

La commande d'enfant par son géniteur (est-elle une hypothèse de gestation pour le compte d'autrui?)

Marc Pichard

► **To cite this version:**

| Marc Pichard. La commande d'enfant par son géniteur (est-elle une hypothèse de gestation pour le compte d'autrui?). Recueil Dalloz, Dalloz, 2017, pp.1143-1148. hal-01797683

HAL Id: hal-01797683

<https://hal-univ-paris10.archives-ouvertes.fr/hal-01797683>

Submitted on 14 Nov 2019

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

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

La commande d'enfant par son géniteur (est-elle une hypothèse de gestation pour le compte d'autrui ?) (1)

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

L'expression « gestation pour autrui » fait florès dans la littérature juridique, dans les décisions de justice comme sous la plume des auteurs, mais aussi dans le langage courant. Or cette expression générique désigne des phénomènes distincts - et, partant, camoufle leurs différences. Pour le dire dans les termes de la cour d'appel de Rennes, « le recours à une convention de gestation pour autrui recouvre une pluralité de situations » (2).

Au sein de cette « pluralité de situations », on s'accorde à distinguer selon les moyens sollicités - c'est-à-dire selon le rôle objectif de la femme porteuse dans la naissance d'un enfant. La summa divisio au sein de la catégorie générale « gestation pour autrui » passerait donc par la distinction entre gestation pour autrui au sens strict - dans laquelle la femme qui porte l'enfant n'en est pas la génitrice - et maternité pour autrui - dans laquelle la gestatrice est également la génitrice de l'enfant. Cette convention de langage dissiperait tous les malentendus relatifs à la matière.

Or un retour aux textes eux-mêmes peut faire douter de la pertinence de l'analyse pour rendre compte du droit français. En effet, un seul texte de loi mentionne la gestation pour autrui ou, plus précisément, car cela importe (3), la « gestation pour le compte d'autrui » : l'article 16-7 du code civil. Or le texte ne distingue absolument pas selon le rôle exact de la gestatrice : il dispose que « toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle », formule qui viserait à embrasser toutes les hypothèses de « gestation pour autrui » au sens large - et probablement quelques autres (4). Ce qui est présenté comme la summa divisio en la matière est donc dépourvu d'incidence directe en droit français ; le même régime est applicable aux deux hypothèses, du fait même, au demeurant, de la définition de la maternité (implicitement) retenue par le code civil : la mère est la femme qui accouche (5).

Pour autant, il y a effectivement matière à distinguer si l'on entend respecter le sens de la seule occurrence de l'expression « gestation pour le compte d'autrui » dans les textes français. Car, si le texte de l'article 16-7 du code civil n'invite pas à distinguer selon les moyens sollicités, il place au premier rang la finalité de l'opération : « pour le compte d'autrui ».

Ce retour au texte conduit à constater que la « gestation pour le compte d'autrui » saisie à l'article 16-7 du code civil ne vise qu'une hypothèse particulière de recours à une femme pour porter un enfant dont elle n'aurait pas vocation à devenir mère, seule spécialement régie par le droit français : la maternité de substitution (I). Pour rendre compte de la loi française, la gestation pour le compte d'autrui doit donc être distinguée non pas de la maternité pour autrui, mais d'une autre convention : la commande d'enfant par son géniteur (6), en l'absence de toute substitution de mère (II). Souligner cette distinction conduit à s'interroger sur le régime, au regard des textes du droit français, de la commande d'enfant par son géniteur, convention trop souvent ignorée du fait des flottements sémantiques qui caractérisent la matière (III).

I - Sens de la « gestation pour le compte d'autrui » dans le code civil

La « gestation pour le compte d'autrui » saisie dans le code civil à l'article 16-7 vise une situation spécifique. Retracer la généalogie du texte met en évidence que la réponse juridique (B) a été construite au regard d'un phénomène social particulier (A) : le recours par un couple de personnes

de sexes différents à une femme tierce pour porter un enfant à la place de la femme du couple en question - c'est-à-dire la maternité de substitution.

A - Le phénomène social

Dans son arrêt du 22 janvier 1988, le Conseil d'État rappelle les termes des statuts de l'association Les Cigognes : « l'association dite "Les Cigognes" a pour objet : 1°) la défense des intérêts moraux et matériels des femmes qui se proposent d'aider une femme stérile en portant pour elle sa grossesse ; 2°) la promotion et la valorisation morale de cette démarche ; (...) » ; et le Conseil d'État souligne que « l'association requérante a ainsi pour objet de favoriser le développement et de permettre la réalisation de pratiques selon lesquelles une femme accepte de concevoir un enfant par insémination artificielle en vue de céder, dès sa naissance, l'enfant qu'elle aura ainsi conçu, porté et mis au monde à une autre femme ou à un couple » (7). De manière générale, le contentieux significatif des années 1980 et du début des années 1990 illustre l'unicité du phénomène social qu'il s'agit de régir : des hypothèses de couple ayant recours à une femme pour porter un enfant qui sera juridiquement rattaché aux deux membres du couple en question - et, en particulier, à celle que l'on ne désigne pas encore comme la « mère d'intention ». Lorsque, à son tour, la Cour de cassation est appelée à se prononcer sur le statut juridique des associations qui favorisent ces pratiques, la première chambre civile, dans son arrêt du 13 décembre 1989, rappelle ainsi l'objet de l'association Alma mater : « faciliter la solution des problèmes qui se posent aux couples dont la femme est stérile, désireux d'accueillir un enfant à leur foyer et aux "mères porteuses" volontaires ; (...) l'enfant (...) sera déclaré sur les registres de l'état civil sans indication du nom de la mère, reconnu par le père et accueilli au foyer de celui-ci en vue de son adoption par l'épouse ou la compagne » (8). Quant à l'arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation du 31 mai 1991, chacun sait qu'il concernait une femme « atteinte d'une stérilité irréversible » dont le mari avait « donné son sperme à une autre femme qui, inséminée artificiellement, a porté et mis au monde l'enfant ainsi conçu » (9). Le phénomène qu'ont à connaître les prétoires est donc une affaire de femmes : de femmes qui portent un enfant pour qu'une autre femme puisse devenir mère.

Or la littérature juridique intègre totalement cette dimension genrée du phénomène. Le sujet appelle régulièrement les références bibliques à Saraï et Hagar (10), ou à Rachel et Bilha (11). Pour sa part, le chapitre consacré aux « maternités pour autrui » de *L'enfant de l'esclave*, publié en 1987 par M. Terré, s'ouvre par une référence à « l'entraide entre femmes » (12) ; et l'auteur ajoute que « les raisons qui inspirent [la maternité pour autrui] peuvent illustrer une solidarité entre les femmes répondant à une loi de nature » (13). Et si la coopération entre femmes n'est pas toujours mise en avant dans les écrits des juristes, la figure du couple de personnes de sexes différents recourant à une femme tierce demeure la seule qui soit pensée.

En somme, dans les faits comme dans la littérature juridique antérieure à la loi de 1994, autrui pour qui l'enfant est porté par une femme est une autre femme - en principe en couple avec un homme. Et la réponse du droit a été construite en référence à cette seule situation.

B - La réponse juridique

Logiquement, eu égard à la figure à partir de laquelle le droit est pensé au début des années 1990, le dispositif juridique instauré a pour objet d'empêcher une femme - une « mère d'intention » - de prendre la place d'une autre femme - la gestatrice - dans le rapport de filiation. Ainsi seulement peut s'expliquer le choix législatif opéré par la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994, à l'article 16-7 du code civil : celui de la nullité de la convention « portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui ». Cette sanction a pour unique objet et pour seul effet d'empêcher ce qui est conçu comme une manipulation conventionnelle de la filiation - et, plus précisément, de la maternité. Ce faisant, la

loi, qui ne consacre certes ni l'un ni l'autre des « principes » d'indisponibilité du corps humain et d'indisponibilité de l'état des personnes que la Cour de cassation avait convoqués pour fonder la sanction des conventions dans son arrêt d'assemblée plénière du 31 mai 1991 (14), fait prévaloir la logique du second sur celle du premier. D'ailleurs, l'articulation de la gestation pour autrui et du principe d'indisponibilité de l'état des personnes persiste dans la jurisprudence ultérieure (15), tandis que les références au principe d'indisponibilité du corps humain, pour leur part, disparaissent (16), du moins des décisions de la Cour de cassation (17).

Le dispositif juridique a donc un objet très circonscrit qui répond exactement au phénomène social identifié et à la réception qu'il a pu connaître : protéger la filiation maternelle d'un enfant face à la concurrence d'une autre filiation maternelle ; empêcher la substitution d'une mère à une autre. Réponse à une pratique spécifique, le dispositif juridique ainsi conçu ne permet pas de saisir un phénomène profondément distinct.

II - Originalité de la commande d'enfant par son géniteur

Un homme demande à une femme qu'elle porte un enfant dont il serait le géniteur et pour qu'il en soit le seul parent - idéalement en droit, et, en toute hypothèse, au quotidien. Ce phénomène est dans la littérature juridique, sous la plume des juges (18) comme des auteurs, saisi en termes de « gestation pour (le compte d')autrui ». Pourtant, parce que les phénomènes diffèrent (A), la qualification sollicitée s'avère inadéquate (B).

A - Des phénomènes distincts

L'étude des décisions de justice rendues depuis la fin des années 2000 illustre la montée en puissance d'une figure très différente de celle à partir de laquelle les règles du code civil ont été conçues : le recours à des femmes porteuses par des hommes célibataires ou en couple avec un autre homme - en toute hypothèse, des hommes qui ne sont pas identifiés dans les décisions comme entretenant une relation avec une femme qui entendrait devenir la mère de l'enfant. C'est dans ce contexte que la Cour de cassation a rendu, parmi ses arrêts les plus importants, les deux décisions du 13 septembre 2013 dans lesquelles la Cour décide que l'acte de naissance établi à l'étranger et mentionnant comme père le géniteur de l'enfant ne peut pas être transcrit sur les registres français « 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 aux termes des articles 16-7 et 16-9 du code civil » (19), d'une part ; les deux arrêts du 3 juillet 2015 par lesquels la Cour revient sur cette analyse, d'autre part (20).

Que les situations soient différentes est perçu par les analystes - qui ne réservent pas à ces pratiques nouvelles exactement le même accueil qu'aux précédentes. Peut-être, avant toute chose, car elles mettent en évidence un besoin de paternité que les hypothèses antérieures laissaient dans l'ombre - et qui est souvent plus déroutant pour les observateurs (21). Surtout, elles suscitent une plus forte réprobation, au point qu'elles sont souvent mobilisées pour dénoncer la « gestation pour autrui » en général (22). De fait, les figures bibliques ne peuvent plus être appelées en éléments de comparaison - voire de justification ; et il ne saurait alors être question de penser le phénomène en termes de « solidarité entre femmes ». Mais la perception d'une différence, diffuse, ne conduit pas à contester la qualification de « gestation pour le compte d'autrui » qui, pourtant, porte à faux lorsqu'il s'agit de rendre compte de cette pratique.

B - Une qualification inadéquate

Certes, en présence d'une commande d'enfant par son géniteur, la porteuse oeuvre dans l'intérêt du géniteur, et, en ce sens, pour lui. Mais si le fait qu'une femme porte un enfant pour qu'un homme puisse devenir père devait donner lieu à qualification de gestation pour autrui, toute grossesse désirée par un géniteur qui se destinerait à être le père de l'enfant constituerait une telle gestation pour autrui. Au demeurant, le texte de l'article 16-7 du code civil est plus précis, qui mentionne une gestation pour le compte d'autrui, expression qui renvoie en droit civil, avant tout (23), à la figure de la représentation (24) - et partant à l'idée de substitution d'une personne à une autre. Or, s'agissant d'un géniteur demandant à une femme de porter un enfant dont il serait (en droit ou en fait) le seul parent, il n'est pas question de voir des personnes se substituer l'une à l'autre : la femme ne porte pas pour le compte du géniteur c'est-à-dire à sa place ou pour qu'il prenne sa place. Elle ne porte pas à sa place : un homme ne saurait, en tant que tel, porter un enfant ; la porteuse ne fait donc pas quelque chose qu'il devrait faire : une femme doit toujours porter pour lui - pour qu'il puisse devenir père. Elle ne porte pas l'enfant pour que l'homme prenne sa place : cet homme entend être père, c'est-à-dire occuper la ligne paternelle du schéma de la parenté - pas la ligne maternelle ; il n'y a aucune substitution de l'un à l'autre.

La qualification de gestation pour le compte d'autrui, parfaitement adéquate pour saisir le phénomène de substitution que la loi de 1994 a cherché à endiguer, n'est donc pas mobilisable pour saisir celui de commande d'enfant par son géniteur. Si besoin était, il suffirait pour s'en convaincre de souligner que, quand bien même on forcerait les catégories pour qualifier la commande d'enfant par son géniteur de « gestation pour le compte d'autrui », l'artifice serait dépourvu de toute utilité car la sanction prévue au texte vouée à l'inefficacité : parce que le géniteur commanditaire ne prétend pas à la place de mère, c'est-à-dire de gestatrice, la nullité de la convention qui conduit à faire retour à l'application des règles impératives du droit de la filiation ne modifie pas sa propre situation (25).

Exclusivement conçu pour protéger la maternité contre une maternité concurrente, pour protéger l'état, et pas le corps, le droit spécial, c'est-à-dire l'article 16-7 du code civil, est inapte à saisir le phénomène de commande d'enfant par son géniteur et ne saurait, en toute rigueur, fonder quelque décision que ce soit relative à une telle pratique. Pour le dire autrement, la pratique de la commande d'enfant par son géniteur ne devrait pas pouvoir être dite contraire à la loi, du moins si, par la loi, on entend la loi spéciale, l'article 16-7 du code civil (26). Mais peut-être cette contradiction à la loi pourrait-elle être constatée en référence à d'autres normes.

III - Régime juridique de la « commande d'enfant par son géniteur »

La commande d'enfant par son géniteur est irréductible à la « gestation pour le compte d'autrui ». Partant, comment régir, à partir d'autres textes que l'article 16-7 du code civil, cette pratique - en particulier si l'opération est réalisée sur le territoire français ? Dans le cadre national, la femme porteuse pourrait, en vertu de l'article 326 du code civil, demander, lors de l'accouchement, que le secret de son admission et de son identité soit préservé. L'homme commanditaire n'aurait qu'à reconnaître l'enfant : on sait, au moins depuis l'arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 7 avril 2006, dit « Benjamin » (27), que l'« accouchement sous X » ne saurait faire échec à l'établissement de la paternité par une reconnaissance, en particulier anténatale. Il n'y aurait donc a priori aucune raison de remettre l'enfant à l'aide sociale à l'enfance en vue de son placement : il a un parent. Cet arrangement pourrait-il prospérer ? En somme, quel serait son régime, civil comme pénal ?

A - Le régime civil

Si la nullité de la convention ne peut être poursuivie en mobilisant l'article 16-7 du code civil, le ministère public ne semble, au premier abord, pas dépourvu de toute ressource pour sanctionner l'accord conclu entre le géniteur et la porteuse, du fait de l'existence de normes protégeant l'ordre public en général - comme les articles 6 (28) ou 1162 nouveau du code civil (29). Cela étant, des obstacles pratiques comme théoriques s'élèvent sur la voie de l'annulation. D'une part, des difficultés probatoires surgiraient probablement. Aucun homme ne peut devenir père sans qu'une femme porte son enfant ; toute femme peut demander que le secret de son admission et de son identité soit préservé. Partant, à moins que la convention ait été formalisée par écrit, et que le ministère public obtienne un exemplaire dudit contrat, la preuve de l'intention sera en général fort délicate à établir. D'autre part, le fondement précis de la nullité ne se laisse pas aisément identifier. Dès lors que personne n'entend occuper la place de la mère dans le schéma de filiation (30), que « l'accouchement sous X » est conçu comme une faculté pour la gestatrice et que le père est le géniteur, conformément à la définition française de la paternité, l'indisponibilité de l'état comme composante de l'ordre public ne pourrait pas être mobilisée. Certains laissent entendre que l'indisponibilité du corps humain pourrait l'être (31), mais l'incertitude règne en la matière dès lors que, depuis l'intervention de la loi de 1994, aucun arrêt de la Cour de cassation ne s'est fondé sur ce prétendu principe (32). Partant, et malgré la disparition de l'immoralité de la cause comme source autonome de nullité des conventions, c'est la contrariété aux « bonnes moeurs », toujours sanctionnée par l'article 6 du code civil, qui semblerait le fondement le moins contestable - quoique son périmètre actuel soit imprécis (33).

Au demeurant, quand bien même un fondement pourrait être trouvé qui permettrait d'obtenir l'annulation de la convention, on voit mal quelles conséquences en tirer en matière de filiation. S'agissant de la paternité, l'annulation conduirait à revenir aux règles de droit interne en vertu desquelles la paternité est ultimement fondée sur le lien génétique. Certes, la Cour de cassation, dans ses décisions du 13 septembre 2013 (34), était-elle parvenue à neutraliser cette conclusion en recourant à la qualification de fraude - qui confère qualité à agir en contestation de la filiation au ministère public sur le fondement de l'article 336 du code civil. Mais cette analyse, d'une extrême fragilité dès lors que ce dernier texte n'érige pas la fraude en cause autonome de nullité d'une reconnaissance, d'une part, et reposait sur l'article 16-7 du code civil, d'autre part, a été abandonnée dans les deux arrêts d'assemblée plénière du 3 juillet 2015 (35) par lesquels le fondement de la fraude, qui corromprait tout, y compris la définition positive de la paternité, est « désactivé ». Partant, la paternité du commanditaire de l'enfant, légalement établie, serait incontestable. S'agissant de la maternité, on ne saurait soutenir que la nullité de la convention puisse priver la femme de la faculté de demander le secret de son identité. Et le ministère public ne pourrait pas agir en recherche de maternité contre la porteuse - dès lors que l'action en recherche est réservée, par l'article 325 du code civil, à l'enfant.

En revanche, les éventuelles stipulations d'ordre financier de la convention sembleraient, de prime abord, touchées de plein fouet par l'annulation. Pourtant, que des restitutions puissent être prononcées est loin d'être évident. On pourrait avancer que l'homme ayant exposé des frais pour soutenir, au cours de la grossesse, la femme enceinte de lui n'a fait qu'exécuter une obligation naturelle, qualification qui fait obstacle à toute restitution (36). Et, s'agissant d'une annulation pour contrariété aux bonnes moeurs, l'invocation de l'adage selon lequel « nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude », érigé en principe par la Cour de cassation (37), pourrait pareillement interdire

les restitutions (38). En somme, la sanction qui consisterait à exiger de celle qui peut apparaître comme la victime du contrat qu'elle restitue ce qu'elle aurait reçu n'a rien d'inéluctable.

Certes, la convention de « commande d'enfant » réalisée sur le territoire français serait, en elle-même, dépourvue d'efficacité au sens où elle ne saurait contraindre la femme porteuse à ne pas établir sa maternité. Certes, la possibilité de conférer au compagnon ou mari du commanditaire et géniteur le statut de parent serait discutable : dépourvu de lien biologique avec l'enfant, ne chercherait-il pas à occuper dans le schéma de filiation la place qui devrait en principe revenir à la gestatrice et, ce faisant, à l'empêcher d'investir celle-ci (39) ? Mais la paternité du géniteur commanditaire est sans aucun doute, et les sommes versées à la porteuse probablement, hors d'atteinte du droit civil français. Au-delà, l'arrangement tombe-t-il sous le coup de la loi pénale ?

B - Le régime pénal

Le droit pénal de la bioéthique est riche de nombreuses dispositions - dont l'aptitude à saisir la situation de commande d'enfant par son géniteur est variable, mais toujours incertaine.

L'article 511-12 du code pénal érige en infraction l'insémination par sperme frais. Mais, outre que la qualification serait exclue en cas de coït entre les parties, et que rapporter la preuve de cette pratique serait bien souvent délicat, l'infraction ne semble viser que les tiers, en particulier les professionnels de santé (40) auxquels il n'est pas toujours nécessaire de recourir (41).

Les tiers à l'arrangement sont également seuls visés par l'article 227-12, alinéa 3, du code pénal, qui sanctionne 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 vue de le leur remettre » (42).

Les parties elles-mêmes pourraient, en revanche, être visées par l'article 227-13 du code pénal, qui punit « la substitution volontaire, la simulation ou dissimulation ayant entraîné une atteinte à l'état civil d'un enfant ». Simplement, on voit mal comment la femme qui demanderait le secret de son admission ou de son identité pourrait être qualifiée d'auteure d'une dissimulation sans que le principe même de « l'accouchement sous X » soit remis en cause ; dès lors, le géniteur ne saurait être qualifié de complice, faute d'infraction constituée (43).

Dès lors, seul l'article 227-12, alinéa 1er, du code pénal semble concerner l'hypothèse en cause, qui dispose : « Le 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 est puni de six mois d'emprisonnement et de 7 500 € d'amende ». Et, de fait, le 1er juillet 2015, le tribunal correctionnel de Bordeaux a condamné à 7 500 € d'amende avec sursis chacun des deux hommes mariés ayant eu recours à une femme porteuse, sur le fondement de ce texte : si le contrat avait été conclu à Chypre, les versements d'argent avaient été effectués depuis la France et, surtout, la femme porteuse avait achevé sa grossesse en France, où elle avait accouché, de sorte que la territorialité de la loi pénale ne faisait pas, en l'espèce, obstacle à la condamnation (44). La mobilisation du texte en présence d'une commande d'enfant par son géniteur n'est toutefois pas évidente, eu égard aux éléments constitutifs de l'infraction. Le but lucratif du père est exclu. La menace ou l'abus d'autorité sont improbables. Restent le don ou la promesse. Le contrat de commande d'enfant conclu à titre onéreux pourrait correspondre à ces critères. Mais le texte ne vise-t-il pas exclusivement une personne qui ne serait pas un parent ? Un parent légal de l'enfant - au sens d'un parent indépendamment de la convention en question - peut-il être condamné pour provocation à l'abandon d'un enfant qu'il se destinerait à élever (45) ? Surtout, « beaucoup considèrent (...) que cette (...) infraction ne peut être constituée que si les tractations répréhensibles ont eu lieu après la conception de l'enfant » (46) - dès lors que le

texte vise « un enfant né ou à naître » (47) : partant, la commande d'enfant ne serait pas visée par le texte...

« Et pourtant, elle tourne ! » : pourtant, malgré les textes, et alors que le dispositif juridique ne semble pas permettre de sanctionner efficacement la convention de commande d'enfant par son géniteur (48), la certitude que celle-ci est « interdite » en droit français est fermement ancrée - et produit des effets en droit. Comment expliquer cette forme d'indifférence aux catégories textuelles positives, cette indifférence à la Loi - pourtant toujours mobilisée pour condamner ces pratiques qu'elle ne vise pas ? On ne saurait écarter d'un revers de manche l'hypothèse que la loi invoquée soit une autre loi - en somme, que le discours dominant soit imprégné d'une épistémologie jusnaturaliste que l'invocation de « principes » vient efficacement habiller.

(1) Ce texte a donné lieu à une communication présentée lors du colloque « La gestation pour autrui : resituer la France dans le monde. Représentations, encadrements et pratiques », organisé par l'Institut national d'études démographiques, l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, le Muséum national d'histoire naturelle, l'Université Paris 2 Panthéon-Assas et l'École de hautes études en sciences sociales, les 17 et 18 nov. 2016 (pour une présentation, V. <http://colloque-gpa-paris-2016.site.ined.fr/fr>).

(2) Rennes, 27 juin 2016, n° 15/03856, D. 2017. 729, obs. F. Granet-Lambrechts ; AJ fam. 2016. 437, obs. E. Viganotti , et 455, obs. A. Dionisi-Peyrusse .

(3) V. infra.

(4) Comme les conventions par lesquelles un homme s'engagerait à procréer pour le compte d'un autre homme.

(5) V., spéc., art. 332, al. 1er, c. civ. : « La maternité peut être contestée en rapportant la preuve que la mère n'a pas accouché de l'enfant ».

(6) Préférant recourir à la terminologie de la « commande » d'enfant dans l'hypothèse où le père d'« intention » ne serait pas le géniteur, V. J. Hauser, obs. ss Cass., ass. plén., 3 juill. 2015, n° 14-21.323 et n° 15-50.002, RTD civ. 2015. 581 .

(7) CE 22 janv. 1988, n° 80936 .

(8) Civ. 1re, 13 déc. 1989, n° 88-15.655, Bull. civ. I, n° 387 ; D. 1990. 273 , rapp. J. Massip ; RDSS 1990. 733, obs. E. Alfandari ; RTD civ. 1990. 254, obs. J. Rubellin-Devichi , et 1992. 88, obs. J. Mestre ; RTD com. 1990. 223, obs. E. Alfandari et M. Jeantin .

(9) Cass., ass. plén., 31 mai 1991, n° 90-20.105, Bull. ass. plén., n° 4 ; D. 1991. 417 , rapp. Y. Chartier , 318, obs. J.-L. Aubert , 424, note D. Thouvenin , et 1992. 59, obs. F. Dekeuwer-Défossez ; RFDA 1991. 395, étude M. Long ; Rev. crit. DIP 1991. 711, note C. Labrusse- Riou ; RTD civ. 1991. 517, obs. D. Huet-Weiller , 1992. 88, obs. J. Mestre , et 489, étude M. Gobert . V. aussi, à la veille de l'entrée en vigueur de L. n° 94-653, 29 juill. 1994, Civ. 1re, 29 juin 1994, n° 92-13.563, Bull. civ. I, n° 226 ; D. 1994. 581 , note Y. Chartier ; RDSS 1995. 377, obs. F. Monéger ; RTD civ. 1994. 842, obs. J. Hauser .

(10) Genèse, 16,1 à 16,16.

(11) Genèse 30,1 à 30,24.

(12) F. Terré, *L'enfant de l'esclave. Génétique et droit*, Flammarion, 1987, p. 180.

(13) *Ibid.*, p. 183-184. Nous soulignons.

(14) Cass., ass. plén., 31 mai 1991, n° 90-20.105, préc. : « La convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes ». Sur l'invocation de ces « principes », V. M. 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. 489.

(15) V., spéc., Civ. 1 re, 6 avr. 2011, n° 10-19.053, *Bull. civ. I*, n° 72 ; D. 2011. 1522, note D. Berthiau et L. Brunet, 1001, édito. F. Rome, 1064, entretien X. Labbé, 1585, obs. F. Granet-Lambrechts, 1995, obs. A. Gouttenoire, 2012. 308, obs. J.-C. Galloux, et 1228, obs. F. Jault-Seseke ; *AJ fam.* 2011. 262, obs. F. Chénéde, 265, obs. B. Haftel, et 266, interview M. Domingo ; *AJCT* 2011. 301, obs. C. Siffrein-Blanc ; *Rev. crit. DIP* 2011. 722, note P. Hammje ; *RTD civ.* 2011. 340, obs. J. Hauser : « 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 ».

(16) En ce sens, V. B. Beignier et J.-R. Binet, *Droit des personnes et de la famille*, 2e éd., LGDJ, coll. Cours, 2015, n° 404, p. 134 : « Les applications jurisprudentielles de ce principe [d'indisponibilité du corps humain] sont rares. Il a été plusieurs fois consacré par la Cour de cassation, principalement par un arrêt d'assemblée plénière du 31 mai 1991 au sujet de la légalité de la convention dite de mère porteuse. Toutefois, dans les décisions ultérieurement consacrées à la même question, la Cour de cassation n'a plus fait référence à l'indisponibilité, contribuant ainsi à épaissir le brouillard qui entoure ce principe ».

(17) Pour une référence dans un arrêt récent de cour d'appel, V. Dijon, 24 mars 2016, n° 15/00057, D. 2016. 783, obs. I. Gallmeister, 1045, obs. H. Gaudemet-Tallon, 2017. 729, obs. F. Granet-Lambrechts, et 781, obs. J.-C. Galloux ; *AJ fam.* 2016. 339, obs. L. Sorisole ; *RTD civ.* 2016. 335, obs. J. Hauser ; *Dalloz actualité*, 5 avr. 2016, obs. T. Coustet. La nullité posée par les art. 16-7 et 16-9 c. civ. est qualifiée d'« éminemment substantielle en ce qu'elle a vocation à protéger deux principes essentiels du droit français à savoir celui de l'indisponibilité du corps humain et celui de l'indisponibilité de l'état des personnes ».

(18) V., par ex., Cass., ass. plén., 3 juill. 2015, n° 14-21.323 et n° 15-50.002, D. 2015. 1438, obs. I. Gallmeister, 1819, note H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, 1481, édito. S. Bollée, 1773, point de vue D. Sindres, 1919, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire, 2016. 674, obs. M. Douchy-Oudot, 857, obs. F. Granet-Lambrechts, 915, obs. M. Pichard, et 1045, obs. H. Gaudemet-Tallon ; *AJ fam.* 2015. 496, et 364, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *Rev. crit. DIP* 2015. 885 ; *RTD civ.* 2015. 581, obs. J. Hauser ; *CEDH* 21 juill. 2016, n° 9063/14, Foulon et Bouvet c/ France, spéc. nos 55 s., D. 2016. 2152, note A.-B. Caire, 2017. 729, obs. F. Granet-Lambrechts, 781, obs. J.-C. Galloux, et 935, obs. S. Hennette-Vauchez ; *AJ fam.* 2016. 407, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *RTD civ.* 2016. 819, obs. J. Hauser.

(19) Civ. 1re, 13 sept. 2013, n° 12-18.315 et n° 12-30.138, *Bull. civ. I*, n° 176 ; D. 2013. 2382, obs. I. Gallmeister, 2349, chron. H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, 2377, avis C. Petit, 2384, note M. Fabre-Magnan, 2014. 689, obs. M. Douchy-Oudot, 954, obs. A. Dionisi-Peyrusse, 1059, obs. H. Gaudemet-Tallon, 1171, obs. F. Granet-Lambrechts, 1516, obs. N. Jacquinot et A. Mangiavillano, et 1787, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire ; *AJ fam.* 2013. 579, obs. F. Chénéde, 532, obs. A. Dionisi-Peyrusse, et

600, obs. C. Richard et F. Berdeaux-Gacogne ; AJCT 2013. 517 , obs. R. Mésa ; Rev. crit. DIP 2013. 909, note P. Hammje ; RTD civ. 2013. 816, obs. J. Hauser

(20) Cass., ass. plén., 3 juill. 2015, n° 14-21.323 et n° 15-50.002, préc.

(21) Sur la figure de la « paternité gay » et son caractère particulièrement troublant au regard des schémas dominants, V., spéc., M. Gross et al., *Penser la paternité en dehors du lien à la maternité. Un questionnement à partir de la paternité gay*, Informations sociales 2013/2, n° 176, p. 76 s., spéc. p. 78 et 84 : « Ce qui s'oppose à la paternité gay s'oppose plus généralement à la paternité détachée de la maternité et prend sa source dans les représentations qui attribuent exclusivement à la mère les qualités lui permettant d'être la figure d'attachement (...) » ; E. Gratton, *Entre pères gays et mères porteuses*, Dialogue 2013/4, n° 202, p. 21 s., spéc. p. 22 : « La situation des pères gays qui ont recours à une mère porteuse est encore plus complexe, car elle soulève à l'évidence deux tabous : choisir de devenir père sans mère, choisir d'abandonner l'enfant par la femme qui l'a porté » ; E. Gratton, *Les déclinaisons de la paternité gay*, in M. Gross, *Homoparentalités, état des lieux*, Eres, *La vie de l'enfant*, 2005, p. 281 s., spéc. p. 282, sur le stéréotype selon lequel le « désir [d'enfant] serait moins essentiel psychologiquement » pour les hommes que pour les femmes.

(22) V., par ex., M. Fabre-Magnan, *La gestation pour autrui, Fictions et réalité*, Fayard, 2013, spéc. p. 8.

(23) Certes, le salarié agit également pour le compte de son employeur. Mais le code civil, à l'art. 1710, ne recourt pas à cette expression : « Le louage d'ouvrage est un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre [et non pour le compte de l'autre], moyennant un prix convenu entre elles ».

(24) Et plus précisément de la représentation imparfaite. V. art. 1154, al. 2, nouv. c. civ. ; V. aussi, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, 11e éd., Dalloz, coll. Précis, 2013, n° 181, p. 198 s.

(25) V. infra.

(26) Sur la violation de la loi que constituerait le revirement de jurisprudence effectivement opéré par la suite, à l'occasion des arrêts du 3 juill. 2015 (préc.), V., spéc., F. Chénéde, *L'établissement de la filiation des enfants nés de GPA à l'étranger. Liberté et responsabilité de l'assemblée plénière de la Cour de cassation*, D. 2015. 1172 , spéc. n° 3 : « Sauf à ignorer l'interdit légal de l'article 16-7 du code civil, les hauts magistrats étaient tenus de faire obstacle à la reconnaissance des effets de son contournement délibéré » ; et n° 10 : « Reconnaître la filiation des enfants, c'est autoriser ce que le législateur - et l'assemblée plénière avant lui - a interdit : la pratique des mères porteuses ».

(27) Civ. 1re, 7 avr. 2006, n° 05-11.285, Bull. civ. I, n° 195 ; D. 2006. 1065, obs. I. Gallmeister , 2293, note E. Poisson-Drocourt , 1177, tribune B. Mallet-Bricout , 1707, chron. J. Revel , 2007. 879, chron. P. Salvage-Gerest , 1460, obs. F. Granet-Lambrechts , et 2192, obs. L. Brunet ; Just. & cass. 2007. 328, rapp. A. Pascal ; AJ fam. 2006. 249, obs. F. Chénéde ; RDSS 2006. 575, obs. C. Neirinck ; RTD civ. 2006. 273, obs. P. Remy-Corlay , et 292, obs. J. Hauser .

(28) « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs ».

(29) « Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but (...) ».

(30) C'est-à-dire que le litige ne porte pas sur l'adoption plénière de l'enfant par le mari du géniteur - que l'on pourrait analyser comme l'occupation par un tiers de la place dévolue à la gestatrice, V. infra.

(31) V., par ex., avis du procureur général J.-C. Marin sur les arrêts du 3 juill. 2015, p. 48 : « Il nous semble, en l'état du droit, que le principe de l'indisponibilité du corps humain doit continuer à légitimer la prohibition légale de la gestation pour autrui et la reconnaissance d'une filiation à l'égard des parents d'intention ».

(32) V. supra.

(33) V., spéc., G. Chantepie et M. Latina, La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du code civil, Dalloz, 2016, n° 96, p. 85 s.

(34) Préc.

(35) Préc.

(36) Art. 1302, al. 2, nouv. c. civ.

(37) Civ. 1re, 22 juin 2004, n° 01-17.258, Bull. civ. I, n° 182 ; D. 2004. 2624 , et 2005. 185, obs. D. Mazeaud ; RTD civ. 2004. 503, obs. J. Mestre et B. Fages .

(38) Pour une application de ce principe dans un contexte de « gestation pour autrui » - ou de cession d'enfant - afin d'empêcher l'indemnisation du préjudice, y compris matériel, subi par les commanditaires d'un enfant victimes d'une escroquerie de la part de la femme porteuse, V. T. corr. Blois, 22 mars 2016, Dr. fam. 2016. Étude 18, note M.-C. Guérin (« L'interdiction de la gestation pour autrui : quelles qualifications pénales, quelles victimes ? »). Le statut actuel du principe est toutefois équivoque, V. G. Chantepie et M. Latina, op. cit., n° 1056, p. 897 s. - qui soulignent que « l'adage nemo auditur est ancré dans un contrôle des moeurs dont la pérennité est douteuse ».

(39) Pour un refus d'adoption simple par le mari du commanditaire, V. Dijon, 24 mars 2016, n° 15/00057, préc. La solution est discutable, dans la mesure où, en l'espèce, la femme porteuse était désignée comme la mère dans l'acte de naissance étatsunien, de sorte que le mari du père et géniteur, qui ne sollicitait qu'une adoption simple, ne prétendait pas prendre la place de cette femme dans le schéma de parenté. De surcroît, la cour estime que le père biologique a enfreint l'art. 16-7 c. civ., lors même que l'on se trouve précisément dans une hypothèse de commande d'enfant par son géniteur.

(40) En ce sens, V. M.-C. Guérin, note préc., n° 4, p. 39. Les commanditaires pourraient alors toutefois être condamnés pour complicité (en ce sens, note préc., n° 6, p. 40).

(41) Rappr. art. 511-22 c. pén. : « Le fait de mettre en oeuvre des activités d'assistance médicale à la procréation sans avoir recueilli l'autorisation prévue par le quatrième alinéa de l'article L. 2142-1 du code de la santé publique ou sans se conformer aux prescriptions de cette dernière est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende ».

(42) En ce sens, V., par ex., A. Prothais, Adoption et assistance médicale à la procréation : quelle pénalisation ?, in LERADP, Les filiations par greffe. Adoption et procréation médicalement assistée, LGDJ, 1997, p. 33 s., spéc. p. 41, qui souligne toutefois que « les aspirants à l'adoption [et] la femme "abandonneuse" (...) peuvent être punissables comme complices ». Mais encore faut-il que l'infraction principale soit constituée.

(43) Au contraire, si la commanditaire est une femme qui se prétendrait la mère, elle serait auteure d'une simulation pénalement sanctionnée : V. M. Lobe Lobas, La répression pénale de la gestation pour autrui dans l'état de l'intérêt de l'enfant, in Mélanges en l'honneur du professeur C. Neirinck, LexisNexis, 2015, p. 581 s., spéc. p. 585.

(44) T. corr. Bordeaux, 1er juill. 2015, n° 14322000193, Lexbase n° 621, 16 juill. 2015, obs. A. Gouttenoire. V. aussi, T. corr. Blois, 22 mars 2016, préc. : tous les couples à qui une femme avait promis un enfant sont condamnés pour provocation à l'abandon d'enfant - sans distinguer selon que les commanditaires étaient ou non les géniteurs, ou que les promesses de rémunération étaient antérieures ou postérieures à la grossesse.

(45) En faveur d'une réponse positive, V. M.-L. Rassat, Droit pénal spécial, Infractions du code pénal, 7e éd., Dalloz, coll. Précis, 2014, n° 741, p. 792 : « L'infraction est applicable à l'entourage d'une [sic] femme enceinte (parents, compagnon, père ou non de l'enfant, etc.) ». Mais il est douteux que l'auteure vise alors le père juridique de l'enfant, que serait le commanditaire dans l'hypothèse examinée.

(46) J. Garrigue, Droit de la famille, Dalloz, coll. Hypercours, 2015, n° 1118, p. 648.

(47) En ce sens, V. M.-L. Rassat, op. cit., n° 741, p. 791 : « deux infractions (...) concernent les enfants "nés" ou "à naître", c'est-à-dire déjà existants ». Seul l'al. 3, spécial aux conventions de « mères porteuses », serait applicable aux enfants à concevoir ; mais le texte ne sanctionne que l'entremise (V. supra).

(48) Sauf à ce qu'intervienne un tiers, en particulier un professionnel de santé, qui procéderait à une procréation médicalement assistée en dehors des cas prévus par la loi et s'exposerait aux sanctions de l'art. 511-24 c. pén., en vertu duquel « le fait de procéder à des activités d'assistance médicale à la procréation à des fins autres que celles définies à l'article L. 2141-2 du code de la santé publique est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 € d'amende » ; en ce sens, V. M. Lobe Lobas, art. préc., spéc. p. 588. Sur la proposition de considérer que la « gestation pour autrui » au sens large constitue l'infraction de réduction en esclavage incriminée à l'art. 224-1 A c. pén. et punie de vingt ans de réclusion criminelle, V. M. Fabre-Magnan, L'impossibilité d'une gestation pour autrui « éthique », in Archives de philosophie du droit, t. 57, La famille en mutation, Dalloz, 2014, p. 465 s., spéc. nos 9 et 9 bis, p. 469-470 ; C. de La Hougue, La qualification juridique de la gestation pour le compte d'autrui au regard du droit international et du droit pénal français, Dr. fam. 2015. Étude 15, spéc. nos 26 s., p. 19 s. La proposition semble difficilement soutenable, eu égard à l'exigence de cohérence de la loi pénale : on ne comprendrait pas que l'entremise, qui constituerait une complicité de réduction en esclavage, ne soit punie que d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende (art. 227-12 c. pén. ; contra C. de La Hougue, art. préc., n° 28, p. 19).