

GESTATION POUR AUTRUI (GPA)

Sandra Franrenet
Doctorante en éthique de la Recherche

INTRODUCTION

La stérilité est une réalité difficilement admissible pour celles et ceux qui rêvent de devenir parents. L'adoption, qui consiste à reconnaître légalement pour sien un enfant auquel aucun membre du couple n'est biologiquement apparenté, se révèle dans ce cas une alternative souvent choisie pour pallier une impossible grossesse. A côté de cette solution existe un autre palliatif qui permet tantôt à l'un des deux parents, tantôt aux deux, d'établir un lien biologique avec l'enfant désiré : la gestation pour autrui (GPA). Cette technique également appelée *maternité de substitution* ou *mère porteuse* « englobe toutes les situations dans lesquelles une femme poursuit une grossesse, non pas dans l'intention de garder l'enfant pour elle-même, mais bien dans celle de le céder à un couple « commanditaire » » (1).

Quelle que soit la technique utilisée, la GPA transforme radicalement le lien existant entre maternité et filiation puisque la femme qui porte l'enfant le donnera¹ à sa naissance au profit du couple d'*intention* à qui elle transmettra les droits et devoirs parentaux afférents. Le législateur français s'est jusqu'à présent refusé à légaliser ce procédé en se retranchant derrière certains arguments d'ordre éthique. En réaction, des couples de plus en plus nombreux franchissent les frontières des pays l'autorisant pour pratiquer ce que certains appellent du « tourisme procréatif » (2). Mais une fois rentrés en France, commence pour eux une véritable bataille juridique visant à faire reconnaître la filiation sur le sol français. Il se pourrait néanmoins que cette situation évolue de manière favorable pour ces parents à l'approche de la révision de la loi de bioéthique². Verdict courant 2009.

PLAN DU DOSSIER

Que l'on se dise pour, ou que l'on se dise contre la gestation pour autrui, les mentalités commencent à évoluer sur cette question (III) à tel point que l'on envisage une modification de la législation à l'approche de la révision de la loi de bioéthique. En attendant de voir comment le législateur tranchera, la GPA reste illicite en France (I) en raison des questions éthiques qu'elle pose (II).

I. UNE PRATIQUE ENCORE ILLICITE EN FRANCE

I.1. Réalités de la GPA

Réalités procréatives

La gestation pour autrui suppose le recours à une femme, traditionnellement appelée « mère porteuse », en cas de stérilité d'un, voire des deux membres du couple d'intention. Cette technique peut alors recouvrir deux situations. Dans la première, la gestatrice est inséminée par le sperme du père d'intention. Elle est donc la mère génétique et gestationnelle de l'enfant

1 A titre gratuit ou onéreux

2 Loi n° 2004-800 du 6 août 2004

Sandra Franrenet, février 2009 ©

Cet article est protégé et ne peut être reproduit ou copié sans l'autorisation de l'auteur.

En cas de citation celle-ci doit mentionner : l'auteur (Nom et prénom), le titre, la rubrique du Site Internet, l'année, et l'adresse www.ethique.inserm.fr

à naître. Dans le second cas, la gestatrice ne fait que « prêter » son utérus à un embryon conçu par fécondation in vitro (FIV) avec les gamètes du couple d'intention ou de donneur(s) anonyme(s). Elle est donc uniquement la mère gestationnelle de l'enfant mais il n'existe cette fois aucun lien génétique entre ces deux individus.

Réalités contractuelles

On distingue traditionnellement deux types de gestation pour autrui liant contractuellement la mère porteuse aux futurs parents : la GPA dite « altruiste » et la GPA dite « commerciale ». Dans le premier cas, le contrat prévoit que seuls les frais consécutifs à la grossesse seront remboursés par les parents intentionnels ; dans le second, il prévoit que la gestatrice recevra, en plus du remboursement des frais cités, une compensation financière au titre de la peine, de la douleur et du temps passé pour la grossesse. Les pays qui autorisent le recours aux services d'une mère porteuse ont tantôt choisi de s'immiscer dans les termes desdits contrats, tantôt les ont laissés à l'entière discrétion des cocontractants. A titre d'illustration, alors qu'elle se pratique selon la volonté de ces derniers en Belgique ou dans certains Etats américains, le Danemark, le Royaume et les Pays-Bas interdisent toute convention à titre onéreux (3). Nonobstant le type de contrat utilisé, l'association française Maia³ -dont l'objectif vise à venir en aide à toutes les personnes confrontées à l'infertilité- considère que ces dénominations induisent un a priori moral. Forte de cette conception, elle plaide pour les remplacer par les intitulés « GPA avec » ou « sans compensation financière » (4).

I.2. Le fondement de l'illicéité protégé par le Ministère public et la jurisprudence

S'appuyant sur l'arrêt rendu le 31 mai 1991 par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation (5), le législateur français a formellement prohibé la gestation pour autrui. Cette interdiction résulte de la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain qui a introduit un article 16-7 dans le code civil selon lequel « toute convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui est nulle »⁴, peu importe qu'elle soit conclue à titre gratuit ou onéreux. La nullité de la convention repose sur les principes de *l'indisponibilité du corps humain* (nul n'est propriétaire de son corps et ne peut en conséquence vendre ou louer tout ou partie de celui-ci) et de *l'indisponibilité de l'état des personnes* (c'est-à-dire sa situation juridique au regard notamment de la filiation qui doit être adossée à la filiation biologique) (6-8). Selon la loi pénale, la GPA constitue une supposition d'enfant fondée sur l'atteinte à la filiation, punie de trois ans d'emprisonnement et de 45.000 € d'amende (art. 227-13 du code pénal).

En raison du caractère illicite de la convention de maternité de substitution, certains couples se rendent dans les pays qui l'autorisent (3). Nonobstant le caractère complexe de cette démarche renforcé par le déplacement à l'étranger, la transaction entre les futurs parents et la mère porteuse ainsi que la conception de l'enfant, restent finalement les étapes les plus « faciles » du processus. Le plus compliqué consiste en effet à faire établir le lien de filiation ainsi que l'acte de naissance de leur progéniture. « Il en résulte que ces enfants se retrouvent avec un parent de fait sans lien de droits sur eux » (2) comme le confirme l'arrêt rendu en décembre 2008 par la cour de cassation⁵ à propos d'une convention de GPA conclue en Californie : Un couple rencontrant des difficultés de procréation s'est rendu dans cet Etat pour recourir aux services d'une mère porteuse. S'ensuivent la naissance de jumelles et l'inscription de la femme française dans les registres de naissance de Californie en tant que

³ www.maia-asso.org

⁴ La règle est d'ordre public et a été reconduite par la loi du 6 août 2004.

⁵ Ccass. Civ. 1re, 17 décembre 2008 Cour de cassation - Arrêt n° 1285

Sandra Franrenet, février 2009 ©

Cet article est protégé et ne peut être reproduit ou copié sans l'autorisation de l'auteur.

En cas de citation celle-ci doit mentionner : l'auteur (Nom et prénom), le titre, la rubrique du Site Internet, l'année, et l'adresse www.ethique.inserm.fr

mère des nouveaux-nés. De retour en France, le couple entreprend des démarches pour faire transcrire les actes de naissance dressés à l'étranger sur les registres d'état civil français. Averti par le consulat général de France à San Francisco, le Parquet de Nantes conteste la reconnaissance des deux enfants par le couple, la considérant comme une fraude à la loi qui interdit l'adoption, ainsi que la transcription des actes de naissance. En agissant de la sorte, le ministère public entendait faire dire qu'une convention de mère porteuse admise à l'étranger ne pouvait produire d'effet en France. L'affaire est rapidement portée devant la justice, le Ministère public fondant son action sur une contrariété à l'ordre public. Par un arrêt du 25 octobre 2007, la Cour d'appel de Paris a déclaré l'action de ce dernier irrecevable. D'aucuns se sont empressés d'y voir les prémices d'un revirement jurisprudentiel en faveur de la GPA. Une analyse plus poussée de cette décision montre cependant que la cour a écarté l'action du ministère public au motif que, ne s'étant pas placé sur le terrain de la filiation, il n'était pas recevable à s'intéresser à la preuve de cette filiation. La décision a immédiatement été frappée d'un pourvoi en cassation. « *La question de droit alors posée aux juges suprêmes était de savoir si le ministère public pouvait contester la transcription sur les registres d'état-civil français des actes de naissance américains au nom de la défense de l'ordre public*⁶ ». Souhaitant replacer le débat sur le terrain de la gestation pour autrui, la Cour de cassation a eu recours à l'article 16-7 du code civil pour répondre positivement à la question posée et casser l'arrêt d'appel. Il résulte de l'arrêt de cassation rendu le 17 décembre 2008 que ce qui est porté sur l'acte d'état civil est le rapport d'une filiation, or en l'espèce la filiation résultait d'une convention de mère porteuse...illégale en France. Cette affaire confirme l'adage « *Mater semper certa est* » selon lequel l'accouchement détermine la mère. En vertu de cette décision, les jumelles sont élevées par leur père naturel et sa compagne (qui est pourtant leur mère génétique) dont la maternité ne peut légalement être établie à ce jour.

II. PRINCIPALES QUESTIONS ETHIQUES UTILISEES POUR INTERDIRE CETTE PRATIQUE

II.1. Questions éthiques liées à la mère de substitution

La première question éthique derrière laquelle s'abrite le législateur français concerne le risque de réification de la mère de substitution (9). En effet, si l'on regarde cette technique par le prisme de l'impératif kantien -« *Agis de telle sorte que tu traites l'humanité, aussi bien dans ta personne que dans la personne de tout autre, toujours en même temps comme une fin et jamais simplement comme un moyen* » (10) – il est facile de réduire la mère porteuse à un utérus mis à disposition. Dans le cas d'une *GPA commerciale*, le danger d'instrumentalisation est renforcé puisque la démarche de la gestatrice est mue par l'argent ; pour autant, ce risque n'est pas inexistant dans le cas d'une *GPA altruiste* compte tenu de la pression qui peut peser sur certains membres d'un clan familial dans laquelle existe un problème de stérilité féminine : les femmes fertiles risquent d'être vues comme un moyen permettant de remédier à l'infertilité subie par celles qui ne peuvent procréer. Pèsera alors sur elles de lourdes pressions venant de l'entourage pour les inciter à porter l'enfant désiré (11). Or ces pressions ne prennent pas en compte les risques inhérents à toute grossesse.

Autre argument fondamental : celui du rapport mère-enfant. D'aucuns se demandent comment une femme peut donner un enfant qu'elle a porté pendant neuf mois, *a fortiori* quand elle en est la mère génétique. Affirmer que cela lui est égal est certainement très éloigné de la réalité dans la grande majorité des cas, celle-ci n'ayant vraisemblablement pas d'autres choix que se

⁶ <http://crfpa.unblog.fr/2009/01/20/maternite-de-substitution-larret-de-la-cour-dappel-de-paris-casse-par-la-cour-de-cassation/>

convaincre que l'enfant qu'elle porte n'est pas le sien (9) ; Cette faculté d'auto-persuasion risque néanmoins engendrer une « *dissociation du somatique et du psychique (qui) peut aboutir à un avortement provoqué, un désir de garder l'enfant pour elle et son couple, ou à des chantages envers les demandeurs* » (12), d'où la volonté du législateur de prohiber cette pratique.

II.2. Questions éthiques liées à l'enfant à naître

« *Sous quelque forme que ce soit, la question de l'origine, de son origine, se pose un jour ou l'autre à chacun de nous : « Qui suis-je ? » ; c'est-à-dire : « D'où, de qui suis-je né ? Qui m'a créé ? »* » (13). Si la réponse à cette question s'avère relativement simple dans le cas d'une maternité « classique », elle est nettement plus complexe dans celui d'une maternité de substitution. Les esprits farouchement opposés à la GPA voient donc dans cette pratique au mieux un don, ou pire une vente⁷ d'enfant qui est dans tous les cas assimilé à une marchandise.

L'argument du potentiel sentiment d'abandon de l'enfant est également souvent mis en exergue pour refuser de légaliser la gestation pour autrui. Comment en effet expliquer que la femme qui l'a porté pendant neuf mois –et qui s'avère dans certains cas être sa mère génétique– a ensuite accepté de l'offrir ou de le vendre à d'autres parents ?

La GPA s'assimilerait enfin à un simple contrat passé entre une mère porteuse et un couple dont l'objet est un enfant qui sera livré après l'accouchement (9). Que se passe-t-il cependant si, une fois né, cet « objet » ne correspond pas aux termes de la convention (handicap, malformation, etc.), si le couple d'*intention* change d'avis suite à des circonstances touchant à sa vie privée (séparation, divorce, décès, etc.) ou encore si la mère porteuse décide finalement de le garder ? Où se situe dès lors « l'intérêt de l'enfant » sur qui repose un contrat avant sa conception et qui, sitôt né, risque d'être en proie à des conflits qui le marqueront à jamais ? Fort de ces diverses considérations, le législateur a refusé de légaliser cette pratique... à moins qu'il ne change d'avis d'ici les prochains mois.

III. VERS UNE EVOLUTION DES MENTALITES

III.1. Des partisans de plus en plus nombreux

Selon un sondage publié le 28 janvier 2009⁸ par Ipsos pour le magazine *TopSanté* et *France 5*, 61% des Français se dit favorable à la légalisation de la gestation pour autrui, contre 33% qui y est opposé. Cette large proportion de partisans à la GPA peut très probablement être corrélée avec le développement de l'infertilité jugé « *inquiétant par plus de deux Français sur trois (69%) lorsqu'ils songent à leur propre cas, et par une proportion encore plus massive (85%) lorsqu'ils pensent aux générations futures.* » Elle peut certainement aussi être rapprochées d'autres questions éthiques qui plaident cette fois en faveur de la légalisation de cette pratique : Loin de voir la maternité de substitution comme le procédé froid évoqué supra, d'autres voix l'envisagent au contraire comme un acte d'altruisme, pour ne pas dire un véritable don de soi destiné à un couple en mal d'enfant. Quoi de plus beau que d'offrir -au sens le plus noble du terme- la plus belle chose qui soit : un bébé ?

Par ailleurs, pourquoi faire payer à des enfants les conséquences juridiques de la prohibition de cette pratique pourtant permise dans d'autres pays ?

Face à ces nouvelles interrogations, des experts de plus en plus nombreux déclarent à leur tour être favorables à la légalisation de la gestation pour autrui, mais sous conditions (14). C'est

⁷ NB. : Même si la GPA est dite altruiste, il y a échange d'argent pour couvrir les frais afférents à la grossesse.
⁸ <http://www.ipsos.fr/CanalIpsos/articles/2739.asp>

notamment le cas du Pr. Israël Nisand, chef du service de gynécologie obstétrique au CHU de Strasbourg, de la psychanalyste Geneviève Delaisi de Parseval ou encore du Dr. Serge Hefez, psychiatre, psychanalyste et thérapeute familial. D'autres personnalités y restent en revanche fermement opposées. C'est par exemple le cas du Pr. Jean-François Mattéi, ancien ministre de la santé, qui s'est prononcé en sens lors d'une audition réalisée le 27 janvier 2009 par la mission d'information sur les lois de bioéthique⁹ et du Pr. Jacqueline Mandelbaum, biologiste et membre du comité consultatif national d'éthique en raison du danger de marchandisation du corps de la femme et des risques pour la mère porteuse.

Les parlementaires, qui examinent actuellement cette question à l'aune de la révision des lois de bioéthique, modifieront-ils en substance l'esprit de l'article 16-7 du code civil ?

III.2. Des parlementaires encore très partagés sur cette question

Compte tenu des nombreuses interrogations éthiques que la GPA pose, les parlementaires ont mis en place des groupes de réflexion qui se sont penchés sur deux types de questions : la levée ou le maintien de l'interdiction de cette technique et le sort à réserver aux enfants nés en violation de la loi française.

Le 25 juin 2008, la commission des affaires sociales et la commission des lois a présenté devant le Sénat un rapport proposant la légalisation très encadrée de cette procédure¹⁰⁻¹¹.

Le rapport sur l'évaluation de l'application de la loi de bioéthique adopté le 19 novembre¹² par l'office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques (OPECST) (15) s'est en revanche montré beaucoup moins progressiste sur cette technique jugée « *extrêmement « biologisante* » ». Les rapporteurs considèrent « *qu'on ne peut aborder la levée de cette prohibition sans réfléchir au devenir de l'ensemble des intervenants, notamment à celui de l'enfant à naître, et à celui de la gestatrice et sa famille* ». Ils recommandent en parallèle plusieurs innovations majeures dans le domaine de l'AMP¹³ telles que l'ouverture de ces techniques aux femmes célibataires et préconisent de lancer "un débat approfondi" sur l'accès des couples homosexuels.

Reste maintenant à voir comment le législateur tranchera cette pratique controversée lors de la révision imminente de la loi de bioéthique.

BIBLIOGRAPHIE

- (1) Hottois G., Missa J.N., Nouvelle encyclopédie de bioéthique, DeBoeck Université
- (2) Bosse-Platière H., Le tourisme procréatif. L'enfant hors la loi française, Informations sociales 2006/3, N° 131, p. 88-99.
- (3) La Gestation pour autrui, Les documents de travail du Sénat, Série législation comparée, n° LC 182, janvier 2008, <http://www.senat.fr/lc/lc182/lc182.html>.
- (4) Association Maia, La gestation pour autrui, Aspects éthiques, juridiques et médicaux, Etat des lieux en 2006
- (5) Cass. Ass. Plén., 31 mai 1991, Bull. n° 4 ; D. 1991, Jur. p. 417, rapp. Y. Chartier et note D. Thouvenin; J.C.P. 1991, II, n° 21752, communication J. Bernard, concl. Dontenwille et note F. Terré; RTD civ. 1991, p. 517, obs. D. Huet –Weiller et p. 489, note M. Gobert ; J.C.P., 1991, I, 3547, chr. J. Rubellin-Devichi, Dontenwille, Defrénois, 1991, I, 1267, obs. J.-L. Aubert.

⁹ <http://www.genethique.org/revues/revues/2009/janvier/20090129.4.asp>

¹⁰ <http://www.droit-medical.com/perspectives/5-le-fond/255-vers-legalisation-maternite-pour-autrui>

¹¹ <http://droit-medecine.over-blog.com/article-20728822.html>

¹² Sur la couverture et chacune des pages du rapport figure la mention « document provisoire ».

¹³ Assistance médicale à la procréation.

- (6) Camuzet E, la convention de gestation pour autrui : une illégalité française injustifiée, mémoire de master de droit « recherche », mention « droit médical », année 2005-2006, Université du Droit et de la Santé, Lille 2.
- (7) Neirinck C, Maternité et filiation, La lettre de l'enfance et de l'adolescence, 2005/1, n°59, P. 27-33.
- (8) Murat P., Les enjeux d'un droit de la filiation. Le droit français et l'ordonnance du 4 juillet 2005, Informations sociales 2006/3, N° 131, p. 6-21.
- (9) Mirkovic a, A propos de la maternité pour autrui, droit de la famille - revue mensuelle Lexisnexis Jurisclasseur - juin 2008
- (10) Kant, Fondation de la métaphysique des mœurs, 1785
- (11) Adorno R., La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des pro créations artificielles : LGDJ 1996, p. 264, n° 471.
- (12) Arnoux J., Les droits de l'être humain sur son corps : Presses universitaires de Bordeaux, 1995, p. 494.
- (13) Sales C., Enfant de... qui ? Les nouveaux défis de la filiation, Études 2007/3, Tome 407, p. 187-199.
- (14) Heimburger F., Gestation pour autrui : bientôt possible en France ? mis en ligne le 29/02/08, Cité des sciences, Questions d'actualité, Sciences actualités, http://www.cite-sciences.fr/francais/ala_cite/science_actualites/sitesactu/question_actu.php?langue=fr&id_article=9323
- (15) Claeys A, Vialatte JS., Rapport sur l'évaluation de l'application de la loi du 6 août 2004 relative à la bioéthique présenté le 19 novembre 2008 devant l'OPECST, <http://www.assemblee-nationale.fr/13/rap-off/i1325-tl.asp>