

Les couples homosexuels peuvent adopter des enfants issus d'une PMA... à l'étranger

L'adoption par le conjoint de l'enfant conçu par assistance médicale est désormais ouverte aux couples de femmes homosexuelles. La Cour de cassation a rendu un avis, sur question préjudicielle de deux cours d'appel, le 23 septembre dernier, qui étend le bénéfice de l'adoption inscrit dans le Code civil à l'adoption d'un enfant né d'une procréation médicalement assistée (PMA).

La loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe a adapté en conséquence certains effets du mariage. Ainsi en est-il de l'adoption, puisque l'article 343 du Code civil réserve l'adoption plénière comme simple aux couples mariés depuis plus de deux ans ou âgés de plus de 28 ans ainsi qu'à toute personne âgée de plus de 28 ans. Si cette transformation avait été critiquée dans le cadre des débats houleux sur le mariage pour tous, le Parlement l'a votée.

Le second élément de contexte est l'élargissement de la PMA aux couples de femmes homosexuelles, qui demeure interdite par la loi. L'article L. 2141-2 du Code de la santé publique pose deux conditions à la procréation médicalement assistée. La première tient en l'objectif de cette technique médicale : elle n'est autorisée qu'afin « de remédier à l'infertilité d'un couple ou d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité ». La seconde tient à la nature du couple, puisque la loi dispose que ce couple est formé d'un homme et d'une femme mariés, qu'ils « doivent être vivants, en âge de procréer et consentir préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination. »

Mais s'il est impossible, en France et en l'état actuel du droit, qu'un couple homosexuel ait recours à la PMA, tel n'est pas le cas à l'étranger, notamment en Belgique. Cette circonstance a lié la problématique de l'adoption et celle de la PMA. En d'autres termes, du télescopage entre deux questions relativement bien circonscrites en droit français émerge une confusion que les juges ont dû trancher : l'adoption par un couple homosexuel (ce qui est légal) d'un enfant né de procréation médicalement assistée (ce qui est illégal) est-elle une fraude à la loi, c'est-à-dire une illégalité cachée derrière une légalité formelle ?

Au 17 juillet dernier, 684 requêtes en adoption plénière et 37 en adoption simple suite à une PMA ont été déposées. 254 adoptions plénières et 27 adoptions simples ont été prononcées par les cours d'appel. Dans 9 cas en revanche, les requêtes ont été rejetées et dans 3 cas, des mesures d'instruction ont été ordonnées. Les décisions de rejet de l'adoption, très médiatisées, n'étaient que des cas exceptionnels à la vue des statistiques, mais ont abouti à une rupture de l'uniformité du droit.

Saisie par les questions des cours d'appel de Poitiers et d'Avignon, la Cour de cassation a tranché la question de droit en utilisant, comme élément majeur de son raisonnement, l'adoption. Pour rechercher s'il y a fraude à la loi, le juge doit distinguer ce qui relève de la forme d'une part et du fond d'autre part. Or, se fondant notamment tant sur la conception de l'intérêt de l'enfant qu'a développé la Cour européenne des droits de l'Homme que sur les débats parlementaires d'élaboration de la loi ouvrant le mariage aux couples homosexuels, l'avocat général a reformulé la question de telle manière qu'elle permette « de clarifier les conditions de l'accès à la seule filiation adoptive des couples de même sexe » et non de trancher un débat de bioéthique. Est ainsi en question l'adoption et non la procréation médicalement assistée, ce qui dirige nécessairement la réponse du juge en faveur de l'adoption.

En effet, et comme le relève l'avocat général dans ses conclusions, l'enjeu de l'adoption est le lien entre l'enfant et ses parents. L'adoption plénière en particulier est un sujet sensible puisqu'elle entraîne la rupture du lien avec les parents biologiques. Le législateur ayant autorisé les couples homosexuels à adopter, peu importe alors le mode de conception de l'enfant. Dans les faits, seuls les couples de femmes pourront adopter dans ces conditions, c'est-à-dire qu'une femme adoptera l'enfant biologique de son épouse, comme cela est déjà possible hors procréation médicalement assistée. En effet, le cas où l'adoption par le conjoint du père d'un enfant conçu par PMA s'analyse comme une gestation pour autrui, opération juridique qui est elle interdite par un principe d'ordre public en droit international.

La portée de cet avis est toutefois plus limitée qu'elle n'y paraît.

Sur le plan processuel tout d'abord, car un avis n'a pas à être suivi par les juridictions du fond. Non revêtue de l'autorité de la chose jugée, la position exprimée le 23 septembre peut être contestée à l'occasion d'un pourvoi en cassation. La composition de la formation statuant sur un avis laisse toutefois peu de chance à une telle tentative. Ce sont en effet le Premier président de la Cour, avec pour assesseurs les présidents des chambres et deux conseillers désignés par chambre, qui y siègent.

Sur le fond, si la fraude à la loi concernant l'adoption semble être écartée, cela n'est le cas qu'en matière internationale. Le droit de la santé français interdit toujours aux couples homosexuels féminins de recourir à la PMA non seulement en raison de leur sexe mais également car seule une infertilité pathologique y ouvre droit.

L'avis de la Cour de cassation est une preuve d'un certain courage, comme l'y invitait d'ailleurs son avocat général, pour unifier la jurisprudence et trancher une question juridique sensible. Pour trancher la question sur le plan sociétal, et donner les mêmes droits aux couples de femmes homosexuelles en France comme à l'étranger, l'intervention du législateur est inévitable.

Sources :

- C. cass., avis, 22 septembre 2014, n° 15010
- Conclusions de l'avocat général Jean-Dominique Sarcelet, sous C. cass., avis, 22 septembre 2014, n° 15010