

Dans une série d'arrêts rendus mercredi 5 juillet, la Cour de cassation a reconnu la filiation d'enfants nés par GPA à l'étranger. Cette décision vient relancer la controverse sur le recours aux mères porteuses

# Faut-il autoriser la gestation pour autrui ?

## Sortons du prohibitionnisme

Le juriste au CNRS Daniel Borrillo estime qu'il faut se détacher d'une conception canonique de la famille et dessine deux voies possibles pour réguler la gestation pour autrui à la suite des arrêts récents de la Cour de cassation

Par DANIEL BORRILLO

Dans quatre arrêts du 5 juillet, la Cour de cassation s'est prononcée avec une extrême prudence sur la transcription de l'acte de naissance des enfants nés à l'étranger par gestation pour autrui (GPA). Selon la haute juridiction, « l'acte de naissance étranger d'un enfant né d'une GPA peut être transcrit partiellement à l'état civil français, en ce qu'il désigne le père, mais pas en ce qu'il désigne la mère d'intention ». L'épouse ou l'époux du père biologique peut, par la suite, adopter l'enfant de son conjoint. La Cour de cassation met ainsi en conformité sa jurisprudence avec celle de la Cour européenne des droits de l'homme, laquelle avait déjà condamné la France à deux reprises en 2014 et en 2016.

Si cette décision constitue une avancée, en ce qu'elle permet de régler l'état civil de ces enfants, elle demeure précaire vis-à-vis du lien de l'enfant avec le parent d'intention. La procédure d'adoption intrafamiliale demeure complexe et peut prendre beaucoup de temps, laissant ainsi le mineur dans l'incertitude. 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 c'est la dimension spirituelle qui compte — la volonté d'être parent — plutôt

que les compétences corporelles — l'engendrement. La « volonté procréationnelle » devient ainsi la seule source légitime des nouvelles formes de procréation. 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 grandes catégories : le prohibitionnisme, le libéralisme et le régulationnisme.

### TROIS CONCEPTIONS

Pour le courant prohibitionniste, la GPA constitue une pratique attentatoire à 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 toutes circonstances. Ce courant considère qu'il est impossible pour une femme de consentir à la GPA, cette pratique étant assimilée à la vente et l'achat d'enfants. Malgré les arrêts de la Cour de cassation, la France demeure un pays prohibitionniste : outre la sanction civile, comportant la nullité du contrat de GPA, celle-ci constitue une atteinte pénale à la filiation dès lors qu'elle est réalisée en France.

Le courant libéral, lui, 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 aux Etats-Unis dans les Etats de Floride, Utah, New Hampshire et Washington —, ou conçue comme un service rémunéré. Certains Etats admettent uniquement un dédommagement, comme le Canada. Pour ce courant, les prestations des femmes porteuses sont assimilées à celles d'une nourrice. Selon cette conception, le contrat suffit à garantir les droits des différentes parties du processus procréatif : s'il y a consentement libre, c'est-à-dire sans dol — ou tromperie —, sans violence et sans lésion — une 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 : droit au regret, comme en 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 toutefois aux couples hétérosexuels.

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.

### LES NOUVEAUX TERMES DU DÉBAT

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 contraint. En revanche, la conception libérale place le consentement au cœur de son dispositif moral. Elle considère que, en 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.

Si le président Macron s'est prononcé contre la légalisation de la GPA, ces arrêts de la Cour de cassation permettent de rouvrir le débat car ils ne règlent que très partiellement le problème. Toutefois, la haute juridiction a permis de rétablir les termes de la controverse. L'idéologie prohibitionniste est mise à mal, et la France devra choisir entre le système libéral ou le régime régulationniste, seuls aptes à garantir à la fois la liberté individuelle et l'intérêt supérieur de l'enfant. Aussi, on peut trouver dans cette technique une dimension émancipatrice pour les femmes car pour la première fois, elles seraient rémunérées pour un « travail » qu'elles ont accompli depuis toujours gratuitement. ■



**Daniel Borrillo**, enseignant chercheur associé au Cersa-CNRS, est juriste à l'université de Paris-Ouest-Nanterre-la Défense. Il est notamment spécialiste du droit du genre, de la sexualité et de la bioéthique.

# Non à une légalisation larvée

Pour l'ancienne députée Anne-Yvonne Le Dain, la décision de justice sur la GPA revient à autoriser, sans débat politique, une marchandisation des enfants et du corps de la femme

Par ANNE-YVONNE LE DAIN

**U**n enfant né par GPA pourra être adopté par le conjoint du père biologique.» Ainsi en a décidé la Cour de cassation, en l'absence de toute réponse politique depuis longtemps, et en jonglant avec les textes pour motiver les décisions prises mercredi 5 juillet. Décisions qui ne tiennent en rien compte de la position prise tout récemment par le Comité consultatif national d'éthique, clairement hostile à cette pratique.

La conséquence de cette décision est que, si vous contrenez à la loi française en faisant produire un bébé par une mère porteuse à l'étranger, vous serez récompensé en France parce que votre « filiation » – génétique – sera reconnue, et que votre conjoint – homme ou femme – pourra l'adopter. Mais si vous n'avez pas l'argent pour acheter un nouveau-né à l'étranger, alors vous n'aurez pas d'enfant à adopter. Point final.

L'intérêt supérieur de l'enfant est mis en avant pour aboutir à cette terrible décision. Mais en France, aucun enfant n'est en danger! Ils vivent dans la famille qui les a fait naître, sont accompagnés par les institutions, identifiés par les services de la protection de l'enfance et de la santé, vont à l'école et ont, de droit, la nationalité française après cinq ans de présence sur le territoire national.

Les adultes qui ont contrevenu à la loi répètent à l'envi qu'ils sont amputés de leur « filiation ». Laquelle? La filiation biologique, ou la filiation que donne la loi? Les deux peut-être? Mais comment sont-elles définies, ces « filiations »? Sur ces questions, on touche au projet politique des pro-GPA, qui veulent en faire une naissance « comme les autres ». Or, il n'en est rien.

Soyons précis, recourir à une GPA, c'est faire appel à des entreprises qui proposent, sur catalogue et contre rémunération, des femmes

« donneuses d'ovocytes » et des femmes « porteuses de fœtus », des services juridiques et financiers, une offre médicale et pharmaceutique complète, depuis les injections d'hormones jusqu'à l'accouchement, du prélèvement d'ovocytes à la réimplantation *in utero* des œufs fécondés, jusqu'aux éventuels soins nécessaires pour pallier aux contractions inopportunes et aux ouvertures de cols. Jusqu'à des garanties d'enfants sans défauts apparents, ce qui implique un avortement s'il y en a, ou la naissance d'un orphelin si la détection du « défaut » est tardive. La vérité crue est celle-là.

Côté argent, les contrats peuvent compter aux Etats-Unis jusqu'à 300 pages, mais sont plus sommaires dans les pays moins cossus et, *grosso modo*, acheter un enfant coûte entre 50 000 et 250 000 euros, voire plus, dont la mère porteuse perçoit généralement l'équivalent d'un an de travail au salaire minimum local, voire deux ans, et la donneuse d'ovocytes bien moins. Tout le reste est pour les intermédiaires. Sacré pactole.

L'absence de décision politique et de loi claire aura ainsi conduit à un imbroglio qui crée de fait une France des riches et une France des pauvres : ceux qui peuvent se payer un enfant et ceux qui ne le peuvent pas, et ne le pourront jamais. Il aura aussi suffi aux militants français de la GPA de désobéir avec détermination et constance à la loi de leurs pays, et de maîtriser les subtilités juridiques de la Cour européenne des droits de l'homme, pour obtenir cette sorte de légalisation subreptice, par le subtil biais du « statut filial » de l'enfant.

Ceux qui ont ainsi acheté un enfant à l'étranger sont récompensés et, demain ou dans quelques années, par souci de « justice », une loi légalisera ces situations de fait, puis autorisera le recours à la GPA. Puis, un jour, cette pratique sera remboursée par la Sécurité sociale! Mais les risques sont trop grands.

## PROTÉGER LES PLUS FRAGILES

Les complications de la grossesse, de l'accouchement, des suites de couche, les complications organiques ou hormonales, les douleurs et les risques pris par la femme qui aura donné ses gamètes comme par celle qui aura porté l'enfant sont ignorés. L'apparition de cancer lié aux hormones sexuelles, le déclenchement d'un dia-

bète, d'une obésité, d'une descente d'organes, d'une mélancolie grave : tout cela est nié. Or le risque est réel et nul ne peut savoir ce qu'il adviendra pendant et au terme d'une maternité.

Une société doit au contraire protéger les siens, tous les siens, notamment les plus fragiles et ceux qui risquent de le devenir. S'en remettre à la liberté individuelle d'une femme pour permettre une telle prise de risque n'est pas dans notre culture française, protectrice de tous et de chacun. Imagine-t-on la pression psychologique intrafamiliale – d'un frère sur sa sœur, d'une fille sur sa mère – d'une GPA « éthique » – sans rémunération de la porteuse, mais bien de la clinique, des juristes et des médecins?

Imagine-t-on l'incitation financière pour des femmes démunies qui veulent aider leur famille et améliorer leur vie? Il ne s'agit pas de liberté, mais de forts et de faibles, de riches et de pauvres.

Ces questions éminemment politiques ont disparu sous le concert des parents heureux et d'un cercle de famille qui s'est agrandi quand l'enfant espéré est enfin apparu! Le corps des femmes qui ont produit cet enfant est effacé, et seul reste et compte l'enfant du bonheur. Le corps des femmes risque donc d'être de nouveau en danger dans nos sociétés. Ce corps placé sur le marché des désirs est une possible marchandise : maman ou putain, les plus vieux métiers du monde sont de retour.

La GPA doit-elle ainsi entrer dans nos mœurs? Non, car à y bien réfléchir, sur notre Terre surpeuplée, n'y a-t-il rien de plus nécessaire que de transmettre ses gènes? Ces petits codes qui se combinent et se recombinent, disparaissent, passent d'une génération à l'autre? Doit-on rappeler que la transmission génétique transmet ou des insignifiances ou des anomalies et que les qualités réelles d'un être humain sont celles que lui procure son éducation? Ces petits codes génétiques sont-ils tellement plus importants que le corps de quelques milliers, voire millions, de femmes usines? Les risques qu'elles prennent sont considérables pour leur vie. Alors que nulle autre vie que la leur n'est en danger. ■

¶

Anne-Yvonne Le Dain a été députée (PS)

de l'Hérault de 2012 à 2017. Elle préside

l'Association des femmes politiques progressistes