

DELMOTTE Thomas
ADENIS Kathleen

Mémoire

Gestation pour autrui

Revendication de la paternité par le veuf

SOMMAIRE

I) Impossibilité d'attribuer la filiation au couple Chérubin

I)

II) A) Un recours à une technique illégale excluant la reconnaissance de la filiation

1.

2. 1) La gestation pour autrui, acte constitutif d'un délit.

3. 2) la gestation pour autrui contraire à l'indisponibilité du corps humain

I) B) inexistence de droits du couple chérubin sur l'enfant

1.

2. 1) nullité de toute convention portant sur la gestation pour autrui

3. 2) abus de faiblesse

II) Monsieur X père légitime de l'enfant

A) Une filiation à établir du côté de la famille X

1) maternité incontestable de Mme X

2) Paternité de M X pouvant être légalement établie

B) La meilleure solution dans l'intérêt supérieur de l'enfant

1) Des options préjudiciables pour l'enfant

2) Un veuf volontaire capable d'assumer la charge de l'enfant

Introduction

En l'état actuel du droit, les Français souhaitant recourir à une mère porteuse disposent d'une alternative. La première branche de l'alternative, peu utilisée en pratique, consiste à recourir frauduleusement à une mère porteuse sur le territoire français, celle-ci accouchant au profit des parents d'intention. La seconde branche de l'alternative, plus fréquente, renvoie à la question du tourisme procréatif. La question du sort des enfants nés d'une mère porteuse revient de façon récurrente. En effet malgré la prohibition, lorsque des couples français ont recours à cette pratique et que des enfants naissent par la gestation pour autrui, la justice se retrouve devant le fait accompli. La jurisprudence française refuse, pour l'heure, de tenir compte du fait accompli. Deux questions ont été posées à la Cour de cassation : celle de la transcription en France des actes de naissance étrangers et celle de l'établissement de la filiation selon les règles du droit français interne. Étant donné qu'en l'espèce nous nous situons dans le cas d'un recours à une mère porteuse sur le territoire français, seule la seconde question, celle de la filiation, attirera notre attention. Il est difficile d'y apporter une réponse claire et définitive puisque le droit français, interdisant la pratique, ne prévoit pas le sort réservé aux enfants de la GPA, et c'est donc de ce vide normatif que surgissent toutes les interrogations.

I) Impossibilité d'attribuer la filiation au couple Chérubin

- A) Un recours à une technique illégale excluant la reconnaissance de la filiation
 - 1) La gestation pour autrui, acte constitutif d'un délit.

En droit positif français, on sait que la pratique des mères porteuses est prohibée. L'interdit a d'abord été d'origine jurisprudentielle (Cass. 1re civ., 13 décembre 1989; Cass. Ass. plén., 31 mai 1991, pourvoi n° 90-20105), avant d'être consacré par l'une des lois de bioéthique en 1994 (L. n° 94-653 du 29 juillet 1994 ; C. civ., art. 16-7 et 16-9). Les dernières réformes intervenues en la matière n'ont pas levé cette interdiction (L. n° 2004-801 du 6 août 2004 ; L. n° 2011-814 du 7 juillet 2011). La gestation pour autrui peut faire l'objet de poursuites pénales. Elle est prohibée par les articles 511-12 et 511-27 du code pénal, 1244-3, 1273-5 et 1274-1 du code de la santé publique. Cette pratique consiste à faire porter un enfant à une femme pour le compte d'un couple qui adoptera l'enfant. La gestation pour autrui tourne les règles légales et les principes

de base de l'adoption qui tendent à donner une famille à un enfant qui n'en a pas et non à donner un enfant à un couple qui ne peut en avoir. Confier l'enfant au couple Chérubin serait finaliser cette entreprise, la laisser arriver à son terme, accomplir son but et ainsi tolérer cette pratique prohibée. Ce serait permettre à un acte interdit d'avoir lieu finalement, ce serait permettre d'enfreindre la loi. Si la justice fait preuve de tolérance en donnant gain de cause au couple alors pourquoi d'autres couples dans la même situation respecteraient la loi ? Ce serait ruiner l'interdit posé par le législateur. Le fait accompli deviendrait ainsi une nouvelle source du droit. La loi, si elle n'est pas respectée, n'a plus lieu d'être. Si elle n'est pas appliquée elle n'est que lettre morte. Or toute notre société repose sur des lois, en décrédibiliser une c'est décrédibiliser la loi en général. La justice ne peut aller à l'encontre de la loi qu'elle est censée faire vivre. Par conséquent la justice ne saurait remettre l'enfant au couple Chérubin qui a violé la loi pour l'obtenir. On pourrait opposer à cette interdiction le fait qu'un groupe de travail du Sénat consacré à la maternité pour autrui s'est prononcé en 2008 en faveur d'un encadrement strict de la gestation pour autrui en France. Il avait considéré que la maternité pour autrui ne pouvait être légalisée qu'en tant qu'instrument au service de la lutte contre l'infertilité, au même titre que les autres techniques d'assistance médicale à la procréation. Cependant depuis 2008 le législateur n'est pas intervenu, le juge se prononce en se basant sur le droit positif et non sur ses évolutions éventuelles. En revanche dans le cadre de la révision des lois de bioéthique, le Conseil d'État a rendu, en mai 2009, un avis préconisant le maintien de l'interdiction de la gestation pour autrui en France.

1) la gestation pour autrui contraire à l'indisponibilité du corps humain

L'indisponibilité du corps humain est un principe juridique posant des limites à la libre disposition de soi, selon lequel le corps humain ne serait pas une chose pouvant faire l'objet d'un contrat ou d'une convention. Ce principe a évolué vers celui de « non-patrimonialité », qui est plus souple, puisqu'il ne s'agit plus que d'interdire les conventions lucratives. Ce principe est lié à la notion de dignité de la personne humaine inscrite à l'article 16 du Code civil depuis les lois bioéthiques de 1994. L'article 16-1 du Code civil précise que : « Chacun a droit au respect de son corps. Le corps humain est inviolable. Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial ». On ne peut pas vendre ou louer une partie ou l'ensemble de son corps, la gestation pour autrui est interdite à ce titre. Or en l'espèce la mère porteuse a perçu 1500 euros et la justice ne peut cautionner cet acte en remettant l'enfant au couple Chérubin qui a, de cette manière, « acheté un enfant » ce qui est contraire à l'éthique. Donner des effets à une convention lucrative portant sur la filiation d'un enfant serait autoriser un marché d'êtres humains mineurs. Même si l'on considère que la rémunération vise le droit que le parent a sur l'enfant c'est-à-dire que le parent cède son autorité, nous sommes ici proche de l'esclavage. En effet on ne peut avoir sur un être, les droits que l'on aurait sur une chose et surtout pas le droit de l'aliéner. De plus même sans rémunération le recourt à une mère porteuse reste contraire au principe d'indisponibilité du corps humain comme l'indique une décision du 31 mai 1991, par la Cour de cassation formée en assemblée plénière : « 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 ». En effet la gestation pour autrui consiste à prévoir l'abandon de l'enfant par sa mère, ce qui est immoral. Ainsi le couple Chérubin a violé le principe d'indisponibilité du corps humain et ne peut légalement obtenir un enfant par cette voie.

-
-

- B) inexistence de droits du couple chérubin sur l'enfant
 - 1) nullité de toute convention portant sur la gestation pour autrui

Puisque la gestation pour autrui est prohibée, il est évident que toute convention portant

sur la gestation est nulle. Donner suite à une telle convention reviendrait à autoriser cette pratique. L'article 16-7 du Code civil dispose : « Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle ». Dans une décision rendue par la 1ère chambre civile le 6 avril 2011, la Cour de cassation précise le fondement de cet article : « 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 ». Le couple chérubin ne peut donc pas faire valoir un accord passé avec madame X consistant à l'abandon de l'enfant par celle-ci afin que le couple l'adopte. Il ne peut pas obtenir légalement l'exécution de l'accord prévu initialement et conclu par l'intermédiaire de l'association. C'est pour cela que M Chérubin avait rendu visite à Mme X, une visite aux conséquences tragiques, qui avait pour but d'exécuter la violation de la loi prévue en amont. La mère n'était en aucun cas tenue de livrer son enfant et son engagement auprès du couple n'avait aucune valeur juridique. De plus la provocation à l'abandon d'enfant né ou à naître est un délit grave. Ainsi le couple Chérubin n'a, ni ne peut, faire prévaloir aucun droit sur l'enfant. La justice ne saurait remettre l'enfant à l'homme qui a voulu l'arracher aux bras de sa mère en se prévalant d'un accord nul et illégal.

- 2) abus de faiblesse

La tutelle est une mesure judiciaire destinée à protéger une personne majeure si elle n'est plus en état de veiller sur ses propres intérêts. Les personnes majeures ayant besoin d'être représentées de manière continue dans les actes de la vie civile du fait de l'altération de leurs facultés mentales, ou lorsque leurs facultés corporelles sont altérées au point d'empêcher l'expression de leur volonté. Madame X était sous la tutelle de son mari, elle était donc reconnue comme une personne vulnérable nécessitant une protection. Le couple Chérubin a pu profiter de cette vulnérabilité pour obtenir d'elle, l'accord selon lequel elle leur livrera l'enfant. De plus, sa situation financière, du fait qu'elle n'a pas d'emploi, a pu la pousser, étant donné la promesse de la rémunération, à accepter de participer à cette pratique illégale. Il apparaît que Mme X ainsi abusée, a voulu se rétracter réalisant qu'elle commettait un acte immoral. L'abus dont elle a été victime ne peut être écarté en raison de l'examen psychologique qui a été effectué auprès de la mère porteuse puisque cet examen ne visait qu'à l'évaluation de son équilibre psychologique et non à détecter un éventuel abus d'autorité ou une quelconque influence. M Chérubin n'avait pas à priver la mère de son droit de garder l'enfant. Selon l'article 347 du code civil : « Peuvent être adoptés :

- 1- Les enfants pour lesquels les pères et mères ou le conseil de famille ont valablement consenti à l'adoption ».
- 2 - Les pupilles de l'État
- 3 - Les enfants déclarés abandonnés dans les conditions prévues par l'article 350».

Or la mère n'a pas valablement consenti à l'adoption et après la naissance, elle a refusé d'abandonner l'enfant. Le couple Chérubin n'a, en aucun cas, le droit d'adopter cet enfant et la mort de la mère ne leur donne pas plus ce droit étant donné qu'il n'y a aucun lien familial entre celle-ci et le couple.

II) Monsieur X père légitime de l'enfant

A) Une filiation à établir du côté de la famille X

1) maternité incontestable de Mme X

La personne sous tutelle, accomplit seule certains actes dits strictement personnels comme reconnaître un enfant, ce qu'elle a d'ailleurs fait. L'enfant a donc été légalement reconnu par Mme X. De plus la filiation maternelle est établie automatiquement. Pour le droit français, la

mère juridique est celle qui accouche de l'enfant, peu importe qu'elle lui ait ou non fourni son patrimoine génétique. La mère porteuse est toujours considérée comme la mère juridique, qu'il s'agisse d'une procréation ou d'une gestation pour autrui. Même si Monsieur Chérubin avait lui aussi effectué une reconnaissance et plus précisément une reconnaissance ante natale, cela ne lui donnait en aucun cas le droit d'enlever l'enfant à sa mère. En outre Mme X avait la possession d'État de l'enfant puisqu'elle l'a nourri et s'est comportée comme une mère jusqu'à sa mort. Par ailleurs Mme X est la « vraie » mère de l'enfant. Il est donc logique que des droits sur l'enfant lui revienne et M Chérubin ne peut la priver de ces droits. Bien qu'il soit le père biologique, il ne peut faire valoir un droit sur l'enfant qui serait supérieur à celui de la mère. Au Royaume-Uni, où la gestation pour autrui est légale depuis 1985 et le Surrogacy Arrangements Act, la femme qui accouche est toujours déclarée mère. Elle dispose d'un délai de 6 semaines pour revenir sur sa décision et garder l'enfant. L'enfant n'est remis à son père et sa nouvelle mère que dans un second temps, si celle qui l'a porté renonce à son droit. Ainsi la femme qui accouche a un droit prioritaire de reconnaître l'enfant. Si l'on applique ce principe du droit anglais à notre cas alors peu importe que M Chérubin soit le père biologique, si la mère porteuse décide de garder l'enfant sa décision doit être respectée et l'enfant lui revient à elle seule. Étant donné que Mme X est décédée, son enfant devrait logiquement être confié à son mari qui est prêt à l'élever.

1) Paternité de M X pouvant être légalement établie

1)

Du fait de leur mariage, la présomption de paternité donne la paternité au mari, c'est ce qu'énonce l'article 312 du Code civil : « L'enfant conçu ou né pendant le mariage a pour père le mari ». Il est donc donné au mari de la mère, un droit sur l'enfant. Cette présomption est écartée puisque l'acte de naissance ne comporte pas le nom du mari et que M Chérubin a effectué une reconnaissance ante natale. En 2013 toutefois, la Cour de cassation s'est fondée sur la fraude à la loi pour refuser que la filiation paternelle des enfants nés à l'étranger de mère porteuse soit établie en France par reconnaissance (Cass. 1re civ., 13 septembre 2013.). La Cour a en effet considéré que « l'action en contestation de paternité exercée par le ministère public pour fraude à la loi, fondée sur l'article 336 du Code civil, n'est pas soumise à la preuve que l'auteur de la reconnaissance n'est pas le père au sens de l'article 332 du même Code ». La Cour de cassation approuve la Cour d'appel, qui a caractérisé la fraude à la loi commise par le père d'intention ayant eu recours à une mère porteuse en Inde, d'en avoir déduit que la reconnaissance paternelle devait être annulée. Ce qui est remis en cause ce n'est pas la véracité de la filiation, comme dans l'action en contestation, mais la conformité de la reconnaissance aux règles de forme ou de fond auxquelles elle est soumise. Ainsi la reconnaissance effectuée par M Chérubin devrait être annulée pour cause de fraude à la loi et la présomption de paternité de Monsieur X serait ainsi rétablie. Mme X a reconnu seule l'enfant et a sans doute voulu cacher à son mari qu'elle servirait de mère porteuse. C'est d'ailleurs vraisemblablement dans le but de dissimuler ses agissements qu'elle a quitté le domicile de son mari quelques jours précédant l'opération. Les rumeurs selon lesquelles le mari n'était pas attentif voire parfois insultant ne sont pas fondées, rien ne laisse supposer dans les faits, des tensions au sein du couple X et une volonté de madame de se séparer de monsieur. Mais lorsqu'elle a décidé de garder l'enfant rien ne peut permettre d'affirmer qu'elle comptait élever cet enfant seule et qu'elle aurait eu pour intention de se séparer de son mari. Par conséquent si la reconnaissance de M Chérubin est nulle pour cause de fraude à la loi, le nom du mari devrait être ajouté sur l'acte de naissance par une action en rectification d'un acte d'État civil. L'enfant étant né pendant le mariage Monsieur X est présumé être le père. Par ailleurs, adopter l'enfant de son conjoint est un droit reconnu par l'article 345-1 du Code civil : « L'adoption plénière de l'enfant du conjoint est permise

- 1- Lorsque l'enfant n'a de filiation légalement établie qu'a l'égard de son conjoint [...]
- 3- Lorsque l'autre parent que le conjoint est décédé et n'a pas laissé d'ascendant au premier degré ou lorsque ceux-ci ce sont manifestement désintéressés de l'enfant ».

Dans le cas de M. X, les conditions sont remplies soit parce que l'on peut considérer la

reconnaissance de M Chérubin, puisqu'elle a été effectuée dans le cadre de la gestation pour autrui prohibée, comme n'étant pas une filiation légalement établie, soit parce que madame X, étant décédée et ses parents n'ayant pas demandé qu'on leur confie l'enfant, rien ne s'oppose à l'adoption par Monsieur X.

B) La meilleure solution dans l'intérêt supérieur de l'enfant

1) Des options préjudiciables pour l'enfant

Différentes options se présentent au juge quant au placement de l'enfant. Tout d'abord, il y a la possibilité de confier l'enfant au couple Chérubin qui a fait appel à une mère porteuse pour devenir parents. Il est évident que l'intérêt de l'enfant n'est pas d'être confié à l'homme responsable de la mort de sa mère et à la femme à l'origine de ce tragique événement. En effet Madame Chérubin avait menacé son époux de se séparer de lui s'il ne lui ramenait pas l'enfant. Lors de la rencontre entre le couple et Mme X après la naissance, Madame a poussé son mari à arracher l'enfant des bras de sa mère, se rendant complice du drame qui suivit. Le foyer des Chérubins n'est donc pas un environnement sain pour cet enfant de plus que les agissements du couple n'ont pas témoigné de réelle affection pour lui mais plutôt d'un acharnement pour obtenir l'exécution d'un accord. Le couple veut adopter cet enfant pour avoir un enfant, la finalité ici est l'enfant et non pas son bien être. Suite à ces événements il est tout à fait légitime de douter que Guillaume recevra du couple, toute l'affection dont il a besoin. Le traumatisme engendré par l'envenimement de la situation et ses conséquences pourrait rendre le couple incapable d'élever réellement cet enfant comme le leur. Ensuite le bébé se retrouverait dans un premier temps, toujours sous la protection de l'Aide sociale à l'Enfance dans l'hypothèse où le couple serait condamné à une peine de prison étant donné la nature des accusations qui pèsent sur lui. L'enfant pourrait être perturbé du fait de cette instabilité lui qui, après avoir passé les premières semaines de sa vie dans les bras de sa mère, serait placé en attente aux services sociaux et dans des familles d'accueil avant d'intégrer éventuellement le domicile du couple. L'enfant pourrait aussi être adopté par une autre famille auquel cas tout lien avec ses origines serait coupé. Sa famille d'adoption serait dans l'incapacité de le renseigner sur son passé et de répondre à ses questions quand il aura grandi, ce qui pourrait affecter son équilibre. De plus l'enfant pourrait rester longtemps dans un établissement d'accueil avant de trouver une famille.

1) Un veuf volontaire capable d'assumer la charge de l'enfant

La Convention Internationale des Droits de l'Enfant, dans son article 3§1, prévoit que « dans toutes les décisions qui [le] concernent [...], l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ». Ainsi l'intérêt de l'enfant est ce que le juge doit viser en priorité. Le dévouement futur de Monsieur X quant au bien être de l'enfant ne fait aucun doute, il aura à cœur d'élever du mieux que possible l'enfant de sa femme défunte. Du fait de l'affection qu'il portait à sa femme il ne peut que prendre soin du bébé qu'elle a mis au monde et pour lequel elle a laissé sa vie. Il se sent prêt et capable de l'élever correctement et de surcroît peut compter sur le soutien tant sur le plan psychologique que matériel de sa famille qui habite à proximité. En outre la présence de la famille du veuf offrirait à l'enfant une attache familiale. Son entourage le décrit comme un homme travailleur et sincère, il sera un père sérieux et responsable. Sa prétendue addiction aux jeux n'est qu'une rumeur et on ne peut établir de lien entre celle-ci et ses incidents de paiement. Toujours est-il que son travail lui offre une situation stable et bien qu'il touche le SMIC, il peut prétendre à des aides pour assurer l'éducation de son enfant. Par ailleurs Monsieur Chérubin pourrait se voir imposer le paiement d'une pension alimentaire pour l'enfant qu'il a reconnu et dont il est le père biologique. Cette pension lui rappellerait que la vie humaine ne peut faire l'objet d'une transaction. Il paierait jusqu'à la majorité de celui-ci pour subvenir aux besoins de l'enfant qu'il a voulu enlevé et qu'il a privé de sa mère.