

# Petites **a**ffiches

La Loi ■ Le Quotidien Juridique

Édition quotidienne des Journaux Judiciaires Associés : Petites affiches • Le Quotidien Juridique • La Loi - Archives Commerciales de la France

404<sup>e</sup> année - 8 OCTOBRE 2015 - N° 201 - 1,60 euro

**lextenso** éditions

ACTUALITÉ	BIBLIOGRAPHIES .....	2
	CALENDRIERS .....	3
DOSSIER	MATERNITÉS DE SUBSTITUTION (GESTATION POUR AUTRUI - GPA) Par Marie-Anne Frison-Roche	
	<b>Comprendre la Cour de cassation (À propos des deux arrêts d'Assemblée plénière du 3 juillet 2015 sur la pratique des maternités de substitution (dites GPA))</b> .....	4
	<b>I. La compréhension des arrêts du 3 juillet 2015 par leur lecture littérale</b> .....	6
	<b>II. La compréhension des arrêts du 3 juillet 2015 par leur lecture politique</b> .....	10
	<b>III. La compréhension des arrêts du 3 juillet 2015 par le souvenir du jeu de l'audience</b> .....	14
	<b>Annexes</b> .....	21
CULTURE	ART ET FANTASIE .....	23
	Didier Du Blé <b>L'art du portrait</b>	
	RENCONTRES MUSICALES .....	24
	Jean-Pierre Robert <b>Belle Époque...</b>	

## [ REPÈRES ]

### ■ page 4

#### **Maternités de substitution (Gestation pour autrui - GPA)**

*L'Assemblée plénière de la Cour de cassation a rendu deux arrêts le 3 juillet 2015 sur l'obligation ou non de transcrire l'acte de naissance établi à l'étranger concernant un enfant né au terme d'une pratique de maternité de substitution.*

*Ces arrêts de quelques lignes sont énigmatiques. Comment les comprendre ? On peut leur appliquer la technique traditionnelle, presque scolaire, de l'analyse littéraire. S'y reprenant à deux fois, l'analyse politique ouvre la dimension du pouvoir judiciaire. Mais le plus éclairant est sans doute de se souvenir de l'audience du 19 juin 2015.*

www.petites-affiches.com

Rédaction (24 pages) - Annonces pour les départements 75, 92, 93, 94 (24 pages)

ÉDITION  
QUOTIDIENNE  
DES JOURNAUX  
JUDICIAIRES  
ASSOCIÉS

Petites **a**ffiches

2, rue Montesquieu - 75041 Paris Cedex 01  
Tél. : 01 42 61 56 14 - Fax : 01 47 03 92 02

Le Quotidien Juridique

12, rue de la Chaussée d'Antin - 75009 Paris  
Tél. : 01 49 49 06 49 - Fax : 01 49 49 06 50

LA LOI  
ARCHIVES COMMERCIALES

33, rue des Jeûneurs - 75002 Paris  
Tél. : 01 42 34 52 34 - Fax : 01 46 34 19 70

Directeur de la publication :

**Bruno Vergé**

Rédactrice en chef :

**Emmanuelle Filiberti**

Responsables de rédaction :

**Valérie Boccarda et Céline Slobodansky**

Comité de rédaction :

**Pierre Bézard**, président honoraire de la chambre commerciale de la Cour de cassation

**Jean-Pierre Camby**, professeur associé à l'université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines

**Jean-Marie Coulon**, premier président honoraire de la Cour d'appel de Paris

**Alain Couret**, professeur à l'Université Paris I (Panthéon-Sorbonne)

**Michel Grimaldi**, professeur à l'Université Paris II (Panthéon-Assas)

**Jean-François Guillemain**, secrétaire général, groupe Bouygues

**Paul Le Cannu**, professeur à l'Université Paris I (Panthéon-Sorbonne)

**Jacques Massip**, conseiller doyen honoraire à la Cour de cassation

**Denis Mazeaud**, professeur à l'Université Paris II (Panthéon-Assas)

**Nicolas Molfessis**, professeur à l'Université Paris II (Panthéon-Assas)

**Jacqueline Morand-Deville**, professeur à l'Université Paris I (Panthéon-Sorbonne)

**Bernard Reynis**, conseiller à la Cour de cassation, président honoraire du Conseil supérieur du notariat

**Alain Sauret**, avocat au barreau de Paris, président du conseil scientifique de Fidere avocats

#### Rédaction :

70, rue du Gouverneur Général Félix Éboué  
92131 Issy-les-Moulineaux Cedex

Tél. : 01 40 93 40 51

Fax : 01 41 08 16 05

E-mail : [redaction@lextenso-editions.fr](mailto:redaction@lextenso-editions.fr)

Merci de nous envoyer vos articles à :  
[redaction@lextenso-editions.fr](mailto:redaction@lextenso-editions.fr)

#### Abonnements :

70, rue du Gouverneur Général Félix Éboué  
92131 Issy-les-Moulineaux Cedex

Tél. : 01 40 93 40 40

Fax : 01 41 09 92 10

E-mail : [abonnementpa@lextenso-editions.fr](mailto:abonnementpa@lextenso-editions.fr)

#### A B O N N E M E N T S

1 an France (TTC)

Journal seul ..... 110 €

Journal + Lextenso focus ..... 235,42 €

1 an Étranger (HT)

UE ..... 295 €

Hors UE ..... 595 €

Pour tarifs particuliers

(enseignants, étudiants, ...) nous consulter

Direction Artistique : Agences Louisiane et Samarquande

## BRÈVE

### BIBLIOGRAPHIE

#### La propriété fiduciaire : nature et régime

Récemment introduite dans notre système juridique (2007), la fiducie repose sur un transfert de propriété d'un ou plusieurs actifs du constituant au fiduciaire. Ce transfert de propriété constitue toute l'originalité de la fiducie. Le fiduciaire est-il ainsi titulaire de la « sacro-sainte » propriété, ce droit « le plus absolu » autour duquel notre Code civil s'est construit ? Une telle question est légitime car le fiduciaire détient une propriété provisoire et limitée dans son exercice : « la propriété fiduciaire ».

L'ouvrage d'Antoine Arzac publié aux éditions LGDJ a pour objectif d'analyser la propriété fiduciaire au travers de deux prismes qui sont sa nature et son régime. La question de la nature a soulevé de nombreux débats doctrinaux. La propriété fiduciaire est-elle assimilable à la propriété de l'article 544 du Code civil ou s'agit-il d'une propriété dégradée ? Le régime qui se définit par la gestion au quotidien de la propriété par le fiduciaire, permet de mieux comprendre la propriété fiduciaire tout au long d'une fiducie.

La démarche de *La propriété fiduciaire : nature et régime* est inédite car elle découle non seulement de travaux universitaires mais également d'une expérience concrète de l'exercice de la propriété fiduciaire. En effet, l'auteur juriste d'une banque française a pu participer, en tant que fiduciaire, à l'une des premières fiducies.

Témoin mais également acteur de l'évolution de la fiducie notamment dans la rédaction et la revue des conventions de fiducie, il a traité les questions juridiques inédites soulevées par l'exercice de la propriété fiduciaire.

Ce sont d'ailleurs ces questions qui l'ont poussé à se lancer dans la rédaction d'une thèse soutenue en 2013. L'ouvrage apporte ainsi un témoignage concret de l'exercice de la pratique de la propriété fiduciaire et met également en exergue certains écueils à éviter lors de la mise en place d'une fiducie. Ce livre suggère également certaines améliorations qui pourraient être apportées au régime de la fiducie dans son ensemble.

330 pages ; 65 €.

En vente sur [www.lgdj.fr](http://www.lgdj.fr) et à la librairie LGDJ, 20, rue Soufflot, 75005 Paris.

## BRÈVE

### BIBLIOGRAPHIE

#### Sûretés et garanties du crédit

Instrument majeur de la vie des affaires, les sûretés sont d'une grande diversité. Leur régime est parfois complexe et leur efficacité en grande partie liée au sort qui leur est réservé en cas d'ouverture d'une procédure collective.

Ni trop concis, ni trop développé, *Sûretés et garanties du crédit*, manuel publié par les éditions LGDJ, offre une présentation claire des différentes sûretés personnelles et réelles. Les références permettent aux étudiants et aux praticiens d'en faire un instrument utile pour la préparation de leurs travaux dirigés et de leurs dossiers.

Rédigé à travers une vision pragmatique de la matière, il permet de mesurer l'efficacité des différentes garanties.

Cette 10<sup>e</sup> édition intègre les dernières évolutions jurisprudentielles tout particulièrement importantes concernant le cautionnement, qu'il s'agisse du formalisme, du principe de proportionnalité ou de la responsabilité bancaire.

L'ouvrage est devenu une référence pour tous ceux qui passent les concours de l'école des avocats, de la magistrature, du notariat, ou qui suivent l'enseignement à distance.

Dominique Legeais est un spécialiste du droit des sûretés qu'il enseigne depuis 25 ans en licence, en master et à l'IEJ. Il tient la rubrique « Sûretés » à la Revue de droit bancaire et financier, qu'il codirige, et à la Revue trimestrielle de droit commercial. Il assure de nombreuses sessions de formation à l'attention des magistrats, avocats et juristes de banque.

510 pages ; 34 €.

En vente sur [www.lgdj.fr](http://www.lgdj.fr) et à la librairie LGDJ, 20, rue Soufflot, 75005 Paris.

## XXIII<sup>e</sup> congrès de l'ACE : Être avocat demain, casser les codes

L'ACE (syndicat des avocats conseils d'entreprises) organise, les 15 et 16 octobre prochains à Bruxelles, son XXIII<sup>e</sup> congrès qui aura pour thème : « Être avocat demain, casser les codes ». Comme l'explique William Feugère, président national de l'ACE : « Le marché du droit se développe. Les besoins de droit, et donc d'avocats, des entreprises et des particuliers sont en croissance. Il appartient aux avocats de s'interroger sur les besoins et attentes des clients pour être parfaitement adaptés à ce marché. Il n'est pas évident que nos concepts et certitudes soient toujours appropriés. Tel est l'objectif du congrès de Bruxelles : nous interroger sur ce que veulent nos clients, sur ce que nous sommes, pour nous adapter, revisiter nos pratiques, sans perdre ce qui est notre cœur, notre âme d'avocats : la défense des autres, en conseil comme en contentieux ». Ce congrès sera dirigé par Bénédicte Bury, ancien membre du CNB, présidente de la commission Formation, et présidé par Antoine-Audoïn Maggiar, président de la section internationale ACE.

### Programme :

#### • Le 15 octobre :

— Séance plénière : La France dans l'Europe, animée par Antoine-Audoïn Maggiar, président de la section internationale de l'ACE. Avec Sylvie Goulard, députée européenne, membre de la commission Finance du Parlement européen ; Jean-Dominique Giuliani, président de la Fondation Robert Schuman, et Martin Sermayer, directeur de cabinet de Jean-Claude Juncker.

— Cérémonie officielle d'ouverture, avec Antoine-Audoïn Maggiar, président du Congrès ; Bénédicte Bury, directrice des congrès ; Delphine Gallin, présidente de l'ACE-JA, vice-présidente de l'ACE ; Stanislas Dublineau, président du Syndicat employeur ; Stéphanie Fougou, présidente de l'AFJE ; Jean-Jacques Forrer, président de la DBF ; Stéphane Boonen, bâtonnier de Bruxelles ; Philip Buisseret, secrétaire général du CCBE ; Pascal Eydoux, président du CNB ; William Feugère, président de l'ACE ; et Emmanuel Macron, ministre de l'Économie, de l'Industrie et du Numérique ou son représentant.

— Séance plénière : Vers quelle organisation pour nos cabinets ?, animée par Denis

Raynal, premier vice-président de l'ACE. Introduction par Antoine Henry de Frahan, Frahan Blondé Bruxelles. Avec les interventions de Thierry Wickers, ancien président du CNB ; William Cargill, Valoritis Conseil ; Michel Lehrer, Juri-Management ; Laurence Vanhee, *Chief Happiness Officer, Belgian CHRO of the Year 2012*.

— Le temps des ateliers I.

- Ateliers techniques :

\* Les voies alternatives du contentieux appliquées à la fiscalité.

\* Gérer la mobilité des salariés.

\* Premières applications concrètes de la fiducie en droit de la famille et droit du patrimoine.

\* La cybercriminalité : risques, enjeux, réponses.

- L'espace organisation et *soft skills* :

\* Quelles structures d'exercice pour l'avocat demain ?

\* *Soft skills* : mirage ou clé de développement ?

\* L'Europe, moteur de l'égalité et de la diversité.

\* Avocats : quelles stratégies d'innovation ?

#### • Le 16 octobre :

— Le temps des ateliers II.

- Ateliers techniques :

\* Applications concrètes des nouveautés de l'ordonnance du 12 mars.

\* La délégation de pouvoirs, un outil au service de la gestion de l'entreprise.

\* La responsabilité pénale de l'avocat.

\* Les MARD : bilans et propositions.

- L'espace organisation et *soft skills* :

\* L'avocat demain, un chef d'entreprise avisé.

\* Prenez la parole avec aisance et conviction.

— Séance plénière : L'élaboration de la norme pour le développement des affaires, animée par Antoine-Audoïn Maggiar. Avec Jean-Luc Sauron, conseiller d'État, responsable de la cellule Veille européenne au Conseil d'État, qui a publié en 2014 *Procédures devant les juridictions de l'Union européenne et devant la CEDH* ; Christophe Collard, professeur de droit, Edhec Business School, Centre de Recherche LegalEdhec ; Philippe Legrez, secrétaire général, fondation Michelin, ancien directeur juridique du groupe Michelin ; Yves-Thibault de Silguy, ancien commissaire européen et actuel vice-président et administrateur référent du conseil d'administration de Vinci ; et Valérie Lasserre, professeur des universi-

tés, auteur de l'ouvrage *Le nouvel ordre juridique* chez LexisNexis.

— Le temps des ateliers III.

- Ateliers techniques :

\* Droit pénal de l'art.

\* L'épuisement des droits.

\* Procédure participative : mode d'emploi et perspectives.

\* Les procédures européennes et la procédure civile française à l'épreuve du droit européen.

- L'espace organisation et *soft skills* :

\* Exercer autrement la profession : vers quels autres métiers de l'avocat ?

\* L'avocat et les médias : une relation à travailler.

— Séance plénière : L'avocat partenaire de l'entreprise dans son développement à l'international, animée par Delphine Gallin, présidente de l'ACE-JA, avec Anne Vaucher, membre du CNB, et Banque Populaire Rives de Paris.

La France s'est engagée dans une nouvelle diplomatie économique, pour rendre notre territoire attractif et favoriser l'export des ETI et des TPE. L'avocat, parce qu'il est au contact des entreprises dans son quotidien, doit pouvoir proposer une offre de services adaptée à ce nouveau champ de développement en profitant des nouvelles ressources du monde économique, financier et politique (BPI ; Réseaux Business France). Quelles opportunités pour positionner nos cabinets comme des facilitateurs du développement de nos clients à l'international, PME, ETI, TPE voir *start-up* ?

— Vote des motions.

Rapport général : Antoine-Audoïn Maggiar, président du congrès.

#### • Le 17 octobre :

— Comité directeur.

**Lieu :** Square Brussels Meeting Centre, 1, rue Ravenstein, Bruxelles.

**Inscriptions :** [ace@avocats-conseils.org](mailto:ace@avocats-conseils.org) ou en ligne sur [www.treeview.fr/aceform](http://www.treeview.fr/aceform).

#### Renseignements :

[www.avocats-conseils.org](http://www.avocats-conseils.org).

Travaux validés au titre de la formation professionnelle continue pour treize heures.

## COMPRENDRE LA COUR DE CASSATION

(À propos des deux arrêts d'Assemblée plénière du 3 juillet 2015 sur la pratique des maternités de substitution (dites GPA))

L'Assemblée plénière de la Cour de cassation a rendu deux arrêts le 3 juillet 2015 sur l'obligation ou non de transcrire l'acte de naissance établi à l'étranger concernant un enfant né au terme d'une pratique de maternité de substitution (GPA).

Ces arrêts de quelques lignes sont énigmatiques. Comment les comprendre ? On peut leur appliquer la technique traditionnelle, presque scolaire, de l'analyse littérale. S'y reprenant à deux fois, l'analyse politique ouvre la dimension du pouvoir judiciaire. Mais le plus éclairant est sans doute de se souvenir de l'audience du 19 juin 2015.

Le laconisme, voilà la marque des deux arrêts que l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a rendus le 3 juillet 2015 à propos de la transcription sur l'état civil français des filiations inscrites sur l'état civil étranger, celui-ci mentionnant un lien de filiation entre un enfant et un homme ayant pratiqué à propos de cet enfant une convention de maternité de substitution avec une femme ayant accepté par avance de porter l'enfant pour le lui remettre à la naissance (convention de gestation pour autrui réalisée à l'étranger).

L'arrêt n° 619, *Dominique X c/ M. le procureur général près la cour d'appel de Rennes et a.* prononce en quelques lignes une cassation en visant l'article 47 du Code civil relatif aux conditions formelles de la transcription sur l'état civil français des états civils établis à l'étrangers, l'article 7 du décret du 3 août 1962 sur l'état civil et l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales reconnaissant à chacun le droit au respect de sa vie privée. L'arrêt se réfère aux deux premiers dans l'attendu suivant en ces termes : « Il résulte de deux premiers de ces textes que l'acte de naissance concernant un Français, dressé en pays étranger et rédigés dans les formes usitées dans ce pays, est transcrit sur les registres de l'état civil sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes les vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité ». L'acte de naissance vise « en qualité de mère » la femme russe qui « a accouché de l'enfant » et désigne Dominique X comme son père. Pour refuser la transcription de cet état civil établi en Russie sur les registres consulaire, le procureur se prévaut de l'existence d'une convention de gestation pour autrui, la cour d'appel refusant elle aussi la transcription et fondant son refus par un « faisceau de preuves de nature à caractériser l'existence d'un processus frauduleux ». La Cour de cassation pose qu'il y a violation des « textes susvisés », car la cour d'appel « n'avait pas constaté que l'acte était irrégulier, falsifié ou que les faits qui y étaient déclarés ne correspondaient pas à la réalité ».

L'arrêt n° 620, *M. le procureur général près la cour d'appel de Rennes c/ Patrice Y*, est encore plus bref. Il prononce un rejet après un attendu résumant les faits en un paragraphe, un attendu synthétisant les griefs du moyen en deux paragraphes, et fonde le rejet sur un paragraphe : « Ayant constaté que l'acte de naissance n'était ni irrégulier ni falsifié et que les faits qui y étaient déclarés correspondaient à la réalité, la cour d'appel en a déduit à bon droit que

la convention de gestation pour autrui conclue entre M. Y et M<sup>me</sup> X ne faisaient pas obstacle à la transcription de l'acte de naissance ».

C'est très peu de phrases ! Est-ce pour autant des arrêts qui ne comptent pas ? En France, on se plaint à dire que plus les arrêts sont concis et plus ils ont de l'importance et feront date. On s'enorgueillit du laconisme comme marque du « grand arrêt », et de citer *Jand'heur*.

Dès lors, ces arrêts sont-ils très peu ou sont-ils beaucoup ? Ont-ils simplement réglé un cas particulier, le cas d'un enfant déclaré par son père biologique dans un pays où la pratique de la maternité de substitution n'est pas illicite, ce cas et pas un autre ? Ce qui inciterait à ne prendre la plume que lorsque la « question de principe » sera posée, comme celle plus générale et controversée de la reconnaissance par le droit français du « parent d'intention » ?

Ces arrêts constituent-ils un nouveau jalon dans la marche organisée par les personnes, associations et entreprises intéressés vers la légalisation en France de la pratique des mères porteuses ? N'est-ce pas plutôt le règlement de la situation des enfants qui sont là, dans une solution qui n'entame au contraire en rien la prohibition de principe des maternités pour autrui, car ces arrêts ne remettent pas en cause la règle française selon laquelle les enfants ne sont pas des objets à commander sur catalogue, pas plus que le corps des femmes n'est une marchandise ?

Pour être sévère ou approuvateur, en fonction de ce que l'on pense sur le sujet, encore faut-il comprendre les deux arrêts rendus.

Plus encore, à travers la compréhension technique que l'on peut avoir de ces deux arrêts, c'est aussi une compréhension plus générale que l'on peut avoir de la Cour de cassation elle-même, dans la façon dont elle conçoit actuellement son rôle.

L'avis du procureur général a parfaitement bien retracé non seulement le droit applicable en matière de convention de gestation pour autrui, le droit hier, le droit d'aujourd'hui, mais encore tout le droit comparé. Le conseiller-rapporteur a élargi la question de la transcription de la filiation établie sur l'état civil étranger dans l'état civil français à la question plus générale de l'efficacité juridique des maternités de substitution (dites souvent GPA), la première question ne pouvant se dissocier de la seconde. L'avis comme le rapport sont disponibles sur le site de la Cour de cassation. Il n'est donc pas utile de faire ici œuvre d'érudition juridique, cela serait faire doublon.

Il convient plutôt de comprendre ces deux arrêts en eux-mêmes, pour mieux comprendre la Cour de cassation, comprendre ce qui l'influence, comprendre comment elle influence, comprendre comment elle conçoit actuellement son rôle.

Par quelles voies peut-on essayer de comprendre une décision de justice ?

La méthode scolaire éprouvée et prudente consiste à en rechercher le sens, la valeur et la portée. L'esprit d'une décision se trouve dans sa lettre ou dans la doctrine autorisée qui entoure l'arrêt. La lettre d'une décision de justice doit permettre au lecteur d'atteindre ce que son auteur a voulu dire, ce que la décision implique. C'est le minimum que l'on peut attendre de deux arrêts très attendus rendus par la plus haute formation d'une haute juridiction dont le premier président affirme régulièrement désormais qu'il la veut « Cour suprême ».

On peut aussi lire les deux arrêts au regard des sources du droit, en examinant si la Cour de cassation, juge du droit ou juge des grands cas mais juge tout de même, est restée à sa place, notamment si elle n'aurait pas exercé un office législatif. L'article 5 du Code civil est loin, n'existe plus que dans les amphithéâtres, mais c'est une lecture politique dont le législateur, quant à lui, peut se souvenir.

La façon la plus simple, pour lire entre les quelques lignes qui composent ces deux arrêts, pourrait encore être de se reporter à ce qui s'envole, mais ce que les magistrats dans leur délibéré ont eu encore à l'esprit, ce qui demeure dans les dossiers qu'ils ont lus avant d'écrire à leur tour. On peut le faire en se reportant à l'audience qui s'est tenue le 19 juin 2015. La presse générale en a parlé, tandis que sans doute les journalistes ne feront pas de « commentaires d'arrêt ». Mais pourquoi ne pas considérer l'ensemble de ces discours si frappants qui se sont tenus cet après-midi-là ? Ils sont si utiles pour comprendre comment fonctionne la Cour de cassation et la comprendre.

D'une façon plus générale, même devant la Cour de cassation, les audiences sont instructives. Celle du 19 juin 2015 le fût d'une façon exemplaire. Il convient d'y prendre au passage une leçon de rhétorique. Rhétorique où l'habileté fût si grande dans ce qui était dit, tournant principalement autour de la proposition du procureur gé-

néral de vérifier la réalité biologique du lien entre l'homme et l'enfant qu'il déclare comme son fils ou sa fille. Rhétorique qui atteint son apogée en ce que jamais ne fût discutée la solution retenue en 2014 par la Cour européenne des droits de l'Homme de donner effet aux conventions de GPA au bénéfice du « père biologique », solution qui ne fût contestée ni par le procureur général ni par l'État français qui choisit de se taire. Un procureur général qui n'apparaît pas dans les deux arrêts mais qui était au centre de toute l'audience et au cœur de toute la rhétorique, soit pour le soutenir, soit pour le contrer, comme si c'était lui le maître du jeu.

Tout y fût discuté, avec talent, parfois par des indignations ou énervements d'autant plus ciselés qu'ils étaient feints, le grand air étant réservé au procureur général. Tout y fût discuté, tout sauf la solution européenne qui avait récusé la solution française de 2013 par laquelle la Cour de cassation avait refusé par principe la transcription sur l'état civil français d'une filiation déclarée à l'étranger même par un « père biologique » car la gestation pour autrui est une fraude : l'anéantissement de la solution française par prétériton fût considéré comme acquis. Ce même silence marque les arrêts du 3 juillet 2015 qui ne parlent que de technique de rédaction des actes civils. Ainsi, sous couvert d'opposition, voire d'éclats, ce fût en réalité un unisson qui marqua une audience où aucune voix n'a soutenu le principe d'indisponibilité des corps, le fait que les femmes ne sont pas à vendre et les enfants ne peuvent être cédés. En sortant de l'audience, le sort des femmes et des enfants était scellé.

Prenons donc par trois fois la lecture de ces deux arrêts rendus par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation le 3 juillet 2015, pour tendre vers une compréhension par la lecture littérale (I), une compréhension par une lecture politique (II), une compréhension par un récit de l'audience (III).

*Marie-Anne FRISON-ROCHE*  
*Professeur de droit à Sciences Po (Paris)*

## I. LA COMPRÉHENSION DES ARRÊTS DU 3 JUILLET 2015 PAR LEUR LECTURE LITTÉRALE

La mécanique a du bon et c'est d'une façon mécanique qu'il convient de prélever tout d'abord le contenu des deux arrêts (I). Puis d'en dégager le sens (II) et la portée (III).

### I. Le contenu des arrêts du 3 juillet 2015

Les deux arrêts sont en miroir. L'arrêt qui prononce une cassation est plus développé que celui qui prononce un rejet mais ils se renvoient la balle d'un raisonnement unique.

#### A. L'arrêt n° 619, *Dominique X c/ le procureur général près la cour d'appel de Rennes*

Dans l'arrêt de cassation, l'Assemblée plénière vise l'article 47 du Code civil, l'article 7 du décret du 3 août 1962 modifiant certaines règles relatives à l'état civil, ensemble l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (Conv. EDH).

Il pose dans un premier attendu que les mentions de l'état civil établi à l'étranger sont transcrites dans l'état civil français « sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité ».

En l'espèce, l'enfant est né à Moscou. L'état civil établi en Russie désigne le Français Dominique X, comme père, et Kristina Z ressortissant russe, qui a accouché de l'enfant, comme mère.

Le procureur s'est opposé à la transcription de l'acte sur le registre consulaire du fait de l'existence d'une convention de gestation pour autrui (GPA) passée entre la mère de l'enfant et l'homme qui a déclaré celui-ci à l'état civil comme étant son fils, mentions dont il demanda la retranscription sur l'état civil français.

La cour d'appel de Rennes, dans son arrêt du 15 avril 2014, a suivi le raisonnement du ministère public, fondant son refus d'une transcription sur le constat du processus frauduleux que constitue la GPA.

Dominique X forme un pourvoi.

La Cour de cassation casse l'arrêt.

Elle estime que les juges du fond ont violé les textes relatifs à la transcription des mentions des états civils établis à l'étranger, car ils ont refusé cette transcription alors qu'ils n'avaient pas constaté que « l'acte était irrégulier, falsifié ou que les faits qui ont été déclarés ne correspondaient pas à la réalité ».

#### B. L'arrêt n° 620, *M. le procureur général près la cour d'appel de Rennes c/ Patrice Y*

Par son arrêt n° 620, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation examine le pourvoi que forme le procureur général près la cour d'appel de Rennes contre l'arrêt que celle-ci a rendu, admettant la transcription sur l'état civil français d'un état civil établi à l'étranger,

celui-ci mentionnant en « qualité de mère » la femme qui a accouché de l'enfant et en « qualité de père » l'homme qui a déclaré l'enfant.

Le procureur général demande la cassation d'un tel accueil favorable car cela revient à donner plein effet à une convention qui méconnaît le principe fondamental français d'indisponibilité de l'état des personnes. Le pourvoi souligne que le refus de transcription impliqué par les principes fondamentaux du droit français ne contrarie pas pour autant l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme (Conv. EDH), auquel s'est référée la cour d'appel de Rennes pour ordonner la transcription, puisque l'enfant voit sa filiation établie à l'égard de son père et de sa mère par l'état civil établi à l'étranger, d'une part, et qu'il mène une vie familiale normale en France, d'autre part, l'article 8 n'étant donc pas contredit par ce qui doit être le refus par l'État français de transcrire sur l'état civil français des filiations issues de GPA.

La Cour de cassation rejette le pourvoi. L'arrêt relève dans un premier attendu le fait que l'enfant a été déclaré sur l'état civil russe comme ayant pour père le déclarant Dominique X et ayant pour mère Lilia Z, qui a accouché de l'enfant.

La Cour de cassation relève ensuite que la cour d'appel de Rennes a constaté que l'acte de naissance n'est « ni irrégulier, ni falsifié et que les faits qui y étaient déclarés correspondaient à la réalité ».

La Cour de cassation poursuit en estimant que la cour d'appel « en a déduit à bon droit » que la convention de GPA « ne faisait pas obstacle à la transcription de l'acte de naissance ».

C'est pourquoi, la Cour de cassation rejette le pourvoi formé par le procureur général près la cour d'appel de Rennes.

### II. Le sens des deux arrêts

La question est donc désormais circonscrite à la « qualité » de l'état civil établi à l'étranger (B). Mais par préterition c'est sur la considération de la façon dont l'enfant a été conçu que la Cour a pris position (A).

#### A. L'indifférence de l'existence d'une convention de maternité de substitution

En effet, selon les arrêts, la façon dont l'enfant a été conçu devient indifférente, puisque peu importe qu'ait existé ou non une pratique de maternité de substitution (GPA), l'état civil établi à l'étranger doit être transcrit. Par le silence dont la Cour de cassation recouvre les moyens du pourvoi formé par le procureur général près la cour d'appel de Rennes, lesquels reprenaient les arrêts de la première chambre civile du 17 septembre 2013 qui refusaient la transcription en toutes hypothèses en visant le « processus frauduleux » que constitue la pratique des maternités de substitution, la Cour de cassation reprend en creux la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH), dans ses arrêts du 26 juin 2014, *Labassée* et *Mennesson*.

Mais elle le fait d'une façon étonnante. En effet, c'est dans son arrêt de rejet (n° 620) qu'elle écrit que « la convention de gestation pour

autrui... ne faisait pas obstacle à la transcription de l'acte de naissance », affirmation qu'elle emprunte certes à la cour d'appel de Rennes, mais elle souligne que c'est « à bon droit » qu'une telle appréciation a été faite. En technique d'interprétation, cela signifie que la Cour de cassation reprend à son compte l'affirmation faite par les juges du fond.

Pourtant, l'on ne retrouve pas la phrase dans les attendus de l'arrêt de cassation, alors qu'on dit souvent qu'un arrêt de cassation est davantage « de principe » que ne l'est un arrêt de rejet. Plus encore, l'arrêt de cassation (n° 619) vise dans l'attendu qui répertorie les textes en considération desquels la cassation est prononcée (visa) l'article 8 de la Conv. EDH mais dans l'attendu qui reproche à la cour d'appel une violation du droit justifiant la cassation de son arrêt, la Cour de cassation expressément ne vise plus que les textes de droit interne organisant la technique de transcription des états civils établis à l'étranger.

Dès lors, si l'on s'en tient à la lettre, même si l'on fusionne les deux arrêts du 3 juillet 2015, seul le droit français des mentions de l'état civil lie les juges. Cela signifie certes l'indifférence de l'existence d'une convention de GPA, dès l'instant que celle-ci est licite dans le pays dans lequel elle a été conclue mais cela signifie aussi, contrairement aux impressions qui sont ressorties de l'audience (1), que la solution retenue par la Cour ne découle pas de la jurisprudence de la Cour EDH.

Il y a pourtant bien anéantissement de l'état précédent du droit français.

## **B. La primauté de l'exactitude des mentions de l'état civil établi à l'étranger**

À lire l'attendu de l'arrêt de cassation, il y a tout d'abord une présomption d'exactitude des mentions de l'état civil établi à l'étranger (comme pour tout *instrumentum*).

Cette présomption n'est pas irréfragable. Mais elle ne peut pas non plus être détruite selon l'arrêt par la preuve de n'importe quel « vice ».

En effet, et c'est là où est situé le revirement de jurisprudence, justifiant la cassation dans le premier arrêt et le rejet du pourvoi dans le second, si quelqu'un démontre que l'enfant est né par GPA, quand bien même cela est contraire à l'ordre public français, ces éléments de fait n'ont aucun effet sur le processus de transcription. La transcription de l'état civil étranger devra tout de même être faite.

Mais si « après vérifications utiles », il est démontré un état de fait correspondant à l'un des trois cas d'ouverture suivant, alors la transcription pourra être soit empêchée soit anéantie :

- irrégularité de l'acte civil étranger ;
- falsification de l'acte civil étranger ;
- discordance entre une mention et la « réalité ».

(1) V. infra, p. 14 et s.

(2) Puisque l'Italie dans l'affaire Paradiso, pareillement condamnée par un arrêt de section comme le fût la France dans les deux arrêts de section du 26 juin 2014, Labassée et Mennesson, a formé un recours devant la grande chambre de la Cour européenne des droits de l'Homme. L'instance est en cours.

Il résulte des arrêts que la transcription de l'état civil étranger opérée sur l'état civil français pourra être faite par le déclarant, sauf à ce que l'une de ces preuves soit apportée (par exemple par le ministère public). Si la preuve est apportée dès le stade de la demande de transcription, celle-ci pourra être refusée ; si la preuve est apportée ultérieurement, la transcription pourra être remise en cause.

La Cour de cassation met donc en place un mécanisme de « présomption mixte », c'est-à-dire que les mentions portées sur l'acte civil étranger s'imposent et doivent être reprises telles quelles, sauf à entrer dans les trois cas d'ouverture qu'elle vise.

## **III. La valeur et la portée des deux arrêts**

Dans une analyse littérale d'une décision, l'examen de sa valeur ne consiste pas à développer une appréciation personnelle, par exemple morale, à son propos, mais à éprouver d'une façon plus large la solidité de ce que dit la Cour. Or à lire les deux arrêts, il ressort de nombreuses incertitudes qui affectent leur valeur et rendent douteuse leur portée.

La première incertitude concerne la prise en considération de la solution européenne (A), la deuxième vise la discordance entre les mentions de l'état civil et la « réalité » (B), la troisième porte sur la question de savoir s'il s'agit d'arrêts de principe ou d'arrêts d'espèce (C).

### **A. L'incertitude sur la prise en considération de la solution européenne**

L'arrêt de cassation (n° 619), dans son premier attendu, vise l'article 8 de la Conv. EDH. Celui-ci reconnaît le droit pour chacun au respect de sa vie privée. La CEDH a pris appui sur ce texte pour développer une jurisprudence conférant à chacun un droit à l'épanouissement personnel. C'est à ce titre que l'enfant a un droit à l'identité. C'est à ce titre qu'il a le droit à avoir un lien de filiation établi et reconnu dans l'ordre juridique français à l'égard de l'homme qui est génétiquement son père.

Mais la Cour de cassation ne reproche à la cour d'appel dont elle prononce la cassation de l'arrêt que la violation de l'article 57 du Code civil et de l'article 7 du décret du 3 août 1962, c'est-à-dire les dispositions de droit interne relatives aux mentions de l'état civil.

Doit-on encore considérer que la cassation est intervenue sur le fondement du droit européen ? Cela est d'autant plus douteux que ce rattachement implicite renverrait à une jurisprudence de la Cour EDH, qui est par ailleurs contestée (2).

Dans la mesure où l'avis du procureur général s'est principalement construit sur le mécanisme formel des mentions de l'état civil établi à l'étranger, il ne s'agirait plus que d'une référence de droit interne. Lorsqu'on mesure l'influence que l'avis du procureur général a

eue (3), il devient tentant de trouver dans le simple droit français de l'état civil la source de la solution et non plus dans le droit de l'enfant à l'identité qui le rattache à l'adulte qui l'a déclaré.

En tout cas, l'incertitude est forte. L'alternative est sérieuse et suivant que l'on prend sa première branche, à savoir une solution basée sur la Conv. EDH, ou que l'on prend sa seconde branche, à savoir une solution basée sur le droit français des mentions de l'état civil, la portée n'est pas du tout la même.

Or le « droit de l'enfant à l'identité » n'est pas visé par les arrêts, seules les exigences relatives aux mentions le sont, ce qui inclinerait vers la seconde branche de l'alternative. D'ailleurs, seuls les deux premiers textes sur les trois, c'est-à-dire les textes juridiques français relatifs à l'état civil, ont été violés par la cour d'appel, a écrit la Cour de cassation. Mais le cœur des commentateurs clame que les arrêts appliquent la jurisprudence de la Cour EDH. D'ailleurs, l'article 8 de la Conv. EDH est tout de même inséré dans le visa de l'arrêt n° 619 de cassation.

On ne sait que penser... N'est-ce pas très préoccupant quand on se veut « Cour suprême » d'écrire des arrêts qui donnent prise à de telles incertitudes dans la lettre même du texte ?

## B. L'incertitude sur la notion de discordance entre les mentions de l'état civil et la « réalité »

La deuxième incertitude porte sur la définition de ce qu'est une « discordance entre une mention et la « réalité » ». S'il est vrai que la Cour de cassation a repris l'article 47 du Code civil, chacun y voit le cas où la mention de la mère ne vise pas la mère qui a porté l'enfant mais vise une autre personne, par exemple la femme ayant exprimé un désir d'enfant conjointement avec l'homme et ayant eu recours avec lui à une mère-porteuse, ou le cas où le père mentionné sur l'état civil établi à l'étranger n'est pas l'homme qui a « fourni » les gamètes.

Il y aurait alors « discordance entre la mention et la réalité. Mais la notion de « réalité » est très incertaine en droit. Dès lors, l'on ne peut mesurer clairement la portée de cet attendu, alors même qu'en émettant des règles qui paraissent des règles de formes, on aurait au moins pu penser que le lecteur disposerait de règles certaines, restreintes et techniques, la Cour de cassation ayant refusé d'ouvrir un « débat de société », préférant s'en tenir à des règles étroites mais claires. Cela n'est pas le cas, car en se référant à une « discordance des mentions avec la réalité », on ouvre de grandes incertitudes car on ne sait pas ni ce qu'est la « réalité », ni ce qu'est la « discordance ». Dans la mesure où la jurisprudence propre à cette hypothèse de l'article 47 est par ailleurs pauvre, on ne peut s'y reporter.

Il est vrai que le « communiqué de presse » peut aider, puisque la Cour y dit qu'elle ne prend pas position sur la question d'un lien avec les « parents d'intention ». Mais le communiqué de presse n'a pas pour auteur la Cour de cassation et n'est pas intégré dans l'arrêt.

Peut-on s'appuyer néanmoins sur le communiqué de presse pour affirmer que la « réalité sociale », que ce que l'on appelle la « parentalité » n'existe toujours pas encore en droit français et qu'en conséquence la portée des arrêts est d'affirmer comme la seule « réalité » recevable la réalité « biologique » ?

Dans ces conditions, le père de l'enfant est son « père biologique ». Pourquoi pas, mais alors pour le droit ainsi implicitement posé par la Cour pourquoi ne pas le dire ? Si dans « l'esprit de la Cour, la réalité ne serait « que biologique », si la filiation est un lien biologique, c'est à la fois poser beaucoup et très peu ». C'est beaucoup parce que les hommes pourraient imposer aux États une filiation que certains ont appelé une filiation « spermatique », des associations de défense des femmes protestant contre ce qui serait une marque de la « domination masculine ». C'est peu parce que la filiation est sans doute plus que le « lien du sang ». C'est sans doute aussi dangereux quand le droit réduit sa normativité à la biologie.

En tout cas, il convenait de le dire. De le dire d'autant plus que la « réalité » concerne également la mère. Les deux arrêts visent la femme « qui a accouché de l'enfant en qualité de mère ». Est-ce une affirmation de fait ou une affirmation de droit ? Cette incertitude sur la réalité débouche sur la troisième incertitude de valeur qui brouille la portée que peuvent avoir ces deux arrêts, dont on ne saurait dire s'ils sont de principe ou d'espèce.

## C. L'incertitude sur la qualification d'arrêts de principe ou d'arrêts d'espèce

Il arrive que même des arrêts d'Assemblée plénière soient qualifiés d'arrêt d'espèce. Ainsi, l'arrêt *Blick* était un arrêt d'espèce, même si par la suite il a été requalifié par la doctrine et les générations d'étudiants en arrêt de principe.

Les deux arrêts du 3 juillet 2015 pourraient bien être des arrêts d'espèce, en ce que la solution ne vaudrait que pour les deux cas considérés, n'étant donc pas porteurs d'une solution générale. Si on rattache les deux espèces, qui sont analogues, aux deux cas particuliers examinés par la Cour de cassation, il apparaît que la transcription est admise ou imposée en ce qu'il y avait dans les deux espèces concordance entre les mentions et la « réalité », concordance qui de fait est satisfaisante parce que la mère porteuse a été dans les deux cas mentionnée sur l'état civil étranger « en qualité de mère ».

Si ces arrêts devaient être considérés comme étant des arrêts d'espèce (4), alors la Cour de cassation ne se serait pas encore prononcée sur la question de la transcription de l'état civil de l'enfant dans lequel la femme qui a accouché de l'enfant n'apparaît plus en qualité de mère, soit qu'une autre personne y soit nommément mentionnée, soit qu'il y ait un accouchement anonyme.

La question de principe resterait encore en suspens.

(3) V. infra, p. 19 et s.

(4) Sur la portée politique de la qualification d'arrêts de principe ou d'arrêts d'espèce, v. infra, p. 10 et s.



Mais l'on peut aussi dire qu'il s'agit d'arrêts de principe. Il suffirait pour cela de s'en tenir à la lettre des arrêts. En effet, selon les deux arrêts, tant que les mentions ne sont pas fausses, elles doivent être transcrites. L'on pourrait considérer qu'il faut élargir cette exigence simple et explicite à d'autres cas que celui qui a été porté devant la Cour de cassation.

Prenons le cas d'un « père biologique » qui fait établir une parenté sur un état civil étranger entre lui et un enfant conçu par GPA sans aucune mention de la mère. C'est un état civil lacunaire, mais il n'y a pas de « discordance », tant qu'en outre aucun nom n'est mentionné dans la « case » maternelle.

Il n'y aurait pas de raison de lui refuser la transcription sur l'état civil français d'une filiation à propos de laquelle la femme qui a accouché de l'enfant n'est pas mentionnée. Le fait qu'elle ait abandonné l'enfant dans un accouchement sous X ne rend pas les mentions de l'état civil établi à l'étranger inexacts. Le fait qu'elle ait consenti à accoucher sous X pour mieux céder l'enfant au terme d'une convention de gestation pour autrui est un fait qui ne devrait plus être pris en considération puisque la jurisprudence de la première chambre civile du 17 septembre 2013 qui donnait pertinence à cette conven-

tion pour considérer que la transcription devait être bloquée par cette fraude a été anéantie par les deux arrêts du 3 juillet 2015.

Il s'agirait alors à la fois d'arrêts très pauvres en substance, puisque n'établissant que des règles formelles (alors que les principes les plus fondamentaux de la protection des personnes et de la dignité humaine sont en jeu), et de principe quant à la portée : la filiation biologique paternelle suffit.

Or il n'y a pas d'indices déterminants pour savoir s'il s'agit d'arrêts d'espèce ou d'arrêts de principe.

Ainsi, à lire les arrêts, on ne peut pas connaître leur sens d'une façon arrêtée, les interprètes pouvant tirer l'heuristique dans un sens ou dans l'autre suivant leur propre stratégie interprétative. En cela, l'on peut comprendre que la Cour de cassation n'a pas voulu rendre des « arrêts » au sens propre du terme, n'a pas voulu « arrêter » les incertitudes et les débats, préférant sans doute laisser implicitement à d'autres le soin de le faire.

Mais une lecture plus politique des arrêts montre que la Cour de cassation en rendant ces arrêts a exercé un pouvoir politique.

*Marie-Anne FRISON-ROCHE*  
Professeur de droit à Sciences Po (Paris)

**ABONNEZ-VOUS !**

**PETITES AFFICHES**

**Formules d'abonnement**

version papier, 260 NUMÉROS DE LA REVUE  
FRANCE 91,67 €HT\* (110 €TTC) | UE 295 €HT\* | AUTRE 595 €HT\*

version EN LIGNE, un accès illimité pendant un an à tous les articles du journal parus depuis 1993  
FRANCE 185 €HT\* (222 €TTC) | ÉTRANGER 185 €HT\*

version en ligne + papier  
FRANCE 196,19 €HT\* (235,79 €TTC) | UE 399 €HT\* | AUTRE 699 €HT\*

version papier + cd-rom (l'ensemble du rédactionnel des Petites affiches publié depuis 11 ans)  
FRANCE 193,14 €HT\* (231,77 €TTC) | UE 395 €HT\* | AUTRE 695 €HT\*

version papier + en ligne + cd-rom  
FRANCE 280,94 €HT\* (337,13 €TTC) | UE 500 €HT\* | AUTRE 800 €HT\*

Informations :  
01 40 93 40 40  
ou sur :  
[www.petites-affiches.com](http://www.petites-affiches.com)

Petites affiches  
lextenso éditions

Retrouvez les Petites affiches sur

## II. LA COMPRÉHENSION DES ARRÊTS DU 3 JUILLET 2015 PAR LEUR LECTURE POLITIQUE

Dans une lecture institutionnelle et politique des deux arrêts, il convient de partir non plus de ceux-ci, mais s'éloignant et partant de très loin, de se poser la question de savoir qui, du juge ou du législateur, établit la filiation (I). Puis dans un second temps, il convient de se demander si la filiation peut supporter de recevoir des solutions au cas par cas ou bien appeler par nature des solutions de principe (II). Cela permet de porter une appréciation institutionnelle sur la Cour de cassation.

### I. Qui établit la filiation, du juge ou du législateur ?

La question qui était posée à la Cour de cassation concernait la filiation (A). Or la filiation est une institution et en tant que telle seul le législateur est légitime à la modifier d'une façon aussi substantielle (B).

#### A. La Cour de cassation a tranché une question de filiation

On est obligé de restituer le sens des arrêts rendus par la Cour de cassation, non seulement à partir de leur contenu laconique, qui ne se réfère qu'aux dispositions du Code civil sur la transcription sur l'état civil français des mentions initialement portées sur l'état civil établi à l'étranger, mais encore à partir de la présentation « autorisée » qu'en donne le « communiqué de presse ».

Celui-ci établit un rapport direct entre les deux arrêts rendus par la Cour de cassation et les arrêts du 26 juin 2014, *Labassée* et *Mennesson* rendus par la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH). Le communiqué renvoie, en outre, au travail du rapporteur et à l'avis du procureur général, qu'un lien hypertexte invite à consulter.

Ainsi dans une première approche, les arrêts du 3 juillet 2015, si on les considère comme en vase clos, semblent régler une affaire technique de transcription d'état civil. Rien que cela : les mentions écrites sur l'état civil établi à l'étranger doivent être transcrites sur l'état civil français, sans qu'on ait à accorder une pertinence au fait que l'enfant dont il s'agit soit né au terme d'un processus de maternité de substitution (appelé souvent « GPA »). Sauf à ce que soit établie, soit l'inexactitude, soit la falsification de ces mentions, soit la discordance entre celles-ci et la « réalité ».

Mais même dans cette approche de scribe, en premier lieu, une telle discordance entre les mentions et cette mystérieuse « réalité » évoquée par les juges vise certainement l'hypothèse où la personne mentionnée comme le père ne « serait pas en réalité » le père. Cette discordance justifierait alors le refus de transcription, tandis qu'inversement si l'homme mentionné sur l'état civil établi à l'étranger est « vraiment le père de l'enfant », alors rien ne peut s'opposer à la transcription, dès l'instant qu'elle n'est pas par ailleurs falsifiée ou inexacte.

Il faut donc admettre que, d'une façon irréfragable, celui qui a un lien biologique avec l'enfant est au regard du droit français le père de l'enfant.

En second lieu, ce faisant et par prétériton, les juges ont implicitement « appliqué » les arrêts de la CEDH du 26 juin 2014. L'application est

silencieuse dans les arrêts, qui ne se réfèrent pas dans leur lettre aux articles de la Convention européenne des droits de l'Homme (Conv. EDH) mais explicite dans l'avis émis par le procureur général, avis dont on ne peut douter qu'il ait porté.

Ces arrêts du 26 juin 2014 ont affirmé que l'enfant avait un « droit à l'identité », découvert dans son droit au respect à la vie privée, droit à l'identité qui implique selon les juges de la CEDH que son lien de filiation à l'égard de son père biologique soit reconnu, soit « acté », par le système juridique de l'État signataire de la Conv. EDH, quand bien même cet État signataire prohibe la convention de mère porteuse.

Ce faisant, l'absence de pertinence de la convention de maternité de substitution pour l'établissement de l'état civil est monté d'un cran, par un saut qualitatif : désormais, par les arrêts du 3 juillet 2015, la convention de maternité de substitution est elle-même sans pertinence à l'égard de l'État lui-même qui devient impuissant à opposer aux contractants de cette convention la prohibition de celle-ci. La prohibition devient transparente. Elle perd sa pertinence.

Il ne s'agit pas ici de faire une analyse substantielle de cette solution mais d'observer simplement qu'en affirmant cela, les juges ont quitté les rivages calmes de l'état civil pour aller sur celui de la filiation. Même s'ils ont passé sous silence le fait qu'ils entamaient ainsi le droit de la filiation, ils l'ont nécessairement fait.

En effet, l'état civil recueille ce qui est le cœur de l'état des personnes, leur « identité », les liens avec les autres personnes, à la fois horizontaux (par exemple mariage) et verticaux (filiation). Coucher ainsi sur un papier authentique l'emplacement de la personne dans le maillage du groupe permet à l'individu de se situer. Cela explique que la CEDH rattache le dispositif au « droit à l'identité de l'enfant » et que le communiqué de presse rattache l'ensemble aux arrêts de la CEDH et à l'article 8 de la Convention EDH.

Mais ce rattachement de l'individu aux parents, ce lien vertical, cette filiation, regarde aussi éminemment l'État qui situe ainsi l'individu dans le groupe familial et social. Lorsque l'Église avait un rôle tutélaire sur le groupe social, elle tenait les registres. Comme on le sait, le droit intermédiaire a ôté ces registres des mains de l'Église pour les remettre dans les mains de l'État afin que celui-ci ait le monopole d'écrire pour chacun d'entre nous l'institution politique majeure qu'est la filiation.

La filiation est une institution politique. La concevoir comme une affaire privée est une erreur profonde, voire une faute ou un accaparement politique.

#### B. La filiation, une institution sur laquelle seule la parole du législateur est légitime

En imposant à l'État français de neutraliser la prohibition de la convention de la maternité de substitution, ce qui constitue la portée des arrêts du 3 juillet 2015, portée sur laquelle on ne s'interrogera même pas, la Cour de cassation a imposé une nouvelle conception de la filiation.

En effet, cela est désormais clair : s'il y a un « lien biologique » entre l'homme qui déclare l'enfant à l'état civil et l'enfant déclaré, alors l'État français n'a, selon la Cour de cassation, plus rien à dire.

L'État français n'a donc plus la parole : la parole du père biologique a voix prépondérante sur l'État et son ordre public.

Les juges de la Cour de cassation, suivant en cela le procureur général qui a expliqué que « l'on ne pouvait pas ne pas » suivre les arrêts de la CEDH, a posé qu'il fallait reconnaître comme « enfant » du déclarant l'enfant déclaré par le donneur de gamètes.

Ne nous interrogeons pas sur la question de savoir si la Cour de cassation était ou non à ce point « obligée ». Cette question du « droit à l'identité » ainsi interprété ayant pour conséquence la suppression de toute pertinence de la prohibition des conventions de maternité de substitution par le droit national est en discussion devant la Cour européenne, un cas analogue étant porté par l'État italien devant la grande chambre de la CEDH.

La Cour de cassation, en s'appuyant sur l'autorité d'un autre juge, dans le grand concert de ce qui est parfois présenté comme le « dialogue des juges », a modifié la notion même de filiation.

De deux façons.

En premier lieu, la filiation est présentée comme une affaire privée ; en second lieu, la filiation est présentée comme un lien biologique.

Ses deux assertions sont très critiquables. Elles sont pourtant acquiescées à la lecture des arrêts et de la doctrine institutionnelle qui les entoure.

### **1. La conception juridictionnelle de la filiation, comme un lien biologique unissant deux personnes dans la sphère privée**

En effet, les arrêts de la Cour de cassation, puisqu'il faut donc les lire à la lumière des arrêts de la CEDH, conçoivent la filiation comme une sorte de reflet d'un droit subjectif fondamental, d'un droit de l'enfant, d'un « droit à la filiation ».

Ce « droit à la filiation », qui fait partie du « droit à l'identité » a pour racine le « droit à l'épanouissement personnel » du descendant, lequel est né du « droit au respect de la vie privée » visé par l'article 8 de la Conv. EDH. Ainsi, par cette succession de droits subjectifs, comme on descend des marches, on en arrive à l'affirmation que la filiation est un lien entre deux personnes privées (le père et le fils) dans un espace privé (la famille).

Ainsi, le droit de la filiation est, comme les autres droits de l'Homme, une prérogative contre l'État, afin que l'individu, ici l'enfant, soit armé contre l'intrusion de l'État afin de s'épanouir, notamment en ayant une identité, un « sentiment d'identité », qui lui permet de se situer lui-même dans ce groupe très restreint qu'est la famille.

Dans la conception européenne, dont on ne peut nier la cohérence, la filiation est une prérogative de la personne, la filiation cristallisant ainsi un lien d'affection, de volonté et de désir de « vivre-ensemble » sur une dimension principalement contractuelle, dans laquelle la dimension violente et extérieure de l'État ne peut être qu'inappro-

priée. Cela renvoie à une conception d'une « famille à sa main », dans laquelle l'individu construit lui-même sa famille, non seulement dans ses relations horizontales (mariage et dé mariage et remariage et multimariages), mais encore verticales (parentalité, multiparentalité, maternités partagées, etc.). L'essentiel devient alors la qualité du lien, l'association de la volonté des individus concernés et l'affection qui sous-tend ces liens.

Il n'est pas question ici d'apprécier une telle évolution. On relèvera simplement qu'elle conduit à construire le « lien de filiation » sur la volonté des personnes, le « projet d'avoir un enfant » de la part des adultes, le « projet d'avoir des parents » de la part de l'enfant si on lui demande son avis.

Or ce n'est pas à cette conception que les arrêts du 3 juillet 2015 conduisent. En effet, alors même que l'État a été congédié de la question de la filiation puisque celle-ci a été remise dans la vie privée, la filiation n'est pas pour autant l'œuvre de la volonté des personnes : elle est la transcription juridique du lien biologique.

Ce n'est rien ajouter aux arrêts que d'affirmer : la filiation en droit est désormais le constat pur et simple d'un lien biologique entre l'adulte et l'enfant. Lorsque ce lien est certain, ce qui était le cas dans les deux cas sur lesquels la cour d'appel de Rennes avait statué, la filiation devient inattaquable et l'état civil qui mentionne l'adulte comme étant le « père » de l'enfant est bien en « concordance avec la réalité », ce qui oblige donc à transcrire sur l'état civil français les mentions portées sur l'état civil établi à l'étranger .

Mais quand on se souvient de ce que fût par ailleurs « La loi du sang », de ce qu'est un droit qui prend comme critère simple et suffisant la biologie, après avoir réduit la perspective à la seule vie privée, l'on mesure l'effondrement de la filiation qui s'est produit.

En effet, la filiation est une institution, une institution politique, qui doit demeurer dans les seules mains du législateur.

### **2. La filiation est une institution politique, posée par le législateur**

La filiation est une institution politique, en ce que la structure des liens verticaux est une institution majeure du groupe social. L'anthropologie et la science politique ont montré que les structures sociales profondes sont construites sur les techniques de filiation, depuis les filiations royales jusqu'aux filiations bourgeoises ou paysannes.

Les révolutions ont d'abord mis à bas les filiations et ce qui lui est étroitement corrélé, à savoir la dévolution successorale des noms, des titres et des biens.

Le lien vertical que constitue la filiation enracine le maillage social dans son entier. Le dessin que le politique en fait est une œuvre politique.

C'est donc le législateur qui doit tenir la plume. Même s'il doit être modeste et sa plume être tremblante, même s'il doit être attentif aux mœurs et aux appels des uns et des autres, c'est au législateur d'écrire.

Or par les arrêts du 3 juillet 2015, la Cour de cassation a pris la plume à la place du législateur.

Certes, comme l'a souligné le procureur général, en premier lieu, le juge est bien obligé de répondre lorsqu'un justiciable lui pose une question. Le juge masque donc sa prise de pouvoir derrière l'ordre général que le législateur lui aurait lui-même donné de statuer.

En second lieu, comme l'a également souligné le procureur général, le juge national est bien obligé de suivre ce qu'a dit avant lui le juge européen, hiérarchie des normes oblige, articulation des interprétations contraignantes lui brisant toute volonté d'autonomie. Il aurait peut-être bien aimé, mais... S'il n'avait tenu qu'à lui, alors ça... Mais, nous dit le procureur général, le sens du droit s'exprime avant tout par la neutralité de l'obéissance...

On lit clairement ces arguments dans le rapport et l'avis qui éclairent les arrêts techniques du 3 juillet 2015.

Cela est faux.

Le législateur français a posé que la filiation est un lien qui unit l'enfant et la femme qui lui a donné naissance. Le père présumé est le mari de la mère. Est ainsi constituée une cellule politique, partie intégrante du groupe politique général dont l'État a la garde et dont l'état civil est le reflet technique.

Si l'on devait changer le principe même de la filiation, la poser comme étant le reflet d'un lien biologique considéré dans la sphère privée au sein de laquelle évoluent les deux personnes qu'il faut considérer (le seul adulte et le seul enfant), alors le changement politique est radical.

Il ne s'agirait plus d'un maillage mais d'une relation bilatérale, il ne s'agirait plus d'une relation poreuse à un système social plus vaste et fixe dans le temps, mais de multiples relations bilatérales, ressemblant davantage au marché, et reflet de liens biologiques, ce qui renvoie à la bio-économie. Il ne s'agit pas ici de savoir si ce changement est opportun ou catastrophique : il exprime en tout cas un tel bouleversement politique que seul le législateur peut l'opérer.

L'on peut faire toutes les dissertations que l'on veut à ce propos, les juges n'ont de pouvoirs que dans les marges des principes politiques posés par le législateur. Le législateur a posé les principes d'une filiation comme une institution politique. Il était de l'office du juge de conserver cette définition de la filiation.

En se réfugiant derrière une lecture technicienne de l'article 57 du Code civil, disposition plate relative aux mentions des états civils établis à l'étranger, et une autorité attachée à deux arrêts rendus par une simple section de la CEDH, la Cour de cassation a changé la définition de la filiation.

Cela est inadmissible ! Nous revoilà donc dans l'hypothèse d'une jurisprudence qui doit être brisée par la loi.

Pour justifier les arrêts du 3 juillet 2015, il faudrait les considérer comme n'étant que des arrêts d'espèce, ne posant aucun principe. Mais c'est aller de Charybde en Scylla, car pour aboutir à l'idée que la Cour de cassation n'a pas modifié la définition même de la filiation — ce qui rendrait alors ces deux arrêts acceptables — il faut les

considérer comme n'étant que des arrêts d'espèce. Or s'ils ne sont que cela, cela est condamnable car en matière de convention de maternité de substitution, c'est de principes, clairs, nets et généraux que nous avons besoin.

## II. La nécessité de poser des principes

Il apparaît en effet que les arrêts du 3 juillet 2015 ne sont acceptables que s'ils sont des arrêts d'espèces (A), alors qu'aujourd'hui la maternité doit être gouvernée par des principes (B).

### A. Les arrêts du 3 juillet 2015 ne sont admissibles que s'ils sont des arrêts d'espèce

La lecture doit toujours être « bienveillante », c'est-à-dire donner au texte lu une conformité à la norme.

Si on lit les deux arrêts du 3 juillet 2015 avec bienveillance, l'on observe que la cassation est prononcée dans le premier arrêt en ce que la transcription avait été refusée alors que l'homme qui avait déclaré l'enfant était le « père biologique » de l'enfant et que la femme mentionnée sur l'état civil établi à l'étranger était la femme du ventre de laquelle l'enfant était né.

Ce même double fait, filiation paternelle entre l'enfant et le donneur de gamète, filiation maternelle entre l'enfant et la femme qui l'a porté, a été relevé aussi dans le second arrêt, de rejet.

Certes, ces deux faits, identiques, ne figurent pas au début des arrêts, place formellement privilégiée, mais les juges du droit que sont les juges de la Cour de cassation, reproduisent dans les deux arrêts ce fait de la mention de la « mère porteuse » sur l'état civil.

Du coup, le lecteur se pose nécessairement la question suivante : il est acquis que si l'état civil établi à l'étranger mentionne à la fois le père biologique et la mère porteuse, alors la transcription de la filiation paternelle basée sur le lien biologique sur l'état civil français ne rencontre plus d'obstacle (et peu importe la convention de maternité de substitution).

Cela est acquis.

Mais si l'on fait varier un peu le cas...

Par exemple, si la femme du ventre de laquelle l'enfant est né n'est pas mentionnée sur l'état civil établi à l'étranger (cas non soumis à la Cour de cassation), quelle solution juridique faut-il retenir ? La même ou une autre ?

Les interprétations divergent déjà...

Comme nous avons perdu la définition politique et institutionnelle de la filiation sans pour autant adopter la définition purement contractuelle et volontariste de la filiation rattachant l'enfant à ses « parents d'attention », si l'enfant est déclaré à l'étranger à l'état civil à l'égard de l'homme ayant « fourni » des gamètes mais sans rattachement filial avec la femme qui lui a donné naissance, la transcription sur l'état civil français demeure-t-elle possible ?

L'avocat présent à l'audience pour le Défenseur des droits mais qui représente souvent les intérêts de l'association qui milite pour la légalisation des conventions de maternité de substitution en France avait demandé à la Cour de cassation de sauter le pas et de rattacher

l'enfant aux deux personnes du couple qui ont eu à son égard « l'intention d'être parents ». Ce qui effacerait sa mère, laquelle est, sauf à modifier le Code civil, la femme du ventre de laquelle il est né.

Du fait du silence des deux arrêts du 3 juillet 2015, il est très difficile de dire si ce second cas a été implicitement visé par la Cour de cassation ou non.

Si le cas a été visé, du fait de la généralité de l'attendu principal qui ne se réfère qu'à la technique des mentions de l'état civil, alors même si l'enfant n'est pas même rattaché filialement sur l'état civil étranger à sa mère qui l'a porté, la transcription devrait avoir lieu.

L'abstraction de l'attendu devrait conduire à cette interprétation. Mais cette interprétation est inadmissible. En effet, elle conduit à effacer la mère de l'enfant, à annihiler la prohibition des conventions de mère porteuse, et sans doute la Cour de cassation, en insistant dans chacun des deux arrêts sur la présence de la mère dans les deux états civils étrangers, ne l'a pas voulu.

Mais cela signifie alors que, pour être admissibles, les deux arrêts du 3 juillet 2015 ne sont que des arrêts d'espèce : la transcription sur l'état civil français ne serait admise que si l'homme qui déclare être bien le « père biologique » (première condition explicite) et que la mère, c'est-à-dire la femme du ventre de laquelle l'enfant est sorti, est également mentionnée sur l'état civil étranger (seconde condition implicite).

Les arrêts deviendraient alors « admissibles » puisque le lien de maternité ne serait plus effacé, au moins dans un premier temps, entre l'enfant et sa mère. Cette interprétation qui limite les arrêts à l'espèce les rend admissibles. Mais cette interprétation ouvre des grandes difficultés, car cela fait varier les hypothèses et les solutions presque à l'infini.

En effet, l'on peut imaginer que la mère abandonne ensuite l'enfant pour que la conjointe ou le conjoint du père biologique adopte l'enfant.

Allons plus loin. On peut imaginer que le lien de maternité, qui serait donc implicitement visé par les arrêts, devrait recevoir une définition analogue au lien de filiation paternelle, c'est-à-dire biologique.

En effet, la mère qui porte l'enfant est également la mère biologique de l'enfant, du fait de l'épigénétique. Mais si l'on réduit la filiation à la biologie, s'il y a une implantation d'ovocyte, il peut y avoir des revendications de maternité ultérieures, formées par les donneuses d'ovocytes ou de la part des mères porteuses. Elles aussi peuvent avoir des avocats. Les clauses contractuelles par lesquelles les jeunes femmes renoncent à l'intégralité de leurs droits seront anéanties et les revendications de maternité vont être un nouveau marché qui va se développer.

Ainsi, la casuistique dans laquelle les arrêts du 3 juillet 2015 se sont engagés, implicitement mais leur rédaction conduit sans doute à cette lecture, conduit à beaucoup de difficultés.

C'est pourquoi là encore le législateur doit intervenir, car le législateur manie les principes, si le juge semble que régler des cas.

## **B. La filiation et la maternité doivent être gouvernés par des principes**

Le droit a besoin de quelques principes. Même dans les systèmes de *common law*, cela n'est pas contesté. Suivant la légitimité que l'on accorde à telle ou telle source du droit, soit c'est le juge qui établit et garde les principes, soit c'est le législateur.

Si les principes posés par la loi sont respectés par le juge, celui-ci détaille au fur et à mesure que les cas se présentent. Ici, la Cour de cassation a imposé une solution qui tout à la fois méconnaît les principes posés par le législateur tout en rendant des arrêts qui, pour être admissibles, ne sont ajustés qu'au cas soumis à la Cour.

Or ces questions aussi fondamentales que la filiation et la maternité doivent faire l'objet de principes.

Si l'on devait dégager un principe des arrêts du 3 juillet 2015, il serait que l'enfant est rattaché à l'homme du sperme duquel il est né. C'est un principe désormais. L'on ne peut en trouver d'autres.

C'est ce que disait Aristote dans son traité de biologie : l'enfant est engendré par l'homme seul, la femme ne servant que de four pour que le petit croisse avant de sortir une fois le terme arrivé, afin de retrouver son créateur, à savoir son père biologique. L'on comprend que les associations féministes aient lu avec une grande contrariété les deux arrêts.

Par ses arrêts du 3 juillet 2015, la Cour de cassation a fait sans doute le pire.

Elle a tout à la fois détruit l'institution politique de la filiation, ce qui doit conduire le législateur à intervenir pour restaurer celle-ci. Elle a opéré cette destruction par deux arrêts sans doute limités au cas précis d'un état civil étranger mentionnant la mère ayant porté l'enfant, démarche casuistique ôtant tout père pour la suite, ce qui doit conduire le législateur à intervenir.

La présente analyse des arrêts ne les a abordés que sous l'angle du rapport entre le pouvoir juridictionnel et le pouvoir législatif. Si l'on regarde les solutions en elles-mêmes, le législateur est également requis, parce que le juge semble avoir abandonné les femmes et les enfants à leur sort, devenus matériel humain à la disposition des plus riches. Ce fût pourtant la Cour de cassation qui en 1991 les protégea en frappant de nullité absolue les conventions de mère porteuse, parce que les êtres humains ne peuvent être cédés comme des choses. C'est aujourd'hui au législateur de restaurer les principes élémentaires par lesquels les personnes et les choses ne sont pas interchangeables suivant la fortune de chacun.

*Marie-Anne FRISON-ROCHE*  
Professeur de droit à Sciences Po (Paris)

### III. LA COMPRÉHENSION DES ARRÊTS DU 3 JUILLET 2015 PAR LE SOUVENIR DU JEU DE L'AUDIENCE

À l'université, nous apprenons aux étudiants à retenir les solutions qui résultent des arrêts rendus par les cours et tribunaux, arrêts égrenés ou décisions liées en série dans le flux de la fameuse « jurisprudence ». Année après année, gouttent sur les copies *Blanco, Jand'heur, Frank, Costa, Nicolo, Blick* et toute la famille des « Grands arrêts » dont les étudiants achètent les recueils commentés comme on le fait de bibles.

Et si l'on racontait un jour non plus seulement les arrêts, non plus seulement les cas, mais encore les audiences ? Par exemple, l'audience du 19 juin 2015 qui se déroula devant l'Assemblée plénière de la Cour de cassation à propos de la transcription sur l'état civil français des filiations résultant de conventions de maternité de substitution (dites souvent GPA) ?

L'intérêt que l'on aurait, d'une façon générale, de garder en mémoire les audiences (I) trouve ici des raisons particulières (II). Cela justifie que l'on raconte cette audience-là (III).

#### I. L'intérêt général de garder en mémoire une audience

Parfois, le professeur rappelle les faits d'une espèce, moins pour instruire que pour rendre la matière plus attractive, le droit ayant réputation d'être si rébarbatif, ou si l'enseignant se pique de sociologie. Mais la façon dont s'est déroulée l'audience, on ne l'évoque pas.

En effet, l'audience ne retient que peu l'attention. Même si les nouvelles technologies rendent disponibles certaines audiences de certaines cours sur le site de celles-ci, le déclin du principe de l'oralité contribue à faire plus encore passer l'audience à l'arrière-plan.

Cela est encore plus net lorsque l'audience n'a pas lieu devant une juridiction spectaculaire, comme une cour d'assises par exemple, mais lorsqu'elle se déroule devant les « juges du droit » que sont les magistrats de la Cour de cassation.

Pourtant, si l'on considère le premier président qui déclare vouloir changer la Cour de cassation, la transformer en Cour suprême, qu'elle se saisisse concrètement des cas importants, alors cette nouvelle chair qui entourerait les situations examinées a vocation à transparaître. La conservation des arguments, voire des débats, peut se faire dans les arrêts eux-mêmes. Ils doivent alors non seulement s'efforcer mais leur structure de rédaction ne devrait plus être syllogistique. Le modèle français de rédaction devrait être abandonné pour le modèle de *common law*, renvoyant à la procédure accusatoire et contradictoire. C'est une évolution tangible. S'il est vrai que les réflexions du Conseil d'État sur la rédaction des jugements administratifs n'ont pas été dans ce sens, le vocabulaire évolue : l'on cesse de désigner les actes juridictionnels des cours comme des « arrêts », préférant le terme de « décision ». Ricœur avait analysé le premier terme en soulignant que, par « l'arrêt », la Cour pose un point final à une dispute, soit entre les personnes soit à propos d'une difficulté juridique. En ne rendant plus que des décisions, il ne s'agit plus que de points, dans ce nuage jurisprudentiel qui ne s'arrête plus jamais de varier, où chaque cas vient appuyer et nuancer la solution précédente.

S'il en était ainsi, l'audience deviendrait alors la part la plus importante d'une instance, une audience par rapport à laquelle la décision

ne serait plus sécable et dont les commentateurs auraient tort de ne pas tenir compte.

Les deux arrêts rendus par l'Assemblée plénière le 3 juillet 2015 incitent à se rapporter à l'audience qui les a précédés, audience qui s'est tenue dans la grande chambre de la Cour de cassation le 19 juin 2015 entre 14 h et 16 h.

Quatre raisons justifient plus particulièrement qu'on puisse se reporter à cette audience, alors même que peut-être peu de traces seront conservées.

#### II. L'intérêt particulier de garder en mémoire l'audience du 19 juin 2015 devant la Cour de cassation

La première raison est la proximité dans le temps entre les déclarations du premier président d'une transformation souhaitée et annoncée de la Cour de cassation en « Cour suprême », donnant pertinence aux faits, à l'oralité et à l'audience, dans une conception où l'accusatoire prend une nouvelle importance, et cette audience-là du 19 juin 2015, qui fût largement annoncée dans la presse et qui peut être présentée comme un apprentissage de cette nouvelle nature que pourrait avoir la Cour de cassation.

La deuxième raison est la pauvreté des deux arrêts rendus le 3 juillet 2015. En les lisant, il est difficile de comprendre s'ils sont de principe ou d'espèce ou quelle est leur portée. Aucune trace des questions qui furent pourtant posées à l'audience, ou des oppositions d'interprétation, ou des perspectives ouvertes par les uns ou par les autres. Dès lors, puisqu'il faut trouver du bois pour nourrir le feu de l'interprétation, il faut sans doute mieux se reporter à l'audience, si l'on aime respecter le « droit vivant » des procédures, plutôt que d'inventer telle ou telle interprétation suivant l'inspiration du commentateur. Si l'on veut que la Cour de cassation ait une « doctrine » ou qu'elle fournisse quelques éléments à la doctrine qui prolifère à son propos, il convient qu'elle y contribue. Les deux arrêts du 3 juillet 2015 vont être commentés à l'envi et dans tous les sens, à hue et à dia. Autant se reporter à l'audience.

Plus encore, les arrêts ne parlent pas du sujet des conventions de maternité de substitution, autrement que par prétériorité, puisqu'ils se contentent d'affirmer que la circonstance d'une convention de gestation pour autrui n'a aucun effet sur la situation juridique à laquelle une solution est apportée par l'arrêt. Autant rayer d'un trait de plume la question centrale. Ainsi et par exemple, le « communiqué de presse » de la Cour de cassation affirme que la question du « parent d'intention » ne lui était pas posée et qu'elle n'y répondra pas. Effectivement, nulle trace dans les arrêts. Pourtant à l'audience, il n'a été question que de cela...

La troisième raison est le fait que désormais la décision est accompagnée par la volonté de tel ou tel d'une sorte d'appareillage « à côté » de celle-ci. Le dispositif a l'air d'être d'autant plus fourni que les décisions sont laconiques. Ainsi, sur le site de la Cour de cassation trouve-t-on non seulement le rapport du conseiller, mais encore l'avis du procureur général. Ce sont des documents officiels, dont nous connaissons les auteurs. Mais l'auteur du « communiqué

de presse », le seul document que liront les journalistes, personne n'en connaît l'auteur. Puisque nous sommes dans cet entre-deux de *soft law*, autant connaître les positions qui furent soutenues à l'audience, qui ont pu éventuellement différer des textes ensuite téléchargés sur le site mais qui furent écoutés par les juges.

En effet, lorsque toute la presse évoque les deux arrêts, c'est pour les présenter comme les deux « arrêts sur la GPA », alors que les arrêts ne portent que sur les mentions portées sur l'état civil établi à l'étranger, on se demande si l'on ne doit pas regarder les arrêts comme on le fait pour les billets de banque et les pièces : la lecture des arrêts n'informe que de leur « valeur faciale ».

Leur puissance effective est à rechercher ailleurs, puisqu'ils continuent à être rédigés « à l'ancienne ». Leur « valeur effective » apparaîtra rétroactivement par la puissance de la doctrine, par le jeu des décisions à venir, par les effets de miroirs des décisions d'autres juridictions qui, à défaut de dialoguer à tout le moins s'observent. Mais pourquoi attendre ? Pourquoi dépendre de l'extérieur et du futur ? Si l'on respecte davantage la Cour, il faut se reporter à l'instance. C'est sans doute ce qu'a voulu le procureur général en publiant avant sa tenue un « communiqué de presse », car aujourd'hui, autant gérer les fuites dans la presse de cette façon-là, étant acquis que les journalistes ne liront par la suite ni l'avis écrit, si savant et si technique, ni les arrêts.

La quatrième raison est l'atmosphère de l'audience, les personnes présentes, les prises de paroles. La façon dont chacun s'est ajusté par avance aux autres par accord ou par désaccord, l'ordre dans lequel les discours se sont succédés.

C'est pourquoi, on comprend mieux les deux arrêts du 3 juillet 2015 à la lumière de l'audience du 19 juin 2015. La Cour de cassation continue sur son site d'expliquer au justiciable que la procédure est écrite et qu'on parle peu devant elle. Pourtant il y eût un flot de parole dans cette audience.

### **III. Le déroulé de l'audience du 19 juin 2015 devant l'Assemblée plénière de la Cour de cassation**

Il y a foule. Pas de dialogue mais des places assignées et des discours conçus par les intéressés pour s'adosser les uns aux autres ou pour se contrer. Tout est placé par avance. Il n'y aura de surprise que pour le spectateur extérieur. Les juges ne prennent pas la parole, le premier président ne parlant que pour tenir l'office de maître de cérémonie, le faisant à travers quelques phrases sacramentelles. Il aurait pu faire davantage, faire autrement, mais il ne le fait pas.

Il y a un auditoire. Il y a un rapporteur. Il y a des avocats. Il y a un procureur général. Une succession de discours. Les avocats aux Conseils semblent s'être répartis entre eux le temps de parole, les thèmes et le ton. Le procureur général est seul et retiendra l'attention de tous.

#### **A. L'auditoire**

Comme le décrit Pérelman, l'auditoire est constitué en cercles concentriques à partir du cas concret examiné. Les personnes dont le cas est discuté sont là. Les avocats qui ont défendu leurs intérêts devant

les juges du fond sont là. Il est aisé de les reconnaître puisqu'ils ont donné des interviews à la télévision dans les jours précédents, affirmant leur confiance dans la Cour de cassation pour que leur droit à la parentalité soit reconnu.

Nous sommes loin d'un « procès fait à l'acte » qu'est dans sa conception classique l'instance devant la Cour de cassation, loin d'un contentieux objectif appelant une prédominance de l'écrit. Nous sommes en plein contentieux subjectif, les parties étant elles-mêmes présentes. La façon dont la doctrine va par la suite généraliser la solution apportée à la situation particulière déformera cette réalité, dont la simple observation de la salle permet pourtant de prendre la mesure.

La presse est là. Surtout pour prendre les photographies de ces personnages si étrangement recouverts d'hermine, les professionnels de l'image étant rassemblés dans un angle qui les situait de fait loin des juges mais près du procureur général. Les photographies ne furent autorisées que pendant quelques minutes comme si la parole ne pouvait commencer à s'épancher qu'une fois les images disparues, les journalistes n'ayant plus que leurs stylos. Paraîtront surtout dans la presse les photographies du procureur général.

Dans le public, sont également là des personnes impliquées dans le débat sur la question de la maternité de substitution et très peu d'universitaires. Des avocats et des magistrats, notamment des magistrats de la Cour de cassation ne siégeant pas dans la formation retenue pour l'Assemblée plénière mais ayant participé aux formations qui ont rendu les arrêts dont les solutions sont aujourd'hui remises en cause.

Ce public est placé derrière les avocats. Il s'agit d'un public que l'on pourrait dire « autorisé » ou « érudit », très différent du public que l'on rencontre dans les cours d'assises. Peu d'étudiants, un public très sage. Pourtant un avocat aux Conseils à la fin de sa plaidoirie dira aux magistrats de la Cour de cassation en leur montrant ce public-là : « N'écoutez pas la rue », pour mieux demander à la Cour de s'abstraire du débat sur les conventions de maternité de substitution qui se déroule dans les médias chaque jour. Effet de loupe qui fait voir « la rue » dans des rangées de juristes ayant montré patte blanche et ayant écrit des articles sur l'indisponibilité du corps humain ou les diverses interprétations de l'article 47 du Code civil sur les mentions de l'état civil dressé à l'étranger.

Là où il y a une audience, il y a toujours rhétorique. Et voilà un effet ; il y en aura beaucoup d'autres. Tout cela va disparaître dans l'arrêt. Trancher, c'est aussi assécher. Ici, l'assèchement sera total. Parce que le délibéré fût difficile ? Parce que retenir des éléments du débat dans la décision, cela aurait été admettre que le débat est difficile ?

#### **B. Le conseiller-rapporteur**

Comme il convient, le conseiller-rapporteur a présenté non seulement le cas mais encore le droit positif. Pourtant, pour opérer la description du droit français et européen, il utilise le vocabulaire du droit américain, à savoir les « parents d'intention ». Le 3 juillet, le communiqué de presse de la Cour affirmera que cette question du « parent d'intention », qui renvoie à la question de savoir ce qui institue

une personne en parent (ce que certains appelle la « parentalité ») n'était pas une question soumise à son appréciation. Mais, dès l'instant que l'on utilise le vocabulaire, on introduit la notion car le mot est ce qui transporte celle-ci et le droit n'est fait que de mots.

De toutes les façons, le rapporteur va plus loin que l'exposé du droit positif. Il renvoie souvent à son rapport écrit, document qui au moment de l'audience n'est pas disponible. Lors de son discours, il se réfère à des autorités, notamment l'Académie de médecine. Il se réfère surtout à la position du Défenseur des droits, lequel a pris position officiellement en faveur de la transcription deux jours avant l'audience. Le rapporteur expose que le droit français lui-même ne pose pas de problème puisque le Code pénal ne concerne que l'intermédiaire, qui n'est pas visé par les cas soumis à la Cour. Se plaçant, à titre principal, par rapport aux arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) du 26 juin 2014, le rapporteur pose qu'il faut modifier la jurisprudence de la Cour de cassation pour les respecter. Pour lui, la question qui mérite réflexion de la part de la Cour est plutôt de déterminer s'il faut le faire à la marge, car le respect de ces arrêts n'impose pas une voie unique, ou bien si plus radicalement il conviendrait que la Cour change la définition de la filiation, notamment au regard du fait biologique.

Si l'on se souvient du rôle du rapporteur, celui-ci a vocation à rappeler à la juridiction l'état du droit positif à partir duquel les juges doivent eux-mêmes formuler les choix qui doivent faire. Ce n'est pas au rapporteur de formuler les alternatives et il est de tradition qu'il rédige des projets d'arrêt dans plusieurs sens pour laisser effectif ce pouvoir de décision de la Cour collégiale. Cela est d'autant plus approprié qu'il s'agit d'une Assemblée plénière, réussissant des juges de six chambres de la Cour.

Le rapporteur a pourtant, en premier lieu, présenté comme acquis ce qui était en réalité en jeu, à savoir suivre ou non l'interprétation du droit faite par les arrêts rendus par une section de la CEDH le 26 juin 2014. Le rapporteur a donc donné tort au procureur général près la cour d'appel de Rennes et donné satisfaction aux personnes ayant participé à la GPA. Le rapporteur a expliqué que cela allait de soi, alors même qu'un cas analogue est actuellement soumis à la grande chambre de la CEDH.

Ainsi, alors que le rapporteur ne doit pas prendre parti dans la présentation du droit positif, celui-ci pose par avance que le pourvoi du procureur général près la cour d'appel de Rennes formé contre l'arrêt qui a ordonné la transcription doit être rejeté et que celui des « parents d'intention » contre l'autre arrêt de la cour d'appel qui a refusé la transcription doit être accueilli. Pour lui, cela ne prête pas à discuter. En cela, le rapporteur « juge », ce qui a pour effet de retirer à la Cour de cassation son office même.

Le rapporteur prend la solution de fond comme acquise, alors même qu'en Suisse, le Tribunal fédéral par une décision du 22 mai 2015 a sanctionné le rattachement aux parents d'intention sollicitant la transcription en se fondant sur l'indisponibilité du corps humain et le fait qu'on ne peut ainsi céder les enfants comme de la matière première par le biais d'un contrat, c'est-à-dire l'argumentaire même du pourvoi du procureur général près la cour d'appel de Rennes. L'effet

rhétorique est très efficace : puisqu'il n'y a plus à juger sur la question principale, plus à se demander s'il est opportun de juger autrement que la CEDH, autant passer directement à la question suivante. Techniquement, son « Rapport » aurait dû être appelé « Avis », comme le document présenté par le procureur général.

Le rapporteur a, en second lieu, suggéré un choix à la fois limité et différent aux juges de la Cour de cassation, soit une « application à la marge » des arrêts de la CEDH, soit une application plus radicale en prenant position sur la place du « lien biologique » par rapport au « lien d'intention » dans ce qui fait la filiation d'un enfant.

Les arrêts du 3 juillet 2015 n'ont pas ouvert cette boîte de Pandore. Mais est-ce au rapporteur de faire des suggestions sur ce qu'il serait opportun d'ouvrir ou non ? N'est-ce pas plutôt au procureur qui, dans son avis, a vocation à ouvrir telle ou telle perspective ?

Il semble y avoir un jeu de domino : si le rapporteur prend comme acquises des perspectives pourtant à discuter, alors le procureur général auquel le rapporteur semble prendre son rôle va lui-même se déplacer sur l'échiquier. Et aller plus loin. C'est ce qui se passera.

### C. Les avocats aux Conseils

Les avocats aux Conseils prennent successivement la parole pour défendre à tour de rôle une thèse à l'appui du pourvoi formé au bénéfice de leurs clients. Plus ou moins nettement.

#### 1. L'avocat du demandeur au pourvoi, personne qui avait demandé une transcription, refusée par l'un des arrêts de la cour d'appel

Le premier avocat aux Conseils parle au nom de l'homme qui a attaqué l'arrêt de la cour d'appel ayant refusé la transcription. Il insiste sur le fait que le seul sujet sur lequel la Cour de cassation doit se pencher est celui relatif à la « mention relative à la réalité biologique ». Or le demandeur au pourvoi est le père biologique de l'enfant et les juges du fond ont refusé de l'inscrire comme père de celui-ci. L'avocat souligne que la question posée à la Cour de cassation ne concerne pas du tout la reconnaissance ou non en droit français de la GPA, ne concerne pas plus la reconnaissance de la notion de parent d'intention, ne concerne pas davantage le statut de la mère qui n'est pas concernée par le cas. L'avocat souligne que la seule question pertinente pour le cas, la seule question à laquelle il faut que la Cour apporte une réponse est la légitimité pour des juges de refuser de transcrire une filiation entre un homme et un enfant alors qu'existe un lien biologique dont nul ne conteste la réalité entre les deux. L'avocat dit à la Cour que les autres questions, celle du sort de la femme qui a porté l'enfant, celle de la reconnaissance en droit français du parent d'intention, celle de la reconnaissance de la GPA, lui seront peut-être posées un jour dans d'autres cas mais qu'ici et maintenant il ne s'agit pas du tout de cela !

L'avocat affirme qu'il ne s'agit que de la réalité du lien biologique de filiation entre l'homme qui déclare l'enfant et celui-ci. Or, poursuit-il, cette question est très simple et la réponse est évidente, déjà



acquise : il est impossible de ne pas reconnaître la « paternité biologique », tout le droit va dans ce sens. La Cour de cassation ne peut pas faire autrement. Il faut mais il suffit de rester dans la question qui est posée à la Cour et dont celle-ci ne doit pas sortir.

Visant par prétérition, la proposition émise par le procureur général d'exiger la preuve d'un lien biologique de paternité entre l'homme qui déclare l'enfant et celui-ci, l'avocat évoque l'enfant dont il faut avant tout considérer l'intérêt concret, l'enfant innocent des fautes des adultes et dont les juges ne doivent surtout pas troubler ainsi la vie privée et familiale, ce qui constituerait selon lui une violation de l'article 8 de la Convention EDH.

C'est une plaidoirie bien construite, dont le biais rhétorique consiste à masquer que depuis toujours les cours, surtout si elles sont « supérieures », ont souvent excédé dans leur réponse la question qui leur était posée. Les *obiter dicta* ont souvent fait le marbre des arrêts de principe. D'ailleurs, le procureur général près la cour d'appel de Rennes qui avait formé un pourvoi contre l'arrêt ayant ordonné la transcription avait évoqué, quant à lui, les notions d'ordre public, d'indisponibilité du corps humain, etc., et dans la mesure où les deux cas sont en miroir, tous ces éléments étaient dans le débat. Mais il est de bonne méthode de présenter le terrain juridique de sorte que la solution en sa faveur paraisse « simple » et « évidente ».

## **2. L'avocat des personnes qui soutiennent l'arrêt de la cour d'appel ayant ordonné la transcription sur l'état civil français de la filiation de l'enfant issu d'une convention de GPA réalisée à l'étranger**

Le deuxième avocat aux Conseils qui se lève intervient contre le pourvoi formé par le procureur général près la cour d'appel de Rennes. Il est le président de l'Ordre. Il défend l'arrêt de la cour d'appel qui a ordonné la transcription de l'état civil établi à l'étranger.

Il reprend les arguments d'une façon plus large en faveur de la transcription de l'état civil dressé à l'étranger dans l'état civil français, et affirme que la Cour de cassation n'a pas à faire autre chose que briser sa propre position puisque la CEDH l'imposerait clairement. Il souligne que, par ces arrêts, la CEDH a définitivement anéanti la jurisprudence de la Cour de cassation, notamment les deux arrêts de la première chambre civile de la Cour de cassation du 13 septembre 2013 qui au nom d'une fraude à la loi avaient exclu la transcription de la filiation sur l'état civil français, alors même que l'homme était bien le père biologique de l'enfant.

Il insiste sur le fait que l'enfant ne peut pas ainsi être frappé pour la faute éventuellement commise par les adultes, que la CEDH a fait prévaloir les droits fondamentaux de l'enfant, son intérêt supérieur et que la Cour de cassation doit respecter l'autorité des arrêts de la CEDH du 26 juin 2014.

Il indique qu'il reprendra la parole une nouvelle fois plus tard.

La puissance paradoxale du discours tient dans son caractère très calme et posé, qui le fait coïncider dans la forme et le fond avec celui du rapporteur. La plaidoirie ressemble à un donné-acte. Il n'est pas besoin de s'enflammer ni de chercher à convaincre la Cour d'un

bien-fondé, puisque l'évolution du droit serait déjà faite. Il ne s'agirait plus que de récolter un état de droit déjà disponible.

Le premier avantage rhétorique consiste à donner ainsi l'impression qu'en donnant satisfaction à la partie, la Cour se contente de suivre le droit positif, sans innovation de sa part : suivre cet avocat aux Conseils, cela serait la même chose pour la Cour que de suivre son propre rapporteur. En cela, la Cour de cassation peut avoir l'impression de ne pas faire d'éclats, alors même qu'elle brise sa propre jurisprudence, construite depuis l'arrêt de l'Assemblée plénière du 31 mai 1991, en renonçant à ses principes, à ses références et à son vocabulaire.

Le second avantage rhétorique est, par avance, d'accroître les chances de succès de l'avocat aux Conseils qui, quelques minutes plus tard, demandera à la Cour au nom du Défenseur des droits de bouleverser le droit français en acceptant la notion de « parent d'intention ». En effet dans un orchestre, il ne doit y avoir qu'un soliste et pourtant il doit y avoir un orchestre, une partition d'ensemble et un chef d'orchestre.

Enfin par la phrase finale, on comprend que l'avocat aux Conseils se réserve, qu'il donnera de la voix plus tard, puisque c'est à lui qu'a été attribué le rôle de reprendre la parole après le procureur général.

De cette façon, le discours de ce procureur général aura moins d'effet sur la Cour. Pour essayer de damer le pion au procureur, les parties prenantes auront fait bouger deux fois le président de l'Ordre des avocats aux Conseils. Un mouvement de cavalier.

## **3. L'avocat de l'État français**

Le troisième avocat aux Conseils qui se lève est une jeune femme. Cela ne prendra que deux minutes. Elle se présente comme représentant les intérêts de l'État français mis en cause à travers l'agent judiciaire du Trésor.

En effet, les deux personnes qui ont critiqué le refus de transcription sur l'état civil français de l'état civil établi à l'étranger ont également agi en responsabilité contre l'État français, de ce fait présent au litige et à l'instance devant la Cour de cassation. Si les juges considèrent que ce refus de transcription n'était pas conforme au droit, alors la responsabilité de l'État peut être engagée et celui-ci être condamné à leur verser des dommages et intérêts.

On s'attend donc à ce que l'avocat aux Conseils défende les intérêts de l'État français en soutenant que l'État était légitime de refuser cette transcription. La plaidoirie aurait alors consisté dans la mise en perspective du cas avec les phénomènes de marchandisation des corps, de la situation des mères, des définitions possibles des intérêts de l'enfant, non seulement l'enfant présent mais les enfants à venir, toutes ces notions juridiques sur lesquelles le pourvoi du procureur général près la cour d'appel de Rennes s'était construit. En effet, si une telle plaidoirie avait été élaborée, alors peut-être la Cour aurait été davantage encline à ne pas donner satisfaction au couple ayant réalisé la GPA et en conséquence à ne pas laisser se constituer

un cas de responsabilité de l'État français, aboutissant à sa condamnation pécuniaire.

Mais ce n'est pas ce qui s'est passé. Ce ne sont pas les instructions qui furent données au praticien. L'avocate aux Conseils informe que l'État ne prendra pas position. Puis, elle indique qu'elle redonne immédiatement la parole à ses confrères.

Dans l'orchestre, l'État français a donc décidé de jouer un rôle très modeste. Le petit bruit cristallin d'un triangle avant que les violons de nouveau reprennent. L'État français a choisi de ne pas défendre ses intérêts pécuniaires et de ne pas s'exprimer sur le sujet de la marchandisation des femmes et des enfants et sur ce qui constitue aujourd'hui la filiation.

Ainsi, la seule femme de toute cette assemblée ne parlera pas. Les magistrats et les avocats qui parleront dans cette audience étaient tous des hommes et ce seront eux qui reparleront pendant deux heures sur la façon dont il convenait de disposer des femmes et des enfants.

#### 4. L'avocat du Défenseur des droits

Le quatrième avocat aux Conseils se présente comme représentant le Défenseur des droits. Il insiste sur ce point. Le ton est très différent et la Cour est appelée à voir le sujet dans toute sa dimension. Il affirme qu'il faut regarder la question d'un œil neuf, puisque la CEDH a entièrement renouvelé celle-ci, et d'une façon très large. L'avocat demande à la Cour de faire preuve d'audace puisqu'en France il y a un « silence assourdissant du législateur » et que les hommes politiques ne prennent pas position. C'est donc à la Cour de cassation de faire progresser le droit.

L'avocat revient sur les arrêts de la CEDH en ce qu'elle a procédé à une remise en cause de la fiction juridique de la filiation pour prendre en cause la réalité biologique. Il affirme que le Défenseur des droits est intervenu dans l'instance parce que la CEDH a anéanti la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation, notamment les arrêts du 13 septembre 2013, et que les enfants dont les droits fondamentaux sont en jeu et dont les Défenseurs des droits a la charge, attendent la transcription. Or l'avocat soutient à la Cour que l'avis du procureur général proposant d'exiger une preuve biologique de la filiation est contraire aux droits de l'enfant. Certes, la CEDH, dans ses arrêts, s'est référée au lien biologique mais l'avocat aux Conseils soutient que cela ne tenait qu'à l'espèce, l'avocat demandant à la Cour d'avoir une vision plus large.

Si elle ne le fait pas et refuse d'aborder d'une façon globale la question de la GPA, alors selon l'avocat, des drames vont arriver pour ces enfants innocents que le Défenseur des droits doit protéger. En effet, si la Cour suit simplement son procureur général, alors l'enfant n'aura qu'un seul parent, le père biologique, puisque sa mère d'intention ne sera pas reconnue, alors que celle-ci est mentionnée sur l'acte civil étranger et que, notamment aux États-Unis, la mère génitrice n'a aucun lien maternel avec l'enfant. La Cour de cassation ne saurait ainsi briser des familles.

L'avocat demande donc à la Cour de suivre l'esprit de la jurisprudence européenne en allant plus loin que la lettre des arrêts européens : la

Cour de cassation doit imposer la filiation de l'enfant en le rattachant à ses « parents d'intention ». Il critique par avance l'avis du procureur général qui s'en tient à la réalité biologique et, en cela, méconnaîtrait l'intérêt de l'enfant qui doit être rattaché à ses deux parents d'intention qui ont eu le projet d'avoir ensemble cet enfant, dont le droit fondamental est de voir son rattachement par filiation reconnu par rapport à eux deux. L'avocat évoque des pays plus avancés que la France, notamment l'Allemagne, qui admet à travers la jurisprudence de l'équivalent de la Cour de cassation que les deux adultes composant un couple homosexuel masculin ont le droit d'être les deux pères de l'enfant. En effet, l'enfant doit avoir un « droit à la parentalité » et la parentalité est double, la filiation ne pouvant être complète qu'à l'égard des deux adultes. Or si le père biologique est marié avec un homme, c'est bien au titre de « parent d'intention » que celui-ci doit être reconnu pour que les droits de l'enfant soient pleinement remplis et que son intérêt supérieur soit effectivement préservé.

La puissance rhétorique de ce discours tient, en premier lieu, dans son inversion totale par rapport à la plaidoirie du premier avocat aux Conseils. Alors que pour gagner, le premier avocat appelle la Cour à s'en tenir au cas de la simple question de la transcription des mentions, celui-ci demande à la Cour d'aller bien au-delà de la question globale des conventions de maternité de substitution pour aller droit au but : rattacher l'enfant à ceux qui l'ont voulu par une décision commune prise dans un amour commun : ses « parents d'intention ».

Pour ce faire, et c'est le deuxième procédé rhétorique, l'avocat dédouane par avance la Cour de tout reproche de « coup d'état judiciaire », puisque c'est l'incapacité du législateur qui est à l'origine du malheur des enfants innocents. La Cour serait donc « obligée » de reconnaître la notion de parent d'intention.

Le troisième trait rhétorique consiste à rendre par avance coupable la Cour de cassation de drames humains dont les enfants seraient victimes, non pas si elle donnait raison à l'adversaire qui est l'auteur du pourvoi, à savoir le procureur général de Rennes, lequel a évoqué l'ordre public ou l'illicéité des conventions de maternité de substitution, mais si elle songeait à associer à la satisfaction de la demande du client la seule restriction demandée par le procureur général, à savoir la preuve de la filiation biologique.

La quatrième technique rhétorique utilisée par l'avocat consiste à découper dans les arrêts de la CEDH en affirmant le caractère obligatoire de ce qui sert son propos, à savoir l'élimination de toute portée de la jurisprudence précédente de la Cour de cassation, notamment celle de 2013, tout en écartant l'effet de contrainte attachée à la référence faite dans les arrêts du 26 juin 2014 de la CEDH au lien biologique, ce sur quoi s'appuie le procureur général.

La cinquième technique rhétorique consiste de la part de l'avocat à rappeler constamment qu'il parle au nom du Défenseur des droits : à ce titre, il ne parle pas au nom d'une partie intéressée, il est une partie non seulement désintéressée, une partie à l'instance et non pas une partie au litige si l'on reprend la distinction d'Hébraud, mais

encore il est plus légitime que tous les autres à parler aux noms des enfants, dont les droits fondamentaux sont en jeu.

En cela, c'est techniquement une plaidoirie réussie.

Puis le procureur général prend la parole. C'est le grand moment attendu de tous.

#### D. Le procureur général

C'est un moment particulier en ce que chacun sait que sa parole vaut plus que toutes les autres. Même si l'on imagine un instant que les avocats ont pu construire ensemble leur discours pour n'en faire qu'un seul, il ne s'agit que d'une demande que la Cour examine. L'« avis » du procureur général vaut beaucoup plus. La presse a déjà commenté cet avis dont on connaît la teneur depuis longtemps, puisque le procureur général a rédigé un communiqué de presse quelques temps avant l'audience.

D'ordinaire, le parquet général près la Cour de cassation soutient le pourvoi formé par le parquet général près la cour d'appel dont l'arrêt est critiqué. Ainsi, le procureur général près la cour d'appel de Rennes avait attaqué l'arrêt des juges du fond qui a accepté la transcription sur l'état civil français de la filiation d'un enfant issu d'une GPA réalisée à l'étranger en formant un pourvoi qui affirme que cela est contraire à des principes fondamentaux, principalement la dignité de la personne humaine, et que la prohibition des conventions de GPA est une disposition d'ordre public. Le procureur général près la cour d'appel avait soutenu que l'ordre public est de fait anéanti s'il devient possible de transcrire une filiation à partir d'une GPA réalisée à l'étranger car le droit français rendrait ainsi efficace la convention. Il avait également développé que « l'intérêt de l'enfant », dans l'espèce, n'est pas menacé puisque l'enfant concerné vit dans des conditions satisfaisantes et qu'il faut plutôt considérer cet intérêt d'une façon plus générale. Or il ne peut être dans l'intérêt d'un enfant d'être l'objet d'une telle convention. C'est pourquoi, le procureur général près la cour d'appel soutenait qu'il faut que le droit français maintienne sa solution, malgré celle adoptée par la CEDH.

D'ordinaire, les arguments sont repris avec une autorité supplémentaire par le parquet général près la Cour de cassation. Mais ce n'est pas ce qui s'est passé.

Le jour de l'audience, chacun le sait : l'enjeu n'est plus dans le maintien ou non du droit français, puisque le procureur général est lui-même d'avis de suivre les arrêts de la CEDH du 26 juin 2014. Il le veut. Personne ne pense donc que la Cour va reprendre la solution naguère dégagee par sa première chambre civile en 2013. Personne ne pense que les arguments du pourvoi formé par le procureur général près la cour d'appel de Rennes vont prospérer.

Il a suffi d'écouter les avocats. Dans le temps qui leur est compté, ils n'en ont pas beaucoup consacré à la jurisprudence française, celle qui reposait sur l'ordre public, la fraude à la loi, la marchandisation des corps, les trafics des femmes et des enfants ou les liens qui se construisent pendant la grossesse entre l'enfant et sa mère. Même si ces notions ont été défendues par le procureur général près la cour d'appel de Rennes. Puisque le procureur général près la Cour de

cassation lui-même est d'accord pour que celle-ci abandonne sa jurisprudence et s'aligne sur les arrêts de la CEDH, qu'il est d'accord pour qu'il y ait transcription sur l'état civil français des filiations même si l'enfant est issu d'une convention de gestation pour autrui, il n'est déjà plus besoin d'en discuter. Cela montre la puissance de la plume et du verbe de ce procureur général.

Mais, dans son avis, le procureur a estimé nécessaire que la Cour de cassation insère une précaution, à savoir la condition de la réalité du lien biologique, dont la preuve doit être apportée. C'est donc là-dessus que tous les efforts des avocats se sont concentrés, pour convaincre la Cour de ne pas l'écouter dans cette idée, tant il paraît naturel à tous que la Cour suive ce procureur général. Par précaution et parce qu'à l'audience son influence peut encore s'accroître, le président de l'Ordre des avocats aux Conseils a gardé un temps de parole pour parler après lui, afin de lutter contre sa puissance.

De rouge et d'hermine parsemée de multiples décorations, le procureur général rappelle qu'il faut choisir entre la primauté de l'interdiction légale en France de la GPA et l'intérêt supérieur de l'enfant né à l'étranger dans un pays où cette pratique est conforme à la loi. La transcription mettant face à face les deux principes, la première chambre civile de la Cour de cassation avait fait prévaloir le premier principe mais le procureur général estime qu'en raison des arrêts de la CEDH, il convient de faire prévaloir désormais le second principe.

Il rappelle que l'article 47 du Code civil qui organise la transcription sur l'état civil français des actes établis à l'étranger exige que les faits mentionnés correspondent à la réalité. Il estime que les arrêts de la CEDH posent que le fait de priver l'enfant d'un lien de filiation alors qu'un lien biologique est établi est excessif au regard de son droit à la vie privée, mais qu'ils ne contraignent pas davantage les droits nationaux dans l'équilibre qui doit être fait entre les choix des États en matière de conséquences attachées à l'éventuelle illicéité des conventions de GPA et l'intérêt supérieur des enfants. Le procureur général souligne que l'expression anglaise *Best interests of the child* est d'ailleurs plus adéquate.

Le procureur général estime qu'il est inconcevable que la GPA cesse d'être prohibée par l'ordre public français et soit admise d'une façon inconditionnelle. Il insiste sur le fait que les arrêts de la CEDH admettent la liberté des États en la matière, la portée de ces arrêts ne devant pas être exagérée. Leur portée doit au contraire être limitée. En effet, les arrêts du 26 juin 2014 n'ont pas visé la mère d'intention et seule la distorsion entre la filiation biologique du père et la filiation juridique a été sanctionnée, le procureur général demande à la Cour de ne pas en tirer d'autres conclusions.

Il estime qu'il convient donc de respecter la hiérarchie entre le droit interne et le droit européen, cela mais pas plus que cela, en reprenant le critère retenu par la CEDH elle-même, à savoir l'existence d'un lien biologique.

Il affirme qu'il découle en effet de l'ordre européen lui-même que la filiation paternelle biologiquement constatée doit être reconnue sur l'état civil français, même s'il y a eu une GPA réalisée à l'étranger

et que la jurisprudence française doit accueillir cette solution. Mais cette solution contient en elle-même sa condition expresse : l'existence d'un lien biologique constaté. Ce n'est donc pas ajouter que de l'exiger dans l'arrêt à venir de la Cour de cassation, qui reprendrait ainsi la solution européenne.

Le procureur général poursuit en soulignant que cette condition rend admissible la solution venue de l'Europe, car la prohibition de la GPA dans l'ordre public français repose sur le principe de l'indisponibilité du corps humain. Si on ne reprenait même pas le critère de la filiation biologique, oubliant au passage l'exigence technique de l'article 47 du Code civil de mentions de l'état civil visant des faits « exacts », alors la porte serait ouverte à toutes les sortes de GPA, anéantissant totalement la prohibition de celles-ci. Cela ne serait pas selon lui admissible.

C'est pourquoi le procureur général exprime un avis selon lequel la Cour de cassation doit renoncer à sa jurisprudence refusant parce qu'il y a GPA toute transcription sur l'état civil français d'une filiation si la GPA dont l'enfant est issu est réalisée dans un pays où celle-ci n'est pas interdite par la loi qui y est applicable et qu'un lien de filiation biologique est constaté entre l'homme qui déclare l'enfant et celui-ci.

Cette paternité biologique est ainsi établie au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant. Le procureur général insiste pour que ce lien biologique fasse l'objet d'une preuve judiciaire, soulignant que si cette précaution n'était pas prise par la Cour de cassation, alors il est à craindre que des organisations, telles que la mafia, ne proposent des services complets de GPA avec la transcription intégrée.

La puissance rhétorique de ce discours tient dans sa technicité et sa simplicité. En effet, tout juriste ne peut que suivre une démonstration si nette et solide où tout coule de décision en décision, de règle en règle. L'auditeur a ainsi l'impression d'arriver à la solution proposée à l'énoncé de laquelle celui qui parle n'aurait pas vraiment réfléchi au départ mais à laquelle il aurait été lui-même conduit par le droit.

Ce serait par devoir d'obéissance au droit que l'orateur en arrive à proposer de démolir une jurisprudence française de 25 ans, établie sur les plus grands principes, tout en construisant *de plano* un contrôle judiciaire des liens biologiques entre les enfants et leur père, idée qui est née dans l'esprit du procureur général mais qui paraît ainsi lui venir de l'extérieur, voire lui être imposée.

De cette façon et à la fois, par un tel avis, il demande une double rupture, et à l'égard de la jurisprudence française, et à l'égard de la jurisprudence européenne, en y associant la mise en place d'un contrôle *ex ante* des filiations paternelles. Mais il formule cette demande sous couvert d'une application plate, mécanique et docile d'un droit qui lui serait extérieur et sur lequel il n'aurait aucune prise. Du grand art !

On comprend que face à un tel chef-d'œuvre argumentatif, les avocats des parties prenantes, pris en revers, aient réservé du temps pour tenter de diminuer l'effet de persuasion d'un tel discours.

## E. Retour d'un avocat aux Conseils

L'avocat aux Conseils, président de l'Ordre de ceux-ci, reprend donc la parole. Il se réfère comme tous à la jurisprudence de la CEDH, mais c'est pour souligner ce qu'il présente comme sa « modération », alors que son confrère parlant au nom du Défenseur des droits présentait les arrêts du 26 juin 2014 comme étant révolutionnaires, puisqu'ils ont laissé intacte la prohibition de la GPA, ne s'exprimant d'une façon qui serait contraignante sur l'intérêt supérieur de l'enfant, vis-à-vis de son père et de sa mère, inscrits sur l'état civil étranger. Selon lui, on ne saurait restreindre la portée de ses arrêts en y ajoutant la condition d'un contrôle de paternité.

Il affirme donc que la solution préconisée par le procureur général est contraire au droit européen, puisque le procureur général a inventé un mécanisme de contrôle non prévu par la CEDH. La portée des arrêts de la CEDH ne pourrait être de droit que celle d'une transcription sans contrôle *a priori*. Il ajoute que la solution proposée par le procureur général n'est pas opportune de fait, en ce qu'elle bloquerait la coopération que la France doit organiser avec la CEDH dans le contrôle de la bonne application des arrêts de celle-ci.

La manœuvre rhétorique est habile, car l'attaque n'est pas directe contre le procureur général, dont toute la puissance s'étend sur l'audience et autour de l'avis duquel tous les discours se sont ajustés, puisque ce qu'il a admis par avance n'a même pas été discuté tandis que tous les feux se sont concentrés sur ce qu'il a proposé : ce ne sont pas les parties prenantes qui lui seraient hostiles mais la CEDH elle-même. Autant lui mettre un adversaire à sa mesure.

En second effet rhétorique, l'avocat aux Conseils a pris soin d'inverser la présentation d'agressivité qu'avait faite le procureur général. Celui-ci avait présenté la solution de la CEDH comme dangereuse — mais s'imposant en droit à la Cour de cassation — face à quoi la solution qu'il propose apparaissait comme sage et modérant les risques, découlant de droit des termes des arrêts du 26 juin 2014. L'avocat aux Conseils insiste sur le caractère « modéré » des arrêts de la CEDH qui auraient pu aller plus loin en imposant la licéité de la GPA mais sagement ont retenu la plume tandis que le procureur par sa proposition aurait inventé de toutes pièces une sorte d'usine à gaz de défense réactionnaire impraticable et contraire au droit européen : échanges de pièces.

L'audience est levée. Les magistrats disparaissent immédiatement. Les médias interrogent donc les avocats aux Conseils, voire les parties, qui disent toute la confiance qu'ils ont dans la Cour de cassation et répètent leurs arguments devant le micro. Dix minutes plus tard, le couloir est de nouveau désert. Le palais se rendort.

Le 3 juillet 2015, seront rendus deux arrêts qui ne porteront aucune trace de cette audience.

*Marie-Anne FRISON-ROCHE*  
Professeuse de droit à Sciences Po (Paris)

## Maternités de substitution (Gestation pour autrui - GPA)

### ANNEXES

#### 1<sup>re</sup> espèce :

**Cass. ass. plén., 3 juill. 2015**

N° 14-21323, PB

**Dominique X c/ M. le procureur général près la cour d'appel de Rennes**

#### **La Cour :**

(...)

*Sur le second moyen, ci-après annexé :*

Attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur ce moyen qui n'est manifestement pas de nature à entraîner la cassation ;

*Mais sur le premier moyen :*

Vu l'article 47 du Code civil et l'article 7 du décret du 3 août 1962 modifiant certaines règles relatives à l'état civil, ensemble l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales ;

Attendu qu'il résulte des deux premiers de ces textes que l'acte de naissance concernant un Français, dressé en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays, est transcrit sur les registres de l'état civil sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que Y X, reconnu par M. X le 10 mars 2011, est né le 27 août 2011 à Moscou ; que son acte de naissance, établi en Russie, désigne Dominique X, de nationalité française, en qualité de père, et Kristina Z, ressortissante russe qui a accouché de l'enfant, en qualité de mère ; que le procureur de la République s'est opposé à la demande de M. X tendant à la transcription de cet acte de naissance sur un registre consulaire, en invoquant l'existence d'une convention de gestation pour autrui conclue entre M. X et M<sup>me</sup> Z ;

Attendu que, pour refuser la transcription, l'arrêt retient qu'il existe un faisceau de preuves de nature à caractériser l'existence d'un processus frauduleux, comportant une

convention de gestation pour le compte d'autrui conclue entre M. X et M<sup>me</sup> Z ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle n'avait pas constaté que l'acte était irrégulier, falsifié ou que les faits qui y étaient déclarés ne correspondaient pas à la réalité, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

#### **Par ces motifs :**

Casse et annule, mais seulement en ce qu'il rejette la demande de transcription de l'acte de naissance de Y X, l'arrêt rendu le 15 avril 2014, entre les parties, par la cour d'appel de Rennes ; remet, en conséquence, sur ce point, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris ;

(...)

#### 2<sup>e</sup> espèce :

**Cass. ass. plén., 3 juill. 2015**

N° 15-50002, PB

**M. le procureur général près la cour d'appel de Rennes c/ Patrice Y**

#### **La Cour :**

(...)

*Sur le moyen unique :*

Attendu, selon l'arrêt attaqué (CA Rennes, 16 déc. 2014), que Y X, reconnue par M. X le 1<sup>er</sup> février 2011, est née le 30 mai 2011, à Moscou ; que son acte de naissance, établi en Russie, désigne Patrice X, de nationalité française, en qualité de père, et Lilia Z, ressortissante russe, qui a accouché de l'enfant, en qualité de mère ; que le procureur de la République s'est opposé à la demande de M. X tendant à la transcription de cet acte de naissance sur un registre consulaire, en invoquant l'existence d'une convention de gestation pour autrui conclue entre M. X et M<sup>me</sup> Z ;

Attendu que le procureur général fait grief à l'arrêt d'ordonner la transcription, alors, selon le moyen :

*1) qu'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, au regard de la filiation, à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui, qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du Code civil, tel qu'affirmé par la jurisprudence de la Cour de cassation ;

2) qu'est justifié le refus de transcription d'un acte de naissance établi en exécution d'une décision étrangère, fondé sur la contrariété à l'ordre public international français de cette décision. Cette solution, qui ne prive pas l'enfant de sa filiation paternelle, ni de la filiation maternelle que le droit de l'État étranger lui reconnaît, ni ne l'empêche de vivre au foyer de Patrice X, ne porte pas atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale de cet enfant au sens de l'article 8 de la

Convention européenne des droits de l'Homme, non plus qu'à son intérêt supérieur garanti par l'article 3, § 1 de la Convention internationale des droits de l'enfant ;

Mais attendu qu'ayant constaté que l'acte de naissance n'était ni irrégulier ni falsifié et que les faits qui y étaient déclarés correspondaient à la réalité, la cour d'appel en a déduit à bon droit que la convention de gestation pour autrui conclue entre M. X et M<sup>me</sup> Z ne faisait pas obstacle à la transcription de l'acte de naissance ; que le moyen n'est pas fondé ;

Par ces motifs :

Rejette le pourvoi ;

(...)

# Anthologie du Droit

... Revenir aux fondamentaux.



#### Alain Bénabent

Préface de Jean Carbonnier  
La chance et le droit

#### Jean Carbonnier

Essais sur les lois

#### Jean Carbonnier

Flexible droit  
Pour une sociologie du droit sans rigueur

#### Mélanges René Chapus

Droit administratif

#### Charles Eisenmann

Cours de droit administratif  
Tome I

#### Charles Eisenmann

Cours de droit administratif  
Tome II

#### Études offertes à Jacques Flour

#### Yves Gaudemet

Préface de Georges Vedel  
Les méthodes du juge administratif

#### Jacques Ghestin

Préface de Jean Boulanger  
La notion d'erreur dans le droit positif actuel

#### Paul Le Cannu

Préface de Jean Derruppé  
La société anonyme à directeur

#### Henri et Léon Mazeaud

#### Jean Mazeaud

#### François Chabas

Préface de Henri Capitant  
Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle  
Tome III - Premier volume

#### Henri et Léon Mazeaud

#### Jean Mazeaud

#### François Chabas

Préface de Henri Capitant  
Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle  
Conventions de responsabilité  
Clause pénale  
Assurances de responsabilité (contrats)  
Fonds de garantie  
Tome III - Second volume

#### Georges Ripert

La règle morale dans les obligations civiles

#### Études dédiées à René Roblot


Aspects actuels du droit commercial français

#### François Terré

Préface de Robert Le Balle  
L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications

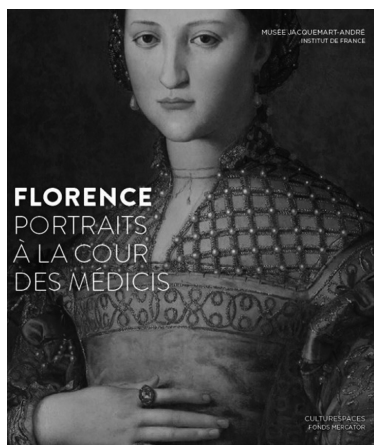
#### Geneviève Viney

Préface de André Tunc  
Le déclin de la responsabilité individuelle

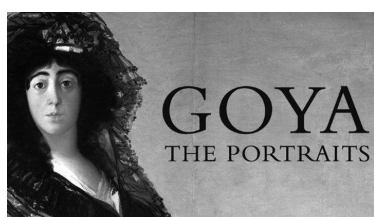
Suivez-nous sur  
Lextenso éditions 

Disponible  
sur

librairie  
**Lgdj.fr**  
www.lgdj.fr



• *Florence, Portraits à la cour des Médicis*,  
Musée Jacquemart-André,  
158, bd Haussmann,  
75008 Paris.  
Tél. : 01 45 62 11 59.  
[www.musee-jacquemart-andre.com](http://www.musee-jacquemart-andre.com).  
Ouvert tous les jours  
de 10 h à 17 h 30 ;  
le lundi jusqu'à 20 h 30.  
Jusqu'au 25 janvier 2016.



• *Goya : The Portraits*,  
National Gallery,  
Trafalgar Square,  
Londres.  
Tél. : +44 20 7747 2885.  
[www.nationalgallery.org.uk](http://www.nationalgallery.org.uk).  
Ouvert tous les jours  
de 10 h à 18 h ;  
le vendredi jusqu'à 21 h.  
Jusqu'au 10 janvier 2016.

## L'ART DU PORTRAIT

Deux expositions, à Londres et à Paris, nous proposent un regard sur l'art du portrait, deux approches différentes de la représentation du modèle mise en scène. Au musée Jacquemart-André, ce sont les portraits florentins à la cour des Médicis ; à la National Gallery, ce sont les portraits et autoportraits de Francisco de Goya.

Dès le Quattrocento, le portrait avait atteint ses lettres de noblesse. Nous pouvons nous remémorer les portraits réalisés par Ghirlandaio ou Pollaiuolo, où le modèle est représenté de profil comme sur les médailles, se détachant un fond neutre, tel le *Portrait d'un jeune homme*, de Masaccio (1415).

Ensuite s'est imposé le portrait de trois-quarts ou de face. De cette façon, le regard du personnage établit un lien sensible avec le spectateur, et cette attitude marque plus nettement la présence du modèle et sa réalité psychologique. Le portrait devint alors représentation, avec différents types de portraits : d'apparat, littéraire ou allégorique. Car l'objectif du portrait est de montrer, d'identifier, de valoriser avec les éléments de classe, de fonction ou de métier. Avec le portrait, il y a la volonté de perpétuer le souvenir d'une personne, créant de cette façon une image historique.

Léonard de Vinci, dès 1475, illustra cette nouvelle attitude avec le portrait de Ginevra de' Benci, et Botticelli conféra à ses visages une expression presque mélancolique, montrant une certaine intériorité. Dès lors, ce que le peintre rechercha était de parvenir à montrer, à travers l'aspect physique de la personne, son caractère et ses pensées, c'est-à-dire la qualité de son âme. C'était à la fois une ambition et un défi, car il y a malgré tout le côté subjectif du regard du peintre sur le modèle.

Le but de Léonard de Vinci, en revanche, quand il peignit *La Joconde*, était que le portrait incarnât une certaine idée de la beauté, fondée sur la vertu et l'intemporel. Au même titre que Pétrarque, avec la poésie, qui chanta les mérites de Laure.

Les portraits présentés au musée Jacquemart-André sont du début du siècle suivant, quand les Médicis reprennent le pouvoir à Florence en 1512. Cette période était encore très marquée par l'austérité instaurée par Savonarole, qui avait grandement affecté des artistes comme Fra Bartolomeo ou Botticelli. Ce dernier avait même brûlé ses peintures profanes sur les « bûchers des vanités ».

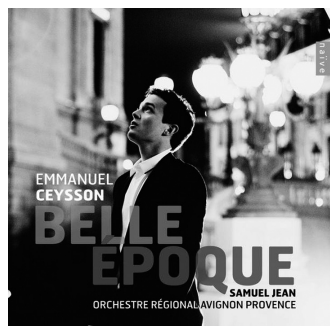
Goya, quant à lui, peignit ses portraits sans toujours faire preuve de diplomatie avec ses modèles. Il traquait la profondeur psychologique de la personne, faisant une sorte de commentaire social, parfois très critique. La National Gallery de Londres a réuni une cinquantaine de portraits et autoportraits couvrant la vie active du peintre. Ses portraits officiels de la famille royale sont sans complaisance, tout comme ses autoportraits, tel son *Autoportrait avec le docteur Arrieta* montrant Goya malade, presque mourant.

Avec ses portraits, Goya montre les images qu'il se fait de ses modèles, ses sentiments envers eux, ce qu'il souhaite en dire. Il va bien au-delà de la ressemblance, il nous propose un regard psychologique sur l'individu, tel le *Portrait de Jean des Bandes Noires* de Francesco Salviati (1546-1548).

D'autre part, le traitement graphique ou esthétique qu'il privilégia fait de Goya l'un des précurseurs de la modernité. Cette modernité naquit par l'approche contemporaine que l'artiste avait de son époque : sa volonté de dénoncer et de s'insurger contre son temps. Ses choix esthétiques lui donneront une place majeure dans l'histoire de l'art, et il fut reconnu comme un précurseur par Delacroix, Degas ou Manet.

Didier Du Blé

## Ce que disent les notes



• *Belle époque*. Pièces pour harpe et orchestre de H. Renié, T. Dubois, G. Pierné, C. Saint-Saëns. E. Ceysson, harpe. Orchestre Régional Avignon Provence, dir. S. Jean. 1CD Naïve.



• *Yes !*. Airs d'opéras et d'opérettes de Messager, Yvain, Poulenc, Honegger, Ravel, Oberfeld, Christiné, Hahn, Youmans, Weill, Lehár, Rimski-Korsakov. Julie Fuchs. Orchestre national de Lille, dir. S. Jean. 1CD Universal DG.

## BELLE ÉPOQUE...

Emmanuel Ceysson est l'enfant terrible de la harpe. Il est de la trempe des grandes figures de l'école française de harpe qui depuis Lily Laskine, en passant par Marielle Nordmann, a produit tant de solistes émérites. Pour son nouveau disque il a choisi un bouquet d'œuvres concertantes parmi celles qui fleurirent au début du siècle précédent, considéré comme l'âge d'or de l'instrument. Les deux facteurs rivaux, Pleyel, avec sa harpe chromatique, et Érard, qui proposait une harpe à pédales, créaient alors l'émulation parmi les compositeurs. Le *Concerto pour harpe* de la harpiste Henriette Renié (1875-1956), qui fut le professeur de Lily Laskine, a été créé en 1901. Il est conséquent, puisque ses quelques 24 minutes dévoilent quatre mouvements, magnifiquement écrits pour l'instrument : lignes mélodiques séduisantes à l'allegro risoluto et à l'adagio, flattant le registre grave de la harpe, manière encore plus inventive aux deux derniers mouvements, exploitant une veine un brin fantastique. La pièce exhale un parfum légèrement suranné, mais une transparence très française. Dans la *Fantaisie pour harpe et orchestre* de Théodore Dubois (1903), un thème dansant cyclique irrigue trois mouvements enchaînés. L'écriture pour la harpe est plus classique, pas moins intéressante : une séquence allegro, sur le versant hymnique, est suivie d'une autre plus pensive, livrant un beau dialogue flûte et harpe, toujours du meilleur effet, et le finale livre forces pirouettes exigées du soliste ; ce qui ne gêne nullement Emmanuel Ceysson dont la technique est vraiment épatante. Le *Concertstück* de Gabriel Pierné (1903), là encore en trois parties enchaînées, allie finesse d'écriture pour la harpe et transparence de l'orchestration. Ainsi de la dramaturgie du premier mouvement qui voit un dialogue serré entre harpe et orchestre, de la section centrale d'un ample lyrisme, et du finale encore plus ardent dans son thème coulant. Camille Saint-Saëns a écrit son *Morceau de concert pour harpe* en 1918, une de ses dernières compositions. L'instrument soliste est fort mis en valeur grâce à une orchestration habile qui agit plus en fond de tableau que comme moteur, encore que l'inspiration réserve des trouvailles intéressantes dans l'exploitation du registre extrêmement aigu de la harpe. La partie conclusive offre une belle animation et au soliste l'occasion de briller. Emmanuel Ceysson l'aura fait tout au long de ces pièces par une habileté magistrale.

Alors qu'elle triomphe sur la scène du Palais Garnier dans le rôle de la Folie de *Platée*, Julie Fuchs sort son premier album solo. Un voyage à la fois dans le répertoire « Belle époque » et parmi ces musiciens de l'entre-deux-guerres qui ont si joliment chanté l'amour et ses facéties. On pense bien sûr à Reynaldo Hahn, dont le *Bel inconnu* ne l'est pas tant (sur un livret de Sacha Guitry), et *Ciboulette* encore moins. Julie Fuchs y savoura ses premiers triomphes parisiens, à l'Opéra-Comique. Cet air de ne pas y toucher avec une once de tendre nostalgie vous va droit au cœur. On songe aussi à André Messager, dont *L'amour masqué*, encore emprunté à Guitry, est un chef-d'œuvre d'humour coquin. À Poulenc bien sûr, et ses *Mamelles de Tirésias* : la pochade de la femme à barbe est désopilante. Le récital offre encore des grands classiques du genre, comme la « Chanson de Vilja » et l'« Heure exquise » de *La Veuve Joyeuse* de Lehár, dans sa version française. On est tout autant séduit par les raretés que nous propose Julie Fuchs. Elles ont pour nom *Phi Phi* d'Henri Christiné, *Yes !* de Maurice Yvain, *Les aventures du Roi Pausole* d'Arthur Honegger, dont le « Trio des baisers » est un morceau joliment facétieux. Ou encore *La Pouponnière* de Casimir Oberfeld, charmeur, et *No, No Nanette* de Vincent Youmans, où l'on découvre le face-à-face de jeunes amants swinguant un « Thé pour deux ». On y a ajouté l'Air du Feu de *L'enfant et les sortilèges* de Ravel et l'Hymne au Soleil du *Coq d'or* de Rimski-Korsakov, deux morceaux de vocalises colorature fameux. Des extraits de *L'Opéra de quat'sous* de Kurt Weill complètent un panorama finalement fort large. Il est judicieusement composé pour mettre en valeur les qualités de la chanteuse : le charme du timbre de soprano léger qui sait se mouvoir avec adresse dans un registre plus médian, son souci d'une diction toujours irréprochable, un goût sûr et tout un art de ne pas trop en faire ; ce qui ne veut pas dire absence d'abattage. Les pièces de Poulenc et de Weill sont là pour le prouver. La voix offre une fraîcheur de tous les instants. Samuel Jean, à la tête de l'Orchestre national de Lille, et comme pianiste à l'occasion, lui offre un accompagnement racé et sensible. Lui qui opérait déjà auprès de notre jeune harpiste !

Jean-Pierre Robert