

§ 2. Les assistances spécifiquement interdites

A. La gestation pour autrui

840 *Paradoxe* ◇ La gestation pour autrui est l'objet d'un traitement contrasté : fermement condamnée en France, comme emportant marchandisation du corps de la femme et atteinte à sa dignité, elle est admise, à des conditions plus ou moins strictes, dans certains pays étrangers. Il s'ensuit une distorsion de régime, la jurisprudence ayant accepté, au nom de l'intérêt de l'enfant, de reconnaître ou d'établir en France la filiation d'enfants issus de gestations pour autrui valablement pratiquées par des Français à l'étranger. La prohibition de la gestation pour autrui, toujours affichée, est, par conséquent, sérieusement altérée, puisqu'il suffit de franchir nos frontières pour s'y soustraire et voir reconnaître en France le fruit de ce contournement.

1. La prohibition de la gestation pour autrui en France

841 *Nullité des conventions portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui* ◇ L'article 16-7 du Code civil annule

1. La solution étonne, qui fait prévaloir l'indifférence ou la volonté parentale sur l'intérêt de l'embryon. De ce point de vue encore, la loi de 2004 a aggravé la situation de l'embryon *in vitro*.

2. La formule est particulièrement mal choisie, ici encore : on renonce à un droit, éventuellement à une chose ; on ne renonce pas, en droit tout au moins, à une personne, même seulement potentielle.

3. Plus souple, puisqu'il autorise la transmission d'informations permettant l'identification des donneurs ; la même remarque vaut pour l'art. L. 1211-5 CSP, qui écarte l'anonymat dès que la nécessité thérapeutique se présente.

« toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui »¹. Ce faisant, le législateur a repris une solution jurisprudentielle : la Cour de cassation avait en effet condamné la pratique des mères de substitution, encore appelée mères porteuses, cette pratique qui consiste à obtenir d'une femme, gratuitement ou moyennant rémunération, qu'elle porte un enfant pour une autre, en s'engageant à l'abandonner à la naissance pour permettre au couple receveur de faire établir un lien de filiation à son égard. La gestation pour autrui n'est pas uniforme et peut revêtir plusieurs visages : l'enfant peut être conçu avec les gamètes de la mère porteuse (laquelle est à la fois gestatrice et génitrice). La convention réalise alors un abandon anticipé par la mère de son propre enfant, et on emploie plutôt le terme de procréation pour autrui. L'enfant peut aussi être conçu à partir des gamètes du couple receveur : le père et la mère commanditaires sont alors les parents biologiques de l'enfant, la mère porteuse se contentant de mettre à disposition ses facultés de gestatrice. L'enfant peut, enfin, être conçu grâce à un don d'ovocyte (ou un achat d'ovocyte...) : ni la mère porteuse, ni la mère d'intention ne sont alors mères biologiques de l'enfant, trois femmes concourant à l'engendrement de l'enfant (la donneuse d'ovocyte, la mère porteuse et la mère d'intention). Cette dernière modalité est aujourd'hui la plus pratiquée dans les pays admettant la licéité des conventions de gestation pour autrui, car elle évite les difficultés liées à l'abandon de son propre enfant par la mère porteuse, et notamment les risques d'attachement à l'enfant. Elle n'en soulève pas moins des difficultés éthiques importantes dans les pays qui ne connaissent ni la gratuité, ni l'anonymat des « dons » de gamètes : la convention de mère porteuse – le plus souvent pratiquée à titre onéreux – se double alors d'un achat d'ovocyte sur catalogue, choix guidé par le profil plus ou moins avantageux présenté par la donneuse potentielle (on n'est pas loin de l'eugénisme).

342 **Condamnation jurisprudentielle** ◇ Cette pratique, qui s'était développée dans les années 1980, avait été très discutée².

Elle a été défendue au nom du droit naturel qu'aurait chaque couple en âge de procréer, à fonder une famille. Mais on avait alors dénoncé, dans cette invocation d'un « droit à l'enfant », une véritable « perversion de la notion de droits subjectifs »³, d'autant plus inacceptable qu'elle faisait de l'enfant un simple objet de droit⁴. En outre, l'altruisme souvent admiré chez la mère porteuse acceptant ainsi de concevoir et porter jusqu'à sa naissance un enfant pour l'abandonner ensuite n'était pas toujours mani-

1. Chendeb, La convention de mère porteuse, *Deffrénois* 2008. 38717.

2. V. le rappel de cette pratique par Rubellin-Devichi, *Les procréations assistées*, RTD civ. 1987. 457.

3. Edelman et Labrusse-Riou, *JCP* 1991. II. 21653.

4. Raynaud, *L'enfant peut-il être objet de droit ?*, *D.* 1988. Chron. 109 ; Huet-Weiller, note RTD civ. 1991. 517.

feste ; de même, si la détresse de certains couples demandeurs était évidente, d'autres ne formulaient que des demandes de convenance, parfois destinées, ainsi, à éviter les désagréments d'une grossesse. Enfin, ni l'intérêt de l'enfant, ni celui de la mère porteuse n'étaient protégés. Certains auteurs espéraient toutefois une solution nuancée, n'exagérant pas à l'excès le rôle de la vérité biologique : avait ainsi été suggérée une position médiane, consistant à prononcer la nullité des contrats, contraires à l'indisponibilité du corps humain, à préserver la liberté de la mère porteuse de ne pas abandonner son enfant à la naissance tout en lui laissant la possibilité de le faire, et à organiser alors le rattachement de l'enfant au couple demandeur¹.

La Cour de cassation en avait jugé autrement. Elle avait d'abord prononcé la nullité des associations constituées pour servir d'intermédiaires entre les couples demandeurs et les femmes s'offrant ainsi pour porter l'enfant². Elle avait ensuite été saisie par un pourvoi formé, dans l'intérêt de la loi, par le Procureur général près la Cour de cassation, contre des décisions libérales de la Cour d'appel de Paris³. Le 31 mai 1991, après audition d'un *amicus curiae*, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation avait catégoriquement rejeté la pratique en affirmant la nullité « de la convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à la naissance », une telle convention contrevenant « tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes »⁴.

Certains auteurs avaient alors regretté que la Cour se soit ainsi fondée sur l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes, ces principes étant, selon eux, inexistantes en droit positif⁵. À quoi l'on répondait que ces principes avaient déjà été retenus en jurisprudence, qu'ils étaient souvent invoqués pour expliquer diverses solutions positives, et qu'ils semblaient bien prohiber une telle pratique dans la mesure où celle-ci, en premier lieu entraîne la grossesse de la mère et la touche donc au plus profond de son intégrité corporelle et psychique⁶, en deuxième lieu porté sur un enfant à venir, traité comme une marchandise, un objet à livrer

1. Terré, *L'enfant de l'esclave*, 1987, p. 179 s. ; Rubellin-Devichi, *RTD civ.* 1986. 574.

2. *Civ. 1^{re}*, 13 déc. 1989, *Defrénois* 1990. I. 743, obs. Aubert ; *JCP* 1990. II. 21526, note Sériaux ; *D.* 1990. 273, rapp. Massip ; *RTD civ.* 1990. 254, obs. Rubellin-Devichi.

3. Paris, 15 juin 1990, 30 juin 1990, 9 nov. 1990, préc.

4. *JCP* 1991. II. 21752, communic. Bernard, concl. Dontenwille, note Terré ; *D.* 1991. 417, rapp. Chartier, note Thouvenin ; *Defrénois* 1991. I. 35088, obs. Massip ; *Grands arrêts*, n° 50.

5. Gobert, *Réflexions sur les sources du droit et les « principes » d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes (à propos de la maternité de substitution)*, *RTD civ.* 1992. 513.

6. Quoi qu'en dise la doctrine, l'indisponibilité du corps est un principe qui demeure, nonobstant les exceptions admises par le droit de la santé, et quel que soit par ailleurs le principe d'autonomie personnelle (il justifie la liberté des comportements factuels, mais non la disponibilité juridique du corps conçu comme une chose faisant partie du patrimoine).

après fabrication ¹, et en troisième lieu contient la renonciation de la mère biologique à faire établir sa maternité (v. ss 581).

843 *Condamnation législative. Loi de 1994* ♦ La loi de 1994 a repris la solution jurisprudentielle.

a) La règle figure désormais à l'article 16-7 du Code civil. Les termes de l'interdiction sont très généraux. Sont visées les conventions portant sur la procréation « ou » la gestation : alors que l'arrêt sanctionnait seulement la convention portant sur ce double objet, conception et gestation, l'article 16-7 annule la convention que la mère porteuse soit génitrice et gestatrice, ou seulement gestatrice, ou seulement génitrice. La prohibition ne concerne d'ailleurs pas exclusivement la pratique de la maternité de substitution ; elle vaudrait également à l'encontre d'une convention de « père géniteur ». La convention ne sera annulée que si elle organise la procréation ou la gestation « pour le compte d'autrui », peu important, en revanche, que le contrat soit à titre gratuit ou à titre onéreux. La loi marque ainsi le refus de la société opposé à l'utilisation du contrat de droit privé comme moyen de transformer le corps en outil de procréation, même dans l'intérêt d'autrui ².

b) Les sanctions sont de deux types.

Les dispositions insérées dans le Code civil étant d'ordre public (C. civ., art. 16-9) et visant à protéger les intéressés mais aussi la société dans son ensemble, la sanction civile sera la nullité absolue du contrat, invocable par tout intéressé ainsi que par le ministère public, pendant cinq ans ³, la convention ne pouvant faire l'objet d'une quelconque confirmation. Efficace lorsqu'elle intervient avant exécution du contrat, la nullité est une sanction qui n'est pas suffisante si elle intervient après la conception de l'enfant, voire après sa naissance : anéantir le contrat ne résout en rien la question, difficile, du sort de l'enfant. La nullité de la convention n'est cependant pas neutre et peut fragiliser la situation des contractants : les commanditaires ne pourront forcer la remise de l'enfant si la mère s'y oppose, ni obtenir aucun dédommagement de ce fait ; inversement, la mère ne pourra agir contre les parents d'intention s'ils refusent de recueillir l'enfant ou de payer les sommes convenues. L'insécurité juridique est la rançon de l'illicéité.

Des sanctions pénales sont également encourues. Est ainsi incriminé le fait de « s'entremettre entre une personne ou un couple désireux d'accueillir un enfant et une femme acceptant de porter en elle cet enfant en

1. Sériaux, Droit naturel et procréation artificielle : quelle jurisprudence ?, D. 1985. Chron. 59 ; JCP 1990. II. 21526 ; Kayser, Les limites morales et juridiques de la procréation artificielle, D.1987. Chron. 193.

2. Elle est aujourd'hui possible en droit grec : v. Agallopoulou, *Dr. fam.* 2004. Chron. 11.

3. Le délai court à compter du jour où le titulaire du droit a eu connaissance des faits lui permettant d'exercer l'action : C. civ., art. 2224. Et le délai butoir de vingt ans de l'art. 2232 C. civ. est inapplicable si l'on admet qu'il y a là une question d'état (al. 2).

vue de le leur remettre » (C. pén., art. 227-12) ¹, ou encore « le fait de procéder à une insémination artificielle par sperme frais ou mélange de sperme » (C. pén. art. 511-12) ²; mais seuls les intermédiaires, dans le premier cas, ou celui qui pratique l'insémination, dans le second cas, peuvent être ainsi sanctionnés ; les principaux intéressés, mère porteuse et couple demandeur, y échappent en revanche, sauf à être éventuellement poursuivis à titre de complices ³. Ils pourront éventuellement tomber sous le coup d'autres infractions, comme les délits de *simulation et dissimulation d'enfant* (C. pén., art. 227-13 s.) ⁴, ou de *faux en écriture publique* (C. pén., art. 441-4) ⁵ ou encore le délit de provocation à l'abandon (C. pén., art. 227-12, qui punit de six mois d'emprisonnement et 7500 euros d'amende « (l)e fait de provoquer soit dans un but lucratif, soit par don, promesse, menace ou abus d'autorité, les parents ou l'un d'entre eux à abandonner un enfant né ou à naître »). Ces sanctions pénales ont empêché la constitution d'un « marché privé de la procréation ». Elles ne jouent guère de rôle prophylactique à l'égard des couples demandeurs, en revanche, car ils échappent pour une bonne part au dispositif pénal. On trouve cependant, en jurisprudence, quelques décisions acceptant de sanctionner les parents d'intention pour provocation à l'abandon ⁶, ou la mère porteuse pour escroquerie ⁷. La difficulté tient à la territorialité de principe du droit pénal et à la difficulté d'appréhender pénalement des conventions signées à l'étranger ⁸, mais, même dans ce cas les tribunaux

1. À défaut de but lucratif, l'auteur encourt un an de prison et 15 000 euros d'amende ; la peine est doublée si l'acte est commis à titre habituel et lucratif.

2. Puni de deux ans d'emprisonnement et 300 000 euros d'amende.

3. Et sauf, pour l'insémination par sperme frais, à ce que ce soit la mère porteuse elle-même qui pratique l'insémination.

4. Sur l'application de la loi dans le temps, v. Crim. 12 janv. 2000, D. 2001. 2791, obs. Pomart. Sur le point de départ du délai de prescription, v. Crim. 23 juin 2004, *Dr. fam.* janv. 2005, n° 18, note Castilla. Sur la difficulté qu'il y a à appréhender des faits réalisés à l'étranger, v. TGI Créteil, 30 sept. 2004, D. 2005. 476, note Depadt-Sebag. Le délit est sanctionné de 3 ans de prison et 45 000 euros d'amende. Sont coauteurs la mère porteuse, la mère d'intention, le mari ou le concubin de celle-ci ayant déclaré l'enfant à l'état civil. Sont complices tous ceux ayant aidé ou provoqué l'infraction.

5. Infraction sanctionnée de 10 ans de prison et 150 000 euros d'amende, et qui existe en cas de fausse déclaration à l'état civil portant sur un élément essentiel.

6. TGI Bordeaux, 1er juill. 2015, n° 14322000193 : Lexbase n° 621, 16 juill. 2015, obs. A. Gouttenoire ; T. corr. Blois, 22 mars 2016, JurisData n° 2016-006174 ; *Dr. fam.* 2016, ét. 18, exposé dessous.

7. T. corr. Blois, 22 mars 2016, JurisData n° 2016-006174 ; *Dr. fam.* 2016, ét. 18, L'interdiction de la gestion pour autrui : quelles qualifications pénales, quelles victimes ?, Guérin. La mère porteuse est condamnée à un an d'emprisonnement avec sursis pour escroquerie (elle avait promis plusieurs enfants qu'elle portait à plusieurs couples et prétendait à certains que l'enfant était mort-né pour le remettre à d'autres) et les couples ayant eu recours à la mère porteuse sont condamnés à 2 000 euros avec sursis par conjoint pour provocation à l'abandon d'enfant.

8. Sur l'inefficacité du droit pénal lorsque les faits se sont déroulés à l'étranger, v. TGI Créteil, 30 sept. 2004, D. 2005. 476, note Depadt-Sebag.

acceptent de sanctionner les couples ayant recours à la gestation pour autrui lorsque la femme a accouché en France¹.

844 Filiation de l'enfant ◊ La question la plus délicate est celle de la filiation, et plus largement, du statut de l'enfant (sur la question plus générale de la filiation de l'enfant en cas d'assistance illégale à la procréation, v. ss 879).

La Cour de cassation avait, en 1991, écarté la possibilité de procéder à une adoption plénière, au visa des articles 6 et 1128, ensemble 353 du Code civil, et au motif que « cette adoption n'était que l'ultime phase d'un processus d'ensemble destiné à permettre à un couple l'accueil à son foyer d'un enfant conçu en exécution d'un contrat tendant à l'abandon à sa naissance par sa mère » et « portant atteinte au principe de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes », si bien que ce processus constituait un « détournement de l'institution de l'adoption »². Certains auteurs³ et magistrats⁴ avaient alors soutenu que l'adoption simple restait possible. Mais cette voie n'avait pas trouvé grâce auprès de la Cour de cassation⁵, qui s'en était tenue à l'analyse doctrinale⁶ selon laquelle, simple ou plénière, l'adoption reste détournée de sa finalité : accueillir des enfants nés, et non faire naître des enfants pour pouvoir les adopter⁷. Cette solution, que n'a pas reprise explicitement le législateur, est aujourd'hui sérieusement fragilisée par la position adoptée par la Cour de cassation concernant l'adoption des enfants nés de gestation pour autrui à l'étranger : dès lors que la Cour renonce à sanctionner la fraude dans ces hypothèses, et admet l'établissement du lien de filiation adoptive entre l'enfant et le parent d'intention (v. ss 851), on ne voit guère pour quelles raisons elle accepterait encore de sanctionner le détournement d'institution lorsque l'illégalité a été perpétrée sur le sol français⁸.

1. TGI Bordeaux, 1er juill. 2015, n° 14322000193 : Lexbase n° 621, 16 juill. 2015, obs. A. Gouttenoire (deux hommes avaient signé une convention avec une société basée à Chypre mais avaient choisi de faire venir la mère porteuse en France pour accoucher : le contrat mentionnait que le couple remettait de l'argent à la femme et les fonds avaient été versés à partir de comptes français).

2. Ass. plén., 31 mai 1991, *Grands arrêts* n° 50 ; Civ. 1^{re}, 9 déc. 2003, *Defrénois* 2004. 37926, obs. Massip ; *Dr. fam.* 2004, n° 17, obs. Murat ; *RTD civ.* 2004. 73, obs. Hauser ; *AJ fam.* févr. 2004. 62 ; *JCP* 2004. I. 109, obs. Rubellin-Devichi ; *D.* 2004. 1998, note Poisson-Drocourt.

3. Rubellin-Devichi, *RTD civ.* 1988. 319 ; *ibid.* 1990. 263.

4. Poitiers, 22 janv. 1992, *RTD civ.* 1992. 553, obs. Hauser.

5. Civ. 1^{re}, 29 juin 1994, *RTD civ.* 1994. 842, obs. Hauser. La Cour de cassation permettait d'ailleurs que soit ordonnée une expertise génétique pour mettre au jour la fraude aux conditions légales de l'adoption : Civ. 1^{re}, 16 févr. 1999, 16 févr. 1999, *D.* 1999. 692, note Massip ; *JCP* 1999. II. 10117, note Ardeef ; *D.* 2000. Somm. 170, obs. Vasseur-Lambry ; *ibid.* 201, obs. Granet.

6. Huet-Weiller, obs. *RTD civ.* 1991. 518.

7. Hauser, *op. cit.*, n° 906.

8. Certes, la gestation pour autrui aura, dans un cas, été valablement pratiquée dans un pays qui l'autorise, tandis que, dans l'autre, la gestation, pratiquée en France, sera illicite. Mais il ne faut pas se méprendre sur la validité de façade de la gestation pratiquée à l'étranger : réalisée par des Français, dans l'unique but de tourner la loi française, sa validité ne saurait dépasser les frontières du pays qui l'accueille et être importée en France : on se

La question s'est aussi posée de savoir s'il était possible de recourir aux règles applicables à la filiation par procréation naturelle ? La doctrine l'admettait s'il était question d'établir un lien correspondant à la filiation génétique, qu'il s'agisse de la mère gestatrice (mais cette solution n'était ni souhaitée par les intéressés, ni acquise en droit¹), ou du père d'accueil si l'enfant avait été conçu à partir de ses gamètes. On se demandait même si la mère d'accueil ne pouvait faire établir sa maternité dans l'hypothèse où l'embryon avait été conçu grâce à ses ovocytes : on suggérait qu'elle pouvait alors reconnaître l'enfant (ce qui revenait à oublier que c'est l'accouchement qui désigne la mère dans le droit contemporain²). Ces interrogations sont aujourd'hui, pour partie, levées par les solutions retenues en matière de gestation pour autrui réalisée à l'étranger : dès lors que la Cour européenne des droits de l'homme impose, au nom du droit au respect de l'identité de l'enfant (composante du droit au respect de sa vie privée) de reconnaître juridiquement le lien de filiation liant l'enfant et son père biologique (v. ss 850), rien ne devrait plus interdire au père d'intention, s'il est aussi géniteur, d'établir son lien de paternité avec l'enfant par reconnaissance³. Le lien de filiation avec la mère porteuse devrait aussi être admis si, du moins, son nom est porté dans l'acte de naissance (sauf hypothèse d'accouchement sous X ou dans le secret, souvent pratiqué en la matière). Quant à la situation de la mère d'intention, qui serait aussi la mère génétique sans être gestatrice, sa situation demeure très incertaine, la preuve de la maternité résultant encore, en droit français, de l'accouchement (reste la voie plus sûre de l'adoption de l'enfant du conjoint).

Dans le cas où la mère d'intention n'était pas la mère biologique de l'enfant, la doctrine rejetait généralement l'établissement du lien de filiation avec l'enfant. Un auteur avait toutefois suggéré de recourir à la possession d'état, cette filiation « patiente », « plus humble » et « moins arrogante »⁴. Mais les réticences de la jurisprudence⁵ avaient été relayées par la circulaire du 30 mai 2006 et la doctrine⁶, qui faisait valoir que

retrouve, par conséquent, dans la même situation que si une convention illicite avait été conclue sur le sol français et le traitement des deux hypothèses doit être le même.

1. Comp. Rennes, 4 juill. 2002, *JCP* 2003. I. 101, obs. Rubellin-Devichi ; D. 2002. 2902, note Granet ; *RTD civ.* 2003. 72, obs. Hauser ; *Dr. fam.* 2002, n° 142, obs. Murat, annulant la reconnaissance de la mère génétique pour illégalité du procédé d'ensemble.

2. V. ss 427, 444, 630, 688. La mère d'accueil encourt d'ailleurs une sanction pénale si elle fait établir un acte de naissance mensonger, la supposition d'enfant étant incriminée par l'art. 227-13 C. pén. Difficile, en outre, d'obtenir un certificat d'accouchement la désignant.

3. Ou à l'enfant d'établir sa filiation en exerçant une action en recherche de paternité. En revanche la présomption de paternité est impraticable, faute de pouvoir relier l'enfant à la femme du père (qu'aucun mariage ne liera à la mère porteuse).

4. Cornu, *op. cit.* Adde Labbé, *L'enfant de la mère porteuse et la filiation interdite*, D. 2007. 1251.

5. TGI Lille, 22 mars 2007, *Dr. fam.* juin 2007, n° 29.

6. On a ainsi fait valoir qu'il n'était pas dans la nature de la possession d'état de se substituer aux procédures d'adoption qui constituent des vérifications sociales de l'opportunité d'un transfert de filiation et que l'adoption constituait la « seule voie correcte d'organisation des transferts de filiation » : Murat, obs. préc., *Dr. fam.* juin 2007, n° 29.

l'adoption est en droit positif le seul procédé destiné à réaliser des transferts de filiation. La question est aujourd'hui revivifiée par les évolutions relatives à la reconnaissance et à l'établissement, en France, de la filiation des enfants issus d'une gestation pour autrui à l'étranger : si la Cour de cassation a, dans un premier temps, dans ce contexte, catégoriquement exclu l'établissement du lien de filiation par possession d'état à l'égard de la mère d'intention, elle admet aujourd'hui cet établissement par adoption. Acceptera-t-elle d'aller au-delà et d'accueillir le jeu de la possession d'état (sur cette question dans le contexte des gestations pour autrui pratiquées à l'étranger, v. ss 850) ?

Certains suggéraient alors de laisser s'établir la filiation biologique à l'égard de la mère gestatrice, et d'organiser seulement la parentalité du couple d'accueil, mais la jurisprudence ne semblait pas prête non plus à l'admettre¹.

845 Avenir de la prohibition² ◇ Faudrait-il renoncer, pour l'avenir, à une prohibition largement débordée par le tourisme procréatif ? Certains le suggèrent, invoquant notamment la fuite des couples demandeurs vers des pays moins regardants (mieux vaudrait encadrer chez nous le phénomène plutôt que d'en perdre le contrôle à l'étranger). On avance aussi parfois l'idée d'une gestation pour autrui « éthique », ou « altruiste », qui éviterait les travers de la marchandisation du corps humain rencontrés ailleurs. Plusieurs propositions ont été déposées en ce sens³.

1. V. aussi Civ. 1^{re}, 23 avr. 2003, JCP 2004. II. 10058, note Bourrat-Gueguen ; RTD civ. 2003. 693, obs. Hauser, refusant de retirer l'autorité parentale à la mère porteuse de deux enfants génétiquement issus du couple d'accueil et élevés par lui, malgré l'accord du père biologique et de la mère gestatrice, en considérant que le désintéret de cette dernière, avéré, ne met pas en danger la vie des enfants, qui « évoluent tout à fait favorablement, paraissent en bonne santé morale et physique ». La demande de retrait était destinée à permettre à l'épouse du père et mère génétique des enfants de demander ensuite l'adoption plénière. V. aussi Rennes, 6 janv. 2005, RTD civ. 2005. 378, obs. Hauser, fixant la résidence de l'enfant chez la mère de command, l'autorité parentale étant partagée entre père biologique et mère porteuse.

2. Dans une bibliographie très riche, v. Chaltiel, La gestation pour autrui : réflexions avant la révision des lois bioéthiques, LPA 1^{er} sept. 2010, Hauser (Aspects juridiques et éthiques), in *La liberté de la personne sur son corps*, dir. Muzny, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2010 ; Mirkovic, La maternité pour autrui, D. 2008. 1944, À propos de la maternité pour autrui, Dr. fam. 2008. Étude 15 ; Mère porteuse : maternité indéterminée, Dr. fam. 2009. Étude 24 ; Monger, La gestation pour autrui, RID comp. 2010. 233, Popu ; Defrénois 2008. 2236 ; Nisand (La gestation pour autrui : pour le cas par cas), in *La liberté de la personne sur son corps*, dir. Muzny, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2010 ; Seriaux, Maternités pour autrui : la mainlevée de l'interdit ?, D. 2009. 1215 ; Terré, *Mater semper certa est*, un débat incertain ou prématuré ?, JCP 2009, n° 62.

3. Dans un rapport déposé le 25 juin 2008, intitulé « Contribution à la réflexion sur la maternité pour autrui », trois sénateurs ont prôné la légalisation, et l'encadrement, de la maternité pour autrui (RTD civ. 2008. 468) Une proposition de loi a même été déposée au Sénat en ce sens (Proposition n° 234, enregistrée le 27 janv. 2010). Plus récemment, la proposition de loi a été déposée au Sénat, le 11 octobre 2016, visant à autoriser la transcription à l'état civil des actes de naissance des enfants nés à l'étranger d'une GPA (texte n° 18, 2016-2017). En sens contraire, v. la proposition déposée au Sénat le 20 octobre 2016, visant à renforcer les sanctions pénales à l'encontre des agences pratiquant la GPA et à prévoir une application de la loi pénale française hors de France si le délai est commis par un Français ou un résident habituel. Les deux

Le Comité consultatif national d'éthique s'est prononcé, au contraire, dans son avis du 15 juin 2017, pour le maintien de l'interdiction¹. Il faut s'en réjouir. Car l'image heureuse (naïve?) du geste altruiste d'une femme qui rendrait, par pure abnégation, service à une autre, ne doit pas occulter une réalité moins reluisante, et parfois proche du sordide². Qui connaît l'implication physique, psychologique, émotionnelle et sociale que représente le fait de porter un enfant pendant neuf mois, les risques, physiques mais aussi psychiques, qui y sont associés, tant pour la mère que pour l'enfant, les contraintes liées à des inséminations artificielles à répétition, à l'implantation (souvent multiple) d'embryons, ne peut sérieusement imaginer que les femmes qui accepteront de se prêter à l'aventure sans compensation financière seront légion³. Quand bien même une certaine solidarité entre la mère porteuse et la mère d'intention pourrait se tisser, un des ressorts fondamentaux (et même le ressort premier dans les pays en voie de développement ou dans les classes pauvres des pays riches) des ces maternités de substitution demeure l'argent⁴, quel qu'en soit le montant, la dénomination, ou la forme plus ou moins occulte (un remboursement des frais liés à la gestation largement envisagé, des versements non déclarés, des cadeaux...). Il suffit de regarder les coulisses des arrêts rendus en la matière – qui dessinent, en creux, la cartographie des pays les plus accueillants, ou les moins onéreux, en la matière⁵ –, pour s'en convaincre. Derrière la joie des parents d'intention, on trouve : l'exploit-

propositions ont été rejetées. V. aussi la proposition de loi n° 201 enregistrée à l'Assemblée nationale le 27 septembre 2017, visant à lutter contre le recours à une mère porteuse.

1. CCNE, avis n° 126, 15 juin 2017 (D. 2017. 1365, obs. Vialla), p. 40, et la riche motivation qui l'accompagne. Le Comité s'inscrit notamment contre l'idée d'une GPA éthique, dénonçant notamment la réification de l'enfant et l'atteinte à l'intégrité du corps de la femme qui en résulte. Il appelle à l'élaboration d'une Convention internationale.

2. Sur laquelle, v. M. Fabre-Magnan, *La gestation pour autrui, Fictions et réalité*, Fayard, 2013. Voir aussi la riche motivation du CCNE, avis n° 126, 15 juin 2017, p. 34, qui dénonce les violences d'ordre économique, juridique, médical et psychique faites aux mères porteuses les plus défavorisées.

3. Dans le même sens, F. Bellivier, C. Noiville, Le contrat de mère porteuse : émancipation ou aliénation ?, *Rev. des contrats* 2008/2. 545 : « il faut avoir des rapports affectifs une vision bien fusionnelle ou dangereusement angélique, et de l'expérience corporelle et psychique de la grossesse une conception bien frustrée, pour imaginer qu'une femme mettrait pour rien ses fonctions reproductives au service d'une autre ». V. aussi J. Hauser, *RTD civ.* 2011. 340, qui stigmatise « la ridicule présentation d'une foule de femmes prêtes à rendre service gratuitement et généreusement, ce qu'aucun des arrêts ne vérifie ».

4. V. en ce sens, la motivation du Comité consultatif national d'éthique, CCNE, avis n° 126, 15 juin 2017, p. 33.

5. Hier L'Inde ou la Thaïlande aujourd'hui l'Ukraine ou la Georgie... Quelques clics suffisent pour trouver, sur internet, le comparatif des meilleures destinations en la matière, avec bilan coût/avantages. La palme est longtemps revenue à l'Inde qui pratiquait les tarifs les moins chers (de 20 000 à 30 000 euros tout de même, dont une bonne partie échappait aux mères porteuses) avant que le pays ne ferme ses portes aux étrangers. Les États américains qui acceptent la gestation pour autrui sont référencés comme les plus chers (environ 40 000 euros pour la mère porteuse mais au total l'opération avoisinerait les 150 000 euros), mais aussi les plus sûrs.

tation de la misère des mères (la cohorte des mères porteuses indiennes qui œuvrent – ou plutôt œuvraient –¹, dans ces conditions indignes, pour combler les désirs d'occidentaux aisés); les risques sanitaires pour la mère, en particulier lorsque sont encouragées, pour des motifs économiques (rendement de l'opération), l'implantation excessive d'embryons ou les grossesses à répétition; la violence psychique de l'abandon contractuellement ou même judiciairement imposé à la naissance; l'enrichissement d'intermédiaires (agences, mais aussi juristes qui rédigent les contrats...) plus ou moins regardants sur la provenance des enfants ou les conditions de vie des mères (bien souvent les mères porteuses ne touchent qu'une faible partie des sommes versées par le couple d'intention); le risque d'eugénisme (sélection sur catalogue des ovocytes de la donneuse; réduction embryonnaire permettant de choisir le sexe de l'enfant); l'encouragement des trafics d'enfants (mieux vaut aujourd'hui « maquiller » une adoption qui ne respecterait pas les règles de l'adoption internationale sous la bannière d'une convention de gestation pour autrui; ou recourir à une gestation pour autrui avec double don de gamètes); les stratagèmes de certaines mères de substitution qui n'hésitent pas à promettre à plusieurs couples l'enfant qu'elles portent, pour améliorer la rentabilité de l'opération²; l'abandon des enfants « non conformes »³ (les contrats de gestation pour autrui peuvent imposer aux parents d'intention d'accueillir l'enfant quels que soient les malformations ou le handicap qui pourraient l'affecter, mais derrière les mots, l'exécution forcée du contrat est-elle réaliste?).

1. Ou plutôt œuvraient car l'Inde a fermé la voie de la gestation pour autrui aux couples étrangers.

2. V. les faits édifiants de T. corr. Blois, 22 mars 2016, JurisData n° 2016-006174; *Dr. fam.* 2016, ét. 18, « L'interdiction de la gestion pour autrui : quelles qualifications pénales, quelles victimes ? », Guérin. L'espèce illustre fort bien les dérives liées à la marchandisation du corps humain et de l'enfant : la mère porteuse avait mis sur pied un système très lucratif. Après avoir rencontré, via internet, un couple d'homosexuels, elle accepte une insémination artisanale contre rémunération, mais déclare au couple que l'enfant est décédé lors de l'accouchement. Elle remet en réalité, contre compensation financière, l'enfant à un autre couple homosexuel, contacté quelque mois auparavant, auquel elle avait déclaré ne plus vouloir d'un enfant soit-disant issu d'une relation extraconjugale (il s'avérera en réalité que l'enfant était issu du couple de la gestatrice). Elle récidive avec un troisième couple d'homosexuels et reprend les étapes du scénario : insémination artisanale contre rémunération; déclaration au couple que l'enfant est mort-né; remise de l'enfant contre compensation financière à un autre couple contacté auparavant. Les écoutes réalisées lors de l'enquête révèlent qu'elle était encore en négociation avec trois couples différents en vue d'une GPA, afin d'en tromper deux et de ne remettre l'enfant qu'à un seul. La mère porteuse est condamnée à un an d'emprisonnement avec sursis pour escroquerie et les couples ayant eu recours à la mère porteuse sont condamnés à 2 000 euros avec sursis par conjoint pour provocation à l'abandon d'enfant. V. aussi l'affaire de la petite Donna (sur laquelle M. Lamarche, « Le prix de la filiation ou le prix du bonheur ? », *Dr. famille* 2008, alerte 43) : l'enfant, conçue par insémination avec le sperme du futur père pour 8 000 euros, est cédée à un autre couple plus offrant (15 000 euros), la mère porteuse ayant annoncé aux commanditaires une fausse couche.

3. V. l'affaire *Gammy*, très médiatisée : enfant trisomique née en Thaïlande avec une sœur jumelle en bonne santé; seule cette dernière a été acceptée par les commanditaires australiens.

Les arguments de liberté, de disponibilité de soi, de dignité, et d'égalité, parfois invoqués au soutien de la levée de la prohibition ne sont pas plus convaincants. La liberté de la femme est étonnamment mise en avant, alors que c'est bien à un asservissement procréatif qu'une légalisation risque de conduire¹. La disponibilité de son corps par la femme est quant à elle bien mal interprétée : la libre disposition du corps concerne le rapport de soi à soi ; le corps humain reste en revanche bien indisponible, en principe, dans le rapport juridique à autrui², sauf nécessité légitime (ainsi du don d'organe)³. Quant à la dignité de la personne, elle empêche de donner un prix à l'homme ou de le traiter comme une chose ; or c'est bien à cela que conduit la maternité pour autrui, qui transforme la femme en un ventre⁴, et l'enfant en une chose à fabriquer, *a fortiori* bien sur s'il y a rémunération de la mère porteuse. Quant à l'égalité, elle est un grossier alibi. La doctrine s'étonne que soit interdite la gestation pour autrui alors que le don de sperme et d'ovule sont autorisés par la loi⁵ : il y aurait discrimination homme/femme puisque la loi autoriserait ainsi la paternité pour autrui, mais non la maternité pour autrui ; il y aurait discrimination entre femmes stériles, puisque la loi offrirait un « remède » aux femmes qui sont inaptes à concevoir un enfant avec leurs propres ovules (don d'ovule ou don d'embryon), mais refuserait son assistance à celles qui ne peuvent porter un enfant. Mais c'est faire un contresens sur la notion d'égalité, qui n'impose pas de traiter également les choses inégales, que de l'invoquer ici : le recours au sperme d'autrui ou à l'ovule d'une donneuse est sans rapport avec le recours à une femme porteuse. La gestation est lourde de signification, pour tous : pour les adultes, la mère porteuse avant tout, mais aussi la mère d'accueil, ou le père d'accueil, ou le conjoint ou concubin de la mère porteuse ; pour les enfants aussi, l'enfant ainsi conçu avant tout, mais aussi les autres enfants de la mère porteuse. On connaît l'importance des échanges intra-utérins ; on sait les désastres psychologiques que l'accouchement sous X cause chez les enfants qui en sont vic-

1. La maîtrise scientifique de la procréation lui a permis d'être libérée d'une maternité imposée. Faut-il l'asservir désormais aux désirs des autres, à l'argent, au besoin de reconnaissance, etc ? On s'accorde à dire que la motivation des femmes candidates est difficile à cerner, et que le risque de pression morale (de l'entourage, d'une amie, du besoin de reconnaissance, etc) ou matérielle (perspective financière) est considérable. La liberté de refuser de porter un enfant pour autrui sera certainement menacée, comme l'est aujourd'hui la liberté de ne pas donner d'organe... En outre, la liberté de la femme porteuse sera entamée, une fois l'enfant conçu, dans une perspective sanitaire.

2. Sur cette distinction, v. Fabre-Magnan, *Revue Droits*, t. 48, La liberté du consentement, p. 43, Le sadisme n'est pas un droit de l'homme, D. 2005. 2979.

3. Elle fait défaut ici. Qu'il soit légitime de vouloir remédier à la souffrance des couples stériles est acquis (il est en revanche douteux qu'il y ait « nécessité » ; mais on admet déjà le don de gamètes à cette fin). Mais le principe de proportionnalité doit être respecté ; or les inconvénients attachés à l'acte l'emportent nettement sur les avantages en résultant.

4. Étrangement, les féministes qui ont protesté contre « l'empire du ventre », qui réduisait la femme autrefois à sa fonction procréative (Iacub), se disent favorables à cette pratique.

5. Depadt-Sebag, De la nécessité d'une réforme de l'art. 16-7 C. civ. relatif à l'interdiction de la gestation pour autrui, *RGDM* 2004, n° 12, p. 135 s.

times ; on sait combien la conception et la gestation engagent une femme au plus profond d'elle-même. Un don d'enfant est sans commune mesure avec un don de sperme ou d'ovule. Parce que la « conception » pour autrui ne peut, raisonnablement, être assimilée à la « gestation » pour autrui, l'argument de discrimination ne tient pas.

Quant aux arguments de droit comparé¹ et d'histoire², parfois mis en avant pour appuyer la levée de l'interdiction, ils sont réversibles. Certains pays tolèrent certes (Belgique, Danemark, Pays-Bas), ou reçoivent explicitement cette pratique, à des conditions variables (notamment : la Grèce, le Royaume-Uni, la Russie, l'Ukraine, la Géorgie, L'Albanie, certaines provinces du Canada, quelques États américains minoritaires, Israël, certains pays d'Asie du Sud-Est comme l'Inde et la Thaïlande, mais qui ont fermé leurs frontières aux étrangers devant les débordements constatés) : c'est oublier tous ceux qui la rejettent, et ils sont tout aussi nombreux (parmi d'autres : l'Allemagne, l'Autriche, l'Italie, l'Espagne, la Suisse, la Suède, la Finlande, l'Islande, l'Estonie, la Serbie, la Slovaquie, la Bulgarie, la Croatie, la Moldavie, le Monténégro, Malte, la Turquie, le Québec et la majorité des États américains)³. La maternité pour autrui aurait été pratiquée dans la Rome antique, et la Bible en donnerait des exemples : c'est oublier que le temps a passé depuis, que le statut de la femme, de l'enfant et de la filiation en droit français contemporain n'a guère de rapport avec celui qui caractérisait ces temps anciens, et que les exemples bibliques attestent le lien entre maternité pour autrui et servitude⁴.

On objectera certes qu'il s'agirait précisément, en construisant les contours d'une gestation pour autrui éthique (sans rémunération, respectant le choix de la mère porteuse de conserver l'enfant à la naissance, si elle le souhaite), de lutter contre les travers liés à la marchandisation du corps de la mère et de l'enfant à naître. Mais l'encadrement est utopique. La pénurie des mères porteuses conformes à cette éthique exigeante encouragera les débordements, qu'il soient internes (versements occultes, gestations opaques) ou, plus simplement externes⁵ : à partir du moment où la Cour de cassation admet, sans aucune restriction, la réception en

1. Sur lequel v. not. Granet-Lambrechts, *Maternités de substitution, filiation et état civil, Panorama européen*, *Dr. fam.* 2007. Étude 34 ; *Gestation pour autrui : subrogate motherhood*, Académie de droit international, dir. Monéger, Société de législation comparée, 2011. V. aussi, CCNE, avis n° 126, 15 juin 2017, préc., annexe X.

2. Strum, *La maternité pour autrui dans l'Antiquité, Droit, administration et justice*, Mélanges en l'honneur des professeurs Allemand-Gay et Gay, PU Nancy, 2011, p. 607.

3. On oublie souvent aussi de préciser que c'est le silence qui prévaut souvent, ou un encadrement extrêmement strict.

4. C'est à une servante égyptienne, Agar, que Sarah recourt pour donner Ismaël à Abraham. C'est aussi à sa servante, Bilha, que Rachel demande de donner un enfant à Jacob.

5. En ce sens M. Fabre-Magnan, *D.* 2013. 2384, citant l'exemple de l'Angleterre qui a réglementé strictement la gestation pour autrui, mais ne peut trouver suffisamment de femmes consentant à ne pas être rémunérées, les tribunaux ayant dû, en conséquence, baisser leur seuil de tolérance et valider toutes les gestations pour autrui qui continuent à être largement délocalisées.

droit interne de la filiation des enfants nés de gestation pour autrui à l'étranger, qu'elles qu'en soient les conditions (et comment pourrait-on faire autrement dès lors que cette reconnaissance se fait au nom de l'intérêt de l'enfant qui ne sera jamais coupable des conditions de gestation indignes acceptées par ses parents ?), les parents d'intention continueront à aller chercher, à l'étranger, ce qu'ils ne pourront trouver ici (le choix de la donneuse d'ovocytes ; une plus grande docilité de la mère porteuse avec, derrière, la certitude d'obtenir l'enfant ; des défraiements moins onéreux, car le principe de gratuité n'interdit pas le remboursement des frais qui, en France pourraient s'avérer beaucoup plus élevés que dans un pays dans lequel les femmes se contenteront d'un confort et d'un suivi médical sommaire). Il resterait également, si on admettait la gestation pour autrui en droit interne, à réglementer les clauses des conventions de mère porteuse, dont beaucoup ne font pas bon ménage avec les droits fondamentaux (les modèles de conventions pratiquées dans les États américains qui admettent la gestation pour autrui sont assez édifiants¹ : encadrement des relations sexuelles de la mère porteuse – monogamie, voir abstinence contractuellement imposée – ; encadrement de la liberté d'aller-et-venir – « assignation à résidence » en fin de grossesse ; contrôle de l'alimentation – prohibition de l'alcool, mais aussi de certains aliments à risque – et de certaines pratiques – cigarettes, sports à risque – ; sans compter la délicate question de l'avortement (la mère porteuse devrait conserver la liberté d'avorter discrétionnairement, ou de ne pas avorter, quand bien même l'enfant serait atteint de malformations ou d'un handicap sérieux, mais les clauses de contrats des mères porteuses américaines ne respectent pas toujours cette liberté fondamentale de la gestatrice²).

Le combat pourrait sembler d'arrière-garde à l'heure où il est si aisé de contourner l'interdit en se rendant à l'étranger. Il faut pourtant se garder de céder à la politique du fait accompli et repousser la tentation de sacrifier nos valeurs à la loi du marché. Quand bien même l'interdit deviendrait-il symbolique, il mériterait d'être maintenu, et même renforcé (par un accroissement des sanctions pénales ?).

Il ne faut pas négliger, en effet, les conséquences que cette légalisation produirait à terme. Le droit est matière systématique, où les dispositions retentissent les unes sur les autres. La légalisation de la maternité pour autrui est susceptible de produire plusieurs effets de « domino ». La maternité pour autrui entamerait en premier lieu profondément l'indisponibilité de la filiation : traditionnellement, la filiation est une structure non négociable, qui permet de situer les personnes les unes par rapport

1. V. notamment F. Bellivier, C. Noiville, « Le contrat de mère porteuse : émancipation ou aliénation ? », *Rev. des contrats* 2008/2, 545. Adde, CCNE, avis n° 126, 15 juin 2017, annexe 8.

2. Les clauses des contrats de mères porteuses américaines prévoient pourtant le plus souvent des engagements contraires à cette liberté fondamentale : engagement de ne pas avorter sauf si la vie de la mère est en danger ; inversement, engagement d'accepter des réductions embryonnaires ou un avortement en cas de grave malformations de l'enfant.

aux autres ; la légalisation de la maternité pour autrui ne pouvant se faire par l'intermédiaire d'un tiers, comme dans le cas du don de gamètes, il faudrait nécessairement valider l'accord privé directement conclu entre un couple d'accueil et une mère porteuse¹. Elle pèserait en deuxième lieu fortement sur les règles de l'adoption : pourrait-on interdire le contrat d'adoption anticipé ? ; comment continuer d'imposer la remise de l'enfant à l'Aide sociale à l'enfance lorsqu'il a moins de deux ans ? Elle remettrait en question, en troisième lieu, diverses règles de l'assistance médicale à la procréation : la conclusion d'un contrat interdisant tout anonymat, on se demande ce que deviendrait ailleurs la règle actuelle de l'anonymat ? ; de même, la faculté de rétractation de la mère porteuse ne risquerait-elle pas d'affaiblir le caractère irrévocable du don de gamètes ?

2. Réception de la filiation de l'enfant issu d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger

346 *Gestation pour autrui pratiquée à l'étranger. Filiation de l'enfant établie à l'étranger. Transcription en France* ◇ Pour contourner l'interdit légal, les français se rendent à l'étranger dans des pays qui admettent cette opération (hier l'Inde, la Thaïlande, aujourd'hui l'Ukraine, la Russie, la Géorgie, la Californie...) ². Le plus souvent, ils font établir à l'étranger la filiation de l'enfant à leur égard conformément au droit du pays en question, puis, rentrés en France, sollicitent la transcription de la filiation sur les registres d'état civil français.

Cette transcription suppose l'autorisation du procureur de la République. En vertu de l'article 47 du Code civil, les actes de l'état civil étrangers font certes foi en principe en France ; mais le texte excepte l'hypothèse où des éléments indiquent que « cet acte est irrégulier, falsifié, ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité ». La preuve en question, difficile, n'est pas impossible : il peut s'agir de voyages fréquents à l'étranger, et des indications données par leur date ; il peut s'agir aussi des mentions même de l'acte étranger. En cas de doute, le parquet du tribunal de Nantes peut être saisi ; il refuse alors de transcrire, ou transcrit l'acte pour en demander ensuite l'annulation, non pour inexactitude ou irrégularité, mais pour fraude aux règles d'ordre public françaises.

La Cour de cassation, saisie de la question, est à l'origine d'une jurisprudence contrastée, pour ne pas dire torturée : après avoir, dans un premier temps, refusé une telle transcription pour violation des principes essentiels du droit français et fraude à la loi française, elle a été contrainte, à la suite d'une condamnation de la Cour européenne des droits de l'homme,

¹ C.1. Sauf à imaginer des établissements procédant à la sélection anonyme de femmes porteuses, les soumettant à des tests médicaux, veillant à leur bonne santé pendant la gestation, assurant l'accouchement, délivrant ensuite l'enfant au couple d'accueil, voire assurant le service après-vente... Bref ce qu'on espère rester de la science fiction !

² Sur ces États, v. ss 845.

d'opérer une volte-face radicale : non seulement la transcription partielle de l'acte étranger est admise à l'égard du père biologique, mais encore, la père ou la mère d'intention est autorisé à adopter l'enfant issu de la gestation pour autrui. C'est donc l'ensemble de la filiation liant l'enfant à ses parents d'intention qui est désormais reçue en droit français, ce qui altère fortement l'effectivité de la prohibition de la gestation pour autrui.

847 Premier acte : le refus de la transcription au nom de l'ordre public international et de la fraude ◊ Le 17 décembre 2008, d'abord, la Cour de cassation cassait un arrêt d'appel qui avait rejeté l'action en nullité du ministère public au motif qu'il n'avait ni contesté l'opposabilité du jugement d'adoption, ni l'acte d'état civil étranger. Selon elle, « les énonciations inscrites sur les actes d'état civil ne pouvaient résulter que d'une convention portant sur la gestation pour autrui, de sorte que l'intérêt à agir en nullité des transcriptions » existait¹.

Le 6 avril 2011², ensuite, la Cour de cassation rendait trois décisions fixant sa doctrine en la matière. Le point de départ du raisonnement consistait à affirmer « 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 ». À ce point de départ, elle avait rattaché deux conséquences. Elle avait d'abord considéré « 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, lorsque celle-ci comporte des dispositions qui heurtent des principes essentiels du droit français », ou encore qu'il convenait d'annuler la transcription sur les registres d'état civil français d'actes de naissance établis en application de décisions judiciaires étrangères « contraires à la conception française de l'ordre public international » en ce qu'elles « donnent effet à une convention de cette nature ». Elle avait ensuite retenu que « la possession d'état de Y... à l'égard (du couple d'intention) ne pouvait produire aucun effet quant à l'établissement de sa filiation », si bien que la demande en transcription de l'acte de notoriété constatant la possession d'état à l'égard du couple d'accueil, ou la demande subsidiaire en constatation judiciaire de la possession d'état existant à l'égard du père d'accueil, devaient être rejetées.

1. Defrénois 2009. 38910, Massip ; RTD civ. 2008. 93, Hauser ; RTD civ. 2009. 106, Hauser ; D. 2009. 166 ; *ibid.* 332 ; *ibid.* 340 ; *ibid.* 778 ; *ibid.* 1557 ; *ibid.* 2010. 604 ; AJ fam. 2009. 81 ; Rev. crit. DIP 2009. 320 ; AJDI 2009. Comm. 9 ; JCP 2009. II. 10020 ; *ibid.* 10021, d'Avout ; Dr. fam. 2009. Comm. 15 ; Procédures 2009, n° 52.

2. Audience publique du mercredi 6 avr. 2011, pourvoi n° 09-664866, 10-19053, 09-17130, D. 2011. 1522. Pour les références relatives aux décisions rendues dans ces trois espèces, v. D. 2011. 1522, Berthiau et Brunet ; Dr. fam. 2011. Étude 14 ; RTD civ. 2011. 340, Hauser ; AJ fam. 2011. 262, Chénéde ; Revue critique DIP 2011. 722, Hammje ; D. 2011. 1585, obs. Granet-Lambrechts.

Il n'y avait guère à critiquer l'affirmation selon laquelle la convention était contraire à l'ordre public, et notamment à l'indisponibilité de l'état¹ : tout au plus pouvait-on regretter l'abandon de l'indisponibilité du corps humain² (ou l'absence d'invocation du principe de dignité de la personne humaine). Il n'y avait guère, non plus, à critiquer l'exclusion de l'ordre public atténué : il y avait ici une proximité de l'espèce avec la France qui justifiait aisément le jeu de l'ordre public plein³. Restait en revanche à préciser la portée qu'un tel fondement donnait à la sanction. Ce n'était pas le caractère exact ou mensonger de la filiation considérée qui fondait la nullité de l'acte qui l'établissait, ou le refus de dresser un acte susceptible de l'établir, mais seulement le fait qu'un tel acte « donnait effet » à la convention. Et une telle justification était susceptible de jouer aussi bien contre une adoption⁴, que contre les modes de preuve de la filiation « selon la nature »⁵, et ce quel que soit le mode de preuve considéré : acte de naissance, reconnaissance, possession d'état⁵, décision de justice. La sanction valait donc aussi bien contre la filiation maternelle que contre la filiation paternelle : n'était-ce pas « donner effet » à la convention de mère porteuse que de faire établir la paternité du père d'accueil ? Peu importait, par conséquent, qu'il soit génétiquement le père de l'enfant (pourvoi nos 09-17130, 10-19053)⁶.

1. L'existence d'exceptions ne doit pas faire oublier que le principe perdure dans la filiation « charnelle » : v. ss 581.

2. On regrette que l'indisponibilité du corps humain ait été abandonnée par la Cour de cassation. Peut-être a-t-elle été convaincue, à tort, du lieu commun doctrinal selon lequel la loi de 1994 n'aurait retenu qu'une indisponibilité à titre onéreux du corps humain, alors que la loi s'est bornée à poser le principe de gratuité pour les opérations exceptionnellement autorisées par le Code de la santé publique ; pour le reste, rien n'a changé, en ce sens que le corps humain n'est pas devenu une chose dans le commerce, et dont on pourrait disposer. Sans doute a-t-elle également confondu l'autonomie corporelle du sujet (qui fonde sa liberté de comportement corporel) et la disponibilité juridique du corps (qui supposerait d'admettre sa qualification de chose dans le commerce susceptible d'être « objet » de convention).

3. Les espèces différaient très nettement de l'espèce traitée par la Cour de cassation le 8 juill. 2010, lorsqu'elle a permis l'exéquatour d'un jugement étranger prononçant l'adoption de l'enfant par la partenaire de la mère biologique, où l'adoptante était française mais la mère biologique américaine, et où les deux femmes vivaient aux États-Unis : *D.* 2010. 1787 ; *ibid.* 2011. 1383 ; *Aj fam.* 2010. 387 ; *ibid.* 394 ; *RTD civ.* 2010. 547 ; *RJPF* 2010-9/3 ; *Dr. fam.* 2010, n° 156 ; *Defrénois* 2011. 39230 ; *Chenet* 2011. 4 ; *JCP* 2010, n° 1173 ; *Dr. fam.* 2010. Comm. 156. Pour la même solution en cas d'adoption plénière par un couple non marié vivant au Royaume Uni, Paris, 24 févr. 2011, *Dr. fam.* 2011. Comm. 87. Sur quoi, v. ss 846, *in fine*.

4. Sur quoi, Ass. plén., 31 mai 1991, v. ss 842.

5. Peu importait donc l'absence ou la présence des éléments constitutifs de la possession, ou ces vices éventuels. La doctrine faisait valoir que la possession d'état n'est que situation de fait, et que l'ordre public devait rester sans effet à son encontre : *D.* 2011. 1522. C'était oublier qu'une situation de fait illicitement constituée ne peut produire effet. Admettrait-on, ainsi, l'établissement d'une filiation incestueuse par la possession d'état, lorsque le lien est déjà établi à l'égard d'un des auteurs de l'enfant ?

6. On note d'ailleurs, en ce sens, que dans l'une des affaires jugées par la Cour de cassation, la nullité de la transcription, et l'inefficacité de la possession d'état, concernaient en même temps la filiation maternelle et la filiation paternelle. Comp. pourvoi n° 09-66486 : la nullité n'avait été demandée que pour la transcription de la filiation maternelle ; la Cour de cassation

Cette ligne, qualifiée de « dure », de la Cour de cassation a été confirmée de manière plus tranchée encore dans deux arrêts, en date du 13 septembre 2013¹. Était en cause en l'espèce la transcription d'actes de naissance indiens, qui désignaient pour père, le père biologique de l'enfant, et pour mère, la mère porteuse (aucune mère d'intention n'était en jeu, le père ayant eu recours seul à la gestation pour autrui). La Cour y troque l'argument de la contrariété à l'ordre public international contre celui de la fraude. Elle juge en effet, au visa de articles 16-7, 16-9 et 336 du Code civil, qu'« en l'état du droit positif, est justifié le refus de transcription d'un acte de naissance fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays lorsque la naissance est l'aboutissement, en fraude à la loi française, d'un processus d'ensemble comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui, convention qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public selon les termes des deux premiers textes susvisés ». Elle y approuve surtout l'annulation de la reconnaissance effectuée par le père d'intention, qui était aussi le père biologique de l'enfant : « l'action en contestation de la paternité exercée par le ministère public pour fraude à la loi, fondée sur l'article 336 du Code civil, n'est pas soumise à la preuve que l'auteur de la reconnaissance n'est pas le père au sens de l'article 332 du même Code ». Elle conclut « (qu)'en présence de cette fraude, ni l'intérêt supérieur de l'enfant que garantit l'article 3, paragraphe 1, de la Convention internationale des droits de l'enfant, ni le respect de la vie privée et familiale au sens de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne sauraient être utilement invoqués ». La position de la Cour de cassation est sans ambiguïté : la fraude résultant du recours, par un français, à l'étranger, à une mère porteuse, corrompt l'ensemble de la filiation : c'est donc aussi bien l'établissement du lien de filiation avec la mère d'intention (qui n'était pas en cause ici), que l'établissement du lien de filiation avec le père biologique qui est prohibé, et ce y compris en application des modes d'établissement de la filiation charnelle.

848 *Appréciation critique* ♦ La position adoptée par la Cour de cassation en 2013 a suscité de virulentes critiques, non pas tant en raison de la caractérisation de la fraude, qu'en raison des conséquences jugées excessives auxquelles elle conduisait. L'existence même de la fraude à la loi française paraît difficile à nier, dans ces hypothèses « de délocalisation

relève que c'est à bon droit que la cour d'appel a noté que « la transcription sur les registres d'état civil français devait être, dans les limites de la demande du ministère public, rectifiée par voie de suppression de la mention de M^{me} Y... en tant que mère ». Ce qui tend implicitement à admettre que la nullité aurait également pu être demandée relativement aux énonciations concernant le père.

1. Civ. 1^{re}, 13 sept. 2013, n° 12-30138 et n° 12-18.315 : *Rev. critique DIP* 2013. 909, Hamme ; *D.* 2013. 2384, Fabre-Magnan ; *Dr. fam.* 2013, comm. 51, Neirinck ; *AJ fam.* 2013. 579, Chénédy ; H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, Dans les limbes du droit, à propos de la situation des enfants nés à l'étranger avec l'assistance d'une mère porteuse, *D.* 2013. 2349.

procréative »¹, dans lesquelles le seul élément d'extranéité tient, pour les requérants, au transport sur le sol d'un pays acceptant la pratique refusée en France². On en retrouve les éléments caractéristiques³ : l'élément légal – la règle obligatoire sciemment tournée, à savoir la prohibition, par l'article 16-7, des conventions de gestation pour autrui – ; l'élément intentionnel – la volonté de contourner la loi française, les requérants se rendant à l'étranger dans l'unique but de recourir à une mère porteuse, sans entretenir par ailleurs aucun lien avec le pays autorisant cette pratique – ; et, enfin, l'élément matériel – utilisation d'un moyen licite (usage de la liberté de circulation) dans le but d'obtenir le résultat illicite –. On pourrait certes être tenté d'objecter qu'aucun artifice n'a été employé par les intéressés. Mais ce serait oublier que la fraude en droit international privé ne résulte pas nécessairement de la manipulation des critères de rattachement ou des catégories juridiques mais repose, plus largement, sur « le glissement délibéré de la situation du fraudeur de l'empire d'une loi à celui d'une autre loi »⁴. La fraude a en effet deux visages : le fraudeur peut « soit modifier les éléments qui conditionnent la solution rendue en application de la loi normalement compétente, soit s'extraire de champ d'application de la loi normalement compétente pour se soumettre à l'empire d'une autre loi »⁵. C'est justement ce second visage de la fraude qui était à l'œuvre dans les affaires litigieuses. Le raisonnement pouvait, également, être mené sur le terrain de l'ordre public international, comme l'avait fait la Cour de cassation dans les arrêts de 2011 : il était bien question, en effet, de la reconnaissance de situations juridiques⁶ valablement constituées à l'étranger (jugement, acte d'état civil), reconnaissance à laquelle les principes essentiels du droit français pouvaient assurément faire obstacle (il ne fait pas de doute que la prohibition de la gestation pour autrui, interdit fondamental, participe de ces principes essentiels). Mais l'invocation de la fraude a une force que celle

1. J. Mouly, D. 2014. 2419.

2. Ce qui ne serait pas le cas d'une GPA obtenue à l'étranger par des parents d'intention ayant lors de celle-ci un lien avec l'État, par leur nationalité ou résidence, et qui introduirait ensuite leur situation en France, des années plus tard : v. P. Hammje, *Rev. critique DIP* 2013. 909.

3. Pour un raisonnement équivalent en matière d'insémination artificielle avec donneur pratiquée, à l'étranger, par un couple de femmes, v. ss 791.

4. B. Ancel, Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de DIP*, 5^e éd., 2006, Dalloz, n° 6. Adde P. Francescakis, Y. Lequette, De la « proximité » au « fait accompli », *Mélanges P. Mayer*, spéc. n° 23 : la fraude à la loi s'entend de « l'internationalisation artificielle d'une situation pour tourner les prohibitions du droit interne ».

5. J. Guillaumé, *JDI Chumet*, n° 1, janv. 2014, comm. 1 ; V. aussi P. de Vareilles-Sommières, v° Fraude à la loi, *Rép. dr. international Dalloz*, n° 19 : « ce qui doit retenir l'attention en matière de fraude à la loi, c'est la relation entre la situation litigieuse et la règle de droit privée fraudée. La règle de conflit de lois n'est pas au centre du phénomène de la fraude à la loi, mais n'y intervient que parce qu'elle est un outil – d'importance certes, mais en concurrence avec d'autres – qui conditionne la fixation, pour les particuliers, du domaine d'application des lois de droit privé dans les relations internationales ».

6. À la différence de l'hypothèse de l'adoption des enfants issus d'une IAD pratiquée à l'étranger, dans laquelle seule une situation de fait est importée en France, v. ss 791.

de l'ordre public international ne peut atteindre. Le jeu de l'ordre public permet seulement, en effet, de refuser d'importer en France la filiation issue des seuls actes d'état civil étrangers, mais n'interdit nullement aux parents d'intention, et en particulier au père biologique, d'établir le lien de filiation de manière autonome, en prenant appui sur les règles internes d'établissement de la filiation, et en particulier sur la reconnaissance. La fraude ferait obstacle, au contraire, à la consécration, même indirecte, du lien de filiation avec l'enfant, fruit de la fraude, quand bien même ce lien serait conforme à la vérité biologique, ce que la Cour de cassation a précisément jugé en 2013.

Tel est précisément le point qui a suscité les crispations de la doctrine. On a avancé que l'enfant, qui n'en est rien responsable des agissements de ses parents, deviendrait un « fantôme de la République », qu'il plongerait dans les « limbes du droit »¹ ou serait même apatride. Il ne faut sans doute pas noircir à l'excès le sort subi par l'enfant, à l'issue des arrêts de 2013² : l'enfant de la gestation pour autrui n'était nullement arraché à ses parents d'intention, avec lesquels il était autorisé à vivre librement en France; il était autorisé à regagner le territoire français, le Conseil d'État ayant imposé la délivrance aux parents d'intention d'un document de voyage permettant à l'enfant de gagner territoire français³; les parents d'intention pouvaient se prévaloir de l'acte d'état civil étranger, pour établir leur qualité parentale pour l'inscription à la crèche, à l'école, pour le suivi médical de l'enfant (sécurité sociale) et l'ensemble de leurs démarches administratives⁴... Une circulaire du 25 janvier 2013⁵ avait même enjoint aux greffiers en chef des tribunaux d'instance de délivrer aux enfants nés de gestation pour autrui à l'étranger un certificat de nationalité française,

1. Ph. Malaurie, H. Fulchiron, *Droit de la famille*, n° 1036; H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, « Dans les limbes du droit, à propos de la situation des enfants nés à l'étranger avec l'assistance d'une mère porteuse », *D.* 2013. 2349.

2. V. sur ce point F. Chénéde, *AJ fam.* 2013. 579.

3. CE, 4 mai 2011, n° 348778, *Ministre d'État, ministre des affaires étrangères et européennes c/ Morin*, *D.* 2011. 1995, Bonfils et Gouttenoire; 1432, obs. Granet-Lambrechts; *RTD civ.* 2011. 530, obs. Hauser. Dans le même sens, CE, ord., 3 août 2016, n° 401924 : *D.* 2017. 1011, Gaudemet-Tallon; *Dr. fam.* 2016, com. 202, Fulchiron; *AJ fam.* 2016. 407, Dionisi-Peyrusse, qui impose la remise, à titre provisoire, d'un document de voyage, permettant à un enfant né par GPA en Arménie d'entrer sur le territoire français, avec sa seule mère d'intention, désignée dans l'acte de naissance étranger. Le Conseil d'État ne statue ni sur la nationalité ni sur la filiation de l'enfant (non établie en droit interne à l'égard de la mère d'intention), mais s'appuie sur la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant.

4. Le refus de transcription de la filiation établie à l'étranger sur les registres français ne supprimait pas, en effet, la filiation établie selon le droit étranger : tant et si bien que, lorsque les parents en question avaient besoin de justifier d'un « titre » pour se prévaloir de leur qualité parentale, ils pouvaient produire l'acte de naissance étranger. V. sur cette question, B. Ancel, *L'épreuve de vérité*. Propos de surface sur la transcription des actes de naissance des enfants issus d'une gestation pour autrui délocalisée, *Mélanges Courbe*, Dalloz 2012. 1.

5. Circ., 25 janv. 2013, n° JUSC1301528C : *Dr. fam.* 2013, comm. 42, Neirinck; Binet, *Circulaire Taubira*. Ne pas se plaindre des conséquences dont on hérite les causes, *JCP G* 2013. 161; Mathey, *Entre illusions et contradictions*, *JCP G* 2013. 162, ce qui permettait aux enfants d'obtenir une carte d'identité, un passeport.

« le seul soupçon du recours à une telle convention conclue à l'étranger ne (pouvant) suffire à opposer un refus aux demandes de CNF dès lors que les actes de l'état civil local attest(aient) du lien de filiation avec un Français (...) »¹. La vie quotidienne des parents d'intention n'était donc nullement paralysée par l'absence de transcription des actes, raison pour laquelle, d'ailleurs, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé, dans les arrêts *Mennesson* et *Labassée* du 26 juin 2014², qu'aucune atteinte à la vie familiale de fait des parents n'était caractérisée. Il reste vrai, en revanche, que les enfants ne bénéficiaient d'aucune vocation successorale dans la succession de leurs parents et qu'ils ne disposaient que d'une nationalité française précaire, reconnue provisoirement sur la base d'une circulaire contestée (mais validée ultérieurement par le Conseil d'État)³. Mais cette situation préjudiciable n'était-elle pas imputable, avant tout, aux agissements inconséquents de leurs parents qui avaient accepté, en connaissance de cause, de leur faire courir le risque juridique d'une naissance non reconnue en droit français⁴ ? Surtout, cette situation boiteuse n'était-elle pas la rançon de la préservation de l'efficacité de l'interdiction de la gestation pour autrui ? Il y a en effet quelque hypocrisie à accueillir le fruit de pratiques qu'on estimerait indignes à l'intérieur de nos frontières. Quant à l'argument de l'intérêt de l'enfant, il est réversible, si on accepte de se déporter de la logique du cas particulier : s'il était certainement de l'intérêt de l'enfant, dans les cas concrets soumis aux juridictions, de voir reconnaître juridiquement le lien de filiation qui l'unissait à ceux qui se comportaient, en fait, comme ses parents, est-il de l'intérêt de l'enfant, apprécié abstraitement cette fois-ci, d'encourager les pratiques dont il est issu⁵ ? Il ne faut pas perdre de vue, en effet, les raisons pour lesquelles le législateur français a posé l'interdit, raisons que la détresse du cas particulier n'efface pas : est-il de l'intérêt de l'enfant, en général, de favoriser des naissances dans des conditions qui portent atteinte à sa sécurité physique,

1. Circulaire dite « Taubira » du 25 janv. 2013. Il est vrai que ladite circulaire avait suscité, à l'époque, beaucoup d'émoi, comme permettant de contourner indirectement l'interdiction de la gestation pour autrui et que l'attribution de la nationalité française, même provisoire, sans établissement du lien du lien de filiation qui la justifiait, pouvait sembler fragile. Mais *quid* si seule la mère d'intention, et pas le père biologique, est française ?

2. CEDH, 26 juin 2014, n° 651192/11, *Mennesson c/ France* et n° 65941/11 *Labassée c/ France*.

3. CE, 12 déc. 2014, n° 367324, n° 366989, n° 366710, n° 365779, n° 367317 et n° 368861, *Ass. Juristes pour l'enfance et a.*, D. 2015. 352, avis Domino, *ibid.*, 357, Fulchiron et Bidaud-Garon.

4. En ce sens, F. Chénéde, *Aj fam.* 2013. 579 : « L'invocation des droits de l'homme (...) ne doit pas faire perdre de vue la réalité du contentieux : celle de ressortissants français qui n'hésitent pas à reprocher aux juges de faire l'application d'une loi qu'ils ont sciemment décidé de violer ; celle de requérants qui ne craignent pas de blâmer l'État d'une situation dont ils sont les premiers responsables ».

5. En ce sens, M. Fabre-Magnan, D. 2013. 2384 : « Est-il conforme à l'intérêt de l'enfant d'être traité comme un produit que l'on commande et que l'on cède ? ».

psychique et sociale, qui acceptent de le faire entrer dans le commerce juridique et autorisent le trafic d'enfants ?¹

À dire vrai, il n'est pas certain que la sanction de la fraude à la loi doive nécessairement s'accompagner d'une interdiction d'établir, en utilisant les modes de droit interne propres à la filiation charnelle (reconnaissance notamment), la filiation paternelle liant l'enfant à son père biologique². La fraude permet certainement de refuser l'établissement de la filiation de l'enfant, si cette filiation prétend se fonder sur la convention illicite (elle fait donc obstacle à la transcription des actes d'état civil étrangers qui s'adosent à cette convention), mais, au-delà, ne pourrait-on admettre que la filiation paternelle se fonde sur un autre titre? La fraude a pour sanction sa propre inefficacité, ce qui a pour conséquence, dans l'hypothèse d'une fraude à la loi, d'entraîner l'application de la loi contournée, à savoir la loi française. On se trouve, par conséquent, dans la même situation que si une gestation pour autrui illicite avait été accomplie sur le sol français. Or la jurisprudence – qui n'a pas clairement tranché la question – n'a jamais formellement interdit cet établissement, se contentant de faire obstacle à l'établissement du lien de filiation adoptif avec la mère d'intention. Il aurait été envisageable, en acceptant de continuer à raisonner sur le terrain de la fraude de reconduire la même solution: autoriser la reconnaissance paternelle, selon les modes de droit français, lorsque le père d'intention est aussi le père biologique de l'enfant; mais fermer la voie de tout établissement de la filiation à l'égard de la mère d'intention; y compris par le biais de l'adoption, l'adoption constituant alors la phase ultime du processus d'ensemble destiné à contourner la prohibition de la gestation pour autrui. La loi ne peut, certes, revenir sur le fait accompli (en l'occurrence la naissance de l'enfant), « mais elle peut refuser de le reconnaître et de lui faire produire effet »³. La Cour de cassation en abandonnant, sans nuances, le terrain de la fraude, s'est privée de cette voie et capitule pleinement devant le fait frauduleusement accompli.

Cet épisode de résistance à la transcription, réitéré dans un arrêt du 19 mars 2014⁴, n'aura, quoi qu'il en soit, guère duré: quelques années, tout au plus, le temps d'une condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme.

1. Sur les dérives de la gestation pour autrui et les raisons pour lesquelles l'interdit doit être maintenu en droit interne, v. ss 846.

2. En ce sens, s. Bollée, *Rev. critique DIP* 2014. 619, spéc. n° 9 et s., qui admet la caractérisation de la fraude, mais estime qu'elle ne devrait pas faire obstacle à l'établissement de la filiation paternelle. Il estime en revanche que l'adoption devrait être refusée, au nom de la fraude; à la mère d'intention: « l'adoption permettrait d'obtenir ce que la prohibition énoncée à l'article 16-7 du Code civil vise immédiatement à empêcher, à savoir que la volonté privée puisse organiser un déplacement de la qualité de mère d'une personne vers une autre, et ce conformément à un plan convenu avant la conception même de l'enfant. Il est donc raisonnable de l'empêcher, et l'exception de fraude est pour cela l'instrument idoine ».

3. J. Mouly, *D.* 2014. 2419.

4. Civ. 1^{re}, 19 mars 2014: *Rev. critique DIP* 2014. 619, Bollée; *D.* 2014. 905, Fulchiron et Bidaud-Garon; *RTD civ.* 2014. 330, Hauser; *AJ fam.* 2014. 244, obs. Chénéde.

849 **Deuxième acte : la condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme** ◊ La situation des enfants nés, à l'étranger, d'une convention de mère porteuse devait, tôt ou tard, émouvoir la Cour européenne des droits de l'homme¹. La sanction n'a pas tardé : dans deux arrêts, *Mennesson* et *Labassée*, en date du 26 juin 2014², la Cour européenne, passant outre les arbitrages nationaux, et restreignant la marge d'appréciation des États en la matière³, décide de condamner la France au nom de la violation de l'article 8 Conv. EDH, protégeant le droit au respect de la vie privée de l'enfant. Si elle estime que la vie familiale de fait des parents d'intention ne souffre pas, *in concreto*, d'une atteinte disproportionnée, compte tenu des aménagements apportés à la situation (les enfants et les parents d'intention vivent ensemble en France, dans des conditions proches des autres familles, et il n'y a aucun lieu de penser que les autorités françaises envisageraient une séparation du couple et des enfants)⁴ ; elle

1. La Cour de justice de l'Union européenne est, pour l'instant, restée en retrait sur la question de la gestation pour autrui. Se gardant de se prononcer sur la licéité du procédé, elle a seulement eu à juger des répercussions indirectes du procédé, au travers de la question du congé maternité et des aides aux femmes enceintes, pour lesquels elle refuse d'admettre la discrimination à l'encontre de la mère d'intention qui en est privée, faute pour elle d'avoir accouché (CJUE, 18 mars 2014, aff. C-363/12 et C-167/12 : *RTD civ.* 2014. 355, Hauser ; *D.* 2014. 1059, Gaudemet-Tallon et Jault-Seseke ; *AJ fam.* 2014. 211, Dionisi-Peyrusse : absence de discrimination car la mère d'intention, n'ayant pas été enceinte et n'ayant pas accouché, ne peut bénéficier de la protection de la directive n° 92/85/CEE du 10 oct. 1992, visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail). Il est en revanche envisageable qu'elle soit, à l'avenir, saisie de la question, par le prisme de la liberté de circulation.

2. CEDH, 26 juin 2014, n° 65192/11, *Mennesson c/ France* et n° 65941/11, *Labassée c/ France*, *D.* 2014. 1797, Chénéde ; H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, Ne punissez pas les enfants des fautes de leurs pères, *D.* 2014. 1773 ; *D.* 2014. 1806, d'Avout ; *RTD civ.* 2014. 616, Hauser ; *AJ fam.* 2014. 499, obs. Haftel ; *D.* 2014. 1806, d'Avout ; *Rev. critique DIP* 2015. 144, Bollée ; *Rev. des contrats* 2015/2, 349, Bellivier. La condamnation n'étonnera guère, la Cour européenne ayant déjà considéré à diverses reprises qu'une situation valablement constituée à l'étranger méritait d'être protégée au titre du droit à une vie privée et familiale même si elle l'avait été en violation des règles nationales. Appliquée en matière d'adoption internationale illicite (CEDH 28 juin 2007, *Wagner et J.M.W.L. c/ Luxembourg*, req. n° 76240/01 : *Clunet* 2008. Comm. 5.), la solution a été répétée au sujet de l'enlèvement international d'enfant (CEDH 6 juill. 2010, *Neulinger et Shuruk c/ Suisse*, req. n° 41615/07 : *JCP* 2011, n° 94, Sudre) et récemment réaffirmée, à propos d'une adoption valablement prononcée aux États-Unis, mais en violation de l'incapacité monacale d'adopter que consacre le droit grec : CEDH 3 mai 2011, *Negrepontis-Giannisis c/ Grèce*, req. n° 56759/08.

3. Sur la virulente critique de la remise en cause, par la Cour européenne des droits de l'homme, des arbitrages nationaux démocratiquement retenus par le législateur, v. la magistrale démonstration de F. Chénéde, Les arrêts *Mennesson* et *Labassée* ou l'instrumentalisation des droits de l'homme, *D.* 2014. 1797 : « En contrôlant la conformité d'une loi aux droits et libertés, on ne fait pas respecter une "hiérarchie" entre deux "normes juridiques" étrangères l'une à l'autre (...), mais on apprécie un arbitrage politique au nom des valeurs que le législateur a déjà dû concilier, non seulement entre elles, mais également avec l'intérêt commun. Telle est la réalité (...) du contrôle au nom des droits de l'homme : elle offre au juge la possibilité de substituer son appréciation à celle du législateur dans les multiples conflits d'intérêts et de valeurs inhérents à la vie en société ».

4. Parag. 92. Sur ces éléments concrets relatifs à la vie quotidienne de la famille, v. aussi, v. ss 846.

juge, en revanche, que le droit au respect de l'identité de l'enfant, composante du droit au respect de sa vie privée de ce dernier, implique pour lui le droit d'établir sa filiation¹. La France est condamnée pour avoir refusé tout établissement de la filiation avec le père biologique: « en faisant (...) obstacle tant à la reconnaissance qu'à l'établissement en droit interne de leur lien de filiation à l'égard de leur père biologique, l'État défendeur est allé au-delà de ce que lui permettait sa marge d'appréciation »². La Cour met en balance la situation des parents, coupables d'avoir sciemment tourné la prohibition française et qui, à ce titre, ne sauraient se prévaloir d'une confiance légitime dans le maintien de leur statut parental, et celle de l'enfant, non coupable des agissements illicites de ses parents, qui ne saurait être privé d'un élément essentiel de son identité, alors que la réalité biologique du lien de filiation avec son père est avéré. Cette distinction entre parents et enfant, habile en apparence, ne doit pas cacher qu'en protégeant le droit de l'enfant à établir sa filiation, on protège aussi, indirectement, le droit du parent (au moins biologique) à voir reconnaître juridiquement le lien qui l'unit à l'enfant : le lien de filiation étant réciproque, il paraît difficile de concevoir de l'établir de manière unilatérale, surtout quand l'intérêt de l'enfant, qui constitue le socle de l'accueil du fait illicitement accompli, commande d'accorder à l'un au moins des parents d'intention les prérogatives de l'autorité parentale qui sont, précisément, exercées dans l'intérêt de l'enfant (sur l'idée d'une filiation unilatérale, à sens unique, v. ss 852).

850 Portée de la condamnation ◇ La question s'est posée de savoir quelle portée accorder aux arrêts *Mennesson* et *Labassée*. Si la Cour européenne y condamne la France - et réitérera sa condamnation, dans les mêmes termes, dans deux arrêts postérieurs du 21 juillet 2016 (*Foulon et Bouvet c/ France*).

1. *Mennesson*, par. 99 et *Labassée*, par. 78 : « S'il est concevable que la France puisse souhaiter décourager ainsi ses ressortissants à recourir à une méthode de procréation qu'elle prohibe sur son territoire (...), il résulte toutefois de ce qui précède que les effets de la non reconnaissance en droit français du lien de filiation entre les enfants ainsi conçus et les parents d'intention ne se limitent pas à la situation de ces derniers, qui seuls ont fait le choix des modalités de procréation que leur reprochent les autorités françaises : ils portent aussi sur celle des enfants eux-mêmes dont le droit au respect de la vie privée, qui implique que chacun puisse établir la substance de son identité, y compris sa filiation, se trouve significativement affecté », cette analyse prenant « un tour particulier lorsque, comme en l'espèce, l'un des parents d'intention est également le géniteur de l'enfant » (par. 100 et 79).

2. *Mennesson*, par. 100 ; *Labassée*, par. 79.

3. CEDH, 21 juill. 2016, n° 9063/14, *Foulon et Bouvet c/ France*, RTD civ. 2016. 819, Hausen/Dr. fam. 2016, comm. 101, Fulchiron, D. 2017. 1011, Gaudemet-Tallon et Jault-Seseké. La France est condamnée pour avoir refusé la transcription de l'acte de naissance étranger, le père mentionné dans l'acte étant le père biologique. La Cour en revanche ne dit rien du lien avec la mère d'intention. Les affaires portées devant la Cour européenne étaient celles dont la Cour de cassation avait eu à juger en 2013. La condamnation de la France est maintenue malgré le revirement de 2015 au motif qu'on resterait dans l'incertitude pour les enfants dont la situation a été jugée de manière définitive avant les arrêts de 2015 (sur la nouvelle procédure de

et du 19 janvier 2017 (*Laborie c/ France*)¹ -, c'est pour avoir refusé toute possibilité d'établissement du lien de filiation entre l'enfant et le père biologique. La Cour n'obligerait donc pas la France à reconnaître le lien de filiation liant l'enfant à la mère d'intention, mais uniquement le lien de filiation unissant l'enfant à son père, lorsqu'il reflète la réalité biologique. La Cour laisserait aussi, semble-t-il, le choix des moyens aux États pour parvenir à ce résultat : transcription de l'acte civil étranger, ou reconnaissance du jugement étranger, dans la mesure où il reflète la vérité biologique, mais aussi établissement du lien de filiation avec le père biologique en usant des modes internes d'établissement propre à la filiation charnelle (reconnaissance, action en recherche de paternité notamment)². Les arrêts *Mennesson* et *Labassée* ne paraissent donc pas imposer la transcription, même seulement partielle, des actes d'état civil étrangers, l'État pouvant préférer un établissement direct de la filiation dans l'ordre juridique interne, conformément aux règles composant cet ordre - à condition de trancher, au préalable, la question de la loi applicable et d'admettre la compétence de la loi interne pour l'établissement du lien de filiation³ -. La diversité des réponses apportées par les juridictions

réexamen des décisions en matière civile après condamnation de la France par la CEDH, v. COJ, art. L. 452-1 s., introduit par la loi n° 2016-1547 du 18 nov. 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle).

1. CEDH, 19 janv. 2017, n° 44024/13, *Laborie c/ France* : *Dr. fam.* 2017, comm. 34, Fulchiron ; *AJ fam.* 2017, 93, Dionisi-Peyrusse ; *D.* 2017, 1011, Gaudemet-Tallon et Jault-Seséke. Même hypothèse que dans l'arrêt *Foulon et Bouvet*.

2. Sur cette alternative, v. l'étude fouillée de H. Fulchiron et C. Bidault-Garon, *Reconnaissance ou reconstruction ?*, *Rev. critique DIP* 2015, 1, qui traite notamment des difficultés d'identification de la loi applicable à l'établissement de la filiation.

3. Se pose en effet dans ce cas, la question de la loi applicable à l'établissement de la filiation avec l'enfant. Il s'agit, en principe, de la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant (C. civ., art. 311-14, c'est-à-dire la loi de la mère porteuse, seule celle qui a accouché étant reconnue comme mère en droit français) et, si la mère est inconnue, de la loi personnelle de l'enfant (C. civ., art. 311-14). Les textes commanderaient donc l'application de la loi française (si on admet que l'enfant acquiert la nationalité française par le biais d'un certificat de nationalité française lorsque l'acte d'état civil étranger le lie à un père français ; mais il est vrai que le raisonnement n'est pas dépourvu alors d'ambiguïté l'admission de la nationalité française de l'enfant précédant l'établissement du lien de filiation qui la fonde) dans les hypothèses où l'acte étranger ne fait pas mention de la mère porteuse comme mère de l'enfant (actes « américains »), mais commanderaient l'application de la loi de la mère porteuse si cette dernière est désignée comme mère dans l'acte (actes « indiens »). On pourrait cependant retrouver la compétence de la loi française, même dans cette hypothèse, pour ce qui concerne la reconnaissance, qui est valable si elle a été faite en conformité, soit de la loi personnelle de son auteur (celle du père français), soit de la loi personnelle de l'enfant (C. civ., art. 311-17 : v. aussi pour l'établissement de la filiation la possession d'état, C. civ., art. 311-15, qui admet la compétence de la loi française lorsque l'enfant et ses père et mère ou l'un d'eux ont leur résidence habituelle en France). Et pour les autres modes d'établissement de la filiation (action en recherche de paternité par exemple), la désignation de la loi étrangère comme loi applicable pourrait être écartée en arguant que cette loi est contraire à notre ordre public international en ce qu'elle admet la licéité de la convention de mère porteuse (v. sur ce point, l'argumentation approfondie d'H. Fulchiron, *D.* 2014, 1773. V. aussi H. Fulchiron et C. Bidault-Garon, *Reconnaissance ou reconstruction ?*, *Rev. critique DIP* 2015, 1).

étrangères¹ aux arrêts *Menesson* et *Labassée* – avec une prépondérance pour l'absence de transcription et l'établissement de la filiation selon les voies propres au système juridique national –, témoigne du champ ouvert aux États pour se conformer aux exigences de la Cour européenne. Le refus de la transcription, même partielle, des actes civils litigieux, aurait été préférable: d'abord parce qu'une reconnaissance partielle, portant atteinte à l'indivisibilité de la situation constatée dans l'acte, remet en cause la fiabilité, et donc la force probante de l'acte sur lequel on prétend se fonder; ensuite, et surtout, parce que l'acte d'état civil étranger s'adosse à la convention de mère porteuse, dont il est le prolongement, et devrait être écarté, à ce titre, de l'ordre juridique interne comme constituant le fruit de la fraude orchestrée. L'invocation de la fraude à la loi, comme d'ailleurs celle de l'ordre public international, aurait pu commander une solution plus respectueuse de la prohibition interne de la gestation pour autrui: le rejet de l'introduction, dans notre ordre juridique, de toute filiation prenant directement appui sur l'acte litigieux et l'établissement autonome de la filiation paternelle en suivant les modalités propres à notre filiation charnelle. Telle n'est pas la voie choisie, on le verra, par la Cour de cassation².

La prégnance du critère biologique dans la jurisprudence de la Cour européenne se trouvera confirmée, par la suite, dans l'affaire *Paradiso et Campanelli c/ Italie*. Était en cause la décision des autorités italiennes de retirer l'enfant, conçu par gestation pour autrui en Russie, à ses parents d'intention et de le placer en vue de l'adoption par une autre famille. Les circonstances de l'espèce étaient très particulières puisque l'enfant, contrairement aux déclarations qui avaient été faites par les parents d'intention, n'avait aucun lien biologique avec ces derniers, ayant été conçu par don de sperme. La Cour européenne des droits de l'homme, dans un premier arrêt du 27 janvier 2015³, condamne l'Italie pour atteinte à la vie

1. Sur lesquelles, v. H. Fulchiron et C. Bidault-Garon, Reconnaissance ou reconstruction ?, *Rev. critique DIP* 2015. 1 : la *Corte suprema di cassazione italiana*, 11 nov. 2014, refuse la transcription dans une hypothèse où aucun des parents commanditaires n'étaient les parents biologiques de l'enfant; le *Tribunal supremo* espagnol, 6 févr. 2014 et 2 févr. 2015, choisit la voie de l'établissement, selon les modes internes, de la filiation à l'égard du père biologique et l'adoption par le parent d'intention; le *Bundesgerichtshof* allemand, 10 déc. 2014, accepte au contraire de reconnaître une décision californienne indiquant deux hommes comme pères de l'enfant.

2. V. not. sur cette question et ces options L. d'Avout, *D.* 2014. 1806, qui estime que c'est la conjonction du refus de reconnaissance des actes étrangers et de l'interdiction de constituer en France le lien de filiation qui a valu à la France sa condamnation. L'auteur fait état de deux réactions possibles après la condamnation de la France : « une réaction *maximale* consist(ant) en une reconnaissance *partielle* en France des liens de filiation *biologique* découlant des jugements et des actes étrangers d'état civil » ; « une réaction *minimale* impliqu(ant) (...) le maintien du refus de reconnaissance des jugements et actes étrangers, motif pris de la fraude des parents et de l'atteinte à l'ordre public », mais avec « l'admission corrélative de l'enfant (...) à l'établissement en France de sa filiation en application des règles françaises de résolution des conflits de loi ».

3. CEDH, 27 janv. 2015, n° 25358/12, *Paradiso et Campanelli c/ Italie* : *Rev. critique DIP* 2015. 1, Fulchiron et Bidault-Garon; *RTD civ.* 2015. 325, Marguénaud; *D.* 2015. 702, Granet-Lambrechts; *D.* 2017. 897, de Saint-Pern.

privée et familiale des requérants, estimant la mesure de retrait de l'enfant disproportionnée: « l'éloignement de l'enfant est une mesure extrême à laquelle on ne devrait avoir recours qu'en tout dernier ressort » (parag. 80). La solution est désavouée par un second arrêt rendu, dans la même affaire, par la grande chambre de la Cour européenne, le 24 janvier 2017¹: la Cour conclut à l'absence, en l'espèce, de vie familiale de fait, compte tenu de « l'absence de tout lien biologique entre l'enfant et les parents d'intention, (de) la courte durée de la relation avec l'enfant (huit mois) et (de) la précarité des liens du point de vue juridique », et ce « malgré l'existence d'un projet parental et la qualité des liens affectifs avec l'enfant ». Elle ajoute, se déportant sur le terrain du respect de la vie privée que « l'intérêt général en jeu pèse lourdement dans la balance, alors que, comparativement, il convient d'accorder une moindre importance à l'intérêt des requérants à assurer leur développement personnel par la poursuite de leurs relations avec l'enfant » et qu' « (a)ccpter de laisser l'enfant avec les requérants, peut-être dans l'optique que ceux-ci deviennent ses parents adoptifs, serait revenu à légaliser la situation créée par eux en violation des règles importantes du droit italien. La Cour admet donc que les juridictions italiennes, ayant conclu que l'enfant ne subirait pas un préjudice grave ou irréparable en conséquence de la séparation, ont ménagé un juste équilibre entre les différents intérêts en jeu en demeurant dans les limites de l'ample marge d'appréciation dont elles disposaient en l'espèce ». La Cour européenne ne revient nullement sur sa jurisprudence *Mennesson* et *Labassée*; l'indulgence dont elle fait preuve à l'égard des juridictions italiennes tient au défaut de lien biologique avec l'enfant, sur lequel elle insiste lourdement. On peut cependant observer que cette prudente limite, qui permet d'éviter de consacrer de criants contournements des règles de l'adoption internationale (faire concevoir et porter par autrui l'enfant qu'on ne peut adopter) n'est pas sans faiblesses: d'abord, certaines des motivations sur lesquelles s'appuie la Cour européenne (« (a)ccpter de laisser l'enfant avec les requérants, peut-être dans l'optique que ceux-ci deviennent ses parents d'adoptifs, serait revenu à légaliser la situation créée par eux en violation des règles importantes du droit italien »: en d'autres termes la stigmatisation des dérives de la politique du fait frauduleusement accompli) pourraient tout autant valoir dans l'hypothèse d'une gestation pour autrui dans laquelle le père d'intention serait le géniteur². Surtout, la solution aurait-elle été la même si les autorités italiennes n'avaient pas retiré l'enfant à ses parents d'intention pour le placer ? La vie familiale de fait aurait sans doute été jugée comme étant d'une densité suffisante pour être prise en considération, et il est fort à parier que l'absence de lien biologique avec l'enfant n'aurait pas empêché la Cour européenne de conclure à

¹ CEDH, gde chambre, 24 janv. 2017, n° 25358/12, *Paradiso et Campanelli c/ Italie* : D. 2017. 663, Chénéde ; JCP G 2017. 323, Fulchiron ; D. 2017. 1011, Gaudemet-Tallon et Jault-Seséke.

² Sans compter l'hommage vibrant rendu à « l'ample marge d'appréciation » dont les États disposent en la matière, marge d'appréciation qui est diversement traitée au gré des espèces et n'a nullement empêché la condamnation française.

la violation du droit à l'identité de l'enfant dans l'hypothèse d'un éventuel refus de transcription. La Cour institue donc, en quelque sorte, une prime à l'éloignement de l'enfant dans ce type d'hypothèse : l'État qui a pris soin de placer rapidement l'enfant sera mieux traité que celui qui a laissé l'enfant vivre auprès du couple d'intention. L'effet consolidateur de l'écoulement du temps émousse l'illicéité originelle de la genèse de la situation.

851 Troisième acte: le recul de la Cour de cassation ◇ Appelée à la résistance¹, la Cour de cassation s'est inclinée devant la condamnation de la Cour européenne et a sonné une retraite sans nuances sur la question. Abandonnant le pavillon de la fraude pourtant fièrement hissé moins de deux ans auparavant, elle admet non seulement la réception dans l'ordre juridique français du lien de filiation reflétant la vérité biologique, mais également la construction, par la voie de l'adoption, du lien de filiation liant l'enfant à sa mère d'intention. Cette réception s'est effectuée en deux étapes.

La Cour de cassation dans deux arrêts rendus en assemblée plénière le 3 juillet 2015² s'appuie sur l'article 47 du Code civil – aux termes duquel « tout acte de l'état civil des Français et des étrangers fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays fait foi, 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 » – pour admettre la transcription à l'état civil français d'actes d'état civil étrangers désignant comme père le père d'intention, géniteur de l'enfant, et comme mère la mère porteuse russe. Les arrêts accueillent la transcription intégrale de l'acte de naissance, dans l'hypothèse où les parents mentionnés dans l'acte sont bien le père biologique de l'enfant et la femme qui en a accouché (qui n'est pas nécessairement la mère biologique si l'opération s'est appuyée sur un don d'ovocyte), les faits déclarés dans l'acte pouvant ainsi être considérés comme « conformes à la réalité » au sens de l'article 47³. Le revirement de la Cour de cassation soulève de multiples interrogations. L'acte retranscrit désigne comme mère une

1. F. Chénéde, D. 2014. 1797.

2. Civ., Ass. pl., 3 juill. 2015, n° 14-21323 et n° 15-50002 : RTD civ. 2015. 581, Hauser ; AJ fam. 2015. 496, Chénéde ; D. 2015. 1172, Chénéde ; D. 2015. 1819, Fulchiron et Bidaud-Garon ; D. 2015. 1481, Bollée ; Dr. fam. 2015, ét. 14, La gestation pour autrui de l'ombre à la lumière. – Entre droit français et réalités étrangères, Corpart. Sur ce que la transcription de l'acte de naissance ne relève pas de la compétence du juge des référés, v. Rennes, 27 juin 2016, AJ fam. 2016. 437 et 455, Dionisi-Peyrusse.

3. L'invocation de l'art. 47 n'est en réalité guère probante car il est acquis que l'efficacité d'un acte de naissance établi à l'étranger est conditionnée à sa régularité internationale, c'est-à-dire au respect de l'ordre public et de l'absence de fraude à la loi (Civ. 1^{re}, 18 juill. 2000, n° 99-10848 : Rev. crit. DIP 2001. 349, Muir Watt). V. art. 5 du décret n° 2008-521 du 2 juin 2008 qui dispose que les agents diplomatiques et consulaires ne doivent procéder à la transcription des actes d'état civil étrangers que « lorsqu'ils sont conformes aux dispositions de l'art. 47 C. civ. et sous réserve qu'ils ne soient pas contraires à l'ordre public ». V. sur ce point F. Chénéde, AJ fam. 2015. 496. 11

femme qui n'a jamais eu l'intention de se comporter comme telle et d'élever l'enfant : comment organiser, d'abord, l'autorité parentale qui est, en principe, exercée en commun par les deux parents? Le désintérêt prolongé de la mère porteuse pour l'enfant devrait-elle conduire à un retrait de l'autorité parentale? ¹ Une délégation d'autorité parentale au profit de la mère d'intention est-elle envisageable? Mais selon quelle loi applicable? Ne manqueront pas, non plus, d'émerger des difficultés liées à la vocation successorale et au consentement de la mère porteuse à l'adoption ², si on admet que la mère d'intention puisse adopter l'enfant. Enfin, surtout, la Cour de cassation avait gardé le silence sur l'hypothèse la plus délicate: celle dans laquelle l'acte étranger désignait comme mère la mère d'intention et non la mère porteuse. La transcription de l'acte était-elle envisageable à l'égard de la mère d'intention alors que le fait déclaré n'était pas conforme à la réalité de l'accouchement? Quelle réalité fallait-il retenir au sens de l'article 47 : celle de l'accouchement? Celle de la vérité biologique, dans l'hypothèse dans laquelle la mère d'intention aurait fourni ses gamètes? Ou encore la réalité juridique du lien de filiation valablement établi à l'étranger? Et *quid* si l'acte étranger mentionne deux pères? ³

1. La solution n'est pas évidente : v. sur ce point les solutions déjà anciennes, rendues sous l'empire d'un droit qui refusait l'adoption par la mère d'intention : Civ. 1^{re}, 23 avr. 2003, JCP 2004. II. 10058, note Bourrat-Gueguen ; RTD civ. 2003. 693, obs. Hauser, refuse de retirer l'autorité parentale à la mère porteuse de deux enfants génétiquement issus du couple d'accueil et élevés par lui, malgré l'accord du père biologique et de la mère gestatrice, en considérant que le désintérêt de cette dernière, avéré, ne met pas en danger la vie des enfants, qui « évoluent tout à fait favorablement, paraissent en bonne santé morale et physique ». Mais la demande de retrait était destinée à permettre à l'épouse du père et mère génétique des enfants de demander ensuite l'adoption plénière. *Adde* Rennes, 6 janv. 2005, RTD civ. 2005. 378, obs. Hauser, fixant la résidence de l'enfant chez la mère de commande, l'autorité parentale étant partagée entre père biologique et mère porteuse. Comp. Civ. 1^{re}, 9 mars 1994, *Bull. civ. I*, n° 89, p. 69 ; LPA 28 sept. 1994, p. 21, note Massip ; *Defrénois* 1994. I. 35891 ; D. 1995. 197, note Monteiro, à propos d'un enfant conçu par une femme homosexuelle vivant en couple et un homosexuel vivant également en couple et souhaitant également procréer, enfant reconnu par ses deux parents biologiques. En l'espèce, le litige concernait l'exercice de l'autorité parentale, que se disputaient les parents biologiques, la mère étant partie avec l'enfant que revendiquait le père. La première invoquait l'illicéité du contrat passé avec le père, d'où résultait selon elle l'impossibilité pour lui de réclamer l'exercice de l'autorité parentale. La Cour refuse de la suivre, au motif que « la reconnaissance souscrite par le père n'ayant pas été contestée... ». Mais à supposer qu'elle le soit, encore faudrait-il admettre le bien-fondé, douteux en l'état actuel du droit, de l'action en contestation, sauf à sanctionner un détournement d'institution, ce qui paraît difficile puisque le père déclaré l'est bel et bien et que sa reconnaissance en est pleinement une. La solution de la Cour de cassation, sans doute difficilement contestable juridiquement, présente les avantages et inconvénients de la politique du pire : en accédant à la demande de la mère, ne risquait-elle pas de susciter des vocations, de la part d'adultes qui auraient compté sur l'intervention judiciaire pour attribuer l'enfant à l'un ou l'autre ? Ici, en imposant aux parents qui ne forment pas un couple de partager l'enfant, la Cour ne dissuade-t-elle pas les futurs candidats ? Une fois de plus, c'est l'enfant qui se retrouve pris en otage des désirs d'adultes.

2. Ce qui est un des inconvénients de la méthode de transcription de l'acte étranger : le lien de filiation peut être établie avec la mère porteuse, ce qui impose de recueillir son consentement à l'adoption.

3. Sur cette interrogation, v. Fulchiron et Bidaud-Garon, D. 2015. 1819.

La Cour de cassation a répondu à ces questions dans cinq arrêts en date du 5 juillet 2017¹. Elle choisit sans ambiguïté comme réalité celle de l'accouchement, mais tempère sa décision en ouvrant l'adoption au père ou à la mère d'intention. Elle décide, en effet, dans une première série d'arrêts, mettant en cause un acte de naissance désignant le père biologique comme père et la mère d'intention comme mère (acte d'état civil californien et ukrainien) que « *concernant la désignation de la mère dans les actes de naissance, la réalité, au sens de (C. civ., article 47), est la réalité de l'accouchement* ». Elle en déduit que « *les actes de naissance étrangers n'étaient pas conformes à la réalité en ce qu'ils désignaient (la mère d'intention) comme mère, de sorte qu'ils ne pouvaient, s'agissant de cette désignation, être transcrits sur les registres de l'état civil français* ». Elle admet, en revanche, la transcription partielle de l'acte pour ce qui concerne le seul père d'intention, sous réserve qu'il soit le père biologique de l'enfant. En revanche, s'agissant de la preuve de ce lien biologique, elle censure, dans un des arrêts (n° 15-28597) les juges du fond qui avaient cru pouvoir refuser la transcription au motif qu'aucun certificat médical et aucune expertise biologique n'établissait ce lien biologique. La première chambre civile juge en effet « *que la transcription des actes de naissance sur les registres de l'état civil français n'était pas subordonnée à une expertise judiciaire* » et que le jugement californien en cause « *énonçait que le patrimoine génétique* » du père d'intention « *avait été utilisé* » sans que les juges d'appel aient relevé « *l'existence d'éléments de preuve contraire* ». En d'autres termes, le jugement étranger fait foi pour ce qui concerne le lien biologique avec le père, sans qu'il soit besoin d'ordonner une expertise biologique, et la charge de la preuve de l'absence de lien biologique pèse sur le ministère public qui s'opposerait à la transcription. La première chambre civile admet, surtout, le recours à l'adoption, pour établir le lien entre la mère ou le père d'intention et l'enfant. Dans une hypothèse dans laquelle le père biologique avait conçu, en recourant aux services d'une mère porteuse californienne, un enfant reconnu par lui et la mère porteuse, la Cour censure les juges du fond² qui avait rejeté la demande d'adoption simple formée par le mari du père : « *le recours à la gestation pour autrui à l'étranger ne fait pas, en lui-même obstacle au prononcé de l'adoption, par l'époux du père, de l'enfant né de cette procréation, si les conditions légales de l'adoption sont réunies et si elle est conforme à l'intérêt de l'enfant* ». Enfin, la Cour admet la nullité de l'acte de naissance établi par l'officier de l'état civil consulaire français de Bombay, dans une hypothèse dans laquelle l'acte avait été dressé sur la

1. Civ. 1^{re}, 5 juill. 2017, n° 15-28597 ; 16-16901 et 16-50025 ; 16-16455 ; 16-16495, n° 16-20052 ; D. 2017, 1423 ; JCP G 2017, note 984, Gouttenuire ; J.-R. Binet, Gestation pour autrui : le droit français à la croisée des chemins, *Dr. fam.* 2017, études 13 et les avis du premier avocat général, *Dr. fam.* 2017, étude 14.

2. Dijon, 24 mars 2016, n° 15/00057 ; JCP G 2016. 423, Mirkovic ; *RTD civ.* 2016. 335, Hauser ; *Dr. fam.* 2016, comm. 137, Fulchiron, ayant refusé l'adoption par le conjoint du père biologique.

foi de faux documents de grossesse et d'un faux certificat d'accouchement, les échographies et les examens médicaux de la mère porteuse ayant été modifiés afin qu'ils confirment une grossesse de l'épouse. Le vice entachant l'acte l'emporte dans son intégralité, y compris à l'égard du père biologique, ce qui n'interdirait pas aux époux de demander la transcription de l'acte étranger (indien en l'espèce), indiquant le père biologique et la mère porteuse comme parents de l'enfant. En d'autres termes, mieux vaut aujourd'hui clairement afficher la transgression (le recours à la mère porteuse, pour laquelle on ne risque plus grand chose) que de chercher à la dissimuler. La Cour (arrêt n° 16-20052) décide enfin, dans un dernier soubresaut de l'affaire *Mennesson*, qu'il ne pouvait être reproché aux juges du fond d'avoir refusé la transcription des actes de naissance, une telle transcription se heurtant, dans l'espèce considérée, à l'autorité de la chose jugée de la décision irrévocable rendue par la Cour d'appel de Paris le 18 mars 2010. Elle rappelle qu'il ne résulte d'aucune stipulation de la Convention européenne des droits de l'homme, ni d'aucune disposition de droit interne en vigueur avant le 15 mai 2017, qu'une décision par laquelle la Cour européenne a condamné la France puisse avoir pour effet, en matière civile, de remettre en cause l'autorité de la chose jugée attachée à une décision irrévocable, la seule sanction prévue résidant dans l'octroi aux requérants d'une somme au titre de la satisfaction équitable. Elle suggère en revanche une porte de sortie aux époux *Mennesson*, ainsi qu'à tous les requérants qui, piégés par le refus antérieur de la transcription, se heurteraient à l'autorité de la chose jugée : utiliser la nouvelle procédure de réexamen en matière civile instaurée la loi du 18 novembre 2016 et entrée en vigueur le 15 mai 2017. Le nouvel article L. 452-1 COJ autorise en effet le réexamen d'une décision civile définitive rendue en matière d'état des personnes, lorsqu'il résulte d'un arrêt rendu par la Cour européenne que cette décision a été prononcée en violation de la Convention européenne des droits de l'homme, dès lors que, par sa nature et sa gravité, la violation constatée entraîne des conséquences dommageables auxquelles la satisfaction équitable accordée ne pourrait mettre en terme¹. Il ne fait guère de doute que la gravité de la situation de la famille *Mennesson* correspondra aux critères du nouveau texte. Et les dispositions transitoires de la loi de 2017² admettent que les demandes de réexamen motivées par une décision de la CEDH rendue avant le 15 mai 2017 puissent être formées pendant un an à compter de cette entrée en vigueur. Rien n'empêchera donc les requérants qui se heurteraient à une décision irrévocable de refus de transcription de former un recours en révision.

1. La demande doit être adressée à la Cour de réexamen composée de treize magistrats de la Cour de cassation. Si la demande est accueillie, la décision de la Cour entraîne l'annulation de la décision condamnée par la CEDH et renvoie le requérant devant une juridiction interne de même ordre et de même degré autre que celle qui a rendu la décision annulée.

2. Art 42, III, 1. n° 2016-1547, du 18 nov. 2016.

La salve des arrêts de 2017 suscite le malaise. La Cour de cassation était certes contrainte par la jurisprudence de consacrer juridiquement, d'une manière ou d'une autre, le lien entre l'enfant et le père biologique. Mais rien ne l'obligeait à emprunter la voie de la réception, dans l'ordre juridique interne, d'un acte civil étranger procédant d'une convention frappée en France d'illégalité (sur ce point, v. ss 850), réception qui revient à donner effet à la convention illicite. Rien n'imposait surtout à la Cour d'accepter l'établissement, par l'adoption, le lien unissant l'enfant à la mère d'intention. La Cour, en abandonnant dès 2013 le terrain de la fraude, s'est interdit de sanctionner, sur le fondement du détournement d'institution, ce qui pouvait pourtant apparaître comme l'ultime phase du processus d'ensemble destiné à contourner la prohibition de la gestation pour autrui¹. L'adoption de l'enfant par la mère d'intention suscitait pourtant des réserves en doctrine. On a ainsi pu, fort justement, avancer que « l'adoption permettrait d'obtenir ce que la prohibition énoncée à l'article 16-7 du Code civil vise immédiatement à empêcher, à savoir que la volonté privée puisse organiser un déplacement de la qualité de mère d'une personne vers une autre, et ce conformément à un plan convenu avant la conception même de l'enfant »².

Il ne reste rien de l'arrêt du 31 mai 1991 (sur lequel v. ss 844). On ne voit pas très bien, en effet, ce qui autorisera, désormais, les juridictions à refuser l'adoption de l'enfant qui serait né d'une gestation pour autrui illicitement pratiquée sur le sol français. On pourrait certes être tenté d'objecter que la convention de mère porteuse conclue à l'étranger est valable dans l'ordre juridique concerné, tandis que celle conclue en France est illicite. Mais, précisément, la validité de la convention s'arrête à nos frontières et il n'a jamais été question pour la Cour de lui faire produire directement effet, en ordonnant, par exemple, la remise forcée de l'enfant à ses parents d'intention. Comme il a déjà été dit (v. ss 848), la fraude à la loi française est indéniable, dans les cas soumis à la Cour de cassation, et la sanction de cette fraude devrait passer par l'application de la loi fraudée, à savoir la loi française, ce qui revient à traiter de manière identique la gestation pour autrui illicitement pratiquée en France et la réception, en France, de la gestation pour autrui pratiquée par un Français à l'étranger.

1. Certains pourraient objecter que la collusion frauduleuse n'était pas établie dans l'arrêt du 5 juillet 2017 (n° 16-16455), le recours à la gestation pour autrui ayant eu lieu à une époque à laquelle l'adoption de l'enfant du conjoint était fermée aux couples homosexuels. Mais la solution de la Cour de cassation est générale et vaut pour toutes les demandes d'adoption, quelle que soit la date de la conception de l'enfant, et que le couple soit homosexuel ou hétérosexuel. La Cour refuse donc de sanctionner la détournement de l'institution de l'adoption, quand bien même une collusion frauduleuse serait établie entre le parent biologique et son conjoint (ce qui sera presque toujours le cas). En renonçant à stigmatiser la fraude, elle s'interdit, encore une fois, toute nuance.

2. S. Bollée, *Revue critique de DIP* 2014, 619, n° 12. L'auteur ajoute : « Il est donc raisonnable de l'empêcher, et l'exception de fraude est pour cela l'instrument idoine ».

Les arrêts laissent quelques questions en suspens. Il sera, d'abord, nécessaire (du moins tant que l'enfant est mineur) d'obtenir le consentement à l'adoption de la mère porteuse dans l'hypothèse où la filiation sera établie à son égard (l'abandon de l'enfant auquel elle a consenti dans la convention de mère porteuse ne serait pas opposable en France, où la convention est nulle). Selon quelles modalités? C'est la loi française qui devrait être regardée comme la loi applicable en application de l'article 370-3 C. civ. (compétence de la loi nationale de l'adoptant).

Ensuite, serait-il envisageable de créer un lien de filiation entre l'enfant et la mère d'intention par une voie autre que la filiation adoptive? La reconnaissance semble exclue (mensongère, car non conforme à la vérité biologique, elle pourrait facilement être contestée) tout comme l'action en recherche de maternité qui repose également sur la vérité biologique. Mais *quid* de la possession d'état? Les éléments constitutifs de la possession d'état existent le plus souvent, l'enfant étant effectivement traité, en fait, comme enfant du couple d'accueil et ce ne serait pas déformer la notion que de l'admettre ici, car elle est retenue à deux titres en droit positif, soit parce qu'elle est une présomption crédible de filiation biologique (et ici il n'en est rien), soit parce qu'elle est la manifestation d'une filiation sociologique qui mérite d'être consacrée à ce titre (et c'est exactement ce qui peut advenir ici : sur quoi, v. ss 522 s.). La question était déjà discutée auparavant pour les gestations pour autrui illicitement pratiquées en France (l'établissement de la filiation s'appuie alors sur un titre autre que la convention de mère porteuse mais on se demandait si la source illicite de la conception de l'enfant ne viciait pas la possession d'état). La voie de l'adoption de l'enfant du conjoint étant désormais ouverte, on ne voit guère ce qui interdirait à la mère d'intention d'établir le lien l'unissant à l'enfant par le biais de la possession d'état (acte de notoriété ou action en constatation de la possession d'état) : si la fraude épargne le lien adoptif, pourquoi contaminerait-elle la possession d'état? La possession ainsi établie n'en demeurerait pas moins fragile, car la possession d'état, lorsqu'elle joue seule, est avant tout admise comme présomption de la vérité biologique (acte de notoriété pouvant être contesté dans les dix ans de la délivrance de l'acte; preuve contraire de l'absence de conformité à la vérité biologique susceptible d'être opposée à l'action en constatation de la possession d'état), ce qui rendrait ce mode d'établissement moins attractif que l'adoption. Il pourrait néanmoins conserver un intérêt lorsque les parents d'intention ne sont pas mariés et que l'adoption de l'enfant du conjoint est exclue.

Les arrêts laissent, aussi, de côté, l'hypothèse dans laquelle le père d'intention ne serait pas le père biologique, l'enfant ayant été conçu par don de sperme. Le père ne pourrait alors réclamer la transcription, à son profit, de l'acte d'état civil étranger. L'établissement du lien de filiation selon les modes internes de la filiation charnelle serait très fragile: une reconnaissance de complaisance éventuelle, non conforme à la vérité biologique, de même qu'un acte de notoriété qui constaterait la

possession d'état à l'égard de l'enfant seraient susceptibles de contestation. Resterait l'adoption, sans que la voie privilégiée de l'adoption de l'enfant du conjoint puisse être empruntée, l'enfant n'étant pas juridiquement lié à la mère d'intention : mais ne se heurterait-on pas alors aux prescriptions de l'article 348-5 C. civ. qui, pour éviter précisément les trafics d'enfants, impose la remise de l'enfant de moins de deux ans au service de l'Aide sociale à l'enfance ou à un organisme autorisé pour l'adoption ?

Se pose enfin la question de la preuve du lien biologique, qui constitue la clé de voûte du système jurisprudentiel. La Cour de cassation a rejeté, dans les arrêts de 2017, la proposition émise par certains de subordonner la transcription des actes d'état civil étrangers à la réalisation d'une expertise biologique, qui attesterait de la réalité de la filiation. Il est vrai qu'il n'existe pas de procédure de reconnaissance des actes d'état civil étrangers équivalente à celle de l'*exequatur* : les actes font en principe foi et il revient à celui qui s'oppose à la transcription (le ministère public notamment) d'établir l'irrégularité de l'acte. Et l'action ne constituant pas une action en contestation ou en établissement du lien de filiation, l'expertise biologique ne semble pas pouvoir être ordonnée (C. civ., art. 16-11). La solution est regrettable car les conditions dans lesquelles sont dressés les actes d'état civil étrangers ne sont pas toujours exemptes de reproches et les affirmations qu'ils contiennent sont parfois sujettes à caution¹. On peut y voir un des nouveaux effets pervers de la solution retenue par la Cour de cassation : si elle n'avait pas choisi la transcription des actes étrangers, mais avait seulement autorisé le père à établir sa filiation selon les modes internes du droit de la filiation charnelle, il aurait été facile au ministère public de la contester la reconnaissance de complaisance éventuellement effectué en établissant son caractère mensonger. Encore que... L'article 336 C. civ. n'autorise le ministère public à agir que si des indices tirés de l'acte lui-même rendent la filiation invraisemblable ou en cas de fraude à la loi. Si l'argument de la fraude à la loi, tenant au recours à une mère porteuse, est devenu inaudible, va-t-on interdire au ministère public d'agir contre une reconnaissance qu'il soupçonne d'être mensongère ? Mais alors, l'enfant lui-même, les parents d'intention de l'enfant et la mère porteuse n'ayant aucun intérêt à agir, on entérinerait dans tous les cas une reconnaissance mensongère et on ruinerait ce qui constitue le fondement de la reconnaissance du lien de filiation : sa conformité à la vérité biologique.

De toutes les voies possibles, la Cour a choisi la plus contestable : celle qui abdique pleinement devant le fait accompli ; celle qui prive de toute efficacité la prohibition de la gestation pour autrui, réduite à l'état de symbole presque désincarné. Tant et si bien qu'on peut se demander se qui reste aujourd'hui de la prohibition.

1. Pour une illustration récente d'actes d'état civil entaché d'irrégularité, pourtant confortés par des décisions de justice étrangères, v. Civ. 1^{re}, 4 mai 2017, n° 16-12884, 16-16810 et 16-17279 : *Dr. fam.* 2017, comm. 159, Fulchiron.

852 **Que reste-t-il de la prohibition de la gestation pour autrui?** ◊
 Peu de chose dès lors que la reconnaissance d'un lien biologique avec le géniteur s'impose, au nom du droit au respect de la vie privée de l'enfant et que l'adoption comblera l'absence de reconnaissance du lien avec la mère (ou le père) d'intention, et ce que la gestation pour autrui soit pratiquée à l'étranger ou de manière illicite en France. L'article 16-7 C. civ. a perdu l'effet dissuasif dont il était doté. Peut-on le renforcer? Certes, la convention de gestation pour autrui demeure illicite en France, ce qui interdira aux commanditaires d'en demander l'exécution forcée pour réclamer l'enfant, à la mère porteuse de l'invoquer pour demander paiement des sommes convenues, ou encore au père biologique d'agir contre la mère d'intention pour la forcer à accepter l'enfant (en cas de séparation du couple, si l'enfant est atteint d'un handicap). Les parents d'intention peuvent éventuellement subir le refus d'une mère porteuse récalcitrante. Mais l'objection est surtout vraie pour les conventions conclues en France (ou dans un pays n'en admettant pas la validité). Dès lors que la convention est regardée comme valable à l'étranger, rien n'interdira aux parents français commanditaires d'en réclamer l'exécution devant les juridictions étrangères. L'illicéité de la convention, territorialement limitée, n'est donc guère dissuasive.

Serait-il, dès lors, envisageable d'accentuer les sanctions pénales pesant sur ceux qui bravent l'interdit? Les commanditaires, sans être à l'abri des poursuites pénales, sont, on le sait, rarement ou faiblement sanctionnés¹ (v. ss 843). Cette relative impunité tient, pour partie, à la difficulté de saisir pénalement des faits commis à l'étranger. Le front pénal pourrait donc être renforcé de deux manières: accroître le montant des sanctions pesant sur les parents d'intention; étendre, matériellement et territorialement, la sanction de la provocation à l'abandon d'enfant (C. pén., art. 227-12, al. 1^{er}) ou celle de la maternité de substitution (C. pén., art. 227-12, al. 3) pour sanctionner le couple d'accueil. Une récente proposition de loi² a notamment envisagé d'étendre la sanction pénale aux ressortissants français qui se rendraient à l'étranger pour recourir aux services d'une mère porteuse, quand bien même l'enfant naîtrait à l'étranger. Du point de vue des sanctions, une peine d'emprisonnement, assurément dissuasive, paraît difficilement praticable, en ce qu'elle aboutirait à priver l'enfant de la protection de ceux qui en assurent la charge, et que c'est précisément, au nom de l'intérêt de l'enfant, qu'on a forcé la reconnaissance du lien de

1. Par ex T. corr. Blois, 22 mars 2016, JurisData n° 2016-006174; *Dr. fam.* 2016, ét. 18 : les couples ayant eu recours à la mère porteuse sont seulement condamnés à 2000 euros avec sursis par conjoint. Il est vrai qu'en l'espèce certains avaient été eux-mêmes victimes de l'escroquerie de la mère porteuse ?

2. Proposition déposée au Sénat le 20 octobre 2016, visant à renforcer les sanctions pénales à l'encontre des agences pratiquant la GPA et à prévoir une application de la loi pénale française hors de France si le délit est commis par un Français ou un résident habituel. La proposition a été rejetée.

filiation. De plus lourdes amendes pourraient être prévues à l'encontre des parents d'intention. On pourrait objecter que cela ne dissuaderait pas des parents déjà prêts à déboursier des sommes très importantes pour dédommager la mère porteuse (mais *quid* si l'amende est vraiment conséquente?) et qu'une lourde amende irait à l'encontre de l'intérêt de l'enfant en grevant les ressources financières de ceux qui l'élèvent. Mais à ce compte là, on interdirait le prononcé de toute sanction pécuniaire, quelle que soit l'infraction en cause (derrière le coupable on peut, toujours ou presque, trouver un père, une mère, un soutien familial...) ¹.

Ne pourrait-on aussi envisager l'établissement d'une filiation unilatérale, une filiation « à charge » pour les parents, qui profiterait à l'enfant, non coupable des agissements de ses parents, mais pas à ses parents? La piste d'une "filiation putative" ² - à l'image du mariage putatif qui ne profite qu'à l'époux de bonne foi - a pu ainsi être suggérée. La difficulté tient au caractère réciproque du lien de filiation. Si on peut envisager, à la rigueur, que la vocation successorale soit unilatérale (l'enfant hériterait de ses parents mais les parents n'hériteraient pas de l'enfant), ou encore que l'enfant soit déchargé de son obligation alimentaire à l'égard de ses parents vieillissants (mais non l'inverse), l'exercice trouve sa limite avec l'autorité parentale qui, confiée au parents dans l'intérêt de l'enfant, ne pourrait leur être retirée: il semblerait délicat d'imposer aux parents la charge de l'enfant sans leur permettre aussi d'exciper leur titre à l'égard des tiers. On peut douter, dès lors, que la perspective d'une hypothétique privation de vocation successorale (il n'est pas dans l'ordre des choses que les parents héritent de leurs enfants...) ou d'un lointain obstacle à l'exercice de leur action alimentaire contre l'enfant, dissuade véritablement les commanditaires de recourir à une mère porteuse.

Resterait la voie d'une hypothétique convention internationale encadrant la pratique des recours aux mère porteuses (qui réserverait les conventions de gestation pour autrui aux ressortissants des pays qui la pratiquent, à l'image de l'Inde ou de la Thaïlande?), ultime refuge de ceux qui ont renoncé à toute autre sanction ³. Mais qui la signera? Après combien d'années d'abus? Et surtout, qui interdira la reconnaissance, au nom du droit au respect de la vie privée, de la filiation de l'enfant né d'une gestation pour autrui qui ne respecterait pas les principes éthiques établis par la Convention internationale? La prise en compte de l'intérêt de l'enfant, dès lors qu'on accepte de lui ouvrir la voie, déborde toutes les barrières, parce que l'enfant ne sera jamais responsable des agissements coupables de ses parents, et qu'il se trouvera toujours des parents prêts à payer ailleurs ce qu'ils ne peuvent trouver dans les pays qui interdisent

1. V. sur cette question, M.-C. Guérin, L'interdiction de la gestation pour autrui : quelles qualifications pénales, quelles victimes?, *Dr. fam.* 2016, ét. 18.

2. P. Lagarde, *Rev. crit. DIP* 2009, spéc. n° 18, p. 329.

3. V. notamment, le rapport *Filiation, origines, parentalité*, I. Théry, A.-M. Leroyer (dir.), préc., p. 188.

ou réglementent strictement la gestation pour autrui: "il faudra (alors) accepter la transcription même lorsque la gestation pour autrui aura été pratiquée de façon illégale à l'étranger, même pour les enfants achetés à l'étranger et même lorsqu'il aura été fait appel à des réseaux de trafics d'enfants"¹.

1. M. Fabre-Magnan, *D.* 2013, 2384.