



HAL
open science

Gestation pour autrui : le principe d'indisponibilité de l'état des personnes "désactivé" ?

Marc Pichard

► **To cite this version:**

Marc Pichard. Gestation pour autrui : le principe d'indisponibilité de l'état des personnes "désactivé" ?. Les Petites Affiches, 2017, 256-257, pp.6-14. hal-01797672

HAL Id: hal-01797672

<https://hal.parisnanterre.fr/hal-01797672v1>

Submitted on 14 Nov 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Gestation pour autrui : le principe d'indisponibilité de l'état des personnes « désactivé » ?

Marc Pichard, professeur à l'université Paris-Nanterre, CEDCACE (EA 3457)

La protection de l'indisponibilité de l'état des personnes est à la source du régime juridique de la gestation pour autrui en droit français. Les arrêts rendus par la première chambre civile de la Cour de cassation le 5 juillet 2017 conduisent pourtant à s'interroger sur la persistance de la place du « principe » d'indisponibilité de l'état des personnes en la matière : en admettant l'adoption de l'enfant issu d'une convention de gestation pour autrui par le conjoint de son père, d'une part, en justifiant le refus de transcription des actes d'état civil étrangers sans se référer à l'indisponibilité de l'état des personnes, d'autre part, la Cour de cassation a-t-elle « désactivé » le principe et, partant, opéré un fondamental changement de paradigme ?

En droit français, la lutte contre la gestation pour le compte d'autrui est classiquement conçue, avant toute chose, comme une protection de l'indisponibilité de l'état des personnes¹. En 1991, le principe² d'indisponibilité de l'état des personnes est appelé au soutien de l'arrêt fondateur de la sanction de la maternité de substitution³. Dans la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994, qui ne consacre certes pas un tel principe, la gestation pour autrui est appréhendée comme un aménagement conventionnel de la filiation (une « convention (...) portant sur (...) la gestation pour le compte d'autrui », aux termes de l'article 16-7 du Code civil), et plus exactement de la maternité ; logiquement, la sanction est la nullité de la convention, sanction protectrice du fondement ultime de la maternité en droit positif qu'est l'accouchement et donc de la conception française de l'état des personnes – mais inapte à saisir le phénomène contemporain de « commande d'enfant par son géniteur »⁴. On ne s'étonnera guère que, en conséquence, la Cour de cassation ait maintenu jusqu'en 2011 le principe d'indisponibilité de l'état des personnes – mais pas celui d'indisponibilité du corps humain⁵ – dans la motivation de ses décisions sanctionnant les gestations pour le compte d'autrui au sens strict c'est-à-dire les conventions visant à rattacher juridiquement l'enfant à une femme qui n'en a pas accouché⁶.

Or les arrêts rendus par la Cour de cassation le 5 juillet 2017⁷ conduisent à s'interroger sur la persistance, dans la jurisprudence de la Cour, du lien entre indisponibilité de l'état des personnes et appréhension juridictionnelle du phénomène de « gestation pour autrui ».

Certes, si l'on a égard aux solutions *pratiques* retenues dans les différentes espèces, ce sont les figures les plus traditionnelles de la maternité et de la paternité qui semblent consacrées : une maternité nécessairement arrimée au fait biologique de l'accouchement et une paternité, au contraire, plus flexible, et susceptible d'être fondée en volonté⁸. En particulier, les arrêts manifestent un attachement très fort à la définition de la maternité par l'accouchement : « concernant la désignation de la mère dans les actes de naissance, la réalité, au sens de [l'article 47 du Code civil] est la réalité de l'accouchement ». La solution rompt avec la ligne jurisprudentielle nouvelle de la cour d'appel de Rennes. Dans plusieurs décisions, postérieures à celles soumises à l'examen de la Cour de cassation, la cour retient en effet une analyse différente de la « réalité » au sens de l'article 47 du Code civil : « Dans l'intérêt supérieur de l'enfant qui a droit à une identité qui inclut la filiation, la réalité au sens de l'article 47 du Code civil s'entend aussi comme celle qui existe juridiquement au jour où l'acte de naissance étranger a été dressé »⁹. La Cour de cassation adopte une position contraire mais sans justification, économie de moyens qui interroge¹⁰ : quel fondement trouver à cette définition de la réalité, en dehors du renvoi au « sens de l'article 47 du Code civil », ce qui n'explique et ne justifie rien ?¹¹ Nul doute qu'il aurait été possible de soutenir que, en droit français, l'accouchement est le fondement ultime de la maternité et que cette analyse s'impose y compris

lorsqu'est en cause une action non pas en établissement ou contestation de la filiation mais en transcription d'un acte d'état civil étranger¹². Pourtant, l'arrêt ne s'embarrasse d'aucune référence de ce type – et le sens de la « réalité » n'est pas fondé en droit : il n'est renvoyé ni aux articles 325, alinéa 2, ou 332, alinéa 1^{er}, du Code civil, ni même au titre VII du livre premier du Code civil en son ensemble. L'impression est forte d'une « naturalisation », entendue comme l'appréhension d'une donnée qui s'imposerait au droit en sa qualité de fait, de ce qui est pourtant un critère *juridique* et donc *construit* de la maternité. À la différence de « données » énoncées dans l'acte de naissance, telles que le jour, l'heure et le lieu de naissance, la maternité, lien de filiation¹³, n'est pas un fait qui se constate, comme pourrait l'être l'origine ou l'accouchement, mais une institution sociale et donc construite¹⁴ ; à rebours de cette analyse, les arrêts, en ne fondant pas en droit leur définition de la « réalité » de la maternité, laissent entendre que l'accouchement ferait nécessairement, et indépendamment des choix politiques à l'origine de la règle de droit, c'est-à-dire « naturellement », la mère : *mater semper certa est*. L'analyse fait directement écho à une certaine conception de l'indisponibilité de l'état des personnes¹⁵, telle qu'exprimée dans l'arrêt *Alma Mater*, rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 13 décembre 1989, et dans lequel on lit : « l'objet même de l'association est de favoriser la conclusion et l'exécution de conventions qui, fussent-elles verbales, portent tout à la fois sur la mise à la disposition des demandeurs des fonctions reproductrices de la mère et sur l'enfant à naître et sont donc nulles en application de l'article 1128 du Code civil ; (...) ces conventions contreviennent au principe d'ordre public de l'indisponibilité de l'état des personnes en ce qu'elles ont pour but de faire venir au monde un enfant dont l'état ne correspondra pas à sa *filiation réelle* au moyen d'une renonciation et d'une cession, également prohibées, des droits reconnus par la loi à la future mère »¹⁶.

Pourtant, des indices d'une rupture avec la logique initiale à l'œuvre ne sauraient être négligés. D'une part, la Cour de cassation admet le principe d'une adoption par « le conjoint » – qui peut être un homme¹⁷ mais pourrait être une femme¹⁸ – du père et géniteur de l'enfant issu d'une telle convention c'est-à-dire laisse entendre que la volonté pourrait influencer sur le lien de filiation de l'enfant, lors même que c'est précisément l'adoption de l'enfant par l'épouse du père qui avait été sanctionnée par la Cour de cassation en 1991 au nom, certes, du détournement de l'institution de l'adoption mais aussi de l'indisponibilité de l'état des personnes¹⁹. D'autre part, dans le cadre d'un contrôle de conventionnalité réalisé de manière au demeurant particulièrement abstraite, elle ne justifie pas le « refus de transcription de la filiation maternelle d'intention » par le principe d'indisponibilité de l'état des personnes mais identifie les buts légitimes poursuivis par l'ingérence dans la jouissance de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme comme « la protection de l'enfant et de la mère porteuse ». Ces deux changements essentiels, quant aux solutions, d'une part, quant au fondement théorique du refus de transcription, d'autre part, remettent-ils en cause la place de l'indisponibilité de l'état des personnes en matière de gestation pour le compte d'autrui ?

I – L'indisponibilité de l'état des personnes et les solutions retenues

Dans trois des arrêts rendus, la Cour de cassation admet le principe d'une adoption – sans plus de précision –, par le conjoint – époux ou épouse – du père. L'admission du recours à l'adoption dans des systèmes juridiques qui, pourtant, posent la nullité de la convention de gestation pour le compte d'autrui n'est pas sans précédent : les juges québécois ont ainsi pu autoriser l'adoption en cas de recours à une femme porteuse, malgré l'article 541 du Code civil du Québec selon lequel « toute convention par laquelle une femme s'engage à procréer ou à porter un enfant pour le compte d'autrui est nulle de nullité absolue »²⁰ ; de même, alors qu'une loi du 14 avril 2006 pose la nullité de plein droit du contrat de gestation pour autrui par lequel une femme renoncerait à sa parenté en faveur du commanditaire ou d'un tiers, le *Tribunal supremo* espagnol a pu, tout en refusant la transcription de l'acte de naissance étranger sur les registres espagnols, admettre l'adoption de l'enfant issu d'une gestation pour autrui à l'étranger²¹.

La question soulevée par cette solution n'est pas sans rappeler celle relative à l'adoption d'un enfant par un homme ne pouvant établir sa paternité en vertu du titre VII du livre premier du Code civil, en raison du lien de parenté l'unissant à la mère de l'enfant. On sait en effet que la Cour de cassation a cassé l'arrêt d'appel qui, « pour accueillir cette demande, a retenu que la loi n'interdisait pas l'adoption de son propre enfant et que l'adoption simple, ne manifestant pas une filiation biologique, ne pouvait être assimilée à la reconnaissance d'un enfant dont les père et mère connaissent un des empêchements à mariage prévu par les articles 161 et 162 du Code civil » : « en statuant ainsi, alors que la requête en adoption présentée [par le demi-frère de la mère] contrevient aux dispositions d'ordre public édictées par l'article 334-10 du Code civil interdisant l'établissement du double lien de filiation en cas d'inceste absolu, la cour d'appel a violé » ce dernier article, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 4 juillet 2005²². Par la suite censée²³ être consacrée par ladite ordonnance qui a créé un nouvel article 310-2 du Code civil aux termes duquel « s'il existe entre les père et mère de l'enfant un des empêchements à mariage prévus par les articles 161 et 162 pour cause de parenté, la filiation étant déjà établie à l'égard de l'un, il est

interdit d'établir la filiation à l'égard de l'autre *par quelque moyen que ce soit* », la solution conduit à assimiler, dans une certaine mesure, c'est-à-dire à placer sur le même plan les deux filiations du Code civil, celle du titre VII et celle du titre VIII du Code civil²⁴. L'autonomie formelle de la « filiation adoptive » à l'égard de la « filiation » sans qualificatif, souvent qualifiée de « charnelle », est évincée au nom du respect d'un impératif supérieur. Appliquer ce raisonnement à la question de la gestation pour le compte d'autrui devrait conduire à estimer que ce qui n'est pas possible en vertu du titre VII du Code civil²⁵ ne saurait l'être par recours au titre VIII. Partant, si l'indisponibilité de l'état et l'article 16-7 du Code civil font obstacle à l'établissement de la filiation à l'égard des parents d'intention en vertu du titre VII du Code civil, il ne devrait pas être possible de solliciter la filiation adoptive à cette même fin. En admettant le principe de l'adoption par l'époux ou l'épouse du père, la Cour de cassation a-t-elle nécessairement renoncé à protéger l'indisponibilité de l'état des personnes ? La réponse dépend probablement du type d'adoption prononcée. Or, si la formule employée dans les arrêts est très générale, qui vise l'adoption par l'épouse ou par l'époux, sans plus de précision, la Cour de cassation n'était en l'occurrence saisie que d'une adoption simple, admise en son principe sous réserve de l'appréciation de l'intérêt de l'enfant par les juges du fond à l'occasion du renvoi.

L'adoption simple de l'enfant par le mari de son père permet-elle de créer une situation équivalente à celle que l'article 16-7 du Code civil cherche à sanctionner ? Rien n'est moins sûr. L'adoption simple de l'enfant n'empêche en effet pas la gestatrice de préserver un lien de filiation avec celui-ci ou même de l'établir ultérieurement²⁶. Parce qu'elle n'instaure qu'une filiation additive, l'adoption simple ne conduit pas l'adoptant à prendre la place d'un parent dans le schéma de la filiation. En somme, l'article 16-7 du Code civil, qui vise à empêcher que la gestatrice soit privée de la possibilité de revendiquer la place qui lui revient dans le schéma de la filiation, n'est pas même contourné par la solution retenue²⁷. L'adoption simple par le mari du père n'est donc pas incompatible avec l'indisponibilité de l'état des personnes. Et il en irait exactement de même en présence d'une adoption simple par l'épouse du père, dont le principe est nécessairement admis par les deux arrêts relatifs à des gestations pour le compte d'autrui au sens strict²⁸.

Appliquée en revanche à l'adoption plénière, l'affirmation posée par la Cour de cassation semble infiniment plus troublante au regard de la logique d'indisponibilité portée par l'article 16-7 du Code civil. Aux termes mêmes de l'article 356 du Code civil, propre à l'adoption plénière, « l'adoption confère à l'enfant une filiation qui se substitue à sa filiation d'origine ». Il s'agit donc bien, ce faisant, de substituer à celle qui pourrait revendiquer le statut de mère au regard du droit français une autre personne, homme ou femme. Or cette substitution est précisément ce qui est prohibé par l'article 16-7 du Code civil, dont l'objet premier voire exclusif est de protéger la place de la gestatrice contre une maternité – voire une paternité – concurrente. Le recours au titre VIII du Code civil permettrait donc de réaliser exactement ce qui est censé être impossible en application de l'article 16-7 du Code civil.

L'analyse pourrait certes être contestée : l'adoption, serait-elle plénière, ne saurait en aucun cas être mise sur le même plan que la filiation du titre VII du Code civil. Tandis que la seconde entretient des rapports avec les faits, le fondement ultime de la filiation en droit français étant une donnée biologique – la gestation pour la maternité, l'apport génétique pour la paternité –, ce qui explique que le lexique de la preuve soit sollicité à son propos, puisqu'il s'agit alors d'établir un fait, l'adoption ne saurait rien établir : elle confère²⁹, constitue ou instaure un lien de filiation. En d'autres termes, l'adoption ne permettrait jamais de réaliser exactement ce qui est prohibé à l'article 16-7 du Code civil c'est-à-dire établir un lien de filiation entre un enfant et une femme autre que celle qui l'a porté. Les arrêts du 5 juillet 2017 signeraient le retour de la Cour de cassation à une vision plus juste de la matière – prenant acte de la distinction fondamentale, de l'absolue hétérogénéité, des deux filiations du Code civil ; ils ne sauraient même être analysés comme manifestations d'un recul de l'indisponibilité de l'état des personnes, la filiation ainsi conférée ne disant rien et, partant, ne pouvant contredire la filiation qui pourrait ou, plus exactement, aurait pu³⁰ être établie – et que protègent tant l'article 16-7 du Code civil que l'indisponibilité de l'état.

Cette lecture bute toutefois sur un écueil : quand bien même on admettrait qu'il n'est en aucun cas possible de faire la même chose par la voie de la filiation adoptive que par celle de la filiation du titre VII, la porosité entre les deux filiations ne fait aucun doute. Parce que l'adoption plénière engendre une substitution, il ne sera plus possible, une fois l'adoption prononcée – et même, une fois le placement en vue de l'adoption effectué³¹ – d'établir la maternité de la femme porteuse.

Et c'est vainement que l'on invoquerait la spécificité de l'adoption de l'enfant du conjoint pour réfuter l'objection. Certes, l'alinéa 2 de l'article 356 du Code civil dispose : « toutefois l'adoption de l'enfant du conjoint laisse subsister sa filiation d'origine à l'égard de ce conjoint et de sa famille ». Parce que le texte se présente comme une exception au premier alinéa, qui pose le principe selon lequel « l'adoption confère à l'enfant une filiation qui se substitue à sa filiation d'origine », on pourrait être tenté de soutenir que l'adoption plénière de l'enfant du conjoint est dépourvue d'effet de substitution. L'analyse serait toutefois erronée. L'effet de substitution n'est alors que partiel, limité à une

seule branche de la filiation : le lien de filiation avec le conjoint de l'adoptant subsiste ; mais dans l'autre branche, la substitution a bien lieu : que l'enfant ait eu un autre parent, en l'occurrence une mère, puisque seul peut prétendre adopter l'épouse – ou l'époux – du père, et elle est évincée³² ; que la place ait été vacante, et elle n'a plus vocation à être occupée par quiconque autre que l'adoptant. L'éviction de la gestatrice du schéma de la filiation serait donc définitive : l'arrangement entre les différentes parties – père, conjoint et femme porteuse –, antérieur à la conception de l'enfant quand bien même il se traduirait par une procédure ultérieure donnant lieu à un contrôle par le juge, aurait donc pour objet de disposer de la filiation (au sens du titre VII) de l'enfant ; le recul de l'indisponibilité de l'état des personnes serait patent.

En somme, ou bien il convient de distinguer là où la Cour ne distingue pas : la seule adoption rendue théoriquement possible par la Cour de cassation serait l'adoption simple, et l'indisponibilité de l'état des personnes pourrait effectivement être considérée comme hors de cause ; ou bien, par ces arrêts, la Cour admet la possibilité d'une adoption plénière de l'enfant du conjoint, et l'on voit mal comment soutenir que le principe d'indisponibilité de l'état des personnes serait préservé. Si cette hypothèse ne peut être écartée, c'est, non seulement au regard de l'ambiguïté de la solution retenue, mais aussi des fondements théoriques avancés pour justifier le refus de transcription des actes d'état civil étrangers.

II – L'indisponibilité de l'état des personnes et les fondements théoriques avancés

Sommée par les pourvois d'apprécier la conformité du refus de transcription d'un acte d'état civil étranger mentionnant comme mère une femme qui n'avait pas accouché de l'enfant à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme, la Cour de cassation est conduite à réaliser un contrôle de conventionnalité. Partant, il lui faut, en respect des stipulations de l'article 8, § 2 de la Convention, vérifier que l'incontestable ingérence dans le droit au respect de la vie privée et de la vie familiale des enfants est prévue par la loi et poursuit un but légitime, avant d'apprécier la proportionnalité d'une telle ingérence par rapport à l'objectif visé. L'ingérence est ainsi justifiée : « le refus de transcription de la filiation maternelle d'intention, lorsque l'enfant est né à l'étranger à l'issue d'une convention de gestation pour autrui, résulte de la loi et poursuit un but légitime *en ce qu'il tend à la protection de l'enfant et de la mère porteuse et vise à décourager cette pratique*, prohibée par les articles 16-7 et 16-9 du Code civil ». La formule est inédite. Si son origine ne fait guère de doutes, sa portée est plus incertaine.

L'origine de la formule ne souffre guère d'incertitudes. Il s'agit à l'évidence, pour la Cour de cassation, de mettre ses pas dans ceux de la Cour européenne, afin de se mettre à l'abri de toute sanction par la Cour de Strasbourg. Dans les arrêts *Menesson et Labassée c/ France* du 26 juin 2014, la Cour européenne « comprend (...) que le refus de la France de reconnaître un lien de filiation entre les enfants nés à l'étranger d'une gestation pour autrui et les parents d'intention procède de la volonté de décourager ses ressortissants de recourir hors du territoire national à une méthode de procréation qu'elle prohibe sur son territoire dans le but, selon sa perception de la problématique, de préserver les enfants et – comme cela ressort de l'étude du Conseil d'État du 9 avril 2009 (...) – la mère porteuse. Elle admet en conséquence que le gouvernement puisse considérer que l'ingérence litigieuse visait deux des buts légitimes énumérés au second paragraphe de l'article 8 de la Convention : la "protection de la santé" et "la protection des droits et libertés d'autrui" »³³.

Tous les éléments mis en avant pour justifier l'ingérence réalisée sont directement repris de ces décisions. En elle-même, cette justification pourrait être discutée. On conçoit aisément que le refus de faire produire effet à une convention de gestation pour autrui *lato sensu* puisse être justifié par la protection de la santé de la femme porteuse³⁴. On saisit en revanche moins en quoi elle garantirait la protection de l'enfant qui, à défaut d'une telle opération, n'existerait pas. En vérité, ce n'est pas l'enfant effectivement né de la femme porteuse qui est ici en cause, ce qui pourrait expliquer que la Cour n'évoque pas son intérêt, nécessairement particulier, mais un enfant abstraitement conçu³⁵. Cette approche abstraite met sur la voie du fondement sous-jacent de la justification : c'est la dignité de la mère et de l'enfant qu'il s'agirait de protéger, ce qui présuppose que la gestation pour autrui conduirait à considérer non seulement la femme porteuse mais l'enfant lui-même comme des moyens de satisfaire le désir d'autrui³⁶ voire comme les objets de prérogatives d'autrui³⁷ – ce qui renvoie implicitement au spectre du droit à l'enfant³⁸. Quoi qu'il en soit, ces justifications, déjà avancées dans le discours sur le droit, sont nouvelles dans le discours du droit que constitue la jurisprudence de la Cour de cassation³⁹. Jusqu'alors, dans la continuité des arrêts de 1989 et 1991, ce n'étaient pas des intérêts individuels, seraient-ils abstraitement conçus, qui étaient sollicités pour justifier la sanction des conventions de gestation pour autrui⁴⁰, et pas même le principe à valeur constitutionnelle de sauvegarde de la dignité de la personne, pourtant mobilisé par la Cour de cassation dans d'autres contextes⁴¹, mais la protection de l'indisponibilité de l'état ou la lutte contre la fraude à la loi, deux fondements qui renvoient à une défense du système juridique lui-même⁴² – dès lors que l'on admet que l'indisponibilité de l'état protège la définition adoptée par un certain système juridique des éléments constitutifs

de cet état, et pas la « nature »⁴³. Ce qui a toujours fondé la position française à l'égard de la gestation pour le compte d'autrui est purement et simplement tu ; seuls les éléments préalablement admis par la Cour européenne des droits de l'homme pour justifier l'ingérence sont retenus.

Pourtant, la Cour de cassation n'a pas toujours jugé illégitime de solliciter l'indisponibilité de l'état des personnes pour justifier les solutions du droit français au regard des exigences de la Convention européenne des droits de l'Homme – en particulier dans deux arrêts de rejet de la première chambre civile du 13 février 2013, relatifs aux conditions du changement de sexe. Dans l'un, la Cour de cassation soutient que la cour d'appel a pu estimer que les conditions alors posées à un tel changement « ne constituent pas des conditions discriminatoires ou portant atteinte aux principes posés par les articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'Homme, 16 et 16-1 du Code civil, dès lors qu'elles se fondent sur un juste équilibre entre les impératifs de sécurité juridique et *d'indisponibilité de l'état des personnes* d'une part, de protection de la vie privée et de respect dû au corps humain d'autre part »⁴⁴. Dans l'autre, elle estime que, « ayant relevé que [le demandeur] ne rapportait pas la preuve, de nature intrinsèque à sa personne, du caractère irréversible du processus de changement de sexe, qui ne pouvait résulter du seul fait qu'il appartenait au sexe féminin aux yeux des tiers, c'est sans porter atteinte aux principes posés par les articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'Homme, mais par un juste équilibre entre les impératifs de sécurité juridique et *d'indisponibilité de l'état des personnes* d'une part, de protection de la vie privée d'autre part, que la cour d'appel a rejeté sa demande »⁴⁵. La technique argumentative adoptée en l'espèce par la Cour de cassation, qui ne se réfère pas au principe d'indisponibilité de l'état pour justifier une ingérence dans les droits garantis par l'article 8 de la Convention européenne, peut certes s'expliquer par un choix stratégique au regard des exigences de la Cour de Strasbourg mais il convient d'en évaluer la portée générale.

Que les décisions relatives à des commandes d'enfants par des hommes qui en sont les géniteurs ne mobilisent pas le principe d'indisponibilité de l'état des personnes n'a rien pour surprendre : ce principe ne saurait empêcher la transcription d'un acte étranger précisément conforme à la définition française de la paternité⁴⁶. Et l'on constate d'ailleurs que, évidemment, le pourvoi invoquant le principe d'indisponibilité de l'état des personnes dans un des arrêts du 3 juillet 2015 admettant la transcription de l'acte étranger à l'égard du père ayant recouru à une convention de commande d'enfant est rejeté⁴⁷, mais encore et surtout que, dès avant le revirement, les décisions refusant donc la transcription ne se fondaient pas sur l'indisponibilité de l'état des personnes : les arrêts du 13 septembre 2013⁴⁸ ne faisaient aucune référence dans leur motivation au principe d'indisponibilité de l'état des personnes, lors même que ledit principe était, dans l'arrêt de cassation, invoqué par le pourvoi accueilli⁴⁹ ; le même constat s'impose à la lecture de l'arrêt du 19 mars 2014 reprenant la même solution⁵⁰. L'éviction de l'indisponibilité de l'état des personnes de la motivation d'arrêts qui, quelle qu'en soit la solution, n'avaient rien à voir avec ladite indisponibilité⁵¹, ne peut qu'être saluée – quand bien même elle ne semble pas, au regard des décisions des juges du fond rendues et des pourvois formés ultérieurement, avoir été identifiée par l'ensemble des acteurs.

En revanche, évincer le principe d'indisponibilité de l'état des personnes comme fondement théorique et, le cas échéant, juridique du dispositif sanctionnant les gestations pour le compte d'autrui au sens strict serait rompre avec une logique particulièrement implantée dans le système juridique français.

Certes, il n'est pas absolument certain que le silence des arrêts de la Cour de cassation relatifs à des gestations pour le compte d'autrui au sens strict doive être assimilé à une éviction. Outre que la Cour a pu n'invoquer que deux buts légitimes parmi d'autres, il faut par ailleurs relever qu'elle prend soin de préciser qu'elle n'est saisie que d'actions relatives à la transcription d'actes étrangers, et ne se prononce pas sur des actions relatives à la filiation. On pourrait donc en déduire qu'elle considère que le principe est simplement étranger à la mise en œuvre de l'article 47 du Code civil – et qu'il pourrait retrouver son empire s'agissant de trancher un litige relatif à la filiation d'un enfant⁵².

Cette analyse minorante est toutefois loin d'être certaine dès lors qu'on la rapproche de l'admission de l'adoption par le conjoint du père. L'hypothèse d'une désactivation⁵³ du principe d'indisponibilité de l'état des personnes en matière de gestation pour le compte d'autrui au sens strict et, partant, d'un fondamental changement de paradigme, ne saurait donc être écartée. Elle permettrait de construire un régime unique, esquissé dans les arrêts, pour toutes les hypothèses de recours au corps d'une femme tierce pour porter un enfant dont elle n'aurait pas vocation à être la mère, que ce recours soit opéré par une femme ou par un homme, qu'il y ait donc gestation pour le compte d'autrui au sens strict ou commande d'enfant par son géniteur. Il faut en effet souligner que le registre argumentatif mobilisé par la Cour de cassation pour justifier le refus de transcription des actes étrangers pourrait s'appliquer aussi bien à l'une qu'à l'autre des hypothèses : car, si la sanction de la gestation pour autrui se justifie par la protection de la femme porteuse comme de l'enfant, et non par l'indisponibilité de l'état, la distinction du statut du géniteur et de celui de la mère d'intention, du moins si elle est génitrice⁵⁴, qui était inévitable, devient inexplicable. Mais un tel changement de paradigme présente une faiblesse essentielle : il entre en contradiction

avec le dispositif législatif lui-même⁵⁵. Car la convention de gestation pour le compte d'autrui visée à l'article 16-7 du Code civil ne peut concerner que la maternité⁵⁶ ; et sa nullité n'a jamais protégé que l'indisponibilité de l'état elle-même...

NOTES DE BAS DE PAGE

1- Pichard M., « La commande d'enfant par son géniteur (est-elle une hypothèse de gestation pour le compte d'autrui ?) », D. 2017, p. 1143 et s., spéc. p. 1144.

2- Sur la pertinence de son invocation en la matière, v. Gobert M., « Réflexions sur les sources du droit et les "principes" d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes (à propos de la maternité de substitution) », RTD civ. 1992, p. 489, spéc. n^{os} 31 et s., p. 519 et s.

3- Cass. ass. plén., 31 mai 1991, n° 90-20105 : Bull. ass. plén., n° 4, in Capitant H., Terré F. et Lequette Y., *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 1, 13^e éd., 2015, Dalloz, n° 51, p. 335 et s., et les réf. citées.

4- Sur la distinction de la gestation pour le compte d'autrui au sens de l'article 16-7 du Code civil et de la commande d'enfant par son géniteur, v. Pichard M., « La commande d'enfant par son géniteur (est-elle une hypothèse de gestation pour le compte d'autrui ?) », préc. Rapp., à propos de la nécessité de distinguer entre les différentes figures de la « gestation pour autrui », Hauser J., « Comment définir "autrui" dans la gestation pour autrui ? », RTD civ. 2017, p. 367.

5- Pour une explication, v. Neirinck C., « Les caractères de l'état civil », in Neirinck C., (dir.), *L'État civil dans tous ses états*, 2008, LGDJ, p. 41 et s., p. 43 : « L'indisponibilité du corps humain a (...) semblé inconciliable avec les progrès des sciences biomédicales qu'elle freinait : les lois de bioéthique du 29 juillet 1994 ont remplacé la notion d'indisponibilité de la matière humaine par celle de non patrimonialité ».

6- Trois arrêts, Cass. 1^{re} civ., 6 avr. 2011, n° 09-17130 : Bull. civ. I, n° 70 – Cass. 1^{re} civ., 6 avr. 2011, n° 09-66486 : Bull. civ. I, n° 71 – Cass. 1^{re} civ., 6 avr. 2011, n° 10-19053 : Bull. civ. I, n° 72 ; RTD civ. 2011, p. 340, obs. Hauser J. ; Rev. crit. DIP 2011, p. 722, note Hammje P. ; D. 2011, p. 1522, note Berthiau D. et Brunet L. ; Dr. famille 2011, étude 14, note Neirinck C. V. en particulier le premier arrêt : « en l'état du droit positif, il est contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, principe essentiel du droit français, de faire produire effet à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui, nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du Code civil ; (...) ce principe fait obstacle aux effets en France d'une possession d'état invoquée pour l'établissement de la filiation en conséquence d'une telle convention, fût-elle licitement conclue à l'étranger, en raison de sa contrariété à l'ordre public international français ».

7- Quatre arrêts, à venir au *Bulletin* : Cass. 1^{re} civ., 5 juill. 2017, n° 15-28597, arrêt n° 824 ; Cass. 1^{re} civ., 5 juill. 2017, n^{os} 16-16901 et 16-50025, arrêt n° 825 ; Cass. 1^{re} civ., 5 juill. 2017, n° 16-16455, arrêt n° 826 (cassant CA Dijon, 24 mars 2016, n° 15/00057 : RTD civ. 2016, p. 335, obs. Hauser J.) ; Cass. 1^{re} civ., 5 juill. 2017, n° 16-16495, arrêt n° 827 : Gaz. Pal. 25 juill. 2017, n° 299t7, p. 19, note Le Maigat P. ; AJ fam. 2017, p. 375, obs. Chénéde F. ; AJ fam. 2017, p. 482, obs. Dionisi-Peyrusse A. ; D. 2017, p. 1737, note Fulchiron H. ; JCP G 2017, 984, note Gouttenoire A. ; Dr. famille 2017, étude 13, note Binet J.-R.

8- Sur cette analyse, v. en dernier lieu Dionisi-Peyrusse A. et Pichard M., « Les fondements de la filiation sous le prisme du genre », in Dionisi-Peyrusse A. et Mauger-Vielpeau L. (dir.), *Les fondements de la filiation*, 2017, Institut Universitaire Varenne, p. 169 et s.

9- CA Rennes, 12 déc. 2016, n° 15/08549 : AJ fam. 2017, p. 11, obs. Dionisi-Peyrusse A. ; AJ fam. 2017, p. 68, obs. Viganotti E. ; Dr. famille 2017, étude 3, note Brunet L. (qui souligne, n° 5, p. 16, que la cour ne se limite pas à cette approche juridique de la "réalité" mais mobilise la « triple dimension, juridique, sociologique et volontaire, de la réalité familiale ») ; CA Rennes, 6 mars 2017, n° 16/00393 ; AJ fam. 2017, p. 247, obs. Dionisi-Peyrusse A.

10- Et qui contraste avec la richesse des arrêts précités de la cour de Rennes.

11- Pour une synthèse des termes du débat, v. Dionisi-Peyrusse A., « Les fondements de la filiation. Tentative de synthèse du colloque des 10 et 11 mars 2016 à l'université du Havre », Dr. famille 2016, étude 13, n° 27, p. 55. Adde Fulchiron H. et Bidaud-Garon C., « Gestation pour autrui internationale : changement de cap à la Cour de cassation », D. 2015, p. 1819 et 1823, qui, après avoir exposé la difficulté, concluent : « Il n'est pas certain qu'il soit souhaitable de se lancer dans de tels débats ». Comp. Fichot L., « Les difficultés rencontrées par les magistrats concernés – point de vue », in *Les fondements de la filiation, op. cit.*, p. 221 et s., p. 226 : « Est-ce que les faits déclarés dans l'acte de naissance correspondent à la réalité, *réalité biologique et réalité juridique* [nous soulignons] dès lors que dans la conception française du droit de la filiation, seule la mère qui accouche est considérée juridiquement comme mère ? ». La formule peut laisser perplexe – qui n'identifie pas clairement le statut de la réalité « biologique » dans le raisonnement.

12- Sur les conditions de la transcription, telles que posées par l'instruction générale relative à l'état civil, v. Guillaumé J., « Le statut juridique des enfants nés à l'étranger d'une mère porteuse », *in Les fondements de la filiation*, *op. cit.*, p. 239 et s., p. 247-248.

13- En vertu de l'article 57 du Code civil, l'acte de naissance énonce l'identité de la « mère » de l'enfant – pas l'identité de la « femme qui a accouché ». Comp. Fulchiron H., note préc. : « L'acte de naissance relate des faits : telle femme a accouché en tel lieu, à telle date, d'un enfant de tel sexe, et tel homme est dit être le père de l'enfant ».

14- En ce sens, v. en particulier Gutmann D., *Le sentiment d'identité Étude de droit des personnes et de la famille*, t. 327, 2000, LGDJ, n° 41, p. 46 : « Tandis que les origines sont une notion de fait, la filiation est une notion de droit ; tandis que les origines peuvent être connues ou inconnues, la filiation résiste par essence à la connaissance. La filiation s'établit ou ne s'établit pas : elle est une institution juridique, dont le régime est déterminé par référence partielle aux données de fait ». En dernier lieu, v. Egéa V., *Droit de la famille*, 2016, LexisNexis, spéc. n° 546, p. 273 : « Parce qu'il demeure une construction juridique, c'est-à-dire une construction intellectuelle, le lien de filiation peut se distinguer totalement de la réalité biologique ». Comp. Cornu G., « La filiation », APD, t. 20, « Réformes du droit de la famille », 1975, Sirey, p. 29 et s., spéc. p. 34 : « Chez l'enfant, c'est un droit naturel d'avoir pour père légal son vrai père, pour mère aux yeux de la loi sa mère "naturelle". Puisque la filiation est d'abord un fait naturel, objectif, biologique, le principe est que l'établissement légal du lien juridique de filiation s'opère par coïncidence avec le lien de fait constaté ».

15- Sur cette conception, v. Leroyer A.-M., « La notion d'état des personnes », *in Ruptures, mouvements et continuité du droit. Autour de Michelle Gobert*, 2004, Economica, p. 247 et s., n° 19, p. 263-264, qui avance une « explication plus ancienne » de l'indisponibilité de l'état des personnes à savoir « l'interdiction de modifier les lois de la nature. Historiquement, l'interdiction expliquait les limites de la volonté individuelle en matière d'état. Les civilistes médiévaux avaient énoncé que la filiation ne pouvait faire l'objet d'aucun pacte ni d'aucune renonciation, parce que les droits du sang ne pouvaient être rompus par aucun droit civil (...). Il serait tout à fait paradoxal d'avancer aujourd'hui encore une telle justification, si elle ne se trouvait pas implicitement présente dans certaines solutions de jurisprudence ». Rapp. Murat P., « Indisponibilité de la filiation et perspectives d'avenir (variations libres sur un thème controversé) », *in Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller*, 1994, Presses Universitaires de Strasbourg-LGDJ, p. 341 et s., spéc. p. 344 : « En raison des progrès de la biologie (...), l'indisponibilité de la filiation peut désormais s'entendre dans un sens plus absolu : ne pas disposer de l'histoire biologique de l'enfant ». Pour une généalogie de la sollicitation du principe d'indisponibilité de l'état des personnes (et du principe d'indisponibilité du corps humain) en matière de gestation pour autrui, et une perspective critique, v. Catto M.-X., « La gestation pour autrui : d'un problème d'ordre public au conflit d'intérêts ? », *Rev. DH [en ligne]*, 3/2013, <http://revdh.revues.org/201>, n°s 18 et s., spéc. n° 30 : « Pour un certain nombre de juges comme pour nombre d'auteurs, il y a un père et une mère au-delà des institutions. La Cour de cassation déclare que le contrat de gestation pour autrui vise un abandon à la naissance de l'enfant "par sa mère" alors qu'il naît "sans indication de filiation maternelle". On peut ainsi lire, en 1991, que lorsque la femme est à la fois génitrice et gestatrice, elle est "mère à part entière d'un enfant" ».

16- [Cass. 1^{re} civ., 13 déc. 1989, n° 88-15655](#) : Bull. civ. I, n° 387.

17- Arrêt n° 826, [Cass. 1^{re} civ., 5 juill. 2017, n° 16-16455](#) : « Le recours à la gestation pour autrui à l'étranger ne fait pas, en lui-même, obstacle au prononcé de l'adoption, par l'époux du père, de l'enfant né de cette procréation ».

18- Arrêt n° 824, [Cass. 1^{re} civ., 5 juill. 2017, n° 15-28597](#), d'une part, arrêt n° 825, [Cass. 1^{re} civ., 5 juill. 2017, n°s 16-16901 et 16-50025](#), d'autre part : « L'adoption permet (...) de créer un lien de filiation entre les enfants et l'épouse de leur père ».

19- Sur la rupture opérée à cet égard par les arrêts du 5 juillet 2017, v. Chénéde F., obs. préc. ; Binet J.-R., note préc., spéc. n°s 9 et s.

20- Sur ces décisions, v. Langevin L., « CANADA. Vers une reconnaissance juridique de la pratique des mères porteuses : état du droit canadien et québécois », *in Monéger F. (dir.), Gestation pour autrui, Académie internationale de droit comparé, XVIII^e Congrès, Washington D.C., 25-31 juillet 2010*, Société de législation comparée, 2011, p. 85 et s., spéc. p. 93 et s.

21- V. Fulchiron H. et Guilarte Martin-Calero C., « L'ordre public international à l'épreuve des droits de l'enfant : non à la GPA internationale, oui à l'intégration de l'enfant dans sa famille. À propos de la décision du *Tribunal supremo* espagnol du 6 février 2014 », *Rev. crit. DIP* 2014, p. 531.

22- [Cass. 1^{re} civ., 6 janv. 2004, n° 01-01600](#), *in Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 1, *op. cit.*, n° 53, p. 352 et s. ; Batteur A. (dir.), *Les grandes décisions du droit des personnes et de la famille*, 2^e éd., 2016, Lextenso,

p. 195 et s., obs. Batteur A., et les réf. citées.

23 – V. *infra*, note 28.

24 – Assimilation explicitement récusée par la cour d'appel dont l'arrêt est cassé.

25 – À cet égard, tous les modes d'établissement de la filiation prévus au titre VII doivent être mis sur le même plan. En particulier, la possession d'état est une présomption censée révéler un lien de filiation au sens du titre VII : une femme qui établit sa maternité par la possession d'état est donc censée avoir accouché de l'enfant – de sorte qu'il était inévitable que ce mode d'établissement ne puisse pas être sollicité à la suite d'une gestation pour le compte d'autrui (en ce sens, [Cass. 1^{re} civ., 6 juin 2011, n° 09-17130](#), préc.).

26 – Rapp. et comp. Huet-Weiller D., obs. sous [Cass. ass. plén., 31 mai 1991, n° 90-20105](#), préc. : RTD civ. 1991, p. 517-518 : « Cette possibilité [prononcer l'adoption simple] a le mérite d'éviter toute rupture immédiate avec la mère biologique et de permettre à celle-ci de revenir sur son abandon en reconnaissant l'enfant (sans grand risque pour les parents adoptifs, ceux-ci conservant l'autorité parentale (...)). Mais si l'adoption simple échappe à l'un des reproches qui étaient adressés à l'utilisation de l'adoption plénière, elle n'échappe pas à l'autre grief qu'appelait le recours à la maternité de substitution : créer un enfant pour permettre à un couple de l'adopter, c'est toujours détourner l'adoption de sa finalité ; qu'elle soit simple ou plénière ne change rien à l'affaire ».

27 – Comp., avant l'entrée en vigueur de l'article 16-7 du Code civil, [Cass. 1^{re} civ., 29 juin 1994, n° 92-13563](#) : Bull. civ. I, n° 226 ; RTD civ. 1994, p. 842, obs. Hauser J. : est cassé l'arrêt ayant prononcé l'adoption simple d'un enfant issu d'une convention de gestation pour le compte d'autrui par l'épouse du père, au motif, directement repris de l'arrêt d'assemblée plénière du 31 mai 1991 (préc.) que « cette adoption n'était que l'ultime phase d'un processus d'ensemble destiné à permettre à un couple l'accueil à son foyer d'un enfant, conçu en exécution d'un contrat tendant à l'abandon à sa naissance par sa mère, et que, portant atteinte aux principes de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes, ce processus constituait un détournement de l'institution de l'adoption ».

28 – Il n'y a pas lieu de distinguer entre adoption simple d'un mineur et d'un majeur : si la première devait être exclue comme contraire à l'article 16-7 du Code civil, la seconde devrait tout pareillement l'être. *Contra* Neirinck C., note sous Cass. 1^{re} civ., 6 juin 2011, préc., n° 16, p. 21.

29 – En ce sens, v. Gobert M., « Le droit de la famille dans la jurisprudence de la Cour de cassation », Cycle Droit et technique de cassation 2005-2006, 9^e conférence, 11 déc. 2006, disponible à l'adresse https://www.courdecassation.fr/IMG/File/pdf_2006/11-12-2006/11-12-2006_gobert.pdf, p. 14 : « L'adoption plénière elle-même n'établit pas la filiation qui se substitue à la filiation d'origine ; elle la confère (...). C'est toute la distinction, la différence, entre établir, qui est prouver la réalité, la démontrer, dit Littré, révéler la vérité, d'une part, et, d'autre part, conférer, qui est accorder l'autorisation de cette filiation (...). À lire l'arrêt [Cass. 1^{re} civ., 6 janv. 2004, préc.], on pourrait croire – grande nouveauté dans notre droit – que l'adoption prouve la réalité biologique de la filiation entre adoptant et adopté car c'est de réalité biologique qu'il était question dans l'article 334-10 du Code civil (...). Dans la filiation (en 2004 encore, légitime et naturelle ; aujourd'hui, sans qualification) établir est révéler ce qui préexiste, c'est-à-dire le lien du sang ; dans la filiation adoptive, on confère l'autorisation que soit créé et officialisé un lien affectif (...). En définitive, on avancera que l'adoption était tout à fait possible, sans que la Cour de cassation ait l'impression de perdre son âme, en violant un texte, totalement inapplicable en l'espèce ». On relèvera, d'une part, que l'article 310-2 nouveau du Code civil « interdit d'établir la filiation », d'autre part, qu'il est compris dans le chapitre 1 du titre VII du livre premier du Code civil : une analyse purement formelle du texte, indifférente à la *ratio legis*, pourrait donc conduire à estimer qu'il est étranger à la filiation adoptive du titre VIII...

30 – V. *infra*.

31 – C. civ., art. 352, al. 1^{er}.

32 – En vertu de l'article 345-1 du Code civil, l'existence d'un lien de filiation préexistant n'empêche en effet pas nécessairement l'adoption de l'enfant du conjoint, quand bien même la mère n'y consentirait pas. À ce propos, v. Hauser J., obs. sous [Cass. ass. plén., 3 juill. 2015, n^{os} 14-21323 et 15-50002](#), à venir au *Bulletin* : RTD civ. 2015, p. 581 et 583.

33 – CEDH, 5^e sect., 26 juin 2014, n° 65192/11, *Mennesson c/ France*, § 62 et n° 65941/11, *Labassée c/ France*, § 54 : RTD civ. 2014, p. 616, obs. Hauser J. ; RTD civ. 2014, p. 835, obs. Marguénaud J.-P. ; Rev. crit. DIP 2015, p. 144, note Bollée S.

34 – Sur la place prise par les arguments relatifs aux droits des femmes au détriment de l'ordre public et de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes, v. Roman D., « La gestation pour autrui, un débat féministe ? », Travail, genre et sociétés, 2012/2 (n° 28), p. 191 et s., spéc. p. 194 ; Hennette-Vauchez S., « Théorie

féministe et droit de l'Union européenne : deux regards décalés sur la gestation pour autrui », in Marais A. (dir.), *La procréation pour tous ?*, 2015, Dalloz, p. 143 et s., spéc. p. 145.

35 - Sur cette distinction, v. en dernier lieu Le Cotty R., « Les difficultés rencontrées par les magistrats concernés - point de vue », in *Les fondements de la filiation*, op. cit., p. 229 et s., p. 234 : à propos de la jurisprudence en vigueur de 2013 à 2015 et fondée sur la fraude à la loi pour empêcher la transcription de l'acte étranger, y compris à l'égard du géniteur, la magistrate écrit que la Cour de cassation « a ajouté qu'en présence d'une telle fraude, l'intérêt supérieur de l'enfant ne pouvait être utilement invoqué, estimant en cela que l'intérêt de l'enfant apprécié *in concreto* ne pouvait imposer la reconnaissance de toutes les situations constituées à l'étranger en fraude à la loi (...). Il ne s'agissait pas, bien entendu, de nier l'intérêt des enfants, mais de prendre en considération cet intérêt apprécié *in abstracto*, et d'éviter des naissances à venir résultant d'une pratique qui, aux yeux du législateur français, est contraire aux intérêts tant des enfants que des mères porteuses ». *Adde*, en particulier, Hammje P., note sous Cass. 1^{re} civ., 6 avr. 2011, préc., Rev. crit. DIP 2011, p. 722, n° 20, qui souligne que l'appréciation *in abstracto* renvoie à un enfant à naître tandis que l'appréciation *in concreto* concerne l'enfant né.

36 - V. CA Rennes 4 juill. 2002, n° 01/02471 : « Considérant que le droit au respect de la vie privée et familiale conduit en premier lieu à ne pas admettre l'incitation à l'abandon d'un enfant par sa mère moyennant finances et l'usage du corps d'autrui pour satisfaire un désir personnel, en l'espèce le désir d'enfant en contradiction avec le principe fondamental de l'indisponibilité du corps humain ».

37 - En ce sens, v. Fabre-Magnan M., *La gestation pour autrui. Fictions et réalité*, 2013, Fayard, spéc. p. 48 : « En définitive, on invoque souvent, au soutien de la prohibition de la gestation pour autrui, l'idée de marchandisation du corps de la femme. Au regard du droit, la marchandisation la plus évidente est celle de l'enfant, indiscutablement traité, dans l'opération, comme un objet produit et abandonné à autrui contre une rémunération » ; *adde* p. 69, Frison-Roche M.-A., « L'impossibilité de réguler l'illicite : la convention de maternité de substitution », D. 2014, p. 2184, n° 25 ; « Sophistique juridique et GPA », D. 2016, p. 85 ; Egéa V., *Droit de la famille*, op. cit., n° 829, p. 392 et n° 841, p. 401. Rappr. l'argumentation du *Tribunal supremo* espagnol dans sa décision du 6 février 2014, § 3.6, cité par Fulchiron H. et Guilarte Martin-Calero C., art. préc. : « dans notre ordre juridique, et dans celui de la plupart des pays dont les ordres sont basés sur des principes et des valeurs similaires, il n'est pas accepté que la généralisation de l'adoption, y compris l'adoption internationale, et les progrès des techniques de reproduction humaine assistée, portent atteinte à la dignité de la femme gestatrice et de l'enfant, en commercialisant la gestation et la filiation, en réifiant la femme gestatrice et l'enfant, en permettant à des intermédiaires d'en tirer profit, en rendant possible l'exploitation de l'état de nécessité dans lequel se trouvent des jeunes femmes en situation de pauvreté et en créant une sorte de "citoyenneté censitaire" dans laquelle uniquement ceux qui disposent de ressources financières importantes pourraient établir des relations parents-enfants interdites à la majorité de la population ».

38 - V., en dernier lieu, Frison-Roche M.-A., « La GPA ou comment rendre juridiquement disponibles les corps des êtres humains par l'élimination de la question », in Feuillet-Liger B. et Oktay-Ozdemir S. (dir.), *La non-patrimonialité du corps humain : du principe à la réalité. Panorama international*, 2017, Bruylant, n° 17, p. 365 et s., p. 378 : « Seul le droit bloque, il est donc l'obstacle à détruire. S'il est éliminé, la voie sera libre, et les enfants seront fabriqués sans entrave pour satisfaire une demande que les entreprises ont elles-mêmes construite, le "désir d'enfant" étant transformé en "besoin d'enfant", puis en "droit à l'enfant" » ; « L'impossibilité de réguler l'illicite : la convention de maternité de substitution », préc., n° 27.

39 - L'innovation pourrait certes être relativisée au regard de la place de l'article 16-7 dans le Code civil, au sein du chapitre 2 du titre I du livre premier : « Du respect du corps humain ». Mais il faut souligner qu'il paraît très délicat de faire un lien direct entre cet intitulé et certains des articles du chapitre en cause, par exemple l'article 16-8 qui pose le principe de l'anonymat du donneur et du receveur en cas de don de produit ou élément du corps humain : en quoi le respect du corps humain est-il de la sorte garanti ?

40 - Rappr. Catto M.-X., « La gestation pour autrui : d'un problème d'ordre public au conflit d'intérêts ? », préc., spéc. n° 40 : « Des droits des femmes dans les décisions il n'est toujours pas question [l'article date de 2013]. La norme qui interdit la pratique ne le fait ni au nom de leur protection, ni au nom de leurs droits. Ce sont aujourd'hui des arguments d'ordre public qui justifient l'interdiction ».

41 - V. par ex. [Cass. 1^{re} civ., 9 oct. 2001, n° 00-14564](#) : Bull. civ. I, n° 149 : le devoir d'information du médecin « trouve son fondement dans l'exigence du respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine ».

42 - Rappr. Catto M.-X., « La gestation pour autrui : d'un problème d'ordre public au conflit d'intérêts ? », préc., spéc. n° 62, à propos de l'argument de l'exploitation du corps humain, en l'occurrence celui des femmes : « Il n'est pas question d'indisponibilité ici mais d'éviter que le corps soit l'objet d'exploitation. La perspective nous

semble très différente parce que c'est du corps en tant que tel dont il est question et non du corps en ce qu'il serait lié à une quelconque question d'état ».

[43](#) – Sur la tendance à « naturaliser » la définition de la filiation : v. *supra*.

[44](#) – Cass. 1^{re} civ., 13 févr. 2013, n° 12-11949 : Bull. civ. I, n° 14.

[45](#) – Cass. 1^{re} civ., 13 févr. 2013, n° 11-14515 : Bull. civ. I, n° 13.

[46](#) – Rappr. Caire A.-B., « L'ultime condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'Homme en matière de filiation des enfants issus d'une gestation pour autrui ? À propos de l'affaire *Laborie c/ France* », D. 2017, p. 1229-1231 : « Si l'indisponibilité de l'état des personnes empêche de faire comme si la mère d'intention était la mère biologique de l'enfant, elle doit également soustraire la filiation biologique à toute tentative de dénégation (...). Refuser de transcrire la filiation de l'enfant à l'égard de son père biologique constitue une atteinte à la filiation assez comparable à celle que la GPA porte à la filiation maternelle ».

[47](#) – Cass. ass. plén., 3 juill. 2015, n° 15-50002, à venir au *Bulletin* ; RTD civ. 2015, p. 581, obs. Hauser J. ; D. 2015, p. 1819, note Fulchiron H. et Bidaud-Garon C. (qui, pour leur part, estiment que la Cour de cassation a décidé de suivre un « raisonnement casuistique » dans cet arrêt : « pas de règle générale valable dans toutes les situations ; pour chaque affaire, une décision réglant les problèmes en fonction de la "configuration" de la gestation pour autrui et des liens de filiation qu'elle implique »).

[48](#) – Cass. 1^{re} civ., 13 sept. 2013, n^{os} 12-30138 et 12-18315 : Bull. civ. I, n° 176.

[49](#) – V. les termes du pourvoi n° 12-30138, annexé à l'arrêt préc. : « l'article 16-7 du Code civil prévoit que toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle ; (...) en conséquence le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes inscrit dans le droit positif interdit de faire produire effet à une convention portant sur la gestation pour autrui ».

[50](#) – Cass. 1^{re} civ., 19 mars 2014, n° 13-50005 : Bull. civ. I, n° 45 ; Rev. crit. DIP 2014, p. 619, note Bollée S.

[51](#) – En ce sens, à propos des arrêts de septembre 2013, v. l'analyse particulièrement autorisée de Le Cotty R., « Les difficultés rencontrées par les magistrats concernés – point de vue », préc., p. 233 : « À la différence des affaires jugées en 2011, il n'y avait pas de mère d'intention puisqu'il ne s'agissait pas de couples hétérosexuels et la mère porteuse indienne figurait sur les actes de naissance des enfants. C'était donc bien celle qui leur avait donné naissance, de sorte qu'il n'y avait pas d'atteinte au principe *mater semper certa est* et au principe essentiel de l'indisponibilité de l'état des personnes ». Adde Hammje P., note sous Cass. 1^{re} civ. 13 sept. 2013, préc. : Rev. crit. DIP 2013, p. 909 et 914 : « La Cour ne met plus en avant ici la contrariété à l'indisponibilité de l'état des personnes, la maternité n'étant pas en cause » ; Guillaumé J., « Le statut juridique des enfants nés à l'étranger d'une mère porteuse », préc., p. 243 : « Dans les affaires où le parent commanditaire était un homme seul et où l'acte de naissance étranger mentionnait la mère porteuse, la violation du principe d'indisponibilité de l'état ne pouvait pas être invoquée. L'exception d'ordre public aurait pu jouer pour atteinte au principe de l'indisponibilité du corps humain, mais c'est une autre voie qu'a choisie la Cour de cassation ».

[52](#) – En ce sens, pourrait être mobilisé un arrêt, étranger à la gestation pour autrui, mais relatif à la filiation d'un enfant, qui mentionne le principe d'indisponibilité de l'état des personnes dans sa motivation – en l'occurrence, pour juger qu'il n'a pas été méconnu par la cour d'appel : [Cass. 1^{re} civ., 6 nov. 2013, n° 12-22410](#).

[53](#) – « Singulièrement réactivé » par l'arrêt du 31 mai 1991 (Gobert M., « Réflexions sur les sources du droit et les "principes" d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes (À propos de la maternité de substitution) », préc. n° 31, p. 520), le principe d'indisponibilité de l'état des personnes en matière de gestation pour le compte d'autrui pourrait, en somme, connaître le même sort que l'ancien article 1129 du Code civil en matière d'indétermination du prix : la « désactivation » (Bureau D. et Molfessis N., note sous quatre arrêts, en particulier Cass. ass. plén., 1^{er} déc. 1995, n° 93-13688 : Bull. ass. plén., n° 9 : [LPA 27 déc. 1995, p. 11](#) et s., n° 13, p. 15).

[54](#) – L'argumentation de la Cour de cassation est en effet directement influencée par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme. Or on sait la place essentielle que celle-ci confère à l'existence d'un lien biologique avec l'enfant en matière de gestation pour autrui *lato sensu*, ce qu'illustre en particulier CEDH, gde ch., 24 janv. 2017, n° 25358/12, *Paradiso et Campanelli c/ Italie* (Dr. famille 2017, étude 4, note Dionisi-Peyrusse A. – qui souligne, spéc. n^{os} 9 et s., l'attachement de la Cour EDH au lien biologique ; RTD civ. 2017, p. 335, obs. Marguénaud J.-P. – qui s'interroge, spéc. p. 341, sur la portée exacte de cette donnée ; D. 2017, p. 663, note Chénéde F.).

[55](#) – Sauf à considérer que l'article 16-7 du Code civil a été abrogé par désuétude, hypothèse soulevée par M. Hauser (Hauser J., obs. sous CEDH, 26 juin 2014, préc., p. 616), ou par refus d'application (Chénéde F., obs. sous Cass. 1^{re} civ., 5 juill. 2017, préc.).

[V56](#) Richard M., « La commande d'enfant par son géniteur (est-elle une hypothèse de gestation pour le compte d'autrui ?) », préc.