



## Chronique de droit international privé 2021

Publié le 08/08/2022 - mis à jour le 16/08/2022 à 10H58

**Johanna Guillaumé**

*agrégée des facultés de droit, professeur à l'université de Rouen, doyen de la faculté de droit, sciences économiques et gestion de Rouen*

**Amélie Dionisi-Peyrusse**

*maître de conférences HDR à l'université de Rouen Normandie*

La chronique annuelle de droit international privé du Centre universitaire rouennais d'études juridiques (CUREJ, EA 4703) intéresse l'actualité du droit international, entendu dans son sens le plus large. Elle comporte pour l'année 2021 deux études et cinq commentaires, portant sur le droit international privé de la famille et le droit patrimonial de la famille, les cyber-délits, l'insolvabilité internationale et la concurrence législative en matière de fiscalité douanière.

### I – Que reste-t-il de l'ordre public de proximité ?

L'ordre public de proximité est un mécanisme d'exception d'ordre public, au même titre que l'ordre public plein et l'ordre public atténué. Sa particularité vient notamment du fait qu'il ne conduit au rejet de la norme étrangère qui choque les valeurs essentielles du *for* que si la situation – déjà créée ou à créer – présente une certaine proximité avec le *for*. Sans cette proximité,

l'atteinte à la valeur considérée ne suffit pas à perturber le *for*. Autre particularité, son domaine d'intervention est circonscrit au statut personnel puisque, depuis quarante ans, la jurisprudence ne l'a consacré que dans quatre domaines : le divorce<sub>1</sub> et l'établissement de la filiation<sub>2</sub>, pour écarter des lois étrangères prohibitives lorsque la situation était appelée à être constituée en France ; le mariage bigame<sub>3</sub> et la répudiation<sub>4</sub>, pour rejeter des situations nées à l'étranger. Depuis quelques années, le domaine d'intervention de l'ordre public de proximité s'est progressivement restreint, au point qu'il paraît aujourd'hui légitime de se poser la question suivante : que reste-t-il de l'ordre public de proximité<sub>5</sub> ?

En matière de divorce, l'arrêt *De Pedro* de 1981 écartait la loi étrangère prohibitive seulement si l'un des époux était français et domicilié en France. Désormais, l'article 10 du règlement *Rome III* du 20 décembre 2010 sur la loi applicable au divorce dispose que la loi du *for* s'applique lorsque la loi compétente « ne prévoit pas le divorce ou n'accorde pas à l'un des époux, en raison de son appartenance à l'un ou l'autre sexe, une égalité d'accès au divorce ou à la séparation de corps ». La loi étrangère prohibitive est donc rejetée en considération de son seul contenu, indépendamment des liens que les époux entretiennent ou non avec le *for*.

En matière de mariage bigame, l'arrêt *Baaziz* de 1988 refusait d'accorder le statut de conjoint survivant à la seconde épouse – l'empêchant ainsi d'invoquer ses droits à la pension de réversion ou sa vocation successorale – , dès lors que la première épouse était française. Selon les termes de cet arrêt, la conception française de l'ordre public international s'opposait « à ce que le mariage polygamique contracté à l'étranger par celui qui est encore l'époux d'une Française produise ses effets à l'encontre de celle-ci ». Depuis quelques années, cette solution est abandonnée puisque la nationalité française de la première épouse ne conduit plus à juger le second mariage contraire à l'ordre public international. La Cour de cassation considère désormais que tant que le second mariage n'a pas été annulé, il ne peut pas être privé d'effets en France : la seconde épouse a donc la qualité de conjoint survivant, indépendamment de la nationalité française de la première épouse<sub>6</sub>.

En matière de filiation, l'arrêt *Latouze* de 1993 rejetait la loi étrangère qui interdit l'établissement de la filiation naturelle dans les seuls cas où l'enfant vivait en France ou avait la nationalité française. Désormais, la loi étrangère

prohibitive est jugée contraire à l'ordre public international sans considération des liens entre l'enfant et le *forz*.

La répudiation constituerait donc le dernier bastion de l'ordre public de proximité, sauf à considérer que la décision relative au *khol'â* doit être étendue à la répudiation. Tout comme la répudiation, le *khol'â* est un mode de dissolution du mariage, mais tandis que la première est réservée à l'époux, le second est réservé à l'épouse. Le *khol'â* permet à la femme d'obtenir le divorce sans l'accord du mari, à condition de lui verser une compensation pécuniaire. En soi, il porte atteinte au principe d'égalité des époux puisque c'est une voie de divorce qui n'est pas ouverte au mari. Pourtant, le *khol'â* prononcé en Algérie qui met un terme au mariage entre un Algérien et une Franco-Algérienne a été accueilli en France au motif que c'est l'épouse qui l'a invoqué<sup>8</sup>. La solution est prononcée dans une formule générale, susceptible d'englober les jugements de répudiation : « Lorsqu'une décision de divorce a été prononcée à l'étranger en application d'une loi qui n'accorde pas à l'un des époux, en raison de son appartenance à l'un ou l'autre sexe, une égalité d'accès au divorce, sa reconnaissance ne heurte pas l'ordre public international, dès lors qu'elle est invoquée par celui des époux à l'égard duquel sont prévues les règles les moins favorables ». Autrement dit, la dissolution du mariage prononcée à l'étranger en application d'une loi qui ne respecte pas le principe d'égalité des époux peut produire effet en France car l'époux lésé par la loi étrangère peut renoncer au principe d'égalité entre époux. Cela ne devrait pas être le cas si l'on considère qu'il s'agit d'un principe structurant du droit de la famille, qui vise à protéger l'institution du mariage. Considérer que l'épouse peut y renoncer signifie que le principe est avant tout perçu dans sa fonction de protection de l'intérêt particulier : c'est l'épouse qui est protégée et non l'institution du mariage qui est défendue. Alors que les valeurs intangibles ne souffrent ni renoncement ni norme étrangère incompatible, d'autres valeurs, en dépit de leur importance, tolèrent une protection relative. En principe, cette relativité est prise en charge par l'ordre public atténué ou par l'ordre public de proximité, mais tel n'est pas le cas ici. C'est la qualité de l'époux qui invoque le divorce qui est prise en compte : l'époux à l'égard duquel la loi étrangère est la moins favorable. Ni le facteur temporel – le droit a été acquis sans fraude à l'étranger – ni le facteur spatial – l'épouse est française – ne sont pris en considération.

En l'état actuel des choses, le recours à l'ordre public de proximité serait donc cantonné à l'hypothèse où l'époux qui a demandé la répudiation

invoque ensuite ses effets en France. Autant dire que le domaine d'intervention de l'ordre public de proximité est devenu une « peau de chagrin ». Mais le mécanisme est-il pour autant voué à disparaître ? En tant que mécanisme d'ajustement, l'ordre public de proximité présente une utilité certaine (A), d'autant qu'il a su évoluer en élargissant son ordre juridique de référence (B). La jurisprudence récente semble toutefois abandonner ce mécanisme au profit d'un raisonnement *in concreto* renforcé, au sein duquel la proximité ne serait qu'un élément d'appréciation parmi d'autres (C).

#### **A – L'utilité de l'ordre public de proximité : un mécanisme d'ajustement**

On peut affirmer l'utilité de l'ordre public de proximité dès lors qu'on l'envisage comme un mécanisme d'ajustement. Le domaine de la filiation en fournit un parfait exemple, plus particulièrement l'arrêt *Léana-Myriam* de 2006<sup>9</sup>. En l'espèce, le juge français avait été saisi d'une action en recherche de paternité dirigée contre un Français domicilié en France. La loi algérienne, compétente en tant que loi nationale de la mère, prohibait l'établissement de la filiation paternelle hors mariage. L'enfant étant de nationalité algérienne et vivant avec sa mère en Algérie, la condition de proximité faisait défaut. Par conséquent, la loi algérienne prohibitive a été jugée conforme à l'ordre public et l'action en recherche de paternité a été déclarée irrecevable. Certes, la solution offre à l'enfant un statut personnel unifié puisque l'Algérie, pays de sa nationalité et de son lieu de vie, n'aurait pas reconnu la filiation paternelle hors mariage. Or la continuité du statut personnel est un objectif traditionnel de la justice de droit international privé. Mais du point de vue identitaire, du point de vue de la justice matérielle (nationalité, aliments, succession), est-il préférable de n'avoir aucune filiation paternelle ou d'avoir une filiation paternelle boiteuse ? D'autant que le père vivant en France, c'est dans ce pays que la filiation, une fois établie, aurait produit ses effets de droit.

L'arrêt *Léana-Myriam* est la conséquence de plusieurs choix : une règle de conflit de lois qui désigne la loi nationale de la mère pour régir l'action en recherche de paternité ; le refus de la Cour de cassation d'intégrer le principe d'égalité des filiations au sein des valeurs intangibles du *for*, entraînant l'impossibilité de recourir à l'ordre public plein ; une appréciation étroite de la proximité qui ne tient compte que des liens que le *forentretient* avec l'enfant, sans considération du prétendu père. La Cour de cassation aurait pu choisir d'élargir l'appréciation de la proximité en tenant compte des liens que le défendeur entretient avec la France : si l'action est portée devant le juge

français, on peut supposer que le défendeur est domicilié en France. Apprécier la proximité en considération soit de l'enfant, soit du prétendu père aurait permis d'écarter la loi étrangère prohibitive.

Mais l'arrêt du 16 décembre 2020<sup>10</sup> préfère abandonner l'ordre public de proximité au profit de l'ordre public plein<sup>11</sup> : « La loi étrangère qui ne permet pas l'établissement d'une filiation hors mariage doit être écartée comme contraire à l'ordre public international lorsqu'elle a pour effet de priver un enfant mineur du droit d'établir sa filiation ». Le principe d'égalité des filiations est donc devenu suffisamment important pour être défendu en lui-même, sans considération de proximité. Cette évolution semblait inévitable puisque, depuis 1979, la CEDH sanctionne les discriminations existantes entre enfants légitimes et enfants naturels quant à l'établissement de leur filiation<sup>12</sup>. En droit interne, la consécration du principe d'égalité des filiations a été amorcée en 1972, sans avoir toutefois de caractère absolu à cette époque. L'ordonnance du 4 juillet 2005 a définitivement consacré le principe<sup>13</sup> en supprimant la distinction des filiations légitime et naturelle<sup>14</sup>. La fondamentalisation de la valeur tenant à l'égalité des filiations a finalement entraîné le délaissement de l'ordre public de proximité au profit de l'ordre public plein : ce n'est plus la filiation de l'enfant français ou résidant en France qui est protégée, c'est la filiation en tant que pivot de l'institution familiale qui est protégée.

Voici donc l'utilité de l'ordre public de proximité : il s'agit d'un mécanisme d'ajustement qui assure la défense de valeurs qui ne sont pas suffisamment fortes en elles-mêmes pour être intangibles, mais qui méritent tout de même une protection si les circonstances impliquent que l'ordre juridique français est menacé. Conformément à la logique spatiale et répartitrice du droit international privé, ces circonstances sont appréciées d'un point de vue proximate.

C'est également dans une logique d'ajustement qu'intervient l'ordre public de proximité pour apprécier la conformité à l'ordre public international d'une situation créée à l'étranger et dont les effets sont invoqués en France. Dans cette hypothèse, la sauvegarde des valeurs fondamentales du *fores* confrontée à l'impératif de continuité de la vie juridique. Soumettre la norme étrangère au contrôle de compatibilité de l'ordre public plein conduirait trop souvent à rompre cette continuité. Le compromis entre l'objectif de protection des valeurs essentielles du *fores* l'objectif de continuité de la vie juridique a donc été réalisé grâce à une modulation de l'intervention de l'exception

d'ordre public. Quand la situation est créée à l'étranger, ses effets sont en principe reconnus en France grâce à l'effet atténué de l'ordre public, alors même que la situation n'aurait pas pu y être créée compte tenu de sa contrariété à l'ordre public international<sup>15</sup>. Bien que l'ordre public atténué ne soit pas un ordre public nul, il ne se déclenche que dans les cas les plus graves. L'ordre public de proximité permet d'affiner la modulation de l'exception d'ordre public pour les situations créées à l'étranger : là où l'ordre public atténué laisse la norme étrangère pénétrer la barrière de l'ordre juridique français en considération du facteur temporel, l'ordre public de proximité la refoule si la situation présente un lien étroit avec le *for*. En introduisant un facteur de relativité supplémentaire, l'ordre public de proximité permet un « affinement » des valeurs dominantes<sup>16</sup>, qui justifie son utilité. Encore faut-il que l'appréciation de la proximité soit pertinente.

### **B – L'évolution de l'ordre public de proximité : l'élargissement de l'ordre juridique de référence**

Traditionnellement, l'ordre juridique de référence est l'ordre juridique français ; ce qui semble logique si l'on considère que l'exception d'ordre public défend les valeurs du *for*. Mais tel n'est pas le cas de l'ordre public de proximité, qui a jusqu'alors été utilisé pour protéger des droits subjectifs<sup>17</sup> : droit de l'enfant à voir sa filiation établie, droit de l'épouse à ne pas être répudiée, etc. Puisque l'ordre public de proximité protège un droit subjectif de l'individu, il n'est pas logique de limiter l'ordre juridique de référence à l'ordre juridique du *for*.

Prenons l'exemple du principe d'égalité des époux lors de la dissolution du mariage. Depuis 2004, la Cour de cassation refuse de laisser produire effet en France à la répudiation unilatérale, jugée contraire au principe d'égalité des époux, si l'un des époux présente un lien avec la France. Pourquoi limiter l'ordre juridique de référence à la France alors que le principe est de source supranationale ? Il s'agit en effet d'un droit fondamental consacré par l'article 5 du protocole additionnel à la convention EDH. Un tel critère de relativité est-il compatible avec le caractère universel des droits fondamentaux ? La critique étant récurrente en doctrine, la Cour de cassation a fini par élargir l'ordre juridique de référence : la condition de proximité est satisfaite si les époux sont domiciliés sur le territoire d'un État partie à la convention EDH<sup>18</sup>. Pourtant, le juge français doit en principe garantir le respect des droits énoncés par la convention à tous les individus, sans considération de leur nationalité ou de leur lieu de vie. En tant que tel,

le critère de la proximité semble donc incompatible avec la protection d'un droit fondamental consacré par la convention EDH, le bénéfice de ces droits étant universel.

Même lorsque le droit ne bénéficie pas d'un caractère universel, l'ordre juridique de référence ne peut pas être cantonné au *for*. L'article 202-1, alinéa 2, du Code civil, s'inscrit dans cette logique d'ouverture : « Deux personnes de même sexe peuvent contracter mariage lorsque, pour au moins l'une d'elles, soit sa loi personnelle, soit la loi de l'État sur le territoire duquel elle a son domicile ou sa résidence le permet ». La disposition conduit à écarter la loi nationale prohibitive dès lors que l'un des époux présente un lien avec un État qui autorise le mariage entre personnes de même sexe. Cela revient à dire que tout individu peut invoquer en France le droit de se marier avec une personne de même sexe, dès lors que ce droit est inscrit dans son « patrimoine de droit privé »<sup>19</sup>. Ainsi, l'individu transporte son patrimoine de droit privé au gré de ses déplacements transfrontières et les droits qui composent ce patrimoine ne sont pas définis en considération de la seule loi du *foru* de la seule loi nationale, comme l'imaginait à l'époque Mancini.

Cet élargissement de l'ordre juridique de référence en considération de la source du droit subjectif en cause doit être salué, mais il n'est pas certain qu'il suffise à sauver l'ordre public de proximité. En revanche, le délaissement de l'ordre public de proximité en tant que mécanisme autonome d'exception d'ordre public ne signifie pas que le raisonnement proximate est abandonné dans le cadre de la mise en œuvre de l'exception d'ordre public.

### **C – Le critère de proximité : un critère parmi d'autres de l'appréciation *in concreto* ?**

Un rapide coup d'œil sur la jurisprudence récente de la Cour de cassation permet de constater que le contrôle de conformité de la norme étrangère à l'ordre public international prend désormais la forme d'un examen renforcé des circonstances concrètes. Au sein de cet examen, le critère de proximité a un rôle à jouer. Par exemple, la loi étrangère qui ignore la réserve héréditaire n'est pas en soi contraire à l'ordre public international, mais elle le devient si le réservataire est dans une situation de précarité économique ou de besoin, d'une part, et si la loi successorale ne présente pas de liens suffisants avec la situation, d'autre part<sup>20</sup>. Dans ce système, la proximité est

un élément déterminant, mais non exclusif, qui permet de justifier la mise en œuvre de la loi successorale étrangère désignée. La proximité peut aussi justifier l'accueil d'une décision étrangère. Par exemple, dans un arrêt du 2 décembre 2020<sup>21</sup>, la Cour de cassation considère que le jugement étranger qui liquide les droits patrimoniaux des époux sans respecter le contrat de mariage conclu par les époux n'est pas contraire à l'ordre public international. L'atteinte au principe de la liberté des conventions matrimoniales est appréciée concrètement : le litige se rattachant pour l'essentiel aux États-Unis et le juge étranger ayant liquidé de façon équitable le régime matrimonial des époux en application de sa *lex fori*, le jugement peut recevoir effet en France. Le lien de proximité est ici considéré au soutien de la légitimité de la décision étrangère.

Le contrôle de la conformité de la norme étrangère à l'ordre public international est traditionnellement opéré *in concreto*, mais le mouvement qui se dessine est celui d'un contrôle *in concretorenforcé*. La question n'est plus de savoir si l'application de la loi étrangère ou l'accueil de la décision étrangère est contraire à l'ordre public international. Il s'agit plutôt de savoir si cela conduit à une solution injuste, inéquitable, au regard d'une valeur dont le caractère essentiel, le caractère fondamental, n'est pas suffisant pour qu'elle soit défendue de façon intangible. Là où le relativisme des valeurs était jusqu'alors pris en charge par l'ordre public atténué et l'ordre public de proximité, à travers le facteur temporel et le facteur spatial, il devient désormais dépendant de considérations subjectives et substantielles : qui de l'époux ou de l'épouse se prévaut en France de la répudiation ? La réserve héréditaire ignorée par la loi successorale étrangère aurait-elle pu aider un descendant dans le besoin ? Les intérêts pécuniaires des époux ont-ils été liquidés de façon équitable ?

Si l'ordre public de proximité est un mécanisme dont la pérennité est douteuse, le maintien du critère de proximité pour apprécier la conformité de la norme étrangère à l'ordre public ne l'est pas. Simplement, ce critère ne serait ni nécessaire ni déterminant. Par ailleurs, il permettrait désormais de justifier la compétence ou l'accueil de la norme étrangère, et non simplement de justifier son exclusion. Le critère de proximité deviendrait ainsi un critère parmi d'autres pour opérer le contrôle de compatibilité de la norme étrangère à l'ordre public international, dans le cadre d'un contrôle de compatibilité fondé sur une appréciation des circonstances concrètes de l'espèce<sup>22</sup>. Évidemment, un tel contrôle n'a de sens que dans les cas où la valeur de référence n'est pas intangible car une telle valeur, en tant qu'elle structure le



système juridique du *foret* protège l'intérêt public, ne souffre aucun tempérament.

Johanna GUILLAUMÉ

## II – La filiation des enfants issus d'une gestation pour autrui à l'étranger au lendemain de la modification de l'article 47 du Code civil

Lors du dépôt du projet de loi relatif à la bioéthique à l'Assemblée nationale le 24 juillet 2019<sup>38</sup>, la jurisprudence de la Cour de cassation excluait la transcription à l'état civil d'un acte en ce qu'il indique une filiation à l'égard d'une femme n'ayant pas accouché ou à l'égard de deux hommes. Elle considérait que, dans l'un et l'autre de ces cas, l'acte ne correspondait pas à la « réalité » et ne répondait donc pas aux exigences de l'**article 47 du Code civil**. Elle admettait en revanche que l'adoption était une voie ouverte pour établir la filiation à l'égard du parent d'intention non biologique<sup>39</sup>. Sur le principe, cette jurisprudence n'était pas en contradiction avec les exigences que la CEDH tire de l'article 8 de la convention EDH, puisqu'elle avait précisé que le lien de filiation à l'égard du parent d'intention doit pouvoir être reconnu au plus tard lorsqu'il s'est concrétisé, étant entendu que d'autres voies que la transcription sont possibles, et notamment l'adoption, sous réserve de l'effectivité et de la célérité de sa mise en œuvre<sup>40</sup>. Au cours des mois suivants, la Cour de cassation a pourtant modifié sa jurisprudence. En octobre, elle a d'abord admis la transcription d'un acte indiquant une filiation à l'égard d'une femme n'ayant pas accouché<sup>41</sup>, afin de faire cesser une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée des enfants. La solution apparaissait alors très liée aux circonstances de l'espèce (enfants devenus majeurs, plus de quinze ans de procédure). En décembre, elle a été généralisée « afin d'unifier le traitement des situations » et s'est appliquée dans des hypothèses où l'acte indiquait une filiation à l'égard de deux hommes<sup>42</sup>. La solution consistait à admettre la transcription dès lors que l'acte étranger était régulier, exempt de fraude et établi conformément au droit de l'État d'origine de l'acte. La situation a ainsi changé entre le dépôt du projet de loi et le début des débats parlementaires qui ont donc, sans surprise, vu réapparaître la question de la filiation des enfants issus

d'une GPA réalisée à l'étranger. Le législateur a finalement décidé de briser la jurisprudence (A), appelant à devoir trouver d'autres solutions (B).

### **A – Une jurisprudence brisée**

Dès la première lecture, le Sénat a voté la création, dans le Code civil, d'un article 47-1 interdisant la transcription d'un acte de l'état civil ou d'un jugement étranger, à l'exception des jugements d'adoption, établissant la filiation d'un enfant issu d'une GPA à l'égard d'une femme qui n'a pas accouché ou de deux hommes, tout en précisant que la transcription partielle resterait possible, ainsi que l'établissement d'un second lien de filiation par adoption<sup>43</sup>. L'assemblée nationale n'a pas suivi le Sénat mais a tout de même voulu aussi réagir à l'évolution de la jurisprudence. Elle a opté pour un ajout à l'**article 47 du Code civil** visant à préciser que la « réalité » à laquelle est conditionnée la transcription « est appréciée au regard de la loi française ». L'assemblée ayant eu le dernier mot, c'est bien cette version qui a été adoptée par la loi du 2 août 2021<sup>44</sup>.

La jurisprudence décidant que le recours à une GPA ne fait pas obstacle à une transcription complète qui doit être ordonnée lorsque l'acte étranger est régulier, exempt de fraude et établi conformément au droit de l'État d'origine de l'acte<sup>45</sup>, est brisée<sup>46</sup>. Il faudra, pour respecter la volonté du législateur, en revenir à la solution antérieure refusant la transcription lorsque l'acte n'est pas conforme à la réalité telle que l'entend le droit français. Cela exclut vraisemblablement la transcription des actes indiquant une double paternité ou une maternité à l'égard d'une femme qui n'a pas accouché. À cet égard, on peut souligner que si la loi du 2 août 2021 permet l'établissement d'une double filiation maternelle autrement que par l'adoption, elle n'ouvre pas pour autant l'ensemble des possibilités offertes par le droit commun mais exige une reconnaissance conjointe anticipée<sup>47</sup>. Dans ces conditions, on peut penser qu'elle autorise toujours à affirmer que, concernant la désignation de la mère dans les actes de naissance, la réalité, au sens de l'**article 47 du Code civil**, est celle de l'accouchement<sup>48</sup>, dès lors qu'elle est appréciée au regard de la loi française.

Dans un certain nombre de cas, la voie de l'adoption restera ouverte. Le nouveau texte ne remet pas en cause cet aspect de la jurisprudence et les travaux parlementaires montrent que le législateur avait en tête cette possibilité<sup>49</sup>. Il l'a préférée à celle de la transcription en raison du contrôle de la conformité à l'intérêt de l'enfant qu'implique l'adoption<sup>50</sup>. Mais la question

de la solution à apporter lorsque l'adoption n'est pas possible n'a pas été parfaitement réglée par la loi du 2 août 2021.

## **B – De nouvelles réponses à trouver**

Lorsque l'adoption ne sera pas possible et que le lien se sera concrétisé, il faudra sans doute admettre la transcription afin de ne pas risquer une condamnation par la CEDH. Cela conduira à une mise à l'écart de la nouvelle précision figurant à l'article 47 au nom de l'article 8 de la convention EDH. On en reviendra donc finalement à la solution retenue par l'assemblée plénière dans son arrêt du 4 octobre 2019 (admettre la transcription uniquement lorsque c'est le seul moyen de respecter l'article 8 de la convention EDH<sup>51</sup>). Son inconvénient majeur, qui avait conduit la Cour de cassation à faire évoluer sa jurisprudence, était l'absence d'unification des situations. Le texte du 2 août 2021 ne permettait pas de l'écarter mais une autre loi, intervenue ultérieurement, pourrait permettre d'améliorer largement la situation. En effet, une loi du 21 février 2022<sup>52</sup> a modifié les conditions de l'adoption dans le sens d'une ouverture. En particulier, elle a ouvert l'adoption aux couples non mariés, rendant possible l'adoption de l'enfant du concubin ou du partenaire pacsé. Il est donc désormais possible d'imposer effectivement la voie de l'adoption à tous les couples.

Les seules difficultés se concentrent donc aujourd'hui sur les autres hypothèses dans lesquelles l'adoption peut être refusée. Un refus fondé sur une non-conformité à l'intérêt de l'enfant<sup>53</sup> ne devrait pas conduire à une violation de la convention EDH compte tenu de l'importance de ce critère aux yeux de la Cour. Un refus de consentement de la part du parent biologique pourrait peut-être être contourné en exploitant l'**article 348-6 du Code civil**, ainsi qu'ont pu le décider certains juges du fond confrontés à cette difficulté pour des enfants issus d'un projet commun mené par un couple de femmes<sup>54</sup>. Il aurait peut-être été préférable que la possibilité de passer outre le refus du parent biologique à certaines conditions soit inscrite dans la loi mais le législateur ne l'a admis que de manière transitoire et pour les enfants issus d'un couple de femmes ayant eu recours à une AMP à l'étranger avant la loi *Bioéthique* de 2021<sup>55</sup>.

La jurisprudence de la CEDH pourrait aussi s'infléchir dans le sens d'une absence d'obligation de reconnaître un lien de filiation en l'absence de lien biologique, dès lors que toute possibilité d'adoption n'est pas exclue et que

des mesures visant à protéger la vie familiale (dont l'octroi de la nationalité à l'enfant) ont été adoptées<sup>56</sup>.

Les hypothèses nécessitant une mise à l'écart de la nouvelle précision figurant à **l'article 47 du Code civil** pourraient finalement être exceptionnelles<sup>57</sup>.

**Amélie DIONISI-PEYRUSSE**