

Questions de bioéthique (4)

La gestation pour autrui (GPA)

Remarque terminologique

Par convention, on distingue la procréation ou la maternité pour autrui, où la mère porteuse est à la fois gestatrice et donneuse d'ovocyte, l'insémination se faisant avec le sperme du « père d'intention », de la gestation pour autrui, où la mère porteuse est seulement gestatrice et n'a aucun lien biologique avec l'embryon, les ovules provenant soit de la femme dite « mère d'intention », qui est alors aussi la génitrice, soit du don d'une tierce donneuse (solution qui suppose de recourir à la fécondation in vitro avec transfert d'embryon - FIVETE). Pour les partisans de la légalisation encadrée de la gestation pour autrui, cette dernière configuration devrait être favorisée car l'absence de transmission génétique limiterait l'investissement affectif de la femme porteuse et faciliterait la remise de l'enfant après la naissance.

I. L'état actuel du droit en France

Le refus jurisprudentiel a été consacré par le législateur en 1994

1. Le refus jurisprudentiel

Dans un arrêt du 13 décembre 1989, la Cour de cassation avait prononcé la dissolution de l'association Alma mater, qui mettait des couples infertiles en contact avec des mères porteuses, au motif que sont nulles les conventions même verbales qui portent tout à la fois sur la mise à disposition de parents stériles de fonctions reproductives d'une mère porteuse et sur l'enfant à naître parce qu'elles contreviennent au principe d'ordre public de l'indisponibilité de l'état des personnes (elles ont pour but de faire venir au monde un enfant dont l'état ne correspond pas à sa filiation réelle).

Dans un arrêt du 31 mai 1991, l'assemblée plénière de la Cour de cassation affirme 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 » (l'atteinte au principe réside ici dans le fait qu'on désigne comme mère une femme qui ne l'est pas. Relevons quand même que cette indisponibilité de l'état des personnes est mise à mal dans le cas de l'adoption plénière).

2. L'interdiction législative

La loi du 29 juillet 1994 reprend cette solution en énonçant une série de principes sur lesquels le législateur n'est pas revenu en 2004. Elle affirme la nullité des conventions de procréation ou de gestation pour le compte d'autrui (art. 16-7 du code civil). Elle sanctionne pénalement le fait de servir d'intermédiaire entre une mère porteuse et un couple stérile. En revanche n'est punissable pénalement ni la personne ou le couple qui y a recours, ni la mère porteuse, sauf par le biais de ce qu'on appelait naguère la « supposition d'enfant » délit prévu consistant dans le fait d'attribuer à une femme qui n'en est pas réellement la mère l'enfant de la femme qui en est vraiment la mère, de façon à donner à l'enfant un état civil qui n'est pas conforme à la réalité. Mais il existe bien une sanction (civile) indirecte : l'impossibilité d'établir la filiation des enfants nés d'une GPA à l'égard des parents d'intention (voir ci-après).

Art. 227-12 du Code pénal. Le fait de provoquer soit dans un but lucratif, soit par don, promesse, menace ou abus d'autorité, les parents ou l'un d'entre eux à abandonner un enfant né ou à naître est puni de six mois d'emprisonnement et de 7500 € d'amende.

Le fait, dans un but lucratif, de s'entremettre entre une personne désireuse d'adopter un enfant et un parent désireux d'abandonner son enfant né ou à naître est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende.

Est puni des peines prévues au deuxième alinéa le fait de s'entremettre entre une personne ou un couple désireux d'accueillir un enfant et une femme acceptant de porter en elle cet enfant en vue de le leur

remettre. Lorsque ces faits ont été commis à titre habituel ou dans un but lucratif, les peines sont portées au double.

La tentative des infractions prévues par les deuxième et troisième alinéas du présent article est punie des mêmes peines.

Art. 227-13. 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 € d'amende.

La tentative est punie des mêmes peines

3. L'impossibilité d'établir la filiation des enfants nés d'une GPA

Il est éventuellement possible d'établir le lien de filiation paternelle : soit par l'effet de la reconnaissance souscrite par le père, si l'enfant est né en France d'une femme porteuse qui a accouché sans faire connaître son identité, soit à l'issue de la transcription sur les registres de l'état civil français de la mention paternelle figurant dans l'acte de naissance délivré à l'étranger.

Mais il est actuellement impossible de faire reconnaître le lien de filiation avec la mère d'intention, compte tenu de la position de la Cour de cassation qui s'est formellement opposée à ce que l'enfant né d'une gestation pour autrui, même pratiquée dans un pays où elle est légale, soit adopté par la femme du père de l'enfant (Ass. Plén. 31 mai 1991). Pour la Cour de cassation, « 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 », processus qui, « portant atteinte aux principes de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes », constituait un détournement de l'institution de l'adoption. L'ordre public international français – qui s'oppose à ce qu'une loi étrangère incompatible avec certains principes fondamentaux ou valeurs considérées comme absolues par la société française produise des effets en France – conduit donc à refuser la transcription sur les registres de l'état civil français des actes juridiques établis dans le pays où a eu lieu la gestation pour autrui et qui établissent la filiation de l'enfant.

Les modifications apportées à l'article 47 du code civil en 2003 et 2006 confortent la position de la Cour de cassation. Il dispose en effet que « tout acte de l'état civil des Français et des étrangers fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays fait foi »... « sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité ».

II. L'état du droit à l'étranger

En gros, trois types de situations sur le plan juridique : l'interdiction totale, l'encadrement de la pratique, le silence du législateur. Cette dernière hypothèse recouvre des situations très variables selon les réponses que le juge apporte aux questions que, inéluctablement, il est amené à trancher.

En Europe, la GPA est expressément interdite en Suisse, Espagne, Italie, Allemagne. Elle est tolérée en Belgique, au Danemark et aux Pays Bas. Elle est expressément autorisée et réglementée au Royaume Uni et en Grèce. Hors d'Europe, la pratique est admise en Afrique du Sud, en Argentine, en Australie, au Brésil, en Corée du Sud, en Israël, en Nouvelle-Zélande, en Russie, en Ukraine, en Inde, dans certains États des États Unis et certaines provinces du Canada.

Au Royaume-Uni, la loi (1985, 1990, 2008) prévoit la gestation pour autrui à titre gratuit et le droit de la filiation a été aménagé en conséquence. Les conventions de gestation pour autrui ne sont pas susceptibles d'exécution forcée. La gestatrice est la mère légale de l'enfant et ce n'est qu'ensuite, avec son accord, et après un délai de six semaines, que la filiation peut être modifiée. Les parents doivent demander dans un délai de six mois au tribunal le transfert de parenté. Le juge vérifie qu'il n'y a pas eu échange occulte d'argent et statue en fonction de l'intérêt de l'enfant. Un nouvel acte de naissance est établi qui indique pour mère légale la mère d'intention. Son mari est présumé être le père. Une réforme intervenue en novembre 2008 a libéralisé le dispositif en l'ouvrant aux concubins et aux couples de même sexe. .

La loi grecque (2002) est fondée sur une tout autre logique. L'accord écrit de gestation pour autrui suppose un contrôle du juge préalablement à l'implantation de l'embryon chez la femme porteuse pour vérifier qu'il n'existe aucune contrepartie pécuniaire et que la femme qui se prête à la gestation y est apte, vu son état de santé. La mère légale de l'enfant né par GPA est présumée être celle à qui est accordée l'autorisation judiciaire. Toutefois, si la gestatrice a aussi fourni ses ovocytes la contestation de la maternité de la mère d'intention est possible dans le délai de six mois qui suit la naissance.

Au Canada, la loi fédérale du 29 mars 2004 sur la procréation assistée interdit la gestation pour autrui à titre onéreux ainsi que toute activité d'intermédiaire, mais autorise implicitement les contrats de gestation pour autrui à titre gratuit. Elle ne se prononce ni sur la validité du contrat de gestation pour autrui, ni sur la filiation, questions qui relèvent de la compétence des provinces. Mais rares sont les lois visant expressément le contrat de maternité pour autrui. Au Québec, toutefois, le code civil dispose que « toute convention par laquelle une femme s'engage à procréer ou à porter un enfant pour le compte d'autrui est nulle de nullité absolue. »

Aux États-Unis, il n'y a pas de loi fédérale régissant la gestation pour autrui (*surrogacy*) et l'éventail des solutions adoptées par les États est très large (v. Laurence Brunet, « De l'art d'accommoder la gestation pour autrui au droit français », *Revue générale de droit médical*, juin 2008) : depuis l'interdiction pure et simple, quelle que soit la nature du contrat passé, jusqu'à l'autorisation explicite sous réserve de respecter les conditions légales, en passant par le silence des textes qui laisse une grande latitude aux parties mais donne aussi au juge un large pouvoir de décision pour trancher les litiges qui lui sont soumis et dégager, au cas par cas, des règles finalement favorables à la gestation pour autrui. L'absence d'encadrement législatif a aussi favorisé l'essor et la prospérité des agences et des avocats spécialisés qui servent d'intermédiaires commerciaux au recrutement des candidates rémunérées et à la finalisation juridique de telles opérations. C'est notamment le cas en Californie qui est ainsi devenu un des lieux de prédilection des couples français qui ont besoin de recourir à une femme porteuse pour avoir un enfant. Apparue à la fin des années 1970, l'activité d'intermédiaire s'est fortement développée en raison de son attrait financier : le prix d'une gestation pour autrui s'élève en moyenne à 60 000 \$ mais peut dépasser 100 000 \$.

III. Les arguments invoqués pour autoriser la GPA

1. Arguments de principe

a) *La neutralité éthique de l'État*

On retrouve ici les arguments répertoriés dans notre propos introductif : l'illégitimité de l'État à interdire des comportements qui ne nuisent pas à autrui, de s'immiscer dans la vie des citoyens au nom d'un « paternalisme moralisateur » (en ce sens, Ruwen Ogien). Il n'y a pas de raison d'interdire et de pénaliser un arrangement entre personnes consentantes qui ne vise nullement à causer des torts à des tiers, surtout pas à l'enfant à naître. Si une femme veut donner à une autre la possibilité de porter l'enfant que cette autre et son mari désirent, pourquoi la loi l'interdirait-elle ?

b) *La liberté de disposer de son corps et la primauté du consentement*

On ne peut postuler que les mères porteuses sont nécessairement des misérables dont le choix est contraint. Les considérer comme des victimes aliénées et instrumentalisées dépourvues du moindre libre-arbitre, n'est-ce pas porter atteinte à leur dignité ?

Les contraintes qui pèsent sur la femme qui accepte la gestation pour autrui ne sont pas plus lourdes que celles qu'on fait subir à l'athlète professionnel qui prend des risques énormes avec sa santé et qui soumet, par contrat, son régime alimentaire, ses loisirs et jusqu'à sa sexualité au bon vouloir de ses employeurs (R. Ogien).

c) La reconnaissance du « don d'engendrement »

Certains voient là une nouvelle forme de solidarité féminine.

D'autant que l'expérience montre qu'il se développe souvent des relations très fortes entre les parents et les gestatrices qui souhaitent créer un lien avec les parents de l'enfant, pendant la grossesse puis après la naissance. Le modèle des mères porteuses anonymes qui n'avaient aucun contact avec le couple ni par la suite avec l'enfant aurait donc laissé la place à une nouvelle forme de parentalité où la gestatrice a une place propre dans la famille ; ni mère de l'enfant, ni utérus sur patte, elle est considérée par les couples comme une tante par alliance, une marraine, une « nounou » (le terme est éloquent) etc. Ceci amène à relativiser du même coup les risques d'exploitation et de dérives, dès lors que les femmes sont motivées par l'envie d'aider et pas principalement par des raisons financières.

2. Arguments pragmatiques

a) La compassion et le sentiment d'injustice

La GPA est la seule possibilité offerte à une femme qui souffre d'une stérilité d'origine utérine mais dont les ovaires fonctionnent, de devenir mère d'un enfant porteur de ses propres gènes et de ceux de son mari. La plupart des plaidoyers pour la légalisation de la GPA s'appuient sur le témoignage des situations de détresse et sur la souffrance des femmes et des couples dont la stérilité ne peut être surmontée par la voie de l'assistance médicale à la procréation.

A cette souffrance s'ajoute, dit-on, un sentiment d'injustice, parce que les femmes concernées, dont la fonction ovarienne est normale, ne se considèrent pas comme stériles, et parce qu'alors qu'on déploie toute une gamme de traitements pour toutes les autres formes de stérilité, la stérilité d'origine utérine reste la seule forme de stérilité irrémédiable.

b) L'incohérence de la loi sur l'AMP

On a autorisé le don d'ovocytes et l'accueil d'embryon. Pourquoi s'arrêter en route sur le chemin de la dissociation de la sexualité et de la procréation en interdisant la maternité pour autrui ? En quoi présenterait-elle plus de « risque psychique » que l'accueil d'embryon, pourtant autorisé par la loi ?

c) La confrontation avec les droits étrangers

L'argument joue dans tous les domaines et, comme on l'a relevé dans notre propos introductif, sur deux registres : au nom de quoi disqualifier comme non éthiques des pratiques que d'autres pays démocratiques autorisent ? Si l'on interdit en France ce qui est permis ailleurs, les individus et les couples iront y chercher ce qu'ils n'obtiennent pas ici, avec tous les inconvénients du tourisme procréatif (voir plus loin).

A quoi s'ajoute un argument supplémentaire, plus juridique. L'évolution des législations européennes voisines ne peut pas être ignorée, dans la mesure où la question de la GPA touche aux droits fondamentaux et notamment au droit au respect de la vie privée et familiale. Comme le relève Laurence Brunet (« La gestation pour autrui ou les vertus heuristiques de l'épreuve des limites », *Revue politique et parlementaire*, 2009), la Cour européenne des droits de l'homme est sensible aux déplacements des équilibres entre les législations nationales et prompte à encourager, quitte à la forcer parfois, l'harmonisation des droits nationaux dans ces domaines extrêmement mouvants qui touchent à la famille et à la parenté. Si nombre d'États légalisent les pratiques de gestation pour autrui, la Cour pourrait, sinon sanctionner ceux qui l'interdisent, du moins le refus de reconnaître la filiation des enfants qui en sont issus, au nom du droit au respect de la vie privée et familiale de l'enfant né par gestation pour autrui et de la mère d'intention.

d) Le réalisme : prendre acte de l'ineffectivité et des effets pervers de l'interdiction

L'argument du réalisme consiste à prendre acte à la fois de l'ineffectivité et des inconvénients de l'interdiction. Le recours aux mères porteuses ne cesse pas parce qu'il est interdit – toutes les enquêtes, journalistiques ou sociologiques – montrent que les pratiques de gestation pour autrui ne sont plus rares et isolées – mais il s'exerce clandestinement et/ou génère un tourisme procréatif, les couples se rendant dans les pays où la GPA est autorisée ou tolérée. Cette solution aboutit à une discrimination par l'argent, elle comporte aussi des risques de dérives, car les couples se rendent dans des pays dont la législation, est « moins disante » sur le plan éthique. Sans compter la constitution d'une nouvelle classe de « sans papiers » : les enfants issus de la GPA et dont la filiation ne peut être établie. Mieux vaut légiférer pour protéger l'ensemble des intervenants, et mettre fin à des dérives.

e) La nécessité d'adapter la loi à l'évolution des mœurs et des mentalités.

Le fait que la loi n'est pas respectée montre que l'autorité de l'interdit légal est fortement entamée, que l'interdiction de la maternité pour autrui ne fait plus consensus.

Ce sont d'abord les associations d'aide aux couples stériles qui se sont engagées activement pour la levée de l'interdiction et d'une légalisation encadrée de la gestation pour autrui. Les gynécologues, sensibilisés à la stérilité, se prononcent de plus en plus nombreux en faveur de la légalisation de la gestation pour autrui, alors qu'il y a dix ans une telle pratique leur paraissait condamnable. Le milieu médical est partagé. Et si, dans ses recommandations rendues publiques en mars 2009, l'Académie de médecine s'est finalement prononcée contre la légalisation, on sait qu'une forte minorité s'est prononcée en faveur d'une légalisation encadrée de la gestation pour autrui.

Significative également de l'évolution des esprits est le rapport du groupe de travail du Sénat (mars 2008) qui se prononce pour une légalisation très strictement encadrée de la gestation pour autrui.

Seul pourrait y accéder un couple hétérosexuel stable ayant deux ans de vie commune, dans l'impossibilité médicale de mener à bien une grossesse, l'un des deux au moins devant avoir un lien génétique avec l'enfant. La gestatrice de son côté devrait avoir eu un enfant sans rencontrer de difficulté particulière pendant la grossesse. Les couples demandant à bénéficier d'une GPA et la gestatrice feraient l'objet d'un agrément délivré par une commission pluridisciplinaire placée sous l'égide de l'Agence de la biomédecine. La mise en relation des couples demandeurs et des gestatrices pourrait s'effectuer par des associations à but non lucratif agréées par l'ABM sans donner lieu à rémunération. La gestatrice devrait bénéficier de tous les droits sociaux afférents à la maternité et un « dédommagement raisonnable » pourrait lui être versé par le couple bénéficiaire afin de couvrir les frais qui ne seraient pas pris en charge par la sécurité sociale. Le transfert d'embryon serait subordonné à une décision du juge judiciaire chargé de vérifier les agréments, recueillir les consentements écrits des parents intentionnels et de la gestatrice et le cas échéant de son conjoint ou concubin, de fixer le montant du dédommagement raisonnable versé à la gestatrice.

La gestatrice qui désirerait devenir la mère légale de l'enfant devrait en exprimer la volonté dans le délai de la déclaration de naissance, soit trois jours à compter de l'accouchement. Son nom figurerait alors dans l'acte de naissance et les règles du droit commun de la filiation s'appliqueraient. Dans l'hypothèse où elle n'aurait pas exprimé le souhait de devenir la mère légale de l'enfant dans les trois jours suivant l'accouchement, les noms des parents intentionnels seraient automatiquement inscrits sur les registres de l'état civil en exécution de la décision judiciaire ayant autorisé le transfert d'embryon.

f) La prise en considération du sort des enfants issus d'une GPA

L'absence de statut familial, partiel ou total, pour les enfants nés à l'étranger par procréation ou gestation pour autrui reste le « talon d'Achille » (selon la formule de Laurence Brunet) du dispositif prohibitif français, qui l'explique ainsi :

– « Dans le pire des cas, le refus de la transcription de la mention maternelle consignée dans l'acte de naissance étranger sur les registres français de l'état civil peut conduire à priver l'enfant de tout statut familial, par le jeu mécanique du lien indissociable entre la paternité et la maternité en mariage ». C'est pour éviter cette conséquence extrême que dans un arrêt rendu le

25 octobre 2007 la cour d'appel de Paris, confirmant un jugement du TGI de Créteil, a considéré que, « l'intérêt supérieur de l'enfant », protégé par l'article 3-1 de la Convention internationale des droits de l'enfant, justifiait que soit transcrite la filiation tant paternelle que maternelle. Mais la Cour de cassation a cassé cet arrêt (17 décembre 2008) en s'appuyant certes sur un motif de procédure mais qui laisse clairement entendre qu'elle n'est pas prête à suivre la cour sur ce terrain.

– « Dans le meilleur des cas, l'application des règles du droit positif français autorise l'établissement du lien de filiation paternelle, que ce soit par l'effet de la reconnaissance souscrite par le père, si l'enfant est né en France de la femme porteuse qui aura accouché sans faire connaître son identité, ou que ce soit à l'issue de la transcription sur les registres de l'état civil français de la mention paternelle figurant dans l'acte de naissance délivré à l'étranger. »

Certes, l'absence de transcription de l'acte d'état civil étranger ne fait pas obstacle à ce que cet état civil soit reconnu et utilisé par les parents dans les actes de la vie courante (rapports avec les administrations, les écoles, les structures de soins...), d'autant que la formalité de la transcription ne revêt pour les couples concernés aucun caractère obligatoire.

Mais, compte tenu de la position de la Cour de cassation, « la mère d'intention ne peut pas adopter l'enfant de son conjoint, pas plus qu'elle ne peut demander, par voie de transcription sur les registres français de l'état civil, la reconnaissance de son titre de maternité légalement établie par l'acte de naissance étranger. Elle n'a aucun titre à l'égard de l'enfant avec qui elle vit et qu'elle éduque. Un tel défaut de filiation maternelle peut s'avérer dramatique en cas de décès prématuré du père ou en cas de divorce conflictuel » (*id.*). Et lorsque la mère décède, l'enfant ne peut pas hériter d'elle, sauf à ce qu'elle l'ait institué légataire, les droits fiscaux étant alors calculés comme si l'enfant était un tiers

Certains y voient donc un argument supplémentaire en faveur de l'assouplissement, sinon de la suppression, de la prohibition dès lors qu'on ne peut prétendre améliorer la condition en France des enfants nés à l'étranger d'une gestation pour autrui sans revenir sur la légitimité de la loi qui interdit une telle pratique en droit interne. En témoigne le fait que les aménagements envisagés par le Conseil d'État dans son rapport pour permettre d'assurer aux enfants une certaine sécurité de leur filiation sont insatisfaisants : la solution de la transcription sur les registres français de l'état civil du seul lien de filiation paternelle pêche par défaut, car la mère d'intention ne peut alors bénéficier que d'une délégation-partage d'autorité parentale ; les solutions plus audacieuses posent également problème puisqu'elles tendent à faire reconnaître la filiation maternelle, en contradiction avec l'interdiction posée par le droit interne.

IV. Les arguments en faveur du *statu quo*

1. Arguments pragmatiques

a) L'intérêt de l'enfant.

Aucune étude ne permet de mesurer l'impact psychologique de la gestation pour autrui sur les enfants nés de cette technique. On évoque le risque qui proviendrait de la coupure radicale avec ce que le fœtus a connu au cours de sa vie intra-utérine. On fait valoir que le « don » de l'enfant à un autre couple pourrait être vécu par cet enfant comme un abandon, avec des conséquences négatives pour la construction de son identité. La gestation pour autrui, en introduisant une contractualisation de relations entre adultes ayant pour objet la filiation d'un enfant, laisse place à l'idée que l'enfant à naître est, au moins pour partie, assimilable à un objet de transaction.

b) Les risques pour la mère gestatrice et son environnement familial

Outre les risques physiques inhérent à toute grossesse et tout accouchement, même si la gestatrice a déjà eu des enfants et si elle est jeune et en bonne santé, il y a les risques psychologiques : notamment le traumatisme que peut constituer pour la gestatrice la séparation d'avec l'enfant – avec qui des liens se sont tissés pendant la grossesse – juste après sa naissance.

A quoi peut s'ajouter un sentiment de culpabilité, surtout si la gestatrice est aussi la mère biologique.

Il faut aussi penser au retentissement de la GPA sur la famille de la mère porteuse et notamment sur ses propres enfants qui devront intégrer l'idée que l'enfant qu'elle porte n'est pas un frère ni une sœur, qu'il n'a pas été conçu avec leur père et qu'il sera donné à une autre famille dès la naissance

c) La complexité des problèmes soulevés

– Qui prendra les décisions pendant le cours de la grossesse, de la gestatrice ou des parents d'intention ? Si l'échographie révèle une malformation, qui décidera d'interrompre la grossesse ou de la laisser se poursuivre ? Devant un grand prématuré qui décidera de poursuivre ou d'arrêter la réanimation ?

Le rapport du Sénat propose que ce soit à la gestatrice, et à elle seule, de prendre les décisions afférentes au déroulement de la grossesse, notamment de demander son interruption. Mais peut-on imposer au couple d'intention d'élever un enfant gravement malformé ou trisomique ? Inversement, la gestatrice doit-elle pouvoir imposer une interruption de grossesse alors que l'enfant est opérable à la naissance ?

– Que se passe-t-il en cas de non exécution de la convention ? Par exemple si le couple refuse l'enfant à la naissance et si la mère porteuse ne désire pas non plus le garder ? Ou si, à l'inverse, la mère porteuse refuse de se séparer de l'enfant ? Faut-il considérer que la mère porteuse a un droit absolu au repentir ou au contraire que le contrat est obligatoire ? Faut-il distinguer, pour répondre à cette question, selon que la mère porteuse est aussi la mère génétique ou seulement gestatrice.

– Comment évaluer la compensation financière, la « juste indemnisation » de la femme porteuse ?

2. Arguments de principe

a) L'instrumentalisation et la marchandisation du corps de la femme

La grossesse n'est pas un événement anodin. Elle entraîne une profonde métamorphose dans la vie d'une femme. « Demander à une femme de vivre cette métamorphose à la place d'une autre, en la coupant de toute signification pour elle-même, c'est lui demander de faire abstraction de sa propre existence corporelle (et morale), de la traiter comme un moyen et non comme une fin, faire de son corps un simple outil » (Sylviane Agacinski). La mère porteuse met son corps au service d'autrui, son ventre devient un instrument de production.

Accepter qu'une femme puisse porter un enfant pour une autre, c'est inévitablement accepter une marchandisation du corps humain. Toute forme de dédommagement fait entrer la maternité dans un échange marchand. Car dès lors qu'un contrat est possible entre deux parties – la gestatrice et un couple – quelles que soient les limites fixées, elles risquent de se révéler illusoire.

Dans tous les cas, la GPA remet en cause le principe de non patrimonialité du corps humain, qui est aussi un principe protecteur pour les plus vulnérables.

b) Consentement contraint et exploitation des femmes

L'idée que dès lors que la femme consent, cela ne regarde qu'elle, fait bon marché des contraintes qui peuvent peser sur ce consentement : rien n'est plus courant, lorsqu'il s'agit de gagner sa vie, que de consentir à son aliénation. Autoriser la maternité de substitution peut conduire à exploiter la misère humaine. C'est donc à la loi de protéger les plus faibles de la puissance de l'argent et des pressions.

Affirmer qu'il ne peut y avoir que compensation ou dédommagement, c'est se cacher derrière des mots qui ne freineront pas le développement du marché. Même si la mère gestatrice est

guidée par une intention généreuse, même si toute rémunération directe est exclue au profit d'une simple « indemnisation raisonnable », il est difficile d'imaginer que ce ne seront pas les femmes les plus démunies et les plus vulnérables économiquement qui se proposeront pour être mères de substitution. Pour le dire plus crûment : les « pauvres » porteront les enfants des « riches ». On peut dire la même chose, certes, de l'adoption, et notamment de l'adoption internationale, à cette nuance près que les « pauvres » qui abandonnent leurs enfants n'ont pas fait ces enfants *pour* les donner aux « riches ».

Aux États Unis, le fait que la mère porteuse ne soit plus la mère génétique a eu comme conséquence un abaissement du niveau socio-économique des femmes candidates, les parents d'intention étant moins regardants sur les caractéristiques génétiques des gestatrices, y compris sur la couleur de peau, et cherchant seulement une femme en bonne santé qui s'engage par contrat à ne pas fumer ou boire pendant la grossesse. Une étude aurait montré qu'en 2000 environ 30 % des contrats de GPA conclus sous l'égide de l'agence la plus importante du pays l'étaient entre parents receveurs blancs et mères gestatrices noires ou hispaniques.

V. Quelques orientations pour une prise de position de la LDH

1. Faire le tri entre les arguments invoqués

Certains arguments soit sont réversibles, soit n'entrent pas dans le champ de compétence ou de préoccupation de la LDH, telle la compassion envers les femmes stériles, tels encore les risques psychologiques attachés à la GPA. C'est moins sur le sort des couples stériles (pour qui la GPA est certainement un bienfait) ou de l'enfant à naître (sur l'intérêt duquel on ne peut faire que des spéculations) qu'il convient de se focaliser que sur celui des femmes porteuses. Et à cet égard deux arguments forts et opposés doivent, me semble-t-il, retenir prioritairement notre attention : l'argument tiré de la liberté de disposer de soi et de s'autodéterminer sans immixtion de l'État, d'un côté ; les conséquences de la GPA en termes d'instrumentalisation du corps des femmes et d'introduction de la procréation dans la sphère marchande, de l'autre.

2. Tout bien pesé, refuser la légalisation de la GPA

De prime abord, il peut paraître choquant, dans une société libre, que l'on empêche une femme de porter l'enfant d'une autre, si tel est son choix, un choix fait librement, en toute connaissance de cause, pour aider une femme dont elle est proche et/ou pour qui elle a de la compassion. De fait, la loi ne sanctionne pas pénalement les mères porteuses non plus que les couples qui y auraient recours... Elle leur interdit seulement de faire de leur arrangement l'objet d'une convention, tandis que la jurisprudence fait obstacle à ce que l'enfant soit juridiquement rattaché à une autre mère que celle qui l'a porté.

Mais ce schéma d'un don sans contrepartie – qui peut certes exister – n'est pas le plus probable. Car les chances pour une femme stérile de trouver dans son entourage immédiat celle qui portera son enfant sont limitées. Au demeurant, la solution qui consiste à choisir la gestatrice dans la famille – une sœur, une cousine, ou pire encore la mère... – comporte des risques de brouillage des repères généalogiques, de pressions psychologiques et de conflits familiaux ultérieurs. Elle est tolérée dans certains pays mais récusée par la plupart des psychanalystes.

Et à partir du moment où la pratique met en présence des personnes étrangères les unes aux autres, on en revient inéluctablement à l'établissement d'un contrat. Toutes les propositions de légalisation de la GPA intègrent cette donnée et insistent sur l'importance de la rédaction de la convention qui fixe les droits et obligations des parties.

Or cette idée d'un contrat entre des parents intentionnels et la femme qui portera l'enfant, avec « compensation » à l'appui, reste problématique :

– pas seulement parce qu'on court le risque que la misère et non l'esprit de don qui pousse des femmes à devenir des mères porteuses : à la vision misérabiliste d'une femme contrainte et privée de tout libre arbitre d'autres opposent la vision angélique d'une femme qui n'a d'autre idée que d'aider un couple en mal d'enfant indépendamment de tout esprit de gain – les deux cas

de figure peuvent se retrouver dans la pratique, sans compter les situations sans doute les plus nombreuses à mi-chemin entre ces deux extrêmes.

– pas seulement parce qu'on s'engage ainsi inévitablement dans la voie du « baby business », puisque, en pratique, et quoi qu'on en dise, il faudra payer pour avoir un enfant à soi (mais après tout, force est de constater que l'adoption internationale est aussi entrée dans le cycle du baby business).

– mais aussi parce que la femme porteuse doit accepter par contrat une série des contraintes – ne pas fumer, ne pas boire... – peu compatibles avec son libre arbitre et caractéristiques d'une instrumentalisation de son corps que reflète bien l'expression de « mère porteuse ».

La solution proposée par le groupe de travail du Sénat, qui vise à encadrer la GPA pour éviter les dérives (pressions financières et autres) aboutit à une forme de réglementarisme peut-être plus critiquable encore que l'absence d'encadrement. Car c'est en somme l'État, par ses services sociaux ou par son bras médical ou judiciaire, qui sélectionnera les couples demandeurs et les femmes porteuses, qui sanctionnera le contrat passé entre eux – un contrat sur l'enfant à naître, en somme –, qui réalisera des fécondations *in vitro* pour obtenir des embryons des parents d'intention pour qu'ils soient réimplantés dans l'utérus de la femme porteuse.

S'il ne paraît donc pas opportun de lever l'interdiction des conventions de maternité pour autrui, la pénalisation n'a, dans ce domaine, pas de raison d'être : il faudrait donc à tout le moins abroger l'article 227-13 du code pénal (l'ancien délit de « supposition d'enfant ») et amender l'article 227-12 de façon à ce qu'il ne puisse pas être utilisé contre les associations qui viennent bénévolement en aide aux parents.

3. Trouver une solution pour les enfants nés d'une GPA

Même si la prohibition de la GPA est maintenue en France, on ne peut pas accepter que les enfants nés d'une GPA soient privés de tout lien de filiation avec leurs parents sociaux, ceux qui les élèvent (et qui sont généralement aussi leurs parents « génétiques » – mais cette considération n'est pas déterminante à nos yeux).

Il faut donc trouver, même dans le cadre de la prohibition maintenue, une solution qui préserve mieux l'intérêt de l'enfant que le « niet » radical de la Cour de cassation. D'autant qu'à supposer même qu'on légalise en France une GPA très encadrée, la question continuera à se poser pour les enfants nés dans des pays où la législation est plus permissive.

Certes, comme le fait remarquer le Groupe qui a rédigé le rapport d'information du Sénat, l'interdiction d'établir la filiation d'un enfant né en violation de la législation française est sans doute la sanction la plus dissuasive pour ceux qui voudraient contourner cette législation... Mais cet argument fait bon marché des droits de l'enfant, à qui on ferait ainsi payer la « faute » des parents.

Une solution minimale consisterait à permettre la transcription de la filiation paternelle, la mère d'intention pouvant ensuite bénéficier, à la demande du père, d'un jugement de délégation avec partage de l'autorité parentale et donc bénéficier de prérogatives liées à l'autorité parentale. Outre que cette situation a des relents de patriarcat, la filiation à l'égard de la mère ne serait pas établie, ce qui laisse entiers les problèmes que l'on a évoqués plus haut (par exemple en cas de décès ou de divorce).

L'autre solution consiste à autoriser la transcription de la filiation paternelle et à admettre la possibilité pour la mère d'intention d'engager une procédure d'adoption, en prenant le contrepied de la position de la Cour de cassation. Cela suppose que le couple soit marié, puisque dans l'état actuel du droit seul l'époux ou l'épouse peut adopter l'enfant de son conjoint – mais cet état du droit n'est pas intangible. D'autres solutions, plus souples, sont du reste envisageables, comme la prise en compte de la « possession d'état » pour établir, après l'écoulement d'une certaine durée et en prenant en compte la réalité vécue du lien de filiation, la filiation maternelle.

Certes, ceci conduit à reconnaître des effets juridiques à une pratique que le législateur a formellement interdite, et on peut trouver acrobatique la conciliation entre le maintien de l'interdit avec la reconnaissance de certains effets à une gestation régulièrement conduite à l'étranger. Mais on admet bien qu'un mariage polygamique célébré à l'étranger produise certains effets en France. (L'argument, il est vrai, pourrait être réfuté en faisant remarquer que la situation polygamique s'est constituée sans fraude à la loi française : or l'idée de fraude à la loi explique pour une bonne part la position rigide de la Cour de cassation).

On peut aussi objecter, comme le fait le Conseil d'État, qu'admettre une forme de régularisation au bénéfice des couples ayant eu les moyens de se rendre dans un pays où la GPA est autorisée sans l'admettre pour ceux qui auraient recouru illégalement à la gestation pour autrui en France créerait une situation inéquitable. Mais dans ce cas aussi la prise en compte de la possession d'état pourrait permettre de sortir d'une situation inacceptable pour les enfants sans heurter de front l'interdit légal.

L'intérêt de l'enfant, son droit à voir sa filiation établie par rapport à ceux qui l'élèvent, par rapport à ses parents sociaux, doit être la « considération primordiale », comme l'a reconnu la Cour d'appel de Paris dans l'arrêt censuré par la Cour de cassation.

4. Dans le cas où la GPA serait autorisée, il n'y aurait pas de raison de la réserver aux couples hétérosexuels et de continuer à l'interdire aux couples de même sexe, aux femmes stériles seules ou aux hommes seuls.

En revanche, on ne saurait tirer argument, pour justifier la légalisation de la GPA, de la discrimination dont seraient victimes les couples d'hommes par rapport aux couples de femmes : puisque les lesbiennes peuvent avoir accès à l'IAD, il serait injuste, dit-on, de priver les homosexuels masculins de la possibilité d'avoir des enfants en recourant à une femme porteuse. Mais si les couples d'hommes sont, c'est incontestable, désavantagés par rapport aux couples de femmes, c'est simplement parce que les femmes ont, en matière de procréation, un « avantage » sur les hommes. (Les guillemets s'imposent, car elles ont payé cher cet avantage au cours des siècles)