

*Enjeux juridiques de la GPA*

**Conférence *Ernest***

École Normale Supérieure (Paris)

Rue d'Ulm, 23 mai 2015

Marie-Anne Frison-Roche  
Professeur des Universités, Sciences Po (Paris)

# Épreuves profondes du droit du fait de la pratique des « contrats de mères-porteuses »

Définition de la convention de maternité de substitution  
L'actualité révèle un choc profond qui assomme le droit.

- Une pratique peut-elle s'imposer comme norme ? : Rapport du fait et du droit
- Le droit est-il impuissant dès l'instant que la pratique se fait “ailleurs” ?
- Le consentement est-il le critère absolu de légitimité des comportements?
- Que devient la notion de “personne”, notamment définie dans son opposition aux choses ?

# 1. LA « PRATIQUE » DES MATERNITÉS DE SUBSTITUTION PEUT-ELLE S'IMPOSER COMME « NORME » ?

- Le droit exprime une norme de comportement
- Le droit exprime des interdictions de comportements : vendre des êtres humains
- S'il y a pratique refusé par le droit, le droit sanctionne
  
- Pourquoi ? Parce que le droit a « le monopole de la violence » et exprime ce qui doit être
- Les pratiques contraires au droit existent
- Mais le fait est inférieur au droit
- S'il y a contradiction entre le fait et le droit, le fait est sanctionné
  
- Ici, parce qu'il y a une pratique, que les auteurs pensent légitimes, que des personnes pensent légitimes, il faudrait que le droit qui interdit la pratique cesse de l'interdire et la « légalise »
  
- Si on l'admet, alors **LE DROIT CHANGE** , on peut l'admettre, en mesurant l' inversion du rapport hiérarchique entre le fait et le droit : le fait devient supérieur au droit
- Ce qui est « normal », ce qui est « accepté », ce qui est « légitime du point de vue de celui qui le fait » devient la « norme » qui s'impose au droit
- Le droit aurait pour ressort de suivre le fait
  
- Le droit n'existe plus que dans sa fonction de puissance instrumentale

## 2. LE DROIT EST-IL IMPUISSANT DÈS L'INSTANT QUE LA PRATIQUE SE FAIT « AILLEURS » ?

- L'on a longtemps défini le droit par son capacité à contraindre
- Le droit français saisit les comportements qui se déroulent en France
- Si la pratique se déroule hors des frontières, dans un système juridique où le comportement est légal, alors qu'il est contraire au droit français : faut-il l'admettre du seul fait qu'il est conforme au droit où la pratique s'est déroulée ?
  
- La GPA est contraire à l'ordre public français et le Code civil y attache une nullité absolue (Dignité de la personne humaine)
- Mais la GPA est légale dans certains pays : Californie
- Suffit-il aller en Californie, puis de revenir en France ?
  
- Si on l'admet, alors **LE DROIT CHANGE**, on peut l'admettre comme l'une des conséquence de la globalisation, en mesurant que l'on déclenche un *Law shopping* : les français partent pour aller « acheter du droit » (par exemple californien) : concurrence des systèmes juridiques.
- Le droit est à vendre
- On mesure ici la puissance économique des États : les États-Unis appliquent unilatéralement au monde entier leur droit (affaire BNP, juillet 2014)
  
- La France a-t-elle la même puissance ? A-t-elle les moyens de résister en imposant à d'autres systèmes juridiques son système de valeur ?
  - Civi. I<sup>re</sup>, 17 septembre 2013 ;
  - Ass. Plén., audience du 19 juin 2015

### 3. LE CONSENTEMENT EST-IL LE CRITÈRE ABSOLU DE LÉGITIMITÉ DES COMPORTEMENTS ?

- La volonté est la base du contrat
- La personne qui consent à fournir une prestation dans un contrat doit l'exécuter car elle reçoit un bénéfice en échange de l'exécution de son obligation
- C'est pourquoi un contrat est présumé « juste » et exprime la liberté de la personne
  
- Pertinence de la question de la réalité du consentement de la mère ?
- Avant même cette question, la pratique de mère-porteuse ne lie pas que la mère qui porte et les adultes qui reçoivent l'enfant
  - Consentement de l'enfant ?
  - Consentement du mari de la mère ?
  - Quid des personnes affectées par la prestation : les frères et sœurs, par exemple
  
- Le contrat peut-il constituer une « norme » dont la seule source serait le « consentement » satisfaisant « l'intérêt particulier » des parties, sans souci de l'objet du contrat (ici le corps de la mère et l'enfant)
  
- Si on l'admet, alors **LE DROIT CHANGE**, en mesurant que cela contribue à une société du « tout-contrat », sans norme générale commune à tous, sans Loi.
- Le contrat est l'instrument idoine du mécanisme du marché : c'est la « société de marché ». Celle-ci a besoin d'un instrument juridique = le contrat. Et d'un personnage juridique pour assurer l'efficacité = le juge
  
- Modèle de *Common Law*

## 4. QUE DEVIENT LA NOTION DE « PERSONNE » ?

- Le droit a inventé la notion de personne et l'a offerte aux être humains
- Le bébé est une personne
- La personne « est » son corps
  - Exemple des crimes et délits d'atteintes aux personnes en opposition aux atteintes aux biens
- *Summa divisio* dans les systèmes juridiques occidentaux de la personne et des choses
- La personne ne peut aliéner son corps car elle ne peut s'aliéner elle-même
- Le Droit pose la personne comme indisponible aux autres, y compris avec son consentement, y compris à titre gratuit
- Si on admet que par contrat, une femme peut affecter définitivement son corps par la grossesse par une « prestation » au bénéficiaire d'autrui afin de céder un enfant (qui n'est pas un organe), alors **LE DROIT CHANGE**. On peut l'admettre, mais le droit aura fondamentalement changé parce que la notion de personne doit être remplacée.
- Par quoi remplacer la notion juridique de « personne », qui se définit par l'indisponibilité ?
- La notion juridique de « personne » tendrait à être remplacé par le « fait biologique » : CEDH, 26 juin 2014, *Mendesson* (« père biologique »). La filiation devient-elle un fait biologique ?

# Épreuve majeure :

## la place du Politique dans le Droit

- Le droit est-il un instrument privé, qui donne force obligatoire aux désirs particuliers des personnes dans l'instant présent ?
- Le droit prend alors la forme du contrat, dont le gardien suffisant est le juge
- Ou bien le Droit pose-t-il des principes (Indisponibilité des personnes, et impossibilité de les soumettre au régime juridique des choses)
- Le Droit est alors l'expression du Politique