

**Revue critique de droit international privé 1991 p. 711**

**De l'illicéité de la maternité de substitution**

**Cour d'appel de Paris (1<sup>re</sup> Ch., sect. C). - 15 juin 1990. Cour de cassation (Ass. plén.). - 31 mai 1991.**

**Catherine Labrusse-Riou**

\*\*

**L'essentiel**

*L'abandon, acte volontaire et définitif, par la mère naturelle de ses droits sur l'enfant et leur transfert au père naturel à l'issue d'une procédure judiciaire ne heurte pas la conception française de l'ordre public international (indisponibilité de l'état des personnes), s'agissant de donner effet en France à des droits régulièrement acquis à l'étranger (1<sup>re</sup> espèce) (1).*

*La maternité de substitution, par laquelle la mère accepte d'abandonner l'enfant qu'elle vient de mettre au monde et de le remettre au père biologique, n'est pas de nature à faire obstacle à l'adoption plénière de l'enfant par l'épouse du père biologique, dès lors que l'enfant est abandonné par la mère naturelle conformément à la loi personnelle de celle-ci, compétente pour régir la filiation, et que l'ordre public international, intervenant par son effet atténué, ne s'oppose pas aux effets en France d'une telle situation de fait et de droit. La maternité substituée ne heurte pas non plus l'ordre public en tant que convention portant sur des choses qui ne sont pas dans le commerce, dès lors que, librement consentie et appliquée avec la prudence et les garanties qui s'imposent, il n'est pas démontré que, plus que d'autres modes de procréation artificielle ou de filiations de substitution, elle serait de nature à créer un danger social pour la femme et l'enfant ou entraverait le libre exercice de leurs droits par les autres membres de la société (1<sup>re</sup> espèce) (2).*

*Par ailleurs, l'accord conclu avec la mère naturelle ne consacre pas le don, ou la cession, d'une chose qui n'est pas dans le commerce, puisque la faculté lui est réservée d'exercer ses droits de mère en reconnaissant l'enfant, et que le père biologique tient ses droits, non de la promesse faite par la mère - qui ne crée à sa charge aucune obligation juridique - mais de l'abandon volontaire, librement consenti après la naissance. L'adoption plénière demandée par l'épouse du père biologique est donc conforme à l'intérêt de l'enfant et aux conventions internationales (1<sup>re</sup> espèce) (3).*

*La convention par laquelle une femme s'engage, fut-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'état des personnes (2<sup>e</sup> espèce) (4).*

*L'adoption d'un enfant conçu en exécution d'un contrat tendant à l'abandon à sa naissance par sa mère, n'est que l'ultime phase d'un processus qui constitue un détournement de l'institution de l'adoption (2<sup>e</sup> espèce) (5).*

**1<sup>ère</sup> espèce**

Par jugement du 12 juillet 1989 le Tribunal de grande instance de Paris a rejeté la requête de M<sup>me</sup> Dominique T. épouse de Michel M., tendant à l'adoption plénière de l'enfant Elise, Marie, née le 2 décembre 1987 à Louisville, Comté de Jefferson-Kentucky (Etats-Unis d'Amérique), déclarée comme étant née de Michel M., sans indication du nom de la mère.

Pour se déterminer ainsi, le tribunal a retenu que l'enfant avait été conçue par insémination artificielle d'une mère de substitution de nationalité américaine, Débi M., qui avait accepté de porter l'enfant, de le mettre au monde et de l'abandonner au profit de Michel M. selon la procédure locale ; qu'il a considéré que l'adoption plénière de l'enfant conçu et né dans ces conditions consacrerait la pratique dite des « mères porteuses » qui est, en l'état actuel du droit positif et des mœurs, contraire à la loi et à l'ordre public ; que la mesure sollicitée constituerait également un détournement de l'institution de l'adoption, qui est de donner une famille à un enfant abandonné alors qu'en l'espèce, l'existence même et l'abandon de l'enfant ont été sciemment et par avance voulus par M. et M<sup>me</sup> M.

M<sup>me</sup> M. a fait appel de cette décision, dont elle poursuit l'infirmité en demandant à la Cour de prononcer l'adoption plénière, dont les conditions légales sont réunies, le père de l'enfant ayant donné son consentement à cette mesure, et la mère ayant expressément renoncé à ses droits d'autorité parentale.

Il est en outre exposé que M. M. avait eu un autre enfant (qui a bénéficié d'une adoption plénière de la part de son épouse, prononcée par le Tribunal de grande instance de Paris) Antoine, né le 17 avril 1984 à Louisville, également de M<sup>me</sup> Debi M., qui a « accepté d'avoir un autre enfant pour que le jeune Antoine ne reste pas tout seul » ; qu'ainsi la présente procédure, étrangère à la pratique que le tribunal a jugée illicite et contraire à l'ordre public, ne tend qu'à faire bénéficier l'enfant, régulièrement abandonné, d'une filiation maternelle à l'instar de l'enfant Antoine - le refus d'une adoption plénière devant avoir pour effet une inégalité de traitement inadmissible entre les deux enfants.

Le Ministère Public a conclu par écrit à la confirmation, pour des motifs juridiques, tenant à l'illicéité de la convention de maternité de substitution qui est à la base de la demande, et aux risques d'ordre moral et social de ces pratiques.

La Cour ; - Considérant que, compte-tenu de l'élément d'extranéité résultant de la naissance de l'enfant d'une mère de nationalité étrangère, il y a lieu d'appliquer la règle de conflit de lois de l'article 311-14 du code civil, qui donne compétence à la loi personnelle de la mère pour régir la filiation ; - Considérant, en conséquence, qu'avant d'envisager la question de l'adoption, c'est au regard de la loi des Etats-Unis d'Amérique, appliquée dans le Comté de Jefferson (Etat du Kentucky) que doivent être appréciées la légalité et la régularité de l'abandon, par la mère naturelle de l'enfant, de ses droits parentaux ; - Considérant que sont produits aux débats : l'acte de naissance de l'enfant, déclarée sous le nom de M. et les prénoms d'Elise, Marie, comme étant née à Louisville Comté de Jefferson (Kentucky - Etats-Unis d'Amérique) le 2 décembre 1987, de Michel Marcel Aimé M. ; une décision judiciaire (« ordonnance acceptée de jugement ») du Tribunal du district de Jefferson, du 4 décembre 1987, reconnaissant Michel M. comme père naturel de l'enfant, à qui est attribué le nom patronymique de M. - jugement auquel est joint, comme partie intégrante de cette décision un « accord de garde et d'entretien » conclu entre Michel M. et la mère naturelle de l'enfant, Débi M., citoyenne des Etats-Unis, tous deux assistés d'un avocat, acte par lequel la mère « accorde, donne et transfère tous ses droits, sa garde et son contrôle sur l'enfant Elise Marie M. » au père, qui déclare s'engager à en assurer l'ay garde permanente, l'entretien et l'éducation jusqu'à l'âge de la majorité ; une « ordonnance mettant fin aux droits parentaux et ordonnance de jugement » du 17 décembre 1987 - certifiée conforme par le greffier le 15 janvier 1988 - émanant du tribunal itinérant de Jefferson, constatant, conformément à la législation locale applicable, l'abandon par la mère de ses droits sur l'enfant et décidant, en conséquence, la suppression de ces droits et leur transfert au profit de Michel M. ; - Considérant que ces décisions étrangères, statuant

en matière d'état des personnes, et conformément à la législation des Etats-Unis d'Amérique localement applicable - qui est la loi personnelle de la mère naturelle - ont autorité en France de plein droit ; - Considérant que l'abandon par la mère naturelle de ses droits sur l'enfant et leur transfert au père naturel à l'issue d'une procédure judiciaire ne heurte pas la conception française de l'ordre public international, s'agissant, de plus, de donner effet en France à des droits régulièrement acquis à l'étranger ; - Considérant qu'à supposer même - ce qui ne ressort pas à l'évidence des pièces produites - que l'enfant soit née d'une mère de substitution, ayant accepté de l'abandonner et de la remettre au père biologique, cette situation ne serait pas de nature à faire obstacle à l'adoption plénière, dès lors que l'enfant a été abandonné par la mère naturelle conformément à la loi applicable et que l'ordre public international, intervenant par son effet atténué, ne s'oppose pas aux effets en France d'une telle situation de fait et de droit ; - Considérant, en effet, que la maternité substituée, permettant à un couple atteint de stérilité du fait de la femme, d'obtenir la naissance d'un enfant pour l'exercice du droit naturel de fonder une famille par la procréation, ne heurte pas le principe d'ordre public de l'indisponibilité de l'état des personnes, dès lors que : - d'une part, la renonciation de la mère naturelle aux droits que la loi lui reconnaît à l'égard de l'enfant résulte d'un acte d'abandon volontaire et définitif ; - d'autre part, cet abandon ne réalise pas une cession illicite par la mère des droits d'autorité parentale au père biologique, qui les possède au même titre que la mère et peut les faire consacrer par une reconnaissance volontaire dans le respect de la loi ; - enfin, le caractère artificiel de la filiation créée à l'égard de l'épouse du père biologique par l'effet de l'adoption ne distingue pas ce type de situation d'autres processus prévus par la loi ou autorisés par elle - tels l'abandon à la naissance suivi d'adoption, ou la reconnaissance purement formelle, mais non contestée, destinée également à donner à l'enfant un statut légal favorable indépendamment de sa véritable filiation, en créant des liens de filiation artificiels, mais cependant jugés par la loi conformes au bien commun ; - Considérant que la seule spécificité de la maternité de substitution réside dans son caractère volontaire, élément qui, lui encore, n'est pas étranger aux institutions et règles propres à la filiation ; - Considérant que pas davantage la maternité substituée ne heurte l'ordre public en tant que convention portant sur des choses qui ne sont pas dans le commerce ; - Considérant, en effet que : - de telles conventions, portant sur le corps humain, sont désormais admises - tel le don d'organe - et que la maternité pour autrui - en tant que portant sur les capacités de gestation de la mère de substitution - librement consentie et assumée, appliquée avec la prudence et les garanties qui s'imposent, doit être admise au nombre des dérogations apportées au principe, dès lors qu'il n'est pas démontré que, plus que d'autres modes de procréation artificielle ou de filiations de substitution largement pratiqués et organisés elle serait de nature à créer un danger social, pour la femme et l'enfant, ou qu'elle entraverait le libre exercice de leurs droits par les autres membres de la société ; - l'accord conclu avec la mère naturelle ne consacre pas le don, ou la cession, d'une chose qui n'est pas dans le commerce, la faculté lui étant réservée d'exercer ses droits de mère en reconnaissant l'enfant, et le père biologique tenant ses droits, non de la promesse faite par la mère - qui ne crée à sa charge aucune obligation juridique - mais de l'abandon volontaire, librement consenti après la naissance ; - Considérant, enfin, que l'adoption plénière demandée dans ces conditions apparaît conforme aux conventions internationales ; - Considérant que, d'une part, l'adoption plénière est seule de nature à assurer la parfaite cohésion de la famille constituée autour du père biologique, et propre à garantir le droit au respect de la vie familiale qui exige, au sens de l'article 12 de la Déclaration universelle des droits de l'homme et de l'article 8, paragraphe 1<sup>er</sup>, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, que les règles légales ne fassent pas obstacle à l'intégration de l'enfant au sein d'une famille à laquelle le rattachent des liens véritables de filiation - biologiques à l'égard du père, psycho-sociologiques à l'égard des deux parents - assurant ainsi à l'enfant la protection juridique qui lui est due, sans considération des circonstances qui ont déterminé sa conception et sa naissance ; - Considérant, d'autre part, que la protection de remplacement réalisée par l'adoption plénière dans l'intérêt supérieur de l'enfant, abandonné par sa mère à sa naissance, est en conformité avec les normes définies par la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1969, qui énonce dans son Préambule le principe selon lequel l'enfant doit grandir dans le milieu familial - ce qui suppose qu'il jouisse dans ce milieu et dès son plus jeune âge, d'un statut non discriminatoire du fait de sa naissance -, et qui consacre le droit pour l'enfant, dans la mesure du possible - soit, en l'occurrence, en tenant compte de l'abandon de la mère - de connaître ses parents et d'être élevé par eux (article 7, paragraphe 1<sup>er</sup>) ; - Considérant qu'en définitive, la maternité pour autrui, pratiquée dans des conditions exclusives de tout mercantilisme, ne heurte pas la conception française de l'ordre public international ; - Et considérant que l'adoption plénière de l'enfant Elise Marie, régulièrement abandonnée par sa mère naturelle et accueillie au foyer de M. et M<sup>me</sup> M. depuis le 10 décembre 1987, est conforme à son intérêt ; que les conditions légales - régies par la loi française de l'adoptante et de l'adopté - sont en l'espèce réunies dans les termes des articles 347, 348-1 et 348-5, du code civil.

*Par ces motifs* : - Infirme le jugement ; Prononce l'adoption plénière de : Elise, Marie M., née le 2 décembre 1987 à Louisville Comté de Jefferson, Kentucky (Etats-Unis d'Amérique) par Dominique, Marie T. épouse M., née le 5 novembre 1946 à Juvisy (Essonne) ; Ordonne la transcription du dispositif de l'arrêt sur les registres d'état civil du service central du ministère des affaires étrangères à Nantes ; Dit que l'acte de naissance originaire sera à la diligence du Ministère Public, revêtu de la mention « adoption » et considéré comme nul.

**Du 15 juin 1990. - Cour de Paris (1<sup>re</sup> Ch., sect. C). - M. J.-P. Ancel, prés. ; M<sup>me</sup> Gautier et M. Brissier, cons. ; M<sup>me</sup> Bernard-Catât, subst. gén. - M<sup>e</sup> Lefebvre, av.**

## 2<sup>ème</sup> espèce

La Cour : - Sur le pourvoi dans l'intérêt de la loi formé par M. le procureur général près la Cour de cassation : - Vu les art. 6 et 1128 c. civ., ensemble l'art. 353 du même code ; - Attendu que 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 ; - Attendu, selon l'arrêt infirmatif attaqué (Paris, 1<sup>re</sup> ch. C, 15 juin 1990) que M<sup>me</sup> X..., épouse de M. Y ..., étant atteinte d'une stérilité irréversible, son mari a donné son sperme à une autre femme qui, inséminée artificiellement, a porté et mis au monde l'enfant ainsi conçu ; qu'à sa naissance, cet enfant a été déclaré comme étant né de Y ..., sans indication de filiation maternelle ; - Attendu que, pour prononcer l'adoption plénière de l'enfant par M<sup>me</sup> Y ..., l'arrêt retient qu'en l'état actuel des pratiques scientifiques et des moeurs, la méthode de la maternité substituée doit être considérée comme licite et non contraire à l'ordre public, et que cette adoption est conforme à l'intérêt de l'enfant, qui a été accueilli et élevé au foyer de M. et M<sup>me</sup> Y ... pratiquement depuis sa naissance ; qu'en statuant ainsi, alors que cette adoption n'était que l'ultime phase d'un processus d'ensemble destiné à permettre à un couple l'accueil à son foyer d'un enfant, conçu en exécution d'un contrat tendant à l'abandon à sa naissance par sa mère, et que, portant atteinte aux principes de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes, ce processus constituait un détournement de l'institution de l'adoption, la cour d'appel a violé les textes susvisés.

*Par ces motifs* : - Casse ... mais seulement dans l'intérêt de la loi et sans renvoi.

**Du 31 mai 1991. - Cour de cassation (Ass. plén.). - MM. Draï, prem. prés. ; Le Gunehec, Cochard, Jouhaud, Senselme, Dutheillet-Lamonthézie et Bézard, prés. ; M<sup>me</sup> Giannotti et M. Chartier, rapp. ; Dontenwille, av. gén.**

1. Le 15 juin 1990, la Cour de Paris rendait deux arrêts, prononçant au terme d'une motivation ambitieuse, l'adoption plénière d'enfants conçus, mis au monde et livrés conformément à des contrats dits de « maternité substituée » ou de « gestation pour autrui », dont la cour affirme la validité (1). L'adoption de l'enfant du conjoint se présente en effet comme la phase finale d'un processus contractuel (2), qui préside à l'organisation d'un véritable marché de la

procréation par des personnes physiques ou morales développant sous des sigles divers leur activité sur le plan interne, européen ou international. Ainsi selon l'analyse d'un auteur, adepte de l'ultra-libéralisme et de la théorie économique du droit appliqués au marché des enfants, l'adoption, moyen de réalisation du « marché d'occasion » reste encore nécessaire à la consécration juridique du « marché du neuf », qu'est à ses yeux la procréation pour autrui (B. Lemennicier, « *Le marché du mariage et de la famille* », PUF, p. 122 ; également « *Le corps humain, propriété de l'Etat ou propriété de soi, Droits, Revue de théorie juridique*, PUF n° 13, p. 111 s.).

L'arrêt de pur droit interne (JCP 1991.II.21653, note B. Edelman et C. Labrusse-Riou) affirmait en effet que « l'adoption plénière trouve sa cause dans l'engagement par lequel la mère de substitution a accepté de mettre à la disposition d'autrui ses fonctions reproductrices et a promis de remettre l'enfant dès sa naissance à son père biologique aux fins de reconnaissance par lui-même et d'adoption par son épouse ».

Dans ces deux arrêts, la Cour justifie la validité de l'opération en se fondant sur l'existence « d'un droit naturel de fonder une famille par la procréation » dont elle s'attache à démontrer la conformité avec le droit civil interne et international.

L'arrêt de droit interne dont nous avons analysé et critiqué tant la philosophie que la traduction juridique, vient d'être solennellement censuré par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, saisie d'un pourvoi dans l'intérêt de la loi (31 mai 1991, D. 1991.417, Rapport Y. Chartier, note D. Thouvenin , JCP 1991.II.21752, concl. Dontenwille, note F. Terré ; v. aussi M. Gobert, *Les petites affiches*, n° 127, 23 oct. 1991).

**2.** Le deuxième arrêt ici rapporté (v. D. 1990.540, note F. Boulanger , *Clunet*, 1990.982 obs. H. Gaudemet-Tallon) qui ne fit pas l'objet d'un pourvoi dans l'intérêt de la loi, concernait un enfant né aux Etats-Unis (à Louisville, dans l'Etat du Kentucky) le 2 décembre 1987 d'une mère américaine, non dénommée dans l'acte de naissance, avec laquelle un couple français, domicilié en France semble-t-il, avait passé un contrat de « gestation pour autrui » ; il avait déjà eu recours à la même femme pour un premier enfant dont l'adoption en France n'avait pas fait l'objet des difficultés que suscitera le second. Deux décisions américaines ont successivement, entériné : la première, un accord entre la mère et le père naturels mettant à la charge du second la garde et l'entretien de l'enfant (Tribunal de district de Jefferson, 4 décembre 1987), puis, la seconde, l'abandon par la mère de ses droits sur l'enfant, leur suppression et leur transfert au profit du père (Tribunal itinérant de Jefferson, 17 décembre 1987) conformément à la législation locale. L'épouse du père sollicita ensuite en France l'adoption plénière que le Tribunal de grande instance de Paris refusa de prononcer ; mais la Cour de Paris, par l'arrêt rapporté, infirma le jugement et donna satisfaction au couple français.

Etant donné les motifs que la Cour de Paris développe dans l'arrêt de droit interne au soutien de « sa » solution et dont certains sont littéralement les mêmes que ceux sur lesquels elle appuie la présente décision, on ne s'étonnera pas qu'elle ait jugé que le droit américain, qu'elle déclare applicable, n'est pas contraire à l'ordre public international, tel qu'elle le conçoit.

Depuis l'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, mais compte tenu également de la jurisprudence antérieure (Civ. 1<sup>re</sup>, 13 déc. 1989, JCP 1990.II.21526, note A. Sériaux), l'analyse de la décision du seul point de vue du droit international privé qui s'impose ici, n'est pas pleinement détachable du droit matériel interne et international et des interprétations divergentes qui fondent tant l'arrêt rapporté que la censure de la Cour de cassation dont la portée dépasse le cas dont elle était saisie (sur ce point voir D. Thouvenin, note précitée .

**3.** Selon la Cour de cassation, appliquant ensemble les articles 6, 1128 et 353 du Code civil, « La convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit à concevoir et porter un enfant pour l'abandonner à la naissance, contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'état des personnes » ; l'adoption plénière, quant à elle, n'est que « l'ultime phase d'un processus d'ensemble ... » qui au mépris de ces principes « constitue un détournement de l'institution de l'adoption ». Face au droit des Etats américains qui admettent au contraire la validité du procédé, les méthodes et solutions adoptées en droit international privé présentent une importance, théorique et pratique, essentielle.

Techniquement, la question de la validité internationale d'une adoption prononcée au terme voire en exécution d'un contrat de substitution de mère, situe la détermination de la loi applicable aux confins de plusieurs catégories juridiques, filiation, adoption, contrat, et intègre le problème de l'ordre public dans celui, plus général, de la fraude à la loi. L'arrêt de la Cour de Paris ne s'arrête guère à ces difficultés qu'il conviendra d'examiner en premier lieu (I).

**4.** L'analyse cependant mérite d'être développée sur un terrain plus difficile mais plus fondamental, compte tenu des principes sur lesquels s'appuient tant la Cour de Paris, (primat de la volonté individuelle, conception libérale et fonctionnelle tant de l'être physique que de la généalogie, affirmation d'un nouveau droit naturel) que la Cour de cassation qui, à l'inverse, place la personne humaine « hors du commerce juridique », et fait prévaloir une autre conception de la liberté et de la dignité que les institutions juridiques protègent. Cette opposition invite à s'interroger sur le rattachement ou sur le statut international des droits qui, parce qu'ils concernent la personne, entrent dans des « matières » dont les parties n'ont pas la libre disponibilité.

L'importance grandissante en droit international privé, de la distinction entre « les choses juridiques » disponibles et indisponibles, malgré l'incertitude de la qualification voire de la notion elle-même et de son fondement juridique ou philosophique, pose la question de savoir si le statut de « ces choses » nécessite la reconnaissance d'une catégorie et d'un rattachement international autonomes, voire même de normes matérielles dont la teneur pourrait opposer non plus les droits internes en présence, mais le droit international matériel tel qu'il ressort des conventions (invoquées par la Cour de Paris), et le droit interne propre à certains Etats. C'est ce qu'il conviendra de rechercher dans un second temps (II).

**5.** Ces questions, à l'évidence, ne sont pas neutres et les juristes ne peuvent se réfugier dans leur formulation ou leurs solutions techniques car ces dernières révèlent par elles-mêmes les enjeux ou les conflits culturels dont le droit est le théâtre. Si la question de la libre disponibilité du corps, des produits biologiques humains et comme en l'espèce des être humains à naître, est au cœur des conflits qui agitent la biomédecine et le droit qui se forme en la matière (v. not., « *Biologie, personne et droit* », *Droits*, PUF n° 13, 1991), des oppositions culturelles et juridiques analogues se présentent dans d'autres domaines.

Ainsi, en matière de propriété littéraire et artistique, la Cour de cassation, dans un arrêt de principe, déclare inaliénables, dans l'ordre international comme en droit interne, et la qualité d'auteur et le droit moral qui s'y attache parce « qu'en France aucune atteinte ne peut être portée à l'intégrité d'une oeuvre littéraire et artistique quel que soit l'Etat sur le territoire duquel cette oeuvre a été divulguée pour la première fois... » (Civ. 1<sup>re</sup>, 28 mai 1991, JCP 1991.II.21731, note A. Françon, cette *Revue*, 1991.752, note P.-Y. Gautier , cassant Paris, 6 juillet 1989, D. 1990.152, note B. Audit , cette *Revue*, 1989.707, note P. Y. Gautier, *Clunet* 1989.992, note B. Edelman). En est-il de même pour la qualité de mère et plus largement de l'état des personnes, de celui de l'enfant surtout ? Leur statut peut, selon l'interprétation du droit naturel ou des droits de l'homme qui prévaudra en droit positif, soit être livré au libre jeu des contrats et des intérêts, soit être institué et protégé par une indisponibilité juridique limitative du libéralisme économique qui tend à envahir aussi bien la production de la vie humaine que celle de l'art. La réponse présuppose un choix qui relève, en droit international comme

en droit interne, d'une conception matérielle de la justice appelée à statuer sur la légitimité du détachement volontaire de la personne par rapport à son corps ou à ses oeuvres.

### **I - La validité de l'adoption internationale consécutive au contrat de substitution de mère**

6. Juridiquement, les problèmes de conflit de lois que suscite la substitution de mère sont complexes et l'on ne peut pas dire que leur traitement, dans l'espèce rapportée, en éclaire la solution. Moins ambitieuse dans sa motivation que l'arrêt de droit interne du même jour, la présente décision adopte, pour apprécier la régularité internationale de la demande d'adoption plénière, la même méthode, c'est-à-dire une apparente décomposition du processus ; cette démarche l'amène à parcelliser les problèmes en statuant d'abord sur les questions de filiation comme si celles-ci pouvaient être détachées juridiquement de leur « cause », à savoir le contrat, dont l'objet est de concevoir et faire naître un enfant naturel en vue de son adoption par l'épouse de son père.

Nous avons déjà montré les sophismes, les contradictions de motifs et surtout les confusions conceptuelles sur lesquels repose l'arrêt de droit interne (note précitée) et nous n'y reviendrons que dans la mesure où ils sont utiles à l'analyse du problème de conflits de lois. On peut en effet se demander si les manipulations du droit interne pour fonder la légalité de l'adoption et du contrat initial, désormais condamnées par la Cour de cassation, ne se retrouvent pas de manière comparable sur le terrain du conflit de lois.

En effet, quant à la loi applicable, l'arrêt affirme sans la justifier, la compétence de la loi américaine en tant que loi personnelle de la mère, solution dont on peut s'étonner que ses commentateurs ne l'aient pas véritablement critiquée (notes précitées, F. Boulanger, H. Gaudemet-Tallon). Elle conduit la Cour de Paris à centrer sa décision sur la conformité de cette loi avec l'ordre public international, ce qui est d'autant plus discutable que si l'on se reporte à la fin de l'arrêt, il affirme que « les conditions légales (de l'adoption) régies par loi française de l'adoptante et de l'adopté sont en l'espèce réunies ... ».

Il paraît donc nécessaire de reprendre l'examen de la compétence législative (A) ; le processus de substitution de mère étant presque totalement réalisé aux Etats-Unis, il convient ensuite de se demander si les qualifications et l'ordre public du for n'imposent pas d'y voir une fraude à la loi (B).

#### **A. - La loi applicable**

7. Sollicitée de prononcer l'adoption plénière, la Cour de Paris semble écarter les règles de conflit propres à l'adoption puisqu'elle affirme que « compte tenu de l'élément d'extranéité résultant de la naissance de l'enfant d'une mère de nationalité étrangère, il y a lieu d'appliquer la règle de conflit de lois de l'article 311-14 C. civ. qui donne compétence à la loi personnelle de la mère pour régir la filiation ». Mais la Cour limite expressément le domaine d'application de la loi américaine de l'Etat du Kentucky à l'appréciation, préalable à l'adoption, « de la légalité et de la régularité de l'abandon, par la mère naturelle de l'enfant, de ses droits parentaux ». Mais comme elle semble, *in fine*, prononcer l'adoption par application de la loi française, il faut se demander si cette répartition du domaine d'application des lois française et américaine ne procède pas d'une confusion des catégories de l'adoption et de la filiation (a). Mais surtout, comme dans l'arrêt de droit interne, la Cour fait l'impasse sur le contrat initial en tant qu'il porte sur le corps de la mère et implique une cession d'enfant ; elle en affirme la validité pour des motifs de fond sans s'interroger sur la loi qui lui est applicable ; est-ce à dire qu'elle la soumet implicitement à la loi américaine puisque l'avant-dernier considérant affirme que « la maternité pour autrui ... ne heurte pas la conception française de l'ordre public international » ou à la loi française dont elle considère que les conditions sont réunies ? Si l'on ne peut interposer une telle ambiguïté sur la question la plus épineuse, on ne peut se dispenser de la poser, en la reformulant : la loi applicable à l'adoption, l'est-elle au contrat de gestation pour autrui ou celui-ci en est-il dissociable ? Cette question dépend de la compatibilité des catégories juridiques de l'état des personnes et des contrats (b).

9. a) L'adoption, on le sait, est soumise tant pour ses conditions que pour ses effets à la loi personnelle de l'adoptant, sous réserve de la compétence de la loi personnelle de l'adopté en ce qui concerne le consentement à l'adoption (Civ. 1<sup>re</sup>, 7 novembre 1984, *Torlet*, cette *Revue*, 1985.533, note M. Simon-Depitre, *Clunet* 1985.434, note H. Gaudemet-Tallon, D. 1985.459 note E. Poisson-Drocourt, *Gr. arrêts dr. int. privé*, n° 61, p. 482, précisé depuis par Civ. 1<sup>er</sup>, 31 janvier 1990, *Pistre*, JCP, 1991.II.21635, note H. Muir-Watt, cette *Revue*, 1990.519, note E. Poisson-Drocourt). S'agissant d'une demande d'adoption plénière présentée par l'épouse française du père naturel français d'un enfant né aux Etats-Unis d'une mère non dénommée dans l'acte de naissance, donc certainement français par son père, on ne comprend pas *a priori* pourquoi la Cour de Paris invoque la compétence de la loi américaine en tant que loi de la filiation. La loi française, loi de l'adoption, était certainement exclusivement compétente d'autant qu'aucun problème d'établissement de la filiation paternelle ou maternelle ne se posait en l'espèce. Peut-être en eût-il été autrement si la mère avait prétendu s'opposer à l'adoption en établissant au préalable la maternité ? Même dans cette hypothèse, l'établissement de la filiation maternelle, normalement soumis en vertu de l'article 311-14 C. civ. à la loi de la mère, n'empêchait pas l'application de la loi personnelle de l'adopté, au consentement à l'adoption. Sauf à faire prévaloir une hypothétique et provisoire nationalité américaine de l'enfant, contre une nationalité française certaine, c'était encore la loi française qu'il aurait fallu appliquer dans une telle hypothèse.

On ne peut admettre que la loi personnelle de la mère ait été applicable à l'abandon en tant que loi des effets de la filiation non seulement en raison de la limitation de l'article 311-14 C. civ., à l'établissement de la filiation, mais surtout parce que l'on ne voit pas comment une maternité juridiquement non établie pourrait produire des effets de droit tels que l'attribution de l'autorité parentale. Cette observation conduirait d'ailleurs à tenir pour nuls les accords de transfert de garde et des droits parentaux au père, même homologués ou intégrés dans la décision judiciaire américaine, pour la raison simple que nul ne peut transmettre plus de droits qu'il n'en a lui-même. De plus, la filiation n'étant pas établie à l'égard de la mère, seulement connue en fait, seul le père, selon la loi française, était appelé à consentir à l'adoption.

Erronée, l'affirmation de la compétence de la loi américaine était en outre déplacée : si la Cour avait voulu effectuer seulement le contrôle de la loi appliquée par les juges américains dont elle reconnaît les décisions de transfert de la garde et des droits parentaux au père, il lui fallait rechercher si la solution était équivalente à celle qui aurait été obtenue par application de la loi française ; ce n'est en l'espèce nullement évident. La compétence et l'application de la loi française comme loi de l'adoptant et de l'adopté auraient enfin évité à la Cour le recours à « l'effet atténué de l'ordre public ». En l'invoquant, la Cour laisse entendre *a contrario* que l'ordre public plein se serait opposé en France, à des actes comportant renonciation de la mère à ses droits, alors que toute la suite de l'arrêt et plus encore l'arrêt de droit interne, témoignent de la conviction de la Cour de leur conformité avec l'ordre public tant international qu'interne (sur les méfaits de la distinction en l'espèce entre ordre public plein et atténué, voir les justes remarques d'H. Gaudemet-Tallon, note précitée). A partir du moment où la Cour entendait affirmer la pleine validité de l'adoption, au regard du droit français, le détour par la loi américaine pour y parvenir est superfétatoire.

Les deux décisions américaines peuvent constituer des preuves de l'abandon de l'enfant dont il fallait apprécier la réalité et la légalité par référence aux définitions de la loi française en tant que loi de l'adoptant et de l'adopté, que l'on y voie une forme de consentement à l'adoption donné par le juge américain ou plus précisément une reconnaissance judiciaire de l'adoptabilité de l'enfant ; ce problème de droit matériel pose éventuellement des questions d'adaptation, mais non de compétence législative.

**10.** D'où vient alors l'insistance avec laquelle l'arrêt répète que l'abandon de l'enfant judiciairement constaté aux Etats-Unis, l'a été « conformément à la législation localement applicable » ou « à la loi compétente » ? Il faut bien qu'il y ait des raisons à des solutions aussi contradictoires et confuses. On peut penser que la Cour a voulu inventer un nouveau critère de compétence législative liée à la compétence juridictionnelle, et lui conférer un domaine propre d'application : ce serait à la loi et aux autorités du lieu de naissance de l'enfant qu'il appartiendrait de fixer les conditions de l'abandon de l'enfant et de le constater ; l'adoption internationale s'enrichirait d'une troisième loi applicable s'ajoutant à celle des adoptants et de l'adopté. Ainsi l'enfant pourrait plus aisément quitter le territoire de l'Etat dans lequel il est né. Il se peut aussi que la Cour, séduite par une législation qui valide la substitution de mère alors que la jurisprudence française la condamne, ait raisonné comme si elle se trouvait à la place des juges américains ; peut-être a-t-elle voulu justifier l'absence de fraude, bien que son existence n'ait pas été semble-t-il relevée par le tribunal en première instance, ni par les conclusions en appel du Ministère public. Ce sont là de pures hypothèses sans vérification possible. En revanche, ce qui apparaît plus clairement dans les motifs par lesquels la cour démontre que la maternité substituée n'est pas contraire à l'indisponibilité de l'état des personnes, ce sont les analogies entre la filiation et l'adoption qui la conduisent à confondre les deux institutions et, partant, les qualifications comme les règles de conflit. Dans les mêmes termes que l'arrêt de droit interne, la maternité de substitution est assimilée à la reconnaissance mensongère (comme si une supposition d'enfant pouvait être licite) et son aspect volontaire mis en exergue n'est pas considéré comme « étranger aux institutions et règles propres à la filiation ». Tout se passe dans l'esprit de l'arrêt comme si, la volonté étant l'élément commun à toutes les filiations, peu importe que le lien consacre une filiation charnelle, légitime ou naturelle, ou une filiation adoptive. L'indifférenciation des institutions qui caractérise ces arrêts, se renforce par le fondement théorique qui en soutient la solution : le droit naturel de fonder une famille par la procréation. La loi personnelle de la mère, dont la volonté est la condition essentielle de sa « dette » y puiserait sa compétence ; l'adoption ne serait qu'un épiphénomène, encore nécessaire certes, mais substantiellement négligeable ; la question se résumerait à celle de l'établissement de la maternité soumise à l'article 311-14 C. civ., même lorsque la détermination de la mère est le résultat d'une substitution volontaire. L'adoption dont était saisie la Cour perd toute autonomie ; le droit de la filiation réinterprété dans un sens volontariste occupe le devant de la scène et l'interchangeabilité des qualifications évince jusqu'à l'idée même de détournement d'institution. Ainsi s'expliquerait la double référence et à l'article 311-14 et aux articles 347 et suivants du Code civil.

Nous avons déjà démontré que le droit positif français de la filiation peut donner prise à ces moyens subtils de désintégration des catégories juridiques et que ce n'est qu'au regard de l'esprit du droit de l'adoption dont la fonction est de donner une famille à un enfant, (dont l'abandon quoique volontaire ne peut résulter d'un contrat) que l'on peut déjouer les montages contractuels ayant pour objet de concevoir un enfant en vue de son adoption (note B. Edelman et C. Labrusse-Riou). C'est une raison suffisante, nous semble-t-il, pour soumettre ces contrats non pas à la loi de la filiation ni à celle de ses effets mais à la loi de l'adoption. C'est une autre question que nous examinerons plus tard que de savoir si l'exception d'ordre public suffit à refuser le prononcé ou la reconnaissance en France de l'adoption, lorsque la loi applicable admet la validité de la substitution contractuelle de mère. Si elle ne l'admet pas, comme c'est le cas du droit français depuis l'arrêt de l'Assemblée plénière du 31 mai 1991, peut-on néanmoins envisager de dissocier, quant à la loi applicable, l'adoption du contrat de gestation pour autrui ?

Derrière la référence à la compétence de la loi américaine, n'y a-t-il pas une intention cachée, enfouie, mais en harmonie avec la suite de l'arrêt qui serait la suivante : la loi américaine serait compétente non pas comme loi applicable à la filiation mais comme loi contractuelle, loi de lieu de conclusion et d'exécution des engagements pris par la mère ?

**11. b)** Pourtant la Cour de Paris reste étrangement silencieuse sur la loi applicable au contrat de substitution de mère car son seul objectif est d'en affirmer, au fond, la validité en montrant qu'il ne se heurte ni à l'indisponibilité de l'état des personnes ni à celle du corps humain et qu'il ne réalise pas une cession d'enfant, « la faculté étant réservée (à la mère) d'exercer ses droits en reconnaissant l'enfant ». Mais au regard de quelle loi ? L'arrêt n'en a cure puisqu'il ne se demande même pas si la loi américaine réserve effectivement à la mère une telle faculté. Il faut donc reconstruire un raisonnement pour savoir comment déterminer la loi applicable à la maternité substituée en tant que contrat, car c'est de cette loi que doit logiquement dépendre la validité du procédé. La difficulté vient de la confusion que la gestation pour autrui engendre dans les catégories juridiques fondamentales du droit interne et du droit international privé : le procédé participe en effet tant du contrat que du statut personnel. Deux démarches en vue de la détermination de la loi applicable sont alors envisageables : ou bien on fait prévaloir l'une des deux catégories et l'on évince l'autre au terme d'une qualification *lege fori* qui ne peut s'abstraire des représentations du droit substantiel interne. Ou bien on procède à un dépeçage de la réalité à juger et l'on distingue le contrat et l'adoption, chacun pouvant être soumis à la loi qui lui est propre. Entre ces deux démarches, il est impossible de déduire du texte de l'arrêt, celle qui l'a inspiré ; implicitement, il participe de l'une et de l'autre et il entretient une confusion qu'il appartient à l'interprète de lever en examinant la question en elle-même.

**12.** Selon la première méthode, il convient en effet de classer l'ensemble du processus de la maternité pour autrui dans l'une des deux catégories auxquelles elle participe. Ce choix est d'autant plus important que structurellement, elles s'excluent selon la logique interne des institutions. En effet, comme le révèle l'arrêt, sur ce point éminemment discutable, ou bien la mère naturelle est obligée par le contrat et elle ne peut plus alors conserver la faculté d'établir la filiation (le contrat serait affecté d'une condition purement potestative de la part du débiteur) ou bien cette faculté est instituée mais alors le contrat est dépourvu de toute force obligatoire. En tout cas, il est impossible, logiquement, d'admettre, comme le fait la Cour de Paris, que le contrat portant sur les facultés gestationnelles et la remise de l'enfant à la naissance, tire sa validité du fait qu'il n'est pas respectable au regard du droit de la filiation. B. Audit, (*Droit international privé*, Economica, Coll. droit civil, 1991, p. 627, n° 791) confirme de façon plus générale cet antagonisme lorsqu'il écrit que « les principes dégagés en matière de contrat ont vocation à s'appliquer, à l'ensemble des actes juridiques à but patrimonial. Ne sont exclus avec certitude que les actes qui intéressent le statut personnel et familial ». Ce choix s'impose aussi parce qu'il est seul de nature à permettre au droit international privé de respecter la cohérence des ensembles législatifs et en l'espèce des institutions fondatrices du droit, comme l'a montré, Y. Lequette à propos du droit des successions (« Ensembles législatifs et droit international privé des successions », *Trav. com. fr. dr. int. privé* 1983-1984, p. 163 s.).

- Si l'on transpose dans le conflit de lois la qualification induite de l'arrêt de l'Assemblée plénière du 31 mai 1991 (précité), il apparaît clairement que le contrat de gestation pour autrui « constituant un processus d'ensemble dont l'adoption n'est que l'ultime phase », contraire aux principes de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes, ne peut être soumis à la loi contractuelle. Sa validité, du moins au regard de l'état des personnes, ne peut être appréciée en l'état du droit positif, qu'en référence aux lois personnelles de l'adoptant et de l'adopté, sous réserve d'une exclusion de la règle de conflit elle-même au profit d'une règle matérielle impérative (cf. II<sup>e</sup> partie).

Il paraît donc exclu de soumettre l'ensemble du processus à la loi contractuelle, à savoir la loi d'autonomie, même si celle-ci devait être subordonnée à des limites puisées dans l'objet et la cause du contrat. *De lege ferenda*, certains préconiseront peut-être que le processus devrait être soumis et l'adoption prononcée s'ils sont valables au regard des lois personnelles de la mère naturelle, du père, de son épouse et de l'enfant. Ce serait encore un aménagement à l'intérieur du statut personnel sur l'opportunité duquel nul ne s'est penché, mais dont le droit offre des exemples. Les rattachements pourraient être alternatifs ou cumulatifs selon la politique législative choisie.

**13.** En revanche, la jurisprudence interne nous offre l'exemple d'une deuxième méthode consistant en une dissociation du contrat et de l'adoption, la nullité du premier n'empêchant pas le prononcé de la seconde (Paris, 19 février 1991, D.

1991.380, note V. Larribau Terneyre [📄](#)). Certes, cette solution n'a pas été retenue par l'Assemblée plénière mais elle est considérée comme souhaitable par certains ou inévitable par d'autres.

Souhaitable, en ce que l'adoption pourrait intervenir toutes les fois que l'enfant est effectivement abandonné par sa mère et accueilli au foyer de l'adoptant. Il s'agit alors de statuer sur l'adoption en fonction du seul intérêt de l'enfant et de faire « comme si » son adoptabilité n'était pas l'effet d'un contrat préalable. C'est ainsi que, de manière formaliste, raisonne la Cour de Paris pour démontrer que l'abandon volontaire n'est pas contraire à l'indisponibilité de l'état des personnes. Elle fait « comme si » cet abandon n'était pas la conséquence d'un engagement préalable à livrer l'enfant. Ainsi la demande d'adoption détachée de son contexte contractuel pourrait être jugée selon la loi qui lui est normalement applicable sans interférence nécessaire avec celle applicable au contrat. Cette dernière n'interviendrait que dans les hypothèses conflictuelles où la mère mettrait en question la validité ou la force obligatoire de ses engagements qu'il conviendrait d'apprécier selon la loi du contrat *a priori* distincte de celle de l'adoption. Selon cette analyse, les catégories coexistent, chacune ayant son domaine propre : le droit international privé passé maître dans l'art du « décepage », peut techniquement s'engager dans cette voie.

Ainsi chaque Etat deviendrait libre de ses solutions quant à la légitimité de la gestation pour autrui, sans que les enfants n'aient à en souffrir, leur intégration dans une famille naturelle ou adoptive demeurant toujours ouverte sinon garantie.

Pareille solution s'autorise aussi d'arguments pragmatiques : l'impossibilité du contrôle judiciaire dans la procédure gracieuse où il n'y a pas, *a priori*, de conflit d'intérêts et où ni l'enfant, ni les parents d'origine ne sont parties (V. sur ces points les remarques de J. Rubellin-Devichi, « Réflexions pour d'indispensables réformes en matière d'adoption », D. 1991, chron. p. 209 [📄](#) et D. Thouvenin, note précitée [📄](#)). Si le contrat initial, dans lequel la demande d'adoption plénière trouve pourtant sa cause, n'apparaît pas, notamment lorsque la mère n'est pas dénommée dans l'acte de naissance, il est pratiquement impossible de statuer sur l'adoption en considération du contrat. C'est ainsi qu'en l'espèce pour un premier enfant, et dans des cas que l'on dit nombreux, la maternité substituée parvient à produire les effets recherchés par les parties.

Pareille solution s'autorise aussi d'arguments pragmatiques : l'impossibilité du contrôle judiciaire dans la procédure gracieuse où il n'y a pas, *a priori*, de conflit d'intérêts et où ni l'enfant, ni les parents d'origine ne sont parties (V. sur ces points les remarques de J. Rubellin-Devichi, « Réflexions pour d'indispensables réformes en matière d'adoption », D. 1991, chron. p. 209 [📄](#) et D. Thouvenin, note précitée [📄](#)). Si le contrat initial, dans lequel la demande d'adoption plénière trouve pourtant sa cause, n'apparaît pas, notamment lorsque la mère n'est pas dénommée dans l'acte de naissance, il est pratiquement impossible de statuer sur l'adoption en considération du contrat. C'est ainsi qu'en l'espèce pour un premier enfant, et dans des cas que l'on dit nombreux, la maternité substituée parvient à produire les effets recherchés par les parties.

Il n'en demeure pas moins que tant en droit interne, qu'en droit international privé, la consécration de cette dichotomie, qu'il s'agisse du fond ou de la compétence législative, pose un problème difficile en raison du double objet du contrat de substitution de mère, comme d'ailleurs de toutes les procréations par l'intervention d'un « donneur » étranger au couple ou à la personne receveuse : ces relations conventionnelles portent à la fois sur le corps par affectation à autrui des forces reproductrices de l'individu et par voie de conséquence sur l'état des personnes ; ces « dons » bouleversent les structures de la parenté et la détermination des qualités juridiques de père ou de mère. Or l'arrêt rapporté laisse dans l'obscurité le contrat de gestation lui-même, qui ne réapparaît qu'à la fin de la décision, car il fallait bien « sortir le cadavre du placard » pour affirmer la validité de ce contrat initial. Pour la Cour de cassation, conformément à une vision réaliste du contrat ou de l'ensemble du processus, il convient de le juger sans en parcelliser les phases successives, ni distinguer arbitrairement ce qui en fait est lié, l'aliénation du corps et l'altération du système de filiation.

En droit international privé, une seule et même loi doit donc logiquement gouverner la validité du don des forces génétiques ou gestationnelles, c'est-à-dire l'objet physique du contrat, et ses conséquences sur l'état des personnes. Mais certains argueront que le contrat en ce qu'il porte sur le corps peut être dissocié quant à la loi applicable, de ses effets qui affectent l'état des personnes. Cette position pourrait être plus facilement tenue lorsqu'il y a un don de gamètes que dans l'hypothèse du don de gestation. Les incertitudes qui planent sur la légalité du premier en droit interne, et sur la nature juridique des rapports triangulaires qui s'établissent entre les donneurs, l'intermédiaire médical et les receveurs, ne permet pas de dégager aujourd'hui une solution claire de rattachement international de ces contrats et de possibilité de les soumettre à une loi différente de celle qui s'appliquerait à leurs effets en matière d'état des personnes.

S'agissant de la maternité de substitution, il en va différemment car la déliaison qu'opère la Cour de Paris entre le contrat initial et l'adoption est effectivement impossible ; si l'on devait en droit international privé parcelliser les compétences législatives, on susciterait un débat difficile sur l'opportunité de réintroduire la théorie des questions préliminaires dans le but de rétablir l'harmonie des solutions que le système de conflits de lois, au mépris de la cohérence des institutions, aurait *a priori* rompu. Cette méthode qui favoriserait en fait la validité des situations juridiques internationales, ne peut être préconisée dans des hypothèses où l'inopposabilité est préférable (V. B. Audit, *Droit international privé*, précité, n° 250, p. 214). Il en est ainsi en l'espèce, où les faits caractérisent une fraude à la loi.

## B. - La fraude à la loi

Ce concept est évidemment absent de l'arrêt rapporté, mais il est présent dans l'affaire. Depuis l'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, on ne peut discuter ni de l'évidente contrariété à l'ordre public des lois qui valident la substitution volontaire de mère dont le processus détourne la finalité de l'adoption, ni de l'existence d'un comportement frauduleux lorsque un couple français se rend aux Etats-Unis ou ailleurs pour y obtenir les services d'une mère porteuse. Précisément, si en l'espèce il n'y avait pas de modification frauduleuse du critère de rattachement, il y avait de la part du père et de son épouse « fraude à l'intensité de l'ordre public du for » (sur ce point V. P. Mayer, *Droit international privé*, Montchrestien, 4<sup>e</sup> éd., 1991, p. 180, n° 280). L'arrêt de droit interne de la Cour de Paris ayant été cassé, on imaginerait mal, en effet, que les principes d'ordre public qui fondent la cassation ne soient pas considérés aussi comme d'ordre public international, sans quoi le « tourisme procréatif » au profit des plus riches fleurirait et la fraude resterait impunie.

Il paraît désormais inutile de revenir sur la démonstration inverse de la Cour de Paris d'abord parce que l'ordre public n'avait pas à être invoqué, la loi américaine, à notre sens, n'étant pas applicable ; il n'en serait autrement que si l'arrêt avait appliqué cette loi en tant que loi du contrat et si celle-ci pouvait être considérée comme compétente. Dans ce cas, il faudrait reprendre la motivation de l'arrêt en ce qu'il considère ce contrat conforme à l'ordre public. Or la question, déjà traitée par d'autres commentateurs dans un sens plutôt favorable à l'arrêt (F. Boulanger et H. Gaudemet-Tallon), a été clairement tranchée par la Cour de cassation dans le sens inverse. En conséquence, il est clair que la sanction de la fraude peut intervenir directement par application de la loi française compétente, lorsque l'adoption de l'enfant né à l'étranger est, comme en l'espèce, demandée en France. L'adoption doit être refusée, et l'enfant demeurera l'enfant naturel d'un père français ; il pourra, ou sa mère pourra, établir la filiation naturelle maternelle conformément aux règles de conflit relatives à la filiation. Le contrôle de la loi appliquée, lorsque l'adoption étant prononcée à l'étranger, sa reconnaissance est sollicitée en France, aboutira au même résultat.

Compte tenu des principes en jeu, il nous semble difficile de considérer avec certains auteurs (H. Gaudemet-Tallon, note

précitée) que le fait qu'il se trouve quelques Etats pour admettre la maternité de substitution où des femmes stériles vont chercher les services d'une mère porteuse, justifie qu'en France il vaille mieux « tolérer et réglementer ce que l'on ne peut empêcher ». Ce type de raisonnement, assez démissionnaire en réalité, repose sur l'idée que les faits, les conduites et les demandes sociales font loi ; le droit s'y présente comme un simple moyen d'organisation de la réalité et en l'espèce du subjectivisme utilitariste qui l'inspire, et non comme un moyen de jugement. C'est cette philosophie qu'adoptent les deux arrêts de la Cour de Paris du 15 juin 1991. Mais la solution, qui nous paraît préserver tant les institutions juridiques qu'une éthique de la dignité humaine, en refusant que l'être humain, puisse être juridiquement traité comme une chose dans le commerce, fût-il gratuit, a-t-elle quelques chances, dans l'ordre international d'être effective, si l'on s'en tient pour l'appliquer aux seuls mécanismes du conflit de lois. L'analyse jusqu'ici développée ne permettrait probablement pas d'empêcher qu'un couple étranger dont la loi personnelle valide la maternité substituée ne s'offre les services d'une mère française pleinement consentante, et obtiennent dans leur pays l'adoption recherchée.

L'indisponibilité du corps et de l'état des personnes qui fonde la nullité du procédé, ne doit-elle pas avoir une valeur matérielle internationalement impérative ?

## II - L'indisponibilité de la personne

Il ne s'agit désormais que d'esquisser les éléments d'une question beaucoup trop vaste et complexe pour être traitée correctement mais suffisamment importante dans le cas qui nous occupe et dans bien d'autres, pour être au moins évoquée.

Philosophiquement et dans l'histoire des idées, le débat est, en Occident, très ancien : il s'agit de savoir de quelle liberté l'individu dispose sur lui-même, si le corps est l'objet d'un droit subjectif, si, chose matérielle, il peut être traité comme un bien, une ressource à exploiter et plus profondément quelles représentations de l'être humain le concept abstrait de personne traduit ou exprime (X. Dijon, *Le sujet de droit en son corps, une mise à l'épreuve du droit subjectif*, Travaux de la Faculté de Droit de Namur, n° 13, Lardier, Bruxelles 1982).

Juridiquement et en droit positif les problèmes sont relativement neufs ; liés au développement des biotechnologies pour lesquelles la vie, des cellules aux êtres vivants, est devenue l'objet d'une création industrielle, qui de fait s'inscrit dans la logique utilitariste dominante, ces problèmes contraignent les juristes à assumer de considérables difficultés de qualification pour fonder le jugement que ces faits sociaux appellent de la part de l'ordre juridique. Or une des questions centrales concerne justement le problème de la libre disponibilité ou de l'indisponibilité de la personne physique, et des droits par lesquels elle est protégée en tant que telle. Cette question pose à son tour celle toujours débattue de la notion de droit subjectif et des limites que lui impose l'ordre public, étant entendu que ce dernier peut être fondateur de droits subjectifs inaliénables tel le droit moral de l'auteur en droit privé ou le droit de vote en droit public.

Sans entrer dans le débat au fond, on indiquera seulement deux des voies qu'il peut suivre en droit international. La question « des choses hors du commerce juridique », en l'espèce l'enfant, le corps de la mère et l'état des personnes - mais la réalité nous offre bien d'autres exemples où la question se pose, brevetabilité des espèces, expérimentation sur l'homme sans but thérapeutique etc.) - suscite d'abord celle de savoir quelle loi décide de l'indisponibilité (A). Sur le fond, elle pose aussi la question de savoir de quelle autonomie disposent les Etats dans l'ordre interne par rapport à des normes matérielles internationales contraignantes quoique parfois floues et déterminées quant au contenu positif qu'il convient d'en déduire (B). Sur ces deux terrains, l'incertitude règne, ce qui est particulièrement gênant compte tenu de la question posée : il faut savoir, ne serait-ce que pour la sécurité juridique générale, si une chose au sens large ou un droit, est disponible ou indisponible, c'est-à-dire aliénable ou inaliénable, susceptible ou non de faire l'objet d'une renonciation, susceptible ou non de modification volontaire du régime juridique que le droit lui impartit.

**A.** - Déterminer au regard de quelle loi un droit ou une matière est considérée comme indisponible, apparaît nécessaire en raison de l'insuffisance des mécanismes correctifs tels que l'exception d'ordre public ou de fraude ; cela l'est aussi pour des raisons beaucoup plus fondamentales. Les premières tiennent à la cohérence du système de droit international privé (a). Les secondes à l'importance, au sens du droit substantiel, de l'indisponibilité elle-même qui justifierait que la question relève de la loi du for comme loi de police (b).

a) Si l'on tient à préserver les catégories de rattachement et la nature supplétive ou impérative des règles de conflit, il apparaît que la loi du for doit conserver la maîtrise de la définition de ce qui est ou non indisponible. Ainsi s'explique peut-être qu'à l'expression « droits » dont les parties n'ont pas la libre disponibilité, la jurisprudence ait substitué celle de « matières » (Civ. le 4 décembre 1990, *Clunet*, 1991, p. 370 note D. Bureau, cette *Revue* 1991, p. 558 note M. L. Niboyet-Hoegy ; comp. Civ. 1<sup>re</sup>, 19 avril 1988, cette *Revue* 1989, p. 69, note H. Battifol) à propos de l'autorité de la règle de conflit et de l'application d'office ou non de la loi étrangère. Dans cette hypothèse la qualification *lege fori* de la matière emporterait ipso facto une définition *lege fori* de la nature disponible ou indisponible des droits qui en font partie. Ainsi en l'espèce, la qualification de la demande d'adoption, son insertion dans la catégorie du statut personnel et la compétence de la loi française, concourent à soumettre à cette dernière l'appréciation de la validité du contrat par lequel la mère a renoncé et à sa qualité de mère et à ses droits parentaux. De même, lorsqu'il s'agit de l'autorité de la règle de conflit applicable d'office dans les matières où les parties n'ont pas la libre disponibilité de leurs droits, il est conforme aux objectifs du système de conflits de lois sinon à une logique formelle, de soumettre à la loi du for plutôt qu'à la *lex causae* la détermination des droits qui sont ou non librement disponibles (V. en ce sens l'analyse de Y. Lequette, « L'abandon de la jurisprudence *Bisbal* (à propos des arrêts de la 1<sup>re</sup> Chambre civile des 11 et 18 octobre 1988) cette *Revue* 1989, p. 277 s., spéc. p. 310 s., n° 28 à 31).

Cette position est néanmoins discutée et l'on a pu faire valoir que l'absence d'homogénéité des « matières » quant à la nature impérative ou non des droits qu'elles comportent, plaide en faveur d'une appréciation *lege causae* de l'indisponibilité (en ce sens M. L. Niboyet, note précitée) ; dans ce cas, à supposer que la loi américaine, ait eu quelque titre à s'appliquer, comme loi contractuelle par exemple, c'est à elle qu'il aurait fallu recourir pour apprécier la validité de la renonciation à l'autorité parentale voire même à la qualité de mère. Le fait que ces questions soient débattues à propos de l'office du juge et de l'autorité de la règle de conflit, ne limite pas pour autant à cette hypothèse l'intérêt de fixer la nature impérative ou non, disponible ou non, du droit en cause. Mais poser ainsi le problème de fond, quelle que soit la règle applicable, *lex fori* ou *lex causae*, le subordonne, selon l'orthodoxie conflictualiste, au mode plus ou moins complexe de règlement du conflit des lois sans considération du fondement même de l'indisponibilité des droits. Or peut-on admettre que des droits fondamentaux de la personne, affectant sa qualité même de personne ou de chose, de père ou de mère puisse dépendre des hasards des lieux de création de ces droits, et du for saisi c'est-à-dire du système de conflit de lois et n'être protégés que par l'exception d'ordre public. S'agissant de l'intégrité des oeuvres d'art et du droit moral du créateur, la Cour de cassation ne l'a pas admis (Civ. 1<sup>re</sup>, 28 mai 1991 précité) en décidant que la loi française est d'application impérative ; c'est-à-dire qu'elle constitue une loi de police.

b) S'agissant des droits de la personnalité, leur protection, selon une doctrine importante, relève de la loi du for en tant que loi de police, une des justifications étant que « les droits en question ont un caractère fondamental et sont pratiquement indisponibles » (B. Audit, *op. cit.*, n° 620, p. 198 ; voir également D. Holleaux, J. Foyer, G. de Geouffre de la Pradelle, *Droit international privé*, Masson, p. 504 s., n° 1103 s.), l'interdit d'y renoncer en est un des signes les plus évidents. Soumettre en conséquence leur indisponibilité à la loi française quelle que soit la loi compétente selon la règle de conflit, a l'avantage de garantir le maximum de protection : ainsi, si la mère « porteuse » est française et le couple

commanditaire américain ou ressortissant d'un Etat qui admet la validité des contrats de gestation pour autrui, l'ordre juridique français peut d'office s'opposer au contrat ou à ses effets et protéger la qualité de mère quand bien même la loi de l'adoption voire la loi contractuelle serait une loi étrangère compétente selon notre propre système de conflit de lois. L'indisponibilité devient opportunément une catégorie juridique autonome, la technique des lois de police étant ici requise de protéger des valeurs de nature universelle contre l'excès de relativisme culturel ou d'individualisme qui interdirait à l'ordre juridique d'instituer des concepts non négociables.

Encore faudrait-il s'entendre sur la notion même d'indisponibilité qui, selon les droits de la personne ou de la personnalité en cause, peut être susceptible de degrés. S'agissant du statut du corps en particulier, nombre d'actes de mise à disposition pour autrui sont licites (dons d'organes, expérimentation scientifique) dès lors que le consentement du sujet est librement donné. Et la Cour d'appel ne manque pas d'y faire référence pour induire d'une contestable analogie, la licéité de la maternité pour autrui. Il en va de même de la divulgation de l'image ou de faits de la vie privée. Le droit par cette disponibilité partielle, celle de son objet ou support matériel, apparaît alors comme susceptible d'exploitation donc d'échange et de marché. La liberté protégée contre les agressions d'autrui ne l'est pas ou plus contre l'individu lui-même ; objets d'exploitation de soi-même, le corps ou la vie privée sont donc des objets licites de contrats, des biens disponibles, des valeurs patrimoniales. Par suite pourquoi ne pas les soumettre à la loi contractuelle ou à la loi réelle selon la question posée ?

La double face du droit de la personne, droit de protection et de disposition révèle bien l'ambiguïté foncière de ces droits dits fondamentaux que la Cour d'appel de Paris a exploité pour parvenir à ses fins : la liberté de la mère porteuse reste théoriquement entière puisque le processus repose sur « sa volonté » et que la fin, à savoir satisfaire le droit naturel à fonder une famille par la procréation, légitime le moyen.

L'indisponibilité du corps et de l'état des personnes qui protège la liberté en soi, comme fin, contre la liberté comme moyen nous paraît devoir, en France au moins, mais à l'égard de tout individu, être impérativement garantie contre la dérive du droit de disposer de soi et d'autrui que génère une certaine conception libérale des droits naturels de l'homme. Faudrait-il alors distinguer les droits de la personne en soi, des droits de la personnalité qui concernent ses attributs ou ses qualités plus que son être même ? La technique des lois de police mise en oeuvre sans conteste pour les premiers peut garantir l'indisponibilité du sujet de droit ; mais pourra-t-elle persister à s'opposer non plus seulement aux lois ou contrats qui la transgressent mais au droit matériel international lui-même qui ne ferait pas de l'indisponibilité de la personne un principe d'ordre public international ?

**B.** - Pour la Cour de Paris, le droit naturel de fonder une famille par la procréation dont nous avons analysé l'idéologie politique qui l'accrédite (note précitée B. Edelman et C. Labrusse-Riou) à propos de l'arrêt de droit interne, apparaît bien comme l'affirmation d'un droit de l'homme, un principe de droit matériel internationalisé dont les sources juridiques positives se trouvent, selon l'arrêt, dans l'article 12 de la Déclaration universelle des droits de l'homme et des libertés fondamentales ainsi que dans les normes définies par la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant.

Il n'est pas possible d'entrer dans l'examen de la validité internationale de ce nouveau droit naturel au regard de ces textes. Mais on soulignera les risques d'une interprétation dite libérale qui profitant du flou de ces conventions privilégierait le droit subjectif à disposer de soi, sur la base d'un volontarisme, peu réaliste en pratique. Déjà en germe en matière de transsexualisme, d'euthanasie, d'interventions scientifiques sur l'embryon humain, cette idéologie imprègne les textes ou décisions émanant des institutions du Conseil de l'Europe ou de la Communauté européenne. A cela s'ajoute les forces économiques qui s'exercent au plan international en faveur d'une patrimonialisation et d'une libre circulation des produits humains. Les mères porteuses n'intéressent peut-être pas beaucoup les grandes entreprises ou les établissements scientifiques. Mais les décisions qu'elles suscitent en droit ne peuvent être sans résonance sur les limites qu'il convient d'instituer à l'expansionnisme du marché du vivant. Qu'on se pose à Bruxelles des questions aussi incongrues que celle de savoir si l'embryon humain, pour autant qu'il n'est pas constitué en personne, ne pourrait pas être brevetable, a de quoi faire réfléchir. L'ordre public économique des quatre libertés du Traité de Rome a l'autorité nécessaire pour anéantir les résistances éthiques nationales qui pourtant se font jour timidement. Le progrès économique et technologique doit connaître des contrepoids. Préserver des zones d'indisponibilité en droit interne et international est une tâche du droit matériel du moins s'il entend que l'homme ne soit pas, en droit, traité comme une marchandise et les générations futures comme les esclaves modernes des générations présentes. L'art juridique n'est-il pas de trouver les moyens d'introduire dans la représentation de la société qu'exprime tout ordre juridique, des signes ou des significations qui transcendent le réel et lui confèrent un sens. L'arrêt de la Cour de Paris est, quelles que soient les ambiguïtés de sa technique, une représentation remarquable d'un système qui tend à faire de l'être humain l'objet d'un contrat d'entreprise. Celui de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation procède à l'inverse d'un art de la signification de réalités immatérielles, qui inspire une autre sorte de respect.

#### Mots clés :

**ADOPTION** \* Adoption plénière \* Abandon de l'enfant \* Loi personnelle de la mère \* Mère porteuse \* Ordre public \* Jugement étranger \* Effet en France \* Abandon de l'enfant \* Mère porteuse \* Ordre public  
**ORDRE PUBLIC** \* Adoption \* Mère porteuse \* Abandon de l'enfant \* Père biologique

(1) On rappellera qu'en fait l'opération consiste à inséminer une femme avec le sperme d'un homme dont l'épouse est prétendue stérile ou incapable de procréer ; la mère naturelle s'engage à porter l'enfant et à le remettre à la naissance à son père qui le reconnaît et dont l'épouse l'adoptera.

(2) Voici les clauses extraites d'un contrat américain « M<sup>me</sup> X assumera les risques de la grossesse et de la naissance ; elle se soumettra à des examens psychologiques si M. Y l'exige. M. Y a le droit de choisir le nom de l'enfant. M<sup>me</sup> X ne pourra pas avorter ; elle se soumettra à une amniocentèse et s'il apparaissait que l'enfant est atteint d'une déficience, l'avortement pourra avoir lieu si M. Y l'exige. Si une fois né l'enfant est génétiquement ou congénitalement anormal, M. Y. assumera toutes ses responsabilités depuis la naissance ». Le contrat reproduit le vieux principe du droit de la vente, liant le transfert des risques au transfert de la propriété ou à la délivrance de la chose.