

L'adoption simple, joker familial : on ne peut pas faire tout et son contraire affirme la Cour de cassation !

(Aix-en-Provence, 5 sept. 2006, Dr. fam. 2007. 54, obs. Gabriel - Civ. 1, 20 févr. 2007, arrêts n° 221 et 224, D. 2007. 1047, note D. Vigneau, 891, chron. C. cass., 721, obs. C. Delaporte-Carré, 1460, Pan. F. Granet-Lambrechts, 1561, Pan. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; AJ fam. 2007.182, obs. F. Chénéde)

Jean Hauser, Professeur à l'Université Montesquieu Bordeaux IV ; Directeur du CERFAP

L'adoption simple sert à tout, elle est devenue le « joker » du droit de la famille (en dernier lieu, RTD civ. 2005. 114 ; *adde*, Civ. 1, 25 janv. 2005, Defrénois 2005. 1061, obs. Massip et les réf. citées) et tout ce qui reste de l'ordre public du couple et de la famille est contourné régulièrement par ce factotum juridique. Après une période de calme sur le point précis de l'adoption-couple, on a même retrouvé le vieux schéma de l'adoption simple pour créer des liens entre membres d'un couple homosexuel, l'adoption de l'une par l'autre ayant inspiré à l'adoptée, devenue légataire universel, l'idée d'invoquer la révocation d'une libéralité antérieurement consentie par l'adoptante à ses neveux et nièces en soutenant... la survenance d'enfant ! Le texte de l'article 960, dans sa rédaction antérieure à la loi du 23 juin 2006 qui a intégré la survenance d'un enfant adoptif, mais seulement en cas d'adoption plénière (art. 960 *in fine* nouveau), pouvait déjà susciter discussion (Hauser, Defrénois, 2001. 1379) quant à son application à la survenance d'un enfant adopté simplement, précisément parce que le caractère volontaire de cette adoption et la souplesse de ses conditions pouvaient permettre de revenir sur l'irrévocabilité des donations, mais la Cour d'Aix-en-Provence a préféré prendre le problème à la base, soit celui de la validité d'une adoption manifestement organisée pour permettre à l'adopté de remettre en cause une libéralité faite antérieurement, adoption sans intention de créer un lien de filiation. Le détournement est maintenant presque classique depuis la chronique fondatrice de Raynaud (D. 1983. 39 s.). Mais, comme le note fort justement l'annotatrice (obs. préc.), la preuve du détournement reste un problème ainsi que toute discussion sur la cause d'une institution. La Cour d'Aix a estimé que la finalité de l'adoption simple demeurerait l'établissement d'un lien filial et donc qu'une intention purement successorale constituait un détournement. On n'affirmerait pas que telle a bien été l'intention qui présidait à nombre d'adoptions simples qui pourtant ont échappé à la condamnation jurisprudentielle. Il en est de l'adoption simple comme du mariage, leur cause reste d'abord formelle (une célébration, un jugement) et, quand on recherche le motif, c'est l'aventure, ce que les premières affaires, à travers une opposition entre le tribunal de Paris et la cour d'appel, avaient déjà bien révélé.

La Cour de cassation, quant à elle, n'avait pas à connaître de l'utilisation de l'adoption simple pour créer un couple mais un lien de filiation (V. RTD civ. 2007. 101). Contrairement à ce qui a été parfois présenté de façon simpliste dans les médias, la Cour de cassation ne s'est pas prononcée en général sur la possibilité d'une adoption simple d'un enfant dans un couple homosexuel mais sur la technique consistant à rectifier l'effet de cette adoption simple en opérant, en sens inverse, un transfert de l'autorité parentale. Le problème est en effet clair. L'adoption simple entraîne un transfert des droits d'autorité parentale à l'adoptant (art. 365 c. civ.). La seule exception prévue est celle où l'adoptant est le conjoint du père ou de la mère de l'adopté auquel cas il y a autorité parentale conjointe. Cette dernière exception n'est évidemment pas applicable (même à Bègles, V. *supra* !) quand le couple est composé de deux personnes de même sexe. Dans ce cas on en revient à la règle du transfert total. L'arrêt n° 224 constate dans un attendu lapidaire que cette conséquence, alors que la mère biologique, pacsée avec sa partenaire, entendait continuer à élever l'enfant, ne permettait pas d'affirmer comme l'avait fait la cour d'appel que l'adoption était conforme à l'intérêt de celui-ci, ce qui entraîne la cassation. On aurait tort d'y voir une affirmation absolue puisqu'elle se borne à

faire référence à l'intérêt de l'enfant. Le fait que soit mentionnée la décision de la mère de continuer à élever l'enfant entrouvre la porte à une adoption qui reposerait sur un voeu contraire mais est-ce concevable dans un couple qui est censé élever l'enfant en commun et justifier ainsi sa demande d'adoption simple ? Ce n'est donc certainement pas une condamnation générale de l'adoption simple dans un couple de même sexe mais seulement l'affirmation que, la législation étant ce qu'elle est et ses conséquences incontournables, elle n'est admissible que si celle qui consent à l'adoption est prête à assumer les conséquences prévues par la loi, ce qui ne préjuge pas de l'opportunité de celles-ci. L'arrêt n° 221 allait plus loin en ce qu'il tentait de répondre à l'argument en s'appuyant sur une jurisprudence antérieure de certaines juridictions qui, malgré des nuances, avait ouvert plus ou moins la voie (RTD civ. 2005. 116). Ouvertement le pourvoi soutenait que, pour éviter le reproche d'un transfert total de l'autorité parentale à l'adoptant, il était possible de procéder en quelque sorte à une rétrocession d'autorité parentale en utilisant la délégation d'autorité parentale ce qui permettait l'adoption simple. Il s'agissait d'une véritable instrumentalisation de la délégation d'autorité parentale, déjà envisagée par certaines juridictions du fond et refusée en l'espèce par la Cour de Paris. La condamnation par la Cour de cassation des arguments du pourvoi repose essentiellement sur la contradiction que révèle le montage. La mère perdrait son autorité parentale sur les enfants « alors qu'il y avait communauté de vie... la délégation de l'autorité parentale ne pouvait être demandée que si les circonstances l'exigeaient, ce qui n'était ni établi, ni allégué, et qu'en l'espèce, une telle délégation ou son partage, étaient, à l'égard d'une adoption, antinomique et contradictoire, l'adoption d'un enfant mineur ayant pour but de conférer l'autorité parentale au seul adoptant... ». Les arrêts rapportés rétablissent donc clairement la finalité de l'adoption simple en excluant son détournement pour créer un lien entre les membres de même sexe d'un couple et, quant au lien entre le membre de ce couple et l'enfant né de l'autre, en réservant le cas, sans doute rarissime dans un tel contexte, où l'adoption correspondrait à un désir du parent biologique et à l'intérêt de l'enfant de le soumettre à l'autorité parentale entière de l'adoptant. En même temps, si l'on combine ces deux arrêts avec celui du 24 février 2006 (RTD civ. 2006. 297) on peut fixer précisément la limite à laquelle la Cour de cassation entend se tenir. Dans cet arrêt elle n'avait pas, imprudemment à notre sens alors que l'opération de PMA était manifestement illégale, sanctionné l'utilisation de la délégation d'autorité parentale pour établir quelques liens entre l'enfant et la compagne de sa mère en constatant (de façon discutable ?) la nécessité de ces liens mais il n'était pas question d'aller plus loin et d'établir un lien de filiation, fût-il adoptif. On est en train de voir la suite. Ainsi donc, dans les couples unisexués, on peut relier l'enfant au membre non biologique par une délégation d'autorité parentale à condition d'en démontrer l'utilité mais on ne peut pas procéder à une adoption en en gommant les effets par une délégation restitutive de l'autorité parentale au parent qui a consenti à cette adoption. Les couples homosexuels ne peuvent, pour l'instant pas se marier mais peuvent se pacser (V. *supra* n° 11), il ne peuvent accéder à la parenté bilatérale mais peuvent plus ou moins partager l'autorité parentale. Pour ceux qui redoutent l'évolution c'est le maximum de ce qui pouvait être fait, pour ceux qui la souhaitent plus rapide ce n'est que la vieille affaire de la pénétration du droit par le fait (sur l'ensemble de la question, F. Millet, L'homoparentalité : essai d'une approche juridique, Defrénois, 2005. 743 s.). « A vue de nez, écrit Ph. Jestaz dans une merveilleuse somme (Le droit, 5 éd. Dalloz, 2007, p. 39), chacun se doute que le droit de la famille comporte une dose de morale supérieure à celle que requiert le droit des hypothèques. Mais scientifiquement on ne peut guère en dire plus ». Est-ce toujours vrai ? Encore un petit effort et il faudra verser l'adoption simple dans le droit des sociétés où elle prendra place harmonieusement dans les montages que propose la pratique gestionnaire, calcul fiscal compris bien entendu !

Mots clés :

ADOPTION * Adoption simple * Couple homosexuel * Autorité parentale * Exercice * Délégation