



HAL
open science

Quelques éléments pour pouvoir réfléchir sereinement et juridiquement à la gestation pour autrui (GPA)

Daniel Borrillo

► To cite this version:

Daniel Borrillo. Quelques éléments pour pouvoir réfléchir sereinement et juridiquement à la gestation pour autrui (GPA). 19ème édition des États généraux du Droit de la famille et du patrimoine, Conseil national des barreaux, Jan 2023, Paris, France. hal-03967336

HAL Id: hal-03967336

<https://hal.science/hal-03967336>

Submitted on 1 Feb 2023

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.

Quelques éléments pour pouvoir réfléchir sereinement et juridiquement à la gestation pour autrui (GPA)

Intervention de Daniel Borrillo à la 19^{ème} édition des États généraux de la famille et du patrimoine organisés par le Conseil national des barreaux

En France, la GPA est devenue un sujet impensable.

L'usage des termes tels que « bricolages procréatifs »¹, « venin », « esclavage »², « marchandisation du corps », « trafic des femmes »³, « vente d'enfants », « utérus mercenaire », « caprice individuel »⁴, « carnet de commande », « pratique eugéniste », « déni contractuel de grossesse », « volonté aliénée », « bébés à la carte », « enfants génétiquement modifiés », « pratique vétérinaire », « tourisme procréatif »⁵, « industrie de l'enfantement sur commande », « premier pas vers le transhumanisme »⁶ ou encore « mère artificielle », comme on peut le lire dans les revues juridiques et dans la presse généraliste, rend le débat pratiquement impossible.

La stratégie discursive des opposant consistant à soustraire de la délibération la régulation de la GPA, laquelle ne mériterait que condamnation et anathème, ne permet pas de poser les termes de la controverse d'une manière sereine. Je remercie les organisateurs des *États généraux du droit de la famille et du patrimoine* de nous donner la possibilité d'un échange rationnel sur la question.

¹ <http://riffaultsoulier-avocat.weebly.com/famille/mariage-pour-tous-ce-que-n-pensent-170-professeurs-et-maitres-de-conferences-en-droit-des-universites-francaises>

² 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.

³ Selon Tugdual Derville (Délégué général de l'association *Alliance Vita*).

⁴ Pour Anne-Marie Le Pourhiet, « Le projet de loi prévoyant l'extension de la PMA aux couples de femmes tourne le dos à l'éthique. Soumis au diktat des associations féministes et LGBT, ce texte crée un droit à l'enfant pour satisfaire des caprices individuels », *Causser*, 18/09/2019.

⁵ 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

⁶ 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.

Mais où se trouve la rationalité lorsqu'une professeure de droit civil souligne ?

« 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 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 GPA »⁷.

Où est la mesure lorsque, 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 affirmant 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 ».

Il devient compliqué d'engager la discussion dans un tel climat car :

Pour le psychanalyste, la GPA n'est que fraude et *« s'il y a eu fraude, transaction, malversation, l'enfant en sera le rappel constant pour ses parents, d'où d'immenses difficultés à venir. Fraus omnia corrumpit : la fraude corrompt tout, même la construction identitaire de l'enfant »⁸.*

Selon la sociologue, *« 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 »⁹.*

Pour la juriste, la GPA n'est que réification du corps des femmes et commerce d'enfants¹⁰.

⁷ Marie-Anne Frison-Roche, Mères porteuses : "Une GPA 'éthique' ne peut pas exister en droit français", *Marianne*, 07/03/2019.

⁸ P. Lévy-Soussan, *Le Point*, 19/06/2015.

⁹ « Non au mariage bis des concubins ! » interview d'Irène Théry dans *l'Express* 02/10/1997.

¹⁰ 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

La condamnation de la GPA atteint son paroxysme lorsque celle-ci est comparée aux pratiques nazies. Ainsi, le sénateur Henri Leroy (*Les Républicains*) déclarait :

« 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 »¹¹ 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 ».

Depuis plus de vingt ans, du PaCS à la « PMA pour toutes » en passant par le « mariage de Bègles » et le « mariage pour tous », l'épouvantail et les chiffons rouges ont le monopole dans le débat public.

Essayons dans cet espace de poser les termes du débat autrement :

1) La GPA : une forme de PMA

Pour réfléchir sereinement à cette question controversée, je propose de partir de la définition donnée par l'OMS¹² pour qui la gestation pour autrui 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. Analyser la GPA comme une forme de PMA nous permet de l'inscrire dans le parcours politique et juridique de cette dernière afin de faire bénéficier la GPA des controverses déjà réglées.

¹¹ *Nice-Matin*, 13 nov. 2018.

¹² Zegers-Hoschschild F., Adamson G. D., Mouzon de J., Ishihara O., Mansour R., Nygren K., Sullivan E., & Vanderpeoel 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.

2) La GPA n'a pas toujours été interdite en France

Jusqu'à la fin des années 1980, la GPA était tolérée et produisait des effets juridiques en matière de filiation. Deux décisions de justice se prononcèrent pour l'interdiction de la GPA : l'une du Conseil d'État : l'arrêt « Les cigognes » (1988) et l'autre de la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation : l'arrêt « Alma Mater » (1989) par lesquels les hautes juridictions interdisent les associations de mères porteuses, avant que le Parlement n'entre en scène, en 1994 avec la loi bioéthique, pour définitivement bannir cette activité.

Comme le souligne Thomas Perroud, « pour ce faire les juges utilisent un principe d'origine doctrinal : L'indisponibilité du corps humain »¹³. Ainsi, l'arrêt du 31 mai 1991 de l'assemblée plénière de la cour de cassation dispose : « *la convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes* »

En 2008 la même haute juridiction s'oppose à la transcription dans le registre de l'état civil français des actes de naissance étrangers d'enfants nés à l'issue d'une GPA. Après plusieurs condamnations de la CEDH, la cassation admet l'inscription automatique du père et l'adoption de la mère d'intention¹⁴.

Pourtant, en 2010, le Comité d'Éthique envisageait la légalisation de la GPA comme réponse de la société à une « injustice » de la nature : l'infertilité d'origine utérine¹⁵. Et même 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* ». Elle s'inscrivait dans le sillage de son parti : une proposition de loi tendant à encadrer la GPA avait été enregistrée par la droite au Sénat 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*

¹³ Thomas Perroud, « La construction de l'interdiction juridictionnelle de la GPA dans les années quatre-vingt » in Borrillo, D. et Th. Perroud, *Penser la GPA*, L'Harmattan, Paris, 2021.

¹⁴ Pour une analyse approfondie de l'évolution de la jurisprudence en la matière voir : C. Mécaray, « Quand la GPA rend fous... les juges ou le cas topique de la transcription de l'acte de naissance de l'enfant conçu par GPA » in Borrillo, D. et Th. Perroud, *Penser la GPA*, L'Harmattan, Paris, 2021.

¹⁵ Avis n° 110 du CCNE, 2010.

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 »¹⁶.

La dernière réforme de la loi bioéthique de 2021 n'a fait que revenir, pour les enfants nés à l'étranger, à la situation de la France avant 1991. Désormais, pour les enfants nés de GPA, la transcription d'un acte d'état civil étranger est limitée au seul parent biologique, le second parent d'intention aura alors recours à une procédure d'adoption. La doctrine *jus naturaliste* de la cassation nous a fait perdre trente ans...

3) La GPA et l'intérêt de l'enfant

Je me limiterai ici à rappeler ce qui a dit la CEDH dans l'affaire Mennesson :

« Au regard de l'importance de la filiation biologique en tant qu'élément de l'identité de chacun, on ne saurait prétendre qu'il est conforme à l'intérêt d'un enfant de le priver d'un lien juridique de cette nature alors que la réalité biologique de ce lien est établi et que l'enfant et le parent concerné revendiquent sa pleine reconnaissance ; en faisant obstacle tant à la reconnaissance qu'à l'établissement en droit interne de leur lien de filiation à l'égard de leur père biologique, compte tenu des conséquences de ces restrictions sur l'identité et le droit au respect de la vie privée des enfants nés d'une convention de mère porteuse, l'État défendeur est allé au-delà de ce que lui permettait sa marge d'appréciation, compte tenu du poids qu'il y a lieu d'accorder à l'intérêt de l'enfant lorsqu'on procède à la balance des intérêts en présence »

4) Les différents modèles du droit comparé

Plusieurs pays européens interdisent la GPA : Allemagne, Autriche, Espagne, Pologne, Bulgarie, Italie, Suisse, Suède. La France demeure le pays le plus punitif : sanction pénale pour abandon d'enfant de l'art 227-12 et suiv. du code pénal, 6 mois prison et 7500 euros d'amendes ou pour substitution d'enfant : 3 ans 45000 euros d'amende.

Les pays qui autorisent la GPA peuvent être regroupé en deux catégories, un premier groupe, que nous appellerons libéral, part du principe de la libre disposition de soi et de la liberté procréative en assimilant la GPA à l'IVG. Elle

¹⁶ Proposition de loi n° 234 tendant à autoriser et encadrer la gestation pour autrui 27 janvier 2010

peut être altruiste, comme au Royaume-Uni depuis 1985 (ou en Floride, dans l'Utah, le New Hampshire et l'État de Washington aux USA), ou conçue comme un service rémunéré comme en Californie. Certains États admettent uniquement un dédommagement comme au Canada.

Pour ce courant, les prestations des femmes porteuses sont assimilées à celles d'une nourrice. Dans cette perspective, le contrat suffit à garantir les droits de différentes parties du processus procréatif : s'il y a consentement libre, c'est-à-dire sans erreur, sans dol, sans violence et sans contrainte économique, la GPA est licite. 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 mais si elle apporte son ovule, elle pourrait garder l'enfant : *droit au regret* (p.e. loi de la Floride).

En Israël, la GPA est une pratique courante et ne pose aucun problème moral, elle est encadrée à la fois par la loi civile et par la religion. Même les orthodoxes approuvent cette technique. Il s'agit d'un acte rémunéré ouvert aussi aux couples de même sexe, aux hommes célibataires et aux personnes trans.

Pour le deuxième courant que nous appellerons régulationniste, 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.

Le point de vue libérale, place le consentement au cœur de son dispositif moral et considère que, dans l'absence de préjudice des tiers, l'autonomie de la volonté prime. Le régulationnisme se méfie de la liberté et préfère placer la GPA sous le contrôle de l'État afin d'éviter les abus. Elle serait ainsi prise en charge par la sécurité sociale comme tout autre traitement contre la stérilité.

5) Quel modèle pour la France ?

Si nous suivons la qualification de l'OMS selon laquelle la GPA est une forme de PMA, il suffit d'appliquer les règles de cette dernière à la première en tenant compte de ses spécificités.

D'abord, nous pourrions commencer par penser la GPA à partir d'une liberté fondamentale de la vie individuelle, plus précisément la liberté de procréer laquelle doit désormais inclure, la possibilité pour chaque personne de dissocier les composantes génétiques, sociales et de gestation, ainsi que celui de combiner ces composantes en collaboration avec les autres personnes. Soit à partir d'une approche libérale, la propriété de son corps, soit par une

approche rawlsienne c'est-à-dire la justice procréationnelle, conçue comme une liberté civile similaire à d'autres libertés fondamentales que les citoyens libres et égaux se reconnaissent mutuellement.

Il ne s'agit plus d'une protection contre l'intervention de tiers dans les interactions entre libres propriétaires comme dans la perspective libérale (Locke). Bertrand Guillaume a raison d'affirmer que « la liberté reproductive prend place au sein de la théorie de la justice démocratique, comme un dispositif garantissant l'autonomie politique que se reconnaissent mutuellement les citoyens le droit de se reproduire est une liberté civile dont le statut est similaire à celui des autres libertés de base que les citoyens libres et égaux se reconnaissent mutuellement ».

Si le droit reconnaît une liberté de ne pas procréer depuis la loi Neuwirth de 1967 sur la contraception et la loi Veil sur l'IVG de 1975 en passant par la loi du 4 juillet 2001 sur la stérilisation à des fins contraceptives, il peut reconnaître aussi une liberté de procréer avec l'aide d'un tiers. Il le fait déjà avec le don d'ovocytes... il peut le faire avec la GPA et ceci en suivant l'évolution de l'IVG. En effet, pendant longtemps l'IVG n'était pas considérée comme une liberté individuelle mais simplement d'un principe de tolérance vis-à-vis d'une pratique largement répandue.

En 2001, le conseil constitutionnel considère que l'IVG se trouve rattachée à la liberté de la femme, c'est-à-dire à la liberté individuelle. De même, l'évolution législative de la PMA permet aujourd'hui de penser un régime juridique pour la GPA. En effet, jusqu'en 2022, la PMA était considérée comme un palliatif à la stérilité du couple hétérosexuelle, il ne s'agissait pas donc d'un droit mais d'un acte médical. Avec la « PMA pour toutes », cette condition tombe et la technique est ouverte indépendamment de la stérilité du couple, autrement dit, le Législateur reconnaît une liberté de procréer. L'approche rawlsienne de la justice procréative me semble plus apte avec la tradition juridique française à la fois vis-à-vis de la liberté de la femme que de l'égalité des citoyens face à la reproduction. En effet, seule la GPA permet à un couple d'hommes d'accéder à la pleine liberté procréative. Au-delà de la liberté et l'égalité, une dimension relevant de la fraternité a pu également émerger. En effet, comme le souligne Bertrand Guillaume :

« En l'absence d'autre moyen disponible de faire advenir des enfants, la grossesse féminine peut ainsi être considérée comme un aspect de la distribution des dons naturels entre les personnes, que la société a la

responsabilité d'organiser de manière à en faire bénéficier la collectivité. Lorsqu'elle est replacée dans le contexte d'une coopération démocratique, la rémunération des grossesses n'est donc pas un indicateur de la perpétuation des rôles genrés traditionnels, mais un aspect de la valorisation des dons des individus dans le cadre d'une coopération entre égaux »¹⁷

Conclusion

En France, la GPA pourrait être conçue comme une liberté fondamentale prise en charge par le service publique sanitaire afin de rendre possible un projet parental aussi bien pour un individu que pour un couple et ceci indépendamment du sexe des partenaires. D'un point de vue juridique, la GPA s'inscrit dans la continuité de la PMA en tant que technique de reproduction médicalement assistée. Elle pourrait également trouver sa place dans la théorie de la libre disposition du corps de la femme instaurée en France en 1975. Concernant l'intérêt de l'enfant, celui-ci ne peut pas dépendre des modes de conception, il est donc évident que ce n'est pas la légalisation de la GPA qui irait contre son intérêt mais au contraire sa prohibition. Enfin, outre une majorité de l'opinion publique qui soutient la GPA¹⁸, plusieurs personnalités se sont prononcées de manière favorable comme Robert Badinter, pour qui le droit à la vie consacré à l'article deux de la Convention européenne des droits de l'homme paraît impliquer le droit de tout être humain de donner la vie ainsi que la liberté de choisir les moyens par lesquels il pourra le faire.

Merci de votre attention

¹⁷ B. Guillarme, « nouvelles technologies et droits reproductifs » in Borrillo, D. et Th. Perroud, *Penser la GPA*, L'Harmattan, Paris, 2021.

¹⁸ 75% des français se disent favorables à sa légalisation, sondage IFOP 22/02/2022