



Demande d'avis n°J1470007

Séance 22 septembre 2014

Juridiction : tribunal de grande instance d'Avignon

Madame X...

Rapporteur : Rachel Le Cotty

RAPPORT

Par jugement du 19 juin 2014, le tribunal de grande instance d'Avignon a saisi la Cour de cassation de la demande d'avis 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 ?”

Plan du rapport

I - Rappel des faits et de la procédure.

II - Recevabilité de la demande d'avis.

A - Au regard des règles de forme.

B - Au regard des règles de fond.

1) Une question de droit ?

2) Une question nouvelle ?

3) Une question sérieuse ?

4) Une question se posant dans de nombreux litiges ?

III - Eléments de réponse à la question posée.

A - L'état du droit positif interne.

1) Les dispositions légales relatives à l'assistance médicale à la procréation.

2) L'établissement de la filiation d'un enfant à l'égard de sa mère.

3) Les conditions légales de l'adoption de l'enfant du conjoint.

4) Le contrôle des conditions de conception des enfants.

5) La fraude à la loi et l'ordre public.

B - La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

1) Le droit au respect de la vie privée et familiale et l'intérêt supérieur de l'enfant.

2) L'assistance médicale à la procréation (AMP) et l'adoption dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg.

a) L'interdiction des discriminations fondées sur l'orientation sexuelle.

b) L'AMP et l'adoption au sein des couples de même sexe.

c) Les conditions d'accès à l'AMP.

d) Les conséquences de cette jurisprudence et de la loi n°2013-404 du 17 mai 2013 sur le dispositif français d'AMP : le point de vue de la doctrine.

C - L'intention du législateur du 17 mai 2013.

Après le rappel des faits et de la procédure, seront donc examinés la recevabilité de la demande d'avis et les éléments de réponse au fond.

I - Rappel des faits et de la procédure

Mme Y... a donné naissance à Y. Y... le 18 novembre 2009 à Avignon, l'acte de naissance de l'enfant ne mentionnant qu'une filiation à l'égard de sa mère.

Mme Y... a épousé Mme X... le 16 septembre 2013 à Avignon.

Le 18 février 2014, Mme X... a déposé une requête en adoption plénière de l'enfant Y..

Le 14 mai 2014, le ministère public a transmis la requête et les pièces jointes en estimant que les conditions légales de l'adoption étaient réunies. Il a précisé qu'il résultait des pièces et de la requête que Y. était né à la suite d'une insémination artificielle avec donneur anonyme en Espagne, procédé prohibé par le droit français pour les couples homosexuels, mais que, selon lui, l'argument de la fraude à la loi était insuffisant pour rejeter une adoption respectant les conditions légales et que la solution retenue par les derniers arrêts de la Cour de cassation en matière de gestation pour autrui n'était pas transposable, les enjeux étant différents et la procréation médicalement assistée (PMA) au bénéfice d'un couple de femmes ne pouvant être considérée comme heurtant l'ordre public interne.

Néanmoins, estimant que la question était nouvelle, présentait une difficulté sérieuse et se posait dans de nombreux litiges, il a demandé au tribunal de saisir la Cour de cassation pour avis dans les termes susvisés.

Par jugement du 19 juin 2014, le tribunal a sollicité l'avis de la Cour de cassation et sursis à statuer jusqu'à réception de l'avis.

Maître Mécarry, avocat à la cour, a déposé, le 26 août 2014, des observations au nom de Mme X... ainsi que de Mme Y.... Il conviendra de s'interroger sur leur recevabilité au regard de l'article 1031-4 du code de procédure civile aux termes duquel, dans les matières où la représentation est obligatoire, les observations éventuelles des parties devant la Cour de cassation saisie d'une demande d'avis doivent être signées par un avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation.

II - Recevabilité de la demande d'avis

A - Au regard des règles de forme

Le tribunal a avisé Mme X..., le 22 mai 2014, qu'il envisageait de saisir la Cour de cassation pour avis, conformément aux dispositions de l'article 1031-1 du code de procédure civile, et l'a invitée à présenter ses observations avant le 16 juin 2014.

Le 16 juin 2014, Mme X... a conclu au prononcé de l'adoption plénière de l'enfant Y.. Elle a exposé que le mariage concrétisait une relation de sept années et que l'intention frauduleuse était inexistante dès lors qu'elle n'avait jamais caché la procréation médicalement assistée à l'origine de la naissance de l'enfant.

Elle a ajouté :

- que l'esprit de la loi n°2013-404 du 17 mai 2013 ayant ouvert le mariage aux couples de personnes de même sexe était de permettre les adoptions intrafamiliales, notamment au sein des couples de femmes ;
- qu'aucune disposition légale ne prohibait l'adoption de l'enfant par le conjoint homosexuel de son parent ;
- que le mode de conception de l'enfant dans l'établissement de son premier lien de filiation était étranger au texte de l'article 345-1, 1°, du code civil et qu'il n'y avait donc aucune fraude à la loi sur l'adoption ;
- que l'intérêt de l'enfant était de voir reconnaître le lien de filiation avec la conjointe de sa mère ;
- que toutes les décisions rendues sur le territoire national étaient cohérentes et prononçaient l'adoption plénière sans qu'aucun préalable ne soit posé ;

- que les jugements du tribunal de grande instance de Versailles d'avril 2014 faisaient figure d'exception, d'autant que dans ses réquisitions écrites, le ministère public était favorable au prononcé de l'adoption ;
- que dans un arrêt du 24 février 2006, la Cour de cassation avait affirmé que l'article 377, alinéa 1^{er}, du code civil ne s'opposait pas à ce qu'une femme seule titulaire de l'autorité parentale en délègue tout ou partie de l'exercice à la femme avec laquelle elle vivait en union stable et continue, lorsque les circonstances l'exigeaient et que la mesure était conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant.

Elle a conclu que la Cour de cassation avait déjà tranché en faveur de l'ouverture de l'adoption de l'enfant du conjoint de même sexe que celui du requérant.

Le jugement a été notifié, dans les formes de l'article 1031-2, alinéa 2, du code de procédure civile, à Mme X..., le 26 juin 2014, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception (AR signé le 3 juillet 2014), laquelle précisait que le dossier était transmis à la Cour de cassation le même jour.

Le premier président de la cour d'appel et le procureur général ainsi que le procureur de la République près le tribunal de grande instance d'Avignon ont été avisés par lettre du 26 juin 2014.

Les diligences accomplies satisfont en conséquence aux règles de forme prévues par les articles 1031-1 et suivants du code de procédure civile.

B - Au regard des règles de fond

S'agissant des règles de fond, conformément à l'article L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire, il importe de déterminer si la question posée est "*une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges*".

Pour être recevable, la demande d'avis doit en conséquence porter sur une question de droit (1), nouvelle (2), qui présente une difficulté sérieuse (3) et se pose dans de nombreux litiges (4).

1) Une question de droit ?

Ainsi que le précise le président J. Buffet dans son exposé du 29 mars 2000¹, la procédure de saisine pour avis permet à "*la juridiction suprême de faire savoir*

¹ "Présentation générale - La saisine pour avis de la Cour de cassation - Exposé devant les premiers présidents de cours d'appel réunis à la Cour de cassation le 29 mars 2000", site internet de la Cour de cassation

immédiatement comment elle pense qu'un texte doit être interprété, comment en tout cas il est vraisemblable qu'elle l'interpréterait si elle était saisie d'un pourvoi".

Il précise que *"le juge doit avoir été appelé à statuer sur une "demande". Il faut donc que la question soit posée à l'occasion d'un "procès" en cours, mais la Cour de cassation, libérale, admet aussi bien que la demande en justice soit en matière gracieuse (donc, par définition, en dehors de tout "litige") qu'en matière contentieuse"*.

Le caractère gracieux de la procédure d'adoption n'exclut donc pas en soi la recevabilité d'une demande d'avis².

La question de droit doit être formulée de façon précise³ et commander l'issue du litige⁴.

Comme le rappelle également le président J. Buffet, *"la difficulté soumise à la Cour de Cassation ne doit pas être mélangée de fait et de droit, et elle doit se présenter comme une question de pur droit. Il ne faut pas qu'il s'agisse d'une situation concrète, impliquant un débat contradictoire sur les faits devant les juges du fond. Certaines demandes d'avis, qui étaient en fait des consultations sur des cas d'espèce, ont été logiquement écartées."*

Ainsi, ne peut donner lieu à avis⁵ :

- une question *"mélangée de fait et de droit"*⁶ ;
- une question *"qui ne répond pas à l'exigence d'être de pur droit et dégagée des éléments de fait de l'espèce"*⁷ ;
- une question qui *"suppose l'examen de situations concrètes nécessairement soumises à un débat contradictoire devant les juges du fond"*⁸ ;

² Avis de la Cour de cassation, 17 décembre 2012, n°12-00.013, *Bull.* 2012, Avis, n°10

³ Avis de la Cour de cassation, 29 octobre 2007, n°07-00.014, *Bull.* 2007, Avis, n°12

⁴ Avis de la Cour de cassation, 23 avril 2007, n°07-00.008 ; Avis de la Cour de cassation, 20 octobre 2000, n°02-00.014 et n°02-00.015

⁵ "Droit et pratique de la cassation en matière civile", *LexisNexis* 2012, n°406

⁶ Avis de la Cour de cassation, 20 juin 1997, n°09-70.006, *Bull.* 1997, Avis, n°4 ; Avis de la Cour de cassation, 10 octobre 2011, n°11-00.005, *Bull.* 2011, Avis, n°2

⁷ Avis de la Cour de cassation, 5 décembre 2011, n°11-00.006, *Bull.* 2011, Avis, n°8 ; Avis de la Cour de cassation, 12 décembre 2011, n°11-00.007, *Bull.* 2011, Avis, n°9

⁸ Avis de la Cour de cassation, 3 octobre 1994, n°09-40.016, *Bull.* 1994, Avis, n°20

- ou encore une question qui *“suppose l'examen d'une situation concrète relevant de l'office du juge du fond”*⁹.

Comme l'exposait, dès 1993, M. Pascal Chauvin, alors secrétaire général de la première présidence de la Cour de cassation¹⁰, *“la Cour de cassation n'a évidemment pas à remplir le rôle des juridictions du fond et ne saurait, sous couvert d'une demande d'avis, se substituer à elles”*.

Dans son rapport sur l'avis du 10 octobre 2011 précité, le rapporteur A. Foulquié précisait que le contenu de la notion de *“question de droit”* *“est, par définition, aussi vaste que celui de la règle de droit dont la Cour de cassation a la charge de faire application dans les litiges qui lui sont soumis, non pour avis, mais pour jugement [...]*

En tout cas, comme elle sait le faire en technique de cassation, essentiellement pour écarter les moyens nouveaux, la Cour évince, comme insusceptibles de donner lieu à avis, les questions mélangées de fait et de droit, et ce, manifestement parce que la réponse de droit à ces moyens de pourvoi et à ces questions dépend, même partiellement, de l'appréciation d'une situation de fait qui, par nature, échappe à la cour régulatrice”.

Parmi les exemples de questions échappant à la procédure de demande d'avis, il citait:

- Avis de la Cour de cassation, 8 octobre 1993, n°09-30.009, *Bull.* 1993, Avis, n° 12 : l'avis demandé portait sur la nature et la portée de la garantie à laquelle s'était engagée une compagnie d'assurance déterminée à l'égard de certains assurés ;

- Avis de la Cour de cassation, 2 mai 1994, n°09-04.005, *Bull.* 1994, Avis, n°11 : l'avis portait sur la question suivante : *“Les dispositions de l'article 586, alinéa 2, du nouveau Code de procédure civile autorisent-elles les époux Z... à former devant le juge de l'exécution une tierce opposition incidente à l'encontre du jugement du tribunal de grande instance de Toulon en date du 3 décembre 1992 qui a validé la saisie-arrêt (pratiquée) le 20 novembre 1991 à la requête de M. A... entre les mains de la société Lyonnaise de banque, et ce compte tenu à la fois des règles propres de l'article 586 susvisé et des dispositions de l'article 97 de la loi du 9 juillet 1991 ?”*.

- Avis de la Cour de cassation, 20 juin 1997, n°09-70.006, *Bull.* 1997, Avis, n°4 : l'avis demandé portait sur la possibilité de restructurer le solde d'un crédit immobilier après la vente de l'immeuble au moyen d'une offre préalable de crédit à la consommation, sans qu'il soit fait obstacle aux dispositions de l'article L.331-7, 4°,

⁹ Avis de la Cour de cassation, 17 décembre 2012, n°12-00.013, *Bull.* 2012, Avis, n°10 précité

¹⁰ P. Chauvin, *“Le point sur la saisine pour avis”*, *BICC*, 15 décembre 1993, p. 7 et s.

du code de la consommation qui, dans leur rédaction alors applicable, permettaient, en cas de vente forcée du logement du débiteur surendetté, de réduire le montant de la fraction des prêts immobiliers restant due aux établissements de crédit ;

- Avis de la Cour de cassation, 1^{er} décembre 2003, *Bull.* 2003, Avis, n° 2 : la question posée était la suivante : *“la conformité des dispositions du décret du 28 décembre 1998 à la Convention européenne dans la mesure où ce décret est immédiatement applicable au plan social en cours tel qu’il avait été élaboré entre la société et le comité d’entreprise de la TWA”*.

Il a été répondu : *“La demande qui concerne l’application dans le temps du décret n°98-1201 du 28 décembre 1998 suppose l’examen des conditions de fait et de droit dans lesquelles des ruptures de contrat de travail prévues par un plan social sont intervenues ; en outre, la compatibilité d’une disposition de droit interne dans une telle situation de fait avec la Convention européenne des droits de l’homme relève de l’office du juge du fond ; pour l’ensemble de ces motifs, la demande échappe à la procédure d’avis prévue par les articles susvisés”*.

Il est en effet constant que la question de la conventionnalité de dispositions de droit interne relève de l’examen préalable des juges du fond et, à ce titre, échappe à la procédure de demande d’avis. Cette solution a été rappelée récemment dans l’avis de la Cour de cassation du 17 décembre 2012¹¹.

Dans cet avis, la Cour de cassation a également dit n’y avoir lieu à avis sur deux questions, au motif que telles qu’elles étaient formulées, elles supposaient chacune *“l’examen d’une situation concrète relevant de l’office du juge du fond”* :

- *“la possibilité de déclarer adoptable plénièrement un enfant d’origine étrangère ayant acquis la nationalité française par application de l’article 21-12 du code civil alors même que la législation de son pays de naissance prohibe ladite adoption”* ;
- *“la forme que doit revêtir le consentement à adoption plénière d’un enfant né à l’étranger de parents inconnus et ayant acquis ultérieurement la nationalité française par application de l’article 21-12 du code civil.”*

En l’espèce, le tribunal de grande instance d’Avignon soumet à la Cour de cassation ses interrogations relatives aux conséquences, sur l’adoption d’un enfant par l’épouse de sa mère, de la circonstance qu’il soit né par assistance médicale à la procréation à l’étranger. Il s’interroge sur l’existence d’une fraude à la loi.

¹¹ Avis de la Cour de cassation, n°12-00.013, *Bull.* 2012, Avis, n°10, préc.

Cette question est-elle de pur droit ou nécessite-t-elle l'examen de circonstances de fait relatives à l'intention frauduleuse éventuelle, à l'auteur de la prétendue fraude et au processus qui serait sanctionné ?

En outre, si fraude il y a, le prononcé de l'adoption se résume-t-il à cette question ? Autrement dit, peut-on répondre en se plaçant sur le seul terrain d'une éventuelle fraude à la loi ou ne faut-il pas aussi examiner la question de l'adoption au regard de l'intérêt de l'enfant ?

Il convient de rappeler que, selon l'article 353 du code civil, *"l'adoption est prononcée à la requête de l'adoptant par le tribunal de grande instance qui vérifie, dans un délai de six mois à compter de la saisine du tribunal, si les conditions de la loi sont remplies et si l'adoption est conforme à l'intérêt de l'enfant"*.

Dans sa décision du 17 mai 2013¹², le Conseil constitutionnel a porté l'intérêt de l'enfant, en matière d'adoption, au niveau constitutionnel :

"54. Considérant, d'autre part, que les dispositions contestées ne dérogent pas aux dispositions de l'article 353 du code civil, selon lesquelles l'adoption est prononcée par le tribunal de grande instance à la requête de l'adoptant si les conditions de la loi sont remplies « et si l'adoption est conforme à l'intérêt de l'enfant » ; que ces dispositions, applicables que les adoptants soient de même sexe ou de sexe différent, mettent en oeuvre l'exigence résultant du dixième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 selon laquelle l'adoption ne peut être prononcée que si elle est conforme à l'intérêt de l'enfant".

Comme l'explique le commentaire de la décision, figurant sur le site internet du Conseil constitutionnel, *"dans sa décision du 17 mai 2013, le Conseil constitutionnel a jugé que le dixième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 implique le respect de l'exigence de conformité de l'adoption à l'intérêt de l'enfant. Cet intérêt est ainsi, en la matière, porté expressément au niveau constitutionnel"*.

L'intérêt de l'enfant, notion de fait, relève du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond¹³.

On rappellera également que :

¹² Cons. const., 17 mai 2013, décision n°2013-669 DC, *Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*

¹³ 1^{re} Civ., 27 mars 2008, pourvoi n°07-14.301 ; 1^{re} Civ., 19 novembre 2009, pourvoi n°09-68.179 ; 1^{re} Civ., 1^{er} juin 2011, pourvoi n°10-19.028, *Bull.* 2011, I, n°105 ; 1^{re} Civ., 15 février 2012, pourvois n°11-19.963 et 10-27.512, *Bull.* 2012, I, n°32

- l'article 3-1 de la Convention de New-York du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant dispose que *“dans toute les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale”* ;

- depuis un arrêt de principe du 18 mai 2005¹⁴, la Cour de cassation juge que cet article est d'application directe devant les juridictions françaises ;

- tout particulièrement en matière d'adoption, l'intérêt de l'enfant est la considération primordiale : ainsi, l'article 21, alinéa 1^{er}, de la Convention de New-York du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant énonce que *“les Etats parties qui admettent et/ou autorisent l'adoption s'assurent que l'intérêt supérieur de l'enfant est la considération primordiale en la matière [...]”*.

La Cour européenne des droits de l'homme rappelle également qu'en matière d'adoption, dans la recherche de l'équilibre entre les différents intérêts en présence, l'intérêt de l'enfant doit *“constituer la considération déterminante.”*¹⁵

Une appréciation *in concreto* de l'intérêt de l'enfant et une mise en balance des intérêts en présence étant nécessaires, est-il possible de répondre en droit à la question posée, abstraction faite des circonstances particulières de chaque affaire ?

On sait qu'en matière de gestation pour autrui, la Cour de cassation a dit que l'intérêt de l'enfant ne pouvait valider *a posteriori* une situation constituée en fraude à la loi :

“attendu qu'en l'état du droit positif, est justifié le refus de transcription d'un acte de naissance fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays lorsque la naissance est l'aboutissement, en fraude à la loi française, d'un processus d'ensemble comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui, convention qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du code civil ; [...]

Qu'en présence de cette fraude, ni l'intérêt supérieur de l'enfant que garantit l'article 3 § 1, de la Convention internationale des droits de l'enfant, ni le respect de la vie

¹⁴ 1^{re} Civ., 18 mai 2005, pourvoi n°02-20.613, *Bull.* 2005, I, n°212 ; 1^{re} Civ., 14 juin 2005, pourvoi n°04-16.942, *Bull.* 2005, I, n°245 ; 1^{re} Civ., 13 juillet 2005, pourvois n°05-10.519 et n°05-10.521, *Bull.* 2005, I, n°334

¹⁵ CEDH, arrêt du 10 janvier 2008, Kearns c. France, n°35991/04, § 79 ; CEDH, arrêt du 4 octobre 2012, Harroudj c/ France, n°43631/09, §49 ; CEDH, arrêt du 26 septembre 2013, Zambotto Perrin c. France, n°4962/11, §§ 91 et 100 ; V. également *infra* pour plus d'éléments sur la jurisprudence européenne.

*privée et familiale au sens de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne sauraient être utilement invoqués*¹⁶.

Mais plusieurs interrogations demeurent :

D'une part, peut-on assimiler la gestation pour autrui, expressément prohibée par les dispositions d'ordre public du code civil, à l'assistance médicale à la procréation, qui est autorisée en France mais encadrée ?

D'autre part, les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme qui ont constaté une violation de l'article 8 dans les affaires *Menesson c/ France*¹⁷ et *Labassee c/ France*¹⁸ sont postérieures aux derniers arrêts de la Cour de cassation en matière de gestation pour autrui et leurs conséquences sur le droit positif français comme sur la jurisprudence sont à ce jour inconnus¹⁹, étant observé que, selon les arrêts de l'Assemblée plénière du 15 avril 2011, *“les États adhérents à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales sont tenus de respecter les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, sans attendre d'être attaqués devant elle ni d'avoir modifié leur législation*²⁰.

2) Une question nouvelle ?

¹⁶ 1^{re} Civ., 13 septembre 2013, pourvoi n°12-18.315, *Bull.* 2013, I, n°176 ; V. également 1^{re} Civ., 13 septembre 2013, pourvoi n°12-30.138, *Bull.* 2013, I, n°176 et 19 mars 2014, pourvoi n°13-50.005, *Bull.*, 2014, I, n°45.

¹⁷ CEDH, arrêt du 26 juin 2014, *Menesson c/ France*, n°65192/11 ; V. *infra* pour l'analyse de ces décisions et de la jurisprudence de la CEDH.

¹⁸ CEDH, arrêt du 26 juin 2014, *Labassee c/ France*, n°65941/11

¹⁹ Pour les premiers commentaires de ces arrêts, V. C. Brunetti-Pons, “Deux arrêts de la CEDH favorisent le développement des conventions de mère porteuse à l'échelle internationale - À propos des arrêts rendus par la CEDH le 26 juin 2014”, *RLDC*, sept. 2014, p. 47 et suiv. ; T. Coustet, “Gestation pour autrui (filiation) : la CEDH condamne la France”, *Dalloz actualité*, 30 juin 2014 ; A. Dionisi-Peyrusse, *Actualités de la bioéthique*, *AJ Famille* 2014 p. 396 ; A. Gouttenoire, “Convention de gestation pour autrui - Condamnation mesurée de la Cour EDH au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant”, *JCP G* 2014, 877 ; C. Neirinck, “Quand les droits de l'homme, pour servir l'intérêt de l'enfant, privilégient les pères, ignorent les mères et favorisent la gestation pour autrui !”, *Dr. Famille* n° 9, sept. 2014, comm. 128 ; F. Sudre, *Droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, *JCP G* 2014, doctr. 832, spéc. n° 10 ; V. Avena-Robardet, “Condamnation de la France qui ne peut totalement interdire l'établissement du lien de filiation entre un père et ses enfants biologiques nés d'une GPA à l'étranger”, *Forum famille Dalloz* 26 juin 2014 ; G. Puppinck & C. de La Hougue, “Cour européenne des droits de l'homme : vers la libéralisation de la GPA - À propos des affaires *Menesson c/ France* et *Labassee c/ France*”, *RLDC*, sept. 2014, p. 78 et suiv. ; E. Viganotti, “Les enfants issus de mères porteuses étrangères ne doivent pas être privés d'état civil français : les arrêts *Menesson* et *Labassee* de la CEDH”, *Gaz. Pal.*, 24 juillet 2014 n°205, p. 12.

²⁰ Ass. plén. 15 avril 2011, pourvois n°10-17.049, n°10-30.313 et n°10-30.316, *Bull. Crim.* 2011, Ass. Plén. n° 1, 3 et 4

Il existe deux aspects de la nouveauté²¹ : la question est nouvelle, soit parce qu'elle est suscitée par l'application d'un texte nouveau, soit parce que, suscitée par un texte ancien, elle n'a pas encore été tranchée par la Cour de cassation statuant sur un pourvoi²² ou une précédente demande d'avis²³.

Il n'y a pas lieu à avis lorsque la Cour de cassation est saisie d'un pourvoi sur la même question de droit et sur lequel elle a statué depuis la réception de la demande d'avis²⁴ ou elle va statuer dans un délai rapproché²⁵.

Aucun pourvoi n'est actuellement soumis à la Cour de cassation sur la question posée par la juridiction d'Avignon.

La nouveauté de la question ne provient pas de l'article L.2141-2 du code de la santé publique, qui est un texte déjà ancien, issu de la loi n°94-654 du 29 juillet 1994 (et modifié par les lois n°2004-800 du 6 août 2004 et n°2011-814 du 7 juillet 2011 relatives à la bioéthique), ni des dispositions du code civil applicables à l'adoption simple ou plénière, issues de la loi n°66-500 du 11 juillet 1966 et modifiées notamment par la loi n°96-604 du 5 juillet 1996.

La nouveauté provient de l'article 143 du code civil qui, depuis la loi n°2013-404 du 17 mai 2013, permet le mariage de deux personnes de même sexe.

De même, l'article 6-1 du code civil dispose que : *“Le mariage et la filiation adoptive emportent les 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”*.

C'est parce que deux femmes peuvent désormais se marier que l'une d'elles peut adopter (en la forme simple comme plénière) l'enfant de sa conjointe, en application des articles 365 et 345-1, 1°, du code civil. Mais ces dispositions n'ont, quant à elles, pas été modifiées par la loi du 17 mai 2013, laquelle a uniquement ajouté un paragraphe 1° *bis* à l'article 345-1 du code civil afin de permettre l'adoption de l'enfant du conjoint ayant fait l'objet d'une adoption plénière par ce seul conjoint et n'ayant de filiation établie qu'à son égard.

²¹ V. “Droit et pratique de la cassation en matière civile”, *LexisNexis* 2012, n°408

²² Avis de la Cour de cassation, 29 avril 2002, n°02-00.002 ; Avis de la Cour de cassation, 10 janvier 2011, n°10-00.007, *Bull.* 2011, Avis, n°1

²³ Avis de la Cour de cassation, 6 octobre 2008, n°08-00.010, *Bull.* 2008, Avis, n°3

²⁴ Avis de la Cour de cassation, 14 février 1997, n°09-60.011 ; Avis de la Cour de cassation, 7 avril 2008, n°08-00.001, *Bull.* 2008, Avis, n°1 et n°08-00.003, *Bull.* 2008, Avis, n° 2 ; Avis de la Cour de cassation, 25 juin 2010, n°10-00.003

²⁵ Avis de la Cour de cassation, 31 mai 1999, n°99-20.008, *Bull.* 1999, Avis n°4 ; Avis de la Cour de cassation, 22 octobre 2012, n°12-00.012

La question posée est inédite parce que la loi du 17 mai 2013 a ouvert le mariage aux personnes de même sexe. La filiation adoptive permet désormais aux couples de même sexe d'accéder à la parenté²⁶.

Auparavant, la Cour de cassation avait eu l'occasion de se prononcer sur l'adoption simple de l'enfant du partenaire au sein d'un couple de même sexe (l'adoption plénière étant, avant comme après la loi du 17 mai 2013, réservée au conjoint).

On sait que l'article 365 du code civil prévoit, en cas d'adoption simple, que l'adoptant est seul investi à l'égard de l'adopté de tous les droits d'autorité parentale, à moins qu'il ne soit le conjoint du père ou de la mère de l'adopté. Dans ce cas, l'autorité parentale est partagée entre les conjoints²⁷.

La première chambre civile de la Cour de cassation a, dans deux arrêts, l'un de cassation, l'autre de rejet, refusé de prononcer l'adoption simple de l'enfant par la partenaire de sa mère biologique au motif que *“cette 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”*²⁸.

Mais la question s'est également posée de savoir si la solution interne de refus de l'adoption simple fondée sur l'article 365 du code civil français pouvait être invoquée pour s'opposer à l'exequatur d'un jugement étranger d'adoption, qui, faisant application de la loi étrangère, avait prononcé l'adoption de l'enfant, par la compagne de sa mère, en maintenant les droits d'autorité parentale de la mère biologique.

La première chambre civile a jugé, dans un arrêt du 8 juillet 2010²⁹, que la création d'un double lien de filiation par adoption simple au sein d'un couple de même sexe ne heurtait pas l'ordre public international français. Cette situation (adoption simple par la partenaire française de l'enfant conçu par insémination artificielle par sa compagne américaine) ne heurtait pas de “principes essentiels” du droit français dès lors qu'il y avait partage de l'autorité parentale entre la mère et l'adoptante :

²⁶ En revanche, les effets, droits et obligations reconnus par le titre VII du livre I du code civil relatif à la filiation charnelle ne peuvent bénéficier aux couples de même sexe. La filiation adoptive est donc la seule à offrir aux couples homosexuels la possibilité d'accéder à la parenté.

²⁷ Cet article a été déclaré conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel : Cons. Const., 6 octobre 2010, décision n°2010-39 QPC.

²⁸ 1^{re} Civ., 20 février 2007, pourvoi n°06-15.647, *Bull.* 2007, I, n°71 et pourvoi n°04-15.676, *Bull.* 2007, I, n°70 ; V. également 1^{re} Civ., 19 décembre 2007, pourvoi n°06-21.369, *Bull.* 2007, I, n°392 et 9 mars 2011, pourvoi n°10-10.385, *Bull.* 2011, I, n° 52

²⁹ 1^{re} Civ., 8 juillet 2010, pourvoi n°08-21.740, *Bull.* 2010, I, n°162

“Attendu 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 ;

Attendu que Mme B..., de nationalité française, et Mme C..., de nationalité américaine, vivant aux Etats-Unis ont passé une convention de vie commune, dite "domestic partnership" ; que par décision du 10 juin 1999, la Cour supérieure du Comté de Dekalb (Etat de Georgie) a prononcé l'adoption par Mme B... de l'enfant A., née le 8 mars 1999 à Atlanta après insémination par donneur anonyme de Mme C... ; que l'acte de naissance de l'enfant mentionne Mme C... comme mère et Mme B... comme "parent", l'une et l'autre exerçant l'autorité parentale sur l'enfant ;

Attendu que pour refuser d'accorder l'exequatur au jugement étranger d'adoption, l'arrêt se borne à énoncer que, selon les dispositions de l'article 365 du code civil, l'adoptante est seule investie de l'autorité parentale, de sorte qu'il en résulte que la mère biologique est corrélativement privée de ses droits bien que vivant avec l'adoptante ;

En quoi la cour d'appel a violé les textes susvisés, le premier par refus d'application, le second par fausse application”.

Alors même que l'enfant avait été conçu par insémination artificielle, l'adoption ne heurtait pas les “principes essentiels” du droit français³⁰. Toutefois, aucune fraude à la loi n'avait été commise ici puisque les intéressées vivaient aux Etats-Unis.

Parmi les décisions rendues au profit de couples de femmes, mais qui ne concernent pas, cette fois, la filiation, on citera l'arrêt du 24 février 2006 autorisant la délégation-partage de l'exercice de l'autorité parentale entre la mère et sa compagne³¹. L'arrêt, après avoir constaté que Mme X était la mère de deux enfants dont la filiation paternelle n'avait pas été établie, a énoncé que l'article 377, alinéa 1^{er}, du code civil ne s'opposait 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 vi[va]it en union stable et continue, dès lors que les circonstances l'exig[eaient] et que la mesure [était] conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant”³².

Ces arrêts ne constituent toutefois pas des précédents de nature à priver la question de son caractère de nouveauté dès lors que le premier ne portait que sur l'exequatur

³⁰ V. sur cette notion, utilisée pour la première fois dans cet arrêt, F. Monéger et G. Pluyette “Exequatur et principes essentiels du droit français” in Mél. P. Courbe, p.447 ainsi que le rapport annuel de la Cour de cassation de 2013 consacré à l'ordre public, p.199

³¹ 1^{re} Civ., 24 février 2006, pourvoi n°04-17.090, *Bull.* 2006, I, n°101

³² V. également 1^{re} Civ., 16 avril 2008, pourvoi n°07-11.273, *Bull.* 2008, I, n°106 et 1^{re} Civ., 8 juillet 2010, pourvoi n°09-12.623, *Bull.* 2010, I, n°158 pour un arrêt précisant les conditions de la délégation-partage de l'exercice de l'autorité parentale au sein d'un couple de femmes.

d'une décision américaine, indépendamment de toute notion de fraude à la loi, et que le second était sans incidence sur la filiation de l'enfant³³.

On relèvera néanmoins que, dans les deux cas, la question du mode de conception de l'enfant n'a pas été évoquée.

A noter enfin que, dans une décision du 19 janvier 2012³⁴, la première chambre civile de la Cour de cassation a dit n'y avoir lieu à renvoyer au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité portant sur la conformité à la Constitution de l'interdiction du double don de gamètes prévue par l'article L.2141-3 du code de la santé publique, au motif que le Conseil avait déjà, dans sa décision n°94-343/344 DC du 27 juillet 1994, déclaré cette disposition, alors codifiée à l'article L.152-3 du code de la santé publique, conforme à la Constitution.

La requérante se plaignait de ce qu'ayant bénéficié en Espagne d'une fécondation *in vitro* avec les gamètes d'un donneur et d'une donneuse (double don de gamètes autorisé en Espagne et non en France), elle s'était heurtée à un refus de prise en charge par la caisse primaire d'assurance maladie.

Cette décision de non-renvoi est sans incidence sur la question actuellement soumise à la Cour.

3) Une question sérieuse ?

La demande d'avis ne peut porter que sur des questions pour lesquelles plusieurs réponses peuvent être raisonnablement envisagées, de sorte qu'il existe un risque réel de contrariété de jurisprudence.

La demande d'avis qui est présentée par le tribunal de grande instance d'Avignon est motivée par le fait que de nombreuses demandes d'adoption d'un enfant, né par assistance médicale à la procréation à l'étranger, par l'épouse de sa mère, seraient examinées par les juridictions françaises et auraient déjà donné lieu à des solutions différentes.

Il apparaît en effet que la réponse apportée à la question soumise à la Cour n'est pas uniforme, même si, dans leur majorité, les juridictions françaises prononcent l'adoption de l'enfant par l'épouse de sa mère sans s'interroger sur les conditions de sa conception ni soulever l'existence d'une éventuelle fraude à la loi.

³³ V. en sens contraire, F. Berdeaux-Gacogne, *AJ Famille* 2014, p.431, qui estime que, du fait de ces décisions, la question n'est ni nouvelle ni sérieuse.

³⁴ 1^{re} Civ., 19 janvier 2012, QPC n°11-40.089, *Bull.*, 2012, I, n°11

Ainsi, il ressort d'une note de la direction des affaires civiles et du Sceau du 17 juillet 2014 qu'à ce jour, 684 requêtes en adoption plénière de l'enfant de la conjointe au sein des couples de même sexe ont été déposées et 37 requêtes en adoption simple. Le ministère public a émis 7 avis défavorables à l'adoption et 64 avis favorables (ou absence d'opposition). Dans deux hypothèses, il s'est déclaré en faveur d'une adoption simple au lieu de l'adoption plénière demandée.

Au total, 281 décisions ont prononcé l'adoption sollicitée (254 en la forme plénière et 27 en la forme simple). Neuf décisions refusant le prononcé de l'adoption sont comptabilisées. Enfin, trois décisions ont ordonné une enquête de police ou une enquête sociale.

Le jugement du tribunal de grande instance de Lille du 14 octobre 2013³⁵ a été présenté comme *“la première adoption plénière par l'épouse de la mère”*. Pour C. Neirinck³⁶, ce jugement, *“le premier à prononcer une adoption plénière en faveur de la conjointe de la mère des adoptées, en l'occurrence deux petites filles âgées de 8 et 10 ans [...] révèle ainsi la grande facilité avec laquelle cette adoption particulière peut être obtenue au sein des couples de femmes et ce qu'elle signifie pour les enfants adoptés”*³⁷.

Comme l'explique F. Granet-Lambrechts³⁸, les fillettes *“avaient été conçues par procréation assistée avec don de sperme en Belgique, étaient nées en France où leur naissance avait été déclarée à l'état civil et, dans les circonstances du projet parental des deux femmes initialement pacsées, les enfants avaient une filiation établie seulement à l'égard de leur mère. La loi du 17 mai 2013 a permis le mariage entre les deux femmes, puis l'adoption des enfants par l'épouse de la mère dans des conditions a priori très simples, les deux petites filles étant privées de filiation paternelle et âgées de moins de treize ans, de sorte que leur consentement personnel à l'adoption n'était pas requis. Les deux épouses sont donc bien désormais mères légales des enfants, titulaires ensemble de l'autorité parentale et l'exercent en commun. Dans l'hypothèse d'un divorce entre elles, l'exercice en demeurerait en principe conjoint (art. 373-2 c. civ.). On mesure sur ce point l'incidence du mariage par rapport à d'autres modes de conjugalité en ce qu'il permet la création d'un lien de parenté par adoption de l'enfant du conjoint”*.

La presse s'est ensuite fait l'écho de jugements rendus par le tribunal de grande instance de Clermont-Ferrand le 15 mai 2014³⁹ ou le tribunal de Marseille en juin

³⁵ JurisData n°2013-027517

³⁶ *Dr. famille*, n°1, janvier 2014, comm. 4

³⁷ V. *infra* pour la critique de cette solution par cet auteur

³⁸ Droit de la filiation, mai 2013 - avril 2014, *Rec. Dalloz* 2014 p. 1171

³⁹ “PMA : une femme autorisée à adopter les enfants de son épouse”, *La montagne*, 20 mai 2014

2014⁴⁰ et prononçant également les adoptions demandées (en dépit de l'avis contraire du ministère public pour ce dernier).

En revanche, le tribunal de grande instance de Versailles a refusé de prononcer les adoptions sollicitées au motif que le procédé consistant 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, constituait *“une fraude à celle-ci et interdisait donc l'adoption de l'enfant illégalement conçu”*⁴¹.

Trois jugements ont été rendus le 29 avril 2014 et sont ainsi motivés :

“Attendu [...] qu'en l'état du droit positif, et ainsi que le rappelle le Conseil constitutionnel dans sa décision du 17 mai 2013, la procréation médicalement assistée n'est pas ouverte aux couples de femmes en France et demeure réservée aux couples hétérosexuels dont l'état d'infertilité pathologique a été médicalement constaté ; [...]

Attendu que les juges sont tenus de vérifier que la situation juridique qui leur est soumise ne consacre pas une fraude à la loi ;

Qu'il y a fraude à la loi lorsque l'on cherche à obtenir ce que la loi française prohibe par des moyens détournés et formellement légaux, que ce soit en France ou à l'étranger ;

Qu'il appartient aux juridictions compétentes d'empêcher, de priver d'effet et, le cas échéant, de réprimer des pratiques constitutives d'un tel détournement ;

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”.

Le tribunal de grande instance d'Aix-en-Provence a également statué en ce sens par un jugement du 23 juin 2014 (n°14/01472) :

“Le recours à l'assistance médicale à la procréation est strictement encadré par les dispositions de l'article L.2141-2 du code de la santé publique, qui dispose [...].

Le Conseil constitutionnel, dans sa décision n°2013-669 DC du 17 mai 2013 relative à la loi ouvrant le mariage aux personnes du même sexe, a rappelé que : “L'ouverture du mariage aux couples de personnes du même sexe a pour conséquence de permettre l'adoption par des couples de même sexe ainsi que l'adoption au sein de tels couples” (cons. 32), mais également souligné que “les couples formés par un homme et une femme sont, au regard de la procréation, dans une situation différente de celle des couples de personnes de même sexe, de sorte que le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, dès lors que la différence de traitement qui en résulte est en lien direct avec la loi qui l'établit” (cons. 44).

Le Conseil constitutionnel souligne enfin, dans son considérant n°58 de la même décision, que “l'éventualité d'un détournement de la loi lors de son application n'entache pas celle-ci

⁴⁰ “Le TGI de Marseille valide l'adoption d'un enfant conçu par PMA pour un couple de femmes”, Le figaro, 11 juin 2014

⁴¹ TGI Versailles, trois jugements du 29 avril 2014 : n°13/00013, JurisData n°2014-013012, n°13/00113, JurisData n°2014-013015 et n°13/00168, JurisData n°2014-013016

d'inconstitutionnalité ; qu'il appartient aux juridictions compétentes d'empêcher, de priver d'effet et, le cas échéant, de réprimer de telles pratiques".

Si la loi ne réprime pas pénalement une personne ayant recours à une procréation médicalement assistée pratiquée, hors des cas limitativement énumérés par l'article L.2141-2 du code de la santé publique, mais seulement les praticiens qui concourraient à sa mise en place, ce même article encadre strictement et limitativement le recours à cette pratique et exclut en conséquence la possibilité pour des personnes ne se trouvant pas dans les situations précisément visées par le législateur, d'y avoir recours.

En se déplaçant en Espagne pour recourir à une procréation médicalement assistée dans des conditions exclues par l'article L.2141-2 du code de la santé publique, en vue de la réalisation d'un projet parental commun avec Mme D..., la mère de l'enfant M. E... a évité sciemment l'application des dispositions de cet article, et il appartient aujourd'hui à la juridiction saisie d'une demande d'adoption formulée par Mme D... de relever ce détournement et, dans le respect de la décision du Conseil constitutionnel suscitée, "d'empêcher et de priver d'effet de telles pratiques". La requête en adoption de l'enfant M. E... déposée par Mme D... sera en conséquence rejetée".

Depuis, le tribunal de grande instance de Nanterre a rendu quatre jugements, le 8 juillet 2014, accueillant les demandes d'adoption et ne donnant pas suite à l'avis du ministère public, qui avait demandé la saisine de la Cour de cassation pour avis. Sur la demande d'avis, le tribunal a estimé que la question ne présentait plus de difficulté sérieuse dès lors que le ministère public n'émettait plus d'avis défavorable à la requête en adoption. Il a ajouté que la question de la fraude à la loi était mélangée de fait en ce qu'elle impliquait d'apprécier l'existence d'une manoeuvre frauduleuse et le but poursuivi par son auteur, question relevant de l'office du juge. Sur le fond, il a retenu que l'article L.2141-2 du code de la santé publique n'édicte aucune interdiction et que sa méconnaissance n'était assortie d'aucune sanction ou nullité d'ordre public, de sorte que le recours à la procréation médicalement assistée dans un pays membre de l'Union européenne où elle était ouverte, par un couple ne remplissant pas les conditions prévues par l'article L.2141-2 du code de la santé publique ne pouvait constituer, à lui seul, un processus frauduleux de nature à priver d'effet la naissance de l'enfant en France en interdisant l'établissement de sa filiation maternelle et son adoptabilité.

Il a ajouté qu'il n'était pas allégué que la loi belge relative à la procréation médicalement assistée méconnaît les principes essentiels du droit français et qu'il résultait au contraire de la *"convention de traitement par insémination artificielle avec sperme de donneur"* signée par les intéressées que les principes de gratuité et d'anonymat du don avaient été mis en oeuvre.

Il a rappelé que, si la procréation médicalement assistée avec tiers donneur anonyme avait pour effet d'interdire l'établissement de la filiation biologique paternelle de l'enfant, le Conseil constitutionnel avait, dans sa décision n°2013-669 DC du 17 mai 2013, écarté *"le grief tiré de la méconnaissance d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République en matière de "caractère bilinéaire de la filiation fondée sur l'altérité sexuelle"* ainsi que le grief tiré de *"la méconnaissance d'un principe constitutionnel garantissant le droit de tout enfant de*

voir sa filiation concurremment établie à l'égard d'un père et d'une mère". Pour le tribunal, l'impossibilité d'établir une filiation paternelle ne saurait dès lors constituer une fraude à la loi française.

Le tribunal a enfin estimé que la requérante poursuivait un seul objectif, conforme à la loi française, à savoir l'établissement d'un lien de filiation entre elle-même et l'enfant.

Les divergences de jurisprudence qui viennent d'être constatées sont relevées par les commentateurs.

A. Lebel⁴² observe que *"le 14 oct. 2013, le TGI de Lille rendait la première décision autorisant l'adoption plénière d'un enfant - issu d'une AMP avec tiers donneur pratiquée en Belgique - par l'épouse de sa mère. [...] La juridiction lilloise a depuis lors autorisé d'autres adoptions aux couples de femmes mariées sans recevoir d'avis défavorable d'un ministère public pourtant pleinement informé du recours par les adoptantes à un mode de procréation qui ne leur était pas ouvert par la loi française. La loi nouvelle n'a cependant pas reçu la même application dans toutes les juridictions : le parquet a émis un avis défavorable à Aix-en-Provence, Toulouse ou Marseille, estimant la conception de l'enfant par AMP à l'étranger constitutive d'une fraude à la loi. Si la juridiction toulousaine est passée outre cette opposition, le TGI de Versailles a rendu le 29 avr. 2014, et en l'absence d'opposition du parquet, les premières décisions refusant l'adoption à un couple de femmes mariées en raison du mode de conception de l'enfant".*

A. Dionisi-Peyrusse⁴³ relève que *"plusieurs procureurs se sont prononcés contre l'adoption par des femmes de l'enfant de leur conjointe né à la suite d'une assistance médicale à la procréation. [...] De telles oppositions face à ces demandes d'adoption semblent minoritaires et la plupart ne se heurtent pas à ce type de réaction".*

S. Chamouard-El Bakkali⁴⁴ constate que *"l'article L. 2141-2 du Code de la santé publique précise que le couple doit être formé par « l'homme et la femme » et que la PMA doit répondre à l'infertilité pathologique du couple. Tirer les conséquences d'un acte non autorisé (explicitement) en France a donc été qualifié de « fraude à la loi » par le TGI de Versailles (29 avr. 2014), alors que les TGI de Paris (5 févr. et 17 avr. 2014), Lille (17 oct. 2013) et Clermont-Ferrand (15 mai 2014) accordent l'adoption de l'enfant de la conjointe issu d'une PMA réalisée à l'étranger, en faisant application des dispositions de l'article 345-1 du Code civil".*

⁴² "A législation inachevée, justice en déroute", *AJ fam.* 2014, p.368

⁴³ "Actualités de la bioéthique", *AJ Famille* 2014, p. 145

⁴⁴ "Éditorial", *RJPFam.* juin 2014, p. 2

Certains vont jusqu'à souligner la "grande incertitude" qui pèse sur la validité des demandes d'adoption, voire à déplorer une "cacophonie judiciaire"⁴⁵ ou une "justice en déroute"⁴⁶.

La doctrine est également divisée sur la question, comme nous le verrons ultérieurement, certains approuvant les jugements du tribunal de grande instance de Versailles et le recours à la notion de fraude à la loi⁴⁷, d'autres au contraire estimant non fondé le recours à cette notion⁴⁸.

4) Une question se posant dans de nombreux litiges ?

Cette condition est entendue au sens large⁴⁹. Il semblerait que la volonté du législateur, soucieux de remédier à un afflux de contentieux et à des divergences de jurisprudence devant les juridictions du fond, n'ait pas été en faveur d'une saisine trop restrictive (ainsi, lors des débats parlementaires de la loi n°91-491 du 15 mai 1991, le sénateur Marc Auriol a été jusqu'à déclarer que cette condition serait remplie "dès lors que plus de deux litiges ser[ai]ent pendants devant les juridictions"⁵⁰).

Cet avis est partagé par une partie de la doctrine, au nom d'un certain risque de contradiction entre l'exigence de nouveauté, qui peut n'avoir encore donné lieu qu'à très peu d'espèces, et la condition liée au nombre⁵¹.

Comme l'explique le président J. Buffet⁵², "cette condition est peu prise en compte par la Cour de Cassation, ne serait-ce que parce qu'elle ne dispose pas d'instruments de mesure. Le texte est d'ailleurs auto-contradictoire : si une question de droit est véritablement nouvelle et se pose au juge du premier degré, il y a peu de

⁴⁵ Th. Coustet, "PMA : l'avis attendu de la Cour de cassation", *Dalloz Actualité*, 3 juillet 2014

⁴⁶ A. Lebel, art. préc.

⁴⁷ A. Mirkovic, "L'impossible adoption des "bébés Thalys", *RLDC*, juill-août 2014 n°5501, p. 40 à 44 ; C. Neirinck, "Première adoption plénière par l'épouse de la mère", *Dr. famille*, n°1, janvier 2014, comm. 4 et "Épouses, fraude et adoption plénière", *Dr. famille* n° 7-8, Juillet 2014, repère 7 ; Th. Garé, "Refus de l'adoption de l'enfant conçu par PMA dans un couple de femmes", *RJPF*, juil-août 2014, p.39.

⁴⁸ Th. Coustet, "PMA : quand adoption et mariage homosexuel ne font pas bon ménage", *Dalloz Actualité*, 9 mai 2014 ; A. Dionisi-Peyrusse, "Actualité de la bioéthique : refus de l'adoption d'un enfant conçu par PMA", *AJ Fam.* 2014, p. 267 ; C. Mecary, "Adoption plénière de l'enfant du conjoint au sein d'un couple de femmes", *AJ Fam.* 2014, p.368 ; A. Lebel, art. préc. ; S. Bollée, A.-M. Leroyer et E. Pataut, "l'État dans les chambres à coucher", *Le HuffPost*, 7 mars 2014.

⁴⁹ Droit et pratique de la cassation en matière civile, *Lexisnexis* 2012, n°408

⁵⁰ JO, débats Sénat, séance du 7 mai 1991, p. 883

⁵¹ H.-M. Darnanville, *AJDA* 2001, p. 416

⁵² présentation précitée

chances qu'on soit en présence d'une pluralité de litiges en cours. La potentialité de litiges à venir est aussi importante, sinon même plus importante au regard de l'objectif de prévention des contentieux poursuivi par la procédure de saisine pour avis. C'est donc la condition dont l'absence est la moins souvent retenue par la Cour de Cassation. Sur ce fondement, 5 seulement des 134 demandes d'avis examinées au 1^{er} mars 2000 n'ont pas été accueillies".

Le caractère général de la question, son utilité pour l'unification de la jurisprudence conditionnent sa recevabilité.

A titre d'illustration de l'appréciation de cette condition par la Cour de cassation, on peut citer deux hypothèses dans lesquelles il a été retenu que la demande ne soulevait pas "une question de droit se posant dans de nombreux litiges" :

- *"Un salarié muté sur sa demande à l'étranger depuis plus de 6 mois, dans des conditions d'éloignement ne lui permettant plus d'exercer normalement son mandat de conseiller prud'homme, sans avoir toutefois démissionné, ni été démis de ce mandat, bénéficie-t-il encore de la protection absolue prévue par les articles L.514-2 et L.412-18 du Code du travail ?"*⁵³.

- *"Un contrat d'assurance obligatoire peut-il valablement exclure de son champ d'application territorial une partie du territoire national tels les départements d'outre-mer ?"*⁵⁴.

En l'espèce, il résulte des recherches effectuées par le service de documentation, des études et du rapport de la Cour de cassation ainsi que de la note de la direction des affaires civiles et du Sceau précitée qu'aucune cour d'appel n'a encore statué sur la question posée (deux procédures étant en cours en appel). Néanmoins, comme il vient d'être rappelé, plusieurs juridictions du fond ont déjà été amenées à se prononcer sur l'adoption plénière de l'enfant par l'épouse de sa mère et les dossiers d'adoption en cours et à venir sont nombreux.

C'est en considération de ces éléments qu'il appartiendra à la formation pour avis de se prononcer sur la recevabilité de la demande d'avis.

III - Eléments de réponse à la question posée

Les évolutions sociales, techniques et politiques ont provoqué des bouleversements majeurs du droit de la filiation au cours des dernières décennies⁵⁵. Les techniques

⁵³ Avis de la Cour de cassation, 9 juillet 1993, n°09-30.007, *Bull.* 1993, n° 10

⁵⁴ Avis de la Cour de cassation, 16 juin 1995, n° 09-50.009, *Bull.* 1995, n°7

d'assistance médicale à la procréation ont dissocié la procréation de la relation charnelle⁵⁶ et l'ouverture du mariage et de l'adoption aux couples de même sexe a permis l'établissement d'un lien de filiation à l'égard de deux personnes de même sexe. A cela s'ajoute la facilité croissante avec laquelle les couples peuvent se déplacer à travers le monde pour obtenir ailleurs ce qui est interdit en France : le "tourisme procréatif"⁵⁷ s'est développé à grande vitesse, faisant dire à J. Hauser⁵⁸ qu'il serait naïf "*de croire que notre ordre public peut ignorer la rapidité du Thalys ou de l'Eurostar qui permettent de trouver ailleurs ce qu'on vous interdit ici*". Les exemples se multiplient, qui témoignent de la recherche de l'ordre juridique le moins exigeant dans le domaine de la procréation.

Les lois dites "bioéthiques" n'ayant pas réglé le sort des enfants issus de techniques non autorisées de procréation médicalement assistée, comment le juge doit-il réagir face à la multiplication des situations de fait qui sont susceptibles de constituer des contournements de la loi française ? Si la Cour de cassation a eu l'occasion, à plusieurs reprises, de se prononcer sur les gestations pour autrui pratiquées à l'étranger, elle ne s'est pas encore penchée sur les conséquences, sur le prononcé de l'adoption de l'enfant par les juridictions françaises, du recours de sa mère à une assistance médicale à la procréation à l'étranger dans des conditions que la loi française ne permet pas.

Avant d'ébaucher des éléments de réponse à la question de la fraude qui est posée, il paraît utile de revenir sur les principes qui guident, en droit français, l'assistance médicale à la procréation, l'établissement du lien de filiation à l'égard de la mère, la procédure d'adoption et le contrôle des conditions de conception des enfants. Mais la question doit aussi être examinée sous le prisme de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et éclairée par l'intention du législateur de 2013.

A - L'état du droit positif interne

1) Les dispositions légales relatives à l'assistance médicale à la procréation.

P. Murat⁵⁹ définit l'assistance médicale à la procréation (ci-après AMP⁶⁰) comme les "*pratiques cliniques et biologiques permettant la procréation humaine en dissociant*

⁵⁵ G. Kessler, "La consolidation de situations illicites dans l'intérêt de l'enfant", *Dr. famille* n°7, Juillet 2005, étude 16

⁵⁶ V. C. Labrusse-Riou, *Rep. dr. civ. Dalloz*, Filiation, n°41, mise à jour : mars 2014

⁵⁷ pour reprendre l'expression désormais consacrée de J.-J. Lemouland (LPA 28 mars 2001, n°62, p.24)

⁵⁸ J. Hauser, *RTD Civ.* 2001, p. 348 cité par G. Kessler, "La consolidation de situations illicites dans l'intérêt de l'enfant", *Dr. famille*, préc.

⁵⁹ *J.-Cl. Civil*, articles 16 à 16-14, *Fasc. 40* : Respect et protection du corps humain – Assistance médicale à la procréation – Date de la dernière mise à jour : 30 Juin 2012

la fécondation du rapport charnel". Il rappelle que *"la spécificité de l'assistance à la procréation réside dans la dissociation entre la procréation et la sexualité."*

Plus technique, l'article L.2141-1, alinéa 1^{er}, du code de la santé publique définit l'assistance médicale à la procréation comme les *"pratiques cliniques et biologiques permettant la conception in vitro, la conservation des gamètes, des tissus germinaux et des embryons, le transfert d'embryons et l'insémination artificielle"*.

Le ministre chargé de la santé doit, par arrêté pris après avis de l'Agence de la biomédecine, fixer la liste de ces pratiques. Un décret en Conseil d'Etat précise les modalités et les critères d'inscription des procédés sur cette liste. *"Les critères portent notamment sur le respect des principes fondamentaux de la bioéthique prévus en particulier aux articles 16 à 16-8 du code civil, l'efficacité, la reproductibilité du procédé ainsi que la sécurité de son utilisation pour la femme et l'enfant à naître"* (article L.2141-1, alinéa 1^{er}, du code de la santé publique).

Les conditions essentielles de recours à l'AMP ont été posées par la loi n°94-654 du 29 juillet 1994 et n'ont pas été substantiellement modifiées par les lois n°2004-800 du 6 août 2004 et n°2011-814 du 7 juillet 2011 relatives à la bioéthique.

Elles sont précisées à l'article L.2141-2 du code de la santé publique qui dispose :

"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 couple⁶¹ 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".

L'AMP s'adresse donc à un couple formé d'un homme et d'une femme *"vivants, en âge de procréer et consentir préalablement au transfert des embryons ou à*

⁶⁰ La doctrine inclut parfois la gestation pour autrui (GPA) parmi les diverses techniques d'assistance médicale à la procréation (AMP). Pour les besoins de ce rapport, la GPA, expressément interdite par l'article 16-7 du code civil et qui ne concerne pas les couples de femmes, sera dissociée des autres techniques d'assistance médicale à la procréation.

⁶¹ La condition de durée du concubinage (preuve d'une vie commune d'au moins deux ans) a été supprimée par la loi n°2011-814 du 7 juillet 2011.

l'insémination” et est destinée à remédier à une infertilité “dont le caractère pathologique a été médicalement constaté” ou à éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple “d'une maladie d'une particulière gravité”.

Ainsi que l'explique F. Dreifuss-Netter⁶², “pour le législateur, il convenait d'éviter les dérives à la fois pour des raisons de santé publique et afin de conforter un modèle familial. La loi pose des limites à l'autonomie et à l'individualisme. Il n'existe ni droit à l'enfant ni PMA de convenance”.

A la condition médicale (l'infertilité du couple ou le risque de transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité), s'ajoute une condition tenant à la structure de la famille des demandeurs.

L'AMP est ainsi réservée à un couple hétérosexuel, vivant (l'AMP “*post mortem*” est prohibée), marié ou non : selon la célèbre formule employée dans le Rapport Braibant, la procréation suppose que l'enfant soit conçu dans une famille biparentale : “deux parents et pas un de plus ; deux parents et pas un de moins”.⁶³

S'agissant de l'insémination artificielle avec donneur (IAD), objet de la question, elle consiste à féconder *in vivo* l'ovule d'une femme par injection du sperme d'un tiers donneur. La femme inséminée ayant fourni l'ovule est donc à la fois génitrice et gestatrice.

À défaut de pouvoir être satisfaites en France, les demandes d'AMP pour les femmes célibataires ou homosexuelles le sont dans certains pays européens tels la Belgique, l'Espagne, la Grèce mais aussi le Royaume-Uni, le Danemark, les Pays-Bas⁶⁴.

Face au développement toujours constant du tourisme procréatif et à l'évolution des structures familiales en ce début de 21^{ème} siècle, le législateur de 2011 s'est demandé s'il ne convenait pas d'ouvrir l'accès à ces techniques à toute femme en âge de procréer, quelle que soit sa situation familiale. Les parlementaires ont finalement repoussé cette extension craignant qu'elle n'ouvre l'AMP à des indications purement sociales et à des demandes “de convenance visant à répondre à toute forme de désir d'enfant”⁶⁵.

⁶² “Assistance médicale à la procréation”, *LexisNexis* 2008, Droit médical et hospitalier, n°9

⁶³ V. CE, Sciences de la vie, De l'éthique au droit, *Doc. fr.* 1988, p. 57

⁶⁴ P. Murat, *préc.*, n°73 et 74 ; V. également l'étude de législation comparée du Sénat, n°193 - L'accès à l'assistance médicale à la procréation, janvier 2009 : Si l'Allemagne, l'Italie et la Suisse réservent l'assistance médicale à la procréation aux couples hétérosexuels, mariés ou non, la Belgique, le Danemark, l'Espagne, les Pays-Bas et le Royaume-Uni permettent aux femmes seules ainsi qu'aux couples homosexuels féminins de bénéficier de l'assistance médicale à la procréation.

⁶⁵ V. Rapp. AN n° 3111, 26 janvier 2011, p. 59

Ainsi, les objectifs initiaux n'ont pas été remis en cause lors du vote de la loi n°2011-814 du 7 juillet 2011, le législateur ayant souhaité *“réaffirmer clairement le caractère strictement médical de ces techniques palliatives de la stérilité”*, repoussant ainsi *“les demandes tendant à une libéralisation de l'AMP (refus d'ouverture aux couples homosexuels et aux personnes seules, maintien de la prohibition de la gestation pour autrui et de l'AMP post mortem, maintien de l'anonymat en matière de don de gamètes)”*⁶⁶.

Selon P. Murat toujours, *“la procréation assistée n'est pas un droit, et surtout pas un droit à l'enfant. On a depuis longtemps souligné le corollaire qui risquait peu ou prou de découler d'une telle conception : celui de faire de l'enfant un objet de droit [...] L'AMP telle qu'elle ressort des réformes successives est donc toujours fondée sur le droit à la santé et non sur le droit à l'enfant”*.

Il est rappelé que le don est gratuit en France, la gratuité des éléments du corps humain faisant partie des principes généraux inscrits dans le code civil (articles 16-1, 16-5 et 16-6 et L.1211-4 du code de la santé publique). Il est également anonyme (articles 16-8 du code civil et L.1211-5 du code de la santé publique). Ces règles sont d'ordre public, comme le rappelle l'article 16-9 du code civil.

Saisi pour avis, le Conseil d'Etat a considéré que les règles du code de la santé publique imposant l'anonymat des dons de gamètes et l'impossibilité corrélative pour un enfant ainsi conçu d'accéder à l'identité du donneur n'étaient pas contraires aux articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme⁶⁷.

Les dispositions relatives à l'AMP sont assorties de sanctions pénales, qui figurent aux articles L.2162-1 à L.2162-8 du code de la santé publique, lesquels renvoient au code pénal. Sont notamment incriminés le fait d'obtenir des embryons humains ou des gamètes contre un paiement ainsi que le fait d'apporter son entremise pour favoriser cette obtention (articles L.2162-1 du code de la santé publique et 511-15 du code pénal ; articles L.1273-2 du code de la santé publique et 511-9 du code pénal), le non-respect de l'anonymat (articles L.2162-6 du code de la santé publique et 511-25 du code pénal ; articles L.1273-3 du code de la santé publique et 511-10 du code pénal) et le non-respect des dispositions réglementant les activités d'assistance médicale à la procréation (articles L.2162-5 et suivants du code de la santé publique).

Ce sont les médecins qui doivent s'assurer que les conditions de l'assistance médicale à la procréation prévues par le code de la santé publique sont remplies,

⁶⁶ P. Murat, *préc.* n°11

⁶⁷ CE, avis, 13 juin 2013, n°362981

l'autorisation judiciaire préalable n'intervenant qu'en cas d'accueil d'embryons (article L.2141-6 du code de la santé publique)⁶⁸.

Ainsi, l'article L.2141-10 du code de la santé publique prévoit que :

“La mise en oeuvre de l'assistance médicale à la procréation doit être précédée d'entretiens particuliers des demandeurs avec les membres de l'équipe médicale clinicobiologique pluridisciplinaire du centre, qui peut faire appel, en tant que de besoin, au service social institué au titre VI du Code de la famille et de l'aide sociale. [...]

Elle ne peut être mise en oeuvre par le médecin lorsque les demandeurs ne remplissent pas les conditions prévues par le présent titre ou lorsque le médecin, après concertation au sein de l'équipe pluridisciplinaire, estime qu'un délai de réflexion supplémentaire est nécessaire aux demandeurs dans l'intérêt de l'enfant à naître”.

De même, aux termes des articles L.2162-5 du code de la santé publique et 511-24 du code pénal, *“le fait de procéder à des activités d'assistance médicale à la procréation à des fins autres que celles définies à l'article L. 2141-2 du code de la santé publique est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende”.* La sanction pénale de l'activité d'assistance médicale à la procréation non conforme aux dispositions de l'article L.2141-2 du code de la santé publique vise donc les médecins.

Pour P. Murat⁶⁹ *“cette délégation de pouvoir au médecin, qui dépasse très largement ses compétences professionnelles n'est pas exempte de critiques : les praticiens sont ainsi condamnés à apprécier des conditions d'ordre social mais surtout civil, toutes conditions d'ordre public en principe soumises au contrôle du juge judiciaire”.*

Il est enfin rappelé qu'en cas d'AMP avec tiers donneur, et contrairement au droit commun de la filiation, il est impossible de contester la filiation de l'enfant né grâce à l'intervention d'un tiers donneur et ce, afin de sécuriser la filiation de l'enfant. En effet, toute action en contestation, fondée sur la preuve biologique, ne pourrait que prospérer⁷⁰.

⁶⁸ Etant rappelé qu'en cas de recours à un tiers donneur, le couple doit donner son consentement au juge ou au notaire (article L. 2141-10, dernier alinéa, du code de la santé publique, article 311-20 du code civil et articles 1157-2 et 1157-3 du code de procédure civile).

⁶⁹ *J.-Cl. Civil, préc.*

⁷⁰ V. F. Dreifuss-Netter, “Assistance médicale à la procréation”, *LexisNexis* 2008, Droit médical et hospitalier, n°39 et s. et J. Hauser, *J.-Cl. Civil*, Art. 311-19 et 311-20, *Fasc. unique : Filiation, Identification génétique, Procréation médicalement assistée*, Date de la dernière mise à jour : 4 Juin 2013

L'article 311-19 du code civil pose ainsi le principe selon lequel *“en cas de procréation médicalement assistée avec tiers donneur, aucun lien de filiation ne peut être établi entre l'auteur du don et l'enfant issu de la procréation”*.

Et, selon l'article 311-20 du code civil :

- *“le consentement donné à une procréation médicalement assistée interdit toute action aux fins d'établissement ou de contestation de la filiation à moins qu'il ne soit soutenu que l'enfant n'est pas issu de la procréation médicalement assistée ou que le consentement a été privé d'effet”* (alinéa 2) ;

- *“celui qui, après avoir consenti à l'assistance médicale à la procréation, ne reconnaît pas l'enfant qui en est issu engage sa responsabilité envers la mère et envers l'enfant.*

En outre, sa paternité est judiciairement déclarée. L'action obéit aux dispositions des articles 328 et 331” (alinéas 4 et 5).

2) L'établissement de la filiation d'un enfant à l'égard de sa mère.

En droit français, la mère est toujours celle qui a accouché de l'enfant. L'adage *“mater semper certa est”* (la mère est toujours certaine) interdit toute remise en cause de la maternité. Ainsi, aux termes de l'article 311-25 du code civil, issu de l'ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005 : *“La filiation est établie, à l'égard de la mère, par la désignation de celle-ci dans l'acte de naissance de l'enfant”*.

La contestation de la maternité n'est donc possible qu'en rapportant la preuve que la mère n'a pas accouché de l'enfant (article 332, alinéa 2, du code civil) et l'action en recherche de maternité, en l'absence de titre et de possession d'état, implique de prouver que l'enfant *“est celui dont la mère prétendue a accouché”* (article 325 du code civil).

Le développement de l'AMP n'a dès lors jamais suscité de problème juridique au regard de la maternité, y compris dans l'hypothèse d'un don d'ovocyte.

C'est pour cette raison d'ailleurs que la jurisprudence relative à la gestation pour autrui a toujours refusé toute reconnaissance de la filiation à l'égard de la mère d'intention, qui n'a pas accouché, avant même l'inscription de la prohibition dans le code civil par la loi n°94-653 du 29 juillet 1994. Seule la “mère porteuse” a en effet accouché de l'enfant⁷¹ et l'adoption de l'enfant par la mère d'intention ne peut être qu'un *“détournement de l'institution de l'adoption”*.

⁷¹ Ass. plén., 31 mai 1991, pourvoi n°90-20.105, *Bull.* 1991, Ass. plén., n°4 ; 1^{re} Civ., 29 juin 1994, pourvoi n°92-13.563, *Bull.* 1994, I, n°226 ; 1^{re} Civ., 9 décembre 2003, pourvoi n°01-03.927, *Bull.*

Dans l'hypothèse d'une insémination avec tiers donneur pratiquée à l'étranger, la mère étant celle qui accouche, la filiation maternelle ne peut être remise en cause.

I. Corpart⁷² explique ainsi que *“La filiation à l'égard de la femme qui a accouché en France n'a jamais été sujette à caution, quand bien même aurait-elle obtenu un don d'ovocytes. De même, lorsque les femmes deviennent mères par un don de sperme, l'état civil de leur enfant ne traduit pas leur parcours médical. Rechercher les circonstances entourant la procréation reviendrait à s'ingérer dans leur vie privée. Elles accouchent normalement et la preuve de la filiation est rapportée par la production de l'acte de naissance (C. civ., art. 311-25), y compris lorsqu'elles ont obtenu un ovocyte lors de leur périple outre frontières”*.

3) Les conditions légales de l'adoption de l'enfant du conjoint.

En France, l'adoption, qu'elle soit simple ou plénière, est réservée aux couples mariés ou aux personnes seules. L'article 346, alinéa 1^{er}, dispose en effet que : *“Nul ne peut être adopté par plusieurs personnes si ce n'est par deux époux”*. Un couple de concubins ou de partenaires pacsés ne peut donc adopter. En revanche, une personne seule peut adopter à la condition d'être âgée de 28 ans (article 343-1 du code civil).

En ouvrant le mariage aux personnes de même sexe, la loi n°2013-404 du 17 mai 2013 a permis aux époux de même sexe d'adopter, en la forme simple comme plénière.

L'adoption simple de l'enfant du conjoint de même sexe est désormais possible en application de l'article 365 du code civil, qui n'a pas été modifié (alors que, comme indiqué précédemment⁷³, elle est exclue au sein des couples homosexuels comme hétérosexuels non mariés en raison du transfert à l'adoptant de tous les droits d'autorité parentale que crée l'adoption⁷⁴).

L'adoption plénière de l'enfant du conjoint est également permise par l'article 345-1 du code civil, notamment :

*“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.”*

2003, I, n°252 ; 1^{re} Civ., 6 avril 2011, pourvoi n°09-17.130, *Bull.* 2011, I, n° 70, pourvoi n°09-66.486, *Bull.* 2011, I, n° 71 et pourvoi n°10-19.053, *Bull.* 2011, I, n°72

⁷² *“Tourisme et procréation médicalement assistée : quelles répercussions sur la filiation et l'état civil ?” In shopping médical ss. dir. D. Brach-Thiel et J.-B. Thierry aux éditions PUN-Edulor, à paraître*

⁷³ V. *supra* II - B - 2

⁷⁴ 1^{re} Civ., 20 février 2007, pourvoi n°06-15.647, *Bull.* 2007, I, n°71 et pourvoi n°04-15.676, *Bull.* 2007, I, n°70 précités

L'adoption plénière de l'enfant du conjoint déroge en partie au droit commun⁷⁵. En effet, aucune condition d'âge de l'adoptant n'est imposée (article 343-2 du code civil). De même, la différence d'âge entre l'adopté et l'adoptant, de plus de quinze ans en principe, est réduite à dix ans si l'adopté est l'enfant du conjoint de l'adoptant (article 344 du code civil). Enfin, aucun agrément n'est requis (article 353-1 du code civil).

En revanche, comme pour toute adoption d'un mineur, le consentement à l'adoption du père ou de la mère de l'enfant est nécessaire (article 348-1 du code civil) et est donné devant notaire (article 348-3, alinéa 1^{er}, du code civil).

Enfin, l'adoption plénière de l'enfant du conjoint n'est possible que si l'enfant est âgé de moins de quinze ans à la date du dépôt de la requête en adoption (article 345, alinéa 1^{er}, du code civil)⁷⁶.

S'il a plus de treize ans, l'adopté doit consentir personnellement à son adoption (article 345, alinéa 3, du code civil pour l'adoption plénière et article 360, alinéa 4, du code civil pour l'adoption simple).

S'agissant des effets de l'adoption plénière de l'enfant du conjoint, elle 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 plénière par deux époux (article 356, alinéa 2, du code civil).

Le code civil ne prévoit donc aucune condition relative aux conditions de conception de l'enfant.

La procédure d'adoption relève de la matière gracieuse (article 1167 du code de procédure civile). Le tribunal ne statue pas sur un litige mais opère un contrôle, le ministère public étant toujours partie jointe et exprimant son avis (article 1170 du code de procédure civile). Pour ce faire, il peut procéder à toute investigation utile (article 1171 du code de procédure civile). Il peut, s'il y a lieu, *"faire procéder à une enquête par toute personne qualifiée"*.

Selon l'article 353 du code civil, *"l'adoption est prononcée à la requête de l'adoptant par le tribunal de grande instance qui vérifie, dans un délai de six mois à compter de*

⁷⁵ V. M. Schulz, C. Doublein et L. Nélias, "Droit et pratique de l'adoption", éd. Berger-Levrault, 27 septembre 2013, n°105

⁷⁶ Sauf s'il a fait l'objet d'une adoption simple avant cet âge ou si le conjoint ne remplissait pas les conditions légales pour l'adopter (article 345, alinéa 2, du code civil)

la saisine du tribunal, si les conditions de la loi sont remplies et si l'adoption est conforme à l'intérêt de l'enfant".

Le tribunal de grande instance opère donc un double contrôle : un contrôle de légalité et un contrôle d'opportunité.

Il vérifie en premier lieu que les conditions légales de l'adoption sont réunies et que les consentements requis ont bien été donnés.

Comme l'explique H. Bosse-Platière⁷⁷, le tribunal vérifie également l'absence de détournement de l'institution de l'adoption :

"Il existe schématiquement deux types de détournement de l'institution de l'adoption. Le premier consiste à instrumentaliser l'adoption pour faire établir un lien de filiation dans une hypothèse où la loi le prohibe. Le second vise à poursuivre un but étranger à la création d'un lien de filiation.

Concernant le premier cas, la Cour de cassation rejette fermement toute demande d'adoption d'un enfant né d'une gestation pour autrui"⁷⁸ [...]. Elle refuse également que l'adoption permette de contourner les dispositions d'ordre public interdisant l'établissement du double lien de filiation en cas d'inceste absolu.⁷⁹ [...]

S'agissant du second cas, l'hypothèse dans laquelle l'adoption vise à un autre but que la création d'un lien de filiation, l'imagination humaine semble sans limite. Après le vote de la loi instaurant le mariage pour tous, la question de l'instrumentalisation de l'adoption pour permettre d'instaurer un lien juridique entre les deux membres d'un couple homosexuel ne devrait plus se présenter avec autant d'acuité que par le passé. [...]. Hors de cette hypothèse, les buts poursuivis par une demande d'adoption peuvent être très divers, au premier rang desquels se trouvent des considérations d'ordre successoral ou fiscal [...]. L'adoption a également parfois été demandée pour contourner la législation sur les baux ruraux [...], pour éviter une expulsion du territoire, pour obtenir un titre de séjour, pour couper un lien de filiation ou pour faire échec à l'établissement de la filiation biologique de l'enfant"⁸⁰.

L'adoption, institution consacrant un lien filial entre l'adoptant et l'adopté, ne peut en effet être utilisée à des fins détournées pour conférer des droits ou avantages qui pourraient être octroyés sur un autre fondement. Si le "motif déterminant" est

⁷⁷ *J.-Cl. Civil*, Art. 343 à 370-2, Fasc. 25 : Filiation adoptive, La procédure de l'adoption, date de la dernière mise à jour : 6 Février 2014, spéc. n°29 à 32

⁷⁸ Ass. plén., 31 mai 1991, pourvoi n°90-20.105, *Bull.* 1991, Ass. plén., n°4 ; 1^{ère} Civ., 29 juin 1994, pourvoi n°92-13.563, *Bull.* 1994, I, n°226 ; 1^{ère} Civ., 9 décembre 2003, pourvoi n°01-03.927, *Bull.* 2003, I, n°252 précités

⁷⁹ 1^{ère} Civ., 6 janvier 2004, pourvoi n°01-01.600, *Bull.* 2004, I, n°2

⁸⁰ V.1^{ère} Civ., 7 mars 1989, pourvoi n°87-16.302, *Bull.* 1989, I, n° 112

étranger aux finalités de l'adoption, celle-ci sera refusée. En revanche, si la volonté de créer un lien de filiation est réelle, l'adoption est prononcée quand bien même d'autres buts, étrangers à cette finalité, seraient également poursuivis⁸¹.

En l'état, les deux seules hypothèses dans lesquelles le juge se préoccupe des conditions de conception de l'enfant lors du prononcé de l'adoption sont donc la gestation pour autrui et l'inceste absolu.

Dans les deux cas, il s'agit d'interdits résultant de dispositions expresses du code civil (article 16-7 et 310-2 du code civil) et relevant de "principes essentiels du droit français" pour la gestation pour autrui (1^{re} Civ., 6 avril 2011, pourvois n°09-66.486 et 10-19.053, *Bull.* 2011, I, n° 71 et 72)⁸² ou "touchant aux valeurs fondamentales de la société et à l'essence même du lien de filiation" pour l'inceste⁸³.

Dans les deux cas, il s'agit d'établir un lien de filiation que la loi ne permet pas d'établir. Comme il vient d'être rappelé, à défaut d'accouchement de la mère d'intention, celle-ci ne peut établir sa maternité selon les dispositions du droit commun. La requête en adoption de l'enfant de son époux a donc pour objet de créer artificiellement ce lien de filiation. De même, en cas d'inceste absolu, l'adoption a pu être utilisée pour recréer un lien de filiation entre l'enfant et son géniteur, demi-frère de sa mère, alors que la reconnaissance effectuée par celui-ci avait été annulée (1^{re} Civ., 6 janvier 2004, pourvoi n°01-01.600, *Bull.* 2004, I, n°2 précité).

Dans l'hypothèse du recours de la mère à une insémination avec tiers donneur à l'étranger, l'adoption est-elle également instrumentalisée pour faire établir un lien de filiation dans une hypothèse où la loi le prohibe ?

Pour A. Mirkovic⁸⁴, il y a un "détournement de l'adoption lorsque celle-ci est sollicitée pour couronner un « processus de fabrication adoptable », c'est-à-dire d'un enfant délibérément privé de sa famille biologique ou d'une branche de celle-ci pour qu'il puisse être adopté. En effet, la finalité de l'adoption est de donner une famille adoptive à l'enfant privé de sa famille d'origine, et non de priver délibérément un enfant d'une branche de sa filiation pour qu'il puisse être adopté. [...] Or, un enfant issu d'une insémination avec donneur est lui aussi délibérément conçu de manière à être rendu adoptable. L'homme qui fournit son sperme sait qu'il contribue à la naissance d'un enfant sur lequel il ne prétendra à aucune paternité. La femme est

⁸¹ V. M. Schulz, C. Doublein et L. Néliaz, "Droit et pratique de l'adoption", *préc.* n°124 et s.

⁸² Sur la gestation pour autrui et les délicates questions philosophiques et éthiques que suscite cette pratique, V. S. Agacinski, "Corps en miettes", Flammarion 2013 ; V. également, sur les questions juridiques soulevées par le contenu des contrats signés par les "mères porteuses", M. Fabre-Magnan, "La gestation pour autrui, Fictions et réalité", Fayard, 2013

⁸³ F. Granet-Lambrechts, *Dalloz Action*, Droit de la famille, 2010, n°211.23

⁸⁴ A. Mirkovic, "L'impossible adoption des "bébés Thalys", *RLDC* Juill-août 2014 n°5501, p. 40 à 44

inséminée avec l'intention que l'enfant soit issu d'un homme ne pouvant prétendre à aucune paternité. L'adoption demandée réalise donc le même détournement d'institution, car il était prévu, ab initio, que le géniteur s'efface de la vie, et de la filiation, de l'enfant".

Contrairement aux hypothèses de gestation pour autrui dans lesquelles la Cour de cassation a eu à se prononcer en 1991, 1994 et 2003, on observe toutefois que la mère est bien ici celle qui accouche et que l'adoption de l'enfant du conjoint a été rendue possible au sein d'un couple de même sexe par la loi n°2013-404 du 17 mai 2013 : l'établissement d'un lien de filiation entre un enfant et deux personnes de même sexe est désormais permis par la loi. De même, le but poursuivi par l'adoption demandée n'est pas étranger à la création d'un lien de filiation.

Enfin, pour H. Bosse-Platière⁸⁵ *"les juges du fond devront prendre garde à ne pas confondre la notion de détournement de l'adoption avec celle de fraude, condition nécessaire d'ouverture de la tierce opposition⁸⁶ [...] Sur la distinction subtile qui peut être faite entre ces deux notions, le professeur Jean Hauser donne un éclairage : "Ce qui compte dans le détournement, c'est la règle utilisée alors que ce qui compte dans la fraude, c'est la règle éludée. Certes, toutes deux ont pour effet d'apporter un bouleversement injustifié à l'ordre juridique, mais la fraude sanctionne le résultat alors que le détournement sanctionne le moyen" (J. Hauser, Le droit de la famille et l'utilitarisme, L'avenir du droit, in Mélanges F. Terré : Dalloz, Puf, éd. JurisClasseur, 1999, p. 444)".*

Lorsque les conditions légales de l'adoption sont réunies, le juge contrôle son opportunité. Comme il a été rappelé ci-dessus, seule une adoption *"conforme à l'intérêt de l'enfant"*⁸⁷ (article 353, alinéa 1^{er}, du code civil) pourra être prononcée.

4) Le contrôle des conditions de conception des enfants

En principe, et sauf action particulière (telle l'action en contestation ou en recherche de filiation), la filiation est établie sans contrôle des conditions de conception de l'enfant. Elle résulte de la désignation de la mère dans l'acte de naissance, de la présomption de paternité, de la reconnaissance ou de la possession d'état⁸⁸.

⁸⁵ *J.-Cl. Civil*, Fasc. préc. n°30

⁸⁶ Aux termes de l'article 353-2 du code civil, la fraude imputable aux adoptants est en effet une condition de recevabilité de la tierce opposition au jugement d'adoption

⁸⁷ *V. infra* les développements sur cette notion

⁸⁸ Articles 310-1, 310-3, 311-25 et 312 du code civil

La possession d'état joue ainsi un rôle important dans l'établissement et la preuve de la filiation, quelle que soit la réalité biologique et donc, les relations intimes entre les parties⁸⁹.

La reconnaissance paternelle elle-même est un acte juridique unilatéral reposant exclusivement sur la volonté du déclarant et ne donnant lieu à aucun contrôle de la réalité de la conception ni du mode de conception⁹⁰. La Cour de cassation a ainsi rejeté un moyen qui soutenait que la convention par laquelle un homme engagé dans une relation homosexuelle acceptait de donner son sperme à une femme également engagée dans une relation de ce type, en vue de la procréation d'un enfant par insémination artificielle, contrevenait à l'ordre public, de sorte que cet homme ne pouvait, en raison de l'illicéité de cette convention, contraire à l'intérêt de l'enfant et constituant un "*détournement de l'insémination artificielle*", demander à exercer sur l'enfant l'autorité parentale, qui devait être dévolue à la mère : selon la Cour de cassation, "*la reconnaissance [...] n'ayant pas été contestée, la cour d'appel était, dès lors, tenue de statuer sur la demande du père, conformément aux dispositions de l'article 374 du Code civil*"⁹¹.

Comme il a été rappelé ci-dessus⁹², la jurisprudence de la première chambre relative au refus de l'adoption simple de l'enfant par la partenaire de sa mère biologique repose sur le transfert des droits d'autorité parentale sur l'enfant à l'adoptante, privant la mère biologique de ses propres droits, et non sur le mode de conception de l'enfant (alors qu'il résultait des dossiers que les enfants avaient été conçus par procréation médicalement assistée avec donneur à l'étranger⁹³).

Dans son rapport relatif à l'arrêt du 9 mars 2011, Mme le conseiller F. Monéger observait : "*Il faut tout de suite remarquer que ces naissances ne sont pas conformes aux règles françaises en matière de procréation médicalement assistée (PMA) puisque la PMA n'est ouverte qu'aux couples hétérosexuels et que le don de sperme est anonyme*" (en l'espèce, les deux femmes avaient eu chacune un enfant par insémination artificielle du même donneur).

De même, comme cela a également été évoqué ci-dessus, l'exequatur du jugement américain d'adoption simple d'un enfant, conçu par procréation médicalement assistée, par la compagne de sa mère, a été prononcé sans que les conditions de

⁸⁹ Articles 310-1, 310-3 et 317 du code civil

⁹⁰ Article 316 du code civil

⁹¹ 1^{re} Civ., 9 mars 1994, pourvoi n°92-16.774, *Bull.* 1994, I, n°89

⁹² *V. supra*, Recevabilité de la demande d'avis, II - B - 2

⁹³ 1^{re} Civ., 20 février 2007, pourvoi n°06-15.647, *Bull.* 2007, I, n°71 et pourvoi n°04-15.676, *Bull.* 2007, I, n°70 ; voir également 1^{re} Civ., 19 décembre 2007, pourvoi n°06-21.369, *Bull.* 2007, I, n°392 et 9 mars 2011, pourvoi n°10-10.385, *Bull.* 2011, I, n° 52

conception ne constituent un obstacle⁹⁴. J. Guillaumé⁹⁵ observe que *“la jurisprudence aurait pu, comme pour la gestation pour autrui, considérer que ce jugement n’était que l’ultime phase d’un processus d’ensemble destiné à permettre à deux femmes d’exercer l’autorité parentale sur un même enfant, conçu par procréation médicalement assistée en violation des règles du droit français. Partant, elle aurait pu refuser d’accueillir le jugement d’adoption au nom de l’ordre public international. Elle a, au contraire, affirmé que le jugement qui partage l’autorité parentale entre la mère et sa compagne n’est pas contraire aux principes essentiels du droit français [...]”. Alors que l’illicéité originaire de la maternité de substitution a été prise en compte pour annuler la transcription des actes publics étrangers (Cass. 1^{re} civ., 6 avril 2011, préc.), l’illicéité originaire de l’assistance médicale réalisée en violation des conditions du droit français est indifférente”*.

Les deux exceptions, donnant lieu à un contrôle des conditions de conception des enfants, sont, comme il vient d’être rappelé, la gestation pour autrui car la gestation elle-même fait intervenir le corps d’une autre femme que la mère d’intention⁹⁶, et l’inceste absolu car l’article 310-2 du code civil interdit expressément tout établissement du lien de filiation.

Plusieurs commentateurs ont relevé une difficulté liée au contrôle du mode de conception des enfants lors de l’examen de la demande d’adoption. Celle-ci risquerait selon eux de porter une atteinte grave au respect de la vie privée.

Selon un rapport de l’Assemblée Nationale, sur les 24 000 à 40 000 enfants vivant en 2009 dans un foyer composé de deux adultes de même sexe, *“la grande majorité des familles en coparentalité ainsi que des femmes ou couples de femmes font appel à un donneur de leur entourage et procréent par insémination “artisanale” consécutive, c’est-à-dire hors contexte médical”*. Il est donc particulièrement délicat de distinguer ces situations de celles dans lesquelles des femmes se rendent à l’étranger pour obtenir une IAD.

De même, en France, le couple doit être *“en âge de procréer”* (article L.2141-2 du code de la santé publique), mais dans certains États comme l’Italie, le Royaume-Uni et les États-Unis, il est possible d’avoir accès à l’AMP pour les femmes âgées de plus de soixante ans. Les médias se sont ainsi fait l’écho il y a quelques années d’une Française de soixante-deux ans qui avait accouché en France après

⁹⁴ 1^{re} Civ., 8 juillet 2010, pourvoi n°08-21.740, *Bull.* 2010, I, n°162, étant rappelé que la fraude était à l’évidence absente en l’espèce.

⁹⁵ J. Guillaumé, note sous 1^{re} Civ., 13 septembre 2013, pourvois n°12-18.315 et 12-30.138, *Bull.* 2013, I, n°176, *JDI Clunet*, n°1, janvier 2014, comm. 1.

⁹⁶ En outre, la naissance de l’enfant à l’étranger donne lieu à un contrôle de l’autorité judiciaire lors de la transcription de l’acte de naissance étranger

insémination artificielle aux États-Unis avec don d'ovule anonyme et sperme de son frère⁹⁷.

Faut-il ou non sanctionner par la fraude ces "délocalisations procréatives"⁹⁸ ?

A. Dionisi-Peyrusse⁹⁹, commentant le jugement du tribunal de grande instance de Versailles, estime que la question fondamentale réside dans l'admission du contrôle par l'Etat des conditions de conception des enfants : *“peut-on admettre de qualifier de « frauduleuse » ou de contraire à l'ordre public international la conception d'un enfant ? Peut-on raisonnablement envisager de contrôler les conditions de la conception ? Les difficultés liées au tourisme procréatif sont immenses, mais autoriser l'« État dans les chambres à coucher » (S. Bollée, A.-M. Leroyer et E. Pataut, Le HuffPost, 7 mars 2014) pour vérifier que l'enfant n'a pas été « illégalement conçu » est une voie particulièrement dangereuse”*.

S. Bollée, A.-M. Leroyer et E. Pataut¹⁰⁰ posent la question suivante : *“comment savoir de quelle manière un enfant a été conçu, sauf à procéder à une enquête dont on ne voit pas comment elle pourrait ne pas être gravement attentatoire aux libertés des personnes considérées ? Qui dira que tel enfant a été conçu dans la froideur d'une clinique belge, plutôt que dans la chaleur d'une étreinte romantique ? Faut-il faire entrer l'Etat dans les chambres à coucher des mères pour vérifier que le mode de procréation est bien de ceux permis par le droit français ?”*. Ils concluent que cette solution serait un *“appel à l'hypocrisie : que les femmes se taisent, pour que la paix des familles retrouve ses droits...”*.

H. Fulchiron¹⁰¹ a la même analyse : *“que penser d'un système dont la sévérité ne frapperait que ceux qui avouent leur « faute » ? Il est difficile à un homme ou à un couple d'hommes de nier le recours à la GPA. Rien de plus simple pour une femme ou un couple de femmes : il suffit de prétendre que l'enfant est né d'une relation hétérosexuelle. S'il a des soupçons, le juge poursuivra-t-il ses investigations afin de percer le mystère de la conception ? Ne serait-ce pas porter gravement atteinte au droit au respect de la vie privée... sur le seul fondement de l'orientation sexuelle de la mère ?”*

⁹⁷ Le Monde, 27 juin 2001 ; V. G. Kessler, “La consolidation de situations illicites dans l'intérêt de l'enfant”, *Dr. famille* 2005, étude 16

⁹⁸ L. Brunet, *D.* 2009, p. 340, note sous 1^{re} Civ., 17 décembre 2008, pourvoi n°07-20.468, *Bull.* 2008, I, n°289

⁹⁹ “Actualités de la bioéthique : refus de l'adoption d'un enfant conçu par PMA”, *AJ Famille* 2014 p. 267,

¹⁰⁰ S. Bollée, A.-M. Leroyer et E. Pataut, *Le HuffPost*, 7 mars 2014

¹⁰¹ “Fraus omnia corrumpit ? A propos de la filiation des enfants nés par insémination artificielle avec don de sperme dans un couple de femmes”, *Rec. Dalloz* 2014 p. 1162

En revanche, pour C. Neirinck¹⁰², il est normal que les magistrats, saisis d'une requête en adoption par l'épouse de la mère, s'interrogent sur les circonstances de la naissance de l'enfant : *"ils en ont même le devoir comme l'a rappelé le Conseil constitutionnel. L'article 1171 du Code de procédure civile confère en outre au tribunal de grande instance les pouvoirs d'investigations les plus larges en matière d'adoption. Or toute femme sait dans quelles circonstances son enfant a été conçu, même quand elle ignore l'identité du géniteur. Si une mère consent à l'adoption de son enfant en faveur de son épouse et refuse d'indiquer dans quelles circonstances il a été conçu, avec qui, les juges peuvent déduire de son refus, complété par d'autres éléments tels qu'une vie commune avec l'adoptante ou avec une autre femme antérieure à la procréation, qu'il l'a été d'une manière frauduleuse. Cette déduction, qui a pour objet de vérifier la validité du consentement à l'adoption n'a rien de discriminatoire. En effet, la mère est placée dans la même situation probatoire que la personne qui refuse de se soumettre à l'expertise biologique. Le refus de justifier l'absence du père ne produira en lui-même aucune conséquence, mais, assorti de faits qui confortent la conviction des juges que l'enfant est né d'un don de sperme prohibé, il leur permettra d'en déduire que le consentement à l'adoption est frauduleux"*.

5) La fraude à la loi et l'ordre public.

La doctrine¹⁰³ enseigne que les dispositions du code de la santé publique relatives à l'AMP doivent être considérées comme des lois de police applicables, sans considération de nationalité ou de loi applicable, à tous les couples souhaitant accéder à ces pratiques en France. Une loi étrangère ne pourrait en effet être sollicitée pour remettre en cause les finalités de l'AMP et ses bénéficiaires.

Avant même que la question de l'adoption au sein des couples de femmes mariées ne se pose, M. Farge écrivait¹⁰⁴ : *"Les conditions d'accès à la PMA étant plus restrictives en France que dans certains pays étrangers, le contentieux ressortissant au droit international privé apparaîtra, comme pour la maternité de substitution, à l'initiative de Français se prêtant à l'étranger à des techniques procréatives prohibées en France. La démarche pourrait conduire à solliciter les savantes théories du droit international privé comme la fraude, l'ordre public de proximité."*

¹⁰² *Dr. famille*, art. préc.

¹⁰³ P. Murat, *J.-Cl. préc.* n°80 ; M. Farge, *Dalloz Action*, Droit de la famille, 2010, Le droit international privé de la famille - filiation - n°431.07 ; C. Labrusse-Riou, "Bioéthique et droit international privé : objectif et méthodes en questions", *Travaux du CFDIP*, 2000/2002, p.57, citée par F. Monéger, "La PMA au regard des principes d'égalité et de non-discrimination, Perspectives de droit international privé", *Petites Affiches*, à paraître ; A. Boiché, "le statut des parents" in "La maîtrise de la vie, Les procréations médicalement assistées interrogent l'éthique et le droit", ss. dir. L. Khaïat et C. Marchal, Ed. Erès 2012.

¹⁰⁴ *Dalloz Action* préc.

Pour l'heure, les juges préfèrent éviter l'irruption du droit des conflits de lois en taisant généralement le lieu où a été réalisée la PMA et il citait les arrêts de la Cour de cassation précités du 20 février 2007¹⁰⁵ et du 24 février 2006¹⁰⁶.

Selon la définition consacrée, la fraude à la loi *“consiste à éluder une règle obligatoire par l'emploi à dessein d'un moyen efficace, qui rend ce résultat inattaquable sur le terrain du droit positif”*¹⁰⁷.

Ainsi que l'expose P. de Vareilles-Sommières¹⁰⁸, *“s'il est vrai que « la fraude est aussi vieille que la loi » (J. Vidal, Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français, thèse, Toulouse, 1957, Dalloz, p. 1), il fait aussi peu de doute que la fraude à la loi soit inséparable du droit international privé. Cette branche du droit en est effectivement considérée comme le domaine d'élection, et la jurisprudence y fournit de nombreux exemples de mises en échec de manoeuvres réalisées par des fraudeurs en vue d'échapper à l'application d'une loi considérée par eux comme trop gênante”*.

B. Audit¹⁰⁹ explique aussi que *“la notion de fraude est invoquée avec une particulière fréquence en droit international privé parce qu'une personne soumise à une loi qui la contrarie peut être tentée de se placer sous l'empire d'une loi étrangère plus complaisante : jadis pour échapper à une incapacité de se marier, plus récemment pour divorcer ou constituer une société à l'étranger pour échapper aux restrictions de la loi normalement applicable. L'intervention d'une loi, fût-elle étrangère, conduit à parler de fraude à la loi pour faire échec à ce comportement”*.

L'arrêt fondateur de la théorie de la fraude à la loi en droit international privé est l'arrêt *Princesse de Bauffremont*, du nom de la princesse qui, en 1875, avait établi son domicile en Saxe-Altembourg et obtenu la nationalité de cet Etat afin d'échapper à la loi française prohibant à l'époque le divorce¹¹⁰.

L'arrêt de la Cour de cassation énonce que celle-ci avait *“sollicité et obtenu cette nationalité nouvelle, non pas pour exercer les droits et accomplir les devoirs qui en découlent, en établissant son domicile dans l'Etat de Saxe-Altembourg, mais dans le seul but d'échapper aux prohibitions de la loi française en contractant un second mariage et d'aliéner sa nouvelle nationalité aussitôt qu'elle l'aurait acquise”*. Dès

¹⁰⁵ 1^{re} Civ., 20 février 2007, pourvoi n°06-15.647, *Bull.* 2007, I, n°71, *supra* II - B - 2

¹⁰⁶ 1^{re} Civ., 24 février 2006, pourvoi n°04-17.090, *Bull.* 2006, I, n°101, *supra* II - B - 2

¹⁰⁷ J. Vidal, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français*, Dalloz 1957, p.351

¹⁰⁸ V. *Fraude à la loi : Rép. dr. international Dalloz*, n°1

¹⁰⁹ *J.-Cl. Droit international, Fasc. 535 : Fraude à la loi*, Date de la dernière mise à jour : 17 Janvier 2008, spéc. n°2

¹¹⁰ Civ., 18 mars 1878, S. 78. I. 193, note Labbé

lors, les *“actes ainsi faits en fraude de la loi française et au mépris d’engagements antérieurement contractés en France n’étaient pas opposables au prince de Bauffremont”*¹¹¹.

Comme le rappelle P. de Vareilles-Sommières¹¹², trois éléments doivent être réunis pour qu’il y ait fraude à la loi en droit international privé :

- 1°) une loi normalement compétente sur le rapport de droit en cause (élément légal) ;
- 2°) une modification volontaire de ce rapport de droit par l’une au moins des parties (élément matériel) ;
- 3°) un but exclusif attaché à cette modification : la soustraction du rapport de droit à la compétence de la loi applicable (élément moral).

B. Ancel et Y. Lequette¹¹³ observent qu’*“à plus d’un siècle de distance, définissant la fraude à la loi, la Cour de cassation réunira de nouveau ces trois éléments dans une formule plus abstraite : il y a fraude à la loi en droit international privé notamment “lorsque les parties ont volontairement modifié un rapport de droit dans le seul but de le soustraire à la loi normalement compétente”*¹¹⁴.

On citera également l’arrêt du 20 mars 1985¹¹⁵ : pour qu’il y ait fraude à la loi, *“il suffit que [la] règle de conflit soit volontairement utilisée, en modifiant un élément de rattachement, à seule fin d’éluder l’application d’une loi compétente”*. En l’espèce, la cour d’appel, qui avait *“retenu la manipulation d’une règle de conflits [...] consistant, par une série d’opérations harmonisées, à modifier l’élément de rattachement constitué à l’origine par la nature immobilière du bien situé en France, devenu ensuite bien meuble, afin d’écarter l’application de la loi successorale française prévoyant une réserve, a ainsi caractérisé l’existence de la fraude”*.

Reprenant la définition des trois éléments de la fraude à la loi, B. Ancel et Y. Lequette¹¹⁶ expliquent ainsi :

¹¹¹ V. également sur ce point le rapport de Mme le conseiller F. Dreifuss-Netter sous l’arrêt 1^{re} Civ., 13 septembre 2013, pourvoi n°12-18.315, *Bull.* 2013, I, n° 176 précité, en matière de gestation pour autrui

¹¹² préc. n°22

¹¹³ Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, 5^e éd., 2006, *Dalloz*, n°6

¹¹⁴ 1^{re} Civ., 17 mai 1983, pourvoi n°82-11.290, *Bull.* 1983, I, n°147, *Soc. Lafarge*, *Rev. crit. DIP* 1985. 346, note B. Ancel

¹¹⁵ 1^{re} Civ., 20 mars 1985, pourvoi n°82-15.033, *Bull.* 1985, I, n°103, *Caron*, *Rev. crit.* 1986, 66, note Y. Lequette

¹¹⁶ Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, préc.

- L'élément matériel de la fraude s'accomplit dans le glissement délibéré de la situation du fraudeur de l'empire d'une loi à celui d'une autre loi. Divers moyens, plus ou moins élaborés, procurent ce résultat, mais ce qui confère sa spécificité à la fraude à la loi est que ceux qu'elle utilise sont en eux-mêmes tout-à-fait licites.
- L'élément légal de la fraude *“est formé par l'impératif auquel le fraudeur se propose d'échapper”*.
- Enfin, l'élément moral ou intentionnel est *“décisif sur le plan théorique parce que la modification volontairement apportée par des moyens licites à un rapport de droit pour en changer le régime juridique n'est pas en elle-même répréhensible. [...] Le changement de nationalité ou de domicile n'est pas interdit, non plus que le voyage ni en principe le transport de meubles à l'étranger. Pour qu'il en soit autrement, il faut que la démarche entreprise, intrinsèquement régulière, soit inspirée par des fins illégitimes, par un dessein frauduleux, un animus fraudis [...]”. Bref, la fraude se traduit par l'intention d'asservir le droit à ses desseins”*.

Quant à la sanction, elle consiste à priver d'efficacité la fraude afin de préserver l'autorité de la loi fraudée¹¹⁷. *“La fraude a pour effet sa propre inefficacité”*¹¹⁸. Ainsi, dans l'affaire de la Princesse de Bauffremont, le mariage célébré en fraude à la loi a été déclaré inopposable au Prince.

Commentant les arrêts du 13 septembre 2013, J. Guillaumé¹¹⁹ explique que *“le fraudeur va, de façon intentionnelle, soit modifier les éléments qui conditionnent la solution rendue en application de la loi normalement compétente, soit s'extraire du champ d'application de la loi normalement applicable pour se soumettre à l'empire d'une autre loi, plus favorable (P. de Vareilles-Sommières, V° Fraude à la loi : Rép. dr. international Dalloz, p.2).”*

Elle ajoute que c'est cette seconde technique qui a été mise en oeuvre dans les hypothèses de gestation pour autrui en Inde, *“puisque les pères d'intention se sont rendus à l'étranger dans le seul but de conclure une convention dont l'objet est illicite en France. Il ne s'agit pas d'une “fraude à la loi au sens du conflit de lois” (D. Holleaux, J. Foyer et G. de Geouffre de la Pradelle, Droit international privé : Masson, 1987, p. 446, n°985), laquelle se définit comme une manipulation des éléments constitutifs de la règle de conflit de lois, qu'il s'agisse du facteur de rattachement ou de la catégorie juridique. Il s'agit ici d'une fraude en tant que condition de régularité des jugements étrangers, dans le but d'obtenir un certain*

¹¹⁷ P. de Vareilles-Sommières, préc.

¹¹⁸ Vidal, op. cit. p.372, in B. Ancel et Y. Lequette, Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, préc.

¹¹⁹ *JDI Clunet*, n°1, janvier 2014, comm. 1, préc.

résultat, avec ou sans utilisation d'une règle de conflit de lois (Jcl. Droit international, Fasc. 535, Fraude à la loi, B. Audit, p.18, n°66 - V. Aussi D. Holleaux, J. Foyer et G. de Geouffre de la Pradelle, op. cit., p.446-447, n°984 et s.). Cette fraude englobe les situations créées à l'étranger à la suite de l'intervention d'une autorité publique (l'article 509 du code de procédure civile assimile les jugements rendus par les tribunaux étrangers et les actes reçus par les officiers étrangers). En l'espèce, les éléments constitutifs de la fraude ne font aucun doute : les pères d'intention se rendent en Inde pour se soumettre à la loi indienne (élément matériel) dans le seul but (élément intentionnel) de contourner la loi française prohibitive (élément légal)".

A. Huet¹²⁰ distingue également la fraude à la loi au sens strict (*"manoeuvre consistant à modifier un élément de rattachement (nationalité, domicile, résidence) en vue d'évincer la loi d'un Etat qui est normalement compétente selon la règle française de conflit de lois et de rendre artificiellement applicable la loi d'un autre Etat"*) et la fraude à la loi au sens large, constituée de divers *"détournements de procédure"* ou fraude *"à l'ensemble des règles de droit international privé du for"*.

Certains estiment que, dans l'hypothèse des gestations pour autrui pratiquées à l'étranger, il n'y aurait pas fraude à la loi au sens strict du droit international privé, en l'absence de *"manipulation des règles de conflit de lois"*, et que seul l'adage selon lequel *"la fraude corrompt tout"* pourrait trouver application¹²¹.

Mais P. de Vareilles-Sommières¹²² rappelle que *"ce qui doit retenir l'attention en matière de fraude à la loi, c'est la relation entre la situation litigieuse et la règle de droit privé fraudée. La règle de conflit de lois n'est pas au centre du phénomène de la fraude à la loi, mais n'y intervient que parce qu'elle est un outil - d'importance certes, mais en concurrence avec d'autres - qui conditionne la fixation, pour les particuliers, du domaine d'application des lois de droit privé dans les relations internationales"*.

Quoi qu'il en soit, *"l'exception de fraude à la loi du droit international privé a pour matrice l'exception de fraude du droit interne (V. J. Vidal, op.cit., p. 273 et s.)"* et *"la maxime fraus omnia corrumpit, qui constitue le bras armé de cette dernière, justifie assez bien l'inefficacité de l'acte frauduleux à laquelle aboutit la mise en oeuvre de l'exception de fraude à la loi en droit international privé"*.¹²³

¹²⁰ J.-Cl. Droit international, Fasc. 584-40 : Effets en France des jugements étrangers subordonnée à leur régularité internationale, Date de la dernière mise à jour : 24 mai 2009, spéc. n°93 à 105.

¹²¹ V. H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, *Rec. Dalloz* 2013, p.2349 ; H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke, *Droit international privé* mars 2013 - mars 2014, *Rec. Dalloz* 2014, p.1059

¹²² préc. n°9 et 19

¹²³ P. de Vareilles-Sommières, préc., n°2

Ainsi, la doctrine, dans sa grande majorité, a relevé l'existence d'une fraude à la loi dans le fait pour un homme français d'aller en Inde y conclure une convention de gestation pour autrui avec une "mère porteuse" indienne afin d'échapper à la prohibition d'ordre public édictée par la loi française¹²⁴.

L'intention frauduleuse relève de l'appréciation souveraine des juges du fond. Une cour d'appel estime donc souverainement qu'un français, né en Algérie et de religion musulmane, marié en France avec une française, n'avait pas eu l'intention d'éluder la loi française en prenant, lors de l'indépendance de l'Algérie, la nationalité de ce pays, et en contractant, selon la loi locale, un second mariage¹²⁵.

Mais la Cour de cassation contrôle la qualification de la fraude¹²⁶.

Pour Ph. Reigné¹²⁷, le recours à la fraude par le tribunal de grande instance de Versailles n'est pas justifié car l'adoption est demandée par la conjointe de la mère et non par celle-ci. Selon lui, la conjointe ne saurait être punie pour une prétendue fraude commise par la seconde : *"il aurait fallu, à tout le moins, établir un concert frauduleux entre les deux épouses"* et *"on recherchera vainement la trace de cette démonstration dans les jugements"*, la juridiction omettant de *"relever l'existence d'une communauté de vie entre la requérante et sa conjointe à l'époque de la conception"*.

Il ajoute que, dans deux espèces, les enfants étant nés en 2009 et 2005, *"la chronologie interdit de considérer que les enfants ont été conçus avec assistance médicale à la procréation dans la perspective de leur adoption sous l'empire du droit français issu de la loi du 17 mai 2013"* ce qui, selon lui, *"rend bien peu vraisemblable le "procédé" frauduleux énoncé par les juges versaillais"*.

Commentant ensuite les jugements du 8 juillet 2014 du tribunal de grande instance de Nanterre¹²⁸, il estime, comme le tribunal, que la question soumise par le ministère

¹²⁴ V. notamment P. Hammje, "Annulation de la transcription d'un acte de naissance résultant d'une convention de gestation pour autrui", *Rev. crit. DIP* 2013, p.909 : *"Le fait pour les parents d'intention de délocaliser la conception et la naissance de l'enfant dans un pays autorisant la maternité de substitution, pour échapper à l'interdiction du droit français, et ce, sciemment et délibérément, caractérise la fraude"* ; également I. Gallmeister, *Rec. Dalloz* 2013, p.2382 ; F. Chenédé, *AJ Famille* 2013, p. 579 ; M. Fabre-Magnan, *Rec. Dalloz* 2013 p. 2384.

¹²⁵ 1^{re} Civ., 17 février 1982, pourvoi n°80-17.113, *Bull.* 1982, I, n°76, *Baaziz*, *Rev. crit.* 1983, 275, note Y. Lequette ; V. également, par exemple, 1^{re} Civ., 13 février 1961, *Bull.* 1961, I, n°97

¹²⁶ Par exemple : 1^{re} Civ., 20 mars 1985, pourvoi n°82-15.033, *Bull.* 1985, I, n°103 précité ; 1^{re} Civ., 15 mai 2008, pourvoi n°06-19.535, *Bull.* 2008, I, n°140 ; 1^{re} Civ., 13 septembre 2013, pourvoi n°12-18.315, *Bull.* 2013, I, n°176 et 19 mars 2014, pourvoi n°13-50.005, *Bull.* 2014, I, n°45 précités

¹²⁷ Ph. Reigné, "L'assistance médicale à la procréation, l'adoption et la fraude à la loi", *Dr. famille* n°7-8, Juillet 2014, comm. 113

¹²⁸ Ph. Reigné, "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", *Rec. Dalloz* 2014 p. 1669

public supposait l'examen d'une situation concrète relevant de l'office du juge du fond et qu'il n'y avait donc lieu à avis, la fraude présentant un caractère intentionnel. Sur le fond, il soutient que l'élément intentionnel faisait manifestement défaut puisque les enfants, conçus en Belgique, en 2006 pour l'un et en 2008 pour l'autre, avec assistance médicale à la procréation, ne pouvaient l'avoir été dans la perspective d'une adoption plénière sous l'empire d'une loi française qui ne sera votée qu'en 2013.

Pour H. Fulchiron¹²⁹, *“la fraude suppose un artifice (une société que l'on crée, une nationalité que l'on acquiert)”* et dans l'hypothèse de l'adoption de l'enfant par la conjointe de la mère, l'artifice est inexistant, *“sinon, au sens littéral du terme, dans la technique médicale utilisée”*. Il ajoute : *“L'enfant n'est ni un mécanisme juridique, ni une situation que l'on a modifiée pour asservir le droit à ses desseins : c'est une personne dont on ne peut nier l'existence et les droits”*.

Ph. Reigné¹³⁰ soutient qu'il n'y a pas de fraude à la loi au sens du droit international privé, en l'absence de *“manipulation d'un élément de la règle de conflit, les mères s'étant bornées à se rendre à l'étranger afin de bénéficier d'une assistance médicale à la procréation”*.

Les auteurs qui relèvent l'existence d'une “fraude à la loi” dans les adoptions au sein des couples de femmes invoquent la décision du Conseil constitutionnel n°2013-669 DC du 17 mai 2013 sur la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe. Dans cette décision, répondant au grief des requérants, qui faisaient valoir que, *“compte tenu notamment des difficultés que rencontreront les couples de personnes de même sexe pour adopter, la possibilité d'un établissement de la filiation à l'égard de deux personnes de même sexe incitera ces couples 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”* (cons. 48), le Conseil constitutionnel énonce :

“Considérant, en troisième lieu, que l'éventualité d'un détournement de la loi lors de son application n'entache pas celle-ci d'inconstitutionnalité ; qu'il appartient aux juridictions compétentes d'empêcher, de priver d'effet et, le cas échéant, de réprimer de telles pratiques” (Cons. 58).

Faut-il dès lors assimiler la gestation pour autrui et à l'AMP pratiquée à l'étranger, et priver d'effet ces pratiques ?

¹²⁹ “Fraus omnia corrumpit ? A propos de la filiation des enfants nés par insémination artificielle avec don de sperme dans un couple de femmes”, *Rec. Dalloz* 2014 p. 1162

¹³⁰ Art. préc.

On relèvera que la fraude à la loi a été retenue par la Cour de cassation dans les arrêts du 13 septembre 2013 car la gestation pour autrui heurte, en l'état du droit positif, "les principes essentiels du droit français". On notera également que *"la possibilité de légaliser cette pratique a été unanimement récusée par la totalité des instances s'étant prononcées sur l'évolution des lois de bioéthique"*¹³¹. A cet égard, il convient d'observer que les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme du 26 juin 2014 précités ne remettent pas en cause la prohibition interne de la gestation pour autrui, compte tenu des *"délicates interrogations d'ordre éthique"* qu'elle soulève, ni *"le recours à l'exception d'ordre public international"* et ne constatent pas de violation du droit des parents d'intention au respect de leur vie familiale¹³².

On sait que l'article 16-7 du code civil prévoit expressément la nullité de *"toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui"*, l'article 16-9 rappelant que ces dispositions sont d'ordre public.

Le caractère d'ordre public de la prohibition a été rappelé dans tous les arrêts de la première chambre civile de la Cour de cassation portant sur les effets en France des conventions de gestation pour autrui passées à l'étranger, *"convention qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du code civil"*¹³³.

C'est la gravité de l'atteinte à l'ordre public qui a justifié, aux yeux de la première chambre civile, le recours à la notion de fraude. Elle a été retenue également au visa de l'article 336 du code civil qui permet au ministère public d'agir en contestation de la filiation "en cas de fraude à la loi".

Dans son commentaire précité des arrêts du 13 septembre 2013¹³⁴, P. Hammje, tout en soulignant que le refus du fait accompli opposé par la Cour de cassation *"mérite assurément d'être salué"*, relève qu'il reste *"à délimiter les contours d'une fraude paralysant toute reconnaissance, qui se devrait d'être très strictement encadrée (v. not. en ce sens, P. Lagarde, in La reconnaissance des situations en droit international privé, 2013, p.19, spéc. p.23 s. et rappr. discussions p.173). Faut-il la limiter aux cas de violation d'un principe essentiel du droit français, telle la*

¹³¹ Rapport AN, n°3111 fait au nom de la commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi relatif à la bioéthique, 26 janvier 2011, p.59

¹³² V. *infra* pour la violation constatée de l'article 8 de la Convention sous l'angle du droit au respect de la vie privée des enfants

¹³³ 1^{re} Civ., 6 avril 2011, pourvoi n°09-17.130, *Bull.* 2011, I, n° 70, pourvoi n°09-66.486, *Bull.* 2011, I, n° 71 et pourvoi n°10-19.053, *Bull.* 2011, I, n°72 ; 1^{re} Civ., 13 septembre 2013, pourvoi n°12-18.315, *Bull.* 2013, I, n°176 et pourvoi n°12-30.138, *Bull.* 2013, I, n°176 et 19 mars 2014, pourvoi n°13-50.005, *Bull.* 2014, I, n°45

¹³⁴ "Annulation de la transcription d'un acte de naissance résultant d'une convention de gestation pour autrui", *Rev. crit. DIP* 2013, p.909

prohibition de la gestation pour autrui ? Suppose-t-elle en outre, voire surtout, une absence de proximité avec l'Etat d'origine de la situation ? [...] Pour conclure, il reste à espérer que la Cour européenne des droits de l'homme emboîtera le pas de la Cour de cassation, ce que le fondement de la fraude, plus sans doute que celui de l'ordre public, lui permettrait de faire sans renier sa propre jurisprudence”.

La question de la fraude conduit à s'interroger sur la gravité des interdits posés en matière d'assistance médicale à la procréation.

La finalité thérapeutique du dispositif de l'AMP et l'exclusion des couples homosexuels justifient-ils, au même titre que pour la gestation pour autrui, le recours à la notion de fraude ? La gravité de l'atteinte à l'ordre public constituée par la gestation pour autrui, qui a justifié que la fraude soit mobilisée, se retrouve-t-elle dans l'IAD pratiquée au profit d'une femme ou d'un couple de femmes ?

Pour M.-C. Le Boursicot¹³⁵, si *“le recours à l'assistance médicale à la procréation reste interdit en France aux couples de même sexe”* [...], *“cette interdiction ne repose pas sur un principe essentiel du droit français, elle ne porte pas atteinte au principe d'indisponibilité du corps humain comme la gestation pour autrui (GPA). Le juge, saisi de la requête en adoption par la conjointe, n'a pas en principe à demander à la mère de naissance qui a accouché en France, ni où, ni comment l'enfant a été conçu, ni avec qui”*.

Selon H. Fulchiron¹³⁶, qui avait déjà critiqué le recours à la fraude dans les arrêts relatifs à la gestation pour autrui du 13 septembre 2013¹³⁷, *“pour que la sanction encourue soit aussi radicale, encore faut-il que la règle contournée soit d'une force particulière (l'interdiction du divorce jadis, la protection de la réserve naguère). Dans le cas de la GPA, sont invoqués les principes de l'indisponibilité de l'état, de la prohibition de la marchandisation du corps humain, de respect de la dignité de la femme...Mais dans le cas de l'IAD ? Le refus de l'IAD au profit d'une femme seule ou d'un couple de femmes a, on le sait, été affirmé et réaffirmé par le législateur français : il tient, à la fois, à la conception thérapeutique des PMA et à l'attachement de notre droit au modèle « biologique » de la filiation selon lequel un enfant est l'enfant d'un homme et d'une femme, quand bien même ceux-ci devraient recourir aux gamètes d'un tiers. Mais aussi importants que soient ces principes, force est de constater qu'ils n'ont rien d'absolu en droit français. Il y a beau temps qu'est admise l'adoption par une personne seule ; et en ouvrant l'adoption aux époux de même sexe, le législateur a consacré, quoi qu'on en pense, la filiation « monosexuée ». A*

¹³⁵ “Le principe de l'intérêt de l'enfant à être adopté après la promulgation de la loi mariage pour tous”, *RLDC* déc. 2013, p.47

¹³⁶ Art. préc.

¹³⁷ H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, *D.* 2013, p. 2349

l'évidence, une chose est d'assurer la prise en charge d'un enfant, une autre de le « créer », et non plus seulement de le « procréer », pour répondre au désir des adultes. Mais les principes que l'on invoque n'en sont pas moins fragilisés”.

S. Bollée, A.-M. Leroyer et E. Pataut¹³⁸ soutiennent que *“pour être fondé, le qualificatif de fraude supposerait à tout le moins que les intéressées se soient appliquées à contourner un interdit qui leur aurait été adressé par la loi. Or il est loin d'être évident que celle-ci, en donnant un certain encadrement juridique à l'assistance médicale à la procréation, entende aller au-delà de la réglementation des pratiques médicales sur le territoire français. Il est assez clair, en tout cas, que telle n'a pas été la conception du législateur au moment de l'adoption de la loi ouvrant le mariage aux personnes de même sexe”.*

Th. Coustet¹³⁹ estime également que *“le recours à la fraude aurait été justifié si les intéressées avaient contourné un interdit expressément formulé par la loi. Pourtant, rien n'est moins certain au vu du contexte dans lequel la loi a été promulguée. En effet, depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 consacrant le mariage pour tous, l'adoption par l'un des époux de l'enfant de son conjoint est ouverte dans les mêmes conditions à tous les couples. Au coeur des débats parlementaires, la question de la PMA s'est posée avec une acuité évidente pour les couples de femmes. Or, si la loi n'a pas formellement autorisé le mécanisme à leur égard, elle ne l'a pas non plus expressément condamné, comme le prouve le rejet de l'amendement visant à interdire l'adoption de l'enfant du conjoint conçu selon ce procédé. C'est d'ailleurs ce qu'avait exprimé, en février 2014, Erwann Binet, ex-rapporteur du projet de loi : «en aucun cas, il a été dans l'intention du législateur de refuser l'adoption des enfants conçus par PMA ». Dès lors, en se réclamant de l'esprit de la loi, comme c'est l'usage en cas d'interprétation, la demande d'adoption plénière qui en découle aurait pu être autorisée. Certaines juridictions ont d'ailleurs validé l'adoption sur ce fondement (V., not., TGI Lille, 17 oct. 2013, Dr. fam. 2014. Comm. 4, obs. C. Neirinck). En l'espèce, sous couvert d'un raisonnement téléologique, les juges ont choisi la voie inverse – car il s'agit bien d'un choix – en préférant limiter les effets de la PMA, ce qui offre, par là même, le spectacle d'une cacophonie judiciaire rarement égalée”.*

Ph. Reigné¹⁴⁰, reprenant le raisonnement du tribunal de grande instance de Nanterre, estime également que l'article L. 2141-2 du code de la santé publique ne contient pas d'interdiction générale, pour les femmes célibataires et les couples de

¹³⁸ “L'Etat dans les chambres à coucher ?”, Le HuffPost, 7 mars 2014, préc.

¹³⁹ “PMA : quand adoption et mariage homosexuel ne font pas bon ménage”, Dalloz Actualité, 9 mai 2014, préc.

¹⁴⁰ Ph. Reigné, “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”, *Rec. Dalloz* 2014 p. 1669 préc.

femmes, de recourir à l'assistance médicale à la procréation. Selon lui, *“l’ambiguïté de l’article L. 2141-2 du code de la santé publique est suffisante pour que l’on considère qu’il ne s’en évince aucune interdiction générale applicable aux personnes qui ne remplissent pas les conditions qu’il énumère. Les interdictions implicites ne sont guère adaptées en pareille matière. Le clonage et la gestation pour autrui sont expressément défendus par le code civil. Tel n’est pas le cas de l’assistance médicale à la procréation pratiquée en méconnaissance des conditions énoncées à l’article L. 2141-2 du code de la santé publique. On peut même se demander si les dispositions de cet article ne s’adressent pas plutôt aux établissements médicaux et aux praticiens qu’aux personnes souhaitant bénéficier d’une assistance médicale à la procréation ; ce qui expliquerait qu’elles ne comportassent aucun pendant dans le code civil.”*

Sur le plan des sanctions pénales, on relèvera que la gestation pour autrui est sanctionnée par les articles 227-12 à 227-14 du code pénal, dans une section intitulée “des atteintes à la filiation”, alors qu’aucune disposition pénale ne vise expressément les femmes seules ou en couple qui auraient eu recours à une insémination avec donneur anonyme, seuls les médecins étant susceptibles d’être poursuivis pénalement ou les femmes (au même titre que les couples hétérosexuels) violant les principes de gratuité et d’anonymat du don¹⁴¹.

La fraude doit enfin être examinée sous l’angle de sa sanction. Celle-ci étant l’inopposabilité ou l’inefficacité du résultat frauduleusement obtenu, c’est la filiation maternelle elle-même qui risquerait d’être atteinte (c’est bien la mère en effet qui a recours à une AMP selon des conditions non autorisées par la loi française), ce qui paraîtrait non seulement excessif mais contraire au principe *mater semper certa est*. Il est certain qu’une telle solution n’a jamais été envisagée.

Ainsi, M.-C. Le Boursicot estime *“inimaginable de remettre en cause la filiation maternelle résultant de l’accouchement et de la désignation à l’état civil, dans l’hypothèse où le recours à l’assistance médicale à la procréation est avéré”*, tout en notant que *“le juge aura peut-être à se poser la question du caractère frauduleux du processus d’ensemble auquel a eu recours le couple de femmes, qui n’a pas accès à la procréation médicalement assistée en France, pour devenir parents d’un enfant sans père”*.

La difficulté liée à la remise en cause éventuelle de la filiation maternelle a également été soulevée par plusieurs auteurs :

¹⁴¹ V. *supra* III - A - 1.

H. Fulchiron¹⁴² s'interroge : *“Franchissant un pas de plus, refusera-t-on demain d'inscrire sur les registres de l'état civil la filiation maternelle de « l'enfant de la fraude », comme l'on a détruit hier sa filiation paternelle ? Fraus omnia corrumpit, même la règle Mater semper certa ?”*

H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke¹⁴³ relèvent également que, s'il y a bien fraude à la loi française, le refus de l'adoption en raison de la PMA pratiquée à l'étranger *“semble critiquable pour plusieurs raisons : il faudrait prouver l'insémination artificielle, ce qui porterait une atteinte grave à l'intimité de la vie privée, et c'est l'enfant qui serait victime de ce refus certainement contraire à son « intérêt supérieur » ; de plus, dans cette logique de sanction de la fraude, ne faudrait-il pas contester la maternité de la mère qui a mis l'enfant au monde ? L'enfant serait alors orphelin”*.

Th. Coustet¹⁴⁴ observe que *“s'il y a fraude, elle se loge moins dans l'adoption que dans le procédé lié à la conception. Or « la cohérence voudrait [...] que le ministère public puisse agir en contestation de maternité, afin de défaire le lien de filiation unissant l'enfant à sa mère biologique. La pente de la solution conduit donc très directement, à faire un orphelin potentiel de l'enfant issue d'une insémination artificielle à l'étranger» (S. Bollée, A.-M. Leroyer et E. Pataut, L'État dans les chambres à coucher, Huffington Post, 7 mars 2014). De plus, pour ce faire, il faudrait au passage prouver l'insémination artificielle, ce qui pourrait porter une atteinte grave à l'intimité de la vie privée”*.

A. Lebel¹⁴⁵ relève enfin que la juridiction versaillaise adopte un raisonnement en analogie avec celui qui motive les décisions rendues en matière de filiation des enfants issus d'une GPA, faisant référence à une fraude à la loi dont les conditions ne seraient pourtant pas remplies en l'espèce, et ajoute : *“Ces décisions pourraient inciter le ministère public à contester, en application de l'art. 336 c. civ., la filiation de l'enfant que sa mère aurait conçu seule ou en couple avec une autre femme par AMP réalisée à l'étranger, contestation incontestablement contraire à l'intérêt de l'enfant mais conforme à la philosophie qui a présidé à l'adoption des décisions versaillaises”*¹⁴⁶.

¹⁴² Art. préc.

¹⁴³ Art. préc.

¹⁴⁴ Art. préc.

¹⁴⁵ Art. préc.

¹⁴⁶ V. également, dans le même sens, C. Mécarry, “Adoption plénière de l'enfant du conjoint au sein d'un couple de femmes”, *AJ famille* 2014, p.368

En revanche, pour A. Mirkovic¹⁴⁷, qui approuve les jugements du tribunal de grande instance de Versailles du 29 avril 2014, *“le recours à l’insémination artificielle avec donneur à l’étranger, en violation de la loi française, réalise une fraude à la loi. Ainsi que l’explique de façon pédagogique le tribunal de Versailles, « il y a fraude lorsqu’on cherche à obtenir ce que la loi française prohibe, par des moyens détournés et formellement légaux, que ce soit en France ou à l’étranger ». La fraude est bien caractérisée lorsque des femmes se rendent à l’étranger pour échapper à l’interdiction française de concevoir par insémination un enfant délibérément privé de père, puis demandent l’adoption de l’enfant ainsi conçu par la conjointe de la mère. Quant à la sanction de la fraude, elle est d’empêcher de parvenir au résultat escompté, de manière à décourager la fraude, à défaut de quoi la loi française pourrait être contournée en toute impunité : le tribunal rejette donc les demandes d’adoption”*.

C. Neirinck¹⁴⁸ estime également, commentant le jugement du tribunal de grande instance de Lille du 14 octobre 2013, que *“délibérément, ces deux femmes ont fraudé à deux reprises la loi française qui réserve aux couples médicalement infertiles l’accès à l’assistance médicale à la procréation. Elles ont “obtenu” deux enfants volontairement privés de père - sans autre difficulté que celle de se rendre en Belgique - ce qui permet à l’épouse de la mère de les adopter. [...] “La facilité que révèle ce jugement, lorsqu’il s’agit d’un couple de femmes, est une incitation à la fraude, à la conception d’enfants privés ab initio de père. C’est pourquoi il serait souhaitable que le ministère public fasse également application de l’article 336 du Code civil dans cette hypothèse et s’oppose à l’adoption demandée, ultime étape d’une démarche qui a commencé par la conception frauduleuse d’un enfant sans père”*.

Puis, commentant les jugements du tribunal de grande instance de Versailles, qu’elle approuve¹⁴⁹, elle énonce : *“La fraude, toutefois, n’a pas été commise par la requérante, même si elle en est, vraisemblablement, la complice. Sa requête est recevable. La fraude a été commise par la mère : c’est elle qui a transgressé les règles que lui impose en matière de filiation sa loi personnelle. Pourtant, ce comportement frauduleux n’emporte aucune conséquence sur l’établissement de la maternité que l’accouchement impose. Cependant, l’effacement de la fraude est trompeur car limité à la désignation de la mère. Il en va différemment de son consentement à l’adoption. En effet, destiné à l’établissement d’un lien de filiation complémentaire, il attire l’attention sur le statut de l’enfant. Il met l’accent sur les faits qui l’ont précédé et qui autorisent l’adoption : l’absence programmée de père obtenue par le recours illicite à un don de sperme. Le consentement de la mère*

¹⁴⁷ “L’impossible adoption des “bébés Thalys”, *RLDC* Juill-août 2014 n°5501, p. 40 à 44

¹⁴⁸ “Première adoption plénière par l’épouse de la mère”, art. préc.

¹⁴⁹ “Épouses, fraude et adoption plénière”, *Dr. famille* n° 7-8, Juillet 2014, repère 7

s'inscrit dans une démarche qui dès le départ a consisté à s'arroger un droit à l'enfant et un partage en couple de la filiation et des droits parentaux qui sont d'ordre public. Il est ainsi vicié par la fraude dont il est le prolongement”.

F. Rome¹⁵⁰ observe également que *“le mariage est ouvert à tous, sans distinction tenant au sexe, mais la PMA reste fermée aux couples homosexuels, sans d'ailleurs que, selon le Conseil constitutionnel, le principe d'égalité ne s'en trouve affecté pour autant. En clair, 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. Au fond, les procureurs refusent que la politique du fait illicitement accompli, au regard du droit français, puisse avoir force de loi sur le territoire français”.*

Pour Th. Garé¹⁵¹ enfin, *“le recours à une procréation médicalement assistée étant, en droit français, réservé aux seules indications thérapeutiques”*, la demande d'adoption repose sur une fraude à la loi et le jugement du tribunal de Versailles doit être approuvé. Selon lui, *“en l'état des textes actuels, il paraît difficile de statuer autrement. Fraus omnia corrumpit”.*

B - La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

L'importance de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg relative à la protection de la vie privée et familiale impose d'en rappeler ici les grands principes, avant d'examiner plus précisément les décisions rendues en matière d'AMP et d'adoption au sein des couples de même sexe.

On rappellera au préalable qu'en l'état, ni le droit international conventionnel ni le droit de l'Union européenne n'apportent de réponse à la question posée par la demande d'avis ou par l'AMP en général¹⁵². Ainsi que l'explique F. Monéger, la Convention d'Oviedo, Convention du Conseil de l'Europe pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine, signée le 4 avril 1997¹⁵³ ne comporte, en matière d'AMP, que l'article 14 aux termes duquel *“l'utilisation des techniques d'assistance médicale à la procréation n'est pas permise pour choisir le sexe de l'enfant à naître, sauf en vue d'éviter une maladie héréditaire grave liée au sexe”.*

¹⁵⁰ “Haro sur les procs !”, *Rec. Dalloz* 2014 p. 537

¹⁵¹ Th. Garé, “Refus de l'adoption de l'enfant conçu par PMA dans un couple de femmes”, *RJPF*, juillet-août 2014, p.39

¹⁵² F. Monéger, “La PMA au regard des principes d'égalité et de non-discrimination, Perspectives de droit international privé”, *Petites Affiches*, à paraître

¹⁵³ Entrée en vigueur en France le 1^{er} avril 2012

Depuis 2011, la Conférence de DIP de La Haye a engagé une réflexion sur les problèmes posés par le “tourisme procréatif”, notamment par les conventions de maternité de substitution. Mais, comme le constate H. Fulchiron dans un article consacré à la question¹⁵⁴, les travaux s’avèrent particulièrement délicats, *“les questions liées aux procréations médicalement assistées [étant] parmi celles qui divisent le plus profondément les États”*.

S’agissant du droit de l’Union, aucune disposition ne semble apporter de réponse précise aux questions posées par l’AMP. Le principe de libre circulation des personnes dans l’espace européen¹⁵⁵ est souvent invoqué pour justifier que des couples de femmes puissent se rendre en Belgique ou en Espagne y bénéficier de techniques d’AMP non autorisées en France. Mais la libre circulation des personnes n’empêche pas les Etats de déterminer, conformément à leur droit interne, les modalités d’accès à ces techniques médicales.

Quant à la directive 2011/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2011 relative à l’application des droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers, qui consacre la jurisprudence de la CJUE relative au droit des patients à bénéficier d’un traitement médical dans un autre État membre que le leur¹⁵⁶, elle définit comme “soins de santé” les *“services de santé fournis par des professionnels de la santé aux patients pour évaluer, maintenir ou rétablir leur état de santé, y compris la prescription, la délivrance et la fourniture de médicaments et de dispositifs médicaux”* (article 3 a), ce qui ne semble pas inclure l’AMP. En outre, elle porte principalement sur le remboursement des frais engagés par une personne assurée qui reçoit des soins de santé transfrontaliers, *“si les soins de santé en question font partie des prestations auxquelles la personne assurée a droit dans l’Etat membre d’affiliation”* (article 7.1).

Enfin, la CJUE a eu l’occasion de se prononcer récemment sur la question du droit au congé de maternité en cas de gestation pour autrui. Par deux arrêts du 18 mars 2014¹⁵⁷, elle a décidé que les Etats membres n’étaient pas tenus d’accorder un congé de maternité au titre des directives 92/85/CEE du Conseil du 19 octobre 1992 et 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006, à la mère “commanditaire” ayant eu un enfant grâce à une convention de “mère porteuse”, les

¹⁵⁴ V. H. Fulchiron, “La lutte contre le tourisme procréatif : vers un instrument de coopération internationale ?”, *JDI* (Clunet), n°2, avril 2014, p.562

¹⁵⁵ Article 21 TFUE

¹⁵⁶ V. L. Driguez et V. Michel, “La directive 2011/24/UE relative à l’application des droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers : progrès pour la santé ou pour le marché ?”, *Europe* n°10, octobre 2011, étude 9

¹⁵⁷ CJUE, arrêts du 18 mars 2014, C-167/12, *C.D. c/ S.T.* et C-363/12, *Z. c/ A Government Department and The Board of Management of a Community School*.

dispositions européennes relatives au congé de maternité ne pouvant s'appliquer qu'aux travailleuses ayant été enceintes ou ayant accouché¹⁵⁸.

En matière de fécondation *in vitro* (FIV), la CJUE a rendu un arrêt le 26 février 2008¹⁵⁹ concernant le licenciement d'une femme quelques jours après une FIV et avant l'implantation des embryons ainsi obtenus. Si elle ne pouvait revendiquer la protection accordée par la directive 92/85 aux femmes enceintes, elle pouvait se plaindre d'une discrimination fondée sur le sexe puisque ce type de traitement ne concerne que les femmes.

Ces décisions ne concernent donc pas l'hypothèse visée par la demande d'avis.

1) Le droit au respect de la vie privée et familiale et l'intérêt supérieur de l'enfant.

Il est à peine nécessaire de rappeler ici les termes de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales selon lesquels :

« 1. *Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.*

2. *Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »*

On sait que, pour la Cour européenne des droits de l'homme, la Convention est un instrument vivant qui s'interprète à la lumière des conditions de vie d'aujourd'hui¹⁶⁰.

On sait également que l'intérêt supérieur de l'enfant (*the best interest of the child*), principe issu de la Convention internationale des droits de l'enfant, est désormais intégré comme norme de référence par la Cour de Strasbourg¹⁶¹, *“les obligations*

¹⁵⁸ V. pour un commentaire de ces décisions F. Monéger, “Gestation pour autrui, congé de maternité et handicap”, *RDSS*, n°3, mai-juin 2014, p. 478 et F.-X Bréchet, “La CJUE face à la gestation pour autrui, le choix de la retenue”, *Dr. famille* n°7-8, juillet 2014, comm. 112. On observera simplement que la Cour fait ici écho à l'adage *mater semper certa est* : la mère est celle qui a accouché.

¹⁵⁹ CJCE, arrêt du 26 février 2008, *Sabine Mayr v. Bäckerei*, C-506/06.

¹⁶⁰ CEDH, arrêt du 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, gr. ch. n°28957/95, §§74-75 ; CEDH, arrêt du 19 février 2013, *X et autres c/ Autriche*, n°190101/07, §139

¹⁶¹ V. par exemple CEDH, arrêt du 6 juillet 2010, gr. ch., *Neulinger et Shuruk c. Suisse*, n° 41615/07, § 135 ; CEDH, arrêt du 19 janvier 2012, *Popov c. France*, n°39472/07 et 39474/07, §§139-141

*positives que l'article 8 fait peser sur les Etats contractants devant s'interpréter à la lumière de la Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989*¹⁶².

Il résulte de la jurisprudence de la Cour que, *“là où l'existence d'un lien familial avec un enfant se trouve établie, l'Etat doit agir de manière à permettre à ce lien de se développer et il faut accorder une protection juridique rendant possible, dès la naissance ou dès que réalisable par la suite, l'intégration de l'enfant dans sa famille”*¹⁶³.

Elle rappelle que la notion de “vie familiale”, telle qu'elle est interprétée par sa jurisprudence, *“ne se borne pas aux seules relations fondées sur le mariage et peut englober d'autres liens “familiaux” factuels lorsque les parties cohabitent en dehors du mariage. Un enfant issu d'une telle relation s'insère de plein droit dans cette « cellule familiale » dès sa naissance et par le fait même de celle-ci”*¹⁶⁴.

Dans l'arrêt *Schalk et Kopf c. Autriche* du 24 juin 2010¹⁶⁵, la Cour a étendu la notion de “vie familiale” à la relation entre les membres d'un couple homosexuel au même titre que celle d'un couple hétérosexuel se trouvant dans la même situation.

La notion de “vie familiale” a également été étendue aux relations entre les membres d'un couple homosexuel et l'enfant de l'un d'eux¹⁶⁶.

Toutefois, la Cour juge que les dispositions de l'article 8 de la Convention *“ne garantissent ni le droit de fonder une famille ni le droit d'adopter (Fretté, précité, § 32). [...] Le droit au respect d'une « vie familiale » ne protège pas le simple désir de fonder une famille ; il présuppose l'existence d'une famille (Marckx c. Belgique, arrêt du 13 juin 1979, série A n°31, § 31)”*¹⁶⁷.

Dans un arrêt du 4 octobre 2012¹⁶⁸, la Cour de Strasbourg a également reconnu que le refus de reconnaissance juridique d'un lien de filiation par l'adoption n'emportait pas violation de l'article 8 de la Convention, en dépit de l'existence d'une vie

¹⁶² CEDH, arrêt du 28 juin 2007, Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg, n°76240/01, §120

¹⁶³ V. notamment CEDH, arrêt du 27 octobre 1994, Kroon et autres c. Pays-Bas, n°18535/91, § 32 ; arrêt du 28 juin 2007, Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg, n°76240/01, § 119

¹⁶⁴ CEDH, arrêt du 27 octobre 1994, Kroon et autres c. Pays-Bas, n°18535/91, § 30 ; CEDH, arrêt du 1^{er} juin 2004, L. c. Pays-Bas, n°45582/99, § 35

¹⁶⁵ CEDH, arrêt du 24 juin 2010, Schalk et Kopf c. Autriche n°30141/04, §§91-95

¹⁶⁶ CEDH, arrêt du 15 mars 2012, Gas et Dubois c. France, n°25951/07 §37 : *“force est de constater que l'examen in concreto de la situation des requérantes permet de conclure à la présence d'une « vie familiale » au sens de l'article 8 de la Convention”*.

¹⁶⁷ CEDH, arrêt du 22 janvier 2008, E.B. c/ France, n°43546/02, §41 ; CEDH, arrêt du 4 octobre 2012, Harroudj c/ France, n°43631/09, §41

¹⁶⁸ CEDH, arrêt du 4 octobre 2012, Harroudj c/ France, n°43631/09

familiale, dès lors que la kafala, en vertu de laquelle l'enfant avait été recueilli par la requérante, demanderesse à la procédure d'adoption, suffisait à assurer sa protection (bien que la kafala, *“ne créant pas de lien de filiation, [soit] dépourvue d'effets successoraux et ne suffi[se] pas pour permettre à l'enfant d'acquérir la nationalité du recueillant”* §51).

En revanche, toujours en matière d'adoption, la Cour a constaté une violation de l'article 8 par le Luxembourg en raison du refus d'exequatur d'une décision péruvienne, qui avait prononcé l'adoption plénière d'un enfant par une ressortissante luxembourgeoise, au motif que la loi luxembourgeoise réservait l'adoption plénière aux seuls couples mariés¹⁶⁹. Ce refus par les juges luxembourgeois de reconnaître un jugement péruvien a été jugé contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant *“qui doit primer dans ce genre d'affaires”* : *“les juges luxembourgeois ne pouvaient raisonnablement passer outre au statut juridique créé valablement à l'étranger et correspondant à une vie familiale au sens de l'article 8 de la Convention”* (§133).

La Cour souligne à cet égard que la mère célibataire et l'enfant adoptée au Pérou vivaient déjà ensemble lorsque la question de la reconnaissance de l'adoption péruvienne par les juridictions luxembourgeoises est intervenue : *“la requérante se comporte à tous égards comme la mère de la mineure depuis 1996, de sorte que des « liens familiaux » existent « de facto » entre elles (voir, mutatis mutandis, X, Y et Z c. Royaume-Uni, arrêt du 22 avril 1997, Recueil 1997-II, fasc. 35, § 37). La Cour observe par ailleurs que le Gouvernement ne conteste pas qu'un lien familial soit établi entre les deux requérantes. Il s'ensuit que l'article 8 trouve à s'appliquer”* (§117).

Pour la doctrine, cet arrêt semble imposer aux Etats de reconnaître des situations familiales constituées à l'étranger et de faire primer la réalité sociale à l'ordre public, dès lors qu'un droit protégé par la Convention est en cause et ce, même si la situation régulièrement constituée à l'étranger porte atteinte à l'ordre public international de l'Etat d'accueil¹⁷⁰.

Pour F. Chénéde¹⁷¹, *“la décision Wagner nous montre que les juges strasbourgeois n'hésitent plus aujourd'hui à faire primer, au nom de l'intérêt de l'enfant et du droit à la vie privée et familiale, le « fait accompli » sur le contenu de la loi nationale des États membres”*.

¹⁶⁹ CEDH, arrêt du 28 juin 2007, Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg, n°76240/01

¹⁷⁰ V. CEDH, arrêt du 3 mai 2011, Negreponitis-Giannisis c. Grèce, n°56759/08

¹⁷¹ AJ Famille 2010, p. 233

Pour B. Haftel¹⁷², *“la solution, qui revenait très clairement à valider une fraude patente, était fondée sur la notion d’intérêt de l’enfant et sur l’idée qu’on ne pouvait écarter le fait accompli, aussi frauduleux soit-il”*.

Les arrêts du 26 juin 2014¹⁷³ relatifs à la gestation pour autrui semblent confirmer cette approche de la Cour de Strasbourg.

Toutefois, la violation constatée de l’article 8 de la Convention (droit au respect de la vie privée des enfants uniquement) est liée à l’absence de reconnaissance du lien de filiation en France avec les parents d’intention (*“un aspect essentiel de l’identité des individus est en jeu dès lors que l’on touche à la filiation”*) et, notamment, avec le père “biologique”, ce qui, selon la Cour, prive les enfants de la nationalité française, *“élément de l’identité des personnes”*, ainsi que de leurs droits successoraux. Or, dans les hypothèses ayant donné lieu à la demande d’avis, le lien de filiation des enfants avec leur mère “biologique” (qui, rappelons-le, est à la fois la génitrice et la gestatrice) n’est pas remis en cause. Ces derniers ont donc une filiation établie, la nationalité française (article 18 du code civil) et tous les droits liés à l’établissement du lien de filiation. La question de l’établissement d’un lien de filiation avec l’épouse de leur mère n’est pas directement tranchée par les arrêts du 26 juin 2014 et ne semble pas déjà avoir été tranchée, comme nous le verrons ci-après.

Néanmoins, Th. Coustet¹⁷⁴ estime que cet arrêt rend difficile le recours à la fraude à la loi *“pour refuser l’adoption d’un enfant conçu à l’étranger par procréation médicalement assistée [...], sachant que cette motivation semble condamnée pour la GPA”*.

Ph. Reigné¹⁷⁵ observe également que, si la condamnation de la France s’explique par le caractère biologique du lien de filiation prohibé, les décisions du 26 juin 2014 annoncent peut-être *“une extension de cette solution à l’interdiction d’établir un lien de filiation par la voie adoptive, à défaut, à tout le moins, de filiation biologique susceptible d’établissement”*.

Avant même les arrêts du 26 juin 2014, H. Fulchiron¹⁷⁶ énonçait : *“toutes les conditions de l’adoption sont remplies, elle est conforme à l’intérêt de l’enfant (V. art. 3 CIDE) et, en l’intégrant dans sa famille de fait, elle garantira le respect de sa vie*

¹⁷² *AJ Famille* 2011, p. 265

¹⁷³ CEDH, arrêt du 26 juin 2014, Mennesson c. France, n°65192/11, et CEDH, arrêt du 26 juin 2014, Labassee c. France n°65941/11 préc. Pour les commentaires de ces décisions, V. *supra* II- B -1.

¹⁷⁴ “Gestation pour autrui : la CEDH condamne la France”, *Dalloz actualité*, 30 juin 2014

¹⁷⁵ Art. préc.

¹⁷⁶ Art. préc.

familiale, au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme : le comportement des parents peut-il vraiment priver l'enfant de cette protection?"

Pour A. Mirkovic¹⁷⁷ en revanche, *"loin de commander l'adoption demandée, l'intérêt de l'enfant interdit au contraire de valider ce procédé qui le prive délibérément d'une partie de sa filiation biologique pour le rendre adoptable"*. Selon elle, prononcer l'adoption, par la conjointe de la mère, de l'enfant né d'une AMP à l'étranger *"serait un encouragement à multiplier le nombre d'enfants délibérément amputés de leur lignée paternelle pour pouvoir être adoptés. En effet, s'il est possible de concevoir à l'étranger un enfant par insémination par donneur en contournement de la loi française, et d'obtenir en toute impunité l'adoption demandée, la loi française sera privée d'efficacité alors que les conditions qu'elle prévoit pour l'accès à la PMA sont définies notamment dans l'intérêt de l'enfant à venir issu de cette PMA. Enfin, si l'intérêt de l'enfant justifiait de prononcer l'adoption demandée, alors il permettrait de valider toutes les situations constituées au mépris de ses droits, notamment dans le cadre de l'adoption internationale, et paralyserait les règles qui protègent justement les enfants contre les trafics de toute sorte [...] l'intérêt de l'enfant ne peut servir de prétexte pour que la justice ferme les yeux sur des pratiques prohibées, prohibées justement pour protéger les enfants d'en être l'objet"*.

G. Kessler¹⁷⁸ estime que la situation est particulièrement complexe en cas d'insémination artificielle illicite réalisée à l'étranger : *« Que faire une fois l'enfant mis au monde ou une fois sa mère enceinte de retour sur le territoire du for ? Alors même que le for aurait refusé l'accès à la procréation médicalement assistée, il ne pourra pas forcer la mère à procéder à un avortement et il pourra difficilement lui retirer l'enfant. Cette impossibilité de remodeler le fait par le droit est d'autant plus grande en matière de procréation médicalement assistée, qu'intervient un principe général du droit – l'intérêt de l'enfant – lequel interdit de retirer l'enfant à sa famille »*.¹⁷⁹ *Les parents pourront ainsi court-circuiter les règles du droit français en mettant le juge devant le fait accompli. Cela est extrêmement regrettable, mais il est pratiquement impossible de lutter : « arracher l'enfant à un ou plusieurs individus auxquels le droit du for n'aurait pas a priori voulu attribuer le rôle de parents, risque de laisser ce dernier sans famille : ne vaut-il pas mieux alors tolérer un modèle familial atypique plutôt que de soustraire l'enfant à la cellule qui l'a recueilli »* (G. Salamé, *op. cit.* n°283) ? *L'intérêt supérieur de l'enfant pourrait ainsi conduire à dynamiter la totalité du droit positif.*¹⁸⁰ *D'ordinaire, la notion conduit à faire prévaloir*

¹⁷⁷ Art. préc.

¹⁷⁸ "La consolidation de situations illicites dans l'intérêt de l'enfant", *Dr. famille* n°7, Juillet 2005, étude 16

¹⁷⁹ G. Salamé, *L'intérêt de la famille en droit international privé, une perspective postmoderne* : thèse, Paris I, 2004, n° 283

¹⁸⁰ J. Hauser : *RTD civ.* 2004, p. 75

les conceptions de l'ordre juridique du for, chaque État estimant que sa propre loi est la plus apte à préserver l'intérêt de l'enfant.¹⁸¹ « À l'inverse, l'interférence de la hiérarchie des normes va ici autoriser la prévalence des modèles étrangers au détriment de ceux du for » (G. Salamé, op. cit. n°288).”

Il ajoute que “ces situations complexes révèlent ainsi une profonde mutation de l'ordre public. L'ordre public familial était jadis un ordre public de direction. Désormais, il s'agit davantage d'un ordre public de protection : [...] protection de l'enfant dans le droit de la filiation. Du point de vue de l'ordre public international, l'évolution est toute aussi manifeste. L'intérêt supérieur de l'enfant donne une nouvelle jeunesse à la théorie des droits acquis. « Le juge sera de ce fait nécessairement confronté à l'association inédite de deux mécanismes jusqu'alors dissociés en droit international privé : le dictat des droits acquis mis en branle par l'application du droit étranger et renforcé par l'autorité d'un principe fondamental. » (G. Salamé, op. cit. n°283)”.

Ces éléments nous conduisent à examiner de plus près la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière d'assistance médicale à la procréation et d'adoption au sein des couples homosexuels.

2) L'assistance médicale à la procréation et l'adoption dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg.

Si la Cour européenne des droits de l'homme ne s'est jamais directement prononcée sur la question posée par l'avis, plusieurs décisions ont été rendues en matière d'adoption par des couples de même sexe et d'AMP¹⁸².

a) L'interdiction des discriminations fondées sur l'orientation sexuelle :

L'orientation sexuelle du demandeur ou du couple ne peut être un critère de refus de l'adoption. Le droit français permettant l'adoption par un célibataire, et désormais par un couple marié de même sexe, tout refus qui serait fondé sur le seul motif de l'orientation sexuelle du requérant serait constitutif d'une discrimination¹⁸³.

Ainsi, dans une décision du 22 janvier 2008, la Cour européenne des droits de l'homme¹⁸⁴ a constaté une violation de l'article 14 de la Convention, combiné avec

¹⁸¹ L. Gannagé, La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé : LGDJ, 2001, p. 94 et s.

¹⁸² V. notamment N. Hervieu, “Un long chemin européen vers la pleine reconnaissance des familles homoparentales”, in *Lettre “Actualités Droits-Libertés” du Credof*, 26 février 2013

¹⁸³ V. M. Schulz, C. Doublein et L. Nélias, “Droit et pratique de l'adoption”, *préc.*, n°46

¹⁸⁴ CEDH, arrêt du 22 janvier 2008, E.B. c/ France, n°43546/02

l'article 8, car un refus avait été opposé à la demande d'agrément en vue d'une adoption formée par une requérante homosexuelle en raison de son orientation sexuelle :

“89. La Cour considère que la référence à l'homosexualité de la requérante était sinon explicite du moins implicite. L'influence de l'homosexualité déclarée de la requérante sur l'appréciation de sa demande est avérée et, compte tenu de ce qui précède, elle a revêtu un caractère décisif, menant à la décision de refus d'agrément en vue d'adopter (voir, mutatis mutandis, Salgueiro da Silva Mouta, précité, § 35). [...]

96. Compte tenu de ce qui précède, force est donc de constater que les autorités internes ont, pour rejeter la demande d'agrément en vue d'adopter présentée par la requérante, opéré une distinction dictée par des considérations tenant à son orientation sexuelle, distinction qu'on ne saurait tolérer d'après la Convention (voir l'arrêt Salgueiro da Silva Mouta, précité, § 36)”.

b) L'AMP et l'adoption au sein des couples de même sexe :

- La validation du dispositif français excluant l'accès de l'AMP aux couples de personnes de même sexe et l'adoption simple de l'enfant par la partenaire de même sexe non mariée : CEDH, arrêt du 15 mars 2012, Gas et Dubois c/ France, n°25951/07

La Cour européenne a jugé que le dispositif français d'AMP excluant l'accès aux couples de personnes de même sexe n'était pas contraire aux dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme¹⁸⁵.

Les requérantes, deux compagnes dont l'une souhaitait adopter, en la forme simple, l'enfant de sa conjointe, conçu par procréation médicalement assistée avec donneur anonyme en Belgique, alléguaient qu'elles avaient fait l'objet d'une discrimination par rapport aux couples hétérosexuels car il n'existait pas en France de possibilité juridique permettant aux couples homosexuels d'avoir accès à l'adoption par le second parent. Invoquant l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8, les requérantes alléguaient avoir subi un traitement discriminatoire fondé sur leur orientation sexuelle et portant atteinte à leur droit au respect de la vie privée et familiale.

La Cour répond notamment que, *“pour l'essentiel, l'IAD n'est autorisée en France qu'au profit des couples hétérosexuels infertiles, situation qui n'est pas comparable à celle des requérantes. Il s'ensuit, pour la Cour, que la législation française*

¹⁸⁵ CEDH, arrêt du 15 mars 2012, Gas et Dubois c/ France, n°25951/07

concernant l'AD ne peut être considérée comme étant à l'origine d'une différence de traitement dont les requérantes seraient victimes. La Cour constate également que ces normes ne permettent pas l'établissement du lien de filiation adoptif qu'elles revendiquent" (§63).

S'agissant des règles gouvernant l'adoption et de la jurisprudence de la Cour de cassation relative à l'application de l'article 365 du code civil¹⁸⁶, la Cour de Strasbourg précise que les requérantes ne se trouvent pas dans une situation juridique comparable à celle des couples mariés et qu'il n'existe pas de différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle puisque les couples hétérosexuels non mariés ne peuvent, comme les couples homosexuels, bénéficier de la procédure d'adoption simple de l'enfant du conjoint¹⁸⁷.

- A l'inverse, le caractère discriminatoire du refus de l'adoption pour les couples homosexuels en Autriche : CEDH, arrêt du 19 février 2013, X et autres c/ Autriche, n°19010/07.

En Autriche, l'adoption de l'enfant du partenaire homosexuel n'est pas possible, alors qu'elle est possible au sein d'un couple hétérosexuel non marié (à la différence de la France). Pour la Cour EDH, s'il peut y avoir une différence de traitement entre couples mariés et non mariés, il ne peut y avoir de différence de traitement entre couples non mariés homosexuels et couples non mariés hétérosexuels, celle-ci étant alors fondée sur l'orientation sexuelle.

"130. Eu égard à l'ensemble des considérations qui précèdent, la Cour conclut que les requérants n'ont pas été traités comme l'aurait été un couple hétérosexuel non marié dont l'un des membres aurait souhaité adopter l'enfant de l'autre. Dès lors que le traitement différent qui leur fut réservé était indissociablement lié au fait que les première et troisième requérantes formaient un couple homosexuel, il était fondé sur l'orientation sexuelle des intéressées.

131. Il convient donc de distinguer la présente espèce de l'affaire Gas et Dubois (précitée, § 69), dans laquelle la Cour avait conclu à l'absence de différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle entre les couples hétérosexuels non mariés et les couples homosexuels au motif qu'en droit français l'interdiction de l'adoption coparentale frappait tant les premiers que les seconds."

¹⁸⁶ V. *supra*, II - B - 2.

¹⁸⁷ V. Cl. Neirinck, "Le refus de l'adoption simple au sein d'un couple de partenaires de même sexe ne contrevient pas à la Convention européenne des droits de l'homme", *Dr. famille*, n°5, mai 2012, comm. 82 ; V. également N. Hervieu, préc., évoquant la consolidation par la Cour de la "forteresse mariage".

Elle ajoute que le Gouvernement autrichien n'a pas fourni de raisons convaincantes propres à établir que l'exclusion des couples homosexuels du champ de l'adoption coparentale ouverte, en Autriche, aux couples hétérosexuels non mariés était nécessaire à la préservation de la famille traditionnelle ou à la protection de l'intérêt de l'enfant (§§141-146).

La Cour observe qu'*“en termes de personnes, les couples homosexuels et les couples hétérosexuels sont en théorie tout aussi aptes ou inaptes les uns que les autres à l'adoption en général et à l'adoption coparentale en particulier”* (§112), faisant dire à N. Hervieu¹⁸⁸, qu'elle a “franchi le Rubicon” en affirmant clairement l'égalité des couples hétérosexuels et homosexuels face aux missions parentales et éducatives.

Enfin, *“la Cour juge pertinente la thèse des requérants selon laquelle les familles de fait fondées sur un couple homosexuel sont une réalité que le droit ne reconnaît et ne protège pas. Elle constate que, contrairement à l'adoption monoparentale et à l'adoption conjointe, qui visent habituellement à créer des liens entre un enfant et un adoptant étrangers l'un à l'autre, l'adoption coparentale a pour objet de conférer au partenaire de l'un des parents de l'enfant des droits à l'égard de celui-ci. La Cour elle-même a fréquemment souligné l'importance que revêt la reconnaissance juridique des familles de fait”* (§145).

Selon N. Hervieu toujours, en soulignant *“l'existence de la famille de fait formée par les intéressés”* et *“l'importance qu'il y a pour eux à en obtenir la reconnaissance juridique”* (§146), *“la Grande Chambre en vient même à fragiliser l'interdiction de toute adoption coparentale, car cette opération permet de consacrer officiellement l'existence juridique d'une famille homoparentale déjà constituée”*.

c) Les conditions d'accès à l'AMP :

- Le droit de devenir parent génétique : CEDH, arrêt du 4 décembre 2007, gr. ch., Dickson c/ R.U, n°44362/04

Dans un arrêt du 4 décembre 2007, la Cour européenne a jugé que le refus des autorités britanniques d'autoriser le recours à une insémination artificielle pour un couple dont le mari, détenu, purgeait une peine perpétuelle pour meurtre, constituait une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale des requérants, un détenu continuant de jouir de tous les droits garantis par la Convention, à l'exception du droit à la liberté. La détention ne peut donc emporter automatiquement perte du droit au respect de la décision de devenir parents génétiques.

¹⁸⁸ Art. préc.

Elle a notamment énoncé :

“66. La Cour estime que l'article 8 est applicable aux griefs des requérants en ce que le refus de l'insémination artificielle concerne leur vie privée et familiale, ces notions incluant le droit au respect de leur décision de devenir parents génétiques (E.L.H. et P.B.H. c. Royaume-Uni, nos 32094/96 et 32568/96, décision de la Commission du 22 octobre 1997, DR 91-B, p. 61, Kalachnikov c. Russie (déc.), n°47095/99, CEDH 2001-XI, Aliev c. Ukraine, n°41220/98, §§ 187-189, 29 avril 2003, et Evans c. Royaume-Uni [GC], n°6339/05, §§ 71-72, CEDH 2007-I)”.

Et : “lorsqu'un aspect particulièrement important de l'existence ou de l'identité d'un individu se trouve en jeu (tel que le choix de devenir un parent génétique), la marge d'appréciation laissée à l'Etat est en général restreinte” (§78).

- Le droit des couples à concevoir un enfant et à recourir à l'AMP : CEDH, gr. ch. arrêt du 3 novembre 2011, S.H. c/Autriche, n°57813/00

La Cour européenne des droits de l'homme a, le 3 novembre 2011, estimé que les Etats bénéficiaient d'une ample marge d'appréciation sur ce sujet, notamment au regard des “*déliçates interrogations d'ordre moral et éthiques*” que suscite la fécondation *in vitro*.

Les requérants, deux couples mariés de nationalité autrichienne, alléguaient que les dispositions de la loi autrichienne sur la procréation artificielle prohibant la fécondation *in vitro* avec don de gamètes, seule technique médicale qui leur aurait permis de concevoir un enfant, emportaient violation de leurs droits au titre de l'article 8 de la Convention pris isolément et combiné avec l'article 14.

Pour ces deux couples, seule la fécondation *in vitro* avec recours aux gamètes d'un tiers était envisageable, alors que la loi autrichienne n'autorise que le recours aux techniques homologues (utilisation de gamètes issus du couple) et, à titre exceptionnel, l'insémination avec don de sperme. Ils soutenaient donc que l'interdiction de la fécondation *in vitro* avec don de gamètes résultant de la loi autrichienne constituait une atteinte au droit au respect de la vie familiale garanti par l'article 8 et que la différence de traitement par rapport aux couples n'ayant pas besoin de don de gamètes était discriminatoire au sens de l'article 14.

La Cour a considéré qu'il y avait lieu d'accorder à l'Autriche une ample marge d'appréciation et que le législateur autrichien n'avait pas interdit totalement la procréation artificielle puisqu'il avait autorisé les techniques homologues et le don de sperme à des fins de fécondation *in vivo*. Elle a précisé :

- *“le droit des couples à concevoir un enfant et à recourir pour ce faire à la procréation médicalement assistée relève de la protection de l'article 8, pareil choix constituant une forme d'expression de la vie privée et familiale” (§82) ;*
- *“la cour observe 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 assistées 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 (voir, mutatis mutandis, A, B et C c. Irlande, précité, §239)” (§ 114).*

La Cour conclut que ni l'interdiction du don d'ovules à des fins de procréation artificielle ni la prohibition du don de sperme à des fins de fécondation in vitro posées par l'article 3 de la loi sur la procréation artificielle n'ont excédé la marge d'appréciation dont le législateur autrichien disposait, ajoutant toutefois 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 (Christine Goodwin, précité, § 74 ; et Stafford c. Royaume-Uni [GC], n°46295/99, § 68, CEDH 2002-IV)”.

P. Murat¹⁸⁹ en déduit que *“la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme prône désormais le recours au tourisme procréatif pour contourner les interdictions nationales en matière d'AMP”.*

I. Corpart¹⁹⁰ observe également que *“faute de pouvoir oeuvrer efficacement à une harmonisation des législations nationales, les juges de la Cour européenne des droits de l'homme ont tiré parti de cette disparité : plutôt que de condamner l'Autriche, laquelle refuse toute fécondation in vitro qui n'est pas pratiquée avec les gamètes du couple, ils ont encouragé les demandeurs à s'adresser à un autre pays rendant accessibles des gamètes de donneurs”.*

d) Les conséquences de cette jurisprudence et de la loi du 17 mai 2013 sur le dispositif français d'AMP : le point de vue de la doctrine

La jurisprudence de la CEDH en matière de non-discrimination fait dire à certains auteurs que les couples homosexuels devront, en France, bénéficier de l'accès à l'AMP :

¹⁸⁹ *J.-Cl. Civil*, précité, n°81

¹⁹⁰ “Tourisme et procréation médicalement assistée : quelles répercussions sur la filiation et l'état civil ?”, à paraître, préc.

G. Champenois¹⁹¹ expose ainsi : *“La Cour EDH a récemment condamné l’Autriche qui avait admis l’adoption de l’enfant du compagnon pour les concubins hétérosexuels mais en excluant les concubins homosexuels. La Cour européenne y a vu une discrimination non justifiée fondée sur le sexe (violation des articles 8 et 14 de la convention). Il nous paraît vraisemblable qu’elle tienne le même langage à la France, qui refuse l’IAD aux couples mariés de femmes lesbiennes tout à l’accordant aux couples hétérosexuels mariés et non mariés..., en disant en substance ceci : « vous n’étiez pas obligés d’admettre le mariage homosexuel – aucune norme supra législative ne contraignait le législateur français – mais, puisque vous l’avez admis, vous ne pouvez pas faire produire au mariage des effets différents selon que les époux sont de sexe différent ou de même sexe (en ce sens, le nouvel article 6-1 du Code civil mériterait d’être soumis à un contrôle de conventionnalité). Cette différence de traitement est une discrimination ».*

Selon B. de Boysson¹⁹², la Cour européenne des droits de l’homme *“a récemment indiqué dans l’arrêt GAS et Dubois que l’AMP pouvait être réservée aux couples de sexe différent. Mais c’était avant la réforme du mariage, qui pourrait tout changer ! Pour le comprendre, il faut se souvenir que le raisonnement de la Cour est méthodologiquement différent de celui d’un juriste interne puisqu’elle part du présumé selon lequel le traitement entre individus quels qu’ils soient doit être a priori identique. C’est à l’État qui entend défendre une différence de traitement - spontanément vue comme suspecte - de démontrer que celle-ci repose sur une différence objective de situation. Dans ce cadre, la Cour n’admet aucune différence de traitement pour des personnes bénéficiant d’un même statut de droit. Concrètement, des époux, quels qu’ils soient, doivent avoir les mêmes droits puisqu’ils sont placés dans le même statut. Les époux hétérosexuels bénéficiant de l’AMP, les époux homosexuels devront en bénéficier aussi. M. Javier Borrego-Borrego, juge espagnol à la Cour EDH de 2003-2008 l’a affirmé sans détours”.*

Ph. Malaurie, J. Borrego-Borrego, et P-O. Koubi-Flotte¹⁹³ estiment en effet qu’*“en vertu de la jurisprudence de la CEDH, le mariage des personnes de même sexe emporte automatiquement l’accès à l’AMP” : “Par le simple vote de l’Article 1^{er} du projet de loi « ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe », la France, sans autre article ni débat nécessaire, instaure l’adoption, simple et plénière, des enfants par des personnes de même sexe. En effet, la loi française permet*

¹⁹¹ “L’adoption et la loi du 17 mai 2013”, *Defrénois*, 15 juillet 2013 n°13-14, p. 731

¹⁹² “L’assistance médicale à la procréation pour les couples homosexuels : quelles perspectives ?”, *Dr. famille* n° 7, Juillet 2013, dossier 25

¹⁹³ “Le projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe et la Cour Européenne des Droits de l’Homme - L’angle mort du projet de loi”, article disponible sur le site <http://www.denfs.fr>

l'adoption par deux époux ou l'adoption de l'enfant du conjoint, ce qui concernera automatiquement les époux et l'enfant du conjoint de même sexe.

En outre, en raison de la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme, accepter le mariage de deux personnes de même sexe entraînera, sans débat ni vote au Parlement, l'accès à l'assistance médicale à la procréation pour les couples de femmes mariées. La gestation pour autrui est également prévisible à court ou moyen terme.

La CEDH, en effet, admet que certaines prérogatives soient réservées aux couples mariés par rapport aux couples non mariés, en raison de la différence de statut.

En revanche la Cour n'accepte pas, au sein d'un même statut, de différences entre les couples de même sexe ou les couples de sexe différent. Cela signifie que, dès lors que deux femmes seront mariées, elles devront avoir accès à la PMA comme les couples mariés homme/femme”.

F. Dekeuwer-Défossez¹⁹⁴ évoque également la “pression” risquant de venir de la Cour de Strasbourg : *“Sans doute n'a-t-elle pas encore rendu de décision sur ce point précis, mais en matière d'adoption, elle exige d'ores et déjà un traitement strictement identique des couples de même sexe et de sexes différents. Il est plus que vraisemblable qu'un jour ou l'autre, elle estimera discriminatoire de refuser aux couples de même sexe mariés l'accès à la PMA. Le fait qu'elle ait relevé explicitement dans un tout récent arrêt (CEDH, 19 févr. 2013, aff. 19010/07, X c/ Autriche, RLDC 2013/104, n° 5090) l'aptitude équivalente des couples de même sexe et de sexes différents à élever un enfant est un indice explicite en ce sens. La circonstance que plusieurs pays européens autorisent ces pratiques pèsera lourd dans la formation de l'opinion de la Cour, et la convaincra probablement qu'il n'y a pas de raison sérieuse justifiant la différence de traitement entre couples mariés de même sexe et de sexes différents au regard de la PMA”.*¹⁹⁵

Pour Julie Ferrero¹⁹⁶ également, *“il apparaît donc clairement, à la lecture de la jurisprudence de la Cour, que le dernier obstacle à l'égalité totale des couples homosexuels et hétérosexuels, dans leurs droits familiaux en général, et dans leurs droits parentaux en particulier, reste le mariage. C'est précisément ce dernier bastion de la justification d'un traitement inégalitaire en matière de filiation que fait tomber la nouvelle loi française sur le mariage pour tous, plaçant dorénavant sur un*

¹⁹⁴ “Le mariage des couples de même sexe est le cheval de Troie de leur accès à la parenté”, *RLDC*, juin 2013, p. 40

¹⁹⁵ On observera que F. Dekeuwer-Défossez ajoutait, s'agissant de la gestation pour autrui : *“la gestation pour autrui (GPA) pose d'autres problèmes, notamment au regard de la dignité de la gestatrice, de la réification de l'enfant objet de la convention, et des risques de marchandisation de la vie humaine. Il y a donc moins de probabilités de se voir condamner par la Cour européenne de sauvegarde des droits de l'Homme, tout au moins dans un avenir proche”.*

¹⁹⁶ “L'homoparentalité devant la CEDH : éventuelles répercussions de la loi française ouvrant le mariage aux couples de même sexe”, *Rec. Dalloz* 2013 p. 1286

pied d'égalité juridique les couples hétérosexuels et homosexuels. Sans se livrer à un périlleux exercice de prédiction, il ne fait aucun doute que la nouvelle situation des couples homosexuels mariés en France devra, aux yeux de la Cour, impliquer leur égalité pleine et entière avec les époux hétérosexuels dans l'ensemble des droits découlant de leur union".

Elle s'interroge en conséquence *"sur la conformité à la Convention du silence de la législation française sur l'accès à la PMA des couples homosexuels, bien que la Cour n'ait pas eu à ce jour à se prononcer directement sur cette question".*

C - L'intention du législateur du 17 mai 2013.

Certains commentateurs de la loi du 17 mai 2013 ont estimé, en l'approuvant ou au contraire en le déplorant, qu'elle conduisait inéluctablement à valider les PMA pratiquées à l'étranger :

F. Dekeuwer-Défossez¹⁹⁷ exposait ainsi : *"cette réforme en apparence mineure aboutit à avaliser les pratiques d'assistance médicale à la procréation en faveur de femmes célibataires, actuellement refusées par la France. En effet, c'est en cas d'insémination artificielle subie à l'étranger que se pose en pratique la question de l'adoption par la compagne de la mère. Même si, pour le moment, il n'est pas envisagé de revenir sur les restrictions à l'accès à l'assistance médicale à la procréation qui ont été confirmées par la loi du 7 juillet 2011 [...], il est certain qu'à terme, la réforme de l'adoption simple, qui semblait limitée, imposera celle de l'assistance médicale à la procréation. Il faudra répudier l'analyse actuelle de l'assistance médicale à la procréation comme thérapeutique de la stérilité d'un couple, et admettre qu'il s'agit d'un mode alternatif de procréation. Se posera, dès lors, la question des limites à apporter à l'accès à ces techniques. Les restrictions actuelles, tirées par exemple de l'âge de la mère, devront être réévaluées et il sera très difficile de s'opposer à l'assistance médicale à la procréation "de convenance". C'est toute la conception française de l'assistance médicale à la procréation qui devra donc être repensée".*

Après l'adoption de la loi, elle ajoutait qu'une "pression" allait s'exercer sur le législateur, car il était *"parfaitement hypocrite d'autoriser l'adoption par une épouse des enfants de l'autre sans s'interroger sur le fait que ces enfants [étaient] le fruit d'inséminations avec donneur pratiquées à l'étranger"* et car cela constituait *"une véritable discrimination financière à l'encontre des couples de lesbiennes les moins riches"*¹⁹⁸.

¹⁹⁷ "L'extension du mariage et de la filiation aux couples de même sexe : tsunami annoncé en droit de la famille", *RLDCiv.* novembre 2012, p. 55 et suiv.

¹⁹⁸ Art. préc.

B. de Boysson¹⁹⁹ relève *“l’ineffectivité du cadre légal”* :

“Des couples, parfois même des célibataires, franchissent désormais régulièrement nos frontières pour aller bénéficier à l’étranger d’une assistance médicale qu’ils ne trouvent pas en France. Ils y reviennent avec un enfant, sommant la loi de prendre acte de son existence et de le protéger. Parmi les 30 000 enfants qui existeraient déjà dans des familles homosexuelles en France, un grand nombre serait issu d’un tel “passage en force”.

Or l’acceptation par la réforme de l’adoption coparentale, c’est-à-dire celle de l’enfant de son conjoint, au sein des couples de même sexe conduira nécessairement à donner plein effet à ces situations créées en dehors des conditions légales françaises. Ce faisant, deux conclusions résultent de ce que l’AMP irrégulièrement pratiquée débouche sur une situation légale régulière. D’une part, il n’y a plus aucune raison pour les couples concernés de s’en priver. D’autre part, le maintien d’une prohibition devient inutile tant il est délicat, pour un même effet légal, d’admettre implicitement l’AMP pratiquée à l’étranger et de refuser explicitement celle pratiquée en France dans des conditions plus simples. D’ailleurs, les couples pénalisés sont les plus pauvres, ce qui est assez injuste”.

D’autres soulignent qu’en tout état de cause, l’intention du législateur a été de permettre l’adoption des enfants issus de PMA réalisées à l’étranger :

Pour H. Fulchiron²⁰⁰, empêcher l’intégration de l’enfant *“par adoption dans la famille au sein de laquelle il vit paraît d’autant plus contestable que le législateur de 2013, tout en refusant l’ouverture des PMA aux couples de femmes seules, n’a cessé de dire que l’accès à l’adoption allait permettre de « sécuriser » la situation des enfants et de leur famille : or de quels enfants, de quelles familles s’agit-il, sinon celles qui, par définition, se sont constituées, en France ou à l’étranger, en marge de la loi ?”*

Pour S. Bollée, A.-M. Leroyer et E. Pataut²⁰¹, *“au moment d’autoriser l’adoption de l’enfant par le conjoint de même sexe, il n’avait échappé à personne que, dans les couples de femmes, les enfants concernés seraient le plus souvent issus d’une assistance médicale à la procréation pratiquée à l’étranger. Cet aspect précis a été au cœur des débats au Parlement, et certains parlementaires avaient du reste présenté un amendement visant à interdire l’adoption de l’enfant du conjoint dans les hypothèses où il aurait été conçu par le recours à une technique de procréation médicale assistée ne respectant pas les exigences de la loi française. Or, significativement, cet amendement a été rejeté. C’est dire que le législateur a choisi*

¹⁹⁹ Art. préc.

²⁰⁰ art. préc.

²⁰¹ art. préc.

de ne pas adopter une attitude d'hostilité à l'égard des femmes allant chercher à l'étranger ce qu'elles ne peuvent obtenir en France : la possibilité de devenir mère, dans l'idée de décliner ensuite le mot au pluriel”.

L'examen des travaux préparatoires²⁰² montre que la question a été très présente (alors même que l'AMP ne faisait pas partie du périmètre du texte) et qu'elle a suscité d'importants débats, les tenants de la légalisation de la PMA pour les femmes relevant l'hypocrisie du dispositif actuel, qui “encourage le contournement de la loi française”, les opposants au texte la percevant au contraire comme un “cheval de Troie” ouvrant l'accès à la PMA aux couples de femmes²⁰³.

Parmi les nombreux extraits, on peut notamment citer :

M. E. Binet, rapporteur (favorable à l'ouverture de l'assistance médicale à la procréation aux couples de femmes) : *“chacun sait qu'une forte proportion des enfants de conjoints qui seront adoptés au sein des couples de femmes sera en réalité issue d'une AMP réalisée à l'étranger. [...] En conséquence, en permettant aux femmes d'adopter l'enfant de leur conjointe, sans leur permettre de le concevoir en France dans le cadre légal de l'AMP, le projet de loi tolère, voire encourage, le contournement de la loi française. [...] Mme Laurence Brunet, professeur de droit privé à l'université Paris I Panthéon Sorbonne, a estimé que le projet de loi, en ne s'inquiétant « pas du tout de l'origine de l'enfant », jouait la « politique de l'autruche » et qu'il encouragerait les femmes lesbiennes à commettre une « fraude à la loi » en se rendant à l'étranger pour concevoir par AMP un enfant qui sera, ensuite, adopté par l'épouse de celle qui l'aura mis au monde. M. Robert Wintemute, professeur au King's College de Londres, a, quant à lui, utilisé le terme d'« hypocrisie » au sujet de l'absence de l'ouverture de l'AMP aux couples de personnes de même sexe dans le présent projet de loi : « Deux femmes auront le droit de se marier en France, et l'épouse de la mère aura le droit de proposer l'adoption de l'enfant de la mère après sa naissance en France, mais la mère sera obligée d'aller à l'étranger (par exemple, en Belgique, en Espagne, ou au Royaume-Uni) pour se faire inséminer légalement »²⁰⁴.*

“M. Aubert a dit – peut-être était-ce un mot malheureux de sa part – que les couples qui allaient à l'étranger concevoir un enfant avec le recours à l'AMP étaient dans l'illégalité. Non, ils ne sont pas dans l'illégalité. Ils prennent le Thalys, il n'y a rien de plus simple, ou ils vont en Espagne, rien n'est moins compliqué. Ils ne sont pas en situation d'illégalité, c'est important de le dire. J'en profite pour

²⁰² V. la note de Vanessa Norguin (S.D.E.R) relative à l'étude des travaux préparatoires de la loi n°2013-404 du 17 mai 2013

²⁰³ Assemblée nationale - 1^{re} séance du 1^{er} févr. 2013, p. 743, Mme Catherine Vautrin : *“Par ailleurs, pourquoi sommes-nous si nombreux au moment d'aborder l'examen de l'article 1er ? Tout simplement, madame la garde des sceaux, parce que cet article est le socle de votre texte et, d'une certaine manière, le sésame : une fois l'article adopté et le principe du mariage accepté, c'est finalement un cheval de Troie : et derrière, qu'y a-t-il ? l'adoption, la PMA et la GPA !”*

²⁰⁴ Rapport n°628 de M. Binet, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi (n° 344), ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 17 janv. 2013 (Tome I), p.94.

*préciser qu'ils sont très nombreux à traverser la frontière, au sud comme au nord, pour concevoir ces enfants. Je crois qu'ils sont près de 2 000 par an en Belgique".*²⁰⁵

Dans le même sens, Mme Meunier²⁰⁶ : *"Il y a ensuite une forme d'hypocrisie à valider par l'adoption intrafamiliale, permise par le présent projet de loi, les projets parentaux réalisés par AMP à l'étranger, sans permettre que ceux-ci puissent être réalisés en France. En d'autres termes, en permettant aux femmes d'adopter l'enfant de leur conjoint conçu à l'étranger via l'AMP, le projet de loi encourage le contournement de l'interdiction française".*

Mme Clergeau, rapporteure pour avis de la commission des affaires sociales²⁰⁷ : *"Votre rapporteure pour avis souhaite que l'AMP soit ouverte aux couples de femmes, au nom de l'égalité des droits entre couples homosexuels et hétérosexuels. Il y aurait en effet une forme d'hypocrisie à valider par l'adoption intraconjugale, permise par le présent projet de loi, les projets parentaux réalisés à l'étranger, sans permettre que ceux-ci puissent être réalisés en France [...]."*

En sens contraire :

M. Marseille²⁰⁸ : *"Le projet de loi étend aux couples de personnes de même sexe le bénéfice des dispositions relatives à l'adoption plénière – c'est l'article 345-1 du code civil –, qui prévoit que l'adoption plénière de l'enfant du conjoint est permise lorsque l'enfant n'a de filiation légalement établie qu'à l'égard de ce conjoint. Cette situation est celle dans laquelle va se trouver l'enfant conçu par un couple de femmes au moyen d'une PMA réalisée à l'étranger. Dans cette hypothèse, l'enfant voit sa filiation établie à l'égard de celle des deux femmes qui l'a mis au monde. La branche paternelle de sa filiation est donc vacante. Dès lors, en raison de l'anonymat du don de sperme, l'enfant peut être adopté, au sens de l'article 345-1 du code civil. Alors, quand bien même le projet de loi sur la filiation ne remettrait pas en cause l'altérité sexuelle comme condition d'accès à la PMA, le mécanisme de l'adoption permettrait aux couples qui le voudront et qui le pourront de contourner la loi".*

M. Ph. Bas²⁰⁹ : *"L'ouverture, par votre réforme, du droit d'adopter l'enfant de son conjoint de même sexe [...] constituera cependant une incitation supplémentaire à faire naître des enfants sans père, par assistance médicale à la procréation, dans des pays voisins du nôtre" ; "dans le cas de couples de femmes dont l'une aurait mis au monde un enfant après avoir bénéficié d'une assistance médicale à la procréation à l'étranger, cette implication conduit nécessairement à légaliser les effets de cette assistance médicale, puisque le texte permettra à l'épouse de la mère d'adopter l'enfant"*²¹⁰.

Et encore²¹¹ : *"Il me semble que le juge n'a pas, en effet, par principe, à vérifier systématiquement, lorsque le lien de filiation est établi à l'égard de l'un des deux adultes, comment ce lien de filiation s'est constitué, même si, dans la plupart des cas, cela ne l'empêchera pas de le savoir."*

²⁰⁵ Assemblée nationale - 1^{ère} séance du 3 février 2013, p.969.

²⁰⁶ Avis n° 435 (2012-2013) de Mme Michelle MEUNIER, fait au nom de la commission des affaires sociales, déposé au Sénat le 20 mars 2013, spéc. p. 50 et 51

²⁰⁷ Avis n°581 de Mme M.-F. Clergeau, fait au nom de la commission des affaires sociales, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 14 janv. 2013

²⁰⁸ Sénat - séance du 5 avr. 2013, p. 2778

²⁰⁹ Sénat - séance du 5 avr. 2013, p. 2834

²¹⁰ Sénat - séance du 9 avr. 2013, p. 2992

²¹¹ Sénat - Séance du 10 avr. 2013, p. 3117

Il est cependant un cas où le juge est tenu d'empêcher l'adoption de la manière la plus stricte : lorsqu'il existe un soupçon que l'enfant a été conçu à l'étranger par une mère porteuse, ce qui contrevient totalement à l'ordre public international français. Je rappelle d'ailleurs que le délit de recours à une mère porteuse s'applique directement aux deux adultes qui ont en quelque sorte « passé commande » de cet enfant à l'étranger.

La situation me paraît un peu différente s'agissant du recours à l'assistance médicale à la procréation. Je ne sais pas, mon cher collègue, ce que vous en pensez vous-même, mais, pour moi, le délit est alors constitué non par l'initiative des parents, mais par l'initiative du médecin qui aurait prêté son concours à l'assistance médicale à la procréation en France.

À supposer que l'enfant qui arrive dans le foyer de deux épouses soit le fils ou la fille de l'une d'elles et que cet enfant soit issu d'une assistance médicale à la procréation, quel que soit le lieu où elle est pratiquée – je précise ici la question de mon collègue Retailleau, madame la garde des sceaux –, il ne me semble pas que le juge soit tenu de vérifier l'origine de sa conception, en l'occurrence l'assistance médicale à la procréation, non plus que de s'opposer à l'adoption du seul fait que l'assistance médicale à la procréation pour deux femmes n'est pas reconnue en France. Je crois au contraire – et c'est la logique du texte – que la filiation de cet enfant à l'égard de sa mère sera pleinement reconnue.

Mais j'attends la réponse de Mme la garde des sceaux, en espérant qu'elle me dira que je me trompe”.

M. G. Longuet²¹² : *“La question implicitement posée par Philippe Bas concerne la surveillance de l'adoption d'enfants issus de ce que nous récusons, et que vous récusiez en cet instant, à savoir la PMA à l'étranger, qui n'est absolument pas placée sous le contrôle du conseil général. Je voulais faire ce rappel pour expliquer nos positions. Les juges vont, faute d'informations sur l'origine de l'enfant adopté, légitimer l'adoption d'un enfant qui sera le produit d'une procédure, à ce jour, délictuelle”.*

M. Ph. Gosselin²¹³ : *“en vertu d'un jeu de dominos juridiquement implacable, après le mariage et l'adoption c'est bien l'accès à la procréation médicalement assistée qui sera ouvert aux couples de femmes puis, en vertu de la non-discrimination des sexes, l'accès à la gestation pour autrui aux couples d'hommes”.*

M. M. Bécot²¹⁴ : *“Ce contournement de la loi française [...] est également le fait de couples de personnes de même sexe, qui ont recours à une PMA de convenance hors de France, par exemple en Belgique ou en Espagne. [...] Faire appel à des méthodes de procréation interdites en France constitue un détournement de notre loi ; cette attitude est inadmissible, car les enfants ainsi conçus sont délibérément privés d'une filiation paternelle ou maternelle, afin d'être adoptés par le compagnon ou la compagne de la mère ou du père biologique. En autorisant l'adoption par le compagnon ou la compagne du parent biologique d'un enfant issu d'une PMA ou d'une GPA pratiquée à l'étranger, nous ouvririons la porte à la légalisation de la PMA de convenance et de la GPA”.*

M. H. Mariton²¹⁵ : *“ce texte, s'il est promulgué, aura pour effet principal – incohérence constitutionnelle supplémentaire – de permettre la régularisation de situations créées à l'étranger et contraires à la loi française”.*

²¹² Sénat - Séance du 10 avr. 2013, p. 3118

²¹³ Assemblée nationale - 3e séance du 29 janv. 2013, p. 522

²¹⁴ Sénat - Séance du 10 avr. 2013, p. 3108

²¹⁵ Assemblée nationale - 1re séance du 17 avr. 2013, p. 4549

Des parlementaires ont présenté des amendements visant à interdire l'adoption de l'enfant du conjoint conçu dans le cadre d'une procréation médicalement assistée ne respectant pas les conditions posées par la législation française. Ces amendements, déposés en première lecture devant l'Assemblée Nationale²¹⁶, devant le Sénat²¹⁷, et en deuxième lecture devant l'Assemblée Nationale²¹⁸, ont été, à chaque fois, rejetés. D'autres amendements ont été présentés devant le Sénat, afin de permettre l'adoption de l'enfant du conjoint "quel que soit son mode de conception", mais ont été finalement retirés²¹⁹.

Dans un article récent²²⁰, J. Hauser déplore "*l'incohérence*" des "*législateurs de toutes tendances*" et propose de leur laisser "*le plaisir d'en subir les conséquences et d'en rendre compte aux citoyens*", estimant que la Cour de cassation "*n'a pas à faire le travail du législateur*".

Il poursuit : "*Au-delà, très concrètement, que faut-il répondre au notaire qui reçoit la visite, désormais fort fréquente, d'un couple de femmes, dont une a eu un enfant par recours à la PMA et qui, mariée avec sa compagne, souhaite que celle-ci puisse l'adopter. Faut-il rappeler que l'article L. 2141-1 du code de la santé publique inclut expressément dans la PMA « l'insémination artificielle », que L. 2141-2 du code de la santé publique suppose, pour que le recours à l'AMP soit légal, que l'infertilité du couple soit pathologique, qu'il s'agisse d'un homme et d'une femme, etc. Si l'on applique à cette hypothèse la jurisprudence précitée il faut refuser l'adoption puisqu'elle est bien, là aussi, le résultat d'une opération de PMA.*"

Comment va-t-on, en attendant une réforme, s'en sortir ? D'abord en conseillant au notaire d'indiquer aux parties de ne rien révéler sur les circonstances de la conception de l'enfant, puis de ne rien dire lui-même de précis, ce qui le mettrait en difficulté puisqu'on pourrait lui reprocher de conseiller un acte contraire à l'ordre public mais, en même temps, de ne pas occulter les risques, qui seront donc

²¹⁶ Amendements déposés sur le texte n° 628 : amendements n° 3281 (rejeté, cf. débats AN 3e séance 3 fév 2013, p.1054 et suiv), 4223, 4241, 4343, 4568, 4606, 4688, 5354 (rejetés) et 4236, 4335, 4562, 4644, 4656, 4750, 4755, 4776, 4778, 4810, 5120 (non soutenus).

²¹⁷ Amendements déposés sur le texte de la commission n° 438 : amendements n° 121 rect. bis, n° 164 rect, n° 166 rect, n° 202, n° 251; n° 231 rect., tous les six rejetés (Cf. Débats Sénat-séance du 10 avr. 2013, p. 3108).

²¹⁸ Amendements déposés sur le texte n° 922 : amendements n° 30, 3891, 2012, 2245 (rejetés, cf. débats AN 2e séance 18 avr. 2013, p. 4672) 932, 3269, 438, 743, 1082, 1219, 1239, 1586, 1626, 1858, 1932, 2559, 2753, 2801, 2846, 3125 et 3321 (non soutenus).

²¹⁹ Amendements déposés sur le texte de la commission n° 438 : amendements n° 238 et 239 retirés. Cf. Débats Sénat - séance du 10 avril 2013, p. 3107 : Il s'agit de "*prévoir aux articles 345-1 et 360 du code civil que l'adoption de l'enfant du conjoint peut et même doit être prononcée en tenant compte uniquement de l'intérêt supérieur de l'enfant (...), et non de son mode de conception*".

²²⁰ J. Hauser, "Des éléments essentiels du droit français (pour l'instant !) et de l'abrogation par désuétude", *RTD Civ.* 2014, n°2, 24 juillet 2014, p. 330

exposés de façon abstraite... Qui ne peut pas avoir honte de l'hypocrisie officielle d'une telle situation ?

Ensuite, en espérant que les parquets, saisis obligatoirement pour avis, voudront bien fermer les yeux (quel est l'avis du Conseil constitutionnel sur l'égalité devant la loi dans un tel cas ? Mais il est vrai qu'il ne s'agit « que » d'un problème de société... !), mais tous, apparemment, ne les ferment pas (AJ fam. 2014. 145)”.

Depuis le vote de la loi et sans attendre l'avis du Comité consultatif national d'éthique (CCNE) sur la procréation médicalement assistée²²¹, plusieurs propositions de loi ont été déposées.

Ainsi, une proposition de loi n°1683 a été enregistrée le 8 janvier 2014 à la présidence de l'Assemblée nationale visant à interdire toute intervention médicale ayant pour but de concevoir un enfant à la demande de deux personnes de même sexe.

Cette proposition vise à insérer dans le code civil, à l'article 16-4, après l'alinéa 3 prévoyant l'interdiction du clonage, un alinéa interdisant de remettre en cause le caractère sexué de la reproduction humaine. Selon ses auteurs, “l'assistance médicale à la procréation doit rester une réponse à une stérilité médicale [...] ; Un enfant est nécessairement issu d'un homme et d'une femme et la loi doit garantir que cette nécessité ne sera jamais remise en cause. Ainsi, cette disposition renforcera l'interdit posé par l'alinéa 3 – car le clonage est une hypothèse de reproduction non sexuée – en l'étendant à toute autre technique. Il permettra également de garantir la sauvegarde de la logique qui commande l'encadrement de l'assistance médicale à la procréation depuis 1994.”

A l'inverse, deux propositions de loi (Sénat n°517 et AN n°1979) relatives à l'accès égalitaire pour toutes aux techniques d'assistance à la procréation ont été déposées les 7 et 28 mai 2014 afin de proposer que la filiation soit judiciairement reconnue pour la conjointe, partenaire de pacte civil ou personne vivant en concubinage, dans le cadre d'une procréation médicalement assistée pour un couple de femmes.

Selon ses auteurs, cette proposition de loi vise à mettre fin à une forme de discrimination envers les couples de femmes et à “sortir d'une certaine forme d'hypocrisie, de nombreux couples de femmes qui ont un projet parental commun ou de femmes seules, [ayant] recours à l'assistance médicale à la procréation dans les pays qui nous entourent”. L'article 5 de la proposition de loi prévoit que les frais engendrés par ces droits nouveaux ne seraient pas pris en charge par les organismes de sécurité sociale.

²²¹ V. J.-R. Binet, “PMA : l'avis devant soi”, *Dr. famille*, n°10, octobre 2013, repère 9

Parmi les propositions du rapport du groupe de travail "Filiation, origines, parentalité - Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle"²²², figure l'ouverture de l'accès à l'AMP aux couples de femmes :

"Au sein des couples de femmes françaises souhaitant avoir un enfant, l'insémination avec tiers donneur est la solution la plus souvent choisie. Les lesbiennes se rendent en nombre dans les pays voisins où le recours à l'AMP leur est autorisé, Belgique, Espagne, Pays Bas. Leur enfant, né en France, n'a qu'une mère légale, celle qui a accouché ; l'autre n'a aucune existence. En instituant l'adoption plénière de l'enfant du conjoint, la loi du 17 mai 2013 a permis à ces « mères sans droits » de faire reconnaître et sécuriser a posteriori le lien qui les unit à leur enfant. En revanche, comme la loi n'a pas autorisé l'accès à l'AMP pour les couples de femmes, elle a créé une situation doublement problématique. D'une part, deux femmes peuvent désormais devenir les deux mères légales d'un enfant né d'engendrement avec tiers donneur... mais à condition que l'insémination ait lieu chez nos voisins et pas chez nous, solution pour le moins hypocrite. D'autre part, dans ces cas, l'adoption de l'enfant par celle des deux femmes qui n'a pas accouché apparaît comme la procédure que notre nouveau droit juge adéquate pour établir son statut de mère. [...] L'hypocrisie du détour imposé par l'étranger et l'institution – pour les seules femmes lesbiennes – d'un nouvel usage de l'adoption en dehors des critères fondamentaux définissant celle-ci, affaiblit la cohérence, le sens et la portée de la nouvelle loi, au moment même où la France a assumé un changement symbolique majeur de son système de parenté, en instituant qu'un enfant peut avoir deux parents de même sexe".

Enfin, diverses questions écrites ont récemment été posées à Mme la Garde des Sceaux, ministre de la justice, relativement à l'adoption des enfants nés par AMP à l'étranger au sein des couples de femmes. Elles sont à ce jour sans réponse :

- Question écrite n° 51625 - Ministère de la Justice, JOAN du 11 mars 2014 :

"Mme Colette Capdevielle attire l'attention de Mme la garde des sceaux, ministre de la justice, à propos de difficultés liées à l'application de la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage et l'adoption aux couples de personnes de même sexe. Le code civil, qui fixe les règles relatives à la procédure d'adoption y compris concernant l'adoption de l'enfant du conjoint, autorise depuis la loi du 17 mai 2013 l'adoption pour les couples mariés de même sexe. Dès sa saisine, le tribunal de grande instance (TGI) dispose de six mois pour vérifier la réunion des conditions et la conformité de l'adoption à l'intérêt de l'enfant ; il rend sa décision après avis du ministère public, mais le TGI n'est pas lié par cet avis. Ainsi, lorsque le parquet émet un avis défavorable, le TGI a deux options : il peut statuer en suivant l'avis et refuser l'adoption, ou il peut aller à l'encontre de l'avis en décidant que l'adoption est conforme à l'intérêt de l'enfant.

Dans la pratique, il apparaît que certains parquets émettent un avis défavorable à l'adoption de l'enfant du conjoint, en se fondant sur le fait que l'enfant aurait été conçu par assistance médicale à la procréation (AMP) à l'étranger, alors même que cette pratique est très limitée en France, et réservée aux couples hétérosexuels. Le ministère public invoque le contournement de la loi française par ces couples pour établir la filiation maternelle, corrompant selon eux le lien juridique entre la mère et l'enfant, faisant ainsi obstacle à l'adoption. Or l'esprit de la loi consiste à sécuriser les familles dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Les débats parlementaires ont traduit la volonté du Gouvernement de proclamer l'égalité de tous les couples et de toutes les familles, mais ces interprétations différenciées

²²² Irène They présidente ; Anne-Marie Leroyer rapporteure, 2014, spéc. p. 147 et suiv.

de la loi par les parquets nuisent à son application. Dès lors, elle demande si le principe d'égalité, la sécurisation des familles et l'intérêt de l'enfant ne doivent pas primer sur un éventuel recours à l'AMP à l'étranger.

Elle souhaite savoir si la loi doit s'interpréter de façon à légaliser et sécuriser les situations de ces familles de plus en plus nombreuses, ou si le recours à l'AMP à l'étranger écarte d'office l'adoption de l'enfant du conjoint”.

- Question écrite n°52034 - Ministère de la Justice, JOAN du 18 mars 2014 :

“Mme Véronique Besse attire l'attention de Mme la garde des sceaux, ministre de la justice, sur la question de l'adoption d'enfants nés par PMA à l'étranger par des couples lesbiens. En effet, des informations ont révélé que le ministère de la Justice préparerait une note à l'attention des magistrats précisant de quelle manière doit être interprété le texte sur le mariage afin de permettre aux couples lesbiens l'adoption d'enfants nés par PMA à l'étranger. La ministre a depuis démenti ces informations. La fabrication d'un enfant privé délibérément d'une partie de sa filiation réalise un détournement de l'institution de l'adoption. L'adoption a en effet pour raison d'être de donner une famille à un enfant privé de la sienne, et non de fabriquer un enfant adoptable pour le donner à une famille demandeuse. Le fait que le candidat à l'adoption soit de même sexe ou non que le premier parent n'est pas en cause ici. Ce que le droit refuse, c'est de valider la fabrication d'un enfant délibérément privé d'une branche de sa filiation pour être rendu adoptable. Or un enfant issu d'une insémination avec donneur est lui aussi délibérément conçu de manière à être rendu adoptable.

L'adoption ne peut donc, ni ne doit, être envisagée. Le Conseil constitutionnel, dans sa décision relative à la loi sur le mariage, a reconnu que le fait d'aller à l'étranger recourir à la PMA ou la GPA, en fraude à la loi française pour demander ensuite l'adoption en France, constituait un détournement de la loi (décision n°2013-669 DC du 17 mai 2013). Dans le cas contraire, qu'on le veuille ou non, cela reviendrait à la légaliser. À ce sujet, la circulaire Taubira sur la nationalité des enfants nés à l'étranger par GPA constitue une brèche significative et dangereuse vers sa légalisation en France. On ne peut pas être contre une pratique et valider sur le territoire français les effets juridiques de son recours à l'étranger. En conséquence, elle lui demande si elle confirme renoncer à vouloir influencer les magistrats pour ce type de délibération”.

- Question écrite n°59250 - Ministère de la Justice, JOAN du 8 juillet 2014 :

“Mme Chantal Guittet attire l'attention de Mme la garde des sceaux, ministre de la justice, sur les difficultés rencontrées par les couples de femmes mariées dont l'une d'elle souhaite adopter l'enfant biologique de son épouse issu d'une PMA. Lorsqu'aucune autre filiation n'est légalement établie à l'égard de l'enfant, la loi du 17 mai 2013 autorise l'adoption plénière de celui-ci par le conjoint. Ainsi, c'est le TGI de Lille qui a autorisé la première adoption plénière d'un enfant par l'épouse de sa mère, enfant issu d'une AMP avec tiers donneur pratiquée en Belgique par le couple.

Cette loi ne reçoit cependant pas la même application dans toutes les juridictions : le tribunal de grande instance de Versailles a, le 29 avril 2014, rendu la première décision refusant d'accorder l'adoption "en raison des circonstances ayant présidé à la conception de l'enfant". Or il n'existe aucun texte interdisant la PMA aux couples de femmes qui sont libres de circuler en Europe.

Ces jurisprudences discordantes nuisent à la sécurité juridique et les juridictions sont accusées de prendre des décisions politiques et non pas juridiques. C'est la raison pour laquelle elle lui demande quelles mesures sont envisagées afin de répondre à l'incompréhension et l'inquiétude de ces familles”.

*

* *

Si l'on tente une synthèse de tous ces éléments, quelles sont les solutions envisageables ? La formation pour avis de la Cour de cassation pourrait tout d'abord estimer la demande d'avis irrecevable car mélangée de fait, l'intérêt de l'enfant et le droit au respect de la vie privée et familiale, tels qu'interprétés par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, étant des notions de fait. Sur le fond, plusieurs pistes semblent se dessiner :

1° Dans une première approche, elle pourrait décider que le fait, pour un couple de femmes, de recourir à l'étranger à une insémination artificielle avec donneur anonyme, alors que celle-ci est réservée en France aux couples composés d'un homme et d'une femme et aux hypothèses d'infertilité médicalement constatée, constitue une fraude à la loi faisant obstacle au prononcé de l'adoption, qui est alors "l'ultime phase d'un processus d'ensemble"²²³ destiné à échapper aux prohibitions de la loi française. Une telle réponse serait fondée sur le respect des interdits posés par la loi française, lesquels n'ont pas, à ce jour, été levés par le législateur.

2° Dans une deuxième approche, elle pourrait estimer que, bien qu'une fraude à la loi soit constituée, celle-ci n'est pas d'une gravité telle qu'elle empêche le prononcé de l'adoption, en l'absence de violation de "principes essentiels" du droit français. Cette réponse tirerait les conséquences de la loi n°2013-404 du 17 mai 2013 qui, en ouvrant l'adoption aux couples de même sexe, a permis l'établissement de la filiation à l'égard de deux personnes de même sexe. Elle reposerait également sur la distinction entre, d'une part, l'assistance médicale à la procréation, technique médicale en elle-même autorisée en France et dont le contrôle des conditions de mise en oeuvre relève des médecins, d'autre part, la convention de gestation pour autrui, qui est frappée d'une nullité d'ordre public et porte atteinte, en l'état du droit positif, aux principes essentiels du droit français. Les degrés dans l'atteinte à l'ordre public familial justifieraient un traitement différencié de l'insémination artificielle avec donneur et de la gestation pour autrui.

3° Une troisième réponse consisterait à écarter toute fraude à la loi, dans une conception stricte de la fraude, en l'absence de modification d'un critère de rattachement de la règle de conflit de lois. Le recours à l'assistance médicale à la procréation sous la forme d'une insémination artificielle avec donneur anonyme par

²²³ Pour reprendre les termes de l'arrêt d'Assemblée plénière du 31 mai 1991 (Ass. plén., 31 mai 1991, pourvoi n°90-20.105, *Bull.* 1991, Ass. plén., n°4) relatif à la gestation pour autrui

un couple de femmes ne serait pas qualifié de fraude à la loi, ce qui exclurait qu'il puisse faire obstacle au prononcé de l'adoption de l'enfant par la conjointe de la mère.