

Faut-il légaliser la gestation pour autrui (mères porteuses) ?



La légalisation de la gestation pour autrui (GPA) semble inscrite à l'agenda politique. En Belgique, plusieurs propositions de loi déposées au Parlement entendent autoriser et réglementer cette pratique. En France, une commission du Sénat a publié un substantiel rapport sur la question et il s'en est suivi un large débat public. Il y a fort à parier que d'autres pays ne seront pas en reste.

La pression se fait toujours plus forte pour autoriser et encadrer juridiquement la GPA. Pourquoi ? Un argument de taille est invoqué : *l'inégalité devant l'infertilité*. Dans les nombreux pays où il est largement fait droit à l'utilisation des techniques de procréation médicalement assistée, à l'exclusion de la GPA, il apparaît injuste aux yeux des femmes souffrant de pathologies utérines (absence d'utérus, ablation de l'utérus, malformations...) qu'aucune solution ne leur soit offerte pour combler leur désir d'un enfant issu de leurs propres gamètes – sauf à se rendre à l'étranger et à consentir une dépense exorbitante –, alors que les femmes atteintes de pathologies ovariennes peuvent recourir au don d'ovocytes, les hommes infertiles, au don de sperme, et les couples stériles, à la fécondation *in vitro*. Est également invoquée, l'inégalité entre les couples lesbiens, qui peuvent donner naissance à un enfant, et les couples gays qui ne le pourront que par le recours aux mères porteuses.

De façon synthétique, le présent dossier vise à faire le point sur les principaux arguments du débat.

Petit lexique

PMA = Procréation médicament assistée (insémination artificielle ou FIVETE)

FIVETE = Fécondation in vitro et transfert d'embryons

GPA = Gestation pour autrui. D'autres expressions sont également utilisées : location d'utérus, délocalisation de grossesse, maternité de substitution, maternité pour autrui... Pour désigner la femme concernée, on parle de mère ou femme porteuse, gestatrice ou gestationnelle, mère de substitution... et, en anglais, *surrogate mother*.

COUPLE COMMANDITAIRE = le couple qui fait appel à une mère porteuse. Ici aussi, la terminologie fluctue. Il est question de couple intentionnel, couple demandeur, couple accueillant, etc.

I. Différents cas de figure

La pratique des mères porteuses invite à distinguer plusieurs cas de figure.

Premier cas de figure : l'insémination artificielle. – Une femme accepte d'être inséminée artificiellement par le sperme provenant de l'homme du couple commanditaire (qui souhaite élever l'enfant et en être le père légal), voire d'un tiers (qui n'en serait que le père génétique). Cette femme accepte donc de porter l'enfant conçu et de le remettre à sa naissance au couple demandeur. Ici, la mère porteuse (ou « utérine » ou « gestatrice ») est aussi à la fois la mère génétique (puisque l'enfant est conçu à partir de l'un de ses ovocytes) et la mère légale (puisque la femme qui accouche est juridiquement considérée comme la mère de l'enfant qu'elle met au monde). Au départ, il y a donc coïncidence entre la maternité utérine, la maternité génétique et la maternité légale. Au terme de l'opération, cette dernière qualité aura changé de titulaire puisque la femme qui a porté et mis au monde l'enfant, et qui est biologiquement sa mère, aura cessé de l'être sur le plan juridique. L'enfant aura donc deux « mères » : une mère « légale » et une mère à la fois « génétique » et « gestatrice ».

Second cas de figure : la FIVETE. – Une femme accepte seulement de porter l'enfant fécondé *in vitro* à partir des gamètes provenant du couple commanditaire et de le remettre à sa naissance à ce dernier. L'opération est parfois qualifiée de « location ou prêt d'utérus » (qualification contestable¹). Ici, au départ, la maternité est dédoublée : l'enfant aura une mère génétique et une mère gestatrice qui a aussi la qualité de mère aux yeux du droit. Au terme de l'opération, la maternité génétique et la maternité légale seront réconciliées dans le chef de la femme du couple commanditaire. L'enfant aura finalement, ici aussi, deux mères : une mère « légale », qui est aussi sa mère « génétique », et une mère « gestatrice ».

La FIVETE peut aussi se faire à partir des gamètes d'un seul des deux commanditaires, une tierce personne intervenant pour fournir soit les ovocytes, soit les spermatozoïdes. Dans l'éventualité d'un don d'ovocytes, l'enfant pourrait avoir trois mères, une mère « génétique », une mère « utérine » et une mère « légale ». Son père serait tout à la fois son père légal et son père génétique. Dans le cas d'un don de spermatozoïdes, l'enfant aurait non seulement deux mères, mais aussi deux pères, l'un génétique, l'autre légal.

II. La situation en Belgique

En Belgique, la pratique des mères porteuses est *tolérée*, mais le droit de la filiation constitue un obstacle à son développement. Pratiquement, l'opération doit être suivie d'une procédure d'adoption plénière par le couple commanditaire.

¹ Voir R. ANDORNO, *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles*, Préface de F. CHABAS, Paris, L.G.D.J., 1996, p. 271, n° 485.

En toute hypothèse, la femme qui accouche d'un enfant, issu ou non de ses propres gamètes, est juridiquement considérée comme sa mère (cf. l'adage *mater semper certa est*). L'enfant ne peut être inscrit à l'état civil que sous le seul nom de sa mère, sous peine de sanctions pénales (supposition d'enfant). Aux termes de l'article 363 du Code pénal, « Sera puni de la réclusion de cinq ans à dix ans celui qui substitue un enfant à un autre *ou qui attribue à une femme un enfant dont elle n'a pas accouché* ».

Quant à la filiation paternelle, elle dépend de l'état civil de la mère porteuse. Si celle-ci n'est pas mariée, l'homme du couple commanditaire peut reconnaître l'enfant², auquel cas il doit en informer son épouse (s'il est marié)³, et cette dernière peut ensuite l'adopter (si la mère porteuse y consent); le couple commanditaire a également la possibilité de demander une adoption conjointe. Si la mère porteuse est mariée, son conjoint est considéré comme le père de l'enfant : il existe, en effet, une présomption de paternité dans le chef de l'époux de la femme qui accouche : *pater is est quem nuptiae demonstrant*⁴. Cette présomption peut être contestée par la mère, l'enfant, le père présumé et la personne qui revendique la paternité de l'enfant (art. 318, § 1^{er}, du Code civil). Cette demande en contestation de paternité est cependant irrecevable « si le mari a consenti à l'insémination artificielle (...), sauf si la conception de l'enfant ne peut en être la conséquence » (article 318, § 4, du Code civil). Autrement dit, en cas de GPA, le mari de la mère porteuse est légalement le père de l'enfant, sauf s'il n'a pas donné son accord pour l'insémination de son épouse par le sperme d'un autre homme⁵.

Ces règles de filiation obligent la mère porteuse à *abandonner* l'enfant. Après quoi, le couple commanditaire pourra introduire une procédure d'adoption plénière de l'enfant ainsi abandonné : cette voie juridique est la seule manière de transférer l'autorité parentale au couple commanditaire. Dans l'état actuel des choses, force est de constater que la pratique des mères porteuses réalise un détournement de l'institution de l'adoption⁶. Celle-ci vise à régler au mieux une situation *de fait* malheureuse, en permettant de « donner une famille à un enfant » orphelin ou

² Voir, par exemple, l'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 1^{er} mars 2007 (*Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 754) et le jugement du Tribunal de première instance d'Hasselt (1^{re} ch.) du 27 mars 2001 (*Limb. Rechtsl.*, 2001, 323).

³ Cf. article 319*bis* du Code civil. Avant la loi du 1^{er} juillet 2006, un homme marié nécessitait l'accord de son épouse pour reconnaître un enfant 'conçu' avec une autre femme. Dorénavant, il doit seulement porter cette reconnaissance à la connaissance du conjoint.

⁴ Pour plus de nuances, voir les articles 315 et suivants du Code civil.

⁵ Cette solution étrange vient du fait que cette disposition a surtout été pensée pour régler la question de l'insémination artificielle avec donneur (IAD) et non celle de la GPA. Pour d'autres cas de figure, voir Comité Consultatif de Bioéthique (Belgique), Avis n° 30 du 5 juillet 2004 relatif à la gestation pour autrui (mères porteuses), p. 10.

⁶ La jurisprudence belge se montre pourtant largement favorable à l'adoption dans ce cas de figure. Voir, par exemple, Trib. Jeun. Bruxelles, 6 mai 2009, *J.L.M.B.*, p. 1083 ; Cour d'appel d'Anvers, 14 janvier 2008, *R.W.*, 2007-2008, p. 1774, note F. SWENNEN ; Trib. Jeun. Turnhout, 4 octobre 2000, *J. dr. jeun.*, 2001, n° 209, p. 61.

abandonné, alors qu'ici, l'adoption vise à « donner un enfant à une famille », en créant volontairement la situation d'abandon.

La Belgique dispose d'une loi-cadre visant à baliser les procréations médicalement assistées. Toutefois, le législateur belge n'a pas souhaité régler la question de la GPA. La pratique médicale des mères porteuses est néanmoins tolérée chez nous, ainsi qu'au Danemark, en Finlande et aux Pays-Bas. Elle est illicite en France où le Code civil, en son article 16-7, déclare nuls les contrats de mère porteuse ; les intermédiaires – et, éventuellement, les couples commanditaires (si une provocation à l'abandon est prouvée dans leur chef) – risquent des peines d'emprisonnement et d'amende (articles 227-12 et 227-13 du Code pénal). Dans d'autres pays d'Europe, la pratique des mères porteuses est également prohibée par des textes spécifiques (Espagne, Italie, Portugal, Norvège, Suède, Suisse, Allemagne et Autriche), plusieurs législations prévoyant des sanctions pénales à l'encontre des intermédiaires et/ou des médecins. En revanche, la GPA est légalement autorisée et encadrée en Grande-Bretagne et en Grèce. Aux États-Unis, la situation varie d'un État à l'autre. La GPA est interdite, voire pénalisée, dans plusieurs États (Arizona, District de Columbia, Michigan, État de New-York). D'autres États se contentent de déclarer nuls les contrats de GPA (Indiana, Kentucky, Louisiane, Nebraska). Enfin, une dizaine d'États ont réglementé, plus ou moins strictement, la pratique des mères porteuses (Californie, Arkansas, Floride, Illinois, Nevada, New Hampshire, Dakota du Nord, Texas, Virginie, État de Washington). Une telle pratique est également réglementée dans certaines provinces du Canada.

III. Faut-il légaliser la GPA ?

Les techniques de procréation médicalement assistée ont permis une triple dissociation, d'ores et déjà avalisée par le législateur.

1° Toutes les procréations artificielles impliquent une dissociation entre la procréation et l'exercice de la sexualité : ce n'est plus dans l'échange charnel, c'est-à-dire dans leur corps et par leur corps, que l'homme et la femme deviennent père et mère, l'un par l'autre. L'enfant conçu *in vitro* ou par insémination artificielle n'est pas le fruit d'un acte conjugal : il vient au monde à la faveur d'une suite d'actes techniques, *objectivement* dissociés des expressions (humaines) de l'amour et – le plus souvent – moyennant l'intervention de tiers (équipe médicale).

2° Les techniques de fécondation *in vitro* permettent de dissocier la procréation de la gestation et, partant, la maternité légale (et, le cas échéant génétique) de la maternité utérine. Ce dédoublement de la maternité s'opère déjà dans le cadre des procréations artificielles avec don d'ovocytes. Observons, au passage, qu'il fut un temps où, pour faire admettre les PMA avec don d'ovocytes, on se plaisait à souligner la primauté du lien gestationnel et affectif sur le lien génétique (la mère, disait-on, est, au premier chef, celle qui a porté l'enfant et qui l'a mis au monde). Aujourd'hui, pour faire accepter les mères porteuses, on tend au contraire à minimiser l'importance de la grossesse et de l'accouchement, et à

privilégier le lien génétique (« il est mon enfant parce qu'il provient de mes cellules germinales »)⁷.

3° Enfin, certaines pratiques permettent un relâchement du lien entre la procréation et l'institution du mariage. En effet, les procréations artificielles hétérologues, c'est-à-dire avec donneur de gamètes étranger au couple commanditaire, attendent à l'unité du mariage dans tous les cas où soit le donneur soit le couple demandeur est marié. Il est à remarquer que la mère porteuse, si elle est mariée, devrait sans doute respecter une clause d'abstinence des rapports conjugaux pendant la période d'insémination ou d'implantation de l'embryon conçu *in vitro*, ce qui apparaît incompatible avec les obligations du mariage et pose problème au regard des principes relatifs au respect de la vie privée.

Étant donné que la pratique des mères porteuses s'appuie sur une PMA (insémination artificielle ou FIVETE) et que celle-ci est d'ores et déjà reconnue et réglementée, il semble à première vue difficile, aujourd'hui, de ne pas admettre aussi, en notre droit, la GPA.

Le propos est, ici, d'épingler les problèmes spécifiques posés par la GPA et de vérifier si l'on est en présence d'une discrimination injuste (à l'égard des femmes atteintes d'une pathologie utérine) ou de situations objectivement différentes qui, à ce titre, seraient effectivement justiciables d'un traitement juridique différent.

IV. Quels sont les problèmes spécifiques posés par la GPA ?

Partons d'un principe largement admis, par des personnes de tous bords philosophiques. Il s'agit du principe de dignité de la personne qui fonde la différence de l'homme dans la nature et l'institue comme sujet de droit. Ainsi, Kant a-t-il bien mis en évidence la distinction fondamentale entre la notion de *dignité* (« valeur intrinsèque »), propre aux personnes, et celle de *prix* (« valeur relative ») qui caractérise les choses⁸.

Chaque personne est un sujet unique qui échappe à toute objectivation exhaustive. Comme le suggère Emmanuel Mounier, je peux me pencher sur le cas de Pierre et l'étudier sous un angle psychologique, sociologique, médical,... mais il ne s'agit jamais que de coupes prises chaque fois sur un aspect de son existence, qui, même superposées, sont inaptés à le représenter en entier. Il est un fonctionnaire, *un bourgeois, un Wallon, un collectionneur, un homme jovial...* mais il n'est pas *un Pierre* : *il est Pierre*⁹. Bref, il est quelqu'un d'absolument unique. Il est « quelqu'un », ce qui le distingue nettement des autres êtres du monde visible, qui, eux, ne sont jamais que « quelque chose ». Un abîme sépare le monde des

⁷ Cf. P. D'ORNELLAS, *Bioéthique. Propos pour un dialogue*, Desclée de Brouwer, 2009, p. 103.

⁸ Cf. E. KANT, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, dans *Œuvres philosophiques*, Bibliothèque de la Pléiade, vol. II, Ed. Gallimard, 1985, section 2, pp. 301-302.

⁹ E. MOUNIER, *Le personnalisme*, P.U.F., 14^e éd., 1985, p. 5.

personnes de celui des choses, objets inanimés, sans vie. Mais il y a plus : il se distingue aussi radicalement des plantes et même des animaux, qui sont aussi des êtres vivants et que nous hésitons à appeler « choses ». Pourtant, on ne dit pas d'une plante ou d'une araignée qu'elle est quelqu'un. On ne parle pas de « personne végétale » ou de « personne animale », mais d'individu végétal ou animal, entendant par là un exemplaire d'une espèce végétale ou animale. Et ce langage nous convient. En revanche, on ne se contente pas de désigner l'homme comme un individu de l'espèce humaine. On refuse de l'enfermer dans la notion « individu de l'espèce » parce qu'on a conscience que chaque être humain est un « exemplaire » unique, qui possède une originalité propre, nettement plus marquée que celle des êtres inanimés ou des autres vivants. C'est pourquoi l'homme reçoit un nom spécial, celui de « personne »¹⁰. Autrement dit, c'est parce qu'il a une dignité que l'être humain reçoit le nom de « personne ». De ce point de vue, l'expression « dignité de la personne humaine » traduit une certaine redondance.

Sur le plan éthique, le respect de la dignité de la personne s'oppose à toute forme d'utilisation, d'instrumentalisation : chaque personne est une fin en soi, et doit être traitée comme telle et jamais seulement comme un moyen ou un instrument au service des besoins ou désirs d'un autre.

Depuis l'Antiquité romaine, la distinction entre les personnes et les choses est au cœur de notre système juridique. Cette distinction est « le fondement principal de notre civilisation »¹¹ et la *summa divisio* du droit : d'un côté, il y a les personnes, sujets de droit; de l'autre, les choses, objets de droits.

Notre humanisme juridique, en phase avec une longue tradition philosophique, demeure en principe très attaché à cette distinction fondamentale, même s'il faut reconnaître qu'elle apparaît de plus en plus malmenée : diverses applications de la biomédecine (techniques de procréation médicalement assistée) induisent, semble-t-il, une instrumentalisation, voire une réification, des sujets impliqués (donneur de gamètes, mère porteuse, enfant) et, partant, un dangereux affaiblissement de la distinction entre les personnes et les choses¹². Renoncer à cette distinction radicale entre les choses (appropriables, disponibles, objets de droit) et les personnes (inappropriables, indisponibles, sujets de droit) revient à permettre de traiter les personnes comme des choses, permission dont on peut penser qu'elle traduirait une regrettable régression.

Voyons cela de plus près dans le cas de GPA. A divers égards, la gestation pour autrui paraît contraire à la dignité humaine et brouille gravement la distinction fondamentale entre les personnes et les choses.

¹⁰ Th. D'AQUIN, *S. Th.*, I, 29, 1.

¹¹ Ph. MALAURIE, *Droit civil. Les personnes*, 4^e éd., Paris, Cujas, 1999, p. 22.

¹² Cf. R. ANDORNO, *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles*, Préface de F. CHABAS, Paris, L.G.D.J., 1996.

Du côté de la mère porteuse

Même si la mère porteuse prête volontairement ses services, avec générosité et désintéressement, elle se trouve *objectivement* réduite à jouer un rôle purement instrumental. Elle est condamnée à envisager sa grossesse dans une perspective purement fonctionnelle et non comme un événement impliquant son être en entier. Il lui est interdit d'investir affectivement l'enfant qu'elle porte. Autrement dit, la mère porteuse met à disposition du couple commanditaire ses fonctions reproductrices, mais cette forte implication corporelle ne traduit pas un engagement de sa personne tout entière. D'où l'atteinte à l'unité substantielle de la personne, qui, dans une anthropologie humaniste, apparaît indivisiblement corps et esprit : la mère porteuse, en effet, ne pourra pas s'investir de cœur et d'esprit dans la grossesse ; elle doit forcément mener celle-ci dans la perspective d'un abandon. Elle doit nécessairement vivre sa grossesse dans l'indifférence, dans le détachement, dans la pensée que ce n'est pas son enfant. Elle doit vivre sa grossesse, *volens nolens*, comme une expérience étrangère à elle-même, avec la conscience de n'être qu'un simple instrument au service du couple commanditaire. N'y a-t-il pas une incompatibilité entre la dignité humaine et le rôle purement instrumental ainsi donné au corps de la mère porteuse ?

Peut-on affirmer que la situation envisagée est, somme toute, analogue à toutes celles où une femme (ou un homme) s'engage, contre rémunération, à accomplir un travail, pénible le cas échéant, au profit d'un tiers? Effectivement, il n'est pas exclu que certaines conditions de travail puissent être dégradantes et, partant, contraires à la dignité humaine. Une légitime protestation s'élèvera alors contre cette forme de déchéance. Pour y obvier, nos législateurs modernes ont mis en place une législation du travail rigoureuse. Par conséquent, lorsqu'un sujet met sa force de travail au service d'autrui, il le fait, en principe, *en tant que personne*.

L'engagement de la mère porteuse est d'un tout autre ordre. Le contrat a pour objet de « mettre à disposition » son utérus, moyennant un « dédommagement », ce qui semble contredire le principe d'indisponibilité du corps humain. En mettant sa capacité gestationnelle – soit un attribut éminemment intime de son *être*, qui la distingue en tant que femme – au service du couple commanditaire, la mère porteuse semble *disposer* d'elle-même. En outre, en disposant de son état de mère – qui est *d'ordre ontologique* – par la remise de l'enfant qu'elle a mis au monde, ne renonce-t-elle pas pareillement à ce qu'elle est ? En renonçant à être mère – ce qu'elle est –, ne se nie-t-elle pas, en quelque sorte, en tant que personne ?¹³ Il est permis de le penser, déjà dans le cas où elle est uniquement la mère gestatrice (ou utérine) de l'enfant (hypothèse de la FIVETE) et, plus encore, lorsqu'elle est, de surcroît, sa mère génétique (hypothèse de l'insémination).

¹³ Dans les opérations de mère porteuse, l'abandon de l'enfant à la naissance est décidé à l'avance. Autre chose est l'abandon d'un enfant par une femme qui, pour toutes sortes de raisons (pauvreté...), abandonne son enfant avec l'espoir qu'il pourra être recueilli, éduqué et connaître un avenir meilleur... Dans ces conditions, l'abandon peut être vu comme une affirmation – paradoxale – de son instinct de maternité.

En d'autres termes, les conventions de mère porteuse ont pour *objet*, d'une part, les fonctions reproductrices de la femme porteuse, d'autre part, sa qualité de mère, soit des éléments qui relèvent de l'être-même d'une personne. Ils sont dès lors « hors commerce », à l'instar du corps humain en entier, car ils ressortissent au domaine de la personne et non des choses. Déclarer valables les contrats de mères porteuses reviendrait indirectement à considérer l'être humain comme une *chose* puisqu' « il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions » (article 1128 du Code civil)¹⁴. Il n'est pas inutile de préciser que les biens « hors commerce » ne sont pas soustraits seulement aux échanges commerciaux : ils sont tenus en dehors de tout « commerce juridique » au sens où ils ne peuvent faire l'objet d'aucune convention, même à titre gratuit. De tels biens sont littéralement *indisponibles* : « la volonté humaine ne saurait avoir de prise sur les éléments constitutifs de l'être des personnes »¹⁵. Tel est le sens exact – et l'intérêt capital – du principe d'indisponibilité du corps humain¹⁶.

Au total, la mère porteuse s'engage dans une opération qui frise l'aliénation – du latin *alienus*, étranger à soi-même – et ne se compare à nulle autre prestation de travail.

Par ailleurs, l'autorisation de la GPA risque immanquablement de mener à l'exploitation de certaines femmes défavorisées, démunies ou facilement influençables. Certes, on prévoit que la GPA ne pourra pas être rémunérée. Mais comment contrôler cette prescription et empêcher les arrangements privés entre individus ? Le cas de la petite Donna, conçue par insémination artificielle en 2004 pour le compte d'un couple belge, mais cédée à sa naissance en 2005 par la mère porteuse à un couple néerlandais plus offrant (15.000 euros au lieu des 10.000 euros convenus avec le couple demandeur), via une annonce sur Internet, illustre les dérives possibles.

En définitive, la GPA blesse la dignité de la mère porteuse et apparaît contraire à son intérêt.

Du côté de l'enfant à naître

Après l'accouchement, la mère porteuse s'engage à remettre l'enfant au couple commanditaire. Il s'en suit une réification de l'enfant, traité non comme sujet de droit mais « objet » d'un droit de créance, non comme une personne mais comme une « chose » due en vertu du contrat. L'opération porte gravement atteinte à la dignité de l'enfant car elle consiste à *disposer* d'une *personne*, l'enfant à naître. Pour ce motif aussi, le contrat de mère porteuse apparaît illicite (article 1128 du Code civil). Mais il y a plus. Comme l'a estimé la Cour de cassation de France, « les conventions de mère porteuse contreviennent au principe d'ordre public de l'indisponibilité de l'état des personnes en ce qu'elles ont pour but de faire venir au

¹⁴ Les contrats de mère porteuse sont nuls au même titre en ce qu'ils ont aussi pour objet l'enfant à naître, c'est-à-dire une personne (voir ci-après).

¹⁵ A. SERIAUX, obs. sous Cass. fr. (1^{re} ch. civ.), 13 déc. 1989, *J.C.P.*, 1990, 21526, n° 8.

¹⁶ Comme on le verra ci-après, le contrat de mère porteuse est également illicite en ce qu'il contrevient au principe d'indisponibilité de l'état des personnes.

monde un enfant dont l'état ne correspondra pas à sa filiation réelle au moyen d'une renonciation et d'une cession, également prohibées, des droits reconnus par la loi à la future mère »¹⁷. Il est à noter qu'aux yeux des hauts magistrats, le principe d'indisponibilité ne s'applique pas à l'état *légal* (l'adoption ne permet-elle pas de donner à un enfant abandonné un autre état civil ?), mais à l'état *naturel* de l'enfant. Il est question ici d'un acte juridique privé de *disposition* de l'état *réel* d'un enfant... et de sa mère. Où l'on comprend que le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes est un socle fondamental de l'ordre social. Qu'advierait-il d'une société en laquelle les liens de filiation et de parenté seraient soumis à la toute-puissance des volontés individuelles ? En avalisant la pratique des mères porteuses, le législateur donnerait en ce sens un signal dévastateur puisque des pères et mères seraient autorisés à abandonner leur progéniture, à abdiquer de leur qualité de père ou mère et à se défausser de leur responsabilité parentale. Remarquons, à cet égard, que les conventions de mère porteuse diffèrent fondamentalement de l'adoption. Certes, au terme de la procédure d'adoption, des personnes qui ne sont pas les vrais géniteurs de l'enfant deviendront officiellement ses père et mère. Cependant, l'adoption ne peut être regardée comme un *acte de disposition* de l'état de l'enfant car il est exclu que les parents biologiques et les parents adoptifs *se mettent d'accord* pour opérer une modification légale du lien de filiation. L'adoption est prononcée par un tribunal et ne résulte en aucun cas d'un acte juridique privé, c'est-à-dire du simple concours de deux volontés¹⁸. Au demeurant, il convient d'y insister, sur le plan du vécu, l'adoption n'intervient que comme un pis-aller, dans l'intérêt d'un enfant abandonné ou orphelin – pour régler au mieux une situation malheureuse qui n'a pas été voulue comme telle –, ce qui n'est pas le cas dans la GPA où l'abandon est programmé. Il y a là une différence anthropologique incontestable.

Par ailleurs, *quid* si l'enfant, objet du contrat, ne satisfait pas les commanditaires, en cas de handicap par exemple ? Pour parer à cette éventualité, les Sénateurs, en France, envisagent d'octroyer à la mère porteuse une clause de rupture de contrat, en ayant à tout moment le pouvoir d'exercer son « droit à l'avortement ». Dans l'autre sens, la mère porteuse pourra-t-elle être obligée de recourir à l'interruption de grossesse en cas de malformation détectée (par ex. diagnostic de trisomie 21) ? On imagine en tout cas les pressions qui pourraient s'exercer sur la mère porteuse en pareille hypothèse.

Encore la GPA fait-elle l'impasse sur l'importance – toujours mieux documentée – de la relation intra-utérine qui se noue entre la mère et l'enfant pendant la grossesse. Elle gomme le lien entre la grossesse, l'accouchement et la maternité. L'existence d'échanges intra-utérins entre la femme enceinte et l'embryon n'est, semble-t-il, plus contestée par personne¹⁹. L'enfant en gestation entretient

¹⁷ Cass. fr. (1^{re} ch. civ.), 13 déc. 1989, précité.

¹⁸ Voir, ici aussi, les observations éclairantes d'A. SERIAUX sous Cass. fr. (1^{re} ch. civ.), 13 déc. 1989, *op. cit.*, n° 15.

¹⁹ Cf. Rapport d'information fait au nom de la Commission des Affaires sociales et de la Commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale par le

nécessairement un rapport fusionnel avec celle qui le porte : il « détecte une multitude de substances dans le liquide amniotique et s'imprègne de cet univers olfactif et gustatif qu'il retrouvera à la naissance dans le lait maternel »²⁰ ; il s'habitue au corps de sa mère, à son odeur, à sa voix, à celle de son père et de ses frères et sœurs, et les mémorise étonnamment. Tout cela prépare le lien avec sa famille à la naissance. *In utero*, « il sent aussi les états émotionnels de sa mère grâce aux ondes sonores qu'il interprète avec beaucoup de précision. Comment imaginer programmer intentionnellement une rupture du processus d'attachement à la naissance ? »²¹.

La « gestation et l'accouchement », écrit Xavier LACROIX, donnent lieu à « une interaction d'une immense finesse entre le corps de la femme et celui de l'enfant [qui] ressent les émotions de sa mère et est sensible à ses rêves. Inversement a lieu chez la femme tout un processus qu'on appelle l'attachement : on tremble donc à l'idée d'une grossesse vécue dans l'indifférence »²².

Avec l'admission de la GPA, tout se passe comme si la gestation *in utero* ne faisait pas partie intégrante de la maternité. La GPA s'apparente dès lors à un abandon : à sa naissance, l'enfant risque de ressentir naturellement comme un abandon l'absence de cette femme qui l'a porté neuf mois durant. Il risque de chercher vainement les repères sensoriels auxquels il s'était habitué et d'être marqué négativement par cette expérience. Si tant est qu'il soit possible pour la mère porteuse de ne pas s'attacher à l'enfant, il est en revanche impossible pour l'enfant de ne pas « investir » cette dernière. Priver l'enfant de la valeur relationnelle de la grossesse et de l'accouchement constitue une réelle discrimination et apparaît contraire aux droits fondamentaux de tout être humain. Le risque est grand que l'enfant vienne au monde avec un traumatisme persistant. Il est demandé à la mère porteuse de ne pas s'attacher à l'enfant durant la grossesse, afin de pouvoir s'en détacher immédiatement après la naissance. De l'avis de nombreux psychologues, la relation intra-utérine entre la mère et l'enfant – niée dans la GPA – est essentielle au développement et à l'équilibre de l'enfant, adolescent et par la suite jeune adulte.

On ajoutera la question du brouillage de la perception, par l'enfant, de sa filiation. Une fois l'enfant arrivé à l'âge de raison, grand est le risque qu'il se trouve déchiré face à la pluralité des figures maternelles qui s'offrent à lui. Ne se demandera-t-il pas à bon droit qui est, en définitive, sa mère : la femme qui l'a porté et mis au monde ou la femme du couple commanditaire, devenue juridiquement sa mère ? Parviendra-t-il à surmonter un inévitable conflit intérieur sans effets délétères dans l'élaboration de son identité ? Comment vivra-t-il l'abandon par la femme qui l'a porté et mis au monde ? D'autant qu'à la différence des autres enfants abandonnés, il ne pourra même pas considérer que sa « mère gestatrice » l'a

groupe de travail sur la maternité pour autrui, par Michèle ANDRE, Alain MILON et H. RICHEMONT, Sénat, sess. ord. 2007-2008, n° 421, annexe au procès-verbal de la séance du 25 juin 2008, p. 60.

²⁰ P.-O. ARDUIN, « Les partisans des mères porteuses ne désarment pas », www.libertepolitique.com.

²¹ *Ibid.*

²² *La Croix*, 26 juin 2008.

remis à ses parents d'adoption par amour, pour lui assurer un avenir meilleur... Il y a là un ressort psychique qui ne pourra jouer²³.

Et comment les enfants de la mère porteuse ressentiront-ils cet abandon de l'enfant qu'ils pouvaient légitimement considérer comme leur petit frère ou leur petite sœur ?

Par ailleurs, la GPA porte en germe divers conflits entre les deux « mères » participant à l'opération : il se peut qu'aucune des deux n'accepte finalement l'enfant ou, à l'inverse, qu'elles « se l'arrachent », la mère porteuse refusant de le livrer au couple commanditaire.

D'autres questions méritent encore d'être posées. Quelle sera la responsabilité de la mère porteuse si elle contracte une maladie ou adopte un comportement irresponsable (alcool, drogue, tabac...) pendant la grossesse ? *Quid* en cas de séparation ou de divorce pendant la grossesse ? *Quid* si les parents « commanditaires » décèdent avant la naissance ?

Enfin, la légalisation de la GPA semble être un pas supplémentaire vers la consécration d'un *droit à l'enfant*, lequel revient à réifier l'enfant, à le transformer en un simple objet auquel chacun aurait droit, fourni par l'Etat et destiné à satisfaire les désirs des adultes.

En définitive, la GPA semble contraire à la dignité et à l'intérêt de l'enfant.

Conclusion

Il est impossible de rester insensible à la détresse des couples qui ne peuvent avoir d'enfant. L'on ne peut ignorer, en particulier, la souffrance des femmes atteintes d'une pathologie utérine. Cependant, leur désir d'enfant, aussi compréhensible et respectable soit-il, ne saurait justifier à lui seul la légalisation de la pratique des mères porteuses.

Nous sommes en présence d'un vrai débat de société dont tous les éléments doivent être mis en balance. Or, ce qui est en jeu ici, ce n'est pas seulement un désir d'enfant, qu'on aimerait satisfaire, mais aussi la valeur sociale de la maternité, les bases du droit de la filiation et la conception de la famille, la dignité de la femme qui s'offre pour porter un enfant qui ne pourra être le sien et, enfin, l'intérêt – voire les droits fondamentaux – de l'enfant à naître. Où l'on voit que de puissantes raisons d'ordre anthropologique, éthique, juridique et sociopolitique s'opposent à une légalisation de la GPA.

Force est de reconnaître que le remède proposé crée des risques et inconvénients sans commune mesure avec l'avantage procuré. Contrairement à la figure de

²³ A ce sujet, lire les réflexions de Myriam SZEJER, pédopsychiatre, et du professeur Marcel RUFO, pédopsychiatre, dans le Rapport d'information précité, pp. 62-63.

l'adoption, la GPA ne vise pas à régler au mieux le sort d'un enfant orphelin mais, crée de toutes pièces une telle situation dans l'intérêt d'un couple sans enfant.

La pratique des mères porteuses contredit gravement l'essence de la maternité, qui est *indivisible* et *incessible*. Elle ampute la maternité de la grossesse comme si celle-ci n'était pas partie intégrante de celle-là. Ce faisant, elle fait l'impasse sur les liens – d'une extrême finesse – qui se tissent lors de la période intra-utérine entre la femme enceinte et l'enfant. L'opération passe par un abandon de celui-ci, avec les préjudices identitaires qui risquent d'en résulter. Elle bouscule les fondements mêmes et la cohérence du droit de la filiation. En effet, une légalisation de la GPA revient à :

- mettre en cause le vénérable principe *mater semper certa est* (l'inscription sur l'acte de naissance du nom de la femme qui a accouché suffit à établir la maternité) : veut-on, pour quelques cas, attenter à ce principe fondamental qui garantit à l'enfant l'évidence de sa filiation ?
- faire droit à l'abandon d'un enfant à sa naissance et à autoriser une mère à se soustraire à ses devoirs et responsabilité à l'égard de sa progéniture.
- faire un pas en direction d'une contractualisation de la filiation et, par là, à traiter l'être humain comme une chose.
- tolérer une filiation éclatée puisque, dans les hypothèses extrêmes, l'enfant pourrait avoir jusqu'à cinq parents : une mère biologique, un père biologique, une mère gestatrice, une mère légale et un père légal.

Certes, la vérité biologique n'épuise pas toute la symbolique des rapports de filiation : en tant que lien de parenté unissant les générations, la filiation s'appuie sur des données non seulement biologiques mais aussi psychiques et juridiques. Il n'est pas moins vrai que toutes ces données sont essentielles, au plan individuel, à la construction de l'enfant, et, au plan collectif, à l'institution des repères générationnels²⁴. C'est dire s'il convient de regarder au-delà de la demande (très) particulière de GPA.

La GPA fait courir à la mère porteuse (et aux siens) de sérieux risques psychologiques qui s'ajoutent aux risques médicaux inhérents à toute grossesse. Elle conduit à l'instrumentalisation de la mère porteuse, objectivement réduite à tenir un rôle purement fonctionnel, et à la chosification de l'enfant.

La souffrance des couples stériles mérite respect et compassion. Elle doit certes être entendue et accueillie par la société. Mais il n'est pas évident que toute souffrance doive être rencontrée sur le terrain médical. On ne saurait combler le désir d'enfant au prix du sacrifice des droits de l'enfant, de la dignité de la femme, d'un brouillage des règles de filiation et, en définitive, d'un bouleversement de coordonnées anthropologiques et juridiques fondamentales.

²⁴ A ce propos, voir M.-Th. HERMANGE, « La gestation pour autrui : malaise dans la civilisation », contribution annexée au rapport d'information précité, p. 95.

Repères bibliographiques

Académie Nationale de Médecine (France), *La gestation pour autrui*, rapport fait au nom d'un groupe de travail, par R. HENRION et Cl. BERGOIGNAN-ESPER, 10 mars 2009, avec une imposante bibliographie.

Center for American Progress, *Futures Choices – Assisted Reproductive Technologies and the Law*, par J. ARONS, December 2007.

Comité Consultatif de Bioéthique (Belgique), Avis n° 30 du 5 juillet 2004 relatif à la gestation pour autrui (mères porteuses).

Rapport d'information fait au nom de la Commission des Affaires sociales et de la Commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale par le groupe de travail sur la maternité pour autrui (France), par Michèle ANDRE, Alain MILON et H. RICHEMONT, Sénat, sess. ord. 2007-2008, n° 421, annexe au procès-verbal de la séance du 25 juin 2008.

* * *

R. ANDORNO, *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles*, Préf. de F. CHABAS, Paris, L.G.D.J., 1996 (en particulier, les pages 259 à 286 consacrées à la gestation pour autrui).

X. DIJON et J.-P. MASSON, note sous Cass. fr. (ass. plén.), 31 mai 1991, *J.T.*, 1991, pp. 767-771.

M.-T. MEULDERS-KLEIN, « Le droit de l'enfant face au droit à l'enfant et les procréations médicalement assistées », *R.T.D.Civ.*, 1988, p. 645 et s., spéc. p. 657 et s.

A. MIRKOVIC, « A propos de la maternité pour autrui », *J.C.P. – Droit de la famille*, juin 2008, pp. 9-13.

P. D'ORNELLAS, *Bioéthique. Propos pour un dialogue*, Desclée de Brouwer, 2009.

A. SERIAUX, observations sous Cass. fr., 13 déc. 1989, *J.C.P.*, 1990, II, 21526.

Dossier réalisé par Etienne MONTERO



Rédaction :
205 chaussée de Wavre
B-1050 Bruxelles
00 32 (0)2 647 42 45
E-mail : secretariat@ieb-eib.org
www.ieb-eib.org