

Mariage pour tous : de l'ouverture de l'adoption aux revendications relatives à la procréation¹

Éléonore CADOU

Maître de conférences en droit privé

Université de La Réunion

La loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux personnes de même sexe a transformé le droit de la famille bien au-delà du simple mariage, et bien au-delà du cercle assez restreint des couples de personnes de même sexe. Par un effet de système, c'est en effet tout le droit de la famille qui a été bouleversé par cette loi, et en particulier le droit de la filiation.

Mais en vérité tout avait commencé bien avant la loi du 17 mai 2013. Si l'on cherchait à filer une métaphore ludique, on pourrait dire que ce qui avait démarré comme une partie de ping-pong s'est poursuivi par une chute de dominos, dominos qu'en 2023 on n'a pas fini de regarder tomber.

I. Première Partie : Ping-Pong

Entre 1999 et 2013, une grande partie en double mixte s'est jouée entre l'exécutif, le législateur, la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel, chacun se renvoyant la balle pour éviter la question pourtant centrale de l'homoparenté (A). La brèche fut ouverte par la loi de 2013, mais faute d'être parfaitement assumée, la reconnaissance de l'homoparenté généra des difficultés que l'on peine encore aujourd'hui à mesurer (B).

¹ Préparée en vue d'une présentation orale, cette contribution n'a pas été substantiellement modifiée ensuite en vue de sa publication.

A. Avant 2013 : un couple homosexuel, mais sans enfant

Avant la loi du 17 mai 2013 il y eut une longue période où chacun s'évertua à pratiquer à sa manière un véritable *déni de filiation*. Cela fut particulièrement visible dans la loi de 1999, l'ordonnance de 2005, et la QPC de 2010.

1. La loi du 15 novembre 1999 sur le PACS

La question de la « filiation pour tous » est entrée dans le débat public à la faveur des discussions relatives au contrat de partenariat civil, interminables débats qui ont finalement conduit à l'adoption de la loi sur le PACS du 15 novembre 1999. Les plus anciens se souviennent peut-être que le premier projet fut déposé par le sénateur Jean-Luc Mélenchon en 1990, et que d'autres projets se sont enchaînés par la suite, sous divers acronymes plus ou moins engageants : on eut ainsi droit au PIC et au CVS, au CUS puis au CUC... et c'est le PACS qui l'emporta. Au final, le texte ne fut adopté – après plus de 9 ans d'atermoiements – qu'à la condition, expressément posée par le gouvernement Jospin, que l'on refusât aux partenaires tout accès à l'adoption comme aux PMA.

De fait, la question de l'homoparenté ne fut même pas évoquée par la loi PACS : comme l'écrivit Jean Carbonnier, la loi du 15 novembre 1999 s'appliquait soigneusement à « *tenir les enfants à distance* »².

La balle fut alors envoyée dans le camp du Conseil constitutionnel, puisque, sans surprise, l'homoparenté fut une question centrale dans le recours formé contre la loi PACS : les auteurs du recours reprochaient à la loi de violer l'article 34 de la Constitution, en ce qu'elle renvoyait implicitement aux pouvoirs règlementaire et judiciaire la détermination des effets que le PACS aurait inévitablement sur la filiation. La réponse du Conseil constitutionnel fut sans appel : pour lui la question de la parenté ne se posait même pas puisque, selon le Conseil, la loi sur le PACS était tout simplement « *sans incidence sur la filiation* »³. Fermez le ban.

² J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 2, PUF, 21^{ème} édition 2002, p. 747.

³ C.C., décision n° 99-419 DC du 9 novembre 1999, *Loi relative au pacte civil de solidarité* : « *Considérant [...] que, limitée à l'objet ainsi voulu et défini par le législateur, la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel est sans incidence sur les autres titres du livre Ier du code civil, notamment ceux relatifs aux actes d'état civil, à la filiation, à la filiation adoptive et à l'autorité parentale, ensemble de dispositions dont les conditions d'application ne sont pas modifiées par la loi déférée. [...] La loi n'a pas davantage d'effet sur la mise en œuvre des dispositions législatives relatives à l'assistance médicale à la procréation, lesquelles demeurent en vigueur et ne sont applicables qu'aux couples formés d'un homme et d'une femme* » (cons. 29) ; Adde G. CORNU, *Droit civil, La famille*, Montchrestien 9^{ème} édition 2006, p. 118.

Évidemment tous ne furent pas dupes. De nombreuses voix prédisaient qu'une fois le contrat d'union civile mis en place, la prochaine étape serait l'accès à la filiation et l'avènement de la famille homoparentale. D'ailleurs, comme le fit remarquer le Doyen Carbonnier, la loi sur le PACS fut insérée dans le Code civil non pas au livre III qui est celui des contrats, mais au Livre I^{er} qui est celui des personnes et de la famille⁴, ce qui révélait bien l'inconscient du législateur. Ainsi Carbonnier prédisait-il finement : « *Mais sera-t-il si facile de se débarrasser des enfants ? Ils nous reviendront plus loin* »⁵.

2. L'ordonnance du 4 juillet 2005 portant réforme du droit de la filiation

Puisque le législateur ne voulait pas s'emparer de la question, on pouvait légitimement espérer que l'ordonnance du 4 juillet 2005 « *portant réforme de la filiation* » se saisisse de la question de l'accès de tous à la filiation. Mais l'exécutif resta lui aussi parfaitement muet, aussi bien sur l'accès à la filiation adoptive que sur celui de la GPA. À l'époque, certains avaient justifié le silence du texte par le fait que l'on ne pouvait traiter de questions aussi fondamentales par le biais d'une simple ordonnance⁶.

L'exécutif n'était donc pas plus loquace que le législateur et le Conseil constitutionnel réunis. La question continua donc d'être ignorée sur le plan juridique. Mais les faits (et les gens) sont têtus, et l'homoparenté ne cessa d'être un sujet de plus en plus évoqué, en France et dans le monde.

3. La QPC « Adoption » du 6 octobre 2010⁷

Le sujet fut de nouveau porté devant le Conseil constitutionnel, cette fois sous la forme d'une QPC relative à l'exclusion des couples non mariés du champ de l'adoption. C'était en 2010 et, sans entrer dans le détail de l'argumentation,⁸ on peut dire que le Conseil constitutionnel a considéré en substance :

⁴ J. CARBONNIER, *Droit civil, op. cit.*, p. 733.

⁵ *Idem*, p. 746 à propos de la présomption de paternité.

⁶ C'était l'époque où, dans le respect de l'esprit de la Constitution, l'habitude n'avait pas encore été prise de légiférer par ordonnance.

⁷ C.C., décision n° 2010-39 QPC du 6 octobre 2010 dite « *Adoption au sein d'un couple non marié* ».

⁸ Argumentation particulièrement lacunaire et décevante, que l'on pourrait trivialement résumer ainsi : « C'est différent parce que ce n'est pas pareil, et puis si le législateur en a décidé ainsi, qui sommes-nous pour le juger ? ».

– d'une part, qu'il n'était pas vraiment gênant d'élever un enfant sans avoir aucun lien de filiation avec lui⁹ ;

– d'autre part, qu'il n'appartenait pas au Conseil de se substituer au législateur sur la question de l'accès des couples de même sexe à l'adoption.

Refusant donc de prendre position sur ce qu'il considérait, non sans raison, comme une question d'ordre politique, le Conseil constitutionnel renvoyait cette fois clairement la balle dans le camp du législateur. En 2013, celui-ci semblait enfin prêt à répondre, et à accorder aux couples homosexuels un...demi-visa pour la filiation¹⁰.

B. Après 2013 : tous les couples, mais pas toutes les filiations

Au moment de l'élaboration de la loi du 17 mai 2013, les oppositions se sont clairement cristallisées sur la reconnaissance de la famille homoparentale. On a pu comprendre alors que les réticences étaient finalement bien plus vives sur ce point que sur le principe même d'un mariage homosexuel. Le débat peut d'ailleurs être résumé par le slogan qui fut bientôt l'emblème du mouvement *Manif pour tous*, conduit par les opposants au *Mariage pour tous* : pour élever un enfant il fallait selon eux « *Un papa, une maman* » exclusivement, et surtout pas davantage.

Malgré les violentes oppositions, la loi du 17 mai 2013 a maintenu sa volonté d'instaurer l'accès des couples de même sexe à la filiation. Le législateur a donc franchi le Rubicon... mais pas complètement : il s'est en effet arrêté au milieu du gué, en ne permettant l'accès à la parenté des couples de même sexe que par la seule voie de l'adoption. Après quelques tergiversations, le Gouvernement avait rapidement renoncé à ouvrir le chantier des procréations médicalement assistées (PMA). Quelques années plus tard, la Cour de cassation a clos le débat, en précisant dans un avis de 2018 que ni la reconnaissance, ni la possession d'état ni bien sûr la présomption de paternité n'étaient rendus accessibles par la loi aux couples du même sexe¹¹.

⁹ Où l'on voit que les Conseillers n'ont jamais essayé d'inscrire un enfant réel à la bibliothèque municipale.

¹⁰ Et pendant ce temps la Cour de Cassation joue seule dans son coin au *jokari*, en s'appliquant à rejeter systématiquement toutes les demandes de validation de GPA au nom de l'indisponibilité de l'état et du corps humain, puis au nom de la fraude à l'OP. Ça bascule en 2015, v. *infra*.

¹¹ Avis Cass. Civ. 1^{ère}, 7 mars 2018, n° 17-70.039 P : « *En ouvrant le mariage aux couples de même sexe, la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 a expressément exclu qu'un lien de filiation puisse être établi à l'égard de deux personnes de même sexe, si ce n'est par l'adoption. (...) Les modes d'établissement du lien de filiation prévus au titre VII du livre Ier du code civil, tels que la reconnaissance ou la présomption de paternité, ou encore la possession d'état, n'ont donc pas été ouverts aux époux de même sexe, a fortiori aux concubins de même sexe. En toute*

D'après la loi de 2013 il n'est donc pas question d'avoir une parenté monosexuée en dehors du champ étroit de l'adoption. Deux questions s'imposent alors, sur les causes et sur les conséquences de ces exclusions.

1. Les raisons de ces exclusions

Plusieurs explications peuvent être avancées :

D'une part, concernant spécifiquement le « déni de PMA », il est possible de supposer que la réticence gouvernementale est liée tout simplement au manque de courage politique, ou disons plus gentiment à la volonté des pouvoirs publics d'avancer prudemment et progressivement. Comme son nom l'indique, la PMA suppose que le corps social *assiste* financièrement et techniquement la procréation. S'agissant de couples homosexuels, ce soutien délibéré semblait dépasser ce que la société était en 2013 capable d'admettre ou de supporter.

Il faut y ajouter le fait que le traitement des PMA ouvrait quasi-inéluctablement *l'autre chantier*, connexe et autrement plus délicat, de la gestation pour autrui (GPA). L'affaire fut donc mise sur « pause » : le gouvernement a annoncé qu'il attendait l'avis du Comité National Consultatif d'éthique, et que serait bientôt votée une « grande loi sur la famille »... que l'on attend toujours en 2023.

D'autre part, concernant les refus d'accès des parents homosexuels aux autres modes d'établissement de la filiation (possession d'état ou reconnaissance, voire présomption de maternité), une explication est donnée par Hugues Fulchiron selon lequel, si le législateur a « *suspendu sa plume* », c'est parce qu'il n'a pas voulu « *dénaturer le droit de la filiation* »¹². Il lui paraissait impossible d'emprunter au droit de la filiation charnelle pour réglementer une situation qui s'éloignait si manifestement des lois de la nature : on ne pouvait imiter la filiation biologique au-delà du raisonnable, et couvrir ainsi l'homoparenté du voile de la normalité. Cela aurait en effet supposé une dissociation officielle entre le droit et la biologie, à laquelle on ne savait se résoudre¹³.

hypothèse, l'article 320 du code civil dispose que, tant qu'elle n'a pas été contestée en justice, la filiation légalement établie fait obstacle à l'établissement d'une autre filiation qui la contredirait. Ces dispositions s'opposent à ce que deux filiations maternelles ou deux filiations paternelles soient établies à l'égard d'un même enfant ».

¹² H. FULCHIRON, « Le mariage pour tous. Un enfant pour qui ? », *J.C.P. G* 2013, Doctr. p. 1123.

¹³ Pourtant l'argument de la vraisemblance n'avait pas fait obstacle à l'intégration de la PMA aux règles du droit commun, y compris lorsqu'elle a recours à un tiers donneur : rien n'empêche en effet le mari d'une femme inséminée avec tiers donneur d'invoquer la présomption de paternité, ni à son concubin de reconnaître l'enfant ou d'établir sa filiation par possession d'état. Mais il faut dire que l'on restait alors dans le cadre d'une relation hétérosexuelle. Les apparences étant sauvées, on pouvait faire semblant de ne rien remarquer. Avec les situations

Rétrospectivement, ces restrictions apparaissent regrettables : si l'on avait plus clairement ouvert le débat, bien des complications auraient été évitées par la suite.

2. Les conséquences de ces exclusions

On peut s'intéresser à la fois aux conséquences symboliques et pratiques de cette limitation.

Sur le plan symbolique, certains auteurs ont pu s'inquiéter du message délivré par la loi : on pouvait craindre une stigmatisation de l'adoption, une sorte de filiation de second rang – cette hiérarchie établie entre les liens adoptifs et les sacro-saints liens du sang ayant déjà été dénoncée par certains observateurs bien avant 2013.

Surtout, des interrogations ont vu le jour quant aux conséquences pratiques de la loi nouvelle. Il faut comprendre en effet que, lorsque l'on parle d'adoption, on renvoie en fait à deux réalités sensiblement distinctes : d'une part, l'adoption *par le couple* et, d'autre part, l'adoption *au sein du couple*, c'est à dire l'adoption de l'enfant du conjoint. Or il était clair dès le départ que les époux du même sexe qui allaient réussir à obtenir l'agrément des services de l'ASE auraient les plus grandes difficultés à trouver des enfants à adopter ensemble, que ce soit en France ou à l'étranger.

Tout d'abord, le douloureux décalage entre le nombre de demandes d'adoption et le nombre d'enfants effectivement adoptables en France est notoire. Selon l'Agence française de l'adoption (AFA), on comptait en 2018 30.000 demandes de couples ou célibataires agréés, alors que seuls 2.600 enfants étaient enregistrés comme pupilles de l'État. Au final 2925 adoptions plénières ont été effectivement prononcées cette même année – ce chiffre incluant les adoptions de l'enfant du conjoint et les adoptions internationales¹⁴. On peut donc schématiquement dire que l'on a un enfant adoptable pour dix demandes régulières. Un observateur réaliste prédira que, sur un « marché » aussi tendu, il faudra certainement du temps pour que les demandes d'un couple homosexuel soient traitées sur un pied de stricte égalité avec les demandes des couples hétérosexuels.

homoparentales le législateur n'a pas voulu se souvenir qu'il trichait souvent, et que le droit de la filiation est « *le refuge des fictions* » comme le disait si joliment le Doyen Cornu. Où l'on voit qu'en droit de la famille le mensonge n'est pas si grave, tant qu'il n'est pas visible...

¹⁴ À noter toutefois qu'en raison de la complexité toujours plus grande des procédures, surtout à l'international, et à la faveur donnée aux PMA (gratuite, accompagnement), l'adoption perd de son attrait : le nombre d'agréments délivrés en 2020 était de 1968 contre 7027 en 2008 (sources Observatoire National de l'Enfance en Danger, devenu Observatoire National de la Protection de l'Enfance).

Quant à l'adoption internationale, non seulement la source se tarit dramatiquement (421 adoptions prononcées en 2019¹⁵ contre 4.136 en 2006 – soit 10 fois moins en l'espace de 15 ans), mais on a assisté en outre à un effet secondaire de la loi « Mariage pour tous », effet désastreux non anticipé : la plupart des pays donnant leurs enfants à l'adoption étant des pays pauvres et souvent influencés par les religions, nombre d'entre eux ont purement et simplement fermé leurs portes aux couples homosexuels, voire aux États dès lors qu'ils autorisaient le mariage entre personnes de même sexe.

Ainsi le 7 juillet 2013 la Russie promulguait-elle une loi interdisant l'adoption d'un enfant russe par tout couple de personnes homosexuelles ressortissant d'un pays où le mariage est autorisé, ainsi qu'à toutes les personnes célibataires ressortissantes de ces pays. La loi étant d'application immédiate, les procédures en cours ont donc été interrompues pour 134 célibataires français, lesquels ont subi bien injustement les dommages collatéraux de la loi « *Mariage pour tous* ».

La conséquence directe de la rareté d'enfants adoptables, aussi bien en France qu'à l'étranger, est que la création des familles homoparentales devait passer essentiellement par l'autre forme d'adoption : l'adoption intraconjugale, *i.e.* l'adoption de l'enfant du conjoint. Mais pour pouvoir adopter l'enfant de son conjoint, encore faut-il que celui-ci existe déjà, mais aussi qu'il soit juridiquement adoptable. Donc il faut bien *fabriquer* ces enfants sans père ! Si une proportion difficilement quantifiable de ces enfants est conçue par les voies naturelles (par exemple dans une vie antérieure hétéro- ou bi-sexuelle), nombre d'entre eux vont être conçus par PMA à l'étranger¹⁶.

En définitive, si la parole du législateur semblait en 2013 à la fois claire et ferme (pas de filiation homoparentale en dehors de l'adoption), rien ne pouvait raisonnablement s'arrêter à ce point :

– d'abord, parce que l'effectivité de la voie adoptive supposait *de facto* l'accès des couples homosexuels aux modes de procréation assistée ;

– ensuite, parce que l'on connaît l'histoire du barrage dans lequel on ouvre une brèche : difficile de lutter contre les flots qui vont s'engouffrer. Or, une fois admis le principe de l'homoparenté, il était certain que les revendications pour une égalité parfaite avec les couples hétérosexuels allaient abonder, en vue d'un accès pour tous aux autres modes de filiation.

¹⁵ Dont 117 via l'AFA.

¹⁶ Entre les deux formules se trouve ce que l'on pourrait appeler la « PAA », la procréation artisanalement assistée (avec importation postale de sperme danois).

La reconnaissance de l'adoption par les couples mariés homosexuels allait donc forcément avoir des conséquences en chaîne. Les dominos n'avaient plus qu'à tomber un par un, chacun entraînant le suivant dans sa chute. L'absence de vision globale des pouvoirs publics a permis que la partie se joue de façon assez anarchique. Il en est résulté deux mouvements assez contradictoires : d'un côté, une confusion des modèles de couple et, de l'autre, un éclatement des modèles de filiation.

II. Deuxième partie : Dominos

Après une période de latence qui a duré huit ans, les choses ont fini par s'accélérer en 2021 et 2022. Certains dominos sont d'ores et déjà tombés (A), d'autres sont encore sur liste d'attente (B).

A. Dominos à terre : PMA et adoption

C'est par la loi *Bioéthique IV* que la question de la PMA a finalement été traitée, tandis que le droit de l'adoption a été discrètement bouleversé par la loi du 21 février 2022.

1. Le cas de la PMA

La quatrième loi bioéthique française, adoptée le 2 août 2021, a bousculé le droit positif en ouvrant l'accès aux PMA non seulement aux couples de femmes, mais également aux femmes célibataires. C'est l'avènement de « la PMA pour toutes ».

On doit souligner d'emblée que la légistique est totalement différente de celle employée dans les lois précédentes, lesquelles avaient tendance à minimiser la portée des innovations, en les intégrant discrètement dans le droit commun existant. Cette fois au contraire on innove, on crée, on invente un nouveau mode d'établissement de la filiation : la *filiation notariée par reconnaissance conjointe anticipée transcrite*¹⁷.

La procédure est concrètement décrite par l'article 342-11 C. civ. : les couples de femmes devront se rendre chez le notaire *avant* la PMA pour, d'abord y donner leur consentement à la PMA (selon une procédure identique à celle déjà mise en place pour les couples de sexes opposés) et, ensuite, y faire dans le même temps une *reconnaissance conjointe* anticipée, qui sera présentée le jour de la

¹⁷ Ici tous les modes traditionnels d'établissement de la filiation sont évincés : ni titre, ni reconnaissance en mairie, ni présomption de maternité, ni possession d'état ni même adoption....

déclaration à l'officier d'état civil, lequel en fera la transcription sur l'acte de naissance.

Cette innovation juridique appelle trois remarques.

- Sur le plan socio-politique tout d'abord, le signal est singulier car, en admettant l'accès des femmes célibataires aux PMA, on en vient à encourager la création assistée de familles unilinéaires. Aucun débat préalable ni aucune justification solide n'est venue étayer cette curieuse démarche.

Par ailleurs, pourquoi n'avoir pas simplement appliqué ici les règles qu'on avait inventées pour les PMA avec tiers donneur, qui reposaient sur un consentement notarié préalable du couple, suivi de la reconnaissance du père en mairie ? Sous couvert d'égalitarisme, tout est finalement fait pour singulariser la situation des familles visées.

- Sur les plans technique et financier ensuite, ouvrir les PMA aux couples de même sexe supposait que l'on changeât la nature même de ces interventions : jusqu'alors conçue comme un remède à une « *infertilité pathologique médicalement constatée* »¹⁸, la PMA est désormais « *destinée à répondre à un projet parental* »¹⁹. On est donc devant un accompagnement médicalisé de la demande de personnes qui ne peuvent avoir d'enfant pour une raison structurelle, et non pathologique.

La question a naturellement été posée du remboursement de ces interventions par la sécurité sociale : dans la mesure où elles n'avaient plus de caractère thérapeutique, les nouvelles pratiques devaient-elles toujours être prises en charge par la collectivité ? Le législateur a rapidement déclaré refuser de créer ici « de nouvelles discriminations »²⁰. La prise en charge est donc assurée comme pour les couples hétérosexuels infertiles, c'est-à-dire à hauteur de six inséminations ou de quatre fécondations *in vitro* (FIV) par cas enregistré. Il a même été prévu d'exonérer des droits d'enregistrement l'acte de reconnaissance notarié. Tout est donc entièrement pris en charge par la collectivité.

- Sur le plan juridique enfin, un nouveau modèle de filiation volontaire a été créé, avec des effets incertains, et en tout cas asymétriques, puisque l'établissement se fera différemment pour les deux femmes du couple (si couple il

¹⁸ V. anc. art. 2141-2 CSP

¹⁹ V. nouv. art. 2141-2 nouv. CSP

²⁰ Où l'on voit que le concept de discrimination est mal maîtrisé par le législateur car il n'est pas illégal de créer des distinctions lorsque la situation est objectivement différente, et que la distinction ainsi opérée est en rapport avec l'objet de la règle, ce qui est bien le cas ici.

y a). Il va donc falloir distinguer la mère gestatrice et « l'autre femme », ainsi que l'appelle élégamment l'article 342-11 du Code civil.

– En ce qui concerne la mère d'intention (mais on peut aussi envisager qu'elle ait donné son ovocyte, donc elle sera également *génitrice*), la filiation est établie par l'effet de la reconnaissance « préalable » à la PMA, donc antérieure à la fécondation ! Il ne s'agit pas ici d'une reconnaissance « prénatale » mais « pré-conceptionnelle ». Sans que cela soit prévu par la loi, il va donc être nécessaire d'adapter l'adage *infans conceptus...* car ici l'enfant n'est même pas encore conçu qu'il a déjà droit à un lien de filiation. Est-ce finalement toute la notion de personnalité juridique qu'il faudra revisiter ?

Par ailleurs, la reconnaissance n'est valable que si elle est « conjointe », alors qu'elle n'aura d'effet qu'à l'égard de la mère d'intention. C'est encore une innovation, dans un système où l'on a toujours enseigné que la reconnaissance était un acte discrétionnaire et individuel, et que nul n'avait besoin de l'autorisation de quiconque pour reconnaître un enfant.

– En ce qui concerne la gestatrice, il semblerait, à la lecture de l'article 342-11²¹, que la reconnaissance simultanée, bien qu'elle soit obligatoire, n'aura finalement aucun effet à l'égard de la mère qui accouche. Seule la désignation de la parturiente dans l'acte de naissance permettra ici l'établissement de la filiation à son égard (donc on exclut aussi le jeu de l'article 316 du Code civil et de la reconnaissance en mairie).

En procédant ainsi, une brèche a encore été ouverte dans l'édifice, en faisant un service « sur-mesure » qui rompt *de facto* l'égalité des couples et des filiations. Une fois encore on observe qu'il aura fallu beaucoup de contorsions pour éviter d'ouvrir simplement aux couples homosexuels les règles du droit commun.

Après avoir fragmenté le droit de la PMA, il restait encore une institution à finir de dynamiter : l'adoption.

2. Le sort des adoptions

Accouchée aux forceps et en procédure accélérée, la loi du 21 février 2022 est annoncée avec l'objectif de « *faciliter et sécuriser le recours à l'adoption* ». Il semble qu'elle n'ait atteint aucun de ces deux objectifs.

²¹ C. civ. art. 342-11, al. 2 : « *La filiation est établie, à l'égard de la femme qui accouche, conformément à l'article 311-25. Elle est établie, à l'égard de l'autre femme, par la reconnaissance conjointe prévue au premier alinéa du présent article. Celle-ci est remise par l'une des deux femmes ou, le cas échéant, par la personne chargée de déclarer la naissance à l'officier de l'état civil, qui l'indique dans l'acte de naissance* » (nous soulignons).

Nous n'avons retenu ici que quatre points, qui tous ont fait l'objet d'un passage en force des députés, après échec de la Commission mixte paritaire, Ce faisant, l'Assemblée nationale est passée outre l'opposition, non seulement des sénateurs, mais aussi de celle d'une partie des professionnels et de la doctrine.

– D'abord, la loi poursuit l'édification d'un « droit commun du couple », en ouvrant la possibilité d'adopter non seulement aux couples pacsés, mais également aux simples concubins.

– Ensuite, « *pour faciliter les démarches de tous les couples* », la durée de vie commune exigée, qui n'était que de 2 ans, est ici réduite à 1 an.

– Enfin, l'âge minimal des parents adoptants passe désormais de 28 ans à 26 ans.

Alors que la mesure était jusqu'alors réservée aux couples mariés depuis plus de 2 ans et âgés d'au minimum 28 ans (ce qui justifiait d'ailleurs qu'on la refusât avant 2013 aux couples homosexuels), on ouvre désormais les portes de l'adoption, bien au-delà de ce qui était réclamé²² : c'est « l'adoption pour tous » !

En vérité on voit mal l'intérêt d'ouvrir en grand un marché déjà hyper saturé²³, surtout si c'est pour y accueillir de jeunes adultes, unis dans des couples à peine constitués. On sait que la parentalité n'est pas chose facile, et elle l'est encore moins lorsqu'elle repose sur un lien adoptif. Les conditions posées par la loi ancienne n'étaient pourtant pas si contraignantes, et à peine suffisantes pour garantir que le couple d'accueil ait les reins assez solides pour amortir le choc de l'adoption²⁴. On peut douter une fois de plus que le cap suivi soit ici celui de l'intérêt de l'enfant.

– On peut ajouter la stupéfiante disposition de la loi Adoption concernant les couples de femmes ayant eu recours à la PMA à l'étranger avant l'entrée en vigueur de la loi *Bioéthique IV*. Cette dernière leur permettait déjà de souscrire une reconnaissance notariée conjointe (mais *de facto* « post-conceptuelle ») pour accorder la filiation à la mère d'intention. C'était une possibilité offerte aux couples qui avaient agi hors-la-loi de légaliser *a posteriori* leur démarche²⁵. Mais la loi *Adoption* du 21 février 2022 va beaucoup plus loin que la loi *Bioéthique IV* : elle pourra en effet s'appliquer au cas où la mère gestatrice *refuserait* de souscrire

²² Comme l'ont souligné les sénateurs et les acteurs de la protection de l'enfance, ces propositions ne répondaient à aucune demande de terrain et elles ne pourront qu'aggraver finalement la situation actuelle des adoptants.

²³ V. *supra*, et le chiffre d'à peine un enfant adoptable pour plus de dix demandes.

²⁴ Bien sûr le barrage se fera-t-il probablement au stade de l'agrément de l'ASE, car toute la procédure se fait au barème de l'intérêt de l'enfant. Mais les limites légales ont du bon, ne serait-ce que pour être certains que les règles s'appliqueront de manière identique sur tout le territoire.

²⁵ Loi n° 2021-1017 du 2 août 2021, art. 6-IV.

à la fameuse reconnaissance conjointe (donc on suppose ici un cas de séparation particulièrement conflictuelle). Dans ce cas, la loi permet à la mère « sociale » de solliciter l'adoption plénière de l'enfant malgré l'opposition de la mère biologique et légale ! On lui épargne également la condition relative à l'accueil de l'enfant pendant une durée de 6 mois²⁶.

Donc, plutôt que d'ouvrir simplement la reconnaissance de droit commun aux couples de même sexe, on a préféré inventer une formule d'adoption qui se dispense du consentement du représentant légal, et même *passé outre son opposition expresse*²⁷. C'est donc une forme d'adoption forcée qui est mise en place ici.

Cette loi de 2022 réformant l'adoption démontre ainsi de la manière la plus éclatante qu'on a totalement perdu le nord²⁸.

Bref, loin d'apporter sécurité et facilité à l'adoption, la réforme du 21 février 2022 en a bouleversé le faible équilibre et, en lâchant sur le marché de nouveaux candidats, a sans doute ruiné les derniers espoirs des parents qui se trouvaient depuis plusieurs années en attente d'apparement.

Il est paradoxal d'en arriver, au nom d'une pseudo-égalité des couples – que l'on ne réalise même pas en vérité – à fragmenter totalement le droit de la filiation²⁹. Tout cela pour éviter de donner aux couples homosexuels les mêmes droits que les couples hétérosexuels...

Encore les dégâts ne sont-ils pas encore parfaitement réalisés.

B. Dominos en suspens : accouchement sous X et GPA

Nous ne sommes vraisemblablement qu'à mi-parcours de l'enchaînement des effets secondaires de la nouvelle réglementation sur l'homoparenté. Il est

²⁶ Loi du 21 février 2022, art. 9.

²⁷ L'adoption reste soumise aux conditions 1/ d'une absence de motif légitime justifiant le refus de la mère gestatrice 2/ de la preuve d'un projet parental commun 3/ de l'intérêt de l'enfant.

²⁸ Heureusement cette mesure est une disposition transitoire, qui ne durera en principe que jusqu'à 2025. Mais d'ici là, allez faire comprendre aux centaines d'adoptants à qui l'on a fait des misères sans fin parce que l'on mettait – à tort ou à raison – en doute l'intégrité du consentement de la mère biologique de leur enfant, que certaines personnes sont de plein droit dispensées de ce consentement ? Cette forme de discrimination sexuelle à rebours est unique et désarmante.

²⁹ C'est là qu'une hiérarchie commence à s'esquisser, avec au sommet, les parents hétérosexuels « classiques » qui ont accès à tous les modes de procréation et d'établissement, et tout en bas les parents hétérosexuels candidats à l'adoption, à qui l'on fait toutes les difficultés. Entre les deux, une nouvelle catégorie intermédiaire, le couple homosexuel, à qui l'on accorde en théorie les mêmes droits que les autres couples mais... selon des modalités différentes.

probable que les prochaines secousses affecteront à court ou moyen terme la gestation pour autrui, et peut-être également l'accouchement sous X.

1. L'accouchement sous X

En compensation de l'accès des couples de femmes et des femmes célibataires à la PMA – probablement pour ne pas laisser les enfants concernés dans les limbes de la paternité – l'anonymat du donneur de gamètes a finalement été levé par la loi *Bioéthique IV* du 2 août 2021. Cette mesure était attendue et réclamée depuis de nombreuses années, tant par les personnes nées de PMA avec tiers-donneur, que par une partie de la doctrine et des praticiens du monde médico-psychiatrique.

Désormais, le donneur de gamètes devra donc confier son identité préalablement au don, et l'enfant aura accès à sa majorité aux données identifiantes et non identifiantes de son géniteur. Les données seront traitées par l'Agence de Biomédecine, et une Commission *ad hoc* (distincte du CNAOP) qui fera l'interface³⁰.

Si l'objectif est de préserver l'intérêt supérieur de l'enfant, et notamment son droit à connaître ses origines, il nous semblerait cohérent que le processus de levée d'anonymat concerne également l'accouchement sous X. Va-t-on contraindre les mères à déposer leur identité, sur le modèle de ce qui a été prévu pour le donneur de gamètes ? Le terrain est déjà bien préparé, avec les 3 arrêts de cassation du 27 janvier 2021, qui censurent au motif que les juges n'avaient pas recherché si l'application en l'espèce de l'ancien article 352 al. 1^{er} du Code civil ne portait pas une *atteinte disproportionnée* au droit au respect de la vie privée et familiale du père d'un enfant né sous X³¹. Discrètement mais sûrement, la jurisprudence appelle à une modification législative.

Finalement, en provoquant plus ou moins volontairement la chute des anciens obstacles à la manifestation de la vérité, la loi du 17 mai 2013 aura eu des effets inattendus, allant bien au-delà de la seule situation des couples homoparentaux.

2. La GPA

À ce stade, la question reste entière de la légalisation de la GPA en France. Il est clair que, plus on progresse dans la reconnaissance d'un droit commun du

³⁰ CSP, art. L. 1244-3 s.

³¹ Civ. 1^{ère}, 27 janvier 2021, n° 19-15.921 ; 19-24.608 ; 2014012. L'un des trois arrêts portait sur l'affaire qui avait donné lieu à une QPC contestant l'article 352 au nom de l'intérêt de l'enfant, laquelle QPC avait pourtant été rejetée (on peut y voir une certaine résistance de la Cour de cassation au Conseil Constitutionnel).

couple et d'un accès généralisé à la filiation, moins il paraît aisé de justifier la prohibition de la GPA. Les arguments qui la soutiennent sont en effet de moins en moins nombreux – même si ceux qui demeurent nous semblent qualitativement déterminants.

Car finalement en 2023 nous sommes parvenus à un système que l'on pourrait intituler « La filiation pour... presque tous ». Restent en effet exclues du « Droit à la filiation », deux catégories de candidats : les couples d'hommes, et les hommes célibataires, lesquels, tant que l'on n'aura pas mis au point l'utérus artificiel, seront contraints d'avoir recours aux services d'une mère porteuse pour accéder à la parenté.

On ne fera pas ici l'historique détaillé de la question, mais pour en dresser un état rapide on peut dire schématiquement que, à l'heure actuelle, la GPA reste rigoureusement interdite lorsqu'elle est pratiquée en France : elle est en effet fermement condamnée tant par le droit pénal³² que par l'article 16-7 du Code civil ; en revanche, elle est validée lorsqu'elle est opérée à l'étranger.

Cette validation à deux vitesses est l'effet de la jurisprudence : après avoir longuement campé sur un principe général d'interdiction, la Cour de cassation n'a cessé depuis 2014 d'adopter, au sujet des GPA accomplies à l'étranger, des solutions de plus en plus libérales. La Cour de cassation est allée jusqu'à imposer la transcription intégrale, dans les registres d'état civil français, de l'acte de naissance de l'enfant né par GPA, dès lors que cet acte a été valablement établi à l'étranger³³.

À noter toutefois que la Loi *Bioéthique IV* a donné un coup d'arrêt à cette évolution jurisprudentielle³⁴, en refusant que la filiation du parent d'intention soit

³² Le droit pénal prohibe la substitution d'enfant (art. 227-13 CP) et l'activité d'intermédiaire en GPA (art. 227-12 CP) d'une peine de 3 ans / 45.000 € d'amende.

³³ Cass. civ. 18 novembre 2020, n° 19-50.043, arrêt rendu au prix d'une lecture qui nous semble très contestable de l'article 47 du Code civil, et au motif d'une atteinte disproportionnée à la vie privée et familiale de l'enfant.

³⁴ En vérité la formule employée par le législateur pour modifier l'article 47 du Code civil n'a aucun sens : la loi ancienne refusait la transcription « *lorsque les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité* » (p. ex : la loi désigne 2 hommes comme parents de l'enfant) ; la loi nouvelle y ajoute « *Celle-ci [donc : la réalité] doit être appréciée au regard de la loi française* ». Cette phrase nous paraît absurde : on ne peut pas apprécier une réalité au regard d'une loi. La réalité est ce qu'elle est, c'est une donnée factuelle, et non juridique. La réalité n'a rien à voir avec la loi. Le législateur aurait donc dû écrire « *cette régularité doit être appréciée au regard de la loi française* ». Et quand bien même on accepterait la possibilité d'une réalité « juridique », alors cela ne fonctionne pas non plus : en effet, la réalité prise en compte par le droit positif en matière de filiation n'est pas forcément la réalité *biologique* (ex : avec la possession d'état, qui se fie à une vérité sociologique et affective). Donc cette disposition risque bien de se retourner contre son objectif.

transcrite sur les actes d'état civil français, et en ne lui laissant ouverte que la voie de ... l'adoption³⁵.

Malgré ce petit retour en arrière imposé par la loi du 2 août 2021, le droit français demeure dans une position totalement contradictoire, voire schizophrénique : d'un côté, on prohibe absolument la GPA au nom des principes de l'indisponibilité du corps humain³⁶, de l'indisponibilité de l'état des personnes³⁷ et de la dignité humaine, mais de l'autre on l'entérine lorsqu'elle est pratiquée à l'étranger, au nom de la proportionnalité et du respect de la vie privée de l'enfant... Cette position revient finalement à encourager le tourisme procréatif – en tout cas pour ceux qui en ont les moyens³⁸.

Certes, on pourra arguer que cette position est conforme aux injonctions de la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH), qui depuis 2019 impose *de facto* aux États de trouver une solution pour garantir un lien de filiation aux parents d'intention ayant eu recours à une GPA à l'étranger³⁹. La Cour EDH refuse toutefois *d'imposer* aux États la transcription des actes étrangers et se contente de renvoyer, elle aussi, au droit de l'adoption⁴⁰. Cette solution a récemment été suivie par la Cour de justice de l'Union européenne⁴¹.

³⁵ Cela confirme qu'à chaque nouvelle difficulté, le droit français confère à l'adoption le rôle de « voiture-balai ».

³⁶ La Cour de cassation a récemment jugé que les articles 16-7 et 16-9 du Code civil « reposent sur les principes d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes, qui interdisent, sauf exceptions prévues par la loi, de conclure une convention portant sur un élément du corps humain ou de disposer librement de sa qualité de père ou de mère » (Cass. 1^{re} civ., 21 sept. 2022, n° 21-50.042 : *JurisData* n° 2022-015164 ; *Dr. famille* 2022, comm. 167, M.-Ch. LE BOURSICOT).

³⁷ V. Civ. 1^{ère}, 21 septembre 2022, n° 21-50.042 à propos de la délégation d'AP à Papeete (refus d'annulation sur le fondement de l'art. 16-7 du Code civil).

³⁸ Le coût moyen d'une GPA va de 40.000 à 180.000 € voyage compris, hors complications médicales. Sur cette somme, entre 10.000 et 40.000 € sont reversés à la gestatrice. Source : le vertigineux site www.Babygest.com. Les pays les moins chers sont (étaient) : l'Ukraine et la Géorgie (40.000 / 60.000 €). Cela fait donc entre 20 et 25 % versés à la mère porteuse... mais pas sûr que ce soit le cas en Inde ou dans les pays où les mères porteuses sont particulièrement démunies.

³⁹ Avis CEDH 10 avr. 2019, n° P16-2018-001

⁴⁰ Cour EDH 16 juillet 2020 : *D. c/ France* : pas d'obligation de transcription à l'égard de la mère d'intention, même si elle a donné l'ovocyte, dès lors que l'adoption est possible. Confirmé par Cour EDH 18 mai 2021, *F. et a c/ Islande* ; Cour EDH 22 novembre 22 *DB et autres c/ Suisse*.

⁴¹ CJUE 14 déc. 2021, aff. C-490/20, *D.* 2022. 331, note L. D'AVOUT et R. LEGENDRE ; *AJ fam.* 2022. 5, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE, pour laquelle les autorités espagnoles ayant légalement établi le lien de filiation entre l'enfant et ses deux mères lors d'un séjour conforme à la directive 2004/38/CE, les autorités bulgares sont tenues de reconnaître ce lien aux fins de permettre à l'enfant d'exercer sans entrave son droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, avec chacun de ses deux parents, leur relation étant protégée par l'article 7 de la Charte.

En tous les cas, si la position française sur la GPA est conforme aux droits européens, elle n'en reste pas moins très inconfortable : le droit positif se retrouve tiraillé entre son objectif d'égalité des couples et l'impératif de respect de la dignité humaine, entre ses engagements internationaux et ses principes fondamentaux. Les contradictions de notre système semblent irréductibles, et l'exposent à se voir reprocher, tantôt de pratiquer le *blanchiment d'enfant*, tantôt de faire de la *discrimination androphobe*...

À noter que la jurisprudence de la Cour EDH est elle-même difficilement lisible dans ses solutions récentes, puisqu'elle vient de considérer, en mars 2022, que l'absence de reconnaissance par le droit français du lien de filiation entre un enfant né par PMA à l'étranger et la compagne de la mère biologique ne portait finalement pas atteinte à l'article 8 de la Convention EDH... ce qui revient paradoxalement à favoriser la GPA vis-à-vis de la PMA⁴².

Incapables de faire des choix cohérents, les droits français et européens se sont donc enfermés dans leurs propres contradictions, et l'on serait bien en peine de faire des pronostics sur leurs évolutions. D'autant que l'ingéniosité de la pratique est sans fin : on a vu très récemment (janvier 2023) des couples contourner les difficultés instituées par la réforme de l'article 47 du Code civil, en demandant (et obtenant) *l'exequatur* d'un jugement prénatal américain désignant un couple d'hommes partenaires de pacs français comme parents légaux de l'enfant à naître d'une mère porteuse américaine⁴³. Dans ces conditions, il n'est plus besoin de rechercher la transcription des actes de naissance étrangers : il suffit de demander que soit donnée force exécutoire aux jugements légalement rendus à l'étranger. L'obstacle mis en place par la loi française de 2021 est donc déjà obsolète. Il semble bien que toutes les parades que l'on pourra bricoler seront aussitôt démontées par des individus en mal de parenté.

Conclusion

Dix ans après l'adoption de la loi « Mariage pour tous », et sous l'objectif louable mais mal assumé d'accorder l'égalité à tous les couples, le droit de la filiation a donc littéralement implosé. Celui-ci avait pourtant été correctement remanié par l'ordonnance de 2005, mais à force de bricolages, d'empilements, de contorsions accomplies pour ne pas normaliser l'homoparenté, le droit de la

⁴² Cour EDH 24 mars 2022, *CE et a. C/ France*. Certes la réponse de la Cour est un peu plus subtile que ça, mais ces subtilités de la différence de traitement entre PMA et GPA sont byzantines et inaccessibles au justiciable de base (en vérité elles sont à peine accessibles à l'enseignant-chercheur de base).

⁴³ CA Paris 31 janvier 2023, *Dr. fam.* n° 5, mai 2023, comm. 75 par V. EGÉA. Dans le même sens, CA Paris 17 janvier 2023, *Dr. fam.* 23 comm. 58 par V. EGÉA.

filiation a perdu aujourd'hui une grande partie de sa cohérence et de sa lisibilité. Tous les experts s'accordent aujourd'hui sur la nécessité de le réformer en profondeur, et de fait cette réforme est annoncée depuis dix ans par les pouvoirs publics. On peut toutefois s'associer aux craintes de Jean-Jacques Lemouland lorsqu'il écrit que « *la qualité de la légistique actuelle interroge sur l'aptitude du législateur à mener à bien une réforme de cette ampleur* »⁴⁴. Souhaitons en tous les cas que l'intérêt de l'enfant, si souvent invoqué, revienne enfin au centre des préoccupations⁴⁵.

Mai 2023

⁴⁴ J.-J. LEMOULAND : « 1972-1922 : Et maintenant ? », *Dr. fam.* n° 6, Juin 2022, p. 11, n. 26.

⁴⁵ Le cas de l'adoption est un bel exemple de détournement de finalité : l'adoption n'a jamais été autant à la mode, mais comme on l'a vu (v. not. *supra* n°36) elle est désormais instrumentalisée à des fins bien éloignées de son objectif premier : donner une famille à un enfant qui n'en a pas, et non pas créer un enfant afin de satisfaire un désir parental.

