



Penser (autrement) la Gestation pour autrui : aspects philosophiques et juridiques des nouvelles formes de procréation

Daniel Borrillo

► To cite this version:

Daniel Borrillo. Penser (autrement) la Gestation pour autrui : aspects philosophiques et juridiques des nouvelles formes de procréation. 2017. hal-01471015

HAL Id: hal-01471015

<https://hal.science/hal-01471015>

Submitted on 18 Feb 2017

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.

Penser (autrement) la Gestation pour autrui : aspects philosophiques et juridiques des nouvelles formes de procréation.

Daniel Borrillo

Bien que la gestation pour autrui (GPA) soit conçue à l'origine comme une forme de procréation permettant de palier l'infertilité des femmes souffrant d'une absence ou d'une malformation de l'utérus, cette technique est rapidement apparue comme une forme d'accès à la parentalité, non seulement pour les couples hétérosexuels mais aussi pour les couples de même sexe ou les personnes célibataires. Plusieurs cas de figure sont possibles : la femme porteuse, comme son nom l'indique porte l'enfant d'un couple (parents d'intention) qui sont les parents génétiques de l'embryon (GPA pleine) ou la femme porteuse peut également être la génitrice, c'est-à-dire qu'elle apporte ses ovocytes et se fait inséminer par l'un des membres du couple, elle a donc un lien génétique avec l'enfant qui sera toutefois remis à la renaissance aux parents d'intention (GPA partielle). Il se peut également que l'embryon implanté chez la femme porteuse n'ait aucun lien génétique avec les parents d'intention (don d'embryon).

Si elle est sur la scène médiatique et dans le débat politique depuis peu de temps, la GPA ne constitue pas une pratique nouvelle. Dans l'Ancien Testament, Abraham apparaît comme le premier usager de cette forme de procréation : sa femme Sarah étant stérile, c'est son esclave Agar qui lui fera un enfant pour assurer la progéniture. Dans la Rome antique, un citoyen, dont l'épouse était féconde, pouvait la céder à un autre, dont la femme était quant à elle stérile. L'enfant qui naissait de cette union sexuelle passagère était réputé être celui du deuxième homme et était élevé comme le sien propre par le couple infertile. Les anthropologues ont également démontré que, dans les sociétés traditionnelles, certaines formes de gestation pour autrui sont courantes. La parenté constitue un phénomène culturel qui ne correspond pas nécessairement avec la reproduction biologique.

Selon la représentation culturelle et les conceptions philosophiques qui la sous-tendent, plusieurs réponses juridiques ont été données dans les différents pays. Nous pouvons les regrouper en trois grands groupes : prohibitionnisme, libéralisme, régulationnisme.

1) 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 GPA ne peut qu'être interdite en toute circonstance. 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'enfants¹. La France se trouve parmi les pays prohibitionnistes: Outre la sanction civile, comportant la nullité du contrat de GPA, celle-ci constitue une atteinte pénale à la filiation. En effet, attribuer la maternité d'un enfant à une femme qui n'en a pas accouché est puni de trois ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende.

Il a fallu une condamnation de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) en 2014 pour que la France permette la transcription de l'acte de naissance des enfants nés par GPA à l'étranger. Cette décision fut vivement critiquée par le courant prohibitionniste.

2) 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. La GPA peut être altruiste, comme au Royaume-Uni depuis 1985 (ou dans les Etats de Floride, Utah, New Hampshire et Washington aux USA), ou conçue comme un service rémunéré (certains Etat admettent uniquement un dédommagement). Pour ce courant, les prestations des femmes porteuses sont assimilées à celles d'une nourrice. Selon ce courant, 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. 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 peut garder l'enfant à sa naissance: 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 réservé aux couples hétérosexuels.

3) 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. Selon le politologue Bertrand Guillarme, afin d'éviter la marchandisation, il

¹Voir la tribune publiée par Libération le 11 mai 2015 : « Pour l'arrêt immédiat de la GPA » signée entre autres par Sylvianne Agacinski, Michel Onfray et Nathalie Heinich....

faudrait organiser la GPA comme un service public remboursé par la Sécurité sociale : des travailleurs - mères porteuses, médecins - seraient employés de manière salariée par une agence nationale de la procréation.

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 « système » où le choix n'a pas d'importance : tout devient contrainte. 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. Enfin, le régulationnisme se méfie de la liberté et préfère placer le dispositif sous le contrôle de l'Etat afin d'éviter les abus. La GPA serait ainsi prise en charge par la sécurité sociale comme tout autre traitement contre la stérilité.

Dans la réalité, les choses sont plus nuancées. Plusieurs Etats considèrent nulles les conventions de maternité pour autrui : la France, l'Allemagne, l'Espagne, l'Italie, la Suisse, la Turquie, la Pologne... d'autres comme l'Argentine ou le Brésil en ne l'interdisant pas permettent la pratique et laissent aux juges la régulation concrète des problèmes de filiation et d'inscription à l'état civil. Dans plusieurs Etats des Etats-Unis la GPA est autorisée mais très encadrée comme, par exemple, en Californie où les accords doivent être notariés et validés par le Département d'Etat des services sociaux.

Dans les différents systèmes juridiques nous pouvons trouver des avantages et des inconvénients (par exemple la gratuité empêche la marchandisation mais crée une pénurie des femmes porteuses). Certains proposent de réserver la GPA aux couples hétérosexuels stériles (ce qui semble plus consensuel dans l'état actuel de l'opinion publique) mais qui peut aussi être considéré discriminatoire à l'égard des couples homosexuels.

Pour pouvoir réguler juridiquement la GPA, il faudrait d'abord pouvoir la penser autrement. C'est-à-dire renoncer à la concevoir *in abstracto* pour la regarder cas par cas, *in concreto*.

Dès que le débat est engagé sous le contrôle des grandes principes : aliénation vs liberté, esclavage vs émancipation, dignité vs exploitation.... Il semble difficile de trouver un terrain d'entente pour penser sereinement la GPA.

La dissociation entre GPA et inscription dans les registres de l'état civil des enfants nés d'une GPA à l'étranger a permis de commencer à démêler cette épineuse question. En effet, la CEDH a considéré que pour des raisons morales et éthiques, les Etats sont libres de prohiber ou de légaliser la gestation pour autrui mais lorsqu'un Etat l'autorise et des enfants y sont nés (dans le cas d'espèce la Californie et le Minnesota), la France ne peut pas se refuser de les inscrire à l'état civil. Les priver de nationalité, de filiation et des droits successoraux serait contraire au principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, au respect du droit à leur vie privée et à leur identité.

Aussi, ce raisonnement *in concreto* nous permet de réfléchir sereinement sur la place des femmes porteuses. Si, par exemple, en Inde, plusieurs agences tirent de profits des femmes porteuses, en Californie la pratique est très encadrée, l'assurance médicale est obligatoire et la femme porteuse reçoit une indemnité qui peut aller jusqu'à trente mille dollars. Si elle peut devenir une source d'aliénation dans certaines situations, la GPA peut aussi être vue comme une émancipation pour les femmes, d'une part, parce qu'elle permet d'évaluer économiquement un travail (la reproduction) qui fut effectué gratuitement depuis la nuit des temps par les femmes sans contrepartie, d'autre part parce qu'elle désacralise la maternité en mettant fin au principe *mater semper certa est* (la mère est celle qui accouche).

Bien qu'elle soit interdite dans plusieurs pays européens, la GPA produit des effets dans ces pays par le jeu des règles du droit international privé. Le désir d'avoir un enfant va toujours prévaloir sur les législations nationales, et les couples traverseront les frontières pour réaliser leur désir. Une fois l'enfant né, va-t-on l'interdire l'entrée en France, va-t-on le laisser dans un orphelinat ?

La Convention de New York sur les droits de l'enfant oblige à faire primer son intérêt sur la loi nationale et sur l'ordre public. La GPA est une pratique installée internationalement, dit la *Conférence de La Haye de Droit International Privé*. Indépendamment de ce que l'on puisse penser de la GPA et de sa conformité avec la dignité humaine, il s'agit de régler les difficultés concernant l'établissement ou la reconnaissance de la filiation juridique de l'enfant et les conséquences juridiques qui découlent d'une telle décision (par ex. la nationalité de l'enfant, le statut en matière d'immigration, qui détient la responsabilité parentale de l'enfant, qui a un devoir d'entretien à l'égard de l'enfant, etc.). L'intérêt de l'enfant nous oblige à mettre

entre parenthèse la question morale pour nous attaquer davantage aux problèmes concrets de la manière la plus juste possible.

Pour conclure, nous pouvons dire que la GPA nous invite à revisiter nos idées relatives à l'engendrement, à la parenté et à la filiation, trop attachées encore à une conception canonique de la famille. Désormais on peut faire famille à plusieurs dans un cadre hétérosexuel ou homosexuel. Les nouvelles techniques procréatives ont mis le projet parental au cœur du dispositif juridique dans lequel s'est la dimension spirituelle qui compte (volonté d'être parent) plutôt que les compétences corporelles (engendrement). Ainsi, le nouveau code civil argentin introduit le concept de « volonté procréationnelle » comme source de la filiation lorsque celle-ci provient des techniques de reproduction médicalement assistée.

Enfin, permettez-moi de le faire avec Montaigne qui nous rappelait déjà que l'on engendre par "l'âme et qui sont les enfantements de notre esprit".....

Merci de votre attention