



**HAL**  
open science

## Père(s) sans mère

Marc Pichard

► **To cite this version:**

| Marc Pichard. Père(s) sans mère. Les Petites Affiches, 2019, 10, pp.8. hal-02363243

**HAL Id: hal-02363243**

**<https://hal.parisnanterre.fr/hal-02363243>**

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.

## Père(s) sans mère

Marc Pichard, Professeur de droit privé, Université Paris-Nanterre (CEDCACE, EA 3457)

**Le contentieux révèle la multiplication des hypothèses dans lesquelles des hommes entendent devenir les seuls parents de leurs enfants en recourant à une femme porteuse. La pratique est-elle vouée à l'échec – en vertu de l'article 16-7 du Code civil et du principe d'indisponibilité de l'état des personnes ? Répondre à la question impose de distinguer la figure du père sans mère et celle des pères sans mère.**

### Note de l'auteur

*NDA – Le présent article a fait l'objet d'une communication à l'occasion du colloque « Réformer la bioéthique : enjeux et perspectives », organisé le 18 octobre 2018 à la faculté de droit de Rouen, sous la direction de M<sup>mes</sup> Nathalie Rives et Amélie Dionisi-Peyrusse.*

« Guerre et Paix : contrepèterie douteuse ». Ce petit mot punaisé sur la porte de son appartement est le point de départ du texte, intitulé : « Ton père », que Christophe Honoré consacre aux réactions que suscite dans la cité son statut de père et *gay*<sup>1</sup>. L'ouvrage illustre la difficulté, bien documentée par ailleurs<sup>2</sup>, à penser et accepter le désir d'enfants chez les hommes en général et chez les hommes qui ne vivent pas de relation avec une femme en particulier. Or comme l'écrit le sociologue Emmanuel Gratton, « la situation des pères *gays* qui ont recours à une mère porteuse est encore plus complexe, car elle soulève à l'évidence deux tabous : choisir de devenir père sans mère, choisir d'abandonner l'enfant par la femme qui l'a porté »<sup>3</sup>.

De fait, si la fille de Christophe Honoré a une mère, chez qui elle vit un jour sur deux, les arrangements de coparentalité semblent dorénavant délaissés au profit du recours par des hommes à des femmes qui n'ont pas vocation à habiter, en droit comme en fait, le statut de mères. On sait combien cette situation est anormale au regard des modes d'établissement de la filiation en droit français. L'absence d'un parent se conçoit plus aisément et se constate plus couramment dans la ligne paternelle, dès lors que la paternité est beaucoup plus soumise à la volonté des hommes que la maternité à la volonté des femmes<sup>4</sup>.

Et l'article 16-7 du Code civil vise à garantir à la gestatrice la place de mère dans le schéma de parenté – et ne vise que cela. Car, si le dispositif juridique français de lutte contre la gestation pour autrui trouve son origine dans les « principes » d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes<sup>5</sup>, il est patent que la sanction que l'article 16-7 du Code civil prévoit, à savoir la nullité de la convention de gestation pour le compte d'autrui, est radicalement inapte, en elle-même, à protéger les corps tandis qu'elle semble effectivement de nature à garantir l'indisponibilité de l'état : malgré la volonté des parties d'effacer la mère du schéma de la filiation, la nullité de la convention rendrait à la gestatrice la place qui devrait être la sienne. Explorer la figure du « père sans mère », c'est donc s'interroger sur l'aptitude du dispositif juridique français à imposer à tous le statut de mère de la gestatrice – et, partant, évaluer la place de l'indisponibilité de l'état dans le droit français actuel.

Simplement, une distinction s'impose pour procéder à cette évaluation. Car la question se pose en des termes très différents selon qu'il s'agit de laisser une des lignes vacante ou, au contraire, de la voir occupée et, en l'occurrence, par un (autre) homme. En d'autres termes, la figure *du* père sans mère doit être distinguée de la figure *des* pères sans mère. Tandis que la première met en évidence les ambivalences de l'indisponibilité de l'état (I), la seconde met directement celle-ci à l'épreuve (II).

## I – Le pere sans mere ou les ambivalences de l’indisponibilite de l’etat

Selon que l’on s’intéresse au statut du géniteur qui recourrait aux services d’une femme qui n’entend pas être mère ou à la vacance de la place de la mère, le dispositif juridique français de lutte contre la gestation pour autrui révèle tantôt son impuissance, tantôt son efficacité – ce qui reflète les ambivalences de l’indisponibilité de l’état dans ce contexte : l’impossible remise en cause du statut de père du géniteur (A) contraste avec l’impossible éviction définitive de la gestatrice (B).

### A – L’impossible remise en cause du statut de père du géniteur

Le dispositif juridique français empêche-t-il de reconnaître comme le père un homme ayant recouru à une femme pour qu’elle porte l’enfant issu des gamètes du commanditaire sans en être la mère ? Une réponse négative s’impose. Trois hypothèses principales peuvent toutefois être distinguées.

**Première hypothèse** : un homme recourt à une femme porteuse à l’étranger – dans le cadre d’une convention qu’il serait plus juste de qualifier de commande d’enfant que de gestation pour le compte d’autrui<sup>6</sup> ; l’acte de naissance étranger lui reconnaît le statut de père et mentionne la femme qui a accouché en qualité de mère. Il n’est désormais, depuis les arrêts d’assemblée plénière rendus par la Cour de cassation le 3 juillet 2015<sup>7</sup>, plus discutable que le droit français est inapte à s’opposer à la transcription d’un tel acte de naissance étranger sur les registres français. Si la Cour de cassation a, un temps, cru possible d’empêcher cette transcription sur le fondement de l’article 16-7 du Code civil et de la fraude à la loi<sup>8</sup>, la solution était dépourvue de consistance juridique. Quand bien même la convention, quoique valablement conclue à l’étranger, serait dépourvue de tout effet, l’acte de naissance étranger est strictement conforme aux règles qui régissent la filiation en droit français : l’enfant a comme père son géniteur<sup>9</sup>, comme mère la gestatrice. Simplement, et précisément, l’enfant, alors, a une mère. Face aux difficultés que la reconnaissance de ce statut pourrait engendrer en matière d’autorité parentale en particulier, cette hypothèse qui permet à un homme d’être en fait le seul parent de l’enfant, mais pas en droit, ne satisfait pas nécessairement les attentes du commanditaire, à la différence des deux hypothèses suivantes.

**Deuxième hypothèse** : un homme recourt à une femme porteuse à l’étranger ; l’acte de naissance étranger lui reconnaît le statut de père mais est muet sur l’existence d’une mère. À nouveau, on ne voit pas comment la transcription de cet acte de naissance sur les registres français ne serait pas possible, qui n’enfreint en rien l’indisponibilité de l’état – quand bien même on ferait produire à celle-ci des effets dans le cadre de cette opération singulière qu’est la transcription d’un acte de l’état civil. L’homme qui est – ou se prétend – le géniteur occupe en effet la place qui lui est dévolue dans le système français de filiation.

**Troisième hypothèse** : un homme recourt à une femme porteuse en France ; elle demande le secret de son admission et de son identité en vertu de l’article 326 du Code civil ; l’homme reconnaît l’enfant. Les juridictions saisies, non pas d’une question de transcription d’un acte de l’état civil étranger, mais d’une question de filiation, seraient-elles en mesure de déjouer le stratagème ? La cour d’appel de Rouen dans une hypothèse proche – dans la mesure où la porteuse n’avait, semble-t-il, pas demandé le secret de son admission et de son identité – et rocambolesque, pour ne pas dire scandaleuse – elle avait prétendu que l’enfant était mort-né pour ensuite, contre rémunération, le laisser reconnaître par un autre homme que le géniteur – a cru possible d’empêcher l’établissement du lien avec le géniteur, dans un arrêt du 31 mai 2018<sup>10</sup>. Elle juge en effet « les demandes présentées [par le géniteur] (...) irrecevables comme reposant sur un contrat de gestation pour autrui prohibé par la loi, interdiction d’ordre public », et précise : « la vérité biologique invoquée par [le géniteur] au nom de l’intérêt de l’enfant pour passer outre aux conséquences de la prohibition de la gestation pour autrui et permettre malgré tout l’établissement de sa paternité, n’apparaît pas une raison suffisante pour faire droit à sa demande, en l’état de la loi et au regard de la situation [de l’enfant] dont l’intérêt supérieur, au regard de son histoire, n’est pas obligatoirement de voir modifier sa filiation actuelle pour être le fils de son père biologique ». Si un pourvoi devait être formé, la cassation serait inéluctable tant est fragile le fondement de la décision<sup>11</sup>. Ce n’est en effet en aucun cas la convention nulle qui devrait conduire à reconnaître au géniteur le statut de père ; ce sont au contraire les règles qui gouvernent le droit français de la filiation du titre VII du livre I<sup>er</sup> du Code civil, dite « charnelle ». Et, une fois encore, il faut rappeler que ces règles ne sauraient être évincées par la prise en considération de l’intérêt de l’enfant : l’article 3 de la Convention internationale des droits de l’enfant ne concerne l’enfant qu’en tant qu’il est mineur – tandis que la question de la filiation est étrangère à la minorité<sup>12</sup>... En d’autres termes, l’article 16-7 du Code civil et l’indisponibilité de l’état sont radicalement impuissants à empêcher l’établissement du lien entre le géniteur commanditaire d’un enfant et celui-ci. En revanche, ils rendent précaire la situation au sens où ils interdisent l’éviction définitive de la gestatrice.

### B – L’impossible éviction définitive de la gestatrice

Impuissants à empêcher l’établissement d’un lien entre le commanditaire et l’enfant, l’article 16-7 et

l'indisponibilité de l'état privent en revanche de toute efficacité l'arrangement selon lequel le premier serait seul parent de l'enfant : l'indisponibilité de l'état empêche de faire produire effet à une renonciation de la femme qui a donné naissance à l'enfant à son potentiel statut de mère. En cela, on peut, à la suite d'une auteure, qualifier les conventions de gestation pour le compte d'autrui – ou de commande d'enfant – d'« inexécutaires »<sup>13</sup>.

La solution est évidente si la convention a été conclue et la grossesse menée en France. L'accouchement dans le secret n'interdit en effet en aucun cas à la gestatrice qui souhaiterait ultérieurement établir un lien avec l'enfant de le reconnaître. L'hypothèse se rencontre très rarement car, en général, l'absence de lien avec la gestatrice implique l'absence de tout autre lien de filiation, de sorte que l'enfant est remis aux services de l'aide sociale à l'enfance et rapidement placé en vue de son adoption – placement qui empêchera l'établissement de tout lien de filiation dite « charnelle »<sup>14</sup>. Mais, dès lors que l'enfant a été reconnu par son père, et quoique celui-ci entende en être le seul parent, la place maternelle dans le schéma de filiation, laissée vacante, peut à tout moment être comblée par une reconnaissance de la gestatrice<sup>15</sup>.

La délocalisation de la naissance de l'enfant hors de France, dans un État qui admettrait la validité de la convention de commande d'enfant par son géniteur et de la renonciation de la gestatrice, ressortissante de l'État étranger en cause, au statut de mère, garantirait-elle la stabilité de la situation ? Interdirait-elle une reconnaissance de l'enfant par la gestatrice ? La règle de conflit de lois, l'article 311-14 du Code civil, est, à cet égard, ambiguë<sup>16</sup> : « la filiation est régie par la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant ; si la mère n'est pas connue, par la loi personnelle de l'enfant ». En vertu d'une première analyse, dès lors que la femme porteuse se ferait connaître et se revendiquerait mère de l'enfant, la loi applicable à la situation devrait être sa loi personnelle<sup>17</sup> ; si celle-ci admet qu'une gestatrice puisse valablement renoncer au statut de mère par convention, la porteuse ne pourrait plus établir de lien avec l'enfant. Mais une autre lecture peut être adoptée : par hypothèse, avant la reconnaissance maternelle, l'enfant n'a pas de mère<sup>18</sup> ; dès lors donc que le père serait Français et que, par conséquent, l'enfant le serait, la reconnaissance par la porteuse serait valable pour être faite en conformité avec la loi personnelle de l'enfant – qui ne saurait faire produire effet à une renonciation au statut de mère. La seconde analyse pourrait se prévaloir de la logique de l'ordre public de proximité et surtout de l'article 311-17 du Code civil, en vertu duquel « la reconnaissance volontaire de paternité ou de maternité est valable si elle a été faite en conformité, soit de la loi personnelle de son auteur, soit de la loi personnelle de l'enfant » et qui, selon la Cour de cassation, constitue une véritable règle de conflit de lois<sup>19</sup>. Elle permettrait à la Cour de cassation de protéger efficacement l'indisponibilité de l'état et de faire produire effet à l'article 16-7 du Code civil...

En somme, le dispositif juridique français, fondé sur l'indisponibilité de l'état, est impuissant à empêcher le géniteur, commanditaire d'un enfant, d'en être le père mais semble apte à interdire l'éviction définitive de la gestatrice du schéma de la parenté – du moins lorsque l'opération a lieu sur le territoire national ou que l'acte étranger ne désigne aucune femme comme ayant accouché de l'enfant. Quelle est son efficacité lorsque le projet diffère, qui consiste à faire de deux hommes les seuls parents d'un enfant ?

## **II – Les pères sans mère ou la mise à l'épreuve de l'indisponibilité de l'état**

Au lendemain des arrêts du 5 juillet 2017<sup>20</sup>, et en particulier de celui qui décide que « 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 »<sup>21</sup>, la question a été posée : la Cour de cassation a-t-elle « désactivé » l'indisponibilité de l'état<sup>22</sup> ? Un an plus tard, la pratique des juges du fond en présence de gestations pour le compte du mari du père ne permet certes pas de répondre à la question ; mais elle illustre l'injonction contradictoire que le système juridique leur adresse.

Avant de le démontrer, il convient de rappeler que, en l'état, une seule voie est ouverte au parent de même sexe qui souhaiterait établir un lien de filiation avec l'enfant dont son conjoint est le père : l'adoption. La solution ne fait plus aucun doute dorénavant que la Cour de cassation a rendu un avis excluant explicitement le recours à la possession d'état pour établir un lien de filiation entre un enfant et deux personnes de même sexe<sup>23</sup>. L'adoption est donc le seul recours. Mais laquelle ?

Indiscutablement, les arrêts du 5 juillet 2017 admettent l'adoption simple par le parent de même sexe. La solution s'impose. Une telle adoption n'interdit en effet nullement la reconnaissance ultérieure de l'enfant par la femme qui en a accouché. Elle ne confère pas au mari du père la place qui devrait, au regard des règles françaises du droit de la filiation, revenir à la gestatrice. En d'autres termes, une telle adoption ne fait pas produire d'effet à la convention par laquelle les parties auraient cherché à évincer la gestatrice de sa place – toujours vacante et toujours susceptible d'être occupée par la femme porteuse. L'adoption simple ne met pas à l'épreuve l'indisponibilité de l'état – puisqu'elle ne permet pas de garantir que les pères de l'enfant en seront, définitivement, les seuls parents. La situation créée est analogue à celle d'un (seul) père qui chercherait à être le (seul) parent de l'enfant<sup>24</sup>.

En revanche, les mêmes décisions sont ambiguës sur la possibilité de recourir à l'adoption plénière. Certes, l'arrêt relatif à l'adoption par le mari du père ne distingue pas entre les deux formes d'adoption. Mais cette affaire, la seule dans laquelle une procédure d'adoption était effectivement en cause, concernait une adoption simple. L'adoption plénière est-elle vraiment une option pour la Cour de cassation ? Les interprétations divergent<sup>25</sup>. L'enjeu est essentiel : prononcer l'adoption plénière de l'enfant par le mari de son père, c'est en effet empêcher définitivement la porteuse de reconnaître son enfant<sup>26</sup>. Si donc le dispositif juridique français a bien pour objet de protéger le statut de mère de la gestatrice, il est alors radicalement contredit par le prononcé d'une telle adoption plénière, qui met directement à l'épreuve l'indisponibilité de l'état : du fait de l'adoption plénière, la gestatrice ne pourra plus jamais occuper la place que l'article 16-7 du Code civil est censé lui garantir. Les juges du fond ont, depuis lesdits arrêts, été saisis de requêtes en adoption plénière par le mari du père. Avant d'évoquer ces décisions, un détour s'impose.

On sait que, depuis les avis rendus par la Cour de cassation le 22 septembre 2014, « le recours à l'assistance médicale à la procréation, sous la forme d'une insémination artificielle avec donneur anonyme à l'étranger, ne fait pas obstacle au prononcé de l'adoption, par l'épouse de la mère, de l'enfant né de cette procréation, dès lors que les conditions légales de l'adoption sont réunies et qu'elle est conforme à l'intérêt de l'enfant »<sup>27</sup>. Or les juges du fond semblent estimer l'adoption – l'adoption plénière – possible dans d'autres circonstances : nonobstant l'incertitude entourant les circonstances de la conception, faute de preuve du recours à une insémination avec tiers donneur anonyme à l'étranger, la perspective d'une reconnaissance par le géniteur ne ferait pas obstacle à l'adoption plénière de l'enfant. C'est en particulier ce qui ressort de l'arrêt rendu par la cour d'appel de Versailles le 15 février 2018, qui prononce l'adoption plénière, « l'éventualité d'une volonté de reconnaissance future de l'enfant par un père biologique [étant] purement hypothétique et n'[étant] étayée par aucun élément concret »<sup>28</sup>. La solution est perturbante au regard de l'indisponibilité de l'état. Car, quelle que soit la volonté du donneur de sperme, « il n'est pas possible, en raison du principe d'indisponibilité de la filiation, à ce dernier de renoncer par avance à reconnaître l'enfant ainsi conçu »<sup>29</sup>. Seule la preuve du recours à un donneur anonyme rendrait une telle adoption plénière compatible avec l'indisponibilité de l'état – sinon en droit, du moins en fait. Car le recours à un donneur anonyme qui ne serait en toute hypothèse pas en mesure d'identifier l'enfant issu de ses gamètes priverait *de facto* l'enfant de père : il n'y aurait dès lors qu'une petite entorse à l'indisponibilité de l'état à voir l'établissement de la filiation paternelle en pratique improbable rendu tout simplement impossible<sup>30</sup>. Or face non pas à une incertitude mais à l'affirmation du recours à une procréation « amicalement » assistée, la cour d'appel de Riom, dans un arrêt du 13 mars 2018<sup>31</sup>, a également prononcé l'adoption plénière – lors même que « prononcer l'adoption plénière, c'est sceller le projet parental, mais aussi verrouiller la situation en fermant la porte à l'établissement volontaire ou judiciaire de la filiation »<sup>32</sup>. En somme, s'agissant de l'adoption de l'enfant par l'épouse de sa mère, et autant que l'on puisse en juger au regard du faible nombre de décisions publiées, les juridictions du fond semblent faire peu de cas de l'indisponibilité de l'état.

Ces solutions contrastent avec la motivation d'une décision de la cour d'appel de Paris, particulièrement remarquable, en date du 30 janvier 2018<sup>33</sup>, relative à une requête en adoption, par le mari du père, d'un enfant né d'une gestation pour autrui. Pour refuser de prononcer l'adoption plénière, la cour relève que « rien ne permet en l'espèce d'appréhender les modalités selon lesquelles la *mère* [nous soulignons] ayant accouché aurait renoncé à l'établissement de la filiation maternelle, et ce de manière définitive, ni dans quelles conditions et dans quelle intention l'enfant (...) été remis à son père ; (...) il en est de même, *a fortiori*, du consentement de la *mère* [nous soulignons] ayant accouché à l'adoption de l'enfant par le mari du père dans des conditions qui viendraient, s'agissant d'une adoption plénière, rendre impossibles à l'avenir, et de manière complète et irrévocable, tout établissement légal d'un lien de filiation maternelle et toute relation ». À de nombreux égards, la décision ne convainc pas. S'agissant du lexique mobilisé, il faut relever que qualifier de « mère » la femme qui a accouché de l'enfant mais n'a établi aucun lien juridique à son égard consiste à poser la réponse dans la question : s'il y a une mère, elle doit consentir à l'adoption. Mais, précisément, de mère il n'y a pas ! Faute d'être la mère, la femme ayant accouché de l'enfant n'a aucun titre à consentir à l'adoption de son enfant : rechercher cette intention est, de ce point de vue, incongru<sup>34</sup>. Malgré les ambiguïtés de l'énoncé, on comprend que l'adoption plénière ne serait possible que s'il était absolument avéré que la femme qui a accouché n'avait aucune intention de se rattacher l'enfant<sup>35</sup>. La solution appelle deux observations.

En premier lieu, le rapprochement de ces décisions des juges du fond fait apparaître un traitement différencié des femmes et des hommes qui sollicitent l'adoption plénière de l'enfant de leur conjoint de même sexe<sup>36</sup>. Tandis que l'atteinte à l'indisponibilité de l'état que l'adoption plénière réalise ne semble pas faire obstacle à son prononcé lorsqu'est en cause l'impossibilité ultérieure d'établissement de la paternité d'un homme, elle pourrait empêcher le prononcé d'une adoption plénière qui interdirait d'établir à l'avenir la maternité de la femme qui a porté l'enfant. Le constat, à nuancer<sup>37</sup>, ne surprend guère : il illustre l'importance que le droit français accorde à l'identification de la mère à la gestatrice, et sa relative indifférence à voir concorder statuts de géniteur et de

père<sup>38</sup> – en somme, il illustre le biais de genre qui caractérise la matière<sup>39</sup>. Mais l'analyse pourrait être remise en cause si, à l'avenir, les juridictions du fond, à l'instar de la cour d'appel de Paris le 18 septembre 2018, admettaient l'adoption plénière par le mari du père d'un enfant issu d'un processus de gestation pour autrui<sup>40</sup>.

En second lieu, en revanche, quelque évolution des décisions des juges du fond l'on constate à l'avenir, il faut souligner à quel point ceux-ci se trouvent aux prises avec des exigences incompatibles. Quoiqu'ils concluent à des solutions différentes, les deux arrêts de la cour de Paris ne sont pas sans points communs, qui tendent à s'assurer que la femme porteuse a véritablement renoncé au statut de mère. Plus il est établi que la femme qui a porté l'enfant entend ne pas en devenir la mère, plus, en effet, il apparaît à certains égards logique de prononcer une adoption plénière. Plus donc l'existence d'une convention de gestation pour le compte du mari du père est avérée<sup>41</sup>, plus les juges sont incités à lui faire produire effet. Quand un système juridique adresse aux juges du fond de telles injonctions contradictoires, c'est probablement qu'il est temps de changer les règles<sup>42</sup> et de repenser à tout le moins le fondement<sup>43</sup>, sinon le principe, de l'« interdiction »<sup>44</sup> de la gestation pour le compte d'autrui en droit français...

## NOTES DE BAS DE PAGE

<sup>1</sup>– Honoré C., *Ton père*, 2017, Mercure de France.

<sup>2</sup>– Sur la figure de la « paternité gay » et son caractère particulièrement troublant au regard des schémas dominants, v. en part. Gross M. et a., « Penser la paternité en dehors du lien à la maternité. Un questionnement à partir de la paternité gay », *Informations sociales* 2013/2, n° 176, p. 76 et s., spéc. p. 78 et p. 84 ; Gratton E., « Les déclinaisons de la paternité gaye », in Gross M., *Homoparentalités, état des lieux*, 2005, ERES, La vie de l'enfant, p. 281 et s., spéc. p. 282, sur le stéréotype selon lequel le « désir [d'enfant] serait moins essentiel psychologiquement » pour les hommes que pour les femmes.

<sup>3</sup>– Gratton E., « Entre pères gays et mères porteuses », *Dialogue* 2013/4, n° 202, p. 21 et s., p. 22. *Adde* un témoignage recueilli par Frank-Adrien Papon, in *Génération Libre, Pour une GPA responsable en France. La famille pour tous*, sept. 2018, p. 91 : « En France, même ceux qui vous expliquent que la GPA ne peut pas être éthique acceptent aujourd'hui qu'elle puisse être disponible, de manière encadrée et par exception, pour s'adresser à la souffrance de femmes atteintes d'infertilité pathologique. Voilà déjà un grand progrès. Pour deux papas, en revanche, on touche à un tabou tenace, sorte de frontière ultime de l'homoparentalité qui nous fait perdre toute logique et révèle les limites de notre processus démocratique. Car, c'est bien connu, il ne peut y avoir aucun désir d'enfant, ni aucune souffrance chez un papa, *a fortiori* homosexuel, assigné à une infertilité toute politique. On prétend qu'il s'agit pour eux d'une demande "sociétale", d'une dérive individualiste, sinon consumériste, incompatible avec leurs "choix de vie" ».

<sup>4</sup>– Sur les différences de conceptions de la maternité, d'une part, et de la paternité, d'autre part, v. Dionisi-Peyrusse A. et Pichard M., « Le genre dans le droit de la filiation (à propos du titre VII du livre premier du Code civil) », in Hennette-Vauchez S., Pichard M. et Roman D. (dir.), *La loi et le genre. Études critiques de droit français*, 2014, CNRS, p. 49 et s.

<sup>5</sup>– Principes mobilisés par la Cour de cassation dans l'arrêt d'assemblée plénière du 31 mai 1991. Pour une discussion autour de cette mobilisation, 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, n°s 24 et s.

<sup>6</sup>– Sur cette analyse, v. 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.

<sup>7</sup>– [Cass. ass. plén., 3 juill. 2015, n°s 14-21323](#) et 15-50002 : *Bull. ass. plén.*, n°4.

<sup>8</sup>– [Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 sept. 2013, n°s 12-30138 et 12-18315](#) : *Bull. civ. I*, n° 176.

<sup>9</sup>– Ou pas, mais il faudrait alors prouver le contraire, lors même que le ministère public ne saurait engager une action en contestation sur le fondement de l'article 336 du Code civil.

<sup>10</sup>– CA Rouen, 31 mai 2018, n° 17/02084 : *Dalloz actualité* 13 juill. 2018, obs. Mirkovic A. ; *JCP G* 8 oct. 2018, 1040, note Binet J.-R.

<sup>11</sup>– *Contra* Jean-René Binet, *JCP G* 8 oct. 2018, 1040 : « si en l'espèce l'intérêt de l'enfant apprécié *in concreto* permet au juge de faire fi de la preuve biologique, c'est bien parce qu'il existe un autre élément : le recours à une gestation pour autrui. Dès lors, la combinaison de cette fraude et de la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant ne pouvait conduire qu'à cette solution dont la logique mérite d'être pleinement approuvée ».

[L'inscription de l'enfant dans une généalogie perdue en effet au-delà de sa majorité.](#) V. Pichard M., « L'enfant : à propos d'une polysémie », *in Au-delà des codes. Mélanges en hommage à Marie-Stéphane Payet*, 2012, Dalloz, p. 469 et s., spéc. p. 480.

[13](#) - Supiot E., « Conventions de mère porteuse : inexécutaires, mais effectives ! », [RDC 2018, n° 114y2, p. 97](#).

[14](#) - C. civ., art. 352 : « Le placement en vue de l'adoption met obstacle à toute restitution de l'enfant à sa famille d'origine. Il fait échec à toute déclaration de filiation et à toute reconnaissance ».

[15](#) - L'adoption par le conjoint du père, en revanche, ferait obstacle à cette reconnaissance : v. *infra*.

[16](#) - Sur la difficulté d'application de ce texte en présence d'une gestation pour autrui, v. Bureau D. et Muir Watt H., *Droit international privé*, t. 2, partie spéciale, 4<sup>e</sup> éd., 2017, PUF, p. 229, n° 795-1 : « Le rattachement à la loi nationale de la mère au moment de la naissance de l'enfant soulève un problème évident d'indétermination. On ne peut guère considérer que la mère au sens de la règle de conflit est la mère d'intention, car sa qualité à cet égard est précisément discutée. Mais s'il s'agit, comme le veut le droit du for, de la mère gestatrice, il s'agirait d'appliquer la loi étrangère permissive (...). La mise en œuvre du rattachement subsidiaire à la loi de l'enfant ne permet pas de sortir du cercle vicieux, car (...) sa nationalité est suspendue à la détermination de sa filiation ».

[17](#) - En ce sens, v. Niboyet M.-L. et de Geouffre de la Pradelle G., *Droit international privé*, 6<sup>e</sup> éd., 2017, LGDJ, p. 76, n° 81, qui estiment que, au-delà de la question de la transcription, « si le débat au fond devait s'ouvrir ultérieurement, il faudrait alors s'intéresser au droit applicable à la filiation : loi désignée par l'article 311-14 (loi de la mère porteuse, celle qui a accouché selon les arrêts du 5 juillet 2017) ou loi du pays de réalisation de la GPA (...) ». Comp. Bureau D. et Muir Watt H., *Droit international privé*, t. 2, partie spéciale, 4<sup>e</sup> éd., 2017, PUF, p. 205, n° 780, qui suggèrent que la loi applicable à l'établissement de la filiation serait la « loi personnelle de l'enfant en cas d'indétermination de la mère, aux termes de l'article 311-14 » du Code civil.

[18](#) - *Contra* Niboyet M.-L. et de Geouffre de la Pradelle G., *Droit international privé*, 6<sup>e</sup> éd., 2017, LGDJ, p. 72, n° 74, à propos du sens de l'article 311-14 du Code civil : « Quant à la "mère" - que l'on identifie à la femme qui accouche - il suffit qu'elle soit connue en fait, car la jurisprudence n'exige pas qu'un lien de droit ait été préalablement établi entre elle et l'enfant ». Partant, tout acte étranger qui désignerait la femme ayant accouché tout en lui déniait le statut de mère conduirait à désigner applicable la loi étrangère et, partant, à reconnaître valable la renonciation à l'établissement de tout lien avec l'enfant.

[19](#) - [Cass. 1<sup>re</sup> civ., 14 avr. 2010, n° 09-14335](#) : Bull. civ. I, n° 93 : « Attendu que pour refuser à M. Guy Roger XY de se prévaloir de l'article 311-17 du Code civil pour établir sa filiation paternelle en application de la loi ivoirienne, la cour d'appel a énoncé que cet article ne définit pas une règle de conflit de lois mais se contente de poser les conditions de validité de la reconnaissance au regard de la loi française ; qu'en statuant ainsi, alors qu'il lui incombait de rechercher si la mention du nom du père dans l'acte de naissance de l'enfant ne valait pas reconnaissance au regard de la loi ivoirienne, désignée par le texte susvisé, la cour d'appel l'a violé ».

[20](#) - [Cass. 1<sup>re</sup> civ., 5 juill. 2017, n° 15-28597](#) : Bull. civ. I, n° 824 - [Cass. 1<sup>re</sup> civ., 5 juill. 2017, n°s 16-16901 et 16-50025](#) : Bull. civ. I, n° 825 - [Cass. 1<sup>re</sup> civ., 5 juill. 2017, n° 16-16455](#) : Bull. civ. I, n° 826 - [Cass. 1<sup>re</sup> civ., 5 juill. 2017, n° 16-16495](#) : Bull. civ. I, n° 827.

[21](#) - [Cass. 1<sup>re</sup> civ., 5 juill. 2017, n° 16-16455](#).

[22](#) - Pichard M., « Gestation pour autrui : le principe d'indisponibilité de l'état des personnes "désactivé" ? », [LPA 26 déc. 2017, n° 130x2, p. 6](#).

[23](#) - [Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 mars 2018, n° 17-70039](#), avis n° 15003 : « Pas de famille homoparentale hors adoption », D. 2018, p. 983, note Fulchiron H.

[24](#) - V. *supra*.

[25](#) - V. par ex., pour une réponse résolument positive : Fulchiron H., note sous CA Paris, 30 janv. 2018, Dr. famille 2018, comm. 92, p. 35, pour qui, dans les arrêts du 5 juillet 2017, « la Cour de cassation (...) ne distingue nullement entre les deux types d'adoption et renvoie au seul respect des conditions légales de l'une ou de l'autre. La distinction serait d'ailleurs intenable lorsque tous les éléments sont réunis pour attester que la femme qui a accouché a renoncé à ses droits, en pleine conformité avec la loi étrangère ». *Addé* Berdeaux F., note sous TGI Évry, 4 sept. 2017, AJ fam. 2017, p. 588, pour qui « il convient de s'attacher au visa dudit arrêt du 5 juillet 2017 ([Cass. 1<sup>re</sup> civ., 5 juill. 2017, n° 16-16455](#) : Bull. civ. I, n° 826) pour constater que la Cour de cassation (qui n'évoque jamais que "l'adoption", sans la qualifier) se fonde simultanément sur les articles 353 (relatif à l'adoption plénière) et 361 (relatif à l'adoption simple) du Code civil, ce dont on peut conclure qu'elle a expressément entendu affirmer que la GPA ne saurait être un obstacle à aucune des deux formes d'adoption... quand bien même l'espèce qui lui était alors soumise concernait, effectivement, une adoption simple (seule

possible en présence d'une filiation maternelle établie) ». L'argument n'est toutefois pas décisif dans la mesure où l'article 361 du Code civil, relatif à l'adoption simple, renvoie, entre autres, à l'article 353 du même code pour fixer les conditions de prononcé de l'adoption simple. Le second texte est donc en réalité *commun* à l'adoption plénière et à l'adoption simple. Pour une interprétation restrictive de l'arrêt de la Cour de cassation, qui ne concernerait que l'adoption simple, v. TGI Évry, 4 sept. 2017 : AJ fam. 2017, p. 588, obs. Berdeaux F. ; Dr. famille 2018, comm. 53, obs. Binet J.-R., qui souligne que la même juridiction a réitéré sa position dans un jugement ultérieur du 2 octobre 2017 (TGI Evry, 2 oct. 2017, n° 17/01775).

[26](#) – Pichard M., « Gestation pour autrui : le principe d'indisponibilité de l'état des personnes "désactivé" ? », [LPA 26 déc. 2017, n° 130x2, p. 6](#).

[27](#) – [Cass., avis, 22 sept. 2014, n° 14-70007](#), avis n° 15010 : Bull. civ. avis, n° 7 et [Cass., avis, 22 sept. 2014, n° 14-70006](#), avis n° 15011 : Bull. civ. avis, n° 6.

[28](#) – CA Versailles, 15 févr. 2018, n°s 17/05285 et 17/05286 : AJ fam. 2018, p. 139, obs. Dionisi-Peyrusse A. ; RTD civ. 2018, p. 371, obs. Leroyer A.-M. ; Dr. famille 2018, comm. 261, obs. Fulchiron H. Les arrêts sont infirmatifs : le tribunal de grande instance avait, dans ces affaires, « refus[é] de prononcer l'adoption, au motif d'une incertitude sur les circonstances de la conception des enfants » (Leroyer A.-M., obs. préc., p. 371).

[29](#) – RTD civ. 2018, p. 372, obs. Leroyer A.-M.

[30](#) – V. l'argumentation présentée par l'épouse de la mère dans un arrêt des juges du fond : l'enfant « n'aura jamais vocation à voir sa filiation établie à l'égard de son géniteur que son anonymat protège. Dès lors, le priver d'une seconde filiation contrevient manifestement à son intérêt » (CA Aix-en-Provence, 6<sup>e</sup> ch., 4 avr. 2015, n° 14/01472).

[31](#) – CA Riom, 13 mars 2018, n° 17/01396 : Dr. famille 2018, comm. 180, obs. Fulchiron H.

[32](#) – Dr. famille 2018, comm. 261, p. 33, obs. Fulchiron H. L'auteur approuve la solution après avoir pourtant souligné que « les accords passés entre les parents sur la filiation, droit indisponible s'il en est, n'ont aucune valeur » (p. 32).

[33](#) – CA Paris, 30 janv. 2018, JurisData n° 2018-002061 : JCP G 26 mars 2018, n° 345, note Lambert-Garrel L. et Vialla F. ; AJ fam. 2018, p. 139, obs. Dionisi-Peyrusse A. ; AJ fam. 2018, p. 171, obs. Le Gouvello A. ; Dalloz actualité, 14 févr. 2018, obs. Borde M. ; Dr. famille 2018, comm. 92, obs. Fulchiron H.

[34](#) – V. Lambert-Garrel L. et Vialla F., JCP G 26 mars 2018, n° 345, p. 594 ; Dr. famille 2018, comm. 261, p. 35, obs. Fulchiron H. : « C'est ajouter à la loi qui se contente de vérifier le consentement du seul parent à l'égard de qui la filiation a été établie » ; Borde M., Dalloz actualité, 14 févr. 2018, qui souligne que « en exigeant un tel consentement de la mère, nul doute que la cour d'appel rajoute ici une condition non prévue par les textes. Mais (...) elle semble vouloir ici montrer que le père et son époux ne prouvaient pas que la mère biologique avait, soit au jour de la naissance de l'enfant soit au jour de la demande d'adoption plénière, expressément renoncé à tout lien de filiation avec l'enfant ». Comp. Le Gouvello A., AJ fam. 2018, p. 171, pour qui « la cour d'appel fait (...) application [des] règles » qui régissent la matière.

[35](#) – Sur l'imprécision de l'arrêt quant aux preuves à rapporter, v. Lambert-Garrel L. et Vialla F., JCP G 26 mars 2018, n° 345, p. 593 ; Borde M., Dalloz actualité, 14 févr. 2018 : « Un acte rédigé par la mère biologique juste après la naissance de l'enfant, précisant qu'elle ne souhaite se voir reconnaître aucun lien de filiation avec le nouveau-né aurait-il suffi à satisfaire la cour d'appel ? ».

[36](#) – Sur cette différence de traitement, v. Mécarry C., « Adoption, transcription et GPA », Dr. famille 2018, entret. 3.

[37](#) – V. infra.

[38](#) – V. Dionisi-Peyrusse A. et Pichard M., « Le genre dans le droit de la filiation (à propos du titre VII du livre premier du Code civil) », in Hennette-Vauchez S., Pichard M. et Roman D. (dir.), *La loi et le genre. Études critiques de droit français*, 2014, CNRS, p. 49 et s.

[39](#) – En ce sens, Dionisi-Peyrusse A., AJ fam. 2018, p. 139 : « il n'est pas exclu que [la différence] repose aussi sur un présupposé d'attachement à la progéniture différent chez les femmes et chez les hommes ».

[40](#) – CA Paris, 18 sept. 2018 (deux arrêts) : AJ fam. 2018, p. 616, obs. Dionisi-Peyrusse A., qui souligne que la cour de Paris « maintient (...) son contrôle de la volonté de la gestatrice. Pourtant, celle-ci n'étant pas la mère, son consentement ne fait pas partie des conditions légales. Les juges passent donc par l'intérêt de l'enfant pour justifier la vérification du consentement de la gestatrice » ; Dr. famille 2018, comm. 260, obs. Fulchiron H.

[41](#) – Ce qu'illustre parfaitement l'arrêt de la cour de Paris du 18 septembre 2018, qui reproduit les termes de

*l'affidavit* dans lequel la porteuse relate le processus ayant conduit à la naissance et manifeste explicitement sa volonté de ne pas être la mère des enfants (par ex. : « Je n'ai aucun intérêt à élever ces enfants comme les miens, ni d'avoir des droits ou responsabilités à leur égard (...). L'intention tout au long de cet arrangement était que les requérants soient parents des enfants et que Randy [son mari] et moi renoncions [sic] à tous droits sur lesdits enfants »).

42 - Pour une réflexion sur les conditions de possibilité du débat, v. Pichard M., « Penser la gestation pour autrui : quelques jalons avant de poursuivre la réflexion », *La revue des juristes de Sciences Po*, en ligne : <https://revuedesjuristesdesciencespo.com/?p=936>.

43 - Probablement pour privilégier une réflexion en termes de protection du corps et de la volonté de la femme porteuse.

44 - « Interdiction » incertaine en effet, dès lors que le recours à une convention de gestation pour le compte d'autrui ou de commande d'enfant par son géniteur n'est pas pénalement sanctionné en lui-même.