publique réservant l'assistance médicale à la procréation aux couples formés d'un homme et d'une femme.

Considérant qu'il s'agissait d'une question de droit nouvelle présentant une difficulté sérieuse, se posant dans de nombreux litiges auxquels des réponses disparates ne serviraient

nullement l'intérêt des enfants concernés, le tribunal de grande instance, par une décision du 19 juin 2014, après avoir recueilli par écrit les observations de la requérante et du ministère public, a transmis la question suivante :

“L'accès à la procréation médicalement assistée, sous forme d'un recours à une insémination artificielle avec donneur inconnu à l'étranger par un couple de femmes est-il de nature, dans la mesure où cette assistance ne lui est pas ouverte en France, en application de l'article L. 2141-2 du code de la santé publique, à constituer une fraude à la loi sur l'adoption, et notamment aux articles 343 et 345-1 du code civil, et au code de la santé publique, empêchant que soit prononcée une adoption de l'enfant né de cette procréation par l'épouse de la mère biologique ?”

La question posée a fait l'objet d'une large couverture médiatique¹ et la doctrine n'a pas été en reste pour prendre parti sur le sort de cette saisine. A l'avis attendu pour mettre fin à une véritable “cacophonie judiciaire”, dénoncée au sein même de la magistrature², fait écho l'irrecevabilité de la saisine aux motifs que la question n'est pas nouvelle et qu'elle ne présente pas de difficulté sérieuse³.

Les présentes observations invitent à se garder de ces prises de position, en ne comptant que sur l'état de la loi et de la jurisprudence pour y répondre.

- La régularité de la demande d'avis

Conditions de forme :

Au regard de l'article 1031-1 du code de procédure civile, la demanderesse et le ministère public ont été avisés, par courrier du 22 mai 2014, de ce que la juridiction envisageait de solliciter l'avis de la Cour de cassation et du délai, fixé au 16 juin 2014, pour fournir leurs observations. Par soit-transmis du 28 mai 2014, le ministère public s'en est rapporté aux conclusions antérieures par lesquelles il sollicitait cette saisine pour avis.

Par conclusions déposées le 16 juin 2014, Madame X... a conclu au prononcé de l'adoption plénière sur le fondement de la primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant, considérant, en outre, que la fraude n'était pas caractérisée, que la question proposée allait au-delà de l'objet de la requête et que la Cour de cassation avait d'ores et déjà pris parti pour une ouverture de l'adoption de l'enfant du conjoint du même sexe que celui du requérant.

Au regard de l'article 1031-2 du code de procédure civile, la décision sollicitant l'avis a été régulièrement transmise. Sa notification a été faite à la demanderesse par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Le ministère public auprès de la juridiction,

¹ Libération, 22 juin 2014, C. Mécarly et E. Sire Marin, Adoption et PMA, le renvoi pour avis à la Cour de cassation : un jeu à quitte ou double ? Le Point 21 juin 2014, L. Neuer, Filiation : vers des “PMA de convenance” ? La Provence 25 juin 2014, L. Leroux, PMA : le tribunal d'Aix refuse l'adoption au sein d'un couple gay

² Dalloz Actualité, Th. Coustet, PMA : l'avis attendu de la Cour de cassation, 3 juillet 2014

³ AJ Famille 2014, F. Berdeaux-Gacogne, Adoption d'un enfant né par PMA : irrecevabilité de la saisine pour avis de la Cour de cassation ?, p. 431

ainsi que le premier président de la cour d'appel et le procureur général ont été avisés de cette décision.

La requérante et la mère de l'enfant, agissant en qualité d'intervenante volontaire à la procédure, ont fait parvenir des observations sous la signature de Maître Caroline Mecary, avocate à la cour, reçues le 26 août, au terme desquelles il vous est demandé de répondre, en tout état de cause, négativement à la question posée.

L'article 1031-4 du code de procédure civile énonce que ces observations doivent être signées par un avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, dans les matières où la représentation est obligatoire, ce qui est le cas. Maître Mecary n'a pas cette qualité et il vous appartiendra de tirer les conséquences de l'irrégularité de fond dont ces observations sont ainsi affectées.

Conditions de fond :

Les trois conditions posées par l'article L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire doivent être examinées successivement.

S'agit-il d'une question de droit nouvelle ?

Pour apprécier le caractère nouveau de la question de droit, il convient d'en reprendre les termes. A partir du fait unique que constitue l'accès à l'assistance médicale à la procréation par un couple de femmes, à l'étranger, contraire aux dispositions du code de la santé publique qui réservent cette assistance aux couples formés d'un homme et d'une femme, une double interrogation est formulée.

D'une part, cet accès constitue-t-il une fraude à la loi sur l'adoption et au code de la santé publique ? D'autre part, cette fraude est-elle de nature à empêcher que soit prononcée l'adoption de l'enfant né de cette assistance ? Les deux termes de la question posée concernent donc l'existence d'une fraude à la loi et l'empêchement au prononcé de l'adoption plénière qu'elle pourrait caractériser.

Définissant le concept de "*fraude à la loi*", le professeur Audit retient "*une violation de la loi qui s'abrite derrière les règles de droit elles-mêmes et peut ainsi prétendre à une régularité formelle*"⁴. Ainsi le recours aux dispositions d'une loi étrangère permet-il de conférer une apparence de régularité à une situation créée au mépris des dispositions de la loi applicable.

Depuis l'arrêt "*Princesse de Bauffremont*"⁵, le droit international privé est devenu terre d'élection de la théorie de la fraude à la loi. Conflits de lois et conflits de juridictions sont ainsi confrontés à la fraude à la loi. Mais si la sanction de l'inopposabilité en est certaine, la fraude suppose que soit caractérisée une intention frauduleuse dont la preuve est parfois difficile à rapporter.

⁴ J.-Cl. Droit international, B. Audit, Fasc. 535 : fraude à la loi, n° 1

⁵ Cass. Civ., 18 mars 1878, S. 1878, note J.-E. Labbé, 1, p. 193

S'interrogeant sur les notions de fraude au jugement et d'abus de procédure au détour du commentaire de deux décisions de la première chambre, le professeur Gaudemet-Tallon a pu constater que, dans la première décision⁶, pour approuver les juges du fond d'avoir relevé une fraude au jugement, la Cour s'en est remise à l'appréciation souveraine des juges du fond. Puis, elle souligne que, dans le second arrêt⁷, l'appréciation de l'abus toujours délicate devra se faire au cas par cas, précisant que "*le contrôle de la Cour de cassation sera difficile*" en ce qu'elle "*ne pourra revenir sur les appréciations de fait livrées par les juges du fond*"⁸.

En l'absence de conflits de lois ou de juridictions, la fraude à la loi n'en est pas moins soumise à l'appréciation souveraine des juges du fond tant sur les circonstances de la cause que sur l'intention des parties⁹, celle-ci pouvant être assimilée à une absence de bonne foi¹⁰.

Peut-on, en cet état, soutenir que la demande concerne une question de droit, alors qu'elle suppose l'examen des conditions de fait et de droit qui seules permettent de caractériser une fraude à la loi ? Vous avez en effet admis qu'une demande qui suppose l'examen de semblables conditions ne relève pas de la procédure d'avis¹¹.

Si le premier terme de la question posée ne répond pas aux conditions de l'article L. 441-1 du code de procédure civile, il en va différemment du second terme sur lequel la juridiction sera appelée à statuer dès lors qu'elle aura retenu l'existence d'une fraude à la loi. Est-ce à dire que la question est mélangée de fait et de droit¹² ?

Nous ne le pensons pas dès lors qu'indépendamment de l'existence d'une fraude à la loi, la question invite à s'interroger sur le prononcé de l'adoption plénière par le conjoint en l'état d'une conception de l'enfant par assistance médicale à la procréation réalisée dans des conditions non conformes aux dispositions de la loi nationale. Et cette question est assurément une question de droit.

Est-elle nouvelle ?

La fraude à la loi en matière d'adoption plénière n'est pas une question nouvelle, la jurisprudence de la Cour étant émaillée de décisions qui ont eu à en connaître, pour sanctionner la fraude d'un couple dont l'époux adoptant, second mari de la mère devenue veuve, n'avait agi que dans le but de couper les adoptés de leur famille paternelle¹³, comme pour casser, dans l'intérêt de la loi, la décision ayant prononcé l'adoption par l'épouse d'un

⁶ 1^{re} Civ. 20 juin 2012, *Bull.* n° 137

⁷ 1^{re} Civ. 4 juillet 2012, *Bull.* n° 151

⁸ Rev. crit. DIP 2012, Fraude au jugement et abus de procédure, H. Gaudemet-Tallon, p. 900

⁹ 1^{re} Civ., 13 février 1961, *Bull.* n° 97

¹⁰ En ce sens, 2^{ème} Civ., 16 décembre 2004, *Bull.* n° 531

¹¹ Avis du 1^{er} décembre 2003, n° 03-00.002, BICC n° 593 du 1^{er} mars 2004

¹² En ce sens, le jugement du TGI de Nanterre du 8 juillet 2014, *Dalloz* 2014, p. 1669

¹³ 1^{re} Civ., 7 mars 1989, *Bull.* n° 112

enfant dont seule la filiation paternelle était établie après avoir été porté et mis au monde par une autre femme, inséminée artificiellement¹⁴.

Et s'agissant d'une adoption, prononcée à l'étranger, de l'enfant né après insémination avec donneur anonyme, par une femme qu'une convention de vie commune liait à la mère de l'enfant, la première chambre a retenu "*que le refus d'exequatur fondé sur la contrariété à l'ordre public international français de la décision étrangère suppose que celle-ci comporte des dispositions qui heurtent des principes essentiels du droit français ; qu'il n'en est pas ainsi de la décision qui partage l'autorité parentale entre la mère et l'adoptante d'un enfant*"¹⁵.

Sans doute n'était-elle pas saisie de la fraude à la loi que pourraient caractériser les circonstances de la conception de l'enfant adopté, mais en prononçant une cassation sans renvoi, elle a incontestablement considéré que cette insémination avec donneur anonyme au profit d'une femme non mariée ne constituait pas un empêchement à l'exequatur sollicité.

Au vu de cette jurisprudence et des arrêts rendus par la même chambre en matière de délégation-partage de l'autorité parentale de la mère au bénéfice de sa compagne¹⁶, un auteur en a conclu que "*la Cour de cassation a déjà nécessairement considéré qu'aucune fraude ne venait entacher la conception de l'enfant au point qu'il faille écarter toutes conséquences de droit*"¹⁷.

Une jurisprudence plus récente de la première chambre oblige cependant à nuancer cette appréciation. Par deux arrêts du 7 juin 2012, l'exequatur de décisions étrangères prononçant l'adoption d'enfants mineurs par deux parents de sexe masculin a été censuré au visa des articles 509 du code de procédure civile et 310 du code civil, et au motif que la transcription du jugement sur les registres de l'état civil français aurait pour effet d'inscrire l'enfant comme étant né de deux parents de même sexe¹⁸.

Il n'est pas inutile de rappeler les termes du Rapport annuel auquel ces arrêts ont été portés : "*Une telle conséquence serait contraire à un principe essentiel du droit français en ce qu'elle romprait la cohérence du droit de la filiation, lequel suppose qu'une personne, lorsqu'elle possède une double filiation, fût-elle adoptive, soit considérée comme issue d'une lignée paternelle et d'une lignée maternelle, lesquelles acquièrent des droits et devoirs égaux à son égard ainsi que cela résulte notamment de l'article 310 du code civil, qui a fait l'objet d'un visa*"¹⁹.

Mais si la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe n'a pas modifié l'article 310 du code civil, l'article 13 de cette loi a complété le titre préliminaire du code civil par un article 6-1 ainsi rédigé : "*Le mariage et la filiation adoptive emportent les*

¹⁴ Ass. Plén., 31 mai 1991, *Bull.* n° 4

¹⁵ 1^{re} Civ., 8 juillet 2010, *Bull.* n° 162

¹⁶ 1^{re} Civ., 24 février 2006, *Bull.* n° 101, 16 avril 2008, *Bull.* n° 106

¹⁷ AJ Famille 2014, F. Berdeaux-Gacogne, p. 431, précité

¹⁸ 1^{re} Civ., 7 juin 2012, *Bull.* n° 125 et 126

¹⁹ Rapport annuel 2012, p. 404

mêmes effets, droits et obligations reconnus par les lois, à l'exclusion de ceux prévus au titre VII du livre Ier du présent code, que les époux ou les parents soient de sexe différent ou de même sexe".

Cet environnement juridique nouveau invite à reconsidérer cette jurisprudence, ce qui pourrait conduire à admettre, à tout le moins, que l'entrée en vigueur de cette loi peut renouveler une question déjà résolue dans un contexte différent. La question posée n'a, au demeurant, pas été tranchée dans les mêmes termes et les modifications apportées aux données juridiques du problème peuvent caractériser la nouveauté que la loi exige²⁰.

Au surplus, dans les conclusions déposées au nom de la requérante, il n'était pas contesté que la question de droit n'est pas tranchée, même s'il était proposé de s'en rapporter à l'esprit de la loi du 17 mai 2013 pour ne pas la transmettre.

Sans doute les observations transmises depuis soutiennent-elles, dans la discussion, *"l'irrecevabilité de la question posée"*, mais l'absence de nouveauté de la question ne reposerait que sur l'absence de texte autorisant une juridiction saisie d'une demande d'adoption de s'enquérir du mode et du lieu de conception de l'enfant. Il y a dans cette affirmation une réponse négative à la question plutôt qu'une irrecevabilité. C'est peut-être ce qui explique la demande formulée en conclusion.

Aussi, en l'absence de tout pourvoi dont la Cour serait saisie portant sur la question posée, aucune cour d'appel n'ayant à ce jour statué sur des demandes d'adoption plénière d'enfant conçu à l'étranger par insémination artificielle dans des conditions contraires aux dispositions de l'article L. 2141-2 du code de la santé publique, il pourrait être admis qu'il est satisfait à la première condition exigée par l'article L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire.

La question présente-t-elle une difficulté sérieuse ?

Pour s'en convaincre, le ministère public s'est fondé sur la position prise par certains parquets et par le tribunal de grande instance de Versailles, dont la décision produite énonce que *"le procédé qui consiste à bénéficier à l'étranger d'une assistance médicale à la procréation interdite en France, puis à demander l'adoption de l'enfant conçu conformément à la loi étrangère mais en violation de la loi française, constitue une fraude à celle-ci et interdit donc l'adoption de l'enfant illégalement conçu"*²¹, alors que plusieurs dossiers similaires sont pendants faisant l'objet de traitements divers selon les juridictions.

Le caractère sérieux de la difficulté n'est pas exempt de subjectivité et à suivre la doctrine, il devrait être recherché si le risque de contrariété de jurisprudence ne peut pas être fondé sur la coexistence de plusieurs solutions s'offrant *"raisonnablement avec une égale*

²⁰ Voir en ce sens, les conclusions de Ph. Martin, commissaire du gouvernement, sous l'avis d'Assemblée du CE du 23 juin 1989, *Société Cofiroute*, req. n° 106.284

²¹ TGI Versailles 29 avril 2014 et non 20 mars 2014, comme indiqué sur l'avis communiqué (document joint au présent avis)

*pertinence*²². Il ne s'agit pas d'étendre la mainmise de l'Etat sur la vie juridique au point d'offrir un service public de consultation juridique.

L'objectif poursuivi par le législateur de 1991²³ tel que rappelé dans une étude sur la saisine pour avis de la Cour de cassation²⁴ permet d'éclairer cette appréciation d'une difficulté sérieuse. *“La loi poursuit un double objectif : celui d'assurer l'unité de la jurisprudence et la prévention du contentieux, et celui, plus politique, d'accroître l'efficacité des textes législatifs et réglementaires nouveaux, en associant en quelque sorte, le juge suprême à la fonction législative”*.

Incontestablement la loi ouvrant le mariage aux couples de même sexe a laissé aux juridictions la connaissance d'un contentieux que le Conseil constitutionnel n'a pas ignoré. Appelé à se prononcer sur la constitutionnalité des dispositions concernant l'adoption par des personnes de même sexe ou au sein d'un couple de personnes de même sexe, à l'égard desquels était dénoncée une incitation *“à recourir à l'étranger à la procréation médicalement assistée et à la gestation pour le compte d'autrui en fraude à la loi française”*, le Conseil a retenu que *“l'éventualité d'un détournement de la loi lors de son application n'entache pas celle-ci d'inconstitutionnalité”* et *“qu'il appartient aux juridictions compétentes d'empêcher, de priver d'effet et, le cas échéant, de réprimer de telles pratiques”*²⁵.

Aujourd'hui des juridictions compétentes sont saisies et force est de constater que l'efficacité de la loi appelle le secours du juge suprême pour assurer l'unité de la jurisprudence et la prévention d'un contentieux qui sied mal aux enjeux d'actions qui relèvent de la matière gracieuse²⁶. Sans doute l'avis qui pourrait être rendu n'exclura pas la survenance ultérieure d'un pourvoi dans un registre où s'opposent facilement conceptions éthiques et approches sociétales dont l'enfant risque de devenir l'otage.

Mais dans une communication faite en 1993, le conseiller Chauvin, alors secrétaire général de la Première présidence, évoquait cette situation en ces termes : *“la Cour a rendu un avis et une chambre est saisie ultérieurement de la question, hypothèse qui ne manquera pas de survenir. Raisonnablement, pour une raison de cohérence, on peut penser que la chambre soit suivra la doctrine de l'avis, soit, si elle envisage d'aller à l'encontre de celle-ci, saisira l'Assemblée plénière”*²⁷.

Faut-il alors discuter le caractère sérieux de la difficulté sur le fondement d'une solution qui devrait, sous le contrôle de la Cour, s'imposer ? La prévention des contentieux en cette matière où l'action est gracieuse, autant que l'apport de la Cour à un texte législatif dont l'efficacité est contestée devraient vous conduire à admettre que cette deuxième condition est satisfaite.

²² Dalloz 1992, La saisine pour avis de la Cour de cassation, F. Zenati, p. 247

²³ Loi n° 91-491 du 15 mai 1991 modifiant le code de l'organisation judiciaire et instituant la saisine pour avis de la Cour de cassation

²⁴ JCP 1992, éd. G, I, La saisine pour avis de la Cour de cassation, A.-M. Morgan de Rivery-Guillaud, 3576

²⁵ Cons. const. Décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013, cons. 48 et 58

²⁶ Art. 1167 du code de procédure civile : *“L'action aux fins d'adoption relève de la matière gracieuse”*

²⁷ BICC 15 décembre 1993, Le point sur la saisine pour avis, p. 7

La question se pose-t-elle dans de nombreux litiges ?

Souhaitant dresser un état des lieux sur le traitement des requêtes en adoption de l'enfant de la conjointe au sein des couples de même sexe, lorsque l'enfant est né ou supposé né d'une assistance médicale à la procréation réalisée à l'étranger, la direction des affaires civiles et du sceau a interrogé au début de l'été l'ensemble des procureurs généraux.

Ce bilan arrêté au 17 juillet 2014 fait état de 684 requêtes en adoption plénière déposées et de 37 requêtes en adoption simple²⁸. A ce jour, 254 décisions ont prononcé l'adoption plénière et 27 l'adoption simple. Dans trois procédures une mesure d'enquête a été ordonnée. Neuf décisions ont refusé de prononcer l'adoption et dans deux procédures la Cour de cassation a été saisie pour avis.

Le ministère public a interjeté appel dans quelques procédures, mais aucune cour d'appel n'a statué à ce jour. Ces chiffres attestent de la réalité d'un mouvement dont l'opinion publique a reçu l'écho en prenant connaissance du manifeste des 343 "fraudeuses"²⁹.

Nous sommes en présence d'une question susceptible de se poser dans de nombreuses procédures et les conditions cumulatives de fond posées par l'article L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire, pour que soit sollicité l'avis de la Cour de cassation, sont assurément réunies. La réponse qui peut y être apportée permettra de confirmer le caractère sérieux de la difficulté soulevée.

- Les textes de référence

La question invite à une confrontation entre les dispositions des articles 343 et 345-1 du code civil concernant l'adoption plénière et celles de l'article L. 2141-2 du code de la santé publique.

L'article 343 du code civil dispose : *"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"* et l'article 345-1 du même code précise : *"L'adoption plénière de l'enfant du conjoint est permise :*

1° Lorsque l'enfant n'a de filiation légalement établie qu'à l'égard de ce conjoint ;

1° bis Lorsque l'enfant a fait l'objet d'une adoption plénière par ce seul conjoint et n'a de filiation établie qu'à son égard ;

2° Lorsque l'autre parent que le conjoint s'est vu retirer totalement l'autorité parentale ;

3° Lorsque l'autre parent que le conjoint est décédé et n'a pas laissé d'ascendants au premier degré ou lorsque ceux-ci se sont manifestement désintéressés de l'enfant".

L'article 7 de la loi du 17 mai 2013 a inséré le 1° bis de cet article. Il résulte d'un amendement proposé, sur l'initiative du rapporteur du projet et de la commission des Affaires

²⁸ Bilan de la dépêche AMP/Adoption de l'enfant du conjoint au 17 juillet 2014 (document joint)

²⁹ Libération 5 juin 2014, "Nous réclamons l'ouverture de la PMA à toutes les femmes, sans discrimination" - Procréation médicalement assistée pour tous !

sociales, par la commission des lois de l'Assemblée nationale, et procède d'une volonté de sécuriser les règles d'adoption intrafamiliale offertes aux couples de personnes de même sexe et à leurs enfants, au regard d'un texte qui, sans exclure cette possibilité, ne la prévoyait pas expressément³⁰.

L'article L. 2141-2 du code de la santé publique, modifié par l'article 33 de la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011, énonce : *“L'assistance médicale à la procréation a pour objet de remédier à l'infertilité d'un couple ou d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité. Le caractère pathologique de l'infertilité doit être médicalement diagnostiqué.*

L'homme et la femme formant le couple doivent être vivants, en âge de procréer et consentir préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination. Font obstacle à l'insémination ou au transfert des embryons le décès d'un des membres du couple, le dépôt d'une requête en divorce ou en séparation de corps ou la cessation de la communauté de vie, ainsi que la révocation par écrit du consentement par l'homme ou la femme auprès du médecin chargé de mettre en oeuvre l'assistance médicale à la procréation”.

La mise en parallèle de ces textes constitue le fondement de la seule interrogation à laquelle vous pourriez répondre, à savoir : à supposer que le non respect à l'étranger des dispositions du code de la santé publique soit constitutif d'une fraude à la loi, cette fraude constitue-t-elle un empêchement au prononcé de l'adoption de l'enfant ainsi conçu ?

- La demande d'avis au regard des textes de référence

C'est par une décision d'Assemblée plénière que la Cour a caractérisé un détournement de l'institution de l'adoption dans un processus d'ensemble destiné à permettre à un couple l'accueil à son foyer d'un enfant, conçu en exécution d'un contrat tendant à l'abandon à sa naissance par sa mère³¹. Cette solution a été reprise par la première chambre³². L'article 3 de la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, en insérant un article 16-7 dans le code civil, a cependant conduit à en modifier le fondement juridique, en disposant que *“toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle”*.

La même chambre, saisie d'un pourvoi relatif à la fraude imputable à l'adoptant que requiert la recevabilité de la tierce opposition en matière d'adoption, a cassé la décision d'une cour d'appel dont les motifs étaient impropres à caractériser cette fraude, puis, saisie d'un second pourvoi formé contre l'arrêt de la cour d'appel de renvoi, a rejeté ce pourvoi, au motif qu'il résultait de l'appréciation souveraine de la cour d'appel que l'adoptant avait *“commis une omission dolosive constitutive d'une fraude de nature à influencer de façon déterminante sur la décision d'adoption”*³³.

³⁰ Rapport AN n° 628, enregistré le 17 janvier 2013, fait au nom de la Commission des lois par M. Erwann Binet, VI A 4

³¹ Ass. Plén. 31 mai 1991, précité

³² 1^{re} Civ., 29 juin 1994, *Bull.* n° 226, 9 décembre 2003, *Bull.* n° 252

³³ 1^{re} Civ., 6 février 2008, *Bull.* n° 46, puis 4 mai 2011, *Bull.* n° 81

A suivre ces décisions, la fraude n'est prise en compte que si elle procède de la volonté de réaliser un détournement de l'institution de l'adoption. Cette caractérisation de la fraude doit être distinguée de la situation dont la première chambre a eu à connaître où la fraude à la loi repose sur l'existence d'une convention nulle d'une nullité d'ordre public, emportant privation de tout effet³⁴.

Les dispositions d'ordre public³⁵ du chapitre II du titre I du Livre 1^{er} du code civil relatives au respect du corps humain permettent de lever toute ambiguïté. La nullité d'ordre public des conventions portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui³⁶, comme de celles ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale aux produits du corps humain³⁷, ne pourrait affecter l'adoption par le conjoint que si cette adoption constituait l'aboutissement d'un processus d'ensemble intégrant cette convention nulle d'une nullité d'ordre public.

Hors cette hypothèse, la fraude constatée ne peut produire ses effets que s'il est établi qu'elle a permis de réaliser un détournement de l'institution de l'adoption et, s'agissant de l'article 345-1 du code civil, de l'adoption de l'enfant du conjoint. A s'en tenir au 1^o de cet article, il s'agit de conférer à l'enfant, dont la filiation n'est établie qu'à l'égard de l'un des conjoints, une filiation qui lui permette d'appartenir à une famille adoptive.

Quant aux effets de l'adoption plénière, l'article 356, alinéa 2, du code civil dispose : *“l'adoption de l'enfant du conjoint laisse subsister sa filiation d'origine à l'égard de ce conjoint et de sa famille. Elle produit, pour le surplus, les effets d'une adoption par deux époux”*. En présence d'une filiation de substitution qui n'affecte pas la filiation d'origine, on peine à imaginer que le processus ayant permis de donner naissance à un enfant, au mépris des dispositions de l'article L. 2141-2 du code de la santé publique, puisse constituer un détournement de l'institution de l'adoption, alors que la filiation d'origine ne serait pas atteinte par la fraude.

Peut-être faut-il envisager, avec le professeur Fulchiron, que la fraude étende *“peu à peu ses ravages”* jusqu'à *“la filiation maternelle de “l'enfant de la fraude””*³⁸? Mais le même auteur s'était précédemment inquiété des pistes envisageables pour sortir de l'impasse en prenant connaissance de l'arrêt de la première chambre du 19 mars 2014³⁹.

³⁴ En ce sens, les décisions rendues en matière de procréation ou gestation pour le compte d'autrui, relevant en outre la contrariété à la conception française de l'ordre public international (1^{re} Civ., 6 avril 2011, *Bull.* n° 71 et 72), puis la seule nullité d'ordre public (1^{re} Civ., 13 septembre 2013, *Bull.* n° 176 (2 pourvois), 19 mars 2014, *Bull.* n° 45)

³⁵ Art. 16-9 du code civil

³⁶ Art. 16-7 du code civil

³⁷ Art. 16-5 du code civil

³⁸ Dalloz 2014, *Fraus omnia corrumpit ? A propos de la filiation des enfants nés par insémination artificielle avec don de sperme dans un couple de femmes*, H. Fulchiron, p. 1162

³⁹ Dalloz 2014, *“L'enfant de la fraude...” Réflexions sur le statut des enfants nés avec l'assistance d'une mère porteuse*, H. Fulchiron et Ch. Bidaud-Garon, p. 905

Depuis sont intervenues les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme⁴⁰ qui, sur le fondement d'une violation de l'article 8 de la Convention, s'agissant du droit des enfants au respect de leur vie privée, ont fait droit aux recours exercés contre des décisions ayant refusé la transcription d'actes de naissance établis en exécution d'une décision étrangère sur le fondement d'une contrariété à l'ordre public international français. Or ces actes tendaient à faire produire effet, au regard de la filiation, à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui.

Pour la Cour européenne, si la compatibilité du souhait de la France de décourager ses ressortissants de recourir à l'étranger à une méthode de procréation qu'elle prohibe sur son territoire avec l'intérêt supérieur des enfants, au regard du droit au respect de la vie privée, pose une question grave, il ne peut être fait obstacle tant à la reconnaissance qu'à l'établissement en droit interne d'un lien de filiation à l'égard du parent biologique⁴¹.

Or la même juridiction avait précédemment admis pour exclure une violation de l'article 8 de la Convention par l'Autriche que *“le droit autrichien n'interdit pas aux personnes concernées de se rendre à l'étranger pour y subir des traitements contre la stérilité faisant appel à des techniques de procréation médicalement assistée interdites en Autriche et que, en cas de réussite des traitements en question, la filiation paternelle et la filiation maternelle sont régies par des dispositions précises du code civil qui respectent les souhaits des parents”*. Elle n'en a pas moins observé que *“le domaine en cause, qui paraît se trouver en perpétuelle évolution et connaît des évolutions scientifiques et juridiques particulièrement rapides, appelle un examen permanent de la part des Etats contractants”*⁴².

Reprenant une suggestion faite par le Conseil d'Etat⁴³, un auteur y voit la reconnaissance d'une filiation putative et s'interroge sur l'avenir d'une motivation fondée sur la fraude à la loi dès lors que celle-ci ne peut plus affecter que la validité de la gestation et non ses effets⁴⁴. Pour s'en tenir à la question dont vous êtes saisi, on perçoit mal comment la conception de l'enfant en fraude à la loi pourrait prohiber son adoption par le conjoint de son parent biologique, alors même que sa filiation à l'égard de ce parent ne pourrait pas être remise en cause, sur le fondement du droit au respect de la vie privée de l'enfant.

Pour le professeur Neirinck, si *“ce comportement frauduleux n'emporte aucune conséquence sur l'établissement de la maternité que l'accouchement impose”*, l'effacement de la fraude est limité à la désignation de la mère, cependant que le consentement de la mère est vicié par la fraude dont il est le prolongement. Dès lors, le consentement frauduleux interdit l'adoption, *“l'enfant n'étant plus adoptable”*⁴⁵. Cela permet, selon cet auteur, de faire *“barrage à la réalisation implicite mais tolérée d'un droit à l'enfant”*.

⁴⁰ CEDH 26 juin 2014, *aff. Mennesson c. France*, n° 65192/11 et *aff. Labassée c. France*, n° 65941/11

⁴¹ CEDH 26 juin 2014, n° 65192/11, précité, § 99 et 100, n° 65941/11 précité, § 78 et 79

⁴² CEDH 3 novembre 2011, *aff. S.H. et autres c. Autriche*, n° 57813/00, § 114 et 118

⁴³ La documentation française 2009, Etude sur la révision des lois de bioéthique, C.E., étude adoptée par l'assemblée générale plénière le 9 avril 2009, p. 65

⁴⁴ Dalloz Actualité 30 juin 2014, Gestation pour autrui (filiation) : la CEDH condamne la France, Th Coustet

⁴⁵ Droit de la famille, juillet 2014, Epouses, fraudes et adoption plénière, C. Neirinck, rep. 7

Cette difficile articulation entre impératifs de sécurité juridique et respect de droits fondamentaux a nourri le débat autour du mariage des personnes de même sexe. Dès avant la loi du 17 mai 2013, ces perspectives avaient été tracées. L'adoption et l'assistance médicale à la procréation étaient présentées comme les maillons faibles d'une réforme induisant des bouleversements en matière de filiation par l'homoparenté⁴⁶. Cette approche se justifiait d'autant plus que l'évolution jurisprudentielle au cours des vingt dernières années a tendu au rapprochement du droit de la filiation et de la vérité biologique⁴⁷.

Mais la filiation adoptive, filiation de substitution, est demeurée à l'écart de cette évolution, ce qui a permis, sans remettre en cause les fondements de la filiation que traduit l'article 310 du code civil, d'ouvrir aux couples de même sexe les mêmes droits qu'aux couples de sexe différent, tant en ce qui concerne le mariage que la filiation adoptive⁴⁸.

Les débats parlementaires ont montré combien l'assistance médicale à la procréation ne pouvait pas demeurer étrangère à la reconnaissance du mariage des couples de même sexe. Le rapporteur du projet à l'Assemblée nationale n'a pas caché sa conviction d'une nécessité d'ouvrir l'assistance médicale à la procréation aux couples de femmes, souhaitant que cette mesure soit adoptée dans le cadre d'un projet de loi distinct pour être traitée de façon pleinement satisfaisante.

Les travaux en commission témoignent de l'âpreté avec laquelle ce sujet a été abordé, aucune des difficultés soulevées n'ayant été éludée. Pour introduire cette discussion avant l'examen par article du projet de loi, il s'est ainsi exprimé : *“Enfin, la question de l'assistance médicale à la procréation pour les couples de femmes a été très présente dans nos travaux. Nous nous sommes d'ailleurs rendus à Bruxelles pour étudier, entre autres questions, la situation des Françaises qui vont en Belgique pour bénéficier d'une PMA. Compte tenu du nombre de celles qui se rendent à l'étranger dans ce dessein et de celles qui se lancent dans des inséminations « artisanales » avec un tiers plus ou moins connu, avec les risques sanitaires et juridiques que cela comporte, il est difficilement concevable de ne pas envisager l'ouverture de la PMA aux couples de lesbiennes. C'est d'autant plus inconcevable que le projet de loi ouvre la possibilité à la conjointe d'adopter a posteriori l'enfant né d'une PMA. Si, dans les autres pays européens ayant ouvert le mariage aux personnes de même sexe, les législateurs s'y sont repris à plusieurs fois pour se doter d'un arsenal juridique complet, tous, à l'exception du Portugal, ouvrent désormais le mariage, l'adoption et la PMA aux couples de personnes du même sexe. Ces trois piliers forment un ensemble cohérent et logique”*⁴⁹.

Le rapporteur a cependant souligné que le droit de recourir à l'assistance médicale à la procréation n'est pas aujourd'hui un droit réservé aux couples mariés, et a fait part de ses craintes de voir un amendement concernant l'ouverture de l'assistance médicale à la

⁴⁶ Lamy Droit civil, novembre 2012, L'extension du mariage et de la filiation aux couples de même sexe : tsunami annoncé en droit de la famille, F. Dekeuwer-Défossez, p. 55

⁴⁷ Rapport annuel 2004, Vérité biologique et filiation dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation, A. Pascal et M. Trapero, p. 101

⁴⁸ Art. 6-1 du code civil, précité

⁴⁹ Rapport n° 628 fait au nom de la commission des lois, par M. E. Binet, député, p. 97

procréation aux couples de femmes censuré par le Conseil constitutionnel, en raison de la présence de ce qui pourrait apparaître comme un “cavalier législatif”⁵⁰.

La doctrine s’est également interrogée sur les perspectives d’une réforme⁵¹. Soulignant les processus contraignants qui accompagnent les arguments plaidant en faveur d’une réforme et suscitent des résistances, l’auteur cité admet que la réforme de l’adoption coparentale au sein des couples de même sexe “conduira nécessairement à donner plein effet à ces situations créées en dehors des conditions légales françaises”. Les parlementaires opposants à l’adoption du projet de loi ont relayé cette analyse évoquant “un jeu de dominos juridiquement implacable”⁵² ou, dans l’acceptation du principe du mariage des personnes de même sexe, un “cheval de Troie” cachant “l’adoption, la PMA et la GPA”⁵³.

De toutes parts, la demande d’une intervention du législateur se fait chaque jour plus pressante⁵⁴ et les parlementaires eux-mêmes ont déposé plusieurs propositions de loi pour permettre un accès égalitaire aux techniques d’assistance à la procréation⁵⁵ ou, tout au contraire, pour interdire toute intervention médicale ayant pour but de concevoir un enfant à la demande de deux personnes de même sexe⁵⁶.

Mais comme le rappelle le ministère de la justice dans des réponses faites à des questions écrites, “le Président de la République a fait choix de saisir pour avis le comité consultatif national d’éthique pour les sciences de la vie et de la santé (CCNE)”⁵⁷. Cet avis est toujours attendu, cependant qu’un rapport commandé à l’automne 2013 par la ministre en charge de la Famille et remis en février 2014 à son commanditaire est venu relancer, par sa publication en avril 2014⁵⁸, l’impatience de ceux qui souhaitent voir la réforme du mariage accompagnée d’une réforme de la famille.

Au titre des propositions formulées au terme de ce rapport, intitulé “Filiation, origines, parentalité”, il est préconisé d’ouvrir l’accès de l’assistance médicale à la procréation aux couples de femmes en abandonnant le diagnostic du caractère pathologique de l’infertilité et en permettant une procréation lorsque le couple ne peut concevoir sans le recours à un tiers donneur. En outre, l’institution d’une “déclaration commune anticipée de

⁵⁰ Voir l’étude de R. Déchaux, “L’évolution de la jurisprudence constitutionnelle en matière de “cavaliers” entre 1996 et 2006, sur le site du Conseil constitutionnel

⁵¹ Droit de la famille, juillet 2013, L’assistance médicale à la procréation pour les couples homosexuels : quelles perspectives ?, B. De Boysson, dossier 25

⁵² AN 3^{ème} séance du 29 janvier 2013, intervention de M. Ph. Gosselin

⁵³ AN 1^{re} séance du 1^{er} février 2013, intervention de Mme C. Vautrin

⁵⁴ AJ Famille 2014, A législation inachevée, justice en déroute..., A. Lebel, 368, Dalloz 2014, Haro sur les procs !, F. Rome, p. 537, Personnes & Famille juin 2014, éditorial, S. Chamouard-El Bakkali

⁵⁵ Propositions de loi n° 517, enregistrée à la Présidence du Sénat le 7 mai 2014 et n° 1979, enregistrée à la Présidence de l’Assemblée nationale le 28 mai 2014

⁵⁶ Proposition de loi n° 1683, enregistrée à la Présidence de l’Assemblée nationale le 8 janvier 2014

⁵⁷ AN Question écrite n° 33080, JO AN du 10 décembre 2013, n° 36499, JO AN du 1^{er} juillet 2014

⁵⁸ Sur les circonstances de cette publication, Journalisme et santé publique, PMA et GPA : un rapport-mistigri “explosif” qui va relancer la polémique politique, blog de J.-Y. Nau, 8 avril 2014

filiation”, transmise à l’officier d’état civil et portée sur l’acte de naissance de l’enfant, permettrait d’établir la filiation de l’enfant à l’égard des deux parents⁵⁹.

En s’inscrivant dans une démarche nouvelle distinguant filiation et modalités d’établissement de celle-ci, reconnaissant les origines des personnes conçues avec assistance médicale à la procréation hétérologue, ce rapport souligne l’utilité de l’adoption “*dans les situations de “coparentalité” dans lesquelles l’enfant est issu du projet commun d’un couple de femmes et d’un couple d’hommes*”⁶⁰.

La réforme de la PMA n’est cependant pas plus à l’ordre du jour du Parlement aujourd’hui⁶¹ qu’hier⁶², et la question de droit, qui ne doit pas être sous-estimée parce qu’elle embarrasse les praticiens du droit de la famille⁶³, tend à être occultée par un débat éthique et citoyen dont la dimension sociétale ne peut être ignorée. Face à ce constat, l’avis sollicité peut-il contribuer à sortir de l’impasse ?

- Une proposition de réponse

L’existence d’une fraude à la loi, caractérisée par le recours à une assistance médicale à la procréation dans des conditions où elle n’est pas ouverte en France, doit-elle empêcher que soit prononcée l’adoption par le conjoint, de l’enfant ainsi conçu ?

Si l’article 16-7 du code civil prohibe toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour autrui, aucune disposition relative au respect du corps humain n’interdit l’assistance médicale à la procréation⁶⁴. La fraude à la loi ne repose donc que sur le contournement d’une loi qui a pour but de préserver l’apparente biologisation de la filiation⁶⁵.

Ne s’agit-il pas, alors, d’une loi de police dont les conditions sont fixées par le code de la santé publique⁶⁶ et les effets précisés au seul titre des dispositions du code civil relatives à la filiation, hors filiation adoptive⁶⁷?

⁵⁹ Forum Famille Dalloz, avril 2014, Filiation, origines, parentalité : le rapport !, forum animé par V. Avena-Robardet

⁶⁰ Rapport du groupe de travail Filiation, origines, parentalité, Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle, présidé par le professeur I. Théry, p. 136 et 147 à 163

⁶¹ Le Monde 24 février 2014, Couples gays : la justice bloque des adoptions d’enfants nés par PMA, G. Dupont

⁶² Droit de la Famille, février 2013, Réforme de la PMA : la création de la famille par convenance personnelle, C. Neirinck, rep. 2

⁶³ RTD Civ. 2014, Des éléments essentiels du droit français (pour l’instant !) et de l’abrogation par désuétude, J. Hauser, p. 330

⁶⁴ En ce sens, Droit de la Famille juillet 2014, L’assistance médicale à la procréation, l’adoption et la fraude à la loi, Ph. Reigné, comm. 113

⁶⁵ Sur cette question, voir le rapport Théry et le dossier “La filiation saisie par la biomédecine”, *Esprit*, 5, 2009

⁶⁶ En ce sens, le commentaire de Ph. Régnier des jugements du TGI de Nanterre du 8 juillet 2014, Dalloz 2014, Adoption plénière par la conjointe de la mère d’un enfant conçu à l’étranger avec assistance médicale à la procréation : ni fraude à la loi, ni loi fraudée, p. 1669

⁶⁷ Articles 311-19 et suivants du code civil

Tel doit être le sens de la distinction opérée entre une convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui, atteinte d'une nullité d'ordre public, et la procréation médicalement assistée avec tiers donneur qui, pratiquée dans le respect des dispositions du code de la santé publique, veille à assurer la protection du donneur, de la mère et de l'enfant.

Cette fraude peut-elle participer de la réalisation d'un détournement de l'institution de l'adoption ? Ce détournement ne pourrait être fondé que sur l'existence d'un projet parental intégrant la fraude dénoncée. A supposer que la preuve en soit rapportée, la filiation établie à l'égard de la mère qui a accouché ne sera pas remise en cause, seul le projet parental d'une adoption par le conjoint sera discuté.

C'est donc la motivation de l'adoptant qui devrait être examinée en contemplation des circonstances de la conception de l'adopté, alors même que le lien de filiation sollicité avec l'adopté demeure étranger aux effets conférés par la loi à l'assistance médicale à la procréation. S'est-on jamais préoccupé des circonstances de la conception d'un enfant né à l'étranger et adopté par un couple hétérosexuel en France ?

L'adoption plénière de l'enfant du conjoint a-t-elle jamais donné lieu à pareille interrogation lorsque l'un des parents est décédé, alors que rien ne peut justifier de ce que cette conception n'a pas été réalisée en fraude à la loi française ? Les conditions de la loi française ne permettent pas d'exclure, y compris pour des couples de personnes de sexe différent, le recours à l'assistance médicale à la procréation, à l'étranger⁶⁸.

Ne serait-il pas paradoxal de contester l'adoption de l'enfant dont la filiation paternelle ne peut pas être établie, par la volonté de la mère, alors que le père d'un enfant confié par la mère à un organisme autorisé pour l'adoption ne peut plus le reconnaître au terme du délai institué par l'article 351, alinéa 2, du code civil⁶⁹ ? Même si la conception de l'enfant s'inscrit dans un projet parental, force est de constater que ce projet ne peut pas faire abstraction de la volonté de la mère qui en assure la gestation et en accouche.

S'interrogeant sur la proposition du rapport Théry proclamant un droit fondamental de l'enfant à savoir comment a été établi le lien de filiation l'unissant à ses parents, le professeur Granet-Lambrechts revendique pour les parents *“un droit tout autant fondamental à préserver, dans l'intimité partagée de leur vie privée, cette circonstance de leur vie de couple qu'est la conception de leur enfant”*⁷⁰.

Si l'examen d'un éventuel détournement de l'institution devait être tributaire des circonstances de la conception de l'enfant, cette circonstance de la vie du couple ne serait plus préservée, alors même que ne serait pas en cause l'existence d'une convention nulle d'une nullité d'ordre public. En cet état une réponse négative à la question posée devrait pouvoir s'imposer.

⁶⁸ Pour un exemple, 1^{re} Civ., 19 janvier 2012, *Bull.* N° 11

⁶⁹ En ce sens, 1^{re} Civ., 1^{er} juin 2011, *Bull.* N° 105

⁷⁰ Dalloz 2014, Droit de la filiation mai 2013 - avril 2014, F. Granet-Lambrechts, p. 1171

Mais le débat qu'elle suscite conduit à quelques précisions que nous examinerons au détour de quatre observations.

En premier lieu, la portée de l'invitation faite par le Conseil constitutionnel aux juridictions compétentes pour empêcher, priver d'effet et, le cas échéant, réprimer le recours à la PMA à l'étranger en fraude à la loi française, doit être nuancée. Il s'agissait pour le Conseil d'écarter un grief "*en appliquant une jurisprudence constante et ancienne*"⁷¹. Le seul fondement de cette jurisprudence tient en ce que l'éventualité d'un détournement de la loi n'entache pas celle-ci d'inconstitutionnalité⁷². En abandonnant aux juridictions compétentes ce contrôle, le Conseil constitutionnel n'a pas entendu leur imposer de priver d'effet le recours à la PMA à l'étranger, mais a rappelé de manière exhaustive les pouvoirs qui leur sont dévolus en matière de fraude à la loi.

En deuxième lieu, si le débat parlementaire est différé en ce qui concerne l'ouverture de l'assistance médicale à la procréation aux couples de femmes, le gouvernement est attentif à l'application des dispositions de l'article 6-1 du code civil, comme à celles de l'article 345-1 1° bis du même code. Dans une circulaire du 23 juillet 2014⁷³, la Garde des sceaux propose un nouveau modèle d'acte portant transcription des décisions d'adoption plénière de l'enfant du conjoint y compris de même sexe dont il ressort, sans ambiguïté, que le jugement d'adoption plénière, s'il produit les effets d'une adoption à l'égard des deux époux, ne concerne pas la filiation d'origine qui demeure.

En troisième lieu, les éléments de droit comparé recueillis par le Sénat à l'occasion des travaux parlementaires relatifs à la loi du 17 mai 2013 ne laissent pas de doute sur les conditions dans lesquelles la reconnaissance du mariage des personnes de même sexe peut être dissociée de l'accueil d'enfants par les couples de même sexe.

Il résulte, en effet, de l'étude réalisée⁷⁴ que, sur les dix Etats considérés, dont neuf appartiennent à l'Union européenne, sept Etats reconnaissent le mariage des personnes de même sexe et que seul, parmi ceux-ci, le Portugal refuse toute forme d'adoption aux conjoints de même sexe.

Le dispositif arrêté par le Portugal traduit une volonté non équivoque du législateur. S'agissant de l'adoption, l'étude précise : "*la loi n° 9 du 31 mai 2010 autorisant le mariage civil entre deux personnes de même sexe dispose explicitement que les modifications qu'elle opère dans le code civil n'ont pas pour effet de permettre l'adoption, dans aucune de ses modalités, par des personnes mariées de même sexe*".

Et s'agissant de la procréation médicalement assistée, le même document énonce : "*la loi n° 32/2006 sur la procréation médicalement assistée réserve la possibilité de recourir à la PMA aux couples hétérosexuels mariés ou vivant de façon maritale depuis plus de deux ans*", et ajoute : "*Du fait de l'extension de la possibilité de se marier aux personnes de même sexe,*

⁷¹ Cahiers du Conseil constitutionnel, Commentaire de la décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013, p. 34

⁷² En ce sens, Cons. Cons. 27 novembre 2001, décision n° 2001-451 DC, cons. 33 et 34

⁷³ Circulaire relative à l'état civil, n° CIV/05/14, du 23 juillet 2014

⁷⁴ Etude de législation comparée n° 229 - novembre 2012- mariage des personnes de même sexe et homoparentalité, réalisée à la demande du Président de la commission des lois du Sénat

l'interprétation littérale de cette disposition conduirait à penser que le législateur a entendu ouvrir la PMA à tous les couples mariés, quelle que soit leur composition. Selon le Conseil national d'éthique pour les sciences de la vie, il résulte des travaux parlementaires que le législateur n'avait pas cette intention, et il importe que la PMA soit réservée aux couples mariés ou non, de sexe différent".

Le dispositif arrêté par la France ne s'inscrit pas dans cette logique et la rédaction de l'article 6-1 du code civil, en ouvrant l'adoption aux couples de même sexe, n'a institué aucun contrôle sur la conception de l'enfant adoptif, au regard de la législation réservant la PMA aux couples de sexe différent.

Que l'on dénonce le refus hypocrite du législateur⁷⁵ ou l'appel à l'hypocrisie de quelques procureurs⁷⁶, la critique ne porte en aucun cas sur l'absence de clarté du message délivré au travers de la loi. La solution s'impose, la communauté juridique cherche seulement une institution qui ait le courage de l'énoncer.

La dernière observation a précisément trait au débat éthique sous-jacent à la question posée. Comme l'a rappelé le Conseil constitutionnel, *"au sein d'un couple de même sexe, la filiation ne peut être établie par la présomption de l'article 312 du code civil"* et *"le mariage est sans incidence sur les autres modes d'établissement de la filiation prévus par le titre VII du livre 1^{er} du code civil"*⁷⁷.

La filiation de l'enfant d'un couple de même sexe ne peut être, en l'état, qu'une filiation adoptive, et, si cette filiation emporte pour l'adopté les mêmes droits et obligations que ceux dévolus à l'enfant dont la filiation est établie en application du titre VII du livre 1^{er} de ce code, elle n'a pas pour effet de lui conférer une filiation établie, conformément aux dispositions de ce titre, à l'égard d'une mère et d'un père.

Or, c'est précisément au sein de ce titre qu'une section III traite de l'assistance médicale à la procréation. Aussi la prohibition de l'article 311-19 du code civil, concernant le lien de filiation à l'égard de l'auteur du don, ou la responsabilité de celui qui a consenti à l'assistance médicale à la procréation de la mère que consacre l'article 311-20 du même code, ne peuvent protéger ni le donneur ni la mère, si l'assistance médicale à la procréation n'est pas réalisée conformément aux dispositions du code de la santé publique.

C'est là, et seulement là, que résident les effets de la fraude à la loi, parce que la filiation adoptive, filiation de substitution judiciairement établie, ne bénéficie pas des dispositions protectrices du titre VII. Et ce n'est qu'en ce qui concerne les effets de l'adoption à l'égard de l'adopté qu'en application des dispositions de l'article 358 du code civil⁷⁸, il est fait renvoi aux dispositions du titre VII.

⁷⁵ Defrénois 2013, Quelques observations sur l'ouverture de l'adoption aux couples de personnes de même sexe, G. Champenois, p. 731

⁷⁶ Huffington Post 7 mars 2014, L'Etat dans les chambres à coucher, S. Bollé, A.-M. Leroyer, E. Pataut

⁷⁷ Cons. const. 17 mai 2013, décision n° 2013-669 DC précitée, cons. 40

⁷⁸ Art. 358 du code civil : *"L'adopté a, dans la famille de l'adoptant, les mêmes droits et les mêmes obligations qu'un enfant dont la filiation est établie en application du titre VII du présent livre"*.

Peut-être aurait-il mieux valu vous poser la question de l'articulation de l'article 358 du code civil qui donne à l'adopté, dans la famille de l'adoptant, les mêmes droits et les mêmes obligations qu'un enfant dont la filiation est établie en application du titre VII, avec l'article 6-1 du même code, au terme duquel la filiation adoptive emporte les mêmes effets, droits et obligations reconnus par les lois, à l'exclusion de ceux prévus au titre VII du livre 1^{er} du code, que les époux ou les parents soient de sexe différent ou de même sexe ?

Formulée ainsi, on mesure que cette articulation n'a pas vocation à se substituer au débat éthique que le Président de la République a souhaité initier, mais elle permet de clarifier les conditions de l'accès à la seule filiation adoptive des couples de même sexe.

Au demeurant, il n'est pas certain que la dimension éthique du sujet soit essentielle. L'Académie nationale de médecine a, ainsi, admis que l'ouverture de l'assistance médicale à la procréation avec sperme de donneur (AMPD) à des indications non médicales correspond à *“un choix de société dont les enjeux sont avant tout sociaux et juridiques”*⁷⁹.

Dans le commentaire au Rapport annuel d'un arrêt de la première chambre, la contribution de la Cour de cassation à la reconnaissance de la famille homosexuelle est soulignée⁸⁰. C'est une nouvelle contribution qui vous est aujourd'hui demandée.

En éclairant l'interprétation de la loi, sans remettre en cause les dispositions du code de la santé publique tributaires d'un débat éthique non encore abouti, nous vous invitons à vous associer à la fonction législative au sens de la loi du 15 mai 1991, sans prendre parti sur des enjeux qui ne sauraient relever de la présente procédure.

La dimension factuelle de l'appréciation d'une fraude à la loi ne doit pas constituer un obstacle à l'avis sollicité. Vous avez déjà connu semblable situation où votre avis devait s'articuler avec le pouvoir d'interprétation du juge saisi et vous n'avez pas hésité à prendre parti dans un domaine où le pouvoir exécutif s'était montré défaillant⁸¹.

Avec le même souci de ne pas tomber dans la dimension factuelle que pourrait avoir la question posée, nous avons veillé à demeurer à l'écart des principes conventionnels⁸² qui, notamment sur le fondement de l'intérêt supérieur de l'enfant, pourraient tendre à lui permettre de trouver sa place dans une famille adoptive⁸³.

⁷⁹ Académie nationale de médecine, séance du 27 mai 2014, groupe de travail de la commission X (Reproduction et développement) et de la commission XVII (Éthique et droit)

⁸⁰ Rapport annuel 2006, 1^{er} Civ., 24 février 2006, *Bull.* N° 101, p. 243

⁸¹ Avis du 10 juillet 2006, *Bull.* N° 6

⁸² Pour ce qui concerne la discrimination en raison de l'orientation sexuelle, voir CEDH 19 février 2013, *Aff. X et autres c. Autriche*, n° 19010/07, § 98 à 104

⁸³ Pour un exemple, avis du 17 décembre 2012, *Bull.* n° 10. Dans le commentaire porté au Rapport annuel de cet avis (p. 393), il est rappelé que *“le juge doit vérifier si l'adoption est conforme à l'intérêt de l'enfant, son appréciation est également souveraine”*, ce qui suppose l'examen d'une situation concrète relevant de l'office du juge du fond.

Aussi, est-ce avec confiance que nous vous proposons de répondre à la question posée en énonçant que la Cour de cassation est d'avis que : **“le recours à une insémination artificielle avec donneur inconnu à l'étranger par un couple de femmes n'empêche pas que soit prononcée une adoption de l'enfant né de cette procréation, par l'épouse de la mère biologique, dans les conditions prévues par les articles 343 et 345-1 du code civil”**.

P. J. : - jugement TGI Versailles du 29 avril 2014,
- bilan de la dépêche AMP/Adoption de l'enfant du conjoint au 17 juillet 2014.