

N° S1616455

Décision attaquée : 24 mars 2016 de la cour d'appel de Dijon

M Rémy X...

C/

PG près la Cour d'appel de Dijon

rapporteur : Rachel.Le-Cotty

RAPPORT

| |
|---|
| Déclaration de pourvoi : 29 avril 2016 MA : 6 octobre 2016 signifié le 11 octobre 2016 Article 700 : pas de demande MD : 18 octobre 2016 signifié le même jour Article 700 : pas de demande |
|---|

Gestation pour autrui - adoption de l'enfant par l'époux du père - intérêt supérieur de l'enfant - vie privée et familiale - consentement de la mère biologique.

1 - Rappel des faits et de la procédure

L'enfant M... Y... est né le... à Victorville (Californie, USA) après que M. Y..., son père, ait conclu une convention de gestation pour autrui (GPA) avec Mme Z..., de nationalité américaine. Il a été reconnu par Mme Z... et par M. Y....

Le 1^{er} novembre 2013, M. Y..., de nationalité française, a épousé, au Consulat de France à Sydney (Australie), M. X..., lui aussi de nationalité française, avec lequel il avait conclu un pacte civil de solidarité le...

Par requête du 3 juillet 2014, M. X... a saisi le tribunal de grande instance de Dijon aux fins d'adoption simple de M... Y....

Par jugement du 21 novembre 2014, le tribunal a rejeté la demande aux motifs que les éléments produits étaient insuffisants pour justifier de l'intérêt de l'enfant à voir prononcer son adoption, en l'absence de comparution à l'audience du requérant, que l'absence de rétractation du consentement de la mère à l'adoption n'était pas suffisamment établie et qu'en l'état des pièces du dossier, la question d'une éventuelle fraude à la loi ne pouvait être tranchée.

Sur appel de M. X..., la cour d'appel de Dijon a confirmé le jugement en toutes ses dispositions.

Après avoir exclu la fraude à la loi, elle a considéré que :

- le refus de faire droit à la demande d'adoption, en raison de la violation par M. Y... de la prohibition de la gestation pour autrui, ne portait pas une atteinte disproportionnée à l'intérêt de l'enfant et à ses droits ;
- le consentement initial de Mme Z..., "*dépourvu de toute dimension maternelle subjective ou psychique*", privait de portée juridique son consentement ultérieur à l'adoption de l'enfant dont elle avait accouché, "*un tel consentement ne pouvant s'entendre, sauf à représenter un détournement de la procédure d'adoption - et sachant que rien ne peut altérer le fait d'une maternité biologique -, que comme celui d'une mère à renoncer symboliquement et juridiquement à sa maternité dans toutes ses composantes et en particulier dans sa dimension subjective ou psychique*".

C'est l'arrêt attaqué par M. X....

2 - Analyse succincte des moyens

Premier moyen :

M. X... fait grief à l'arrêt de confirmer le jugement du tribunal de grande instance de Dijon du 21 novembre 2014 en toutes ses dispositions et, partant, de rejeter sa requête aux fins de voir, d'une part, prononcer à son profit l'adoption simple de M... Y..., d'autre part, dire que l'enfant portera le nom de X...-Y..., de troisième part, ordonner la transcription de la décision judiciaire sur les registres de l'état civil et, enfin, dire qu'il exercera conjointement l'autorité parentale sur M... alors,

1°/ que le refus de prononcer l'adoption simple d'un enfant, au seul motif qu'il serait né d'une gestation pour autrui, porte une atteinte disproportionnée au droit de l'enfant et de l'adoptant de ne pas être discriminés dans la jouissance de leur droit au respect de la vie privée et familiale ; qu'en retenant que le refus de prononcer l'adoption de M... Y... par Monsieur X..., en considération de la violation de la prohibition française de la gestation pour autrui par Monsieur Thierry Y..., ne portait pas une atteinte disproportionnée au droit de ne pas être discriminé dans la jouissance du droit au respect de la vie privée et familiale, au regard de la possibilité, en cas de décès de Monsieur Y..., de se voir nommé tuteur de l'enfant, de la circonstance que ce dernier pourrait venir à la succession de Monsieur X... en qualité de légataire en cas de décès et de l'exercice effectif par son père biologique de l'autorité parentale, la cour d'appel a violé les articles 16-7 et 16-9 du code civil et les articles 343 à 349 et 360 à 362 du même code, ainsi que les stipulations combinées des articles 8 et 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

2°/ qu'en tout état de cause, le refus de prononcer l'adoption simple d'un enfant, au seul motif qu'il serait né d'une gestation pour autrui, porte une atteinte disproportionnée au droit de l'enfant au respect de sa vie privée et familiale ; qu'en retenant que le refus de prononcer l'adoption de M... Y... par Monsieur X..., en considération de la violation de la prohibition française de la gestation pour autrui par Monsieur Thierry Y..., ne portait pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale, au regard de la possibilité, en cas de décès de Monsieur Y..., de se voir nommé tuteur de l'enfant, de la circonstance que ce dernier pourrait venir à la succession de Monsieur X... en qualité de légataire en cas de décès et de l'exercice effectif par son père biologique de l'autorité parentale, la cour d'appel a violé les articles 9, 16-7 et 16-9 du code civil et les articles 343 à 349 et 360 à 362 du même code, ensemble les stipulations combinées des articles 8 et 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentale ainsi que les stipulations de l'article 3 de la Convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant ;

3°/ qu'en toute hypothèse, le recours à la gestation pour autrui ne peut faire obstacle au prononcé de l'adoption, par l'époux du père biologique, de l'enfant né de cette procréation, dès lors que les conditions légales de l'adoption sont réunies et qu'elle est conforme à l'intérêt de l'enfant ; qu'en refusant de prononcer l'adoption simple sollicitée en raison de ce qu'un tel refus ne porterait pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale et au droit de ne pas être discriminé, en considération de la violation, par le père biologique de l'enfant, de la prohibition de la gestation pour autrui, quand il lui appartenait seulement de vérifier si les conditions légales de l'adoption étaient réunies et si celle-ci était conforme à l'intérêt de l'enfant, la cour d'appel a violé les articles 16-7 et 16-9 du code civil et les articles 343 à 349 et 360 à 362 du même code, ainsi que les stipulations combinées des articles 8 et 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Second moyen :

M. X... fait le même grief à l'arrêt alors,

1°/ que le motif inintelligible équivaut au défaut de motif ; qu'en retenant que « [le] consentement initial [de Madame Z...], dépourvu de toute dimension maternelle subjective ou psychique, prive de portée juridique son consentement ultérieur à l'adoption de l'enfant dont elle a accouché, un tel consentement ne pouvant s'entendre, sauf à représenter un détournement de la procédure d'adoption - et sachant que rien ne peut altérer le fait d'une maternité biologique-, que comme celui d'une mère à renoncer symboliquement et juridiquement à sa maternité dans toutes ses composantes et en particulier dans sa dimension subjective ou psychique », et en écartant ainsi par une pétition de principe les éléments de preuve produits par l'exposant établissant le consentement de la mère biologique à l'adoption, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

2°/ que, pour que soit prononcée l'adoption simple d'un enfant, il importe que les parents de naissance y aient valablement consenti ; qu'à supposer que la cour d'appel ait entendu retenir que le consentement de la mère porteuse à l'adoption de l'enfant se trouverait privé de toute portée juridique en raison de l'absence de toute « dimension maternelle subjective ou psychique » de son consentement initial à devenir « mère pour autrui », elle a ce faisant statué par des motifs inopérants et violé les articles 16-7, 16-9, 347 et 348 du code civil ;

3°/ qu'en tout état de cause, si l'un des deux parents de naissance est dans l'impossibilité de manifester sa volonté ou s'il a perdu ses droits d'autorité parentale, le consentement de l'autre parent à l'adoption simple de leur enfant suffit ; qu'à supposer que la cour d'appel ait entendu retenir qu'une mère porteuse doit être regardée comme ne pouvant pas, par principe, valablement exprimer son consentement à l'adoption de l'enfant dont elle a accouché, et en rejetant la demande d'adoption en raison de l'absence de consentement valable de la mère de l'enfant, quand elle relevait par ailleurs que le père biologique de l'enfant avait bien valablement exprimé son consentement, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences de ses propres constatations et a violé les articles 347 et 348 du code civil ;

4°/ qu'en toute hypothèse, même en l'absence de consentement de l'un des parents, l'adoption simple peut être prononcée si elle répond à l'intérêt supérieur de l'enfant et à son droit au respect de sa vie privée et familiale ; qu'à supposer que la cour d'appel ait entendu retenir qu'une mère porteuse doit être regardée comme ne pouvant pas, par principe, valablement exprimer son consentement à l'adoption de l'enfant à qui elle a donné naissance, mais que son consentement n'en demeure pas moins requis, quand elle constatait par ailleurs que Monsieur X... est reconnu comme l'un des « deux papas » de M... Y..., que celui-ci est parfaitement épanoui en raison de « l'attention et l'amour » qui lui sont prodigués, qu'il est d'ailleurs connu sous le nom de « X...-Y... » et que, par ailleurs, sa mère biologique « serait défaillante (ou tenue pour telle) pour exercer l'autorité parentale », de sorte qu'il était dans l'intérêt supérieur de l'enfant de prononcer l'adoption sollicitée, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences de ses propres constatations et a violé les articles 347 et 348 du code civil, l'article 3 de la Convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant et l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

3 - Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger

Le pourvoi pose la question inédite de l'adoption, par le conjoint du père, de l'enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger.

4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

4.1 - Les avis du 22 septembre 2014 et l'adoption de l'enfant né d'une PMA à l'étranger, par l'épouse de sa mère.

Par deux avis du 22 septembre 2014¹, la Cour de cassation a énoncé que : *“Le recours à l'assistance médicale à la procréation, sous la forme d'une insémination artificielle avec donneur anonyme à l'étranger, ne fait pas obstacle au prononcé de l'adoption, par l'épouse de la mère, de l'enfant né de cette procréation, dès lors que les conditions légales de l'adoption sont réunies et qu'elle est conforme à l'intérêt de l'enfant”*.

On sait qu'en droit français, l'adoption, qu'elle soit simple ou plénière, est réservée aux couples mariés ou aux personnes seules.

En ouvrant le mariage aux couples de même sexe, la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 a eu pour effet d'ouvrir à ces couples l'adoption conjointe d'un enfant comme l'adoption de l'enfant du conjoint, lesquelles étaient auparavant réservées aux couples mariés de sexe différent.

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 qu'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'adoption²).

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

*“1° Lorsque l'enfant n'a de filiation légalement établie qu'à l'égard de ce conjoint ;
1° bis Lorsque l'enfant a fait l'objet d'une adoption plénière par ce seul conjoint et n'a de filiation établie qu'à son égard ;
2° Lorsque l'autre parent que le conjoint s'est vu retirer totalement l'autorité parentale ;
3° Lorsque l'autre parent que le conjoint est décédé et n'a pas laissé d'ascendants au premier degré ou lorsque ceux-ci se sont manifestement désintéressés de l'enfant”*.

L'adoption de l'enfant du conjoint déroge en partie au droit commun³. En effet, aucune condition d'âge de l'adoptant n'est imposée. 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. Enfin, aucun agrément n'est requis.

¹ Avis de la Cour de cassation, n° 14-70.006, Bull. 2014, Avis, n° 6 et n° 14-70.007, Bull. 2014, Avis, n° 7.

² 1^{re} Civ., 20 février 2007, n° 06-15.647, Bull. n° 71 et n° 04-15.676, Bull. n° 70.

³ V. M. Schulz, C. Doublein et L. Nélias, “Droit et pratique de l'adoption”, éd. Berger-Levrault, 27 septembre 2013, n° 105.

En revanche, comme pour toute adoption d'un mineur, le consentement à l'adoption des père et mère est nécessaire (articles 348 et suivants du code civil). Il est donné devant un notaire ou devant les agents diplomatiques ou consulaires français. Il peut également être reçu par le service de l'aide sociale à l'enfance lorsque l'enfant lui a été remis (article 348-3, alinéa 1^{er}, du code civil).

Le consentement à l'adoption peut être rétracté pendant deux mois (article 348-3, alinéa 2, du code civil).

L'adoption plénière de l'enfant du conjoint laisse subsister sa filiation d'origine à l'égard de ce conjoint et de sa famille. Elle produit, pour le surplus, les effets d'une adoption plénière par deux époux (article 356, alinéa 2, du code civil).

Quant aux effets de l'adoption simple, l'article 365 du code civil prévoit que :

“L'adoptant est seul investi à l'égard de l'adopté de tous les droits d'autorité parentale, inclus celui de consentir au mariage de l'adopté, à moins qu'il ne soit le conjoint du père ou de la mère de l'adopté ; dans ce cas, l'adoptant a l'autorité parentale concurremment avec son conjoint, lequel en conserve seul l'exercice, sous réserve d'une déclaration conjointe avec l'adoptant adressée au directeur des services de greffe judiciaires du tribunal de grande instance aux fins d'un exercice en commun de cette autorité.

Les droits d'autorité parentale sont exercés par le ou les adoptants dans les conditions prévues par le chapitre Ier du titre IX du présent livre.

Les règles de l'administration légale et de la tutelle des mineurs s'appliquent à l'adopté”.

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 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 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.

Comme l'explique H. Bosse-Platière⁴, il 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 autrui⁵ [...]. 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 absolu⁶ [...].

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'enfant⁷.

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 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 poursuivis⁸.

⁴ *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

⁵ Ass. plén., 31 mai 1991, n° 90-20.105, Bull. n°4 ; 1^{re} Civ., 29 juin 1994, n° 92-13.563, Bull. 1994, I, n° 226 ; 1^{re} Civ., 9 décembre 2003, n° 01-03.927, Bull. n° 252.

⁶ 1^{re} Civ., 6 janvier 2004, n° 01-01.600, Bull. n° 2

⁷ V.1^{re} Civ., 7 mars 1989, n° 87-16.302, Bull. n° 112.

⁸ V. M. Schulz, C. Doublein et L. Nélias, “Droit et pratique de l'adoption”, préc. n° 124 et s.

Jusqu'à présent, les deux seules hypothèses dans lesquelles le juge avait à se préoccuper des conditions de conception de l'enfant, lors du prononcé de l'adoption, étaient la gestation pour autrui et l'inceste absolu.

Dans les deux cas, il s'agissait d'interdits résultant de dispositions expresses du code civil (articles 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, n° 09-66.486 et 10-19.053, Bull. n° 71 et 72)⁹ ou "*touchant aux valeurs fondamentales de la société et à l'essence même du lien de filiation*" pour l'inceste¹⁰.

Dans les deux cas, il s'agissait d'établir un lien de filiation que la loi ne permettait pas d'établir. En effet, à défaut d'accouchement de la mère d'intention, celle-ci ne pouvait établir sa maternité selon les dispositions du droit commun. La requête en adoption de l'enfant de son époux avait donc pour objet de créer artificiellement ce lien de filiation.

De même, en cas d'inceste absolu, l'adoption avait été 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, n° 01-01.600, Bull. n° 2).

Comme l'explique la note au rapport annuel relative aux avis du 22 septembre 2014, après l'entrée en vigueur de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013, les juridictions ont été saisies de demandes d'adoption, simple ou plénière, par l'épouse de la mère, de l'enfant de celle-ci.

Les juridictions du fond ont, dans leur grande majorité¹¹, prononcé l'adoption demandée dès lors que les conditions légales étaient réunies et qu'elle était conforme à l'intérêt de l'enfant.

Certaines juridictions ont toutefois estimé que, lorsque cet enfant était né à la suite d'une assistance médicale à la procréation réalisée à l'étranger, la femme ou le couple de femmes concerné avait commis une fraude à la loi qui justifiait que la demande d'adoption fût rejetée, celle-ci n'étant que l'étape ultime d'un processus d'ensemble destiné à échapper aux prohibitions de la loi française.

L'article L.2141-2 du code de la santé publique réserve en effet, sur le territoire national, l'assistance médicale à la procréation aux couples hétérosexuels souffrant

⁹ V. ci-dessous.

¹⁰ F. Granet-Lambrechts, *Dalloz Action*, Droit de la famille, 2010, n° 211.23

¹¹ plus de 95% selon les chiffres résultant d'une note de la direction des affaires civiles et du Sceau en date du 17 juillet 2014.

d'une infertilité médicalement diagnostiquée ou pour lesquels existe un risque de transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité.

Les juridictions d'Avignon et de Poitiers, saisies d'une demande d'adoption plénière d'un enfant par l'épouse de sa mère, ont estimé la question suffisamment sérieuse pour justifier la saisine de la Cour de cassation pour avis dans les termes suivants : *“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, dans la mesure où cette assistance ne leur est pas ouverte en France, conformément à l'article L.2141-2 du code de la santé publique, est-il de nature à constituer une fraude à la loi empêchant que soit prononcée une adoption de l'enfant né de cette procréation par l'épouse de la mère ?”*

Le tribunal de grande instance de Poitiers a ajouté une seconde question ainsi formulée: *“L'intérêt supérieur de l'enfant et le droit à la vie privée et familiale exigent-ils au contraire de faire droit à la demande d'adoption formulée par l'épouse de la mère de l'enfant?”*

La formation pour avis a considéré que la circonstance qu'un couple de femmes ait eu recours à l'étranger à une insémination artificielle avec donneur anonyme ne faisait pas obstacle au prononcé de l'adoption de l'enfant né de cette procréation par la conjointe de sa mère.

Elle a donc écarté l'existence d'une fraude à la loi : en effet, celle-ci impliquait, dans la violation de la norme, une certaine gravité qui ne pouvait être relevée en présence d'une insémination artificielle avec donneur anonyme au sein d'un couple de femmes à l'étranger, cette pratique médicale étant en elle-même autorisée bien qu'encadrée en France ; il en résultait qu'aucun principe essentiel du droit français, dont la violation aurait justifié que la fraude à la loi fût mobilisée, n'avait été méconnu.

En outre, la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 a permis, par l'adoption, l'établissement d'un lien de filiation entre un enfant et deux personnes de même sexe, sans restriction relative au mode de conception de celui-ci au regard des règles d'assistance médicale à la procréation. Ainsi, lors des travaux préparatoires, des amendements visant à interdire l'adoption de l'enfant du conjoint conçu par recours à une assistance médicale à la procréation ne respectant pas les conditions posées par la législation française avaient été rejetés.

La Cour de cassation a rappelé que, conformément à l'article 353 du code civil et aux engagements internationaux de la France, l'adoption ne pouvait être prononcée que si les conditions légales étaient remplies et si elle était conforme à l'intérêt de l'enfant.

Ces avis ne portaient toutefois que sur la procréation médicalement assistée (PMA) et non sur la gestation pour autrui (GPA), alors que ces deux modes de conception de l'enfant sont très différents et ne reposent pas sur les mêmes interdits.

Comme le résume H. Fulchiron¹², *“la force des interdits violés n'a rien de comparable. Le rejet de l'adoption post PMA était fondé sur le refus d'une filiation monosexuée ; or, celui-ci a perdu une grande part de sa force avec l'ouverture en 2013 de « l'adoption pour tous ». Reste la conception « médicale » de la PMA : mais, on est loin d'un principe structurant pour la société française. La prohibition de la GPA, au contraire, repose sur deux principes essentiels du droit français, l'indisponibilité du corps humain et l'indisponibilité de l'état des personnes, auxquels il conviendrait d'ajouter le respect de la dignité de la femme”*.

En outre, l'adoption de l'enfant, dans l'hypothèse d'une gestation pour autrui, serait en contradiction avec l'arrêt de l'Assemblée plénière du 31 mai 1991, dans lequel la Cour de cassation a énoncé que l'adoption de l'enfant par la mère d'intention ne pouvait être prononcée, cette adoption n'étant que l'ultime phase du processus d'ensemble qui constituait un détournement de l'institution de l'adoption.

Afin de mesurer la portée d'une telle évolution, il paraît nécessaire de revenir sur la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de gestation pour autrui.

4.2 - La jurisprudence de la Cour de cassation en matière de gestation pour autrui.

Afin de bien comprendre les enjeux du pourvoi, on rappellera l'évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation au cours des 25 dernières années.

a) L'arrêt fondateur du 31 mai 1991

L'arrêt fondateur, qui a précédé l'intervention du législateur et fixé la jurisprudence, est l'arrêt d'Assemblée plénière du 31 mai 1991¹³. Dans cet arrêt, la Cour de cassation a énoncé que la convention par laquelle la femme s'engageait, fût-ce à titre gratuit, à concevoir un enfant pour l'abandonner à sa naissance, contrevenait *“tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes”*.

¹² *“Refus de l'adoption par le mari de son père d'un enfant né grâce à une mère porteuse”*, Dr. famille, juillet 2016, comm. 137.

¹³ Ass. Plén., 31 mai 1991, n° 90-20.105, Bull. n° 4.

Elle en a déduit que l'adoption de l'enfant par la mère d'intention, épouse du père, ne pouvait être prononcée, cette adoption n'étant que l'ultime phase du processus d'ensemble, qui constituait un détournement de l'institution de l'adoption.

Le Conseil d'État avait adopté une position similaire, dans un arrêt du 22 janvier 1988, dans lequel il avait refusé l'inscription au registre des associations d'une association (association "*Les Cigognes*") créée pour aider des couples infertiles à concevoir un enfant. Dans les conclusions du commissaire du gouvernement, Bernard Stirn, sous cet arrêt, on peut lire que la gestation pour autrui "*aliène le corps de la mère et dispose entièrement de celui de l'enfant*"¹⁴.

Consacrant l'arrêt de principe du 31 mai 1991, la loi bioéthique du 29 juillet 1994 a inséré dans le code civil l'article 16-7 aux termes duquel : "*Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle*".

L'article 16-9 du même code précise que cette disposition est d'ordre public.

La prohibition civile est par ailleurs renforcée par un volet répressif aux articles 227-12 et 227-13 du code pénal¹⁵. On sait toutefois que ces dispositions ne s'appliquent pas lorsque les faits ont été commis dans un Etat où ils ne sont pas sanctionnés pénalement (article 113-6 du code pénal), ce qui avait justifié le non-lieu dans l'affaire A..., qui sera évoquée ci-dessous¹⁶.

¹⁴ B. Stirn, concl. sous CE, ass., 22 janv. 1988 : *RFDA* 1988, p. 102.

¹⁵ Article 227-12 du code pénal : "*Le fait de provoquer soit dans un but lucratif, soit par don, promesse, menace ou abus d'autorité, les parents ou l'un d'entre eux à abandonner un enfant né ou à naître est puni de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende.*

Le fait, dans un but lucratif, de s'entremettre entre une personne désireuse d'adopter un enfant et un parent désireux d'abandonner son enfant né ou à naître est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende.

Est puni des peines prévues au deuxième alinéa le fait de s'entremettre entre une personne ou un couple désireux d'accueillir un enfant et une femme acceptant de porter en elle cet enfant en vue de le leur remettre. Lorsque ces faits ont été commis à titre habituel ou dans un but lucratif, les peines sont portées au double".

Article 227-13 du code pénal : "*La substitution volontaire, la simulation ou dissimulation ayant entraîné une atteinte à l'état civil d'un enfant est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende. La tentative est punie des mêmes peines*".

¹⁶ En revanche, très récemment, le tribunal correctionnel de Bordeaux a prononcé une amende avec sursis d'un montant de 7 500 € à l'encontre d'un couple d'hommes qui avait eu recours à Chypre à une mère porteuse. Le tribunal a retenu la provocation à l'abandon d'enfant né ou à naître, résultant d'un don, d'une promesse, d'une menace ou d'un abus d'autorité. Le contrat avait été conclu à Chypre mais l'enfant était né en France (T. corr. Bordeaux, 1^{er} juillet 2015 ; A. Dionisi-Peyrusse, *Actualités de la bioéthique*, *AJ fam.* 2015. 433).

Après son arrêt fondateur et la consécration législative, la Cour de cassation a exclu tout établissement de la filiation, en présence d'une convention de gestation pour autrui, quel que soit le mode d'établissement de cette filiation, qu'il s'agisse d'une adoption simple¹⁷, d'une adoption plénière¹⁸ ou de la possession d'état¹⁹.

b) Les trois arrêts du 6 avril 2011

Face à cet interdit de droit interne, les français désirant recourir à la gestation pour autrui se sont déplacés à l'étranger, dans des Etats autorisant cette pratique, et ont, à leur retour, demandé la transcription de l'acte de naissance étranger de l'enfant, ou du jugement étranger, sur les registres français de l'état civil.

Saisie de demandes de transcription, la Cour de cassation a, dans trois arrêts du 6 avril 2011²⁰, jugé que le recours à la gestation pour autrui heurtait le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, "*principe essentiel du droit français*", quand bien même la convention était licitement conclue à l'étranger.

En effet, dans les affaires qui lui étaient soumises, la mère apparaissant sur les actes de naissance américains était la mère d'intention et non la femme ayant accouché. La reconnaissance du lien de filiation apparaissait donc comme contraire au principe *mater semper certa est*, principe du droit de la filiation selon lequel la mère est toujours la femme qui a accouché.

S'agissant de l'intérêt des enfants, la Cour de cassation a relevé qu'ils n'étaient pas privés d'un état civil ni de la filiation que leur reconnaissait le droit étranger, et qu'ils vivaient en France avec leurs parents d'intention. Elle a donc estimé que l'atteinte portée à leur vie familiale n'était pas excessive au regard des principes essentiels en jeu.

c) Les deux arrêts du 13 septembre 2013

Une troisième étape est intervenue en septembre 2013, avec le recours à la gestation pour autrui par des hommes célibataires en Inde.

¹⁷ 1^{re} Civ., 29 juin 1994, n° 92-13.563, Bull. n° 226.

¹⁸ 1^{re} Civ., 9 décembre 2003, n° 01-03.927, Bull. n° 252

¹⁹ 1^{re} Civ., 6 avril 2011, n° 09-17.130, Bull. n° 70

²⁰ 1^{re} Civ., 6 avril 2011, n° 09-17.130, Bull. n° 70 précité ; n° 09-66.486, Bull. n° 71 et n° 10-19.053, Bull. n° 72.

A la différence des affaires jugées en 2011, il n'y avait pas de mère d'intention puisqu'il s'agissait d'hommes célibataires, et la mère porteuse indienne figurait sur les actes de naissance des enfants. C'était donc bien celle qui leur avait donné naissance, de sorte qu'il n'y avait pas d'atteinte au principe *mater semper certa est* et au principe essentiel de l'indisponibilité de l'état des personnes.

Mais le ministère public soulevait la fraude à la loi, qui a été retenue par la première chambre civile, dans deux arrêts du 13 septembre 2013²¹ et un arrêt du 19 mars 2014²², celle-ci ayant considéré que le fait, pour un homme français, de se rendre en Inde afin d'y obtenir légalement ce que le droit français prohibe, constituait une fraude à la loi qui justifiait que l'acte de naissance de l'enfant établi par les autorités indiennes ne puisse être transcrit sur les registres de l'état civil français : *“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”*.

Elle a ajouté qu'en présence d'une telle fraude, l'intérêt supérieur de l'enfant ne pouvait être utilement invoqué, estimant en cela que l'intérêt de l'enfant apprécié *in concreto* ne pouvait imposer la reconnaissance de toutes les situations constituées à l'étranger en fraude à la loi, faute de quoi aucun interdit d'ordre public en droit des personnes et de la famille ne pourrait plus être posé et respecté, y compris des interdicts érigés dans l'intérêt des enfants eux-mêmes.

La condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme, le 26 juin 2014, a toutefois conduit la Cour de cassation à revenir sur sa jurisprudence.

d) Les arrêts B... et A... de la Cour européenne des droits de l'homme

Dans les arrêts du 26 juin 2014²³, la Cour de Strasbourg, après avoir constaté l'existence d'une ingérence prévue par la loi dans l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale, admet que celle-ci poursuive un but légitime, en ce qu'elle procède de la volonté de décourager les ressortissants français de recourir, hors du territoire national, à une méthode de procréation prohibée, dans le but de préserver les enfants et la mère porteuse :

²¹ 1^{re} Civ., 13 septembre 2013, n° 12-18.315 et 12-30.138, Bull. n° 176.

²² 1^{re} Civ., 19 mars 2014, n° 13-50.005, Bull. n° 45.

²³ CEDH, arrêt du 26 juin 2014, A... c. France, n° 65192/11 et CEDH, arrêt du 26 juin 2014, B... c. France n° 65941/11 : les pourvois des époux A... et B... avaient été rejetés par deux des arrêts précités du 6 avril 2011.

“62. La Cour comprend en revanche que le refus de la France de reconnaître un lien de filiation entre les enfants nés à l'étranger d'une gestation pour autrui et les parents d'intention procède de la volonté de décourager ses ressortissants de recourir hors du territoire national à une méthode de procréation qu'elle prohibe sur son territoire dans le but, selon sa perception de la problématique, de préserver les enfants et – comme cela ressort de l'étude du Conseil d'État du 9 avril 2009 (paragraphe 37 ci-dessus) – la mère porteuse. Elle admet en conséquence que le Gouvernement puisse considérer que l'ingérence litigieuse visait deux des buts légitimes énumérés au second paragraphe de l'article 8 de la Convention : la « protection de la santé » et « la protection des droits et libertés d'autrui »”.

Mais elle estime que, si les États doivent en principe se voir accorder une ample marge d'appréciation en matière de gestation pour autrui, cette marge est atténuée s'agissant de la filiation :

“78. La Cour observe en l'espèce qu'il n'y a consensus en Europe ni sur la légalité de la gestation pour autrui ni sur la reconnaissance juridique du lien de filiation entre les parents d'intention et les enfants ainsi légalement conçus à l'étranger. [...]

79. Cette absence de consensus reflète le fait que le recours à la gestation pour autrui suscite de délicates interrogations d'ordre éthique. Elle confirme en outre que les États doivent en principe se voir accorder une ample marge d'appréciation, s'agissant de la décision non seulement d'autoriser ou non ce mode de procréation mais également de reconnaître ou non un lien de filiation entre les enfants légalement conçus par gestation pour autrui à l'étranger et les parents d'intention.

80. Il faut toutefois également prendre en compte la circonstance qu'un aspect essentiel de l'identité des individus est en jeu dès lors que l'on touche à la filiation. Il convient donc d'atténuer la marge d'appréciation dont disposait l'État défendeur en l'espèce”.

Elle rappelle par ailleurs que, chaque fois que la situation d'un enfant est en cause, l'intérêt supérieur de celui-ci doit primer :

“81. [...] elle doit avoir égard au principe essentiel selon lequel, chaque fois que la situation d'un enfant est en cause, l'intérêt supérieur de celui-ci doit primer (voir, parmi de nombreux autres, Wagner et J.M.W.L., précité, §§ 133-134, et E.B. c. France [GC], n° 43546/02, §§ 76 et 95, 22 janvier 2008)”.

S'agissant du caractère “nécessaire” de l'ingérence dans le droit au respect de la vie privée et familiale, la Cour de Strasbourg estime que la situation “*ménage un juste équilibre entre les intérêts des requérants et ceux de l'État, pour autant que cela concerne leur droit au respect de leur vie familiale*”.

Pour parvenir à cette conclusion, elle relève que :

“92. [...] quelle que soit l'importance des risques potentiels pesant sur la vie familiale des requérants, la Cour estime qu'il lui faut se déterminer au regard des obstacles concrets que ceux-ci ont dû effectivement surmonter [...]. À ce titre, elle constate qu'ils ont pu s'établir tous les quatre en France peu de temps après la naissance des troisième et quatrième requérantes, qu'ils sont en mesure d'y vivre ensemble dans des conditions globalement comparables à celles dans lesquelles vivent les autres familles et qu'il n'y a pas lieu de penser qu'il y a un risque que les autorités décident de les séparer en raison de leur situation au regard du droit français”.

Elle rejette donc le grief de violation de l'article 8 de la Convention, s'agissant du droit des parents au respect de leur vie familiale.

En revanche, l'atténuation de la marge d'appréciation des Etats, lorsque la filiation est en jeu, la conduit au constat d'une violation de l'article 8 de la Convention, s'agissant du droit au respect de la vie privée des enfants.

Selon la Cour, les enfants se trouvent dans une situation d'incertitude juridique quant à leur filiation du fait du refus de transcription. Cette “troublante incertitude” résulte notamment de l'impossibilité pour les enfants de se voir reconnaître la nationalité française. En outre, le défaut de reconnaissance de leur filiation entraîne une absence de droits légaux dans la succession à venir de leurs parents.

Elle estime alors que se pose “une question grave de compatibilité de cette situation avec l'intérêt supérieur des enfants, dont le respect doit guider toute décision les concernant” (§ 99).

Puis elle ajoute que “cette analyse prend un relief particulier lorsque, comme en l'espèce, l'un des parents d'intention est également géniteur de l'enfant” (§100). En effet, pour la Cour européenne, la filiation biologique est fondamentale, “en tant qu'élément de l'identité de chacun”.

100 [...] Au regard de l'importance de la filiation biologique en tant qu'élément de l'identité de chacun (voir, par exemple, l'arrêt Jäggi c. Suisse, n° 58757/00, § 37, CEDH 2006-X), on ne saurait prétendre qu'il est conforme à l'intérêt d'un enfant de le priver d'un lien juridique de cette nature alors que la réalité biologique de ce lien est établie et que l'enfant et le parent concerné revendiquent sa pleine reconnaissance. Or non seulement le lien entre les troisième et quatrième requérantes et leur père biologique n'a pas été admis à l'occasion de la demande de transcription des actes de naissance, mais encore sa consécration par la voie d'une reconnaissance de paternité ou de l'adoption ou par l'effet de la possession d'état se heurterait à la jurisprudence prohibitive établie également sur ces points par la Cour de cassation (paragraphe 34 ci-dessus). La Cour estime, compte tenu des conséquences de cette grave restriction sur l'identité et le droit au respect de la vie privée des troisième et quatrième requérantes, qu'en faisant ainsi obstacle tant à la reconnaissance qu'à l'établissement en droit interne de leur lien de filiation à l'égard de leur père biologique, l'État défendeur est allé au-delà de ce que lui permettait sa marge d'appréciation.

101. *Étant donné aussi le poids qu'il y a lieu d'accorder à l'intérêt de l'enfant lorsqu'on procède à la balance des intérêts en présence, la Cour conclut que le droit des troisième et quatrième requérantes au respect de leur vie privée a été méconnu*".

Cette solution a été réitérée récemment, dans l'arrêt *Foulon et Bouvet c. France* du 21 juillet 2016 (n° 9063/14 et n° 10410/14), relatif aux affaires ayant donné lieu aux deux arrêts précités du 13 septembre 2013.

A noter toutefois que la Grande Chambre vient de rendre son premier arrêt en matière de gestation pour autrui et que celui-ci conclut à l'absence de violation de l'article 8 par l'Italie, en dépit du refus de cet Etat de reconnaître le lien de filiation avec les parents d'intention (qui n'avaient aucun lien génétique avec l'enfant) et en dépit des mesures radicales qui avaient été prises, à leur arrivée sur le territoire, par les autorités italiennes, puisque l'enfant avait aussitôt été retiré au couple, avant d'être placé en vue de son adoption (**CEDH, arrêt du 24 janvier 2017, Gr. Ch., *Paradiso et Campanelli c. Italie*, n°25358/12**). Dans cet arrêt, la Grande Chambre a une approche différente de la chambre, qui avait, elle, conclu à la violation de l'article 8 de la Convention (CEDH, arrêt du 27 janvier 2015, n° 25358/12).

Si, dans cet arrêt, la Grande Chambre prend soin de distinguer les circonstances de fait de celles de l'affaire A..., en relevant l'absence de lien biologique entre les requérants et l'enfant, ainsi que le fait que celui-ci ne soit pas représenté à la procédure²⁴, les motifs retenus pour conclure à l'absence de violation de la Convention méritent toutefois d'être cités.

En effet, la Cour admet que les mesures prises à l'égard de l'enfant tendaient à la "défense de l'ordre" et à la protection des "droits et libertés d'autrui" : *"En effet, la Cour juge légitime au regard de l'article 8 § 2 la volonté des autorités italiennes de réaffirmer la compétence exclusive de l'État pour reconnaître un lien de filiation - et ce uniquement en cas de lien biologique ou d'adoption régulière - dans le but de préserver les enfants. Partant les mesures litigieuses répondaient à des buts légitimes"* (§§ 177, 178).

Elle estime que *"ces motifs sont directement liés au but légitime de la défense de l'ordre et aussi de la protection de l'enfant - pas seulement de celui dont il est question en l'espèce mais des enfants en général - eu égard à la prérogative de l'État d'établir la filiation par l'adoption et par l'interdiction de certaines techniques de procréation médicalement assistée"*.

²⁴ *"contrairement à la situation dans l'arrêt A... [...], la question de l'identité de l'enfant et de la reconnaissance de sa filiation génétique ne se pose pas en l'espèce puisque, d'une part, un éventuel refus par l'État de donner une identité à l'enfant ne peut être contesté par les requérants, qui ne représentent pas celui-ci devant la Cour et, d'autre part, il n'existe aucun lien biologique entre l'enfant et les requérants"* (§ 195).

Elle admet encore qu'en *"interdisant l'adoption privée fondée sur une relation contractuelle entre les individus et en restreignant le droit des parents adoptifs de faire entrer des mineurs étrangers en Italie aux cas dans lesquels les règles sur l'adoption internationale sont respectées, le législateur italien s'efforce de protéger les enfants contre des pratiques illicites, dont certaines peuvent être qualifiées de trafic d'êtres humains"* (§ 202).

La Cour relève ensuite que les faits de la cause touchent à des sujets *"éthiquement sensibles - adoption, prise en charge par l'État d'un enfant, procréation médicalement assistée et gestation pour autrui - pour lesquels les États membres jouissent d'une ample marge d'appréciation"* (§ 194).

Elle relève encore qu'il *"ne fait aucun doute que le recours à de telles conventions soulève des questions éthiques sensibles sur lesquelles il n'existe aucun consensus parmi les États contractants"* (§ 203), que *"les juridictions internes avaient pour souci principal de mettre fin à une situation illégale"* et que *"les lois qui ont été transgressées par les requérants et les mesures qui ont été prises en réponse à leur conduite avaient vocation à protéger des intérêts généraux importants"* (§ 204).

En conclusion, elle constate que :

"l'intérêt général en jeu pèse lourdement dans la balance, alors que, comparativement, il convient d'accorder une moindre importance à l'intérêt des requérants à assurer leur développement personnel par la poursuite de leurs relations avec l'enfant. Accepter de laisser l'enfant avec les requérants, peut-être dans l'optique que ceux-ci deviennent ses parents adoptifs, serait revenu à légaliser la situation créée par eux en violation de règles importantes du droit italien. La Cour admet donc que les juridictions italiennes, ayant conclu que l'enfant ne subirait pas un préjudice grave ou irréparable en conséquence de la séparation, ont ménagé un juste équilibre entre les différents intérêts en jeu en demeurant dans les limites de l'ample marge d'appréciation dont elles disposaient en l'espèce.

Dès lors, il n'y a pas eu violation de l'article 8 de la Convention".

Pour un premier commentateur²⁵, *"l'arrêt définitif rendu par la grande chambre, qui statuait pour la première fois sur ce sujet, constitue un revirement de jurisprudence en la matière. En effet, contrairement à la France qui avait entériné cinq décisions de la CEDH depuis deux ans (v. Cass., ass. plén., 3 juill. 2015, n° 14-21.323 et 3 juill. 2015, n° 15-50.002), l'Italie avait saisi la grande chambre. La CEDH constate qu'en l'absence de tout lien biologique avec l'enfant, il y a eu non-violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. La fin de la relation entre les requérants et l'enfant est la conséquence de la précarité juridique qu'ils ont eux-mêmes donnée aux liens en question en adoptant une conduite contraire au droit italien et en venant s'installer en Italie avec l'enfant. Les autorités italiennes ont rapidement réagi*

²⁵ V. Lefebvre, "Gestation pour autrui : la CEDH revoit sa copie", Dalloz actualité, 10 février 2017.

à cette situation en demandant la suspension de l'autorité parentale et en ouvrant une procédure d'adoptabilité. Pour la CEDH, accepter de laisser l'enfant avec les requérants serait revenu à légaliser la situation créée par eux en violation de règles importantes du droit italien. Elle admet donc que les juridictions italiennes, ayant conclu que l'enfant ne subirait pas un préjudice grave ou irréparable en conséquence de la séparation, ont ménagé un juste équilibre entre les différents intérêts en jeu, tout en demeurant dans les limites de la marge d'appréciation dont elles disposaient”.

e) Les arrêts d'Assemblée plénière du 3 juillet 2015²⁶.

L'Assemblée plénière de la Cour de cassation a tiré les conséquences des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme du 26 juin 2014, en autorisant la transcription, sur les registres de l'état civil français, des actes de naissance de deux enfants nés à l'étranger, sans que la convention de gestation pour autrui y fasse obstacle.

Les deux affaires concernaient des demandes de transcription d'actes de naissance établis en Russie. Dans les deux cas, le père, de nationalité française, s'était rendu en Russie afin d'y conclure une convention de gestation pour autrui avec une mère porteuse russe, laquelle apparaissait sur l'acte de naissance.

Dans le premier cas, la cour d'appel de Rennes avait refusé la transcription en se conformant à la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation, et l'arrêt a été cassé sur le fondement des articles 47 du code civil et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Dans le second, la cour d'appel de Rennes, qui avait statué après les arrêts A... et B..., avait autorisé la transcription de l'acte de naissance russe, solution qui est approuvée par la Cour de cassation sur le fondement de l'article 47 du code civil :

“Mais attendu qu'ayant constaté que l'acte de naissance n'était ni irrégulier ni falsifié et que les faits qui y étaient déclarés correspondaient à la réalité, la cour d'appel en a déduit à bon droit que la convention de gestation pour autrui conclue entre M. C... et Mme D... ne faisait pas obstacle à la transcription de l'acte de naissance ; que le moyen n'est pas fondé” (Ass. plén., 3 juillet 2015, n° 15-50.002)²⁷.

Ainsi, désormais, l'existence d'une convention de gestation pour autrui ne fait plus obstacle à la transcription de l'acte de naissance étranger sur les registres français de l'état civil, s'agissant de la filiation paternelle.

²⁶ Ass. plén., 3 juillet 2015, n° 14-21.323 et Ass. plén., 3 juillet 2015, n° 15-50.002, Bull. n° 4.

²⁷ On renverra au rapport très complet de Monsieur le conseiller Soulard pour plus d'éléments sur ces arrêts.

Conformément à sa jurisprudence du 15 avril 2011²⁸, aux termes de laquelle elle a rappelé que *“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”*, la Cour de cassation a donc opéré un revirement de jurisprudence.

Toutefois, ces arrêts ne tranchent pas la question de la mère d’intention, qui n’était pas posée. Ils ne répondent donc pas à la question de la transcription d’un acte de naissance étranger qui mentionnerait comme mère une femme n’ayant pas accouché de l’enfant.

Ils ne répondent pas davantage à la question de l’adoption de l’enfant.

4.3 - Le maintien de la prohibition en droit interne

En droit interne, l’interdit de la gestation pour autrui subsiste et il est peu contestable qu’il s’agit, aux yeux du législateur français, d’un interdit fondamental.

Ce dernier, appelé à plusieurs reprises à se pencher sur la prohibition de la gestation pour autrui en droit interne, notamment lors de la révision des lois bioéthiques, a toujours refusé de la remettre en cause.

Récemment encore, un rapport d’information du Sénat²⁹ destiné à prendre la mesure des conséquences des décisions récentes rendues en matière de procréation médicalement assistée (PMA) et de gestation pour autrui (GPA) et à examiner les réformes qu’elles appellent, préconise :

- s’agissant de la GPA, une consolidation de la prohibition française, avec un renforcement de la répression pénale et des négociations internationales afin d’obtenir des pays autorisant la GPA qu’ils l’interdisent aux ressortissants français. Il est suggéré également de s’en tenir à une interprétation stricte de la jurisprudence européenne. Il s’agirait alors d’autoriser l’enfant à faire établir sa filiation paternelle biologique mais de refuser l’établissement de toute filiation avec le parent d’intention, tout en permettant à ce dernier de bénéficier d’une délégation d’autorité parentale pérenne.

²⁸ Ass. plén. 15 avril 2011, n° 10-17.049, n° 10-30.313 et n° 10-30.316, Bull. n° 1, 3 et 4.

²⁹ Rapport d’information n° 409 fait au nom de la Commission des lois, déposé le 17 février 2016, *“Défendre les principes, veiller à l’intérêt de l’enfant. Quelle réponse apporter au contournement du droit français par le recours à l’AMP et à la GPA à l’étranger ?”*

- s'agissant de la PMA, les rapporteurs proposent de "conforter la solution adoptée par la Cour de cassation dans deux avis du 22 septembre 2014".

On citera également une réponse récente (3 mai 2016) à une question écrite sur le sujet ³⁰ :

M. Stéphane Demilly alerte Mme la garde des sceaux, ministre de la justice sur l'inquiétante contradiction se faisant jour en France entre les dispositions législatives existantes et les actes réglementaires du Gouvernement concernant certaines pratiques de procréation non autorisées par le législateur mais contournées dans la pratique administrative et judiciaire. Cette contradiction se manifeste notamment à travers l'avis rendu le 23 septembre 2014 par la Cour de cassation qui considère qu'un enfant né par une procréation médicale assistée effectuée à l'étranger peut être adopté en France par la compagne de sa mère. Alors que la législation française pose des conditions claires et précises concernant l'accès à la PMA, en l'autorisant pour les seuls couples hétérosexuels qui souffrent d'une infertilité médicalement diagnostiquée ou pour lesquels existe un risque de transmission soit à l'enfant, soit à un membre du couple, d'une maladie particulièrement grave, la Cour de cassation, déclarant «tirer les conséquences de la loi du 17 mai 2013, qui a eu pour effet de permettre, par l'adoption, l'établissement d'un lien de filiation entre un enfant et deux personnes de même sexe, sans aucune restriction relative au monde de conception de cet enfant», avalise l'adoption des enfants nés d'une PMA non autorisée en France, encourageant ainsi implicitement à aller effectuer à l'étranger ce qui n'est pas permis dans notre pays. Cet encouragement est désormais officiel via la récente circulaire du ministère de la justice. Pourtant le législateur français pose des conditions claires et précises concernant l'accès à la PMA, qui est réservée aux seuls couples hétérosexuels souffrant d'une infertilité médicament diagnostiquée ou pour lesquels existe un risque de transmission soit à l'enfant, soit à un membre du couple, d'une maladie particulièrement grave. L'avis du 23 septembre 2014 rendu par la Cour de cassation, ainsi que la circulaire du ministère de la justice constituent une incitation à contourner la loi et tendent à la légalisation de facto de la PMA pour les couples des femmes. Plus grave, au nom d'une revendication spé cieuse d'égalité des droits, ils ouvrent la porte à la légalisation de la GPA pour les couples d'hommes. Dans un souci de cohérence et de clarté, il lui demande de lui indiquer quelles mesures elle compte prendre et quelles précisions législatives elle compte engager afin que, sur des sujets aussi graves que la PMA et la GPA, ce qui n'est pas légalement autorisé en France ne soit pas encouragé de manière implicite sur le sol français par des actes réglementaires et des décisions judiciaires allant à contre-sens des lois votées par le Parlement.

Réponse. - La Cour de cassation a estimé dans deux avis rendus le 22 septembre 2014 que le prononcé d'une adoption sollicitée par la conjointe d'une femme ayant accouché d'un enfant issu d'une assistance médicale à la procréation réalisée à l'étranger était juridiquement possible. Elle a ainsi exclu que le fait de recourir à une assistance médicale à la procréation à l'étranger puisse constituer une fraude à la loi française et conduire à s'opposer, pour ce seul motif, à l'adoption de l'enfant au

³⁰ Rép. min. n° 71799 : JOAN Q 3 mai 2016, p. 3843.

bénéfice de la conjointe de la femme ayant accouché. Comme la Chancellerie l'a toujours indiqué dans le cadre des débats ayant précédé l'adoption de la loi du 17 mai 2013, cette question relève avant tout de l'appréciation souveraine des juridictions, lesquelles ont, avant même que la Cour de Cassation ne se prononce, fait droit dans leur grande majorité à de telles demandes d'adoption. Il ressort ainsi des évaluations statistiques menées par la Chancellerie qu'au 1er juillet 2014 seules neuf décisions refusant le prononcé de l'adoption avaient pu être comptabilisées pour 295 décisions y faisant droit. Ces avis de la Cour de cassation corroborent l'analyse du Gouvernement, particulièrement attaché à ce qu'une distinction claire puisse être opérée entre la situation des couples bénéficiant d'une assistance médicale à la procréation à l'étranger, laquelle ne fait l'objet d'aucune prohibition, et celle des couples ayant choisi de recourir, en fraude à la loi française, au mécanisme de la gestation pour autrui, qui fait l'objet d'une prohibition d'ordre public, passible sous certaines conditions de sanctions pénales. A cet égard, la portée de la circulaire mentionnée, dont la régularité a été confirmée par un arrêt du Conseil d'Etat du 12 décembre 2014, ne porte pas atteinte au principe de prohibition de la gestation pour autrui en France affirmé à l'article 16-7 du code civil. Elle marque la recherche d'un juste équilibre entre le principe d'ordre public de prohibition de la gestation pour autrui, auquel le gouvernement français reste attaché, et la nécessaire protection qu'il convient de garantir à l'enfant au nom de son intérêt supérieur au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la Convention de New York du 26 janvier 1990, relative aux droits de l'enfant et de son droit à mener une vie familiale normale au sens de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Elle illustre, conformément à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme issue de ses décisions du 26 juin 2014 ayant condamné la France, la nécessité de distinguer le sort des enfants de celui de leurs parents ayant eu recours à un contrat illicite et, ainsi, de leur garantir, sur le territoire national, le droit au respect de leur identité, dont la nationalité française constitue un aspect essentiel.

On sait également que, dans sa décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013 sur la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, le Conseil constitutionnel, 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), a répondu qu'il appartenait *“aux juridictions compétentes d'empêcher, de priver d'effet et, le cas échéant, de réprimer de telles pratiques”* (cons. 58).

On observera par ailleurs que le Parlement européen a adopté, le 5 avril 2011, une résolution *“sur les priorités et la définition d'un nouveau cadre politique de l'Union en matière de lutte contre la violence à l'encontre des femmes”*³¹, qui dénonce la maternité de substitution, qui *“constitue une exploitation du corps de la femme et de ses organes*

³¹ Résolution PE, 5 avril 2011, 2010/2209, § 20 et 21.

reproducteurs” et “souligne que femmes et enfants sont soumis aux mêmes formes d'exploitation et peuvent être vus comme des marchandises sur le marché international de la reproduction ; fait remarquer que les nouvelles méthodes de reproduction, comme la maternité de substitution, entraînent une hausse de la traite des femmes et des enfants ainsi que des adoptions illégales par-delà les frontières nationales”.

Le même Parlement a voté, le 17 décembre 2015, un *Rapport annuel sur les droits de l'homme et la démocratie dans le monde en 2014 et sur la politique de l'Union européenne*. Au paragraphe 114, les parlementaires condamnent la pratique des mères porteuses *“qui porte atteinte à la dignité humaine de la femme dans son corps et ses fonctions de reproduction utilisées comme une marchandise ; [...] la pratique de la gestation pour autrui qui implique l'exploitation de la reproduction et l'utilisation du corps humain pour un gain financier ou autre, en particulier dans le cas des femmes vulnérables dans les pays en développement, est interdite et considérée comme une question d'urgence dans les instruments des droits de l'homme”*³².

De son côté, le Conseil d'Etat a validé, après les décisions A... et B..., la circulaire du 25 janvier 2013 (Circ. 25 janvier 2013, relative à la délivrance des certificats de nationalité française) enjoignant aux greffiers de délivrer des certificats de nationalité française en cas de soupçon de GPA réalisée à l'étranger (CE, 12 déc 2014, n° 365779, *association Juristes pour l'Enfance*).

Enfin, il résulte de la jurisprudence du Conseil d'Etat que les autorités françaises ne peuvent refuser le visa d'entrée en France de l'enfant né à l'étranger de mère porteuse et dont l'acte de naissance désigne la mère d'intention française comme mère (Conseil d'Etat, 3 août 2016, *Ministre des affaires étrangères et du développement international c/ Mme A.*, n° 401924).

4.4. - La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière d'adoption

Il résulte de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme 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”*³³.

La Cour de Strasbourg 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*

³² Cité par J.-C. Galloux - H. Gaumont-Prat - Droits et libertés corporels - D. 2016. 752.

³³ 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.

*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*³⁴.

Dans l'arrêt *Schalk et Kopf c. Autriche* du 24 juin 2010³⁵, 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 deux³⁶.

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 intégré comme norme de référence par la Cour de Strasbourg³⁷, *«les obligations 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'enfants du 20 novembre 1989»*³⁸.

En matière d'adoption, la Cour de Strasbourg estime ainsi que, dans la recherche de l'équilibre entre les différents intérêts en présence, l'intérêt de l'enfant doit *«constituer la considération déterminante.»*³⁹

Toutefois, elle 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 ;*

³⁴ 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.

³⁵ CEDH, arrêt du 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c. Autriche* n° 30141/04, §§ 91-95.

³⁶ 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»*.

³⁷ 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.

³⁸ CEDH, arrêt du 28 juin 2007, *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg*, n°76240/01, §120.

³⁹ 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.

il présuppose l'existence d'une famille (*Marckx c. Belgique*, arrêt du 13 juin 1979, série A n°31, § 31)⁴⁰.

L'absence de droit à l'adoption a été rappelée dans l'arrêt *Paradiso et Campanelli c. Italie* du 24 janvier 2017 précité :

“Les dispositions de l'article 8 ne garantissent ni le droit de fonder une famille ni le droit d'adopter (E.B. c. France [GC], n° 43546/02, § 41, 22 janvier 2008). 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, précité, § 31), voire au minimum d'une relation potentielle qui aurait pu se développer, par exemple, entre un père naturel et un enfant né hors mariage (Nylund c. Finlande (déc.), n° 27110/95, CEDH 1999-VI), d'une relation née d'un mariage non fictif, même si une vie familiale ne se trouvait pas encore pleinement établie (Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni, 28 mai 1985, § 62, série A n° 94), d'une relation entre un père et son enfant légitime, même s'il s'est avéré des années après que celle-ci n'était pas fondée sur un lien biologique (Nazarenko c. Russie, n° 39438/13, § 58, CEDH 2015 (extraits)) ou encore d'une relation née d'une adoption légale et non fictive (Pini et autres c. Roumanie, nos 78028/01 et 78030/01, § 148, CEDH 2004-V (extraits))” (§ 141).

Dans un arrêt du 4 octobre 2012⁴¹, 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 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 mariés⁴². 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).

⁴⁰ 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.

⁴¹ CEDH, arrêt du 4 octobre 2012, *Harroudj c/ France*, n°43631/09.

⁴² CEDH, arrêt du 28 juin 2007, *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg*, n°76240/01.

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 F. Chénéde⁴³, *“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”*.

Pour B. Haftel⁴⁴, *“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”*.

4.5 - L'adoption et l'intérêt de l'enfant.

Dans sa décision du 17 mai 2013⁴⁵, 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”*.

⁴³ AJ Famille 2010, p. 233.

⁴⁴ AJ Famille 2011, p. 265

⁴⁵ Cons. const., 17 mai 2013, décision n°2013-669 DC, *Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*

On rappellera également que, si l'intérêt supérieur de l'enfant doit être la considération primordiale dans les décisions qui concernent les enfants⁴⁶, c'est tout particulièrement le cas en matière d'adoption : ainsi, l'article 21, alinéa 1^{er}, de la Convention de New-York du 20 novembre 1989 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 [...]”*.

Une partie de la doctrine voit dans l'adoption la solution permettant de donner un statut à l'enfant né à l'issue d'une GPA, tout en préservant le droit de la filiation (le principe *mater semper certa est*) et en refusant, sur le fondement de l'article 47 du code civil, la transcription de la filiation maternelle d'intention.

C'est notamment le cas de M.-C. Le Boursicot⁴⁷, pour qui l'adoption *“correspond à la nature de la filiation reliant l'enfant au parent d'intention”* et *“ne bouleverserait pas notre droit de la filiation”*.

On citera également H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon⁴⁸ : *“L'adoption semble [...] tout à fait envisageable, d'autant qu'elle traduit la réalité : celle d'un lien de filiation voulu par les intéressés, hors de toute référence biologique. En France, une telle adoption est possible depuis la loi n° 2013-403 du 17 mai 2013. Dès lors que les parents sont mariés, l'un des époux peut adopter l'enfant de son conjoint”*.

Ces auteurs ajoutent, s'agissant plus largement de l'établissement de la parenté d'intention :

“Si, dans ses arrêts du 26 juin 2014, la Cour européenne n'impose pas que soit consacrée la parenté d'intention en tant que telle [...] elle y pousse pourtant. De fait, on remarquera que dans les arrêts B... et A..., la Cour fait référence à la mère d'intention au titre des droits de succession. Elle rattache cette question à « l'identité filiale dont les enfants nés d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger se trouvent privés » (B..., § 77 ; A..., § 98). Certes, l'atteinte portée par le refus de reconnaissance

⁴⁶ Article 3, § 1, de la Convention de New-York du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant, d'application directe devant les juridictions françaises : 1^{re} Civ., 18 mai 2005, n° 02-20.613, Bull. n° 212 ; 1^{re} Civ., 14 juin 2005, n° 04-16.942, Bull. n° 245 ; 1^{re} Civ., 13 juillet 2005, n° 05-10.519 et n° 05-10.521, Bull. n° 334.

⁴⁷ *“La filiation de l'enfant né en exécution d'un contrat de gestation pour le compte d'autrui”*, *Revue Lamy Droit Civil*, 2015, p. 129.

⁴⁸ *“Ne punissez pas les enfants des fautes de leurs pères : Regard prospectif sur les arrêts B... et A... de la CEDH du 26 juin 2014”*, *Recueil Dalloz* 2014 p.1773, ces auteurs relevant toutefois, à la date de l'article, à savoir avant les arrêts de l'Assemblée plénière du 3 juillet 2015, qu'il reste à *“franchir l'obstacle de l'ordre public ou de la fraude”*.

n'apparaît pas disproportionnée, compte tenu de l'importance des intérêts défendus par l'Etat.

Mais si la reconnaissance n'est pas obligatoire, priver l'enfant de toute possibilité d'établir ultérieurement un lien de filiation, en utilisant les instruments prévus par le droit français, ne risque-t-il pas de tomber sous le coup de l'article 8 ?”

Pour I. Corpart⁴⁹, comme pour beaucoup d'auteurs, il faut, en tout état de cause, *“réfléchir à améliorer les relations familiales au sein de ces familles ayant eu recours à une GPA afin que le parent d'intention, dont la filiation n'aura pas été reconnue, puisse bénéficier d'aménagements lui donnant une place véritable et sécurisée aux côtés de l'enfant”*.

4.6 - L'arrêt attaqué et l'analyse des moyens.

a) Le premier moyen et le refus de l'adoption au nom de l'interdit de la gestation pour autrui et de l'absence d'atteinte disproportionnée à l'intérêt de l'enfant⁵⁰

La cour d'appel de Dijon, devant laquelle le ministère public avait conclu au prononcé de l'adoption, n'a pas retenu la fraude à la loi mais a retenu la violation des principes d'indisponibilité du corps humain et d'indisponibilité de l'état des personnes, justifiant le refus de l'adoption.

Elle a relevé que la naissance de l'enfant avait procédé *“d'une violation par M. Y... des dispositions de l'article 16-7 du code civil français suivant lesquelles toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle”,* rappelé que cette nullité était d'ordre public et estimé qu'elle était *“éminemment substantielle en ce qu'elle a vocation à protéger deux principes essentiels du droit français à savoir celui de l'indisponibilité du corps humain et celui de l'indisponibilité de l'état des personnes”*.

Elle a également constaté qu'en dépit des interrogations sur l'opportunité de modifier ou d'aménager cette prohibition, le législateur français n'avait pas entendu revenir sur ces principes.

⁴⁹ “Transcription partielle des actes de naissance de deux fillettes issues d'une GPA”, *Revue Juridique Personnes et Famille*, 2016, 5.

⁵⁰ V. Th. Coustet, “GPA : l'adoption par le parent d'intention n'est pas simple”, *Dalloz actualité*, 5 avril 2016 ; I. Gallmeister, “Gestation pour autrui : refus de l'adoption simple par le mari du père”, *Recueil Dalloz* 2016 p.783 ; “GPA et adoption, quelle place pour le parent d'intention”, *AJ famille* 2016 p. 339.

Elle a ajouté qu'il convenait de vérifier si le refus de l'adoption représentait ou non *“une atteinte disproportionnée à l'intérêt de l'enfant et plus précisément à l'exercice de ses droits protégés au respect de sa vie familiale et de sa vie privée”*.

Sur ce point, elle a retenu que, sur le plan factuel et s'agissant des conditions d'existence concrètes de l'enfant, l'absence de lien de filiation ou de lien juridique avec M. X... ne lui était pas préjudiciable. Selon la cour, d'une part, l'enfant est considéré par tous comme parfaitement épanoui et MM. Y... et X... sont unanimement considérés comme ses “deux papas”, d'autre part, dans ses différentes écoles, d'abord en Australie puis à Barcelone, l'enfant a toujours été connu sous le nom de famille “X...-Y...”.

Sur un plan symbolique, elle a estimé que priver l'enfant d'une filiation élective paternelle alors qu'il bénéficie d'une filiation paternelle biologique ne portait pas sérieusement atteinte à son intérêt ni à son droit au respect de sa vie privée et familiale.

Sur le plan juridique, elle a retenu que l'hypothèse d'un décès de M. Y... n'était qu'éventuelle et que le risque que ce décès survienne avant la majorité de l'enfant, en raison des déplacements internationaux de la famille, était très faible. En cas de réalisation de ce risque, elle a relevé que M. X... pourrait être nommé tuteur de l'enfant.

Elle a toutefois relevé deux difficultés :

- *“En premier lieu, l'absence de lien de filiation interdit à l'enfant de venir à sa succession en qualité d'héritier. Mais elle ne lui interdit pas d'y venir en qualité de légataire, avec un surcoût de droits de succession à payer”*.

- *“En second lieu, M. X... n'est pas titulaire de l'autorité parentale et il ne peut donc pas l'exercer, ce qu'il pourrait faire en cas d'adoption simple, avec l'accord de M. Y...”. Mais “cette situation ne prive pas sérieusement l'enfant de son droit à ne pas être discriminé ou encore de son droit à une vie familiale, ni de son droit à une vie privée, en présence de l'exercice effectif par son père biologique de son autorité parentale, étant observé que la situation de M... à cet égard n'est pas différente de celle de bon nombre d'autres enfants n'ayant de lien de filiation qu'avec un seul parent”*.

Elle en a conclu qu'en définitive, *“le refus de faire droit à la demande d'adoption de M. Rémy X... en raison de la violation par M. Y... de la prohibition en droit français de la gestation pour autrui, ne porterait atteinte que dans une mesure relativement virtuelle aux droits et à l'intérêt de l'enfant, et en tout cas pas de façon disproportionnée”*.

Pour A. Mirkovic⁵¹, qui approuve l'arrêt attaqué, *“la conception d'un enfant dont l'abandon est planifié pour le rendre adoptable réalise un détournement de l'adoption”*.

Elle estime qu'il résulte de cette décision que *“la possibilité d'adopter pour les conjoints de même sexe n'est pas assortie de celle de détourner l'adoption, pas plus que la possibilité d'adopter pour les conjoints de sexe différent ne l'a jamais été. L'adoption est en effet une institution au service de l'enfant, qui vise à réparer un accident de la vie et serait détournée si elle venait couronner un processus organisant la conception d'un enfant rendu délibérément adoptable”*.

Pour J. Hauser⁵² également, la cour d'appel de Dijon a posé très habilement les problèmes :

“La Cour de Dijon rappelle que l'article 16-7 du code civil, existe toujours (ce qu'on finit par oublier) qu'il est expressément d'ordre public et que la convention ayant conduit à la conception de l'enfant était donc non valide. Habilement la cour de Dijon ne s'aventure pas sur le terrain de la fraude à la loi puisque l'enfant dispose d'un état civil en ordre. Elle ne retient pas non plus l'automaticité de l'annulation d'un acte de naissance ou le rejet d'une demande d'adoption du fait de la violation d'une règle d'ordre public. C'est sur un autre terrain qu'elle se situe : « il appartient au juge de décider si le refus de donner effet à un acte ou celui de faire droit à une demande au motif d'une telle violation représente ou non une atteinte disproportionnée à l'intérêt de l'enfant et plus précisément à l'exercice de ses droits protégés au respect de sa vie familiale et de sa vie privée ». Dans de longs attendus la cour constate alors que la situation de l'enfant ne conduit pas à le discriminer et qu'en fait il est élevé par deux parents. [...]. Bien entendu tout cela est fort habile et, s'il y a pourvoi, on verra comment la Cour de cassation recevra cette motivation de fait qui manie dans un sens, qui n'est pas toujours majoritaire, les concepts de discrimination et d'intérêt de l'enfant”.

Pour H. Fulchiron⁵³, en revanche, *“si le raisonnement tenu par les juges de Dijon peut convaincre, les conséquences qu'ils en tirent sont plus discutables”*.

La faiblesse de l'arrêt réside, selon lui, dans le “sophisme” dans lequel s'enfermeraient les juges dijonnais, *“qui les conduit à dire que puisque tout va bien, puisque tout le monde considère déjà l'enfant comme celui du couple, il n'est pas besoin de prononcer l'adoption”*.

⁵¹ “GPA et détournement de l'adoption”, JCP G 2016, act. 423

⁵² “GPA : la fin de la prétérition et de l'hypocrisie ?”, RTD civ. 2016. 335.

⁵³ “Refus de l'adoption par le mari de son père d'un enfant né grâce à une mère porteuse”, Dr. famille, juillet 2016, comm. 137

Selon cet auteur, *“il serait plus logique de partir de la demande, de ses circonstances, de l'intérêt de l'enfant, pour se demander si la prohibition de la GPA peut justifier son rejet, alors même que toutes les conditions en sont réunies. En l'espèce, l'enfant est parfaitement intégré dans le milieu familial, il porte le nom de ses parents d'intention et est considéré comme leur enfant commun ; huit ans se sont écoulés depuis sa naissance. De plus, à l'époque de sa conception, l'adoption n'était pas envisageable : il n'y a donc pas eu manipulation des règles légales, comme il pourrait y en avoir si l'adoption avait été programmée dès le départ. Enfin, en demandant une adoption simple et non une adoption plénière, le parent d'intention laisse toute sa place symbolique à la mère et respecte pleinement l'identité de l'enfant. Autant d'éléments qui auraient pu justifier que la requête fût accueillie. On peut même se demander quelles circonstances auraient été susceptibles de fléchir les juges bourguignons...”*

Il ajoute que le refus de toute adoption par le parent d'intention serait probablement incompatible *“avec les principes du droit français considéré dans sa globalité et non sous le seul angle de la prohibition de la GPA”*.

La **première branche** du premier moyen, prise d'un grief de violation des articles 16-7 et 16-9, 343 à 349 et 360 à 362 du code civil, ainsi que des articles 8 et 14 de la Convention EDH, soutient que le refus de prononcer l'adoption simple d'un enfant, au seul motif qu'il serait né d'une gestation pour autrui, porterait une atteinte disproportionnée au droit de l'enfant et de l'adoptant de ne pas être discriminés dans la jouissance de leur droit au respect de la vie privée et familiale.

La **deuxième branche**, prise du même grief, outre la violation de l'article 3 de la Convention internationale des droits de l'enfant, soutient que le refus de prononcer l'adoption simple d'un enfant, au seul motif qu'il serait né d'une gestation pour autrui, porterait une atteinte disproportionnée au droit de l'enfant au respect de sa vie privée et familiale.

La **troisième branche** du moyen, prise du même grief, reproche à la cour d'appel d'avoir refusé de prononcer l'adoption alors qu'en toute hypothèse, le recours à la gestation pour autrui ne peut faire obstacle au prononcé de l'adoption, par l'époux du père biologique, de l'enfant né de cette procréation, dès lors que les conditions légales de l'adoption sont réunies et qu'elle est conforme à l'intérêt de l'enfant.

La chambre est donc invitée à dire si le recours à la gestation pour autrui fait ou non obstacle au prononcé de l'adoption, par l'époux du père biologique, de l'enfant né de cette procréation et, dans l'affirmative, si le refus de l'adoption porte une atteinte disproportionnée au droit de l'enfant au respect de sa vie privée et familiale et à son droit de ne pas être discriminé.

b) Le second moyen et le consentement de la mère porteuse à l'adoption de l'enfant

La cour d'appel a énoncé qu'au vu des justificatifs produits en cause d'appel, le débat relatif à la non-rétractation du consentement de Mme Z... n'avait plus cours et que la sincérité de son consentement n'était pas discutable.

Elle a retenu qu'il lui incombait *“de vérifier dans toute son étendue la qualité du consentement du parent biologique, en examinant non seulement sa régularité formelle et sa validité subjective, mais aussi son efficacité juridique”*.

A cet égard, elle a estimé que Mme Z... avait toujours exprimé, avant comme après son accouchement, sans aucune équivoque, qu'elle n'avait entendu intervenir dans le processus de la naissance de M... que comme mère pour autrui, *“limitant sa contribution au seul aspect biologique de la conception et de la gestation de l'enfant à naître”* ; qu'elle n'avait donc *“consenti à convenir d'être mère, non pas pour elle-même ni pour l'enfant dont elle accoucherait, mais uniquement pour permettre à M. Y... de devenir le père de cet enfant”*.

Dès lors, pour la cour d'appel, *“son consentement initial, dépourvu de toute dimension maternelle subjective ou psychique, prive de portée juridique son consentement ultérieur à l'adoption de l'enfant dont elle a accouché, un tel consentement ne pouvant s'entendre, sauf à représenter un détournement de la procédure d'adoption - et sachant que rien ne peut altérer le fait d'une maternité biologique -, que comme celui d'une mère à renoncer symboliquement et juridiquement à sa maternité dans toutes ses composantes et en particulier dans sa dimension subjective ou psychique”*.

J. Hauser⁵⁴ approuve ce raisonnement au motif que la mère porteuse n'a jamais entendu exercer cette fonction, *“ce qui lui dénie toute qualité pour donner son consentement à l'adoption”* : *“Ainsi donc, c'est un défaut de qualité qui lui est reproché mais l'argument n'aura de valeur que si on ajoute dans le fait de l'accouchement un sens intentionnel de s'assumer comme mère, exclusif d'une volonté purement abdicative, le consentement à l'adoption participant, manifestement, des volontés translatives : on ne peut transmettre ce à quoi on a renoncé. Dans la gestation pour autrui, c'est bien la définition de l'accouchement qui est en cause et la définition qu'en donnera la Cour de cassation engagera bien d'autres conséquences. Dans tous les cas la Cour de Dijon aura bien posé très habilement des problèmes”*.

La **première branche** du moyen, prise d'un grief de violation de l'article 455 du code de procédure civile, reproche à la cour d'appel d'avoir statué par un motif inintelligible en écartant, par une pétition de principe, les éléments de preuve produits par M. X... et établissant le consentement de la mère biologique à l'adoption.

⁵⁴ Article précité.

La **deuxième branche**, prise d'un grief de violation des articles 16-7, 16-9, 347 et 348 du code civil, reproche à la cour d'appel d'avoir statué par des motifs inopérants en retenant que le consentement de la mère porteuse à l'adoption de l'enfant se trouverait privé de toute portée juridique en raison de l'absence de toute "*dimension maternelle subjective ou psychique*" de son consentement initial à devenir "*mère pour autrui*".

La **troisième branche**, prise d'un grief de violation des articles 347 et 348 du code civil, reproche à la cour d'appel de ne pas avoir tiré les conséquences légales de ses propres constatations en rejetant la demande d'adoption pour défaut de consentement valable de la mère de l'enfant, alors qu'elle relevait par ailleurs que le père biologique de l'enfant avait valablement exprimé son consentement.

Enfin, la **quatrième branche**, prise d'un grief de violation des articles 347 et 348 du code civil, 3 de la Convention New York relative aux droits de l'enfant et 8 de la Convention EDH, reproche à la cour d'appel de ne pas avoir tiré les conséquences légales de ses propres constatations en refusant de prononcer l'adoption au motif que la mère porteuse ne pouvait pas, par principe, valablement exprimer son consentement à l'adoption de l'enfant, alors que, même en l'absence de consentement de l'un des parents, l'adoption simple peut être prononcée si elle répond à l'intérêt supérieur de l'enfant et à son droit au respect de sa vie privée et familiale.

On rappellera qu'en application des articles 370-3 et suivants du code civil, les conditions comme les effets de l'adoption sont régis par la loi nationale de l'adoptant (ou, en cas d'adoption par deux époux, par la loi qui régit les effets de leur union), la loi nationale de l'adopté déterminant seulement les conditions du consentement ou de la représentation de l'adopté (la désignation du représentant légal apte à donner son consentement relève, par exemple, de la loi personnelle de l'enfant).

Le contenu du consentement doit, quant à lui, être apprécié indépendamment de la loi personnelle de l'adopté : quelle que soit la loi applicable, l'adoption requiert le consentement du représentant légal de l'enfant et ce consentement doit être libre, obtenu sans aucune contrepartie, après la naissance de l'enfant et éclairé sur les conséquences de l'adoption (article 370-3, alinéa 3, du code civil).

Il appartient donc aux juges français saisis d'une demande d'adoption d'apprécier le consentement de la mère de l'enfant, lorsque celle-ci est en vie et n'a pas perdu ses droits d'autorité parentale.

Peut-on pour autant poser en principe qu'une mère porteuse ne peut valablement consentir à l'adoption de l'enfant auquel elle a donné naissance ?

N'y a-t-il pas quelque paradoxe à soutenir que la mère ne peut être que celle qui a accouché - au nom du principe *mater semper certa est* -, ce qui prive la mère

d'intention de tout droit, et parallèlement, de nier tout droit à la mère porteuse, dont celui de consentir à l'adoption de l'enfant ?

Dans une telle hypothèse, l'enfant issu d'une GPA ne pourrait jamais être adopté, faute pour sa mère - la mère ayant accouché au sens du droit français - de pouvoir consentir à son adoption.

Seule une procédure de déclaration judiciaire de délaissement parental partiel (ou son équivalent prévu par la loi étrangère), régie par les nouveaux articles 381-1 et 381-2 du code civil, permettrait de rendre l'enfant adoptable dans les conditions prévues par l'article 347 du code civil, aux termes duquel peuvent être adoptés :

"1° Les enfants pour lesquels les père et mère ou le conseil de famille ont valablement consenti à l'adoption ;

2° Les pupilles de l'État ;

3° Les enfants déclarés abandonnés dans les conditions aux articles 381-1 et 381-2".

En l'absence de toute reconnaissance du droit de la mère porteuse à consentir à l'adoption, l'adoptant pourrait-il, comme le soutient la troisième branche du moyen, se fonder sur l'article 348 du code civil⁵⁵ ?

Il résulte de ce texte que *"lorsque la filiation d'un enfant est établie à l'égard de son père et de sa mère, ceux-ci doivent consentir l'un et l'autre à l'adoption.*

Si l'un des deux est mort ou dans l'impossibilité de manifester sa volonté, s'il a perdu ses droits d'autorité parentale, le consentement de l'autre suffit".

Toutefois, en l'espèce, Mme Z... n'est pas dans l'impossibilité de manifester sa volonté et ne semble pas, au vu des constatations de l'arrêt, avoir perdu ses droits d'autorité parentale.

Enfin, on relèvera que, dans son mémoire en défense, le procureur général près la cour d'appel de Dijon conclut à la cassation de l'arrêt attaqué pour les raisons suivantes :

- l'ouverture du mariage aux couples de même sexe a pour conséquence de permettre l'adoption de l'enfant du conjoint au sein de ces couples ;
- le recours à l'étranger à une pratique de procréation prohibée ne fait pas obstacle au prononcé de l'adoption ;
- l'Assemblée plénière a jugé que le simple fait d'avoir recours à une GPA à l'étranger n'était pas constitutif d'une fraude ;

⁵⁵ Applicable à l'adoption simple par renvoi de l'article 361 du code civil.

- le refus de l'adoption constitue une atteinte disproportionnée au droit de l'enfant en lui interdisant de recueillir la succession de M. X... ;
- M. X... s'occupe de l'enfant comme de son propre enfant et ce dernier a été accueilli depuis sa naissance par le couple marié puis pacsé X.../Y... ;
- Mme Z... a consenti à l'adoption de l'enfant et a établi un certificat de non-rétractation conformément au droit californien.

5 - Orientation proposée : FS

Nombre de projet(s) préparé(s) : 2