



HAL
open science

Pouvoir penser la GPA pour mieux la réguler

Daniel Borrillo

► **To cite this version:**

Daniel Borrillo. Pouvoir penser la GPA pour mieux la réguler. Daniel Borrillo; Thomas Perroud. Penser la GPA, L'harmattan, pp.13-34, 2021, Penser la GPA, 978-2-343-22578-4. hal-03212002

HAL Id: hal-03212002

<https://hal.science/hal-03212002>

Submitted on 29 Apr 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Sous la direction de
Daniel Borrillo et Thomas Perroud

Penser la GPA

POUVOIR PENSER LA GPA POUR MIEUX LA RÉGULER

DANIEL BORRILLO

« *Sapere aude !* Aie le courage de te servir
de ton propre entendement ! »
Kant, *Qu'est-ce les lumières ?* 1784

Introduction

Selon l'Organisation mondiale de la santé (OMS)¹, la gestation pour autrui (GPA) est une forme d'assistance médicale à la procréation. Elle fait référence à la situation dans laquelle un individu ou un couple (hétérosexuel ou homosexuel) s'accorde avec une tierce personne (femme porteuse) afin de concevoir et porter un enfant. Si l'ovocyte est celui de la femme porteuse, on devrait plutôt parler de *procréation pour autrui*. La GPA proprement dite est celle dans laquelle l'ovocyte provient soit de la mère d'intention soit d'une donneuse de telle sorte que la femme qui porte l'enfant (la gestatrice) ne participe pas à la conception de celui-ci. On peut également parler de GPA lorsque la gestatrice porte l'embryon conçu *in vitro* par les parents d'intention qui sont aussi les géniteurs.

Les études sociologiques s'accordent à souligner que les femmes qui portent un enfant pour autrui ne se considèrent pas elles-mêmes comme

¹ Zegers-Hoschschild F., Adamson G. D., Mouzon de J., Ishihara O., Mansour R., Nygren K., Sullivan E., & Vanderpoel S. (on behalf of Icmart and Who), 2009. « The International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) and the World Health Organization (WHO) revised glossary of ART terminology », *Human Reproduction*, 24 (11), 2683-2687.

mères de l'enfant². Toutefois, comme le note Jérôme Courduriès, « la femme porteuse, plus qu'une simple pourvoyeuse d'enfant, a intégré l'entourage amical des parents d'intention³ ». Les travaux de D. Mehl ont mis en lumière les rapports qui se tissent entre les parents commanditaires et la gestatrice : « ils se choisissent mutuellement, le profil psychologique, le mode de vie, les goûts (...) Une entente se noue entre la mère qui vit la grossesse par procuration et celle qui la vit dans son corps...⁴ ». Dans cette nouvelle configuration procréative, ce n'est plus la biologie mais le projet parental qui détermine la source de la filiation⁵.

Si la GPA constitue, à ne pas en douter, une pratique controversée, la condamnation quasi unanime qu'elle subit en France ne cesse de surprendre et appelle à une analyse qui va au-delà du droit lorsque, de surcroît, cette condamnation est circonscrite à la classe politique et aux intellectuels mais se trouve en contradiction avec l'opinion publique. En effet, selon le sondage *Odoxa* publié le 18 octobre 2019 par *Le Figaro* et *France Info*, les sondés se disent favorables à l'autorisation de la GPA à 68 % pour les couples hétérosexuels et à 53 % pour les couples homosexuels.

Absente de la révision des lois de bioéthique, la GPA est omniprésente dans les discussions des *États généraux de la bioéthique* et le débat public⁶. Considérée comme une forme de marchandisation du corps humain contraire à la dignité de la femme pour ses opposants, elle est justifiée par ses partisans comme une réalité incontournable à laquelle il faut répondre au moins par la transcription de l'acte de naissance étranger des enfants nés par GPA. C'est cette position minimaliste qui a été adoptée par la Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH) lorsqu'elle condamne à cinq reprises la France pour

² Teman E., *Birthing a Mother. The Surrogate Body and the Pregnant Self*. Berkeley, Los Angeles/London, University of California Press, 2010. Ragoné H., « Chasing The Blood Tie - Surrogate Mothers, Adoptive and Fathers », *American ethnologist*, 1996 23(2), 352-365. Pande A., *Wombs in Labor: Transnational Commercial Surrogacy in India*. New York, Columbia University Press, 2014.

³ Courduriès, J., « Ce que fabrique la gestation pour autrui », *Parentés contemporaines, Journal des Anthropologues*, 144-145/2016.

⁴ Mehl, D., « La famille contemporaine au prisme des procréations médicalement assistées », *Cliniques méditerranéennes*, vol. 83, n° 1, 2011, pp. 95-108.

⁵ Meilhac-Perri, M., *L'autonomie de la volonté dans les filiations électives*, thèse en droit, université de Bourgogne, 2014.

⁶ Voir : C. Mécaray, *PMA et GPA, Que sais-je ?* PUF, 2019.

refus de transcription sollicitée par le père⁷. L'obligation de transcription à l'état civil de la filiation paternelle d'intention (à condition qu'il y ait un lien biologique), d'une part, et l'ouverture de l'adoption de l'enfant au conjoint du père, d'autre part, rendent effective la convention de gestation pour autrui conclue à l'étranger, pourtant interdite en France. Mais, nous savons combien cette effectivité demeure incertaine. Surtout en ce qui concerne la reconnaissance de la maternité d'intention. En effet, comme le rappelait jusqu'à récemment la Cour de cassation : « *la réalité de l'accouchement désigne la mère* ». C'est pourquoi, même si la mère d'intention apporte l'ovocyte, la femme porteuse demeurerait la mère juridique pour le droit français. Ceci expliquait l'interdiction de la transcription de la filiation à l'état civil français de la mère d'intention. Dans sa réponse à une question préjudicielle de la Cour de cassation, la CEDH a considéré en 2019 que la transcription des actes de naissance légalement établis à l'étranger ne constituait pas une obligation pour l'État : « *...l'article 8 de la Convention n'impose pas d'obligation générale pour les États de reconnaître ab initio un lien de filiation entre l'enfant et la mère d'intention. Ce que requiert l'intérêt supérieur de l'enfant c'est que le lien, légalement établi à l'étranger, puisse être reconnu au plus tard lorsqu'il s'est concrétisé. Il n'appartient pas à la Cour mais aux autorités nationales d'évaluer, à la lumière des circonstances particulières de l'espèce, si et quand ce lien s'est concrétisé* ». Les juges de Strasbourg ont observé que « *le droit au respect de la vie privée de l'enfant, au sens de l'art. 8 de la Convention, requiert que le droit interne offre une possibilité de reconnaissance d'un lien de filiation entre cet enfant et sa mère d'intention, désignée dans l'acte de naissance légalement établi à l'étranger comme étant la "mère légale"* »⁸. S'agissant donc d'un couple hétérosexuel, l'établissement de la filiation par rapport au père biologique s'effectue automatiquement et, concernant la mère d'intention, la CEDH considère qu'il n'y a pas d'obligation de transcription, ce lien pouvant s'établir par l'adoption qui n'est toutefois ouverte qu'aux parents mariés. La Cour de cassation s'est prononcée en 2019 sur la question en soulignant que, si en général

⁷ Arrêt CEDH du 26 juin 2014 *Menesson c/France*. Arrêt CEDH du 26 juin 2014 *Labassée c/France*. Arrêt CEDH du 19 janvier 2017 *Laborie c/France* et arrêt CEDH 21 juillet 2016 *Foulon et Bouvet c/France*.

⁸ Avis CEDH 10/04/2019 (Les États n'ont pas l'obligation de procéder à la transcription de l'acte de naissance d'un enfant né d'une GPA à l'étranger pour établir son lien de filiation avec la mère d'intention, l'adoption pouvant être une modalité de reconnaissance de ce lien).

l'adoption demeure le moyen qui répond le mieux à la reconnaissance de la mère d'intention, dans le cas concret, il suffit la retranscription en France de l'acte de naissance étranger désignant Mme Mennesson comme la mère légale des enfants⁹. Cette même année, en étendant la jurisprudence Mennesson par une série de quatre arrêts¹⁰, la Cour de cassation ordonne pour le cas d'espèce la transcription totale de l'acte de naissance étranger indépendamment du mode de conception de l'enfant. Pour les autres situations, la justice française continuera toutefois à demander l'adoption de l'enfant du conjoint pour établir la filiation maternelle. Cette exigence sera confortée par les juges de Strasbourg. En effet, dans une décision du 16 juillet 2020, la CEDH considère que ne porte pas atteinte au respect de la vie privée la non-transcription sur les registres de l'état civil français de l'acte de naissance d'un enfant né à l'étranger d'une GPA désignant la mère d'intention comme sa mère, même si elle est sa mère génétique, pour autant que la procédure d'adoption permet de reconnaître un lien de filiation. Cet arrêt valide le refus des autorités françaises de transcrire sur les registres de l'état civil français l'acte de naissance d'un enfant né d'une mère porteuse à l'étranger désignant la mère d'intention comme étant la mère légale alors qu'elle n'a pas accouché.

Si la question de la transcription de l'acte de naissance étranger semble en principe réglée, la reconnaissance de la GPA en France n'est pas envisagée par la classe politique.

À partir de l'analyse de différents courants doctrinaux, ce chapitre constitue une esquisse permettant de penser juridiquement la GPA.

Dans un premier temps, nous nous attachons à comprendre l'origine de l'hostilité qui suscite la pratique de la GPA et les arguments mis en avant par celles et ceux qui voudraient justifier l'interdiction de cette pratique. Par la suite, nous procédons à une présentation des différentes régulations possibles de la GPA à la fois vis-à-vis des enfants et de l'ensemble des personnes participant à cette nouvelle façon de faire famille.

⁹ Cass. 4 octobre 2019, pourvoi n° 10-19053.

¹⁰ Cass. Civ. 1re, 18 déc. 2019 n° 18-11.815, n° 18-121.327, n° 18-14.751 et 18-50.007.

I. Pouvoir penser la GPA

Outre les problèmes juridiques que la technique soulève, il s'agit d'analyser la GPA au-delà des fantasmes qu'elle suscite et à partir des principaux enjeux sociologiques et culturels qu'elle soulève¹¹. Notre entreprise consiste à débattre sereinement d'une question considérée encore comme indéfendable, c'est-à-dire impensable et impensée si bien qu'aucune force politique ne propose de légaliser la GPA en France.

L'usage des termes tels qu'« esclavage¹² », « venin », « marchandisation du corps », « trafic des femmes¹³ », « vente d'enfants », « utérus mercenaire », « carnet de commandes », « pratique eugéniste », « déni contractuel de grossesse », « volonté aliénée », « bébés à la carte », « enfants génétiquement modifiés », « pratique vétérinaire », « tourisme procréatif¹⁴ », « industrie de l'enfantement sur commande », premier pas vers le transhumanisme¹⁵ ou encore « mère artificielle », comme on peut le lire dans les revues juridiques et dans la presse généraliste. Tout cela met en évidence une stratégie discursive consistant à soustraire de la délibération la régulation de la GPA, laquelle ne mériterait que condamnation et anathème. Une spécialiste du droit civil ira jusqu'à affirmer : « *Il fut une époque où, quand vous affirmiez que la traite des êtres humains devait être abolie de façon universelle, on vous répondait que cette traite était un fait et que l'on ne peut jamais arrêter les faits, l'esclavage répondant au jeu de l'offre et de la demande. Nous sommes analogiquement à la même période concernant la maternité de substitution : on nous prend pour des*

¹¹ Comme l'a fait notamment le Conseil québécois du statut de la femme dans un avis de 2016 : *Mères porteuses réflexions sur des enjeux actuels*.

¹² Il est habituel dans le débat public de faire l'analogie entre la GPA et l'esclavage, c'est qui est particulièrement choquant puisque le travail forcé et la traite constituent des crimes contre l'humanité. Comparer la GPA à l'esclavage est une banalisation insupportable d'une pratique abolie en 1848 et pénalisée très sévèrement aussi bien au niveau national qu'international.

¹³ Selon Tugdual Derville (Délégué général de l'association Alliance Vita).

¹⁴ Duguet, A., Prudil, L., et Hrevtsova, R., « Gestation pour autrui pratiquée à l'étranger : conséquences pour les couples français et évolution du cadre légal dans certains pays », *Médecine & Droit*, March-April 2014 2014 (125):46-51.

¹⁵ M-A. Hermitte, « De la question de la race à celle de l'espèce – Analyse juridique du transhumanisme », in G. Canselier et S. Desmoulin-Canselier, *Les catégories ethno-raciales à l'ère des biotechnologies, Droit, sciences et médecine face à la diversité humaine*, Société de législation comparée, 2012.

utopistes. Pourtant, l'esclavage a été aboli, au terme d'une dispute entre ceux qui considéraient que l'on pouvait traiter les êtres humains comme des choses et ceux qui pensaient le contraire. La même confrontation a cours dans le cas de la GPA¹⁶». Cet argument est dépourvu d'originalité, le *Family Research Council*, principal lobby anti-mariage gay à Washington, proche de la droite religieuse, l'avait déjà utilisé dans une note interne, en suggérant au parti Républicain de s'opposer à la GPA. Celle-ci, selon ce document, n'est rien d'autre que le retour moderne de l'esclavage, touchant des femmes pauvres, noires ou portoricaines : « *Le Parti républicain a été fondé contre la propagation de l'esclavage* », rappelait ladite note¹⁷. Sur le plan international, les principaux groupes féministes se sont alignés sur cet argument. Ainsi « *Stop Surrogacy Now* » considère que la « gestation pour autrui repose sur l'exploitation des femmes les plus démunies¹⁸ » et « *No Maternity Traffic* » ou le FINRRAGE (*feminist International Network for Resistance to Reproductive and Genetic Engineering*) condamne la maternité de substitution sous toutes ses formes. L'alliance des féministes avec les groupes conservateurs n'est pas nouvelle. Depuis la fin des années 1970, le collectif *Women Against Pornography* demande l'interdiction de la pornographie au nom de la dignité et de l'égalité des femmes et quelques années plus tard, les principales figures féministes du collectif n'hésiteront pas à s'associer avec Ronald Reagan dans une croisade contre la pornographie en considérant cette pratique comme étant à l'origine des crimes sexuels et des comportements asociaux¹⁹. En France, à l'exception notable du Planning Familial, la majorité des associations féministes s'est mobilisée pour l'abolition de la prostitution et la pénalisation des clients, cristallisée dans la loi de 2016.

Les arguments du féminisme anti-libéral arrivent avec force en France également contre la GPA. L'entreprise est d'autant plus redoutable que ce féminisme radical a permis de sortir les questions sexuelles du registre de la morale en fournissant des arguments considérés comme plus raisonnables surtout dans un État laïc.

¹⁶ Marie-Anne Frison-Roche, Mères porteuses : « Une GPA "éthique" ne peut pas exister en droit français », *Marianne*, 07/03/2019.

¹⁷ Cité par Pierre Jova, « GPA le stade suprême du libéralisme », *Causeur.fr*, 30 /06/2014.

¹⁸ <https://www.stopsurrogacynow.com/the-statement/statement-french/>

¹⁹ Rapport Meese du nom du procureur général des USA sous la présidence Reagan.

Ainsi, dans une tribune publiée dans *Le Monde* en janvier 2018, une quarantaine de personnalités, dont S. Agacinski et R. Frydman, se prononcent contre la gestation pour autrui en soulignant que cette pratique « s'apparente à une forme de corruption (...) puisqu'elle attribue une valeur marchande et à l'enfant et à la vie organique de la mère de substitution (...) L'objet d'un tel commerce n'est pas seulement la grossesse et l'accouchement, c'est aussi l'enfant lui-même, dont la personne et la filiation maternelle sont cédées à ses commanditaires ». Pour le psychanalyste, gardien de l'identité psychique de l'humanité, « *fraus omnia corrumpit* : la fraude corrompt tout, même la construction identitaire de l'enfant²⁰ ». Selon la sociologue, gardienne de l'ordre symbolique, « *On ne peut pas demander au droit de légitimer l'usage de l'autre sexe comme simple ventre ou étalon. Ce serait une régression très grave vers le biologisme*²¹ ». Pour la juriste, gardienne de la dignité humaine et la féministe essentialiste, gardienne de l'utérus d'autrui, la GPA n'est que réification du corps des femmes et commerce d'enfants²².

La condamnation de la GPA atteint son paroxysme lorsque celle-ci est comparée aux pratiques nazies. Ainsi, le sénateur Henri Leroy (Les Républicains) déclarait récemment : « *il faut se souvenir que l'eugénisme a débouché, au siècle dernier, sur des expériences dramatiques, comme celles du professeur Mengele qui voulait manipuler les gènes pour arriver à une race parfaite. Quand on joue avec les gènes, on ouvre la porte à tous les détraqués*²³ » ou encore Laurent Wauquiez lors d'un discours en novembre 2018 devant des militants de *Sens Commun* décrit l'ouverture de la PMA aux couples de femmes comme suit : « *oui, c'est un engrenage et cet engrenage mènera nécessairement à la marchandisation des gamètes. Tout ceci a un nom, c'est l'eugénisme ; tout ceci a été fait par un régime, c'est le nazisme* ». La référence au *III Reich* n'est pas nouvelle²⁴, Pierre Legendre, lors du

²⁰ P. Lévy-Soussan, *Le Point*, 19/06/2015.

²¹ « Non au mariage bis des concubins ! » interview d'Irène Théry dans *l'Express* 02/10/1997.

²² Muriel Fabre-Magnan, *La Croix*, 18/05/2015. Bernadette et la Commission féministe, « Pourquoi sommes-nous contre la gestation pour autrui GPA ? » *Les alternatifs, solidarités, écologie, féminisme, autogestion* : alternatifs.org

²³ *Nice-Matin*, 13 nov. 2018.

²⁴ Alain Supiot, en se référant à la « fonction anthropologique du droit », considère que les revendications homoparentales seraient, par leur caractère identitaire, à rapprocher

débat sur le Pacs, l'avait déjà utilisée : « *Instituer l'homosexualité avec un statut familial, c'est mettre le principe démocratique au service d'un fantasme. C'est fatal dans la mesure où le droit, fondé sur le principe généalogique, laisse la place à une logique hédoniste héritière du nazisme*²⁵ ».

Inscrite dans la longue controverse sur le droit de l'individu à disposer de son corps, la GPA fait l'objet d'un inquiétant consensus négatif aussi bien politiquement²⁶ qu'académiquement. Elle est perçue comme le degré ultime de l'ultra libéralisme. Cependant, contrairement à une croyance répandue selon laquelle nous vivons dans une époque d'hyper-individualisme où la GPA ne serait que sa conséquence inéluctable, force est de constater, dans l'état actuel du droit positif, que l'individu ne dispose pas librement ni de son corps ni de sa vie. En effet, l'euthanasie est pénalement sanctionnée, le don d'organe après la mort est présumé et nous ne pouvons pas disposer librement de notre cadavre ni faire ce que nous souhaitons de nos cendres : l'ordre public le veut ainsi... L'insémination *post-mortem* demeure interdite tout comme le don dirigé de gamètes²⁷ et, au-dessus de tout, la GPA fait figure d'épouvantail.

Égarés dans le labyrinthe des rapports du *Comité National consultatif d'éthique*, du *Conseil d'État*, de l'*Agence de la Biomédecine*, de l'*Office Parlementaire d'évaluation des Choix Scientifiques et Technologiques*, de la *Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme*, du *Défenseur des droits* de l'*Académie de Médecine* et autres interventions expertales, nous risquons de perdre de vue l'idéologie sous-jacente du dispositif bioéthique français, en particulier lorsqu'il s'agit de penser (ou de ne pas penser) la GPA. Unique au monde, « l'identité bioéthique de la France²⁸ » véhicule à la fois une vision particulièrement pessimiste de l'individu, de la science et du marché et un fétichisme de l'ordre naturel,

du « port de l'étoile rose » : Entretien dans la revue *Esprit* de février 2001 avec O. Mongin, J. Roman et M. Théry.

²⁵ Entretien avec A. Spire, *Le Monde*, 23 octobre 2001.

²⁶ Dans un rapport de l'Assemblée Nationale du 25 janvier 2006, présidé par Patrick Bloch et comme rapporteure Valérie Pécresse, l'interdiction de la GPA n'est pas seulement confirmée mais aussi l'impossibilité d'adopter l'enfant par la mère d'intention telle qu'il est proposé aujourd'hui par la Cour de cassation.

²⁷ D. Borrillo, *Disposer de son corps, un droit encore à conquérir*. Textuel, Paris, 2019.

²⁸ L'expression est utilisée dans l'exposé de motif du projet de loi relatif à la bioéthique n° 2187 présenté par le Premier ministre et la ministre de la Santé le 24 juillet 2019.

vision partagée par la gauche post-moderne et la droite conservatrice, allant de l'écologie politique à la conférence épiscopale. La poursuite de l'intérêt individuel est jugée responsable du délitement du lien social. Le progrès scientifique est dénoncé comme soit effrénée de connaissance menant à l'aliénation de l'homme (voire son anéantissement) et l'économie de marché n'est appréhendée que sous les inégalités qu'elle engendre. Le diagnostic préimplantatoire est accusé de précipiter l'humanité vers l'abîme de l'eugénisme totalitaire et ceci à cause d'une confusion volontairement entretenue, entre d'une part, l'eugénisme étatique raciste et génocidaire et, d'autre part, l'eugénisme libéral²⁹ qui n'a pas pour but la supériorité d'une race mais l'amélioration des conditions de vie biologique des individus.

Non sans paternalisme compassionnel, la GPA avait été pourtant imaginée autrefois comme un palliatif à la stérilité. En effet, en 2010, le Comité d'Éthique envisageait sa légalisation comme une réponse de la société à une « injustice » de la nature : l'infertilité d'origine utérine³⁰. Nadine Morano, ministre de la famille en 2013, avait déclaré dans un entretien au *Monde* : « si la stérilité d'un couple est avérée, une femme peut porter un enfant qui n'est pas le sien génétiquement ». Une proposition de loi tendant à encadrer la GPA avait été enregistrée au Sénat par la droite en 2010 pour permettre d'inscrire la gestation pour autrui dans le cadre de l'assistance médicale à la procréation. Elle deviendrait un instrument supplémentaire au service de la lutte contre l'infertilité, sans que soit reconnu pour autant un droit à l'enfant : « seuls pourraient bénéficier d'une gestation pour autrui les couples composés de personnes de sexe différent, mariées ou en mesure de justifier d'une vie commune d'au moins deux années, en âge de procréer et domiciliées en France. La femme devrait se trouver dans l'impossibilité de mener une grossesse à terme ou ne pouvoir la mener sans un risque d'une particulière gravité pour sa santé ou pour celle de l'enfant à naître. L'un des deux membres du couple au moins devrait être le parent génétique de l'enfant », établissait ladite proposition³¹. La procédure était très encadrée et sous le contrôle d'un juge. Ce dernier, selon toujours cette proposition de loi, « fixerait également la somme devant

²⁹ J. Habermas, *L'avenir de la nature humaine. Vers un eugénisme libéral ?* Gallimard, 2002.

³⁰ Avis n° 110 du CNCE, 2010.

³¹ Proposition de loi n° 234 tendant à autoriser et encadrer la gestation pour autrui 27 janvier 2010.

être versée par le couple bénéficiaire à la gestatrice afin de couvrir les frais liés à la grossesse » non pris en charge par la sécurité sociale.

Aujourd'hui, le consensus anti-GPA - y compris pour des raisons médicales et au sein du couple hétérosexuel - se reflète par l'exclusion de la question dans la révision de la loi bioéthique, bien qu'elle ait été plébiscitée tout au long du débat des États généraux de la bioéthique. Le Président de la République, le Premier ministre, l'ensemble des ministres et tous les parlementaires (à l'exception de la sénatrice Esther Benbassa et du député Aurélien Taché), se sont prononcés formellement contre la GPA. Et pour cause, cette pratique suscite une véritable horreur dans la classe politique³² alors qu'il suffirait de la concevoir comme faisant partie du répertoire des libertés fondamentales, en l'occurrence la liberté procréative. Si une femme a le droit de pratiquer une IVG, pourquoi lui serait-il interdit de mener à terme une grossesse pour le compte d'autrui ? Souvenons-nous de l'argument de l'individualisme, brandi jusqu'à la caricature lors du débat sur l'IVG (il y a quarante-cinq ans)³³ à travers l'exemple de la mère qui ne veut pas accoucher de son enfant pour ne pas interrompre ses vacances....

Et plus récemment, la sénatrice Catherine Tasca n'hésitait pas à faire appel à son instinct pour dénoncer la GPA : *« En tant que femme et mère, je ne peux pas m'imaginer demander à une femme qui a porté un enfant de me donner celui-ci. Toutes celles qui ont eu le bonheur de porter un enfant pendant neuf mois le savent, le lien qui s'établit avec l'enfant est inéluctable. Quoi qu'elle se dise, aucune femme mère porteuse ne pourra oublier que, pendant neuf mois, elle a été cette mère qui a permis à l'enfant de se développer³⁴ ».*

Dans une lettre ouverte au président Hollande en 2014, certaines personnalités de gauche comme L. Jospin, C. Tasca, J. Delors, N. Notat

³² Cette classe politique qui semble bien éloignée de l'opinion publique. En effet, un sondage mené par l'Ifop pour *La Croix* et le Forum européen de bioéthique en 2018 confirme le consentement d'une grande partie de la société à des sujets comme l'élargissement de la procréation médicalement assistée (PMA) aux couples de femmes (60 %) et aux femmes seules (57 %), à une évolution de la loi sur la fin de vie (89 %), ou, plus surprenant encore, à la levée de l'interdiction de la GPA (64 %). Des chiffres qui dessinent l'image d'une société libérale sur des questions « importantes », comme 89 % des Français le reconnaissent par ailleurs.

³³ J. Mossuz-Lavau, *Les Lois de l'amour : Les Politiques de la sexualité en France, de 1950 à nos jours*, Payot, Paris, 2002.

³⁴ Débats parlementaires sur le projet de loi bioéthique, séance du 07 avril 2011.

et M.-G. Buffet, sont allées jusqu'à s'opposer à l'arrêt de la CEDH : « Ainsi, la France pourra justifier de ne pas transcrire les filiations car cela serait admettre l'efficacité des contrats de mère porteuse à l'étranger et bientôt en France, puisqu'elle aura modifié le statut de l'enfant. Parce que c'est la défense des femmes et des enfants qui est en jeu, nous vous demandons également de renforcer le dispositif législatif de lutte contre la prospection de clients français par les agences de mères porteuses et de porter un projet de convention internationale visant à prohiber la pratique des mères porteuses et à lutter par le pénal contre cette pratique, à l'image de la convention du Conseil de l'Europe contre la traite des êtres humains³⁵ ».

Selon l'opinion de nos représentants, y régneraient désormais sans partage l'« individualisme », la « technicisation et la marchandisation de la vie humaine », la « tyrannie du désir » et sa « volonté de toute puissance ». La rhétorique n'est pas nouvelle. L'individu est présenté comme un être capricieux et égoïste, mû par l'intérêt : « je veux donc j'ai le droit ». Individu auquel il faut impérativement opposer des limites y compris contre lui-même car comme le prétend la sociologue Nathalie Heinich : « Ce qui me semble se profiler derrière la volonté d'autoriser la réalisation du désir individuel d'être parent à tout prix, c'est une forme d'hubris, un fantasme de toute-puissance³⁶ ».

Depuis la fin du XIX^e siècle sous l'influence des analyses de Durkheim, les élites sont obsédées par un supposé individualisme qui envahit la société et la mène nécessairement vers l'anomie. Cette forme de fatalisme va jusqu'à influencer la philosophie et le droit. Ainsi, au XX^e siècle, la théorie du personnalisme d'Emmanuel Mounier, fondateur de la Revue *Esprit* va proposer une nouvelle manière de concevoir les droits de l'homme contre l'individu. Cette théorie est particulièrement néfaste dans la caricature qu'elle forge de l'individualisme (assimilé à l'égoïsme) : « l'individu, c'est la dissolution de la personne dans la matière. [...] Dispersion, avarice, voilà les deux marques de l'individualité (...) Aussi, la personne ne peut croître qu'en se purifiant de l'individu qui est en elle³⁷ ». De même, il suffit d'invoquer la

³⁵ Lettre ouverte au Président de la République « GPA : Monsieur le président de la République... », *Libération*, 13 juillet 2014.

³⁶ N. Heinich, *Ce que n'est pas l'identité*, Gallimard, 2018

³⁷ Cité par Jean-Marie Domenach, « Les principes du choix politique », *Esprit*, 18, 174 (décembre 1950), p. 820

marchandisation³⁸ pour écarter tout débat sur une possible indemnisation des donneurs et des femmes porteuses. Alors que tout le monde est rémunéré pour louer sa force de travail (chercheurs, médecins, infirmiers, nourrices, personnels administratifs, avocats...), la femme porteuse et les donneurs de gamètes ne peuvent pas y prétendre sous peine de compromettre leur dignité. La *Manif pour tous*, la droite et la gauche conservatrice sont d'accord pour considérer que la GPA participe d'un nouveau marché de l'humain propre à l'ultralibéralisme et au techno-capitalisme. Or, imposer la gratuité est non seulement injuste mais suicidaire pour la pratique même de la GPA : qui voudra porter pendant neuf mois un enfant sans aucune contrepartie ? En ce sens, les travaux de l'anthropologue Helena Ragoné ont montré que les femmes porteuses, en insistant fortement sur l'aspect altruiste de leur acte, cherchaient à réconcilier le fait qu'elles contrevenaient une norme (se faire payer pour porter un enfant) et leur adhésion à des valeurs traditionnelles (aide à une femme stérile, importance de la maternité et de la famille...)³⁹.

L'altruisme imposé, tout comme la levée de l'anonymat pour le don de gamètes, constituent des manœuvres, plus ou moins avouées, pour boycotter *in fine* les procréations assistées. L'exemple des Pays-Bas est fort significatif : après l'interdiction de la GPA commerciale, seulement seize enfants sont nés de mères porteuses entre 1997 et 2004 ce qui correspond à moins de trois naissances par année dans ce pays qui en compte annuellement environ cent soixante et onze mille⁴⁰.

La critique de la GPA se fonde sur une nouvelle vulgate qui oppose au principe de libre disposition de soi et à l'autonomie de la volonté, la vérité du corps et du vécu⁴¹. En dissociant la maternité du corps de la

³⁸ Michel Onfray voit dans la gestation pour autrui le symbole de l'inégalité entre les plus aisés et les plus modestes : « Au nom de l'égalité, nous allons vers la prolétarianisation des utérus des femmes les plus pauvres ».

³⁹ Ragoné, H., *Surrogate motherhood: conception in the heart*, Boulder, Westview Press, 1994.

⁴⁰ Dermout, S., et al., "Non-commercial surrogacy : an account of patient management in the first Dutch Centre for IVF Surrogacy from 1997 to 2004", *Human Reproduction*, vol. 25, no. 2, 2010, p. 446.

⁴¹ Dans *La nouvelle guerre du sexe* (2008), Élisabeth Weissman souligne : « Nous voici encouragés à nous transformer en bons sujets néolibéraux, à devoir gérer notre capital sexuel. Ce sexe dont la nature nous a dotés, il nous revient de le faire fructifier, comme un capital à entretenir, enrichir, valoriser, un capital qui nous ferait entrepreneur de nous-mêmes. »

femme et en plaçant la volonté au cœur du dispositif parental, la GPA s'est attiré les foudres des courants antirationalistes, antilibéraux et technosceptiques.

Un retour à la *Gemeinschaft*, à la solidarité mécanique⁴² (le collectif contre l'individuel, le genre humain contre l'individu⁴³) permet de contextualiser le débat français et d'expliquer les réactions politiques contre les GPA réalisées à l'étranger. Ainsi, la proposition de loi n° 2277 du 14 octobre 2014 visant à lutter contre les démarches engagées par des Français pour obtenir une gestation pour autrui présenté par Jean Leonetti, celle déposée par Valérie Boyer le 8 avril 2015 visant à lutter contre le recours à une mère porteuse, et plus récemment, celle déposée en 2017 par 15 députés du groupe *Les Républicains*, pénalisant les parents d'intention qui recourent à une GPA y compris à l'étranger⁴⁴, présentent la GPA comme une forme de « proxénétisme procréatif » sanctionnée de 5 ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende. Les conservateurs brandissent aujourd'hui les mêmes arguments utilisés hier contre l'IVG et l'accouchement « sous X » : « l'abandon d'un enfant par sa mère méconnaît également les relations qui se nouent entre eux *in utero*, alors que les recherches médicales récentes en ont montré l'importance dans le développement psycho-affectif de l'enfant⁴⁵ ». Peu importe le consentement de la femme puisque comme le souligne l'exposé des motifs de la proposition de loi « *Que celle-ci soit consentante ou non son corps en est réduit à l'état de bien meuble, tout comme le fruit de sa gestation, avec tous les risques médicaux que cela comporte* ».

Dans cette croisade anti-GPA à la française, la dignité humaine est systématiquement invoquée comme le seul levier possible contre la « loi

⁴² La solidarité mécanique est une notion introduite par Émile Durkheim dans son ouvrage *De la division du travail social* (1893), définie comme une forme de cohésion sociale fondée sur les valeurs communes propres aux sociétés traditionnelles.

⁴³ Comme le propose M. Fabre-Magnan lorsqu'elle écrit : « À travers chaque personne, c'est l'humanité qui peut être atteinte et donc tous les autres. L'émergence du principe de dignité est ainsi le signe qu'il y a quelque chose qui dépasse (qui transcende) les volontés individuelles. Plus encore que le collectif, c'est le genre humain en général auquel le principe de dignité marque l'appartenance » : « Le sadisme n'est pas un droit de l'homme », *D.*, 2005, n°43, chron., p. 2979.

⁴⁴ Proposition de loi n° 201 visant à lutter contre le recours à une mère porteuse enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 27 septembre 2017.

⁴⁵ Proposition de loi de Valérie Boyer.

du désir⁴⁶ ». La situation frôle le ridicule lorsque Marie-Anne Frison-Roche et la présidente de la *Manif pour tous* demandent l'interdiction universelle de la GPA comme si la France était toujours un empire pouvant s'immiscer dans l'ordre juridique d'autres démocraties.

À gauche, José Bové met sur le même plan PMA, GPA, OGM (Organisme génétiquement modifié) et manipulation génétique⁴⁷. La technique devenue autonome, selon l'écologie humaine, rend les hommes irresponsables, selon la vulgate anti-science⁴⁸. La frange radicale du conservatisme de droite (d'habitude désintéressée de l'écologie) invoque de manière quelque peu abusive l'encyclique *Laudato Si* du Pape François pour s'opposer aux techniques reproductives. La nature est un don de Dieu tout comme la vie. Traditionnellement, l'Église a utilisé la figure de l'usufruit pour caractériser le rapport de l'individu à son corps. Reprenant la tradition, Pie XII, dans son *Allocution aux participants du VIIIe congrès international des médecins à Rome*, le 30 septembre 1954, proclamait : « L'homme n'est que l'usufruitier, non le possesseur indépendant et le propriétaire de son corps et de tout ce que le créateur lui a donné pour qu'il en use et cela conformément à la nature ». La notion de dignité humaine vient réactualiser cette conception canonique sur laquelle se fonde toute autorité. La dignité humaine est la part indisponible de l'Humanité dans chaque individu c'est pourquoi aucune femme dans aucune circonstance ne peut consentir, selon ce raisonnement, à une GPA.

Qu'ont-ils en commun les socialistes, Jean-Luc Mélenchon⁴⁹, les écologistes, la *Manif pour tous* et l'Église catholique ? La méfiance à l'égard du progrès, la négation de l'autonomie individuelle, la haine du libéralisme (en tant que philosophie qui accompagne l'essor de l'individualisme) et de son corrélat : le « droit-de-l'hommeisme » (N'oublions pas que Marx affirmait que l'idéologie des droits de l'homme était étroitement liée à l'économie capitaliste), responsables de la vague de narcissisme individualiste et des revendications infinies,

⁴⁶ Pour reprendre les propos de Patrick Frydman, il existe un « risque de déviation vers certaines formes de censure par l'emploi du concept de dignité humaine... », *RFDA* 1995, p. 1204.

⁴⁷ José Bové : GPA, « Dire non à la manipulation du vivant », *La Croix*, 12/11/2018.

⁴⁸ Voir notamment les travaux de Jacques Ellul (1912-1994) et Ivan Illich (1926-2002).

⁴⁹ « Un pas de plus dans la marchandisation de l'humain » selon le leader de la France Insoumise.

dénoncées notamment par Marcel Gauchet, Pierre Legendre, Régis Debray, et les trois Alain : Supiot, Badiou et Finkielkraut...

Nul besoin de faire appel à la Bible, les notions de marchandisation, d'esclavage ou d'aliénation suffisent. Ce sont effectivement les arguments mis en avant par les évêques pour contrer la GPA. Le groupe de travail pour la bioéthique de la Commission des évêques de la Communauté européenne (COMECE) a publié le 23 février 2015 un « avis sur la gestation pour autrui », pratique comparée par les évêques à « une forme de traite d'êtres humains ». Tous les types de gestation pour autrui constituent une atteinte grave à la dignité humaine de ceux qui sont impliqués dans cet échange, estime cet avis, mettant en cause « l'emprise sur le corps de la mère porteuse », voire son « aliénation », dans la mesure où il est très difficile de reconnaître « un consentement valide dans des situations de vulnérabilité ou d'extrême pauvreté ». La dignité de la personne apparaît ainsi comme la condition *sine qua non* du bien commun à la fois pour l'Église et pour les opposants à la GPA. Présentée comme l'expression d'un droit subjectif (c'est-à-dire d'une « volonté humaine isolée », pour reprendre l'expression de J. Milbank) sur le corps humain, la GPA apparaît comme contraire à l'intérêt de l'enfant et à la dignité de l'Humanité. En rompant le lien naturel entre l'activité sexuelle et la procréation, le GPA ouvre, d'après ces opposants, la voie à une marchandisation des naissances et à un contrôle eugénique de la vie humaine. Comme l'affirme A. Supiot, « la conjugaison du scientisme et de la croyance dans le progrès conduit à une idéologie de la non-limite (...) les principes d'égalité et de liberté individuelle peuvent servir les interprétations les plus folles⁵⁰ », telle la revendication de la GPA, « délire technologique » selon le juriste, consistant à faire du projet parental le fondement de l'identité de l'enfant (p. 220). « Dieu s'étant retiré de nos montages institutionnels, c'est l'Homme qui occupe aujourd'hui sa place » (p. 270). Ayant vaincu l'absolutisme religieux, le libéralisme apparaît comme le principal ennemi des néo-conservateurs. Sous cet angle, la GPA ne peut que concentrer tous les maux de la modernité : libre disposition de soi, égalité des couples hétérosexuels et homosexuels, contractualisation des liens de filiation, désacralisation de la maternité, rémunération pour un service procréatif... Mais, n'est-il pas hypocrite d'empêcher une femme

⁵⁰ A. Supiot, *Homo Juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Seuil, 2005, p. 80.

qui souhaite améliorer sa situation économique de ne lui offrir d'autres arguments que la dignité humaine pour soulager sa pauvreté ? Plusieurs féministes, en particulier celles qui se sont intéressées à la situation en Inde, proposent ainsi que l'on améliore les conditions de travail des mères porteuses et que l'on augmente la part de bénéficiaires qui leur revient⁵¹.

Si la GPA est indéfendable pour ses opposants, elle peut être vécue très paisiblement par celles qui l'ont pratiquée : « Au début, on ne se rend pas compte de l'immensité de ce que l'on accomplit. Mais au moment de l'accouchement, lorsqu'on voit ce couple devenir parent, il n'y a pas de mot pour décrire ce que l'on ressent, seulement des larmes de joie⁵² ».

Comme le souligne Thomas Perroud dans cet ouvrage, il ne faut pas oublier que jusqu'à la fin des années 1980, la GPA apparaissait comme une pratique, certes inédite, mais, intégrée dans le droit civil de la filiation. Ce n'est que dans un rapport du Conseil d'État en 1988 où la pensée iusnaturaliste émerge clairement par des références directes aux travaux des professeurs catholiques militants comme Alain Sériaux, membre de l'Opus Dei, et André Decocq théoricien du droit naturel. Les notions telles que « structures naturelles de la parenté » et « indisponibilité du corps humain » apparaissent dans le rapport et seront reprises par les juges. Désormais, tout se passe comme si la femme pouvait disposer de son corps à condition d'être enceinte par les voies naturelles.... Autrement, c'est l'indisponibilité qui prévaut.

En refusant le droit de disposer librement des capacités reproductives, l'État se substitue ainsi à la figure du *pater familias* en tant que protecteur attitré des femmes, dès lors maintenues dans une situation de vulnérabilité alléguée qui a toujours servi de justification à leur minorisation sociale et politique. Ce ne sont pas seulement les femmes. Au nom de la cohésion sociale, l'État est prêt souvent à sacrifier l'individu.... Pourtant, Maurice Godelier a raison d'affirmer que ce n'est pas la société qui fabrique les individus, ce sont les individus qui inventent la vie en société, « les humains confrontés à des problèmes

⁵¹ Ballantyne, A., "Exploitation in cross-border reproductive care", *International journal of feminist approaches to bioethics*, vol. 7, (2014). no. 2, pp. 75-99.

⁵² « Une mère porteuse raconte comment elle a porté les enfants de deux couples de Français » : https://www.huffingtonpost.fr/2015/06/19/mere-porteuse-raconte-comment-elle-a-porte-enfants-de-deux-couples_n_7591864.html

nouveaux ont inventé de nouvelles façons de vivre ensemble et d'agir sur la nature qui les entourait. Ils ont fabriqué de nouvelles formes de société et des univers culturels différents⁵³ ». Cette antériorité de l'individuel, à laquelle il est facilement dérogé aussi bien à gauche qu'à droite dès lors que l'on avance l'argument de la libre disposition de soi, nous oblige à réfléchir sérieusement aux impératifs qui permettent de sacrifier les droits individuels sur l'autel des valeurs pré-juridiques appelées ici à la rescousse afin de masquer la nature dogmatique des analyses. Ce qui fait horreur ce n'est pas seulement la GPA mais aussi et surtout la modernité, la primauté de l'individu, le constructivisme, le relativisme, l'autonomie, le fait d'établir librement nos normes par la réflexion et la délibération rationnelle...

La notion de dignité, comme l'appel abusif à l'anthropologie dite intégrale, cache tout simplement le dogme chrétien qui se travestit sous l'ambiguïté de l'appel à des supposés invariants universels (en fait, les valeurs de l'Église actuelle). Et plus largement à toutes les « maladies » de la modernité : le marché, la science, le relativisme, le nihilisme, l'argent.

La dignité constitue ainsi la menace la plus directe à la philosophie des Lumières et à la démocratie libérale. Il n'est plus question de dire que la GPA est en contradiction aux dogmes chrétiens mais qu'elle porte atteinte à la dignité de la femme, à l'intérêt de l'enfant à naître, à l'ordre symbolique de la différence des sexes et à la fonction anthropologique du droit, qu'elle mène à la marchandisation du corps et à la chosification de l'enfant.... Gardiens et serviteurs de la Dignité Humaine, beaucoup de juristes voient dans la GPA la cristallisation de la morale moderne et sa manifestation la plus éclatante, la souveraineté individuelle....

Si la GPA n'est pas en tant que telle une forme d'exploitation, elle peut le devenir selon le contexte dans lequel elle est pratiquée. Dans des pays où elle est gratuite comme au Royaume-Uni ou au Canada, seul l'altruisme peut en être la source. Dans des pays où elle est rémunérée, les mères porteuses semblent jouir d'une plus grande liberté, comme en Californie. En revanche, en Inde ou en Ukraine, les mères porteuses viennent des populations vulnérables et sont, souvent, victimes d'exploitation. Ce qui est toutefois frappant, c'est que l'émotion provoquée par cette situation se trompe de cible : l'exaspération ou les

⁵³ Entretien à *L'humanité*, 10 novembre 2017.

angoisses exprimées ne sont certes pas discutables, mais la GPA n'est pas la véritable cause. Considérer *in abstracto* qu'elle constitue une forme d'esclavage est non seulement faux mais aussi injuste par rapport aux victimes de l'esclavage moderne (traite des êtres humains, travail forcé, mariage forcé, prostitution forcée...). De même, dire que toutes les femmes sont libres de disposer de leur ventre est aussi faux car la nécessité économique peut constituer une telle contrainte qu'il n'y a pas de place pour la volonté. Tout dépend donc du contexte dans lequel se développe cette pratique.

Plutôt que d'organiser le débat en opposant les défenseurs et les détracteurs de la GPA, il vaudrait mieux se poser la question, *in concreto*, de savoir les conditions dans lesquelles se développe cette pratique et quel système (liberté contractuelle, service gratuit, contrôle médical, contrôle judiciaire, régulation étatique...) garantit le mieux les droits des femmes, des enfants et des parents d'intention dans le cadre d'un projet parental responsable.

Cette impossibilité à penser la GPA en dehors de l'anathème et de la condamnation est propre à la France. Comme nous l'avons indiqué ci-dessus, il faut comprendre que ces questions sociétales ont été analysées dans l'Hexagone sous le prisme d'un courant philosophique dominant : le personnalisme. Trouvant ses racines chez Charles Péguy, il sera développé par Emmanuel Mounier dans la revue *Esprit* et le mouvement de la « Nouvelle Gauche » ce que, dans les années 1980, on appellera la « deuxième gauche ». Le personnalisme a fourni les arguments aux opposants de la libre disposition du corps en général et de la GPA en particulier aussi bien à gauche qu'à droite : l'Église catholique, le Parti communiste, la *Manif pour tous* et certains groupes féministes se retrouvent dans la même rhétorique anti-capitaliste, contre l'eugénisme et l'exploitation des femmes. Alors que la GPA peut aussi être considérée comme une forme d'égalité entre les couples fertiles et stériles, homosexuels et hétérosexuels, une vingtaine d'associations féministes ont lancé en 2018 une initiative internationale contre la gestation pour autrui dénommée CIAMS : *Coalition internationale pour l'abolition de la maternité de substitution*. Ses membres n'hésitant pas à comparer la GPA à la prostitution, considérées toutes deux comme une forme de marchandisation du corps des femmes. Mais au nom de quel principe un groupe de féministes entend imposer aux femmes du monde entier l'interdiction de la GPA ?

La réponse à cette question est à chercher dans l'inconscient collectif de ces mouvements : le personnalisme (dignité de la personne humaine) et l'anti-libéralisme⁵⁴ (nécessaire marchandisation du corps humain) au sein duquel se retrouvent les deux forces idéologiques de la France profonde, le catholicisme et le marxisme⁵⁵, dans leur obsession commune contre l'individualisme et la haine de l'argent⁵⁶. Le fervent catholique qu'était Mounier louait la critique marxiste de la démocratie libérale en soulignant que « les droits que donne aux citoyens l'État libéral sont pour un grand nombre d'entre eux aliénés dans leur existence économique et sociale⁵⁷ ». La critique provenant du féminisme matérialiste s'inscrit aisément dans cette tradition lorsqu'elle affirme qu'aucune femme ne peut librement consentir à la GPA en tant que « système organisé de la reproduction dans le cadre de la globalisation des marchés du corps humain⁵⁸ ». Alors que l'on pourrait penser exactement le contraire, à savoir que c'est justement la rémunération qui permet à la femme porteuse de se détacher affectivement de l'enfant sans pour autant le traiter comme un objet.

II. Pouvoir réguler la GPA

Il ne s'agit pas seulement de pouvoir penser la GPA, il est pour nous également question *in fine* de pouvoir la réguler. La légalisation de la GPA constitue le moyen le plus efficace de garantir l'intérêt de l'enfant qui bénéficierait ainsi à l'égard des parents d'intention d'une filiation stable.

Les différents courants qui proposent de le faire peuvent être présentés en trois grands groupes : le prohibitionnisme, le libéralisme et le régulationnisme. Pour le courant prohibitionniste, la GPA constitue une pratique attentatoire de la dignité humaine. Considérée comme une nouvelle forme d'esclavage et une réification du corps de la femme, la

⁵⁴ Zeev Sternhell, « Emmanuel Mounier et la contestation de la démocratie libérale dans la France des années trente », *Revue française de science politique* / Année 1984 / 34-? 6 / pp. 1141-1180.

⁵⁵ Dans la *Sainte Famille* (1845), Marx et Engels dénoncent la fiction de l'individu isolé comme une idéologie bourgeoise de l'homme égoïste, se suffisant à lui-même.

⁵⁶ A. Moine, *Chrétiens et communistes dans l'histoire : construire ensemble*, Les amis d'André Moine Éditions, 2003.

⁵⁷ E. Mounier, *Le personnalisme*, Paris, PUF, 17^e édition 2001, pp. 119-120.

⁵⁸ Communiqué de l'association *Osez le féminisme*, 24 juillet 2019.

GPA ne peut qu'être interdite en toutes circonstances. Ce courant considère qu'il est impossible pour une femme de consentir à la GPA, cette pratique étant assimilée à la vente et l'achat d'enfants. Marguerite Canedo-Paris a raison d'affirmer que « la dignité humaine ressemble un peu à une arme absolue susceptible de tout justifier, arme d'autant plus efficace que son contenu est indéterminé et qu'elle est entourée d'une forte aura rédemptrice⁵⁹ ».

Malgré l'évolution de la Cour de cassation sur l'inscription des enfants nés d'une GPA à l'étranger, la France demeure un pays prohibitionniste : Outre la sanction civile, comportant la nullité du contrat de GPA, celle-ci constitue une atteinte pénale à la filiation dès lors qu'elle est réalisée en France.

Le courant libéral, part du principe de la libre disposition de soi et la liberté procréative en assimilant la GPA au droit à l'IVG. Personne ne peut s'interposer entre moi et moi et encore moins l'État en interdisant la GPA qui relève du rapport intime, unique et ultime de la femme avec elle-même et son corps.

La GPA peut être altruiste, comme au Royaume-Uni depuis 1985, dans les États de Floride, Utah, New Hampshire et Washington aux États-Unis, en Belgique et aux Pays-Bas⁶⁰, ou conçue comme un service rémunéré comme en Ukraine, en Géorgie et dans certains États des États-Unis comme la Californie. Pour ce courant, les prestations des femmes porteuses sont assimilées à celles d'une nourrice. Selon les libéraux, le contrat suffit à garantir les droits de différentes parties du processus procréatif : s'il y a consentement libre, c'est-à-dire sans dol, sans violence et sans lésion (contrainte économique), la GPA est licite. Le contrat de service entre la femme porteuse et le couple commanditaire semble la figure juridique la mieux adaptée pour encadrer la pratique de la GPA. La femme porteuse est débitrice d'une obligation de moyen : la gestation de l'enfant. La grossesse, considérée dans ce cadre comme un travail, mérite donc rémunération. Souvent, lorsqu'il n'y a pas de lien génétique entre la femme porteuse et l'enfant, le contrat stipule qu'elle doit renoncer à l'enfant à sa naissance au profit

⁵⁹ M. Canedo-Paris, « La dignité humaine en tant que composante de l'ordre public : l'inattendu retour en droit administratif français d'un concept controversé », *RFDA* 2008, p. 979.

⁶⁰ L'altruisme n'exclut pas que la femme porteuse puisse être dédommagée des frais de grossesse, voire des éventuelles pertes de revenus ou de salaire.

du couple commanditaire. Cependant, si elle apporte son ovule, elle peut garder l'enfant : droit au regret (comme sous la loi de la Floride). S'il y a des intermédiaires, le contrat de mandat permet de réguler la relation entre l'agence, la femme porteuse, les donneurs de gamètes et le couple commanditaire.

Le courant régulationniste considère que la liberté des parties, celle de la femme de porter l'enfant et celle des parents d'intention de bénéficier d'une technique procréative doit être encadrée dans un système de santé publique, seul garant de la justice des prestations. Prenant comme modèle l'agence française de l'adoption, on pourrait imaginer une agence publique de la GPA ayant comme mission d'informer et d'accompagner les couples et de servir d'intermédiaire entre ceux-ci, les femmes porteuses, les médecins et l'administration.

Conclusion

Chaque courant implique une vision spécifique de l'humain et de la société. Pour l'abolitionnisme, la notion de consentement doit être écartée au profit de celle de dignité humaine où le choix n'a pas d'importance : l'individu ne peut pas agir contre sa propre humanité. En revanche, la conception libérale place le consentement au cœur de son dispositif moral et considère que, dans l'absence de préjudice à des tiers, l'autonomie de la volonté prime. Le régulationnisme quant à lui se méfie de la liberté et préfère placer le dispositif sous le contrôle de l'État afin d'éviter les abus. La GPA serait ainsi prise en charge par la sécurité sociale comme tout autre traitement contre la stérilité. Enfin, une vision féministe moderne de la GPA trouve dans cette technique une dimension émancipatrice car pour la première fois, la femme serait rémunérée pour un travail qu'elle fait gratuitement depuis toujours⁶¹.

De la même manière que, s'affranchissant de la morale, l'État a pu réguler la contraception, l'accouchement « sous X », l'IVG et la stérilisation volontaire, un droit reproductif nouveau comme la GPA pourra finalement s'organiser. En effet, tous les exemples que nous venons d'évoquer font référence à la liberté négative de ne pas procréer

⁶¹ Panitch, V., "Global surrogacy : exploitation to empowerment", *Journal of global ethics*, vol. 9, no. 3, 2013 pp. 323-343.

mais celle-ci appelle en conséquence à une autre liberté, cette fois-ci positive : celle de procréer pour soi-même ou pour le compte d'autrui.

La manière dont notre société administrera la question de la GPA permettra d'évaluer notre capacité à respecter les principes politiques fondateurs de la modernité tels que l'autonomie de la volonté, le respect de la vie privée, la libre circulation des personnes et la libre disposition de soi.