

*Le Droit à l'Épreuve*  
*des contrats de maternité de substitution (GPA)*

**Association des Femmes des Carrières Juridiques (AFC)**

Palais de justice, Ordre des Avocats

19 juin 2015

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

# D. Day



- Cour de cassation, Audience de l'Assemblée plénière du 19 juin 2015
- Conclusions de Jean-Claude Marin, procureur general près la Cour de cassation
- Prise de position de Sylviane Agacinski, Eliette Abécassis, José Bové, Marie-Anne Frison-Roche et Michel Onfray le 16 juin 2015
- Prise de position d'Alain Juppé le 17 juin 2015
- Lignes de partage qui se recomposent : 5 marques de l'onde de choc.

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

L'actualité révèle un choc profond qui assomme le droit. Il faut mesurer le choc. Résister ? Défendre ? Reconstruire ?

- Le système juridique “frappe” par une “pratique”
- Le système juridique “anéanti” par le voyage à l'étranger
- Le système juridique remplacé par la petite loi contractuelle
- De la musique de la Loi vers la musique des juges
- La sidération de la disparition de la *summa division* Personne/Choses

# I. LE SYSTEME FRAPPÉ PAR UNE “PRATIQUE”

- Le droit exprime une norme de comportement
- Parce que le premier principe est la liberté, le droit exprime plutôt des prohibitions
- Le droit exprime des interdictions de comportements : par exemple céder des êtres humains
- Conséquence : s’il y a une pratique prohibée par le droit, le droit sanctionne l’auteur et rend inefficace le comportement prohibé
  
- Pourquoi ?
- Parce que le droit exprime ce qui doit être
- Parce qu’il exprime plus encore ce qui ne doit pas être
- Parce qu’il dispose de la violence légitime pour arrêter la liberté des individus (Max Weber)

## DÉFINITION LIBÉRALE DU DROIT

# I. LE SYSTEME FRAPPÉ PAR UNE “PRATIQUE”

## L'INFÉRIORITÉ DU FAIT PAR RAPPORT AU DROIT

- Cela n'empêche pas les pratiques contraires au droit
- Mais le fait prohibé par le droit est inférieur au droit : s'il y a contradiction entre le fait et le droit, le fait est sanctionné
- Avec plus ou moins d'efficacité
- L'inefficacité relative du droit ne justifie pas en soi que le droit change en substance : il faut en raison substantielle pour que le droit change en substance (tautologie)

# I. LE SYSTEME FRAPPÉ PAR UNE “PRATIQUE”

## LE STATUT DE LA NORME JURIDIQUE

- La norme juridique, c'est ce que dit le droit : ce qui doit être fait, ce qu'il est interdit de faire
- Ce qui est « usuel » de faire, ce qui est « accepté », ce qui est « légitime du point de vue de celui qui le fait » n'est pas la « norme »
- Ce qui est « normal » pour celui qui « pratique » n'est pas en soi la norme juridique
- Il faut arriver que cette distorsion entre ce qui est « usuel » et « ressentie comme normal » et la « norme » soit un signe d'une évolution nécessaire du droit = **information** pour le Législateur

# I. LE SYSTEME FRAPPÉ PAR UNE “PRATIQUE”

**Ass. Plén., 31 mai 1991**

**Article 227-13 du Code pénal :** La substitution volontaire, la simulation ou dissimulation ayant entraîné une atteinte à l'état civil d'un enfant est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende.

La tentative est punie des mêmes peines.

**Article 16-7 du Code civil :** Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle.

- La pratique de la « convention de mère-porteuse » : accord entre plusieurs personnes pour convenir par avance à propos d'un enfant à naître pour que sa mère l'abandonne à la naissance afin que les autres établissent à son égard un lien de parenté
- Le Droit a attaché à cette pratique conventionnelle une nullité absolue

L'animateur raconte son homoparentalité

# Gala



22 mai 2015 : “L’animateur raconte son homoparentalité”

## I. LE SYSTEME FRAPPÉ PAR UNE “PRATIQUE”

- Affirmation du caractère licite de la pratique par ceux qui la pratiquent (adultes, intermédiaires)
  - ✓ Parce qu’ils s’aiment
  - ✓ Parce qu’ils sont heureux
  - ✓ Parce que les personnes critiques seraient homophobes
  - ✓ Parce que le Droit serait homophobe
  - ✓ Parce que le droit serait réactionnaire
  - ✓ Interview dans les journaux de personnes populaires revendiquant comme un « acte militant » la violation du droit
- = Le droit devrait changer du seul fait qu’il est contraire à la pratique

# I. LE SYSTEME FRAPPÉ PAR UNE “PRATIQUE”



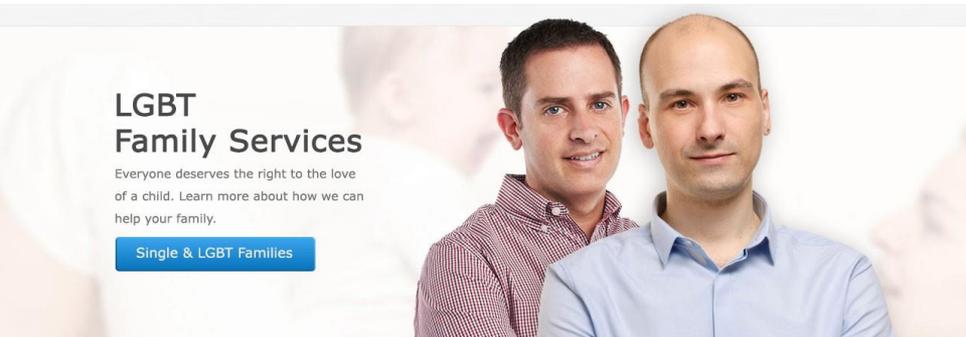
- La convention de maternité de substitution est une pratique ressentie comme légitime par ceux qui la pratique
- Ce sentiment de légitime est défendu dans la presse, les tribunes, devant les tribunaux
- Il est présent comme suffisant faire changer la loi (indépendamment même de la discussion que l'on peut avoir autour de ces faits)
- Si on l'admet, les faits seraient supérieurs au droit

# I. LE SYSTEME FRAPPÉ PAR UNE “PRATIQUE”



- Si on devait l’admettre sans défendre la norme juridique face à un usage de certains, le droit n’aurait plus d’existence propre par rapport aux faits
- Trace de la disparition de la normativité juridique
- Tyrannie des faits
- Bataille des faits de certains contre les faits de certains
- Évocation de la norme religieuse comme norme extérieure (référence à la Bible)

## II. LE SYSTEME JURIDIQUE “ANÉANTI” PAR UN VOYAGE À L’ÉTRANGER



- Lien du droit à l’État et lien de l’État à son territoire
- Illicéité de la convention de maternité de substitution en France mais licéité dans d’autres systèmes juridiques, notamment en Californie
- De fait, il suffit d’aller « acheter » le droit
- Universalité « de fait » du droit californien ?
- Phénomène de *Law low cost* : Inde, Thaïlande ?
- L’Inde devient la plus grande localisation de production d’enfants
- La Grande-Bretagne est la première localisation des demandeurs d’enfants

“Chacun mérite le droit à l’amour d’un enfant”

## II. LE SYSTEME JURIDIQUE “ANÉANTI” PAR UN VOYAGE À L’ÉTRANGER

- Civ., 8 avril 2011
- Civ., 2 arrêts, 13 septembre 2013
- Civ., 18 mars 1878, *Princesse de Bauffremont*,
- Concl. Procureur general, Ass. Plén. Audience du 19 Juin 2915,
- CEDH, 2 arrêts 26 juin 2014, *Mendesson et Labassée*
- La référence à l’ « ordre public » suffit-elle ?
- La référence à la fraude est-elle pertinente ?
- Distinction entre :
  - l’acquisition des droits patrimoniaux
  - l’attribution de la nationalité
  - l’établissement de la filiation
- Universalité « de fait » du droit californien ?

## II. LE SYSTEME JURIDIQUE “ANÉANTI” PAR UN VOYAGE À L’ÉTRANGER



- Quid de la coexistence sur le sol français des personnes ayant pu acquérir une filiation à l'étranger et ceux qui ont eu la même pratique en France et qui ne le pourraient pas ?
- Influence du principe d'égalité

## II. LE SYSTEME JURIDIQUE “ANÉANTI” PAR UN VOYAGE À L’ÉTRANGER



- La transcription est une « légalisation de fait »
- Appropriation de la maternité
- Appropriation du lien de filiation
- Pétition lancée aux Etats-Unis par les féministes
- Disparition de l'idée selon laquelle le droit est « l'esprit d'un peuple » et nouvel universalisme : la nouvelle « loi du monde » = Loi des désirs = loi du marché

### III. LE SYSTÈME JURIDIQUE REMPLACÉ PAR LA PETITE LOI CONTRACTUELLE

#### Article 1101 du Code civil :

Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose.

#### Article 1102 du projet de réforme du droit des contrats :

Un contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer des effets de droit.

Toutefois, la liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public, ou de porter atteinte aux droits et libertés fondamentales reconnus dans un texte applicable aux relations entre personnes privées ...

- Rencontre d'une offre et d'une demande
- Mécanisme de la rencontre d'intérêt :
  - Intérêt du porteur d'un « projet d'enfant » (« parent d'intention »)
  - Intérêt de la mère (« donner » - don magnifique ; gagner de l'argent ou être « compensée » ; aider les auteurs du projet ou ses proches ;
  - Intérêt du mari de la mère
  - Intérêt de l'enfant à naître
  - Intérêt de la famille de l'enfant à naître
- Liens entre intérêts, contrat, consentements, conventions et ordre public
- Liens entre la « Grande Loi » et la « Petite Loi » :
  - Image
  - Inversion et prise d'autonomie
  - Contrat véhicule autonome, universel de la satisfaction des désirs individuels

### III. LE SYSTÈME JURIDIQUE REMPLACÉ PAR LA PETITE LOI CONTRACTUELLE

#### Article 1128 du Code civil :

Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions..

#### Disparition de l'article 1128 dans le projet de réforme du droit des contrats

- Le contrat devient une « norme » autosuffisante
- Le contrat rend la « pratique » juridiquement contraignante:
  - Clause d'effacement de la mère
  - Clause d'effacement du mari de la mère
  - Clause performative de maternité et paternité
  - Clause d'anticipation des lois nationales d'ordre public
  - Clause performative de consentement
- Austin : « quand dire, c'est faire »

### III. LE SYSTÈME JURIDIQUE REEMPLACÉ PAR LA PETITE LOI CONTRACTUELLE

Le droit changerait



- Le contrat ne serait plus adossé à la Grande Loi
- La Grande Loi ne pourrait plus contrarier la Petite Loi
- La Petite Loi devient la Grande, et la Grande disparaît
  
- La source du droit devient l'accumulation des consentements
  
- C'est la définition des consentements de marché, par analogie avec les intérêts

## IV. DE LA MUSIQUE DE LA LOI VERS LA MUSIQUE DES JUGES

- **Article 4 du Code civil** : Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice.
- Motulsky : *Principes de réalisation méthodique du droit. Eléments générateurs des droits subjectifs*, 1948
- Ass. Plén., 18 mars 1991,
- Cons. Const., 17 mai 2013, *Loi entre personnes de même sexe* (obiter dictum)
- CEDH, 26 juin 2014, *Menneson, Labassée*,
- Tribunal Fédéral Suisse, 22 mai 2015
- Le Législateur est taisant
- Les juges parlent
- Un juge doit parler si on le saisit
- Le langage du juge est celui des droits subjectifs
- Disputes des juges autour des droits subjectifs
- Droit implicite à n'être pas une chose
- Droit à l'identité biologique
- Explicitation de l'absence de droit à l'enfant
- Guerre des juges

## IV. DE LA MUSIQUE DE LA LOI VERS LA MUSIQUE DES JUGES

Le droit changerait



- Les juges émettent des règles générales à partir de cas particuliers
- Les cas sont préparés dans la presse
- Le Législateur se tait
- Le monde entier est devenu de *Common Law*
- Où est le droit commun ?
- Avenir du droit constitutionnel ?

## V. LA SIDERATION DE LA DISPARITION DE LA DISTINCTION PERSONNE/CHOSSES



- L'Occident a inventé l'idée de « personne »
- Le droit romain a inventé le masque juridique de la personne
- La personne se définit en ce qu'elle n'est pas une chose
- L'être humain est une personne pour n'être ni une chose ni un animal
- La personne est un sujet de droit
- C'est le socle du droit occidental

## V. LA SIDERATION DE LA DISPARITION DE LA DISTINCTION PERSONNE/CHOSES

- Idée de « vivant » comme titulaire direct de « droits » (*pro-life*)
- L'être humain n'est plus protégé par l'armure égalitaire de la personne
- Trivialisation du monde : les êtres humains à nu
- Le capital humain et l'enfant comparé à un « organe »

## V. LA SIDERATION DE LA DISPARITION DE LA DISTINCTION PERSONNE/CHOSES

Par quoi remplacer la “personne” ?



Auguste Champetier de Ribes, procureur  
devant le Tribunal de Nuremberg :

« La civilisation gréco-latine .... a introduit dans le monde ces deux notions qui ont suffi à le bouleverser, la notion de la **personne** et celle de la **fraternité humaine**.

La personne, c'est-à-dire l'individu spiritualisé, **non plus l'homme isolé**, le numéro dans l'ordre politique, le **rouage dans l'ordre économique**, mais **l'homme tout entier, corps et esprit**, esprit incarné, sans doute, mais avant tout esprit, pour l'épanouissement duquel est fait la société, l'homme social qui ne trouve son plein développement que dans la communauté fraternelle de son prochain, l'homme auquel sa vocation confère une **dignité**, que le fait **échapper de droit à toute entreprise d'asservissement et d'accaparement**. ».

# Conclusion

- “Monde d’hier ?”
- Monde qui vient : monde sans “personne”
- Loi universelle de l’ajustement des désirs
- Malheur aux êtres humains objet de désirs et créés pour y être conformes