

Naître d'une GPA: l'embarras du droit

Bien que la pratique des mères porteuses soit interdite en France, elle se poursuit dans les faits. Se pose dès lors un problème crucial, celui de l'établissement de la filiation des enfants nés de cette technologie. Comment les règles juridiques françaises appréhendent-elles le phénomène? Décryptage.

Laurence BRUNET,
juriste, attachée
au Centre
de recherche
« Droit, sciences
et techniques »,
UMR 8103,
université Paris I

La pratique de la procréation pour autrui, par laquelle une femme porte un enfant au bénéfice d'une autre est ancienne, notamment dans un cadre intrafamilial : l'arrangement, au début des années 1980, de deux sœurs jumelles, dont l'une était inapte à la grossesse, est connu. L'autre accepte d'être inséminée « naturellement » par le mari de la première et accouche d'un enfant qu'elle reconnaît avant de le donner en adoption à sa sœur au bout de deux ans (seule une adoption simple a été prononcée)⁽¹⁾.

Mais les nouvelles technologies de la reproduction ont donné un nouvel essor à ces pratiques, d'abord en dispensant de tout rapport charnel entre la femme porteuse et le mari de la femme stérile grâce à l'insémination artificielle de celle-là avec le sperme de celui-ci; ensuite en permettant au couple stérile d'avoir un enfant biologique commun grâce à la mise en œuvre d'une fécondation in vitro (FIV) et d'un transfert d'embryon(s) dans l'utérus de la femme gestatrice. Dans cette seconde configuration, par différence avec la précédente, la femme porteuse n'a pas de lien génétique avec l'enfant et l'enfant peut être biologiquement celui de ses deux futurs parents si la FIV a été réalisée avec leurs gamètes propres. D'où la faveur des couples dont la femme ne peut assumer une grossesse pour cette seconde solution. En tout état de cause, avant qu'elle ne soit interdite, la pratique de procréation ou de gestation pour autrui semblait plus répandue qu'on ne pouvait le supposer. C'est du moins ce

qui résulte de la consultation de la presse de l'époque, les journaux alimentant déjà leur rubrique « société » de ces affaires. Le montage juridique pour rattacher l'enfant à ses parents d'intention était assez bien balisé : la femme porteuse accouchait sous X, le père reconnaissait son enfant, comme s'il était le fruit d'une relation extraconjugale, et sa femme, feignant d'être magnanime, recueillait l'enfant dans son foyer avant d'en demander l'adoption. La recrudescence de la pratique des femmes porteuses, mais aussi l'apparition d'associations jouant les intermédiaires suscitérent cependant l'inquiétude du secrétariat d'Etat à la santé et conduisit le Comité consultatif national d'éthique à exprimer sa réprobation (avis n° 3, 23 octobre 1984). La poursuite du phénomène comme son ampleur⁽²⁾, de surcroît dans des conditions souvent douteuses et peu protectrices de la femme porteuse, déterminèrent les autorités publiques à interdire les associations organisant la maternité pour autrui; l'introduction de ce contentieux offrit la première occasion à la Cour de cassation de condamner l'opération dans son ensemble, au nom tant du principe d'ordre public de l'indisponibilité de l'état des personnes que de celui de l'indisponibilité du corps humain (Civ. 1^{re}, 13 décembre 1989).

L'effet limité de la prohibition légale

Une fois prononcée l'illicéité des conventions de gestation pour autrui, restait à la Cour de cassation à statuer sur la filiation des enfants nés de cette pratique.

Depuis que la loi a inscrit l'interdiction de la procréation et de la gestation pour autrui dans le Code civil en 1994, il ne s'est pas passé une année sans qu'une affaire de femme porteuse ne soit portée à la connaissance des tribunaux.

C'est ce que permit, peu de temps après, un pourvoi dans l'intérêt de la loi contre un arrêt provocateur de la Cour d'appel de Paris qui avalisait le viatique juridique permettant d'établir la double filiation de l'enfant à l'égard de ses parents d'intention : la Cour de cassation, dans sa formation plénière, réitéra avec la plus grande fermeté sa prohibition de principe et refusa l'adoption de l'enfant par la femme stérile, en invoquant le « détournement d'une telle institution » (Ass. plén., 31 mai 1991). Déterminé à poursuivre la lutte contre toute forme de maternité pour autrui, le législateur, le 29 juillet 1994, vint introduire dans le Code civil l'article 16-7 qui énonce la nullité de toute convention portant





© JASON SCHULTZ

sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui.

Toutefois, aucune disposition légale n'a été spécifiquement prévue pour empêcher l'établissement de la filiation vis-à-vis de ses parents d'intention de l'enfant né d'une femme porteuse, comme si la loi était certaine de l'efficacité dissuasive de l'interdiction formulée à l'article 16-7 du Code civil, convaincue du tarissement des pratiques de maternité pour autrui qui en résulterait inmanquablement. Force est pourtant de constater que la prohibition légale n'a pas eu l'effet radical escompté. Sans doute faut-il y voir la conséquence de la relative indulgence du dispositif pénal qui l'assortit. Les sanctions ne frappent en effet que ceux qui jouent les intermédiaires dans les conventions de maternité pour autrui. Seuls ceux qui s'entre-mettent entre un couple ou une personne désireux d'accueillir un enfant et une femme acceptant de porter en elle cet enfant en vue de le leur remettre sont passibles de sanctions (art. 227-12 al. 3 du

Code pénal: un an d'emprisonnement et quinze mille euros d'amende). Ni la femme porteuse ni les parents d'intention ne sauraient donc tomber sous le coup de la loi pénale, sauf à ce que ces derniers soient poursuivis au titre de la provocation à l'abandon d'un enfant (art. 227-13 al. 1 du Code pénal), si des faits qualifiants de provocation (dons, promesses, menaces ou abus d'autorité) sont rapportés⁽³⁾.

Il reste que la loi a rencontré des résistances dans la société civile. Si l'on fait une rapide recension des décisions publiées depuis que la loi du 29 juillet 1994 a inscrit l'interdiction de la procréation et de la gestation pour autrui dans le Code civil, on peut constater qu'il ne s'est pas passé une année sans qu'une affaire de femme porteuse ne soit portée à la connaissance des tribunaux. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle la Cour de cassation a été conduite à consolider sa condamnation initiale des montages juridiques de filiation induits par la maternité pour autrui (Civ. 1^{re}, 29 juin 1994; Civ. 1^{re}, 9 déc. 2003).

Eprouvée par des pratiques qui perduraient, au besoin en se délocalisant dans des pays à la législation plus libérale, la position rigoureuse de la Cour de cassation a aussi été fragilisée par quelques décisions audacieuses ou innovantes de juges du fond, soucieux d'établir la double filiation de l'enfant à l'égard de ses parents avec qui il vit, ou d'assurer au mieux son intégration dans le foyer familial.

Un défaut de filiation pour les enfants

En effet, l'application des règles du droit positif français autorisera, dans le meilleur des cas, l'établissement du seul 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

Seul le rapport rendu au nom d'un groupe de travail du Sénat (présenté par M. André, A. Milon et H. de Richemont, le 25 juin 2008) confère une expression politique à la tendance qui se dégage dans la société, au gré des sondages et des débats, en faveur d'une légalisation, sous de strictes conditions, de la gestation pour autrui.

(1) Cf. TGI Aix-en-Provence, 5 déc. 1984, JCP 1986.II.20561, observations de F. Boulanger.

(2) Selon J. Rubellin-Devichi, une centaine de maternités de substitution auraient été effectuées sous l'égide d'Alma mater, fondée par S. Geller, la principale des associations servant d'intermédiaire, via une série de réseaux, entre les candidates à la maternité pour autrui et les couples de parents commanditaires (JCP 1995.II.22362).

(3) Voir F. Dreifuss-Netter, *Atteintes à la filiation*, Jurisclasseur pénal, art. 227-12 à 227-14.

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 lorsque l'enfant est né dans un pays où la procréation et la gestation pour autrui sont encadrées, ou tout au moins tolérées (CA de Rennes, 4 juillet 2002). La mère d'intention demeurera ainsi dans une sorte de clandestinité à l'égard de l'enfant avec qui elle vit et qu'elle élève: elle ne pourra pas adopter l'enfant de son conjoint, pas plus qu'elle ne pourra 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. Un tel défaut de filiation maternelle peut s'avérer dramatique en cas de décès prématuré du père ou en cas de divorce conflictuel, car la mère d'intention n'a aucun titre à l'égard de l'enfant qu'elle entretient et éduque, donc aucun droit qui protège la pérennité de sa relation à son enfant. Pareillement à sa mort, la mère d'intention ne pourra léguer ses biens à l'enfant qu'à titre de tiers, ce qui est fiscalement très désavantageux.

Dans le pire des cas, notamment lorsque l'enfant est né à l'étranger et que ses parents d'intention sont mariés, le refus de la transcription de la mention maternelle consignée dans l'acte de naissance étranger sur les registres français de l'état civil conduit même 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 précisément pour éviter, dans une telle configuration, de créer de nouveaux orphelins que le 25 octobre 2007, par un arrêt qui a suscité un certain émoi dans les médias et les chroniques juridiques, la Cour d'appel de Paris a tenté de mettre à l'écart l'interdiction française, en se prévalant tant de la dimension internationale du litige qui lui était soumis que de l'intérêt de l'enfant, protégé par l'article 3-1 de la Conven-

La question de l'absence de statut familial, partiel ou total, pour les enfants nés à l'étranger par procréation ou gestation pour autrui restera le talon d'Achille du dispositif prohibitif français s'il est maintenu en l'état.



(4) Civ. 1^{re}, 17 déc. 2008, Dalloz. 2009, note de L. Brunet, p. 340. On y trouvera les références des principales décisions de jurisprudence précitées.

(5) Voir, entre autres, le « manifeste contre la tentation de recourir à la gestation pour autrui », publié dans *Le Figaro* le 12 mai 2009, et, en contrepoint, celui plaçant en faveur de la légalisation de la gestation pour autrui, publié le 9 juin 2009 par *Libération*.

(6) Cf. Rapport de l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques présenté en novembre 2008, « La loi bioéthique de demain », par A. Claeys et J.-S. Vialatte, Doc. Ass. Nat. n° 1325; « Rapport de l'Académie de médecine sur la gestation pour autrui », publié le 10 mars 2009; Etude du Conseil d'Etat, « La révision des lois de bioéthique », publiée le 6 mai 2009; Rapport final, « Etats généraux de la bioéthique », par A. Graf, 1^{er} juillet 2009 (téléchargeable sur <http://www.santespports.gouv.fr>).

(7) Cf D. L. Spar, *The Baby Business*, Harvard Business School Press, 2005; *Le Monde* du 5 août 2008, « Les mères porteuses, un créneau indien », p. 3.

(8) C'est à cette solution que s'est finalement rendue la Cour d'appel de Paris, dans une décision du 26 février 2009 (*Gaz. Pal.* 2009, n° 94, p. 21). Le couple est marié et mentionné en tant que tel dans l'acte de naissance étranger, ce qui ne fait pas obstacle à la transcription de la seule filiation paternelle sur les registres français.

tion internationale des droits de l'enfant. Cette téméraire tentative pour régulariser, en France, la situation familiale des jumelles nées en Californie d'une femme porteuse s'est heurtée, en décembre dernier, à la censure intransigeante de la Cour de cassation qui a entendu remettre bon ordre et imposer une application rigoureuse du droit français et de ses interdits⁽⁴⁾.

Un tel épilogue fait peu de cas du vide de filiation ainsi infligé aux enfants par l'ordre juridique français. Au-delà de l'effet de stigmatisation symbolique et sociale qui en résulte pour ces enfants et leur famille, l'orthodoxie juridique pourrait bien avoir des conséquences catastrophiques si les parents d'intention venaient à disparaître. Faute de famille légalement reconnue, aucun ascendant ou collatéral du couple n'aurait en effet de légitimité juridique pour recueillir l'enfant.

Polémiques à l'occasion de la révision de la loi

Les manifestations d'insoumission à la loi, auxquelles le prétoire a pu servir de tribune, ont aussi trouvé un relais amplificateur dans la presse et la télévision,

sans compter plusieurs travaux en sciences sociales récemment publiés sur la question, de sorte que le dossier de la gestation et de la procréation pour autrui a été à nouveau ouvert à l'occasion de la seconde procédure de révision de la loi de bioéthique, alors qu'il était demeuré clos lors de la première qui a abouti au vote de la loi du 6 août 2004. Le sujet est même un de ceux qui occupent le plus les esprits, déclenchant polémiques et guerre de pétitions⁽⁵⁾, provoquant une surenchère de prises de position parfois contradictoires dans des documents officiels, récurrent dans les auditions menées par la mission d'information parlementaire et dûment inscrit au programme de la consultation citoyenne mise en œuvre dans le cadre des Etats généraux de la bioéthique. Au poids, la balance des rapports et recommandations rendus par les institutions publiques penche nettement contre la légalisation, même très encadrée, de la gestation pour autrui⁽⁶⁾, la procréation pour autrui (hypothèse où la gestatrice, inséminée, est aussi génitrice) suscitant un rejet consensuel. Seul le rapport rendu au nom d'un groupe de travail du

Sénat (présenté par M. André, A. Milon et H. de Richemont, le 25 juin 2008) confère une expression politique à la tendance qui se dégage dans la société, au gré des sondages et des débats, en faveur d'une légalisation, sous des strictes conditions, de la gestation pour autrui.

Comment gérer l'« exil procréatif » ?

Mais les experts dont les études et les avis pavent la voie de la révision législative ne s'illusionnent plus, à la différence de la période antérieure, sur le pouvoir de la loi d'éradiquer la pratique des femmes porteuses : reconduire l'interdiction de la gestation pour autrui n'empêchera pas les couples français en mal d'enfant de se rendre dans des pays dont la législation, « moins disante » sur le plan éthique, leur ouvrira l'accès à la gestation pour autrui. A l'heure de la délocalisation des services, y compris procréatifs, et de la mondialisation du « baby business »⁽⁷⁾, la question de l'absence de statut familial, partiel ou total, pour les enfants nés à l'étranger par procréation ou gestation pour autrui restera donc le talon d'Achille du dispositif

prohibitif français s'il est maintenu en l'état. A preuve, le rapport du Conseil d'Etat, publié en mai dernier, sur la révision des lois de bioéthique : s'il incite fermement à ne pas légaliser la gestation pour autrui, il ne se préoccupe pas moins du sort des enfants issus d'une telle pratique lorsqu'elle a été mise en œuvre à l'étranger. L'éventail des accommodements possibles est restreint, une fois que l'on écarte, comme l'a clairement commandé la Cour de cassation dans son arrêt précité de décembre 2008, la solution commode et conforme à un strict raisonnement internationaliste qui consiste à ne pas faire jouer à plein l'interdiction française, d'ordre public, de la gestation pour autrui, mais seulement de manière atténuée pour ne pas affecter la situation régulièrement constituée à l'étranger. Il est vrai qu'une injuste faveur serait alors accordée aux couples ayant les moyens de pratiquer l'exil procréatif. Il n'en reste pas moins que tous les aménagements envisagés par le Conseil d'Etat pour permettre d'assurer aux enfants une certaine sécurité de leur filiation demeurent insatisfaisants : les uns pèchent par défaut, en préconisant la transcription sur les registres français de l'état civil du seul lien de filiation paternelle, dissociée de toute mention maternelle⁽⁸⁾, la mère d'intention ne pouvant alors bénéficier que du statut précaire d'une délégation-partage d'autorité parentale ; les autres pèchent par excès, empiétant sur l'autorité de l'interdiction de droit interne dès lors qu'ils tendent, d'une manière ou d'une autre, à faire reconnaître la filiation maternelle. C'est dire combien l'idée de mesure juridique palliative trouve ici ses limites : 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. ●



Gaza. Décembre 2008 - janvier 2009. Un pavé dans la mer

Ouvrage collectif

Editions La Boîte à bulles
Février 2009, 320 pages, 24 euros

Le préambule qui ouvre ce livre explique que, pendant que Gaza, l'hiver dernier, était écrasée sous les bombes, les initiateurs de l'ouvrage, pris entre urgence et impuissance, se demandaient que faire. La réponse a été ce travail collectif, rassemblant des dessins, des textes, des photos et les contributions de personnes venues de divers horizons, un livre de témoignages et d'analyses pour ouvrir d'autres perspectives.

Du 27 décembre 2008 au 18 janvier 2009, durant l'opération « Plomb durci », on a relevé, côté palestinien, 1 315 morts et plus de 5 000 blessés, et, côté israélien, 3 civils et 10 soldats tués, 113 soldats et 84 civils blessés, selon l'association israélienne de défense des droits de l'Homme B'Tselem. Au-delà de ces chiffres, ce livre a voulu poser la question : « pourquoi ? ». Et ont tenté, si ce n'est d'y répondre, du moins d'apporter des éléments, au fil des pages, pour comprendre et changer les choses, des personnalités telles que Rony Brauman, Michel Warschawski, Alain Gresh, Aude Signoles... S'y ajoutent des dessins, des photos et des paroles des habitants de Gaza, qui témoignent de leur vie durant les opérations militaires, tandis que d'autres photos et d'autres paroles, venues d'Israël, clament haut et fort : « Pas en notre nom ! ».

Trois citations en donnent un

aperçu. Les deux paroles mises en exergue. « *Et c'est là le grand reproche que j'adresse au pseudo-humanisme : d'avoir trop longtemps rapetissé les droits de l'homme, d'en avoir eu, d'en avoir encore une conception étroite et parcelleuse, partielle et partielle et, tout compte fait, sordidement raciste.* » Aimé Césaire. « *L'horreur et l'indignation devant les victimes civiles massacrées par une bombe humaine doivent-elles disparaître quand ces victimes sont palestiniennes et massacrées par des bombes inhumaines ?* » Edgar Morin. Et les mots de Salma Ahmed, enseignante à Gaza, qui a vécu en France, à Caen ; elle était rentrée à Gaza trois mois auparavant, rêvant de voir la Palestine à l'image de cette Normandie dont elle savait qu'elle avait dû se reconstruire après les désastres de la guerre ; aujourd'hui, elle ne sait même pas si elle restera vivante pour voir la fin de ces massacres : « *Nous sommes dans un monde qui croit tout se permettre au nom de la "démocratie". C'est bien triste de voir le silence de beaucoup face à ces agissements inacceptables. Mon stylo, mes prières, mes larmes et vous seuls êtes ma seule arme dans cette guerre.* »

Les droits d'auteur sont versés au Palestinian Center for Human Rights (PCHR), l'association de Gaza membre de la Fédération internationale des droits de l'Homme (FIDH).

Gilles Manceron,
vice-président de la LDH