

# LES AVIS DE LA COUR DE CASSATION RELATIFS À L'ADOPTION PAR L'ÉPOUSE DE LA MÈRE D'UN ENFANT CONÇU À L'ÉTRANGER PAR INSÉMINATION ARTIFICIELLE (1)

*ADVICE OF COUR DE CASSATION RELATIVE TO ADOPTION  
BY THE WIFE OF THE MOTHER OF A CHILD CONCEIVED  
ABROAD BY ARTIFICIAL INSEMINATION*

Par **Valérie DEPADT\***

## RÉSUMÉ

Par deux avis très attendus, rendus le 22 septembre 2014, la Cour de cassation a été appelée à se prononcer sur la question de savoir si le recours à l'assistance médicale à la procréation à l'étranger par un couple de femmes est de nature à constituer une fraude à la loi faisant obstacle à ce que soit prononcée l'adoption par l'épouse de la mère.

Écartant la solution fondée sur la fraude à la loi, les Hauts magistrats ont répondu que « le recours à l'assistance médicale à la procréation, sous 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 ».

\* Maître de conférences (HDR) à la faculté de droit de l'Université Paris-13, Sorbonne Paris-Cité, Membre de l'IRDA, membre associé de l'EA 1610, Université Paris-Sud-11  
valerie.sebag@wanadoo.fr

(1) Cass. avis, 22 sept. 2014, n° 15010 et 15011.

## MOTS-CLÉS

Assistance médicale à la procréation, don de gamètes à l'étranger, adoption, intérêt de l'enfant.

## SUMMARY

*By two long expected advisory notices published on 22 September 2014, the Appeal Court had to decide on the issue of knowing whether the use of medically assisted procreation abroad by a couple of women constitutes fraud in relation to the law which obstructs adoption by the wife of the mother.*

*Setting aside the solution based on fraud, the senior magistrates replied that "the use of medically assisted procreation, in the form of artificial insemination with an anonymous donor abroad, does not constitute an obstacle to the pronouncing of adoption by the wife of the mother of the child born of this procreation, so long as the legal conditions for adoption are fulfilled and it complies with the child's interests".*

**KEYWORDS**

*Medically assisted procreation, gamete donation abroad, adoption, child's interests.*

La loi du 17 mai sur « le mariage pour tous » a consacré la famille homoparentale en ouvrant le mariage et l'adoption aux couples de même sexe. Pour autant, l'adoption par un couple de même sexe risque de s'avérer particulièrement longue et laborieuse, le nombre d'enfants adoptables se trouvant extrêmement limité et les listes d'attentes particulièrement longues. L'adoption internationale risque d'être tout aussi difficile, la majorité des pays ayant déjà refusé de confier leurs enfants à des couples de même sexe. En revanche, le nombre d'enfants élevés dans des familles homoparentales ne cesse d'augmenter. Les couples de femmes, lorsqu'elles conçoivent le projet de devenir mères, se rendent de l'autre côté de nos frontières afin de bénéficier d'un don de gamètes que le droit français refuse aux couples de même sexe, l'article L. 2141-2 du code de la santé publique ne l'admettant qu'au profit des couples formés d'un homme et d'une femme.

Or, en cas de séparation du couple ou de décès de la mère, sa compagne ne se voyait jusque-là reconnaître aucun droit sur l'enfant. Ainsi, on sait qu'au-delà du lien prétendument indissociable entre le mariage et la parenté, la démarche du législateur a trouvé sa raison d'être dans la volonté de sécuriser la filiation des enfants qui vivent dans une famille homoparentale. Dès la mise en application de la loi, les tribunaux ont été saisis de demandes d'adoption formées par les épouses de mères d'enfants conçus à l'étranger par don de gamètes. Mais alors que les tribunaux de Lille, de Marseille ou de Nanterre (2) ont accueilli favorablement de telles demandes, le Tribunal de grande instance de Versailles, dans une décision du 29 avril 2014, a refusé d'y faire droit au motif que l'enfant avait été conçu en fraude à la loi (3). À la question de savoir si le recours à l'étranger d'un tel procédé, interdit en France, pour concevoir l'enfant devait faire échec à la demande d'adoption plénière présentée par l'épouse de la mère biologique, les juges ont répondu 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 inter-

dit donc l'adoption de l'enfant illégalement conçu ». Mais légalement adopté, pourrait-on pourtant remarquer.

Dans ce contexte, les tribunaux de grande instance d'Avignon et de Poitiers, usant de l'article L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire (4), ont saisi la Cour de cassation afin qu'elle se prononce, sous forme d'avis, à la question de savoir si le recours à l'assistance médicale à la procréation à l'étranger par un couple de femmes est de nature à constituer une fraude à la loi faisant obstacle à ce que soit prononcée l'adoption par l'épouse de la mère.

Par deux avis du 22 septembre 2014, la Cour de cassation a répondu par la négative, estimant que « le recours à l'assistance médicale à la procréation, sous 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 ». Elle rappelle également que, conformément à l'article 353 du Code civil, de même qu'aux engagements internationaux de la France, l'adoption ne peut être prononcée que dans la mesure où les conditions légales sont remplies et qu'elle est conforme à l'intérêt de l'enfant.

Ces avis, rendus sur les conclusions conformes de l'avocat général, traduisent le respect par la Cour de cassation tant de l'esprit que de la lettre de la loi de 2013. Dans un communiqué du 23 septembre 2014, la Ministre de la justice les approuve sans réserve, notamment en ce qu'ils « favoriseront une harmonisation de la jurisprudence. L'adoption est désormais clairement ouverte, sous toutes ses formes, à tous les couples mariés conformément à la loi du 17 mai 2013 » (5).

On ne trouve dans les avis, rendus en termes identiques, aucune référence à la fraude soulevée par la Cour d'appel de Versailles et cette absence n'est, d'aucune façon, qualifiable de lacune (6). Tout d'abord, la fraude à la loi suppose un artifice qui, en l'espèce, n'existe pas. Le couple qui a formé le projet d'avoir un enfant n'a fait que se rendre à l'extérieur de nos frontières afin de bénéficier d'une technique dont l'accès lui est refusé à l'intérieur. Ensuite, l'autre élément constitutif de la fraude, à savoir l'élément intentionnel, ne peut être raisonnablement établi, la concep-

(2) TGI Nanterre, 8 juillet 2014, D. 2014,1669, note Ph. Reigné.

(3) TGI Versailles, 29 avril 2014 (3 jugements), D. 2014,1041 ; AJ fam. 2014,368,obs. C. Méary, 267, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; Dr. Fam. 2014, Comm. 113, note Ph. Reigné.

(4) L'article L. 441-1 COJ : « Avant de statuer sur une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges, les juridictions de l'ordre judiciaire peuvent, par une décision non susceptible de recours, solliciter l'avis de la Cour de cassation ».

(5) C. Taubira, communiqué, 23 septembre 2014.

(6) V° H. Fulchiron, *Fraus omnia corrumpit* ?, D. 2014,1162 ; 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*, D. 2014, 1669.

tion des enfants remontant à une époque bien antérieure à celle de la loi du 17 mai 2013.

Plus délicate apparaît la question des rapports entre l'article L. 2141-2 du code de la santé publique et l'article 6-1 du Code civil dans sa rédaction issue de 2013. Tandis que ce dernier accorde le même droit à l'adoption, que « les parents soient de sexe différent ou de même sexe », le premier réserve l'accès à l'assistance médicale à la procréation aux couples formés d'un homme et d'une femme, disposant qu'« Elle a pour objet de remédier à l'infertilité dont le caractère pathologique a été médicalement diagnostiqué ou d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité ». Cependant, le texte ne formule aucune interdiction qui viserait les couples de même sexe ou, d'une façon générale, ceux qui ne répondraient pas à ses conditions. De ce point de vue, la situation n'est pas comparable à celle de la gestation pour autrui, expressément interdite à l'article 16-7 du Code civil.

D'ailleurs, le communiqué officiel indiquant « que la Cour de cassation écarte la solution fondée sur la fraude à la loi en matière d'insémination artificielle avec donneur anonyme pratiquée à l'étranger », précise qu'« en France, certes sous conditions, cette pratique médicale est autorisée : dès lors, le fait que des femmes y aient eu recours à l'étranger ne heurte aucun principe essentiel du droit français » (7).

De cette façon, la Cour de cassation délimite la portée de l'article L. 2141-3 du code de la santé publique et refuse de l'ériger en principe essentiel du droit français. Rappelons ici que dans sa décision du 17 mai 2013, le Conseil Constitutionnel a 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 fondé sur l'altérité sexuelle" »,

de même que celui « 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 ».

Le raisonnement de la Haute juridiction est également en parfaite conformité avec les droits fondamentaux. L'article 3-1 de la Convention européenne de New-York du 26 janvier 1990, relative aux droits de l'enfant, impose que, dans toutes les décisions qui concernent les enfants, l'intérêt supérieur de ceux-ci soit une considération primordiale (8). La CEDH a récemment condamné la France pour refuser de transcrire sur les registres nationaux l'état civil des enfants nés d'une gestation pour autrui réalisée à l'étranger. Les juges de Strasbourg ont rappelé que la filiation relève de l'identité et, par suite, que le refus par la France de reconnaître ces enfants comme ceux de leurs parents au sein de son ordre juridique porte atteinte à leur identité dans la société française (9).

Ces avis, bien qu'ils ne lient pas la juridiction qui a formulé la demande, feront certainement autorité (10). Mais ils n'ont pas force exécutoire et l'on peut craindre que la question ne ressurgisse au travers l'appréciation de l'intérêt de l'enfant sur le fondement de l'article 353 du Code civil, question de fait relevant en tant que telle de l'appréciation des juges du fond. ■

(7) Communiqué de la Cour de cassation, Avis n° G1470006 et avis n° J1470007, du lundi 22 septembre 2014.

(8) Entre autres décisions, Civ. 1<sup>re</sup>, 8 novembre 2005, D. 2005, Jur. 554, note F. Boulanger.

(9) CEDH, 26 juin 2014, aff. 65192/11 et 65941/11, D. 2014, 1806, note L. d'Avout ; H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, « Ne punissez pas les enfants des fautes de leurs pères », D. 2014, chr. 1773, F. Chénédé, « Les arrêts Menesson et Labassée ou l'instrumentalisation des droits de l'homme », D. 2014, 1797 ; A. Gouttenoire, « Convention de gestation pour autrui, condamnation mesurée de la Cour EDH au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant », JCP 2014, p. 1486 ; RJPF 2014, n° 9, p. 46, note T. Garé.

(10) Sur les avis de la Cour de cassation, V° F. Terré, Introduction au droit, Dalloz, 9<sup>e</sup> ed., n° 153.