

SEPTEMBRE 2018



— RAPPORT

Pour une GPA responsable en France

La famille pour tous

Par Frank-Adrien PAPON

Préface de Daniel BORRILLO

LE MOT DE GASPARD

« Mon corps m'appartient »

Mon corps m'appartient. Ce cri de ralliement de la modernité a justifié il y a plus de quarante ans d'interrompre une grossesse. Il doit permettre aujourd'hui, avec le progrès des techniques, de porter l'enfant d'autrui. Respecter la femme, c'est reconnaître pleinement sa capacité à choisir.

Si le sujet est à ce point sensible, c'est que la société hésite encore à affranchir la reproduction de la sexualité et la filiation juridique de l'ordre biologique. Il faut avoir le courage d'aller jusqu'au bout de la logique des droits individuels et de tolérer des modèles familiaux variés. Contrairement à ce que pensait Tolstoï, toutes les familles heureuses ne se ressemblent pas.

Comme toujours, la prohibition fait des victimes : ces enfants nés de GPA à qui l'état civil nie toute existence, ces couples frustrés dans leur projet parental, et tous ceux qui ne pourront jamais témoigner puisque la loi leur a ôté la possibilité de naître. Comme toujours, mettre fin à la prohibition permettra de réguler les pratiques : nous proposons des dispositifs très concrets, et relativement contraignants, pour prévenir les abus.

Au nom de quelle morale refuser une liberté qui ne nuit à personne ?

Gaspard Koenig

Président
Génération Libre

Se repérer dans le rapport.

01 L'essentiel
p. 6

02 Préface
p. 8

03 Exergues
p. 12

04 Introduction
p. 16

05 Partie 1
p. 20

Constat : la réalité de la GPA aujourd'hui

- 1.1 - Qu'est-ce que la GPA ?
- 1.2 - A qui s'adresse la GPA ?

06 Partie 2
p. 28

L'impasse de la prohibition en France

- 2.1 - État du droit français actuel
- 2.2 - Échec et conséquences de la prohibition
- 2.3 - Violation des droits fondamentaux des parties en jeu
- 2.4 - Enjeux politiques de la GPA spécifiques à la France

07 Partie 3
p. 42

La loi ailleurs

- 3.1 - L'anti-modèle d'une GPA commerciale et non-encadrée, source d'abus et d'exploitation
- 3.2 - La GPA légale et non-commerciale
- 3.3 - La GPA commerciale et encadrée par la loi
- 3.4 - La GPA au niveau européen
- 3.5 - La GPA au niveau mondial

08 Partie 4
p. 56

Une loi pour encadrer la GPA en France

- 4.1 - Organiser la gestation pour autrui
- 4.2 - Des droits nouveaux
- 4.3 - Des obligations
- 4.4 - Des responsabilités partagées
- 4.5 - Modalités pratiques pré et post-natales

09 Partie 5
p. 78

Vers un débat apaisé ?

10 Conclusion
p. 82

11 Annexes
p. 86

12 Think tank
p. 98



L'ESSENTIEL

Nos travaux en un coup d'oeil.

Constat & analyse.

En France, la **Gestation Pour Autrui** (GPA) est trop souvent méconnue, incomprise, diabolisée. Alors que les lois de bioéthique doivent être révisées en 2019, ce rapport de GenerationLibre a vocation à ouvrir **un débat sain et éclairé** sur ce sujet.

Légaliser la GPA, c'est rendre aux femmes la **libre disposition** de leurs corps, c'est garantir **les mêmes droits à tous les enfants**, c'est valoriser une parenté fondée sur **l'engagement**.

Ce rapport analyse les **limites de la prohibition**, présente un **état des lieux critique** des pays où la GPA est actuellement encadrée et propose un modèle de GPA responsable pour la France. Ce cadre légal garantira le **respect des droits** de l'ensemble des parties prenantes afin d'éviter toute forme d'abus.

Proposition.

Définir les contours **d'une loi** introduisant un **encadrement** juste et efficace de la GPA en France.

01

CHIFFRES CLÉS

Les 3 chiffres à retenir.

7500€

C'est le montant de l'amende, accompagnée d'une peine de 6 mois d'emprisonnement, qui sanctionne **l'entreprise d'intermédiation** intrinsèque à la GPA.

C'est l'article de la Convention Européenne des Droits de l'Homme que la France **continue de violer**, en refusant de transcrire les actes de naissance des enfants nés par GPA, malgré sa condamnation à plusieurs reprises par la CEDH.

8

65%

C'est la proportion de Français en faveur de la GPA pour les couples hétérosexuels. **48% sont favorables à la GPA** pour les couples homosexuels (Sondage Ifop, juin 2018).

Par Daniel Borrillo

Juriste, chercheur au CERSA, auteur de *La Famille par contrat*, PUF, 2018

Il y quarante ans, dans un entretien avec Bernard Pivot, Françoise Dolto proposait de sanctionner l'avortement avec une amende symbolique « pour que la dépénalisation ne devienne pas la banalisation de l'IVG ». Il ne s'agissait pas pour la psychanalyste de revenir sur cet acquis social mais de limiter ses effets.

De même, depuis que l'inscription à l'état civil des enfants nés par GPA à l'étranger est admise, grâce à la Cour européenne des Droits de l'Homme, il semble difficile d'empêcher durablement cette pratique en France. Désormais, il commence à se développer un argument consistant à opposer deux formes de GPA, l'une moralement acceptable, appelée « GPA éthique » et l'autre condamnable dénommée par opposition « GPA marchande ». L'intérêt du rapport de GenerationLibre, que j'ai le plaisir de préfacier, est qu'il ne tombe pas dans le piège de cette dichotomie.

La GPA « éthique » proposée aujourd'hui, par la même gauche conservatrice incarnée autrefois par F. Dolto, fait partie du réflexe paternaliste qui, sans interdire sa pratique, prétend décider, à la place des femmes, de la forme que celle-ci doit prendre. Le parallèle entre les deux questions, l'IVG et la GPA, s'impose. Elles relèvent, effectivement, de la libre disposition du corps et de la liberté de procréer ou de ne pas procréer. La GPA devrait ainsi être comprise comme un chapitre de cette liberté procréative. Ronald Dworkin a raison d'affirmer que l'Etat n'a pas à se substituer aux individus en relation à la valeur que chacun accorde à sa vie, il doit se limiter à garantir les droits et les libertés fondamentales. Si une femme a la faculté de mettre fin à la vie de l'embryon qu'elle porte, rien ne devrait l'empêcher de mener à terme une grossesse pour le compte d'autrui : qui peut le plus, peut le moins (*a maiori ad minus*), dit l'adage latin.

S'appartenir à soi-même et avoir le contrôle sur son propre corps : la GPA illustre ces principes et constitue une sorte d'*habeas corpus* du XXI^{ème} siècle. Et, si l'on trouve cette thèse trop patrimonialiste, il suffit de considérer la GPA comme un droit fondamental à la vie privée, espace intime où le droit individuel doit prévaloir face à la souveraineté collective, autrement dit, il revient à la femme et à elle seule de décider d'une question existentielle si fondamentale.

Nous pouvons considérer la GPA comme la forme la plus féministe de reproduction non seulement parce qu'elle affirme le droit des femmes de disposer d'elles-mêmes mais aussi parce qu'elle permet de tarifer un travail effectué gratuitement.

La GPA peut également être abordée d'une manière moins déontologique, en suivant notamment la théorie de l'avantage comparatif de David Ricardo, selon laquelle dans une société libre chacun se spécialise dans la production pour laquelle il dispose du plus fort rendement : en matière de gestation (et en attendant l'utérus artificiel), ce sont les femmes qui conservent le monopole et devraient, par conséquent, être toujours gagnantes. Or, l'interdiction de la GPA continue à faire profiter les hommes du travail reproductif au détriment des femmes. C'est pourquoi, nous pouvons considérer la GPA comme la forme la plus féministe de reproduction non seulement parce qu'elle affirme le droit des femmes de disposer d'elles-mêmes mais aussi parce qu'elle permet de tarifer un travail effectué auparavant gratuitement. Cela n'empêche nullement l'existence d'une GPA altruiste car en vertu de l'argument *a minori ad majus*, si l'on admet la rémunération à plus forte raison, on ne peut qu'autoriser la gratuité. Toutefois, ce n'est pas à l'Etat d'en décider. Il doit simplement se limiter à organiser cette liberté de telle sorte que tout abus soit fermement sanctionné et que toutes les parties du processus procréatif soit justement rétribuées.

Si le rapport de GenerationLibre demeure prudent dans cette matière, il propose toutefois de **fonder la filiation sur la volonté du couple commanditaire, mettant ainsi fin à toute velléité biologisante.** Il démontre également la complexité de la question et brosse un tableau international sur les différents systèmes juridiques qui régulent la GPA. J'ajouterai tout simplement qu'elle est considérée par l'Organisation Mondiale de la Santé (OMS) comme une technique d'assistance médicale à la procréation.

Dans une société libérale, l'État n'a pas à désigner la personne et le rôle des femmes porteuses : pour les uns, il peut s'agir d'une amie ; pour les autres, d'une nourrice.

La manière dont notre société administrera la question de la GPA permettra d'évaluer notre capacité à respecter les principes politiques fondateurs de la modernité tels que l'autonomie de la volonté et la libre disposition de soi. Il ne s'agit nullement d'égoïsme, la lecture de ce rapport le montre clairement, non seulement par la place qu'il donne à l'Etat dans la régulation de cette forme de procréation mais aussi par le souci de respecter tous les intérêts en jeu : femme porteuse, donneurs de gamètes, parents d'intention, enfant, médecins.... Il s'agit donc d'encourager l'accomplissement individuel (aider à devenir parents, réaliser un projet parental, participer au processus procréatif...) en garantissant les moyens qui permettent cette réalisation au plus grand nombre. Ce rapport démontre que la liberté est compatible avec la solidarité lorsqu'il fait appel à la sécurité sociale pour garantir l'accès à la GPA pour tous. Dans une société libérale, l'Etat n'a pas à désigner la personne et le rôle des femmes porteuses : pour les uns, il peut s'agir d'une amie ; pour les autres, d'une nourrice. Certains couples souhaitent l'intégrer dans le récit familial, d'autres préfèrent avoir avec celle-ci un rapport purement commercial.

L'anonymat convient à certains, d'autres n'envisagent la gestation pour autrui que dans le cadre d'une relation interpersonnelle... De même, ce n'est pas à l'Etat d'interdire l'accès aux origines, ni d'obliger à le lever et encore moins de subordonner les règles de la filiation à cette réalité biologique.

Toute filiation, et en particulier la GPA, est une convention dont le fondement n'est pas à chercher dans une quelconque transcendance naturelle ou symbolique mais dans l'immanence de la volonté et du projet parental. Enfin, concernant la question de l'état civil, il est permis d'imaginer un système d'inscription notariale dans laquelle tous les participants du projet parental trouveraient, s'ils le souhaitent, une place - parent légal, parent biologique, femme porteuse, beaux-parents, donneurs, co-parents, parents spirituels (parrains, marraines...) - mais aussi d'autres personnes qui peuvent compter pour l'identité narrative de l'enfant comme le *Mohel* (circonciseur) s'il est juif ou le *Makful* (le parent adoptif musulman : Kafala), ou même l'ensemble des personnes vivant sous le même toit s'il s'agit d'une famille élargie africaine.... Bref, au-delà de la dimension juridique, la GPA constitue une formidable opportunité pour penser d'une manière libérale non seulement la procréation mais aussi et surtout la place de la volonté dans l'agencement parental de telle sorte que l'association libre des individus, y compris en matière de filiation, puisse un jour remplacer la puissance collective de l'ordre public.

Simone Veil

Assemblée nationale, 26 novembre 1974

« Pourquoi donc ne pas continuer à fermer les yeux ? Parce que la situation actuelle est mauvaise. Je dirai même qu'elle est déplorable et dramatique. Elle est mauvaise parce que la loi est ouvertement bafouée, pire même, ridiculisée. Lorsque l'écart entre les infractions commises et celles qui sont poursuivies est tel qu'il n'y a plus à proprement parler de répression, c'est le respect des citoyens pour la loi, et donc l'autorité de l'État, qui sont mis en cause. Lorsque les médecins, dans leurs cabinets, enfreignent la loi et le font connaître publiquement, lorsque les parquets, avant de poursuivre, sont invités à en référer dans chaque cas au ministère de la Justice. Lorsque des services sociaux d'organismes publics fournissent à des femmes en détresse les renseignements susceptibles de faciliter une interruption de grossesse. Lorsque, aux mêmes fins, sont organisés ouvertement et même par charter des voyages à l'étranger, alors je dis que nous sommes dans une situation de désordre et d'anarchie qui ne peut plus continuer.

Mais, me direz-vous, pourquoi avoir laissé la situation se dégrader ainsi et pourquoi la tolérer ? Pourquoi ne pas faire respecter la loi ? Parce que si des médecins, si des personnels sociaux, si même un certain nombre de citoyens participent à ces actions illégales, c'est bien qu'ils s'y sentent contraints ; en opposition parfois avec leurs convictions personnelles, ils se trouvent confrontés à des situations de fait qu'ils ne peuvent méconnaître.

Parce qu'en face d'une femme décidée à interrompre sa grossesse, ils savent qu'en refusant leur conseil et leur soutien ils la rejettent dans la solitude et l'angoisse d'un acte

perpétré dans les pires conditions, qui risque de la laisser mutilée à jamais. Ils savent que la même femme, si elle a de l'argent, si elle sait s'informer, se rendra dans un pays voisin ou même en France dans certaines cliniques et pourra, sans encourir aucun risque ni aucune pénalité, mettre fin à sa grossesse. Et ces femmes, ce ne sont pas nécessairement les plus immorales ou les plus inconscientes. Elles sont 300.000 chaque année. Ce sont celles que nous côtoyons chaque jour et dont nous ignorons la plupart du temps la détresse et les drames.

C'est à ce désordre qu'il faut mettre fin. C'est cette injustice qu'il convient de faire cesser. »



Simone Veil, ministre de la Santé à la tribune de l'Assemblée nationale

Robert Badinter

Déclaration sur les nouvelles techniques de procréation et les questions d'éthique - Conférence ministérielle du Conseil de l'Europe à Vienne, 20 mars 1985

« L'évidence est là, que recouvre parfois le tumulte des médias autour de tel ou tel cas individuel: dans le domaine de la procréation et de la génétique, les progrès qui ont été accomplis dans les sciences médicales et biologiques annoncent des changements radicaux dans les rapports de l'homme à son corps et à son devenir.

La volonté individuelle et la science médicale suffisent à présent pour que la vie soit donnée. Avec des techniques qui sont de plus en plus sûres, il est aujourd'hui possible de procéder à une fécondation humaine in vitro, d'implanter ensuite un embryon dans le corps d'une femme qui ne sera pas nécessairement la mère. Ainsi, au-delà des règles juridiques, c'est bien une conception multiséculaire de la filiation qui est radicalement en question. Voici, en effet, que l'enfant n'est plus obligatoirement conçu dans le ventre de sa mère. Voici que la femme à qui il doit d'être conçu n'est plus nécessairement celle qui le mettra au monde. Et voici que les parents à qui l'enfant doit la vie peuvent être plus de deux.

C'est une situation entièrement nouvelle dans l'histoire de l'humanité et évidemment elle bouleverse notre ordre juridique traditionnel. Mais ce qui est plus important encore, c'est qu'elle bouleverse notre conception même de la filiation qui repose sur le trinôme: le père - la mère - l'enfant ou au moins sur le binôme : la mère et l'enfant, plus rarement sur celui du père et de l'enfant.

(...)

Enfin, une réflexion plus générale et en même temps plus pratique: peut-on envisager sérieusement d'interdire là où l'on sait que le respect de l'interdiction ne pourra pas être assuré ? Est-ce que l'on peut imaginer de traduire en justice - et devant quel ordre de juridiction (une juridiction répressive) ? - la femme seule qui aurait voulu un enfant et qui comparaitrait devant les juges avec cet enfant dans les bras parce qu'elle aurait eu recours à une insémination artificielle ? Vous imaginez l'embarras de nos juges ; et la même situation se présente en ce qui concerne le transfert d'ovocyte. En vérité, je crois qu'il faut avoir la simple lucidité et le courage de le dire : le droit pour tout être humain d'utiliser les moyens qu'offre la science pour donner la vie échappe en fait à la fois à l'investigation et à la sanction judiciaire. Refuser un tel droit, c'est interdire, me semble-t-il, à certains êtres les voies de l'épanouissement, sans qu'on perçoive très bien l'avantage qu'en tireraient dans nos sociétés les autres êtres humains. »



Robert Badinter

La famille pour tous.

Quand, il y a près d'un demi-siècle, Simone Veil se lance dans le combat pour autoriser l'avortement et l'encadrer par la loi, elle s'attaque à un tabou français, à des institutions puissantes, qui refusent les progrès de la médecine et consolident ainsi la domination masculine sur le corps des femmes, en leur refusant de disposer librement de leur fécondité. L'enjeu est, à ce moment-là, proprement civilisationnel puisque ce droit nouveau va transformer la parenté moderne. Désormais, on ne deviendra plus parent par accident mais bien par engagement : celui d'aimer et d'élever un enfant, tout au long de sa vie.

Le droit à l'avortement est le point de départ de cette nouvelle parenté, accessible à tous, et fondée sur l'engagement. Aujourd'hui, c'est dans la continuité de cette parenté par l'engagement que s'inscrivent les revendications en faveur de la Gestation Pour Autrui (GPA).

Les Etats Généraux de la Bioéthique qui se sont tenus en début d'année 2018 et la révision des lois de bioéthique promise par le président de la République Emmanuel Macron pour 2019 ont remis la GPA au cœur du débat public. Dans de nombreux pays, proches ou éloignés, ce débat a déjà eu lieu et a permis la mise en place d'un cadre législatif adapté. Ces législations offrent aujourd'hui une véritable alternative aux aventures individuelles risquées et sont le miroir de sociétés progressistes, capables d'encadrer une GPA éthique et de reconnaître le droit de faire appel à une GPA pour fonder une famille par engendrement.



Selon un sondage Ifop paru en juin 2018, 65% des Français sont aujourd'hui favorables à la GPA pour les couples hétérosexuels et 48% pour les couples homosexuels¹. Une tendance qui atteint 74% chez les moins de 35 ans et 80% chez les étudiants. Les catholiques (60%), les protestants (62%), comme les musulmans (62%) y sont, eux aussi, majoritairement favorables. Seuls les retraités (54%), les personnes âgées de plus de 65 ans (58%) et les catholiques pratiquants (54%) se déclarent aujourd'hui opposés à la GPA². Il n'existe donc pas en France de franche opposition ; au contraire, l'opposition se limite à des cohortes bien identifiées.

Pourtant, il n'existe toujours pas en France de débat apaisé sur ce sujet. Les mouvements prohibitionnistes continuent à caricaturer cette pratique en la réduisant aux abus des GPA dites « commerciales », réalisées dans des pays où le droit n'encadre que très peu ou très mal la GPA. Régulièrement instrumentalisée pour prôner un agenda moral, religieux, voire politique, la GPA, comme toutes les questions liées à la libre disposition du corps, et en particulier de celui des femmes, est souvent l'objet de débats aussi passionnels qu'éloignés de la réalité. Mais sur ce sujet, à mesure que la GPA se banalise pour les Français qui ont les moyens d'y avoir accès à l'étranger, la parole tend progressivement à se libérer. La réalité et les parcours individuels de GPA menés de façon responsable deviennent de plus en plus visibles dans les médias. Les témoignages des femmes porteuses et des enfants issus de GPA en âge de s'exprimer sont de plus en plus recherchés, entendus et respectés³. Autant d'occasions de faire place à un débat équilibré et rationnel.

Comme l'avortement à l'époque, la GPA soulève de nombreuses questions. **Les femmes peuvent-elles disposer librement de leurs corps ?** Quels sont, dans le cadre d'une GPA, avant et après la naissance de l'enfant, les droits et obligations de chacun des parties en présence ? Doit-on envisager l'indemnisation et la rémunération de cette femme porteuse ? Quels sont les risques pour elle, pour l'enfant, pour les parents d'intention ?

Enfin, en questionnant la place du lien génétique dans la parenté et la

^[1] Etude IFOP-ADFH, « Les Français, les LGBT face à l'homoparentalité », juin 2018

^[2] Etude IFOP pour La Croix et le Forum Européen de Bioéthique, « Les Français et les questions liées à la bioéthique », décembre 2017

^[3] Voir en Annexes les témoignages d'une femme porteuse, d'un enfant issu de GPA, de parents d'intention.

filiation, la GPA - comme toute autre forme de Procréation Médicalement Assistée (PMA) impliquant un tiers donneur - nous oblige à nous interroger sur ce qui fait de chacun un « parent ».

La GPA soulève également des questions d'ordre pratique et politique. Quel est le sens de la prohibition en France ? Quelle est son efficacité ? Quel est son véritable impact sur le droit des femmes dans le monde comme sur celui des enfants de parents français issus de GPA légales à l'étranger ? Que dit la prohibition de notre conception de l'engendrement avec tiers donneur, de la filiation, de la famille ? Pourquoi la GPA est-elle devenue un marqueur politique majeur dans le débat politique contemporain ?

Autant de questions auxquelles la pensée libérale française classique et contemporaine peut apporter des réponses en s'appuyant sur **les principes du libre arbitre, du droit à disposer de son corps, de la place du droit dans la société comme dans la régulation des mécanismes de marchés.** Les philosophes libéraux, à l'instar du philosophe **Ruwen Ogien**, entretiennent de façon générale une saine méfiance à l'égard des postures morales fondées sur la prohibition des « crimes sans victimes » et traitent les questions éthiques, telle que la GPA, à travers le prisme des principes de la libre disposition de soi et de l'obligation de ne pas interdire une pratique qui peut apporter un bien sans causer de préjudice.

Ce rapport a vocation à poser les termes d'un débat rationnel et éclairé et à proposer un cadre légal, inspiré des meilleures pratiques mondiales, qui puisse s'inscrire dans les pratiques et institutions françaises.

Dans un premier temps, nous examinerons les limites de la prohibition et nous ferons un état des lieux des **modèles** mis en place dans les pays ayant fait le choix d'encadrer cette pratique. Nous présenterons ensuite un modèle de **pratique** de la GPA transposable en France, responsable et respectueux des droits de l'ensemble des parties, afin de proposer les contours **d'une loi** introduisant un encadrement de la GPA en France.

Constat : la réalité de la GPA aujourd'hui

1.1 QU'EST-CE QUE LA GPA ?

La « **gestation pour autrui** » désigne la pratique par laquelle une femme accepte de porter l'enfant de parents (dits « **parents d'intention** ») en faisant appel aux techniques d'assistance médicale à la procréation, **plus connue sous le nom de « Procréation Médicalement Assistée » (PMA)**.

Une GPA dite « responsable » exclut tout lien génétique entre la femme porteuse et l'embryon qu'elle reçoit. Il convient de distinguer la « gestation pour autrui » de la « maternité pour autrui ». Dans le cadre d'une GPA, **la femme porteuse porte un embryon issu des gamètes des parents d'intention** ou, dans le cas de parents d'intention de même sexe, un embryon issu des gamètes de l'un des parents d'intention et celle d'une donneuse d'ovocytes. Ainsi, dans la GPA, la femme porteuse n'a aucun lien génétique avec l'enfant qu'elle porte.

Dans la maternité pour autrui, la femme porteuse accepte de porter un embryon issu de ses propres ovocytes, soit par « fécondation in vitro » (FIV), soit par insémination par le père biologique. Cette pratique est légale au Royaume-Uni par exemple et certaines femmes porteuses la préfèrent pour éviter de subir les traitements associés à l'accueil d'un embryon tiers. La femme porteuse porte alors son propre enfant avant de le remettre aux parents d'intention. La « maternité pour autrui » constitue une pratique ancestrale, déjà décrite dans la Bible (Bilha portant les deux fils de Rachel et de Jacob car Rachel avait été rendue stérile)⁴ ou dans la mythologie indienne⁵. Il s'agit cependant d'une démarche bien distincte de la GPA et l'amalgame, fréquent dans le débat public, contribue souvent à discréditer la GPA. Du point de vue de la femme porteuse, la « maternité pour autrui » consiste à accepter de porter puis de donner son enfant dont elle partage le patrimoine génétique avec le père biologique, tandis que la GPA consiste à porter un enfant qui n'a aucun lien génétique avec elle-même (à l'exception notable de ceux liés à l'épigénétique), dans le but de le rendre aux parents d'intention qui lui avaient confié l'embryon.

^[4] Ancien Testament, Genèse, chapitre 30 « 30.1 : Lorsque Rachel vit qu'elle ne donnait point d'enfants à Jacob, elle porta envie à sa sœur, et dit à Jacob : Donne-moi des enfants, ou je meurs ! 30.2 : La colère de Jacob s'enflamma contre Rachel, et il dit : Suis-je à la place de Dieu, qui t'empêche d'être féconde ? 30.3 : Elle dit : Voici ma servante Bilha, va vers elle ; qu'elle enfante sur mes genoux, et que par elle j'aie aussi des fils. »

^[5] GUHA NIYOGI Ralla, « « May You Be the Mother of a Hundred Sons » : Social and Ethical Impact of Surrogacy in Ancient Indian Myths, » *Bharatiya Pragna: An Interdisciplinary Journal of Indian Studies*, 1 (1), 2016

Selon l'Institut National d'Études Démographiques (INED), un enfant français sur 30 (3,4 %) devrait être conçu grâce à une technique d'AMP, qu'il s'agisse d'une FIV ou d'une insémination artificielle en 2018. Cependant, la FIV domine désormais le paysage de l'assistance médicale représentant 70 % des enfants conçus par AMP. La quasi-totalité des enfants conçus par AMP en France (95 % en 2015) le sont avec les gamètes de leurs deux parents. L'AMP avec tiers donneur concerne très largement le don de spermatozoïdes (4 % des naissances AMP, soit environ 1 000 enfants par an) et de manière marginale le don d'ovocytes (1 % des naissances AMP, soit environ 250 enfants par an). L'accueil d'embryons est statistiquement négligeable (0,01 % des naissances AMP, soit environ 25 à 30 enfants chaque année), tandis que la gestation pour autrui est interdite en France⁶.

En termes strictement médicaux, la GPA ne pose pas de question médicale nouvelle par rapport à la PMA qui est devenue une pratique courante. Les tentatives de certains médecins de disqualifier la GPA pour des considérations strictement médicales (plutôt qu'éthiques) sont donc pour le moins suspectes puisqu'elles se posent déjà dans une pratique admise et encouragée dans la société française depuis maintenant plus de 40 ans et qui concernera 400 000 enfants conçus par FIV fin 2019.

Une pratique qui questionne le sens de la parentalité moderne.

Du point de vue de la sociologue du droit Irène Théry, la GPA s'inscrit dans la longue histoire de la parenté dite d'« engagement ». Elle débute avec l'adoption, passe par l'abolition de la distinction entre enfants légitimes et « illégitimes », et aboutit à la PMA. **C'est le projet parental et l'auto-détermination qui fondent alors le statut moderne de parent.** Cette parentalité bouleverse les modèles anciens de la parenté fondés sur la génétique ou encore le statut matrimonial du parent qui a longtemps institué la hiérarchie des sexes pour protéger les pères, leurs biens et leur réputation.

Progressivement, **l'acceptation moderne de la parentalité a évolué vers un modèle fondé sur l'engagement d'être parent.** Les progrès continus en médecine permettent aux futurs parents de maîtriser

⁶ DE LA ROCHEBROCHARD Elise, « 1 enfant sur 30 conçu par assistance médicale à la procréation en France », Populations & Sociétés (556), juin 2018

leur corps et l'agrandissement de leur famille. Cette conception moderne s'éloigne du modèle traditionnel judéo-chrétien où la naissance d'un enfant pouvait être interprétée comme un « accident de la vie » ou un « don de Dieu ».

Cinq caractéristiques sont aujourd'hui au fondement de la parentalité moderne : **vouloir un enfant, s'engager à l'élever, à l'aimer, de manière inconditionnelle, et pendant toute la vie.**

Une pratique respectueuse des droits et des choix de la femme porteuse.

Initiatrice du geste premier, c'est à la femme porteuse que revient le droit de choisir ses bénéficiaires, les parents d'intention.

En France, les couples hétérosexuels constituent aujourd'hui l'essentiel de la demande. Dans la majorité des cas, la mère d'intention dispose d'ovocytes mais n'est pas en capacité de porter son enfant.

Du fait des risques et des contraintes qu'implique une grossesse pendant neuf mois, la GPA se distingue des simples dons de gamètes. Pour autant, sur le plan médical, ces risques sont les mêmes que ceux associés à toute grossesse impliquant l'implantation d'un embryon. Cependant, le fait que l'enfant ne soit pas biologiquement associé à la femme porteuse justifie un encadrement et un suivi psychologique particulier de la femme porteuse pendant et éventuellement après la grossesse.

Une pratique organisée, encadrée et rémunérée.

Bien qu'une GPA puisse être gratuite comme en Grande-Bretagne, au Canada, ou encore en Grèce, sa durée et ses contraintes impliquent le plus souvent que les femmes porteuses soient *a minima* **indemnisées** des coûts qu'elles supportent dans le cadre de leur grossesse.

Dans les pays où la GPA est encadrée par la loi, les femmes porteuses sont, par ailleurs, le plus souvent **rémunérées : elles reçoivent ainsi une contribution financière au-delà des coûts supportés durant la grossesse.**

La GPA implique non seulement la femme porteuse et les parents d'intention mais également un certain nombre d'autres acteurs : leurs médecins, les intermédiaires privés ou publics chargés de leur sélection et de leur mise en relation avec les parents, les avocats chargés de veiller à leurs droits individuels respectifs, ainsi que les juges chargés de contrôler le respect des droits et obligations de chacune des parties avant l'implantation de l'embryon et après la naissance. La pratique de la GPA nécessite donc d'être bien préparée en amont par des structures spécialisées, tant publiques que privées, des acteurs médicaux, psycho-sociaux, juridiques et judiciaires, formés et spécialisés, afin d'organiser un encadrement qui s'exerce sur un temps relativement long et qui dépasse celui des neuf mois d'une gestation.

Les risques et l'indisponibilité liés à la grossesse ont conduit de nombreux pays à autoriser une rémunération de la femme porteuse pour encourager les GPA. La GPA a ainsi pu revêtir, dans certains pays, notamment les plus pauvres, un caractère « commercial » qui a donné lieu à des abus aujourd'hui bien identifiés et légitimement dénoncés par tous.

Par ailleurs, en tant que pratique *stricto sensu*, la GPA ne saurait être qualifiée d'« éthique ». Toute pratique, quelle qu'elle soit, peut être éthique ou non, selon le comportement individuel des acteurs en jeu. L'éthique relevant du comportement individuel de chacun, il nous semble impossible de parler de « GPA éthique » ex ante. C'est seulement ex post qu'il est permis de juger qu'une GPA a été conduite dans des conditions parfaitement éthiques. Il convient de souligner que c'est le cas de l'écrasante majorité des GPA auxquelles ont eu recours les parents français de ces enfants. Ce sont ces conditions qu'une loi française devra s'efforcer de garantir.

Le rôle de la loi est de définir un cadre légal clair et respectueux des droits de chacun. A nos yeux, ce cadre fait défaut en France aujourd'hui. C'est la raison pour laquelle la définition par le législateur d'un cadre juridique spécifique à la GPA nous paraît aujourd'hui nécessaire.

Une pratique réfléchie.

La GPA, du fait des circonstances qui conduisent les parents d'intention à y recourir (infertilité, traumatisme, etc.), ainsi que de la complexité de sa mise en oeuvre, des aléas inhérents à une fécondation *in vitro* et à la grossesse elle-même, du nombre d'acteurs impliqués, du lien de confiance qui doit s'établir entre les parties (en particulier entre la femme porteuse et les parents d'intention), est une **pratique nécessairement mûrement réfléchie par la femme porteuse comme par les parents d'intention**. C'est donc à tort et avec la volonté de disqualifier la GPA que ses opposants parlent d'« achat d'enfants » ou d'« enfants supermarchés, » etc.

1.2 A QUI S'ADRESSE LA GPA ?

La GPA s'adresse en général à deux profils de couples : les **couples hétérosexuels**, dont la femme est porteuse d'ovocytes souvent viables mais qui souffre d'une incapacité à porter un enfant jusqu'à son terme pour des raisons diverses (ablation, maladie ou malformation de l'utérus par exemple) et les **couples homosexuels**. La GPA s'adresse enfin à **toute personne célibataire**.

Doit-on réserver la GPA aux seules femmes ? Aux seules femmes infertiles ? Aux seuls parents vivant en couple ? Aux seuls couples hétérosexuels ? Doit-on l'interdire aux personnes âgées ? Aux personnes alcooliques ? Aux femmes qui veulent éviter une grossesse pour privilégier leur carrière ? Plus généralement, la question de la **qualification des parents d'intention** se pose-t-elle pour la GPA dans les mêmes termes que pour l'adoption ?

Nous considérons que tous les cas de qualification des parents susceptibles de présenter des questions éthiques doivent relever de la décision de la femme porteuse uniquement.

C'est la femme porteuse qui choisit les parents d'intention.

L'expérience des pays où la GPA est correctement encadrée démontre

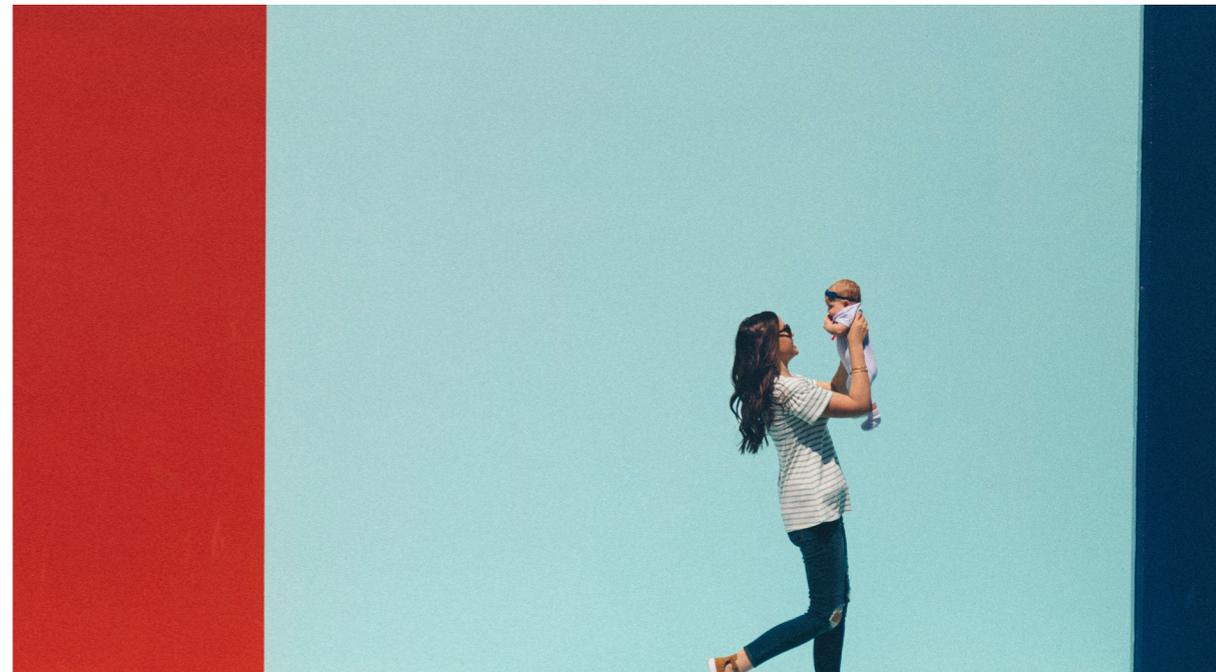
que leurs choix excluent les cas susceptibles de porter atteinte à l'intérêt de l'enfant. Il convient donc de condamner les discours alarmistes fondés sur aucune réalité.

En ce qui concerne la qualification des parents, le rôle de l'Etat est différent de celui qu'il exerce dans le cadre de l'adoption où il a le devoir de prendre en charge un enfant qui existe déjà et dont il faut protéger les intérêts. A contrario, **la GPA concerne un enfant à venir**. Ses parents ne sont pas absents ou disqualifiés. Ils ont, au contraire, construit un projet parental longuement et mûrement réfléchi. Par conséquent, la société n'a pas plus le droit d'exclure quiconque de l'accès à la GPA que de le priver du **droit de fonder une famille**, droit fondamental reconnu par l'article 16 de la Déclaration universelle des Droits de l'Homme. Le droit de fonder une famille ayant été, avec l'avènement des techniques médicales, étendu au droit de recourir à toutes ces techniques, quand elles sont encadrées, afin de mettre au monde un enfant.

La société n'a pas plus le droit d'exclure quiconque de l'accès à la GPA que de le priver du droit de fonder une famille, droit fondamental reconnu par l'article 16 de la Déclaration universelle des Droits de l'Homme.

Le droit à l'engendrement, tout comme celui à un accès égal à la PMA (et donc à la GPA), constituant, selon nous, des droits fondamentaux, **toute forme de discrimination** des parents d'intention nous semble illégitime et **l'accès à la GPA devra donc être ouvert à tous, à quelques exceptions disqualifiantes près**. Par exemple, les parents ayant fait l'objet d'une condamnation pour crimes ayant mis en danger des mineurs pourraient être disqualifiés. Ces critères de disqualifications devront être strictement prévus par la loi afin d'éviter tout arbitraire.

Ceci exclut tout recours à une qualification subjective des parents par des comités d'experts ou de médecins, comme cela se pratique pour



© Dakota Corbin

la GPA en Israël ou pour les dons d'organes entre vivants en France, et comme le réclament certains médecins en France⁷.

Certains⁸ distinguent une GPA de « nécessité » (pour les femmes stériles ou les homosexuels) d'une GPA de « confort » (pour tous les autres) afin de justifier de ne rembourser que la première. Cette vision nous semble à la fois moralisatrice et malthusienne. Certaines femmes aiment être enceintes, d'autres pas. Pourquoi leur interdire de s'entendre ? C'est à la femme porteuse de choisir un bénéficiaire de « nécessité » ou de « confort ».

Enfin, ce n'est pas aider la médecine que de la considérer comme une ressource rare, à réserver aux plus nécessiteux, car c'est la priver des bénéfices scientifiques de la croissance des patients et priver ses infrastructures des bénéfices économiques des rendements croissants.

Nous considérons enfin que personne n'est qualifié pour juger de la capacité d'autrui à devenir parent.

^[7] PHELIP Olivia, Grand entretien avec le Pr. Israël Nisand, Laurence Pernoud.

^[8] DURAND Guillaume, « Pour une conception neutre de la Gestation Pour Autrui » La vie des idées, 11 septembre 2018

L'impasse de la prohibition en France

2.1 ÉTAT DU DROIT FRANÇAIS ACTUEL

La gestation et la procréation pour autrui sont des pratiques strictement prohibées en France. La loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain les a rendues **passibles de sanctions civiles et pénales** au nom du principe de « **l'indisponibilité** » du corps humain et de « **l'état des personnes** ».

La nullité des conventions de GPA.

L'article 16-7 du Code civil dispose que « **toute convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui est nulle** ». Cette clause au plus haut degré de nullité dite « d'ordre public » ne laisse aucun autre choix à deux parties que de ne pas convenir.

Le délit d'entremise.

L'article 227-12 du Code pénal sanctionne par ailleurs d'une **peine de six mois d'emprisonnement et de 7500 € d'amende** « *le fait de s'entremettre entre une personne ou un couple désireux d'accueillir un enfant et une femme acceptant de porter en elle cet enfant en vue de le leur remettre. Lorsque ces faits ont été commis à titre habituel ou dans un but lucratif, les peines sont portées au double.* » L'entreprise d'intermédiation est donc fortement prohibée et punie.

Le principe de l'indisponibilité du corps.

Selon le principe de l'indisponibilité du corps humain, **le corps et ses membres sont hors commerce et ne peuvent pas être vendus ou exploités**. La loi française traduit ce consensus notamment à travers l'article 16-1 du Code civil disposant que « *chacun a droit au respect de son corps* » et par l'article 16-6 du Code civil notifiant qu'« *aucune rémunération ne peut être allouée à celui qui se prête à une expérimentation sur sa personne, au prélèvement d'éléments de son corps ou à la collecte de produits de celui-ci* ».

La loi française interdit ainsi toute rémunération de dons d'organes mais aussi de gamètes qui sont pourtant autorisés, organisés et encouragés en France. Cette position est loin d'être universelle car de nombreux pays ont fait le choix **d'autoriser la rémunération des dons de gamètes** afin d'encourager le don et de répondre à une pénurie sans que ces pratiques ne donnent nécessairement lieu à des abus ou des exploitations particulières.

Il convient de distinguer la GPA du don d'organe. En effet, aucun organe de la femme porteuse n'est extrait de son corps. Elle rend ce qu'il convient de caractériser comme une prestation de service en utilisant son appareil reproductif mais en aucun cas « *expérimente* », « *prélève un élément* » ou encore « *collecte un produit* » de son corps. En effet, l'enfant qu'elle porte n'est pas une partie de son corps, n'est pas son enfant génétique, encore moins un enfant dont elle souhaite devenir le parent.

La rémunération de la mise à disposition de son corps est déjà une pratique légale en France quand elle sert la recherche médicale, et ceci, même si elle peut faire courir de graves risques aux personnes concernées (cf. le décès en janvier 2016 au CHU de Rennes)⁹ qui y ont consenti de manière libre et éclairée. Ainsi, celles et ceux qui se portent volontaires et sont retenus par des laboratoires en prévision d'essais thérapeutiques peuvent recevoir jusqu'à 4 500 euros net d'impôt par an.

2.2 ÉCHEC ET CONSÉQUENCES DE LA PROHIBITION

D'un point de vue juridique, la prohibition s'inscrit dans le but de **protéger la femme d'une réification de son corps**¹⁰. En s'appuyant sur le principe d'indisponibilité du corps, le droit français a tenté de protéger la femme contre le profit dont pourraient bénéficier des tiers. Mais au regard de cet objectif premier de lutte contre la marchandisation, la politique prohibitionniste appliquée en France s'avère totalement inefficace. **Le constat est clair : la politique prohibitionniste de la France n'est ni efficace, ni efficiente.**

⁹ BENKIMOUN Paul, « Essai clinique de Rennes : un drame en cinq questions », *Le Monde*, 11 octobre 2016

¹⁰ TÉREL Julie, *La maternité pour le compte d'autrui en droit français*, 2016

Si elle atteint son objectif en France, on peut questionner son efficacité au regard des femmes pauvres et exploitées dans le monde. On constate en effet une forte offre à l'étranger, particulièrement dans les pays pauvres où cette offre est alimentée par la demande des pays riches¹¹. Bien qu'aucun recensement ne permette d'avoir une estimation précise des demandes de GPA en France, les associations spécialisées estiment qu'il existe environ 3 000 enfants nés de GPA vivant en France. Les parents d'intention sont aujourd'hui contraints d'avoir recours à la GPA à l'étranger, ce qui les confronte à des problèmes sanitaires, financiers et juridiques importants, notamment dans les pays où la GPA est mal ou peu encadrée.

La prohibition n'est pas, non plus, efficiente. Elle est même contre-productive car elle ne fait qu'ignorer la réalité d'un marché de la GPA. Sans alternative éthique, les parents sont livrés à des marchés où ils sont eux aussi victimes d'exploitation par des tiers. L'analyse économique du droit nous enseigne que toute prohibition d'un marché à forte demande ne fait qu'accentuer ces abus en condamnant la demande à s'adresser à une offre non réglementée et à des intermédiaires qui en tirent profit.

A titre de comparaison, **l'adoption internationale** a également longtemps fonctionné comme un marché pour palier un fort déséquilibre entre l'offre et la demande d'enfants. Elle a longtemps fait l'objet des pires trafics et abus. C'est seulement depuis son encadrement officiel par la Convention de la Haye que les trafics ont pu considérablement diminuer sans pour autant disparaître. Aucune prohibition, aussi efficace soit-elle, n'aurait atteint un résultat aussi positif.

La prohibition n'est donc pas une solution. En feignant d'ignorer la demande, le législateur renonce à traiter le problème de fond.

La politique prohibitionniste pousse de plus en plus de couples à avoir recours à la GPA légalement à l'étranger. Des associations de parents sont présentes en France depuis une vingtaine d'années pour soutenir et aiguiller les parents en incapacité de procréer.

¹¹ CORRADO Francesca, « Le corps de la gestation pour autrui : du concept de vente aux relations de travail reproducteur », in *GPA pour tous ?*, Ed. Des ailes sur un tracteur, 2018

Elles aident des dizaines de couples français à s'engager chaque année dans cette démarche au prix de lourds sacrifices financiers mais qui témoignent de la volonté de fonder une famille par engendrement. C'est leur combat qui a conduit à faire **condamner la France à plusieurs reprises par la Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH)** pour violation des droits de leurs enfants.

2.3 VIOLATION DES DROITS FONDAMENTAUX DES ENFANTS ET DES PARENTS

La politique prohibitionniste de la France provoque une violation des droits fondamentaux des personnes concernées (femme porteuse, enfants et parents). Elle laisse libre cours aux stigmatisations et aux véritables persécutions administratives et judiciaires dont sont victimes les familles qui ont eu recours à la GPA de manière parfaitement légale et éthique dans des pays étrangers.

Le droit à la **filiation** des enfants issus de GPA à l'étranger est régulièrement nié. **Leur lien maternel n'étant pas établi au regard du droit français**, la justice, comme l'administration, appliquent une politique qui continue à **stigmatiser les enfants et leurs parents en les privant de leur droit à un état civil reconnu en France**. Maintenus dans un statut de « Fantôme de la République », parfois jusqu'à l'âge adulte, ces enfants subissent encore la logique juridique inique de la Cour de cassation qui fait peser sur les enfants la prétendue « faute » commise par leurs parents. Ces enfants sont ainsi privés de leurs droits en cas de divorce ou de décès des parents. Ils peuvent éprouver de grandes difficultés à faire valoir leur droit à la sécurité sociale ou aux prestations familiales¹². La CEDH a condamné la France, à plusieurs reprises, pour cette violation des droits de ces enfants à une vie privée.

Régulièrement, des avocats et associations signalent des cas de violation des droits de l'enfant lorsque les préfetures refusent

^[12] « L'impact sur la vie des enfants en l'absence de reconnaissance officielle des actes de naissance établis après GPA à l'étranger », audition de l'Association C.L.A.R.A devant le Conseil d'Etat, 30 mars 2018

de délivrer des passeports ou bien lorsque les consulats ne laissent pas entrer ces enfants français dans leur pays. **L'administration se livre à des pratiques inquisitoires violant le droit à la vie privée des parents**. Des enquêtes et procédures pénales s'apparentent à un harcèlement administratif et judiciaire. Elles visent à **stigmatiser, culpabiliser et intimider** des parents qui n'ont jamais violé aucune loi, et en particulier aucune loi française, en ayant recours à la GPA dans des pays où sa pratique est légale.

Les témoignages de mères françaises, dont la qualité de mère est régulièrement niée dans leur vie quotidienne mais aussi tout au long de procédures judiciaires longues, coûteuses et traumatisantes, sont malheureusement aussi courants qu'accablants.

Enfin, le délit d'entremise porte gravement atteinte à la **liberté d'information** des centaines de parents qui souhaitent chaque année s'informer honnêtement, pour bâtir un projet parental dans des conditions éthiques, par une GPA à l'étranger, comme la **liberté d'expression** des associations de parents ou des agences étrangères qui les conseillent sur des alternatives éthiques et légales.

Jurisprudence de la CEDH

Cinq affaires ont mené à la condamnation de **la France par la CEDH** au motif que le refus de transcription est une atteinte au **droit au respect de la vie privée et familiale de l'enfant** et, par conséquent, une violation de l'article 8 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme (cf Affaires Mennesson, juin 2014 ; Labassée, juin 2014 ; Bouvet, juillet 2016 ; Foulon, juillet 2016 ; Laborie, janvier 2017).

Ce blocus juridique face aux enfants nés de la GPA a provoqué **des situations familiales dramatiques** : enfants bloqués à l'étranger, et parfois malades, parents d'intention souvent isolés et livrés à eux-mêmes, voire parfois victimes de chantages et d'extorsions de la part d'intermédiaires.

Jurisprudence de la Cour de cassation

Dans leur volonté d'éradiquer toute pratique de GPA, les hautes juridictions telles que la Cour de cassation ont longtemps appliqué des décisions insensées (Cf arrêts de la Cour de cassation du 6 avril 2011, du 13 septembre 2013 et 19 mars 2014).

- Se fondant sur **le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes**, principe essentiel du droit français, la Cour de cassation a estimé qu'il est contraire à ce principe de faire produire effet à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui. La Cour a ainsi déclaré la GPA contraire à l'ordre public international et aux principes essentiels du droit français.

Ce principe est critiquable et critiqué du point de vue du droit des individus. Depuis 1994, il n'y a plus aucune référence au principe de l'indisponibilité du corps humain dans la jurisprudence de la Cour de cassation¹³. Ce principe est devenu un mythe du droit français. Pour les juristes, l'utilisation de ce principe pour interdire la GPA ou d'autres pratiques est abusive parce qu'elle convoque en réalité des interdits subjectifs à chercher ailleurs que dans le droit positif.

- La Cour de cassation a également précisé que l'article 8 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme et l'article 3 de la Convention internationale des droits de l'enfant ne pouvaient être invoqués estimant que le refus de transcription de leur état civil ne privait pas l'enfant de sa filiation à l'étranger et ne l'empêchait pas de vivre avec les parents d'intention français. Dans ces cas, la Cour de cassation s'est limitée à **refuser la transcription d'acte de naissance** qui délivrerait un état civil français à ces enfants nés à l'étranger.

En revanche, les récents arrêts de la Cour de cassation délivrés le 5 juillet 2017 témoignent d'une évolution dans les cas de GPA qui relèvent de la compétence de la Cour.

- Elle considère désormais que la filiation du père d'intention est acceptée dès lors que le lien biologique avec l'enfant est prouvé. Pour la mère d'intention, la filiation n'est toujours pas acceptée car elle n'est pas la femme ayant accouché de l'enfant, même dans les cas où il y aurait un lien génétique (les cas où la mère d'intention aurait procuré son ovocyte).

- La seconde avancée est que la Cour de cassation, en conformité avec la loi du 17 mai 2013 qui ouvre le mariage aux couples de même sexe, considère qu'une naissance réalisée par GPA à l'étranger n'empêche pas l'adoption de l'enfant par l'époux du père biologique. Autrement dit, la Cour de cassation rend la reconnaissance de l'enfant par les deux pères en théorie possible.

¹³PICHARD Marc, Colloque « La gestation pour autrui : restituer la France dans le monde - représentations, encadrements et pratiques de la GPA », EHESS, 18 novembre 2016

2.4 ENJEUX POLITIQUES DE LA GPA SPÉCIFIQUES À LA FRANCE

Éléments de contexte historique - Témoignage

Le professeur de médecine français Israël Nisand, aujourd'hui favorable à la légalisation de la GPA, a témoigné de la pratique de la GPA en France dans les années 80, avant la prohibition introduite par les lois de bioéthique de 1994, en se rendant dans différentes associations de femmes ayant déjà été mères porteuses ou souhaitant se lancer dans cette expérience :

« La moitié avait une motivation essentiellement financière. L'autre moitié était constituée de femmes qui disaient en substance : « J'ai la chance d'être entière et de pouvoir donner le jour à des enfants ; le propre des humains, c'est de savoir s'entraider. Je suis d'ailleurs donneuse de sang et de moelle. J'aime être enceinte et j'aime donner le jour à un enfant et ma famille est d'ores et déjà constituée. Ce qui serait une très grande chance pour moi de pouvoir me sentir utile à ce point en rendant un service aussi important à une autre femme dépourvue de son utérus. » Cette générosité-là existe, je l'ai rencontrée. »¹⁴

La prohibition de la GPA n'est donc pas un héritage ancestral mais, à bien des égards, un recul réactionnaire introduit par l'incapacité du législateur français à réglementer des pratiques qui ont toujours fait sens dès qu'elles ont pu être possibles.

¹⁴NISAND Israël, « La gestation pour autrui : pour le cas par cas », pp. 77-83, in *La liberté de la personne sur son corps*, sous la direction de Petr Muzny, Paris, Dalloz, 2010, p. 80.

Précédent bipartisan

En 2008, un groupe d'étude mené par la sénatrice PS Michèle André et le sénateur UMP Alain Milon s'est intéressé au sujet de la GPA.

Deux propositions de loi identiques en sont issues le 27 janvier 2010 - l'une de gauche¹⁵, l'autre de droite¹⁶ - afin d'« *autoriser et encadrer la gestation pour autrui* ».

Les deux textes introduisent le principe d'une **indemnité journalière** - mais pas d'une rémunération, seul l'argent de l'Etat étant considéré comme légitime - du **contrôle judiciaire du consentement** et de la **filiation déclarative** des parents d'intention. Les deux textes maintiennent, par ailleurs, le principe de **l'anonymat** de la femme porteuse, renoncent à autoriser des **associations privées** à organiser à la mise en relation ainsi qu'à ce que l'ensemble des parties puissent s'entendre par le biais du **contrat**.

Ces deux textes réservent, enfin, la GPA aux seuls **couples hétérosexuels et pour des raisons médicales limitées**.

Activistes prohibitionnistes et féministes

Il existe un constat partagé sur les abus et les dérives marchandes de la GPA. Les prohibitionnistes et les partisans de la légalisation partagent un objectif commun : combattre les abus. Face à ce constat, les parties divergent cependant sur les moyens les plus réalistes, humains et efficaces pour atteindre leur objectif commun.

Les **prohibitionnistes** sont souvent tentés d'adopter une posture de supériorité morale qui se limite à la dénonciation des abus. Nombreux sont les prohibitionnistes qui s'appuient sur toute sorte d'arguments philosophiques, psychologiques ou même médicaux pour soutenir qu'une GPA responsable ne peut pas exister, y compris quand ils sont confrontés à sa réalité la plus incontestable. A cette posture morale, s'ajoute souvent une posture religieuse, traditionnellement et ouvertement hostile à toute famille homoparentale et à toute AMP.

¹⁵ Proposition de loi tendant à autoriser et encadrer la gestation pour autrui, n°233 (2009-2010) de Mme Michèle ANDRÉ et plusieurs de ses collègues, déposée au Sénat le 27 janvier 2010.

¹⁶ Proposition de loi tendant à autoriser et encadrer la gestation pour autrui, n° 234, de M. Alain MILON et plusieurs de ses collègues, enregistrée au Sénat le 27 janvier 2010

Proposition de loi

TENDANT À AUTORISER ET ENCADRER LA GESTATION POUR AUTRUI, N° 234, SESSION ORDINAIRE DE 2009-2010, SÉNAT, ENREGISTRÉE LE 27 JANVIER 2010

Le texte en question prévoyait les mesures suivantes :

- Interdiction de toute **rémunération**, seul le défraiement étant rendu possible.
- Interdiction pour les intermédiaires de recourir à de la **publicité**.
- Obligation de voir toute mise en relation « **agrée** » par l'Agence de biomédecine, évaluant l'état de santé psychique des demandeurs et des femmes porteuses.
- Obligation pour les deux parties d'obtenir un **jugement de transfert d'embryon** de la part d'un juge pour débiter la procédure médicale. Ce dernier s'assurant des consentements éclairés et des modalités de défraiement.
- **Indemnité journalière de repos** prévue pour **la femme du couple de parents intentionnels** pendant six semaines à compter de l'arrivée de l'enfant au foyer, à condition qu'elle cesse tout travail salarié durant la période d'indemnisation.
- Inscription automatique des **noms des parents intentionnels sur les registres de l'état civil**. La femme porteuse ne figurant pas sur l'état civil de l'enfant.
- **Prohibition de la convention de GPA** (car le régime « légal » était considéré comme supérieur à un régime « contractuel ») et **interdiction d'établir la filiation maternelle** pour les enfants nés de GPA à l'étranger (car celui ci était considéré comme une violation de « l'ordre public international »).
- Création d'une « **taxe additionnelle** » pour compenser les « éventuelles conséquences financières résultant pour l'État de l'application de la présente loi ».

Certains partisans du **féminisme** défendent également la prohibition de la GPA au motif qu'elle ne saurait être pratiquée de manière responsable. Ces féministes, qui ne rechignent pas à interdire aux femmes de disposer librement de leur corps, semblent ignorer les conséquences de la prohibition sur les femmes exploitées, les familles stériles et les enfants traités comme des « Fantômes de la République »¹⁷.

Aspects médicaux

L'un des arguments régulièrement cités par les prohibitionnistes est celui **d'un prétendu risque médical**. Même si la majorité des gynécologues et obstétriciens de France se sont prononcés en faveur de la GPA dès 2008¹⁸, les prohibitionnistes continuent d'agiter un catalogue de risques dont la réalité scientifique est loin d'être établie.

En ce qui concerne la santé de la femme porteuse, une étude américaine a démontré que le taux de succès de **l'implantation du fœtus de l'embryon**, de la **grossesse** et de la **naissance** est, pour la GPA, **supérieur** à celui des autres PMA. Le taux de morbi-mortalité (i.e. complications et décès) relatif à la grossesse est, par ailleurs, **inférieur** pour la GPA à celui des autres PMA. Seul le taux de **grossesses multiples** et de **naissances prématurées** est supérieur en ce qui concerne la GPA.

Plusieurs recherches ont remarqué l'absence de **répercussions psychologiques négatives** sur le long terme chez les femmes porteuses dans une GPA. Celles-ci montrent en effet généralement une bonne **stabilité émotionnelle** et **adaptation psychosociale** : à des tests menés, leurs scores d'amour propre et de symptomatologie dépressive étaient dans la moyenne, et leurs relations maritales et familiales ne pâtissent pas de la GPA¹⁹. De plus, aucune différence significative n'est apparue entre les scores des femmes porteuses et ceux de l'ensemble de la population aux deux versions du *Minnesota Multiphasic Personality Inventory* (MMPI), test cliniquement reconnu dans l'évaluation des troubles psychiques et de

^[17] Rapport d'information n° 409, Sénat, 17 février 2016

^[18] « La Révision des lois bioéthiques en matière de gestation pour autrui: constat et propositions par l'Association C.L.A.R.A », Document support de l'audition de l'association C.L.A.R.A par la Mission d'Information Parlementaire sur la révision des lois de Bioéthique, le 8 juillet 2009

^[19] JADVA et al., « Surrogate mothers 10 years on: a longitudinal study of psychological well-being and relationships with the parents and child », *Human Reproduction*, 30, 2014

la personnalité²⁰. Ces résultats prouvent que la GPA **n'a pas d'impact négatif** sur le bien-être de la femme porteuse et qu'elle est loin d'être psychologiquement destructrice. Au contraire, certaines études montrent même que lorsque la motivation première de la femme porteuse est altruiste, cette dernière peut ressentir des **sentiments d'auto-efficacité et de réussite, augmentant son estime de soi**²¹. Il est donc nécessaire de s'éloigner de cette image préconçue d'une GPA dévastatrice pour les femmes porteuses quand la réalité est tout autre.

Les études montrent que la GPA n'affecte pas négativement l'enfant et son développement. Il faut se méfier de la rhétorique prohibitionniste.

En ce qui concerne la santé des enfants issus de GPA, les nombreuses études recueillies par les associations de parents montrent que les familles dont parents et enfants n'ont pas de lien génétique se portent bien²². Une équipe pluridisciplinaire de l'Université de Cambridge (Royaume Uni)²³ suit depuis plus de dix ans des enfants nés de GPA, ainsi que les femmes porteuses et leurs familles. Ses travaux démontrent que l'absence de lien génétique et/ou gestationnel entre les parents et l'enfant n'a pas d'impact négatif sur la relation parents/enfant, ni sur le bien-être psychologique des mères, pères et enfants à l'âge de trois ans.

Enfin, la GPA n'a pas d'impact négatif sur le développement psychologique et cognitif de l'enfant. Un an après la naissance, on n'observe pas de différences de tempérament entre les enfants nés par GPA et les autres enfants, et les taux et sévérité de problèmes

^[20] RUIZ-ROBLEDILLO Nicolás et MOYA-ALBIOL Luis, « Gestational surrogacy: Psychosocial aspects », *Psychosocial Intervention*, 25 (3), 2016

^[21] VAN DEN AKKER Olga, « Psychosocial aspects of surrogate motherhood », *Human Reproduction Update*, 13 (1), 2007

^[22] « La Révision des lois bioéthiques en matière de gestation pour autrui: constat et propositions par l'Association C.L.A.R.A », Document support de l'audition de l'association C.L.A.R.A par la Mission d'Information Parlementaire sur la révision des lois de Bioéthique, le 8 juillet 2009

^[23] GOLOMBOK S., MURRAY C., JADVA V., LYCETT E., MACCALLUM F. & RUST J., « Non-genetic and non-gestational parenthood: Consequences for parent-child relationships and the psychological well-being of mothers, fathers and children at age 3 », *Human Reproduction*, 2006

comportementaux sont semblables²⁴. Ces résultats sont proches à deux ans d'âge : le développement cognitif et socio-émotionnel des enfants nés par GPA ne diffère pas des autres enfants²⁵. Enfin, aucune différence n'a été observée en terme de bien-être quand les enfants ont 3, 7 ou 10 ans d'âge²⁶.

Ces études montrent que la GPA n'affecte pas négativement l'enfant et son développement, et qu'il faut se méfier de la rhétorique prohibitionniste qui décrit une GPA destructrice pour l'enfant.

En ce qui concerne les échanges intra utérins de nature épigénétique entre la femme porteuse et l'enfant, on sait aujourd'hui que ces échanges entre l'organisme féminin et le fœtus sont très nombreux et durables (dans le sens où l'expression des gènes est modulée de manière pérenne et transmise ensuite lorsque l'enfant né de GPA aura lui-même des enfants). En ce sens, il ne s'agit donc pas de nier l'existence d'un lien mais au contraire de le valoriser pour encourager la création d'un lien pérenne avec la femme porteuse (CHAMPAGNE Frances A., « Beyond the maternal epigenetic legacy », *Nature Neuroscience*, 2018).

En revanche rien ne permet de *qualifier* ce lien - c'est toute la nuance - pour lui attribuer des caractéristiques quelconques, telles que l'attachement, par exemple (GREALLY John, « A user's guide to the ambiguous word 'epigenetics' », *Nature Reviews, Molecular Cell Biology*, 2018 - HEARD Edith and MARTIENSSEN Robert A., « Transgenerational Epigenetic Inheritance : myths and mechanisms », *National Institute of Health Cell.*, 2014). L'épigénétique est une science récente, et, à notre connaissance, il n'y a pas d'étude sérieuse démontrant une corrélation entre liens épigénétiques et attachement. La seule notion d'attachement étant, par ailleurs, en elle-même, très contestable.

^[24] GOLOMBOK et al., « Families created through surrogacy arrangements: Parent-child relationships in the 1st year of life », *Developmental Psychology*, 40, 2004

^[25] GOLOMBOK et al., « Surrogacy families: Parental functioning, parent-child relationships and children's psychological development at age 2 », *Journal of Child Psychology & Psychiatry*, 47, 2006

^[26] RUIZ-ROBLEDILLO Nicolás et MOYA-ALBIOL Luis, « Gestational surrogacy: Psychosocial aspects, » *Psychosocial Intervention*, 25 (3), 2016



La loi ailleurs

Comme l'a relevé l'association C.L.A.R.A (Comité de soutien pour la Légalisation de la GPA et l'Aide à la Reproduction Assistée) et selon l'enquête non-exhaustive réalisée par l'IFFS (International Federation of Fertility Societies) en 2010²⁷, **la GPA est légalement encadrée** dans la plupart des états des Etats-Unis et des provinces du Canada, en Australie, au Royaume-Uni, en Israël, en Russie, en Géorgie, en Ukraine, en Biélorussie, aux Pays-Bas, au Danemark, en Nouvelle Zélande, en Corée du Sud, en Iran, au Brésil, en Argentine, en Arménie, en Afrique du Sud, en Thaïlande et en Grèce²⁸.

Dans des pays comme la Hongrie, l'Irlande, le Cameroun, la Côte d'Ivoire, le Ghana, le Kenya, le Niger, l'Ouganda, la Colombie, le Mexique, le Panama, le Pérou, le Salvador, le Venezuela, le Liban, la Roumanie, la Pologne, la République Tchèque, la Bulgarie, la Belgique et l'Inde, la loi autorise la GPA sans l'encadrer mais laisse la régulation des pratiques se faire au travers des Codes de la Santé quand ils existent. Néanmoins, des projets de loi sont en cours dans ces derniers pays pour réguler les pratiques dans un cadre plus strict de consentement libre et éclairé, mais aussi pour traiter les questions de filiation.

Il est à noter que la plupart de ces pays ont fait une différence entre la gestation pour autrui et la procréation pour autrui. Cette dernière est généralement soit interdite, soit relevant du dispositif légal de l'adoption (Etats-Unis et Canada par exemple). De même, l'OMS reconnaît la GPA au contraire de la procréation pour autrui²⁹.

La partie suivante propose une cartographie, non exhaustive, des principaux modèles de GPA légale actuellement en vigueur dans le monde.

^[27] International Federation of Fertility Societies, Howard W. Jones, Jr., Ian Cooke, Roger Kempers, Peter Brinsden and Doug Saunders, Fertility and Sterility Vol. 94, No. 4, 13 septembre 2010

^[28] « Pour la reconnaissance de la gestation pour autrui éthique : Résumé des constats et propositions, par l'Association C.L.A.R.A », Document support de l'audition de l'association C.L.A.R.A par la Commission des lois du Sénat, le 22 mars 2011

^[29] The International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) and the World Health Organization (WHO) Revised Glossary on ART Terminology (Human Reproduction, 2009)

3.1 L'ANTI-MODÈLE D'UNE GPA COMMERCIALE ET NON-ENCADRÉE, SOURCE D'ABUS ET D'EXPLOITATION

3.1.1. Inde : la GPA sur mesure pour les parents d'intention.

Jusqu'en 2015, la GPA en Inde était très peu encadrée par la loi. Cette pratique était donc tacitement autorisée et fortement développée, attirant un grand nombre de couples étrangers demandeurs. En moyenne, 25 000 couples étrangers par an venaient en Inde pour la réalisation d'une GPA³⁰. Sans distinction d'orientation sexuelle, la GPA était ouverte à tous et faisait l'objet d'un marché à prix compétitifs et aux facilités administratives inégalables pour établir un acte de naissance au nom de la mère d'intention. Pour éviter ce « tourisme procréatif », la législation indienne a interdit l'accès à la GPA pour les couples étrangers en 2015 mais reste possible pour les couples indiens.

En revanche, le non-encadrement de la GPA en Inde a permis la création d'un *business* contrôlé par les cliniques et les agences commerciales. Ces multiples intermédiaires ont rendu le marché de la GPA injuste envers les gestatrices. En moyenne, un couple étranger payait entre 30 000 et 40 000 €, tandis que la femme porteuse recevait pour une grossesse 200 000 à 500 000 roupies (2 800 à 7 000 €)³¹ selon le nombre d'enfants en gestation (les cas de jumeaux ou triplés étant très courants), bien que cette somme représente plusieurs années de travail dans d'autres emplois en Inde.

La GPA est perçue en Inde comme une opportunité de gain pour toutes les personnes impliquées dans l'échange.

^[30] ROZÉE Virginie, UNISA Sayeed et DE LA ROCHEBROCHARD Elise, « La gestation pour autrui en Inde », Population & Sociétés, octobre 2016

^[31] *ibid.*

Les études montrent que ces femmes porteuses choisissent de faire une GPA dans le but d'améliorer leurs conditions de vie ainsi que celles de leurs enfants³².

A ces fins, elles acceptent que la procédure de GPA soit conditionnée aux exigences des parents d'intention et totalement régie par les agences et cliniques intermédiaires : chaque gestatrice est recrutée selon sa capacité à mener à bien le « travail de gestation », tandis que les parents d'intention peuvent choisir la femme porteuse. Bien qu'un contrat entre les agences, les parents et la gestatrice soit signé avant l'intervention médicale, ce contrat est modifiable par les parents (qui peuvent rajouter des exigences telles que la musique à écouter pendant la grossesse ou le régime alimentaire que la femme porteuse devrait suivre) et rédigé en anglais. La gestatrice n'était donc pas toujours en mesure de pouvoir le lire et n'avait aucune possibilité de modifier certaines clauses selon ses propres exigences.

C'est dans ce contexte que la GPA en Inde a laissé libre cours à des abus et à l'exploitation de certaines femmes. Cette faible législation a permis la prolifération « d'usines à bébés » qui désignent des cliniques accueillant des groupes de femmes porteuses, parfois dans des conditions déplorables. Faisant le choix de participer à une GPA dans une stratégie financière et familiale, ces femmes notent que les conditions de gestation pour autrui sont parfois bien meilleures que certaines conditions de travail. Pour autant, le seul fait qu'elles reçoivent au mieux 23% de ce que déboursent les parents d'intention constitue déjà un abus.

3.1.2. Ukraine : un cadre légal imparfait.

En Ukraine, le don de gamètes et la maternité de substitution sont autorisés depuis 1997 par l'article 123-2 du Code de la famille. L'article dispose que les parents d'intention deviennent les parents légaux dans un cas de gestation pour autrui et de don d'ovocytes. Ils acquièrent donc les pleins droits et devoirs parentaux. Il est interdit à la femme porteuse de réclamer des droits sur l'enfant dès la conception du fœtus. A la naissance, elle doit remettre aux parents d'intention une attestation de renoncement de ses droits sur l'enfant.

^[32] *ibid.*

Les parents peuvent donc déclarer l'enfant à l'état civil sans mentionner le nom de la femme porteuse.

Seuls les couples hétérosexuels mariés peuvent prétendre à une GPA en Ukraine. Le père d'intention doit transmettre ses gamètes et la mère d'intention doit prouver une incapacité médicale utérine à porter un enfant. Les maladies psychosomatiques graves qui présentent des risques pour la vie de la patiente pendant la grossesse peuvent aussi faire l'objet d'un justificatif d'incapacité.

La loi ukrainienne soutient l'anonymat du don d'ovules. Les parents d'intention ne peuvent donc pas choisir la donneuse de gamètes, à l'exception faite que les parents trouvent un proche volontaire pour apporter ses ovocytes. En revanche, la sélection du sexe du bébé est possible dans la procédure de PMA (en réalisant un diagnostic préimplantatoire avant de transférer l'embryon à la femme porteuse).

En outre, il existe beaucoup d'agences et de cliniques qui accompagnent les parents voulant recourir à une GPA. Les agences se chargent de trouver une femme porteuse et rendent des services juridiques. Les parents d'intention paient entre 28 000 et 80 000 € environ pour une GPA, prix variant selon le choix du don d'ovocyte ou non. Les cliniques commerciales en Ukraine rémunèrent les femmes porteuses et facturent les parents ce qui les placent dans une situation de conflit d'intérêt vis-à-vis des femmes porteuses source de nombreux abus. Enfin, l'absence de droit du sol en Ukraine rend les enfants apatrides et rend tout retour en France particulièrement difficile.

3.2 GPA LÉGALE ET NON-COMMERCIALE

3.2.1. Royaume-Uni : une GPA autorisée mais peu encadrée par la loi.

La GPA en Angleterre n'est pas commerciale.

Il n'est donc pas possible de signer un contrat de gestation pour autrui opposable en droit. Les femmes porteuses ne sont pas autorisées à être rémunérées, elles sont uniquement défrayées par les parents d'intention (défraiement contrôlé par le juge). Cependant, l'hypocrisie de ce système a été largement démontrée par les travaux de la juriste Karène Parizer Krief : progressivement, le dépassement des dépenses raisonnables au nom de l'intérêt de l'enfant a été admis, par conséquent le fait qu'un contrat de GPA soit conclu à but lucratif ne constitue pas forcément une raison pour l'annuler³³.

Il est interdit de faire de la publicité pour proposer des femmes porteuses ou pour en recruter. Il n'y a donc pas d'agences de GPA. La majorité des parents d'intention sont mis en contact avec les femmes porteuses par le biais d'associations de bénévoles, sans but lucratif (elles fonctionnent grâce à des dons). Les femmes porteuses choisissent les parents d'intention qu'elles souhaitent aider. Trouver une femme porteuse peut prendre jusqu'à deux ans, ce qui pousse de nombreux parents à avoir recours à la GPA à l'étranger, en dépit de procédures de reconnaissance de l'enfant complexes.

La gestation pour autrui ne dispose en réalité **d'aucun cadre légal** structurant ses modalités d'application. **La femme porteuse demeure la mère de l'enfant pendant et après la naissance.** Elle peut cependant renoncer à ses droits sur l'enfant ce qui permet aux parents d'intention d'en demander le transfert à un juge qui examinera les capacités et le consentement des parties. Un délai de six semaines est imposé avant de pouvoir engager les démarches de transfert de parentalité. En théorie, les parents d'intention peuvent se désengager du processus à tout moment, laissant sans protection la femme enceinte. Inversement, la femme porteuse peut décider de garder l'enfant après sa naissance. Ce qui n'est arrivé que dans de très rares cas, mais qui présente un risque éthique de chantage.

L'association « Surrogacy UK » impose aux parents et à la femme porteuse une période de trois mois pour leur permettre de faire connaissance et aborder les sujets sensibles : que faire si le fœtus est atteint d'une malformation ? Que faire en cas de fausse couche ou s'il arrive quelque chose à la femme porteuse

³³ PARIZER KRIEF, Karène, « A Propos des régimes juridiques de gestation pour autrui (France, Allemagne et Grande Bretagne) », Les Cahiers de la Justice, 2016/2.

lors de l'accouchement ? La question pécuniaire est également discutée pendant cette période. Au terme de ces douze semaines, ils signent un accord d'une vingtaine de pages qui, bien que n'ayant aucune valeur légale, leur servira de guide. Face aux limites et dérives du système actuel, les conservateurs comme les travaillistes réclament une GPA contractuelle et commerciale et un projet de loi a été déposé pour permettre une reconnaissance de filiation anticipée³⁴.

3.2.2. Grèce : une GPA autorisée mais conditionnée.

La Grèce autorise la gestation pour autrui pour les couples hétérosexuels dont la mère a moins de 50 ans. Les deux parents d'intention doivent signer un accord écrit pour officialiser leur consentement à avoir recours à une femme porteuse. Cette dernière doit également avoir moins de 50 ans³⁵.

Toute démarche lucrative est prohibée. Pour éviter les situations de « tourisme procréatif », la mère d'intention et la femme porteuse doivent toutes deux être domiciliées en Grèce. Après avoir signé un accord avec la femme porteuse et son conjoint, la mère d'intention doit obtenir une autorisation judiciaire pour avoir recours à une femme porteuse dans le cadre d'une procédure judiciaire gracieuse³⁶. A la naissance de l'enfant, la mère d'intention est déclarée « mère légale », est inscrite à l'état civil de l'enfant et jouit des droits parentaux.

3.3 GPA COMMERCIALE ET ENCADRÉE PAR LA LOI

3.3.1. Etats-Unis : la GPA autorisée à l'échelle régionale.

³⁴ <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm201415/cmhansrd/cm141014/halltext/141014h0001.htm>

³⁵ Articles 1455 et 1458 du Code civil

³⁶ Article 121 de la loi d'introduction au Code civil

Aux Etats-Unis, l'autorisation de la GPA est relative aux décisions de chaque Etat qui définit ses propres lois et encadrements juridiques. Certains Etats autorisent donc la GPA, tandis que d'autres prohibent fermement cette pratique.

La Californie, l'Arkansas, la Floride et l'Illinois sont des exemples d'états qui autorisent et encadrent la GPA par la loi. Ils défendent un modèle de liberté contractuelle encadrée.

En Californie par exemple, **tous les moindres détails d'un accord pour une GPA sont stipulés dans un contrat** : remise de l'enfant à la naissance, cas éventuel de maladie de l'enfant, alimentation, rythme sportif, vie sexuelle, etc. L'intermédiation entre les parents d'intention, les femmes porteuses et les cliniques est assurée par des agences privées, mettant à disposition un service juridique. Le fait que toutes les clauses soient rédigées précisément dans ce contrat permet que les deux parties soient pleinement conscientes de leurs engagements.

La majorité des retours d'expérience attestent que les femmes porteuses vivent cet événement comme un épanouissement personnel. Le travail de qualification des donneuses est effectué aux Etats-Unis par les agences privées qui s'assurent qu'elles ne vivent pas dans des situations de précarité financière ou de dépendance. Malgré ces garanties, le risque existe que certaines femmes continuent à travailler pendant leur grossesse ou ne respectent pas l'alitement, ce qui peut porter atteinte à la santé des enfants, en particulier en cas de grossesses multiples. D'où l'importance d'une rémunération minimale qui couvre les besoins de la femme porteuse. La rémunération moyenne est de l'ordre de 30.000 \$ pour la femme porteuse, tandis que les parents d'intention déboursent entre 80.000 et 150.000 \$ au total. Cette différence est essentiellement attribuable au coût du suivi médical aux Etats-Unis qui peut varier du simple au triple en cas de complications ou de grossesses multiples, du coût des assurances obligatoires ou supplémentaires et, dans une moindre mesure, des honoraires des agences et des avocats, pris en charge par les parents.

Sur le plan du droit, les Etats-Unis ont sans doute développé l'arsenal juridique le plus élaboré, le plus complet et le plus efficace.

L'analyse économique du droit nous invite cependant à considérer son efficacité et son efficience en termes d'allocation de ressources. Pour simplifier, si les parents doivent déboursier 150 pour une GPA qui ne rapportera que 30 à la femme porteuse, on comprend rapidement qu'il existe une forme d'exploitation qui n'a rien à envier aux pays les plus pauvres où l'écart n'atteint pas nécessairement un tel ordre de grandeur. Dans le modèle économique américain, les intermédiaires (principalement médicaux) s'accaparent presque trois cinquièmes de la valeur créée par la femme porteuse et gagnent trois fois plus qu'elle, augmentant considérablement le prix de la GPA.

3.3.2. Israël : une GPA autorisée mais régie par la religion.

Dans le cadre d'une politique nataliste, Israël autorise et encadre juridiquement la pratique de la GPA. Dans une logique religieuse, la loi de 1996 relative à la gestation d'embryons autorise la GPA pour les couples hétérosexuels et exige que la mère d'intention et la gestatrice soient de la même religion, dans le but de respecter la transmission de la religion juive par la mère. Le fœtus doit être composé des gamètes du père d'intention et d'un ovocyte d'une autre femme que la femme porteuse. Les indemnités de la femme porteuse sont prises en charge par les parents d'intention, tandis que l'Etat finance le traitement médical avant la grossesse.

Le parlement israélien a voté en juillet 2018 un texte autorisant la GPA pour les femmes célibataires rencontrant des problèmes de fertilité mais excluant spécifiquement les couples homosexuels et les hommes célibataires. Les couples homosexuels sont contraints d'aller à l'étranger pour avoir accès à la GPA et ne peuvent recevoir d'aides financières de la part de l'Etat. Pour rapatrier l'enfant en Israël, un test de paternité doit être réalisé. Pour que l'enfant soit juif, toute la famille doit se soumettre à plusieurs rituels religieux et l'enfant doit être converti.

La pratique de la GPA en Israël est donc largement soutenue mais discriminatoire car encore très encadrée par la religion qui privilégie les familles de configuration traditionnelle et les liens de parenté biogénétiques.

3.4 LA GPA AU NIVEAU EUROPÉEN

Aucune loi européenne ne précise clairement la position du Conseil de l'Europe sur la GPA. Seuls des arrêts de la CEDH permettent de décrypter la doctrine européenne. Cette absence de législation commune laisse une grande marge d'autonomie aux Etats membres qui doivent traiter les litiges en matière de GPA au regard de leurs propres lois. De ce fait, il n'y a aucune harmonisation juridique entre les pays membres : certains la prohibent formellement (Allemagne, France, Bulgarie, Italie, Malte, Espagne, etc.) ; d'autres l'autorisent (Grande-Bretagne, Grèce et Danemark) avec un encadrement législatif qui empêche le tourisme procréatif ; tandis que le vide juridique de certains pays rend la pratique d'une GPA possible (Belgique, Pologne, Pays-Bas). En Belgique par exemple, la GPA se pratique en-dehors du cadre juridique, le Code pénal ne condamne que les conventions de GPA conclues dans une démarche lucrative.

Aucune loi européenne ne précise clairement la position du Conseil de l'Europe sur la GPA. Seuls des arrêts de la CEDH permettent de décrypter la doctrine européenne. Certains Etats prohibent la GPA, d'autres l'autorisent, plusieurs sont dans un vide juridique rendant possible sa pratique.

De plus, pour que la Cour européenne s'empare d'une affaire, la demande doit être justifiée et correspondre à des critères précis : toutes les voies de recours internes doivent avoir été épuisées, un droit énoncé par la Convention Européenne des Droits de l'Homme doit être violé, le requérant doit être personnellement victime d'un préjudice important et la requête doit se faire à l'encontre d'un Etat membre.

Comme évoqué précédemment, la Cour européenne a condamné la France dans plusieurs affaires pour violation de l'article 8 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme sur « le droit au respect de la vie privée et familiale ». Par exemple, dans les affaires Labassée et Mennesson, la Cour européenne a condamné la France qui refusait de transcrire l'acte de naissance à l'état civil des enfants nés de GPA à l'étranger. Le juge européen considéra qu'il y avait atteinte à la vie privée et familiale : « *le droit à l'identité faisant partie intégrale de la notion de vie privée* » et « *le respect de la vie privée exigeant que chacun puisse établir les détails de son identité d'être humain* », la décision prise par la Cour de cassation française était perçue comme une ingérence dans la vie privée de ces enfants, à défaut de celle de leur famille.

La Cour européenne a reconnu que cette décision française avait été prise dans un but de décourager les familles à recourir à des GPA à l'étranger, et à tenter d'acquérir la nationalité française par la suite, cette démarche étant contraire au droit français qui prohibe expressément la GPA.

Dans la recherche d'un juste équilibre entre la liberté individuelle et la conformité juridique aux législations françaises, **la Cour européenne met en exergue** « le principe essentiel selon lequel, chaque fois que la situation d'un enfant est en cause, l'intérêt supérieur de celui-ci doit primer »³⁷.

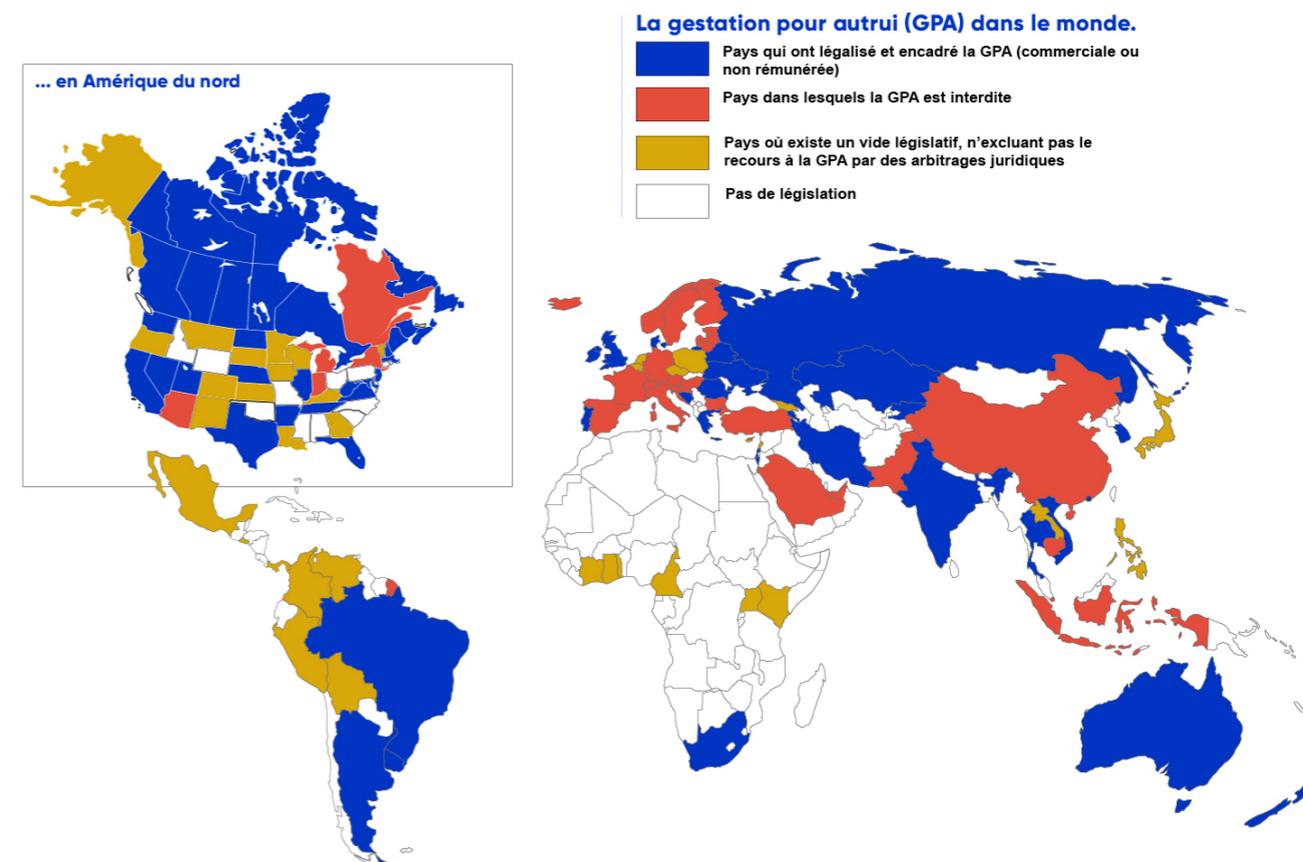
3.5 LA GPA AU NIVEAU MONDIAL

A l'échelle planétaire, la GPA n'est pas harmonisée et est pratiquement ignorée par les textes législatifs.

Néanmoins, une initiative de la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale donne des premières orientations sur ce que pourraient être les conditions d'une GPA garantissant l'intérêt supérieur de l'enfant en s'inspirant de ses travaux concernant l'adoption internationale.

^[37] Arrêt Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg, requête n°76240/01, 28 juin 2007, §133-134

En matière d'adoption en effet, la Convention de La Haye établit **les conditions** d'une adoption internationale qui respecte l'intérêt supérieur de l'enfant et le respect de ses droits fondamentaux. Elle offre une plus grande sécurité, prévisibilité et transparence aux parties à l'adoption, y compris aux futurs parents adoptifs. Elle prévoit des procédures claires, interdit les gains matériels indus, instaure également un système de coopération entre les autorités du pays d'origine et du pays d'accueil, destiné à garantir les meilleures pratiques en matière d'adoption internationale et à éliminer les abus. Enfin, elle pose des règles minimales sans toutefois aspirer à être une loi uniforme sur l'adoption. Sans pouvoir éliminer complètement le trafic d'enfants, la Convention a cependant largement contribué à sa réduction.



Sources : Thimson Reuters Practical Law, Université Columbia, C.L.A.R.A, Médical Fertility Center, Media / ©GL

* Les pays peuvent restreindre le recours à la GPA à certaines catégories de personnes (membres de la famille, ressortissants, hétérosexuels, etc.). Par ailleurs, certains pays font une différence entre une GPA avec une insémination artificielle de sperme uniquement et une GPA « gestationnelle » avec implantation d'embryon.

Une Convention sur la GPA aurait les mêmes objectifs et sans doute les mêmes effets pour limiter les abus.

Nous considérons toutefois qu'il est illusoire de considérer qu'une Convention internationale réglerait le problème de l'exploitation en ayant pour ambition d'interdire, comme certains le souhaitent, ou même de réglementer l'offre sur le plan mondial. En effet, seule une alternative légale pourra efficacement agir sur la demande et permettre de réduire les abus.

La Conférence de la Haye

Depuis 2015, le Bureau Permanent de la Conférence de La Haye étudie les questions de droit international privé liées à la filiation des enfants, en particulier dans le cadre de conventions de « maternité de substitution » (sic).

Un groupe d'experts a été constitué pour étudier la possibilité de poursuivre les travaux dans ce domaine. Il s'est jusqu'à présent réuni trois fois, en février 2016, 2017 et 2018 et doit encore se réunir à deux autres reprises.

La **quatrième** réunion devrait être consacrée aux règles générales de droit international privé en matière de filiation, à savoir :

- a) l'approfondissement des discussions sur des règles uniformes concernant le droit applicable en matière de filiation, y compris la manière dont celles-ci s'appliqueraient aux actes publics qui consignent la filiation ;
- b) l'analyse plus détaillée de la possibilité de reconnaître ou d'accepter des actes publics étrangers qui consignent la filiation ;
- c) le perfectionnement d'éventuelles dispositions concernant la reconnaissance de décisions judiciaires étrangères.

La **cinquième** réunion devrait se concentrer tout particulièrement sur les conventions de maternité de substitution à caractère international, en vue d'examiner la possibilité de leur appliquer les règles générales de droit international privé en matière de filiation qui seront discutées lors de la quatrième réunion et la nécessité éventuelle d'établir des règles et des garanties supplémentaires en la matière³⁸.

^[38] Conférence de La Haye. Projet Filiation et Maternité de Substitution. <https://www.hcch.net/fr/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy/>

Lors de sa dernière réunion en février 2018, le groupe d'expert a fait état des nombreux désaccords qui subsistent entre eux mais un point a particulièrement relevé notre attention :

« Les experts ont également imaginé des mécanismes d'inclusion et d'exclusion (opt-in et opt-out) qui permettraient aux Etats, de manière individuelle, d'inclure (ou d'exclure) les conventions de maternité de substitution à caractère international du champ d'application de l'instrument pour ce qui les concerne³⁹. »

Dans cette perspective, les états prohibitionnistes comme la France pourraient refuser d'appliquer les règles de la Convention pour continuer de refuser, comme elle le fait aujourd'hui, de reconnaître de plein droit la validité des actes de naissance et de filiation établis dans les pays où la GPA est encadrée et légale.

Il convient donc de rester vigilant sur les travaux de cette Convention qui n'a, par ailleurs, pas encore eu l'occasion de révéler les critères qu'elle considérerait pour distinguer les législations susceptibles d'apporter les garanties nécessaires à une pratique éthique de la GPA.

^[39] Rapport du groupe d'experts sur le projet filiation / maternité de substitution (réunion du 6 au 9 février 2018), Conférence de La Haye, Projet Filiation et Maternité de Substitution

PARTIE 4

Une loi pour encadrer la GPA en France

Nous proposons **d'encadrer la GPA par une loi** qui fixera les modalités du parcours que devront suivre la femme porteuse et les parents et qui fixera les droits et les obligations des trois parties principales : **la femme porteuse, l'enfant et les parents.**

La loi devra prévoir l'obligation pour la femme porteuse et les parents de conclure un **contrat de GPA** afin de s'accorder sur les questions pratiques qui relèvent de leurs seules volontés ainsi que sur les options disponibles et les préférences des uns et des autres, en cas de complications pendant la grossesse. Ils seront obligatoirement assistés de leurs avocats respectifs. Le juge devra vérifier que ce contrat est bien le fruit de leur consentement mutuel.

Pour certains, la liberté contractuelle dans ce domaine ne doit pas être illimitée. Il conviendra alors de faire viser le contrat par le juge afin que celui-ci s'assure qu'il ne contient pas de stipulations contraires à la vie privée de la femme porteuse en lui imposant des contraintes abusives.

4.1 ORGANISER LA GESTATION POUR AUTRUI

Reconnaître le rôle de la femme porteuse dans la naissance de l'enfant.

Nous sommes opposés à l'institutionnalisation du secret des origines concernant les femmes porteuses, comme c'est encore le cas pour les donneurs des gamètes en France.

La femme porteuse pourra donc, **si elle le souhaite**, demander à ce que la référence du jugement de GPA soit mentionné sur l'acte de naissance de l'enfant. Ceci permettra à ce dernier d'accéder à ses origines.

La référence de cette décision ne sera accessible qu'aux parents, sur demande, et à l'enfant, à sa majorité. Cette pratique s'apparenterait à celle de la mention d'un jugement d'adoption.

Elle permettra à l'enfant, s'il le souhaite (et si ses parents ne lui en n'ont pas parlé) d'accéder au nom de la femme porteuse en demandant une copie intégrale de cette décision au greffier du tribunal qui l'a rendue.

La femme porteuse pourra recevoir une attestation à la naissance pour **faire valoir ses droit aux prestations sociales, congés parentaux ou tout autre droit associé à une grossesse**, comme n'importe quelle autre mère.

Valoriser la gestation pour autrui.

Dans le but d'encourager les femmes à pratiquer une GPA, celle-ci doit être valorisée. Elle peut l'être de plusieurs manières.

- **la prise en charge intégrale des frais médicaux** liés à la PMA et à la grossesse par l'assurance maladie. Toute femme enceinte bénéficie d'un remboursement des frais médicaux. Une femme enceinte dans le cadre d'une GPA bénéficiera des mêmes avantages de remboursement. En cas de fausse couche, les frais médicaux engendrés post-trauma seront également pris en charge.
- **l'ouverture des droits liés à toute grossesse.** La femme porteuse pourra prendre un congé préimplantatoire pendant le cycle de la FIV, puis obtiendra un congé de maternité avant et après l'accouchement, comme toute femme enceinte actuellement. La grossesse sera prise en compte pour sa retraite. Une assurance décès spécifique devra également être envisagée.
- **l'indemnisation des frais réels**, qui sera à la charge des parents d'intention. Cette indemnisation concerne les frais engendrés par la grossesse (vêtements et matériels pour femmes enceinte par exemple). Elle sera fixée d'un commun accord avec la femme porteuse en fonction de ses besoins et contrôlée par le juge pour prévenir tout abus, et révisable en cas de circonstances exceptionnelles.

Enfin, il nous semble indispensable de prévoir une véritable **rémunération**.

Rémunérer la GPA.

En reconnaissant la GPA comme une prestation de service, la France doit permettre aux femmes porteuses de percevoir un **honoraire**. Cet honoraire sera **à la charge des parents**. Son montant sera **établi librement** entre les parties dans le contrat de GPA.

Le principe d'une rémunération de la GPA n'empêchera pas une femme porteuse de rendre ce service **à titre gratuit**, si elle le souhaite. Afin d'éviter tout abus, tout renoncement à une rémunération devra être motivé et autorisé par le juge.

Comme en attestent les études sociologiques et les témoignages recueillis par les associations, la majorité des femmes porteuses, même rémunérées, revendiquent une motivation altruiste non financière (BETSY, AIGEN, "Motivation of surrogate mothers: parenthood, altruism and self actualization - A three year Study", 20 septembre 2006). Pour autant, nous considérons que **la motivation de la femme porteuse ne concerne en aucun cas la société**, ni le législateur. Par conséquent, une femme porteuse doit avoir le droit de faire une GPA pour gagner de l'argent sans avoir à se justifier.

Faut-il encadrer la rémunération ? Trois options se dessinent.

i) Une première option consiste à laisser **le marché réguler les prix** et à laisser la femme porteuse libre de fixer son honoraire. C'est seulement en cas de défaillance du marché qu'un **encadrement** pourra être envisagé. Cette option est considérée comme une première phase de test afin d'observer et d'évaluer comment le marché s'organise.

ii) Une deuxième option consiste à instaurer un **honoraire minimum** pour la GPA afin de prévenir une **course au moins disant**. Dans le cas de la GPA, les **risques** qu'introduiraient, pour la mère comme pour l'enfant, une grossesse vécue dans des **conditions financières précaires** sont malheureusement bien connus et documentés. Un tel honoraire minimum devra être fixé par le législateur.

ii) Une troisième option serait celle d'un honoraire maximum. Notons que les associations françaises de parents réfutent toute notion de rémunération et lui préfèrent un simple remboursement des frais « raisonnables » ou, tout au plus, un **dédommagement** « proportionné ». Il s'agit de rendre la GPA **accessible aux plus modestes**, de prévenir toute **dérive eugéniste** de sélection des femmes porteuses, et d'éviter que la motivation financière conduise certaines femmes à adopter un **comportement** potentiellement moins respectueux des enfants et des parents pendant la grossesse.

Tout honoraire maximum se prête à **deux types de critiques**. Une critique **féministe** : on ne peut pas revendiquer la liberté des femmes à disposer de leurs corps tout en souhaitant restreindre leur liberté de fixer leur honoraire. Par ailleurs, une motivation financière, n'autorise pas nécessairement à remettre en cause le caractère altruiste du geste ni à présumer d'un comportement. Une critique **économique** : une rémunération maximale, si le marché n'en présente pas la nécessité, constituerait une spoliation de la richesse créée par la femme porteuse et une entente illégale sur les prix.

Aux États Unis, des cliniques qui s'étaient crues autorisées à organiser le respect d'un tarif maximum pour les dons d'ovocytes ont été justement condamnées à verser des dommages et intérêts aux donneuses ainsi spoliées par leur entente (VAUGHN Rich, « Class action settlement ends price guidelines for egg donor fees » International Fertility Law Group, 11 septembre 2018). Nous suggérons d'attendre de connaître ce qu'en penseront les femmes porteuses quand elles auront leurs propres associations.

En reconnaissant la GPA comme une prestation de service, la France doit permettre aux femmes porteuses de percevoir un honoraire.

Concernant les **modalités de versement de la rémunération**, elles seront librement fixées dans le contrat de GPA. Elles pourront prévoir, par exemple, un séquestre, une garantie, une avance de frais, ou encore des acomptes versés régulièrement depuis le début du traitement hormonal jusqu'à la naissance.

Enfin, en fonction des honoraires pratiqués, on pourra envisager une allocation pour aider les parents les plus modestes. Elle serait accessible **sous certaines conditions**, notamment de résidence légale et fiscale, de ressources et de patrimoine. Son financement relèverait des Caisses d'allocations familiales qui financent la politique nataliste de la France. Une **étude d'impact** sur les finances publiques devra estimer le coût d'une telle mesure pour fixer les montants disponibles par foyer ainsi que les seuils et critères d'attribution.

4.2 DE NOUVEAUX DROITS

Droits de la femme porteuse.

- **Le droit fondamental à disposer de son corps.** Le recours à une GPA doit être analysé différemment au regard du principe d'indisponibilité du corps dans la mesure où la GPA ne porte pas atteinte à l'intégrité physique ou psychique de la femme porteuse. C'est ce qui ressort explicitement des témoignages des femmes porteuses⁴⁰.

Enfin, comme l'a si bien démontré le philosophe **Ruwen Ogien**, le principe d'indisponibilité du corps est loin d'avoir une base éthique incontestable et ne repose finalement que sur des conventions sociales souvent hypocrites et toujours discutables⁴¹.

^[40] Voir témoignages en Annexes.

^[41] OGIEN Ruwen, « La marchandisation du corps humain, un slogan confus et dangereux, » *Cités*, 65, 2016

- **Le droit au recours à la GPA sans conditions discriminatoires** ou subjectives autres que celles énumérées par la loi.
- **Le droit à être protégée de la marchandisation.** La prohibition de la GPA permet à des intermédiaires non réglementés (agences, médecins, avocats) de tirer profit à la fois de la femme porteuse et des parents d'intention en augmentant les tarifs pour s'accaparer une part prépondérante de la rémunération qui devrait revenir à la femme porteuse. L'encadrement doit ainsi viser à réduire le coût des intermédiaires.
- **Le droit de choisir le (ou les) parents bénéficiaire(s) de son geste.**
- **Le droit au respect de son intégrité physique et mentale** et des **directives anticipées** en cas de grossesse multiple ou de problèmes pendant la grossesse. Dans le cadre d'une GPA responsable, les droits et obligations des différentes parties du processus procréatif - femme porteuse et parents d'intention - sont définis et ordonnés dans **un contrat de GPA**. Les parties pourront se préparer aux différentes options avec l'aide d'associations et/ou de l'agence responsable de la GPA. Ces options, multiples et complexes, sortent du cadre de ce rapport et ont été largement étudiées par les associations depuis vingt ans. Elles relèvent du choix des parties et donc, à notre avis, du contrat privé, à l'exception toutefois des droits de la femme porteuse à conserver toute sa liberté en ce qui concerne sa propre santé (notamment en cas d'interruption de grossesse), et son droit à ne pas être soumise à un quelconque contrôle de la part des parents pendant la grossesse.

Ce contrat sera préparé et rédigé par les conseils respectifs des parties (les honoraires du conseil de la femme porteuse étant à la charge des parents). Le contrat devra être homologué par le juge, dont le rôle sera de s'assurer du respect des dispositions légales, des qualifications des parties et surtout du caractère **libre et éclairé de son consentement**. Il pourra, dans ce but, interroger les parties lors de l'audience. C'est la qualité de cet accompagnement et de ce consentement - **dépourvu d'erreur, de contrainte économique ou de violence** - qui constitue le fondement d'une GPA responsable.

- **Le droit à trois types de compensations :**

- **un honoraire**, versé par les parents d'intention, qui pourra être éventuellement encadré ;
- **le dédommagement des frais raisonnables liés à la grossesse** et justifiés devant le juge : la prise en charge intégrale des frais médicaux par la Sécurité sociale et des honoraires de l'avocat de la femme porteuse par les parents d'intention ;
- **l'accès aux prestations sociales liées à la maternité.**
- **Le droit à un accompagnement professionnel dans le parcours de la GPA impliquant un accompagnement social, juridique et médical.** Cet encadrement doit être assuré par des acteurs distincts, indépendants, formés, spécialisés et, le cas échéant, réglementés - **l'Agence publique**, les agences ou associations privées de mise en relation, les services sociaux, les médecins, les avocats et les juges - afin d'évaluer la capacité et le contexte social de la femme porteuse, son éducation au risque, son consentement libre et éclairé, le suivi des aspects médicaux de la grossesse et, enfin, le respect des droits de toutes les parties prenantes.
- Le droit à une **formation** aux questions éthiques et aux risques médicaux ;
- Le droit à la prise en charge intégrale des **frais médicaux** par la société ;
- Le droit à la prise en charge des **honoraires de son avocat** par les parents d'intention.
- **Le droit à la reconnaissance de son statut de femme porteuse.** Afin de respecter à la fois sa contribution à la venue au monde de l'enfant et le droit de l'enfant à connaître ses origines, la femme porteuse **ne peut pas, à notre avis, rester anonyme**. On constate, d'ailleurs, auprès des couples déjà parents qu'un lien existe encore longtemps après la naissance : la femme porteuse intègre une famille élargie et est connue de l'enfant.

En pratique, ce droit sera exercé par la mention, en marge de **l'acte de naissance** de l'enfant, de la **référence du jugement** de GPA. En revanche, la femme porteuse ne sera pas mentionnée dans l'état civil car le rôle de celui-ci est d'établir la filiation et non de garantir l'accès aux origines.

Pour les plus libéraux, cependant, la femme porteuse doit pouvoir faire valoir un droit à l'anonymat. Pour **Daniel Borrillo**, juriste et expert de GenerationLibre : « *la question des origines va bien au-delà du droit à connaître ses géniteurs pour devenir la clé de voûte du rapport entre l'institutionnel et le corps* »⁴². Il y voit la victoire de l'ordre symbolique naturel de la différence des sexes.

En pratique, la femme porteuse pourra alors **s'opposer** à ce que la mention « filiation déclarative » et le jugement de GPA soient mentionnés dans l'acte de naissance de l'enfant. Les parents seront bien entendu informés de ce souhait avant d'accepter l'offre de la femme porteuse. Ils seront ensuite libres de dire à l'enfant qu'il est issu d'une GPA et l'enfant pourra, à sa majorité, faire une demande d'accès à ses origines au CNAOP (Centre National d'Accès aux Origines Personnelles) dans les mêmes conditions que les enfants issus de donneurs anonymes ou nés sous X.

Si les parents occultent la GPA à l'enfant, celui-ci ne pourra jamais connaître cette circonstance de sa naissance ou sa femme porteuse. C'est la raison pour laquelle cette option est très controversée et même condamnée par les associations de parents en France, qui revendiquent au contraire l'établissement de liens étroits et pérennes avec la femme porteuse.

Droits fondamentaux des donneurs de gamètes.

Les éventuels donneuses d'ovocyte et donneurs de spermatozoïdes bénéficient également du droit à la **reconnaissance dans la vie de l'enfant**, en figurant sur son état civil, sauf en cas de don anonyme, dans les limites prévues par la loi (accès possible sur demande à la majorité).

^[42] BORRILLO Daniel, « Biologie et filiation : les habits neufs de l'ordre naturel », Contemporary French Civilization, Liverpool University Press, 39(3), 2014.

Droits fondamentaux des enfants.

- **Le droit à un état civil.** Le refus de transcrire l'état civil des enfants nés de GPA à l'étranger constitue une grave atteinte à leurs droits à une existence civile normale et au respect à la vie privée des enfants. La non-existence civile prive les enfants de toute démarche administrative et crée des difficultés pour voyager, participer à une vie sociale, s'inscrire à l'école, avoir accès aux soins médicaux, etc.
- **Le droit à la reconnaissance de leurs parents d'intention.** Dans la plupart des cas, seul un lien génétique, celui du père, permet d'établir un lien de filiation officiel pour l'enfant issu de GPA. La mère d'intention reste alors exclue de la vie officielle de l'enfant. Dans ce modèle, l'enfant est privé de son droit à être reconnu comme issu de la volonté des ses deux parents et de bénéficier ainsi de la protection de deux parents légaux.
- Le droit à une **filiation** avec ses parents d'intention, établie par **déclaration** anticipée.
- **Le droit à l'accès à leurs origines.** L'organisation du secret des origines a historiquement structuré le droit français de la filiation avec donneurs. Ce modèle « ni vu, ni connu », décrit et analysé par la sociologue du droit Irène Théry a ainsi privé de nombreux enfants de l'accès à leurs origines⁴³.

Nous considérons que l'accès aux origines des personnes issues de dons de gamètes et de gestation pour autrui est **un droit, conditionné à l'accord du donneur** (de gamète ou de la femme porteuse en ce qui la concerne).

La question de **l'anonymat** étant une question individuelle, chaque donneur de gamètes gèrera à sa manière cet élément relevant éminemment de la vie privée : certains ou certaines pourraient préférer l'anonymat. Pour les donneurs qui choisiront de demeurer anonymes, le droit de l'enfant à l'accès à ses origines est déjà encadré par le droit français à travers le Conseil National pour l'Accès aux Origines Personnelles (CNAOP).

^[43] THERY Irène, Mariage et filiation pour tous, une métamorphose inachevée, La république des idées, Seuil. 2016

Droits des parents.

- **Le droit à fonder une famille par engendrement.** Ce droit constitue, à nos yeux, un droit fondamental. La stérilité pathologique, le statut marital ou l'orientation sexuelle ne doivent pas faire entrave à ce droit d'accès dès lors qu'un don est disponible et que les moyens médico-techniques existent pour fonder cette famille.
- L'adoption a longtemps constitué une alternative à l'engendrement pour les personnes infertiles. Toutefois, du point de vue de la parenté dite d'intention, l'adoption s'adresse à un enfant existant, qui a sa propre histoire, souvent empreinte d'expériences plus ou moins traumatisantes. C'est la raison pour laquelle certains parents ne souhaitent pas ou ne se sentent pas capables d'assumer un tel engagement. Outre le fait qu'elle soit difficile d'accès, en particulier pour les personnes homosexuelles, l'adoption n'est plus considérée comme une alternative à l'engendrement. Pourtant, trop de parents infertiles - mais capables d'engendrement par PMA ou GPA - voient encore leur aspiration à l'engendrement stigmatisée.

La reconnaissance d'un **droit à l'engendrement** passe donc par celle d'un **droit à l'accès indifférencié à la GPA**. Ce droit ne saurait être assimilé à un droit à l'enfant puisqu'il est conditionné au geste d'une femme porteuse.

- **Le droit au recours à la GPA sans discrimination** d'origine, de sexe, d'orientation sexuelle, de statut marital, de condition physique, sauf quelques rares inéligibilités (condamnations criminelles envers un mineur, capacité physique, etc.) prévues par la loi.
- **Le droit à une filiation établie de manière déclarative,** reconnaissant enfin une parenté pleine et entière, inscrite à l'état civil de l'enfant.

Ce mode d'établissement *sui generis* de la filiation est issu des travaux d'Irène Théry et d'Anne Marie Leroyer.

Il convient, pour la GPA, comme pour toutes les autres formes de PMA

avec tiers donneurs, de sortir de la logique du secret et de créer une modalité d'établissement de la filiation reposant pour tous les parents, qu'ils soient en couples ou célibataires, mariés ou pas, hétéro ou homosexuels, de pouvoir établir leur filiation par déclaration⁴⁴.

En pratique, cela signifie que la filiation sera établie au moment où les parents s'engagent à être les futurs parents de l'enfant, devant un notaire ou un juge, c'est-à-dire, dans notre proposition, au moment du jugement de GPA, avant la naissance de l'enfant. A la naissance, la mention « filiation déclarative » pourra être inscrite sur l'acte de naissance. Cette mention ne devra cependant pas figurer sur l'extrait d'état civil, ou une copie de l'acte de naissance, afin de ne pas porter atteinte à la vie privée, mais seulement en marge de cet acte, inaccessible aux tiers⁴⁵.

Cette innovation majeure pour le droit français permet de respecter la diversité des familles, fondées non plus exclusivement sur un lien génétique ou biologique mais également et, au même titre, sur **l'engagement** des parents. **C'est cet engagement fondamental qui définit, à nos yeux, la conception moderne de la parenté.**

⁴⁴ THERY Irène et LEROYER Anne-Marie (dir.), Filiation, origines, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle, Paris : Odile Jacob, 2014.

⁴⁵ THERY Irène et LEROYER Anne-Marie, « Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle, » Rapport du groupe de travail Filiation, origines, parentalité, p.318

Filiation et parentalité : les propositions du rapport Théry⁴⁶

Le rapport du groupe de travail présidé par la sociologue Irène Théry sur la **filiation**, les origines et la parentalité a été publié le 9 avril 2014. Il avait été commandé par le gouvernement en vue de l'élaboration d'une loi sur la famille (projet reporté par le gouvernement Ayrault en février 2014).

Le rapport propose **une réforme du droit de la filiation**, entendue comme le lien de parenté défini par des droits, des devoirs, des attentes et des interdits particuliers. Il s'agit de faire **coexister à égale dignité trois modalités d'établissement de la filiation** : l'engendrement par procréation charnelle, l'adoption, l'engendrement avec tiers donneur (don de gamètes ou d'embryon).

Pour ce faire, le rapport préconise :

- de rendre l'acte de naissance intégral inaccessible aux tiers (ne plus en exiger une copie en cas de mariage, acquisition de la **nationalité** et adoption).
- **d'ouvrir l'adoption à tous les couples** mariés, pacsés et concubins, de sexe différent et de même sexe, en leur appliquant les conditions requises pour les couples mariés (avoir plus de 28 ans et vivre ensemble depuis au moins deux ans).
- de réviser l'adoption de l'enfant du conjoint (permettre l'adoption de l'enfant du concubin ou du partenaire pacsé, que celui-ci soit de sexe différent ou de même sexe).
- d'ouvrir l'assistance médicale à la procréation (AMP) aux couples de femmes.
- **de reconnaître l'état civil des enfants nés par femme porteuse** à l'étranger.
- d'instituer, pour les personnes nées sous X ou d'une AMP et les personnes adoptées ou pupilles, un droit d'accès à leurs origines. Les enfants disposeraient du droit de connaître l'identité de leurs parents biologiques à leur majorité sans que ce droit ne signifie droit de les rencontrer.

Enfin, le rapport propose de reconnaître une place familiale aux beaux-parents dans les familles recomposées. Il s'agit de leur accorder une reconnaissance sociale, en proposant un ensemble de mesures qu'ils auraient la possibilité de choisir, dans l'intérêt de l'enfant : **mandat** d'éducation quotidienne, certificat de recomposition familiale, legs des biens à son bel enfant avec la même fiscalité que pour un enfant.

^[46] <http://www.vie-publique.fr/actualite/alaune/filiation-parentalite-propositions-du-rapport-thery-20140409.html>

4.3 DES OBLIGATIONS

Dans la perspective d'une GPA responsable, les obligations des différentes parties du processus procréatif sont également définies en amont dans la **loi** et dans un **contrat**.

• Pour la femme porteuse

- Répondre aux **critères de qualification** fixés par l'agence (i.e. avoir déjà eu au moins un enfant) ;
- Être majeure et **résidente légale en France** depuis au moins **3 ans** ;
- **Rendre** l'enfant, dès sa naissance, aux parents d'intention ;
- **Renoncer à tout droit parental** sur l'enfant ;
- Donner des **directives anticipées** concernant les risques liés à la grossesse (notamment réduction embryonnaire ou d'IVG en cas de complications) ;
- Suivre un **parcours médical** avant, pendant et après la grossesse ;
- Veiller à la **protection et à l'intérêt de l'enfant** lors de la grossesse (vivre dans des conditions qui ne portent pas atteinte à son développement futur) ;
- Se conformer aux **prescriptions médicales** dans son intérêt et celui de l'enfant ;
- **Ne pas être dépendante financièrement de cette prestation.**

• Pour les parents

- Répondre aux **critères de qualification** fixés par l'agence ;
- **Accueillir l'enfant à la naissance dans tous les cas** (notamment en cas d'enfant malformé, handicapé, de séparation, etc.) ;
- Respecter les **intentions de la femme porteuse** concernant les risques liés à la grossesse ;
- Ne pas **interférer** directement ou indirectement dans les décisions médicales de la femme porteuse ;
- S'acquitter sans délai de l'honoraire et de **l'indemnisation des frais** approuvés par le juge.

4.4 DES RESPONSABILITÉS PARTAGÉES

• L'Etat

La **première** responsabilité de l'Etat est de **qualifier les parties**.

- La femme porteuse

La femme porteuse devra se soumettre à une **enquête sociale** visant **examiner sa situation financière, patrimoniale et familiale**. Le but de cette enquête est de s'assurer que la femme porteuse n'est pas financièrement dépendante de la GPA **pour sa survie**. Les services sociaux devront s'assurer de **son indépendance financière mais aussi affective et psychologique**, ainsi que d'un patrimoine minimum pour éviter des situations de précarité associée à des dettes, par exemple. Il ne sera pas nécessaire d'obtenir le consentement du conjoint ou des enfants de la femme porteuse.

- Les parents

Les parents devront se soumettre à **une enquête sociale** similaire à celle de la procédure d'adoption mais avec des critères plus larges pour respecter le droit de chacun à l'engendrement. Cette enquête vérifiera que les parents ne sont pas disqualifiés par les critères d'inéligibilité limités et inscrits dans la loi afin de limiter tout arbitraire.

La **deuxième** responsabilité de l'Etat est **d'étudier le phénomène de la GPA**. L'Etat doit récolter les données statistiques sur les demandes et offres de GPA, récolter les retours d'expériences et promouvoir une amélioration continue des procédures.

Enfin, l'Etat doit **garantir l'accès à l'information sur la GPA et le don de gamètes via une Agence spécialisée** relevant du **Ministère de la Santé**. Cette **Agence de la GPA** pourrait aussi être accueillie par **l'Agence nationale de la biomédecine** actuellement chargée de l'organisation des dons de gamètes en France (ovocytes et spermatozoïdes) notamment.

Toutes les informations sur les procédures de GPA doivent être rendues publiques et facilement accessibles pour former le corps médical, les travailleurs sociaux, les femmes porteuses, les donneurs de gamètes, les parents et les magistrats concernés. Une campagne d'information et de formation devra être organisée.

• Le corps médical

La responsabilité du médecin est de qualifier la situation médicale de la femme porteuse. Il s'agira d'un médecin spécialisé et formé à cette tâche. Il doit s'assurer que la femme porteuse est une femme majeure, résidant légalement en France et **ayant déjà accouché d'au moins un enfant sans difficulté**. Le médecin autorise la donneuse au regard de son seul état de santé.

Afin de prévenir tout conflit d'intérêt, la femme porteuse et les parents ne pourront être pris en charge par le même médecin. Le médecin devra en effet **informer** les parties sur les **risques** encourus avant, pendant et après la grossesse ainsi que les bonnes pratiques entre elles pendant la grossesse.

• Le juge

Le rôle du juge est de s'assurer que les deux parties s'engagent en connaissance de cause. Au terme de ses conclusions, il doit délivrer **un jugement** qui emporte premièrement, **l'autorisation de transfert d'embryon** et deuxièmement, la reconnaissance de la **filiation** qui permettra de mentionner les seuls parents sur l'acte de naissance de l'enfant.

Pour rendre son jugement, le juge devra contrôler :

- l'existence et la conformité des agréments médicaux et des enquêtes sociales ;
- le consentement libre et éclairé de la femme porteuse aux risques, droits et obligations ;
- le consentement libre et éclairé des parents aux risques, droits et obligations ;

- l'existence et la conformité de l'indemnisation des frais et de leur paiement ;
- l'existence d'un contrat s'inscrivant dans le cadre des dispositions législatives le régissant.

4.5 MODALITÉS PRATIQUES PRÉ ET POST-NATALES

• Avant la grossesse

Les demandeurs doivent pouvoir bénéficier d'un accompagnement professionnel. **La mise à disposition d'un conseiller référent judiciaire et médical** formé sur le sujet de la GPA est indispensable.

Une formation pour la femme porteuse et les parents nous semble obligatoire. La formation doit être disponible en ligne ou délivrée en personne et présenter l'intégralité des risques liés à la grossesse, le déroulement d'une PMA, les droits et obligations de chacun et les bonnes pratiques.

Un **contrôle des connaissances** (disponible en ligne ou à l'Agence de la GPA) et la délivrance d'un **certificat** constituent un pré-requis avant de débiter les démarches médicales.

• La mise en relation entre les femmes porteuses et les parents d'intention

La mise en relation devrait, à notre avis, et dans un premier temps, être confiée à une **Agence de la GPA. Ce cadre public initial nous paraît nécessaire pour éviter les abus liés aux phénomènes bien connus d'agence dans les marchés non transparents.** L'intermédiation peut en effet conduire à des dérives comme le versement de commissions occultes aux femmes porteuses. C'est le cas en Inde, en Ukraine, et dans de nombreux pays, où certaines femmes porteuses perçoivent un pourcentage des versements effectués par les parents. Ceci n'implique pas nécessairement d'interdire à des

associations privées, à but non lucratif ou même commercial de se charger de l'appariement, dans la mesure où elles seraient présentes sur tout le territoire et dirigeraient les paires de femmes porteuses/parents vers l'Agence de la GPA qui prendrait en charge la formation et toutes les autres formalités.

Le déroulement de la mise en relation débute par le choix de la femme porteuse. Les parents fournissent un dossier complet de leur requête, la femme porteuse sélectionne les parents qu'elle souhaite aider, fournit également les informations requises la concernant, puis les parents acceptent la femme porteuse.

Après leur mise en relation, les parties suivent le parcours réglementaire en vue de se soumettre au contrôle du juge qui délivre son jugement autorisant le transfert d'embryon et établissant la filiation.

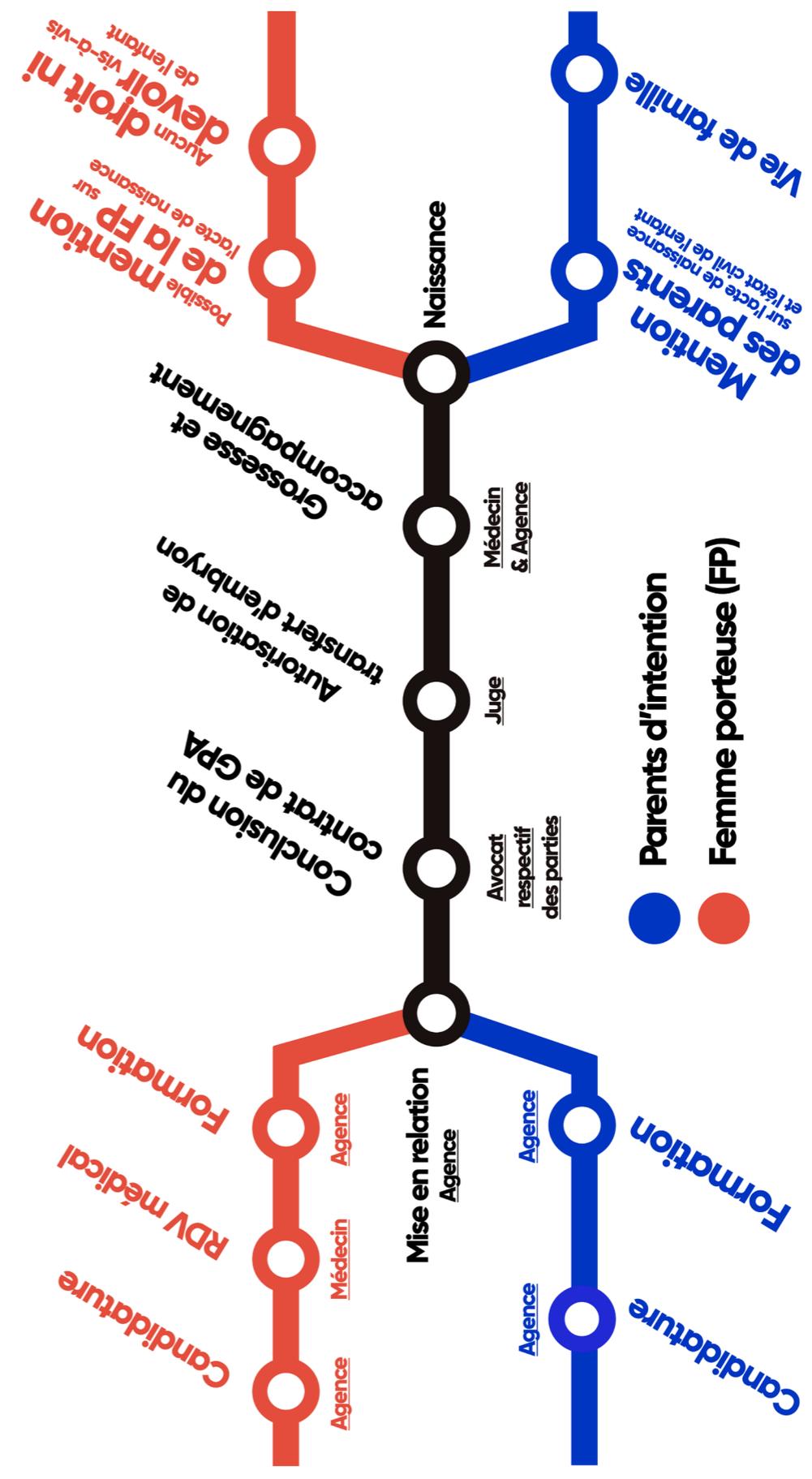
• Pendant la grossesse

La femme porteuse doit pouvoir bénéficier de l'**accompagnement spécifique et individuel** d'un médecin, qui ne pourra pas être celui de la mère afin d'éviter tout conflit d'intérêt, qui l'aidera à comprendre les risques qui la concernent, elle comme l'enfant, et à respecter ses prescriptions médicales. Toute prescription contraignante concernant le mode de vie de la femme porteuse sera proscrite et ne pourra figurer dans le contrat de GPA. L'expérience a d'ailleurs montré qu'elles étaient contre-productives. Les visites et le soutien des parents d'intention pourront, en revanche, être préalablement limités dans le contrat afin d'éviter de porter atteinte à la vie privée de la femme porteuse.

• Après la naissance

La femme porteuse bénéficie toujours d'un accompagnement médical spécifique. L'enfant doit être rendu aux parents d'intention dès la naissance. La femme porteuse ne jouit d'aucun « droit de visite » de l'enfant. Dès la naissance de l'enfant et le paiement de toutes les indemnités, les liens entre les parents d'intention et la femme porteuse ne relèvent plus d'aucune obligation légale. Ceci n'exclut pas que la femme porteuse occupe une place, plus ou moins importante, dans la vie de l'enfant, en accord avec les parents.

GPA : les différentes étapes.



Parents d'intention

- Sont pleinement responsables de l'enfant.
- Figurent sur l'**état civil** de l'enfant.

Femme porteuse

- Porte l'enfant mais n'a **aucun droit ni obligation** vis-à-vis de lui après la naissance.
- Ne figure pas sur l'état civil de l'enfant.

Juge

- Vérifie la **qualification** des parties et le contrat de GPA.
- Délivre le **jugement** de GPA qui vaut autorisation de transfert de l'embryon.



Médecin

- **Qualifie** la femme porteuse en fonction de critères strictement médicaux.
- Assure le **suiti** de la porteuse durant la grossesse.

Agence

- Assure la **formation** des parties.
- **Qualifie** parents et femmes porteuses et assure leur mise en relation.

Associations

- Contribuent à **informer**.
- Peuvent organiser la formation et la mise en relation des parties.

Avocats

- Vérifient le **consentement** de chacune des parties.
- Assistent les parties dans le choix des **directives anticipées**.
- Rédigent le **contrat** de GPA.

GPA : Quels rôles pour les parties prenantes ?

PARTIE 5

Vers un débat apaisé ?

Dans son discours devant la **Cour Européenne des Droits de l'Homme**, le 1^{er} novembre 2017, le Président de la République **Emmanuel Macron** a directement évoqué **la GPA** pour réaffirmer deux principes essentiels⁴⁷.

Faisant référence aux positions des candidats de droite durant la campagne présidentielle - Alain Juppé avait évoqué qu'il pourrait s'opposer aux arrêts de la CEDH en faveur des enfants issus de GPA⁴⁸ et François Fillon avait indiqué qu'il pourrait envisager de quitter la CEDH⁴⁹ - le président Macron a rappelé son attachement au respect de la Cour Européenne des Droits de l'Homme :

« La France se veut exemplaire parce que c'est ainsi que l'on donne force et efficacité à une institution internationale comme la Cour Européenne des Droits de l'Homme.

Rien ne serait plus facile que de pratiquer l'évitement, la demi-mesure. Certains nous y invitent parfois. Mais à terme, cela aurait pour effet de fissurer l'autorité de la Cour, de la compromettre et de la ruiner, et ce serait irresponsable.

Je vois bien ceux qui voudraient nous entraîner sur ce chemin, qui aimeraient que nous jouions avec cynisme la stratégie consistant à avoir un pied dedans et un pied dehors. Pendant la campagne électorale française, des voix se sont élevées pour demander que la France ne donne pas force obligatoire aux arrêts de la Cour, qu'elle aille même plus loin, parfois. »

Le Président de la République a également réaffirmé souhaiter ouvrir un débat, qualifié d'essentiel, pour permettre à la société française de mieux appréhender la réalité des évolutions de bioéthique et des pratiques en citant explicitement l'exemple de la GPA.

^[47] Transcription du discours du Président de la République à la Cour Européenne des Droits de l'Homme, 1er novembre 2017

^[48] Citation : « Si les jurisprudences de la Cour de Cassation et de la CEDH viennent légaliser de fait le recours à la GPA, nous devons alors prendre les dispositions qui s'imposent. » Source : PRUVOT Samuel, « Alain Juppé : « Je suis prêt à prendre la tête contre la GPA, » », *Famille chrétienne*, juillet 2016

^[49] Citation : « ...que la CEDH soit réformée pour qu'elle ne puisse pas intervenir sur des sujets qui sont des sujets essentiels, fondamentaux pour des sociétés ». Pour se donner du poids dans les négociations, François Fillon assure disposer d'une alternative : « S'il y a un refus de nos partenaires européens d'accepter cette réforme de la CEDH, alors, oui, je propose qu'on en sorte » Source : MISANDEAU, Aymeric, « Lui Président, Fillon pourrait quitter la Cour européenne des droits de l'homme, » *Le Figaro*, octobre 2016

« Votre travail, notre travail est aussi profondément remis en question par des innovations au cœur de nos sociétés. Vous l'avez mentionné en parlant de la gestation pour autrui et des enfants nés hors de nos frontières par ce biais. Nos civilisations sont vivantes. Les mentalités évoluent, les structures sociales évoluent. Les changements technologiques sont profonds et au-delà de ces faits géopolitiques nouveaux que je viens d'évoquer, qui bousculent nos équilibres, nous aurons dans les années à venir des débats qui viendront aussi bousculer notre vision des droits de l'homme, nos discussions sur les droits de l'homme.

L'humanité augmentée, le big data, les innovations technologiques comme la bioéthique conduiront inmanquablement à avoir des débats essentiels au sein de nos sociétés. Aucun de ces débats ne sera simple. Aucun de ces débats en France ne sera conduit dans la brutalité ou une conception péremptoire du fait politique qui viendrait surplomber les consciences et l'indispensable jeu des consciences, des convictions philosophiques et religieuses. Mais il faudra bien, pour vivre en société, que des règles de droit progressivement s'édicte car les faits progressivement seront là.

Il faut donc commencer à repenser la protection des droits, y compris constitutionnels, dans un monde déterritorialisé et où l'humanité même est en train d'être transformée. Ce sera aussi l'un des défis de la décennie car s'il est vrai que la France valorise le progrès scientifique et n'a pas peur de ce qui se passe, elle est résolue à faire prévaloir le principe d'égalité. Après les droits fondamentaux reconnus en 1789, les droits de créance reconnus en 1946, s'ouvre aujourd'hui une troisième période, celle de nouveaux droits pour lesquels il nous faudra de l'inventivité et pour lesquels je souhaite, dans le cadre du travail constitutionnel ouvert il y a quelques mois, que nous puissions réfléchir. Nous y sommes prêts. »

EMMANUEL MACRON,
devant la Cour Européenne
des Droits de l'Homme,
le 1^{er} novembre 2017.

Conclusion.

La gestation pour autrui (GPA) soulève de nombreuses questions éthiques et morales qui relèvent de l'héritage, des croyances et des perceptions culturelles de chacun.

La GPA peut être pratiquée de manière responsable, dans un cadre légal parfaitement clair, respectueux de la dignité de toutes les parties prenantes. C'est ce cadre qu'ont choisi la majorité des familles françaises contraintes d'y avoir recours à l'étranger.

La prohibition imposée à ces familles par la France a aujourd'hui montré ses limites pour lutter contre les abus, comme pour offrir une alternative responsable : elle ne protège pas les femmes ; elle porte atteinte aux droits des enfants ; elle prive les parents infertiles d'une chance de devenir parents.

Seul un cadre légal peut offrir une alternative aux abus et une famille à tous les parents d'intention. Il doit consacrer le principe de la libre disposition des femmes de leur corps et assurer la protection des droits de toutes les parties prenantes. En garantissant l'accès à la famille pour tous, la légalisation de la GPA permettra de lutter efficacement contre toute forme d'exploitation.

La France a le devoir de faire preuve d'innovation en s'inspirant des meilleures pratiques mondiales pour faire émerger de nouveaux droits dans le cadre de ses propres pratiques, institutions et exigences sociétales. La GPA en France protégera toutes les femmes en leur offrant des droits individuels particulièrement protecteurs et le soutien de la collectivité, elle offrira une famille aux parents d'intention, elle reconnaîtra la place de tous les donneurs, elle pourra éventuellement garantir un encadrement des honoraires, une prise en charge médicale, un accompagnement social, médical, juridique et judiciaire digne des meilleures pratiques mondiales.

Pour le philosophe français **Ruwen Ogien**, spécialiste de philosophie morale et de philosophie des sciences sociales, la GPA doit être considérée au regard des principes d'une **éthique minimale**, dont il a

posé les fondements conceptuels et dont il résume l'idée centrale ainsi :

« ce que nous faisons de nous même n'a pas d'importance morale, tant que nous ne causons pas de tort direct à autrui. »

Il ajoute,

« c'est une conception qui repose sur trois principes seulement :

- 1) **indifférence morale du rapport à soi-même,**
- 2) **non-nuisance à autrui,**
- 3) **égale considération de chacun⁵⁰. »**

La GPA s'inscrit ainsi dans la continuité de trois principes : la **libre disposition de soi**, le **respect d'autrui** et **l'égalité**.

Liberté, Fraternité, Égalité.

En résulte **trois obligations et responsabilités** pour l'Etat :

- Premièrement, **s'abstenir d'interdire à des adultes consentants de faire ce qu'ils veulent de leurs corps, à condition qu'ils ne portent pas atteinte à des tiers.**
- Deuxièmement, **veiller à ce que ces adultes ne puissent abuser l'un de l'autre ou causer du tort à des tiers.**
- Troisièmement, **répondre à la détresse de parents infertiles.** Selon R. Ogien, si une réponse éthique peut être apportée, il s'agit d'une **véritable obligation morale** de la part de la puissance publique.

Ces trois principes ne sont pas nouveaux. Ils guident depuis toujours le législateur confronté aux progrès de la médecine pour ouvrir des droits à une procréation assistée et encadrée. C'est donc sur ce fondement philosophique libéral majeur que l'on doit revendiquer un **droit à l'accès à une GPA responsable et légale**. Un droit qui oblige la société, le législateur et l'État.

⁵⁰ OGIEN Ruwen, L'Ethique aujourd'hui. Maximalistes et minimalistes, Folio, 2007

Il est temps de laisser la France être civilisée par le droit plutôt que par des croyances, des dogmes et cette passion si française pour les prohibitions contre-productives et postures moralisatrices.

Il est temps de permettre aux femmes et aux parents français de participer à une gestation pour autrui de manière **éclairée**, en **conscience** et avec toutes les **protections nécessaires**.

Comme l'a souligné le Président Emmanuel Macron, le renforcement de la place du droit - et notamment le rappel au respect des droits fondamentaux que la France a parfois méconnus dans le cadre de sa prohibition de la GPA -, l'ouverture de la société française à la **diversité des modèles familiaux**, la banalisation de la procréation médicalement assistée, des familles issues de gestation pour autrui à l'étranger et l'expérience de la mondialisation confrontent les Français à une exigence : celle de **penser de nouveaux droits**, en faisant preuve d'inventivité.

Certains des plus grands philosophes, sociologues, juristes, médecins et élus français se sont déjà exprimés en faveur d'un encadrement de la GPA en France.

La société française y est favorable. La balle est maintenant dans le camp du législateur.

ANNEXE 1 LA GPA DOIT ÊTRE DÉFENDUE AU NOM DE PRINCIPES MORAUX ET PHILOSOPHIQUES

Ruwen OGIEN, *LibéRation de Philo*, 6 octobre 2014

« Si de nombreux pays de l'Union européenne (Pays-Bas, Irlande, Royaume Uni, Pologne, etc.) ou hors de l'Union (Afrique du Sud, Australie, Canada, certains États américains) n'interdisent pas la grossesse pour autrui ou la procréation médicalement assistée pour les couples de lesbiennes, ce n'est pas par ignorance des conséquences ou aveuglement intellectuel, mais parce que ces formes de procréation sont justifiées par trois principes qui ont une base morale.

- 1) la liberté de disposer de son propre corps ;
- 2) le droit pour des adultes consentants de s'engager dans un accord mutuel du moment qu'il n'a pas été extorqué et qu'il ne nuit pas à des tiers ;
- 3) le principe de justice qui nous commande de trouver un moyen de compenser des handicaps dont les victimes ne sont pas responsables (ceux des femmes sans utérus entre autres).

On peut, bien sûr, être en désaccord avec ces trois principes. Mais il est absurde d'affirmer que la GPA ou la PMA pour les couples de lesbiennes sont des revendications sans fondement moral, comme la Manif pour tous voudrait le laisser penser.

Par ailleurs, il y a beaucoup d'hypocrisie dans les arguments officiels de la Manif pour tous, ceux qui mettent en avant l'intérêt de l'enfant et le refus de la marchandisation du corps humain. Si ces arguments étaient fondés, il faudrait retirer le droit de créer une famille aux individus violents ou irresponsables ainsi qu'aux victimes d'un handicap transmissible, (au nom de l'intérêt de l'enfant). Il faudrait aussi interdire le métier de militaire ou de gendarme ainsi que l'activité des acteurs et des sportifs professionnels, et de tous les autres dans lesquels on met son corps à la disposition d'autrui contre de l'argent (au nom du refus de la marchandisation du corps humain). Mais aucun manifestant contre la GPA ou la PMA pour les couples de lesbiennes n'irait probablement jusque là. En fait, ces arguments ne semblent s'appliquer qu'aux gays et aux lesbiennes qui veulent fonder une famille, ce qui les rend suspects (c'est le moins qu'on puisse dire). »

ANNEXE 2 TÉMOIGNAGES

1 - De femmes porteuses⁵¹

Pourquoi devenir femme porteuse ?

Angel, 29 ans, USA : « Ma soeur a cru pendant longtemps qu'elle ne pouvait pas avoir d'enfant. Je l'ai vue souffrir, elle était profondément triste. Je voulais aider quelqu'un qui ne pouvait avoir d'enfants. »

Elle a aidé un couple homosexuel israélien.
« Ils étaient ensemble depuis 14 ans, et ils se sentaient si incomplets. »

Jordan, 36 ans, USA : « J'ai pensé qu'être mère porteuse serait l'occasion de faire partie d'un processus que j'aime (ndlr: Jordan est une doula qui accompagne les femmes pendant leur grossesse et accouchement), tout en aidant une autre famille à se compléter. »

Aviez-vous peur que la famille change d'avis et ne veuille plus son bébé ?

Jordan, USA : « Le coût, le temps et les espoirs investis dans ce bébé étaient astronomiques. Elle était probablement le bébé le plus désiré de la planète, donc mes craintes étaient vraiment minimales. »

Louise, USA : « On a signé un contrat. L'enfant et moi n'étions pas liés génétiquement, ce n'était pas mon ovule. Je n'avais aucune obligation légale. Si les parents avaient reculé, l'enfant aurait été pris en charge par des tuteurs légaux qu'ils désignent. »

Comment vous sentez-vous à l'idée d'être payée pour être femme porteuse ?

Angel, USA : « Tu n'es pas obligée d'être mère porteuse. Les femmes ont le choix. Une femme est libre de faire ce qu'elle veut avec son corps et, si elle veut aider quelqu'un à avoir un bébé... elle le peut ! Personne ne devrait prendre de décision qui concerne ce qu'une femme peut faire avec son corps, jamais. »

Vous êtes-vous attachée au bébé quand il est né ? Avez-vous déjà pensé changer d'idée et le garder ?

Katie, USA : « Voir les parents si excités de la grossesse à l'accouchement, je pense que ça facilite vraiment à la séparation, ça aide à ne pas être bouleversée. »

Claire, USA : « Je n'abandonne pas ces bébés (ndlr : elle porte des jumeaux). Je les redonne à leurs parents. »

Jordan, USA : « Nous sommes tombés amoureux de ce bébé, mais c'était si gratifiant de savoir que nous avons été à l'origine de ce beau voyage avec une famille aimante. »

2 - Une jeune femme française née de GPA

Entretien avec Fiorella Mennesson (vidéo BRUT) :

« Je m'appelle Fiorella Mennesson, j'ai dix sept ans et demi et je suis née par gestation pour autrui aux Etats-Unis. J'ai mon père qui est français, ma mère qui est italienne. Mes parents ont eu recours à une gestatrice aux Etats-Unis, ce qui fait que je suis née en Californie. Et, en plus, on a eu une donatrice d'ovocytes qui, elle, est franco-vietnamienne. On connaissait déjà ma donatrice d'ovocyte. C'était une amie à ma mère. La gestatrice, on l'a rencontrée par le biais d'une association.

C'est pas des personnes que je pourrais dire que je considère comme ma famille. C'est des personnes qui sont indéniablement importantes pour moi, puisque, je suis un peu née grâce à elles, donc c'est cool. Mais il y a pas vraiment un lien. **Jamais je ne regarderai ma gestatrice et me dirai "ah c'est peut être ma mère"**, comme certains ont cette idée qu'il faut absolument que la personne qui accouche soit la mère. Non. Ma gestatrice n'accepte pas ce rôle de mère, et moi non plus. Et l'on sait toutes les deux que l'on n'a pas cette relation entre nous.

On réunit en un seul débat deux questions très importantes. Comment faut-il légaliser la GPA ?

^[51] DE L'EGLISE Justine, « Des mères porteuses nous disent ce que c'est de porter les enfants d'un autre, » VICE, 12 avril 2018

Mais aussi, le plus important, je pense, c'est comment on s'occupe des enfants qui naissent par GPA, quoi qu'il arrive. Enfin, c'est pas une question hypothétique. **On existe vraiment.** Et c'est ça, je pense, qui n'apparaît pas assez aujourd'hui. On a tendance à trop oublier qu'il s'agit vraiment de vraies vies quand on fait ce soi-disant débat.

Mon existence ne devrait pas être un débat, en fait. On est un truc un peu théorique, un concept, mais pas vraiment réel. Après, c'est compréhensible car les enfants nés de GPA, la plupart, sont quand même encore assez jeunes. Moi, j'ai 17 ans et demi. J'ai la possibilité de parler et de montrer que, non, on n'est pas qu'un concept ou un mot sur lequel on peut venir coller toutes les étiquettes que l'on veut. On n'est pas des marchandises. **On n'est pas des objets.**

Des fois, ça se passe pas forcément de façon très éthique. Et ce n'est pas ce que l'on veut, nous. Quand on dit qu'on veut légaliser la GPA, on ne dit pas que l'on veut absolument transformer des gens, des femmes en usine ou je ne sais pas quoi. Au contraire, moi, en tant que femme, en tant qu'enfant né par GPA, ce serait mon cauchemar que cela devienne comme ça. Non, au contraire. Je pense qu'en légalisant la GPA en France, cela permettrait au moins d'encadrer cela et de prôner un contact et la relation et des liens humains.

Il y a des gens qui voudraient justement que ce soit un poids pesant. Qui voudraient que les enfants nés par GPA aillent absolument mal et ressentent un mal-être. Bah non. **Non, heureusement, cela ne m'empêche pas d'être super contente, d'avoir ma famille, d'aller au lycée, de passer mon bac et tout ça.** Donc ce n'est vraiment pas quelque chose qui m'affecte psychologiquement ou qui me fait me sentir mal. »

3 - De parents

« Nos enfants sont considérés comme des immigrés en France, ce sont des **fantômes** »

« Nos filles n'ont toujours pas de certificat de nationalité française mais elles ont une carte d'identité et un passeport français »

« En France, même ceux qui vous expliquent que la GPA ne peut pas être éthique acceptent aujourd'hui qu'elle puisse être disponible, de manière encadrée et par exception, pour s'adresser à la souffrance de femmes atteintes d'infertilité pathologique. Voilà déjà un grand progrès. **Pour deux papas, en revanche, on touche à un tabou tenace,** sorte de frontière ultime de l'homoparentalité qui nous fait perdre toute logique et révèle les limites de notre processus démocratique. Car, c'est bien connu, il ne peut y avoir aucun désir d'enfant, ni aucune souffrance chez un papa, a fortiori homosexuel, assigné à une infertilité toute politique. On prétend qu'il s'agit pour eux d'une demande « sociétale », d'une dérive individualiste, sinon consumériste, incompatible avec leurs « choix de vie ».

Le discours homophobe du débat sur le mariage a tellement imprégné les esprits qu'on les accuse d'avoir des « désirs d'enfants », si légitimes chez les hétérosexuels, mais tout de suite bien plus suspects chez eux. Des désirs qui, pour se transformer en réalité, feraient naître une aspiration à un « droit à l'enfant », encore plus suspect, quand bien même personne n'a jamais revendiqué un tel droit.

Mais, comme n'a pas hésité à le déclarer un Comité de sommités qui se fait passer pour éthique, qui change d'avis avec les gouvernements et qui sert surtout de faire valoir aux plus couards de nos politiques, « il faut se garder d'accréditer l'idée que toute injustice, y compris physiologique, met en cause l'égalité devant la loi ». C'est pourtant bien cette belle idée qui guide depuis toujours la médecine, qui a ouvert de nouveaux droits et qui a fait bénéficier des milliers de Français de ses magnifiques progrès depuis l'irruption de l'AMP il y a plus de 40 ans. Pourvu qu'ils soient hétérosexuels.

Avec une telle ignorance de la parenté, de l'homosexualité, de ce que doit être la vocation de la médecine mais aussi du raisonnement éthique le plus élémentaire comme des principes fondamentaux de la justice, on mesure à quel point l'homophobie institutionnalisée, assumée, presque revendiquée, a encore de beaux jours devant elle, dans notre beau pays des droits de l'Homme, surtout hétérosexuel. »

« Quand **la justice a refusé de transcrire l'acte de naissance de nos enfants** sur les registres de l'état civil français, c'est comme si on m'avait rendue stérile une deuxième fois »⁵²

« A chaque fois que me fais **arrêter à la douane**, j'ai envie de hurler. Un jour, ils vont finir par m'embarquer et peut-être que l'on découvrira comment on traite les mamans dans ce pays »

⁵² VILLECHENON Anna, " « Nés par GPA à l'étranger, nos enfants sont des fantômes » : les parents racontent," Le Monde, 5 juillet 2017

REMERCIEMENTS

Merci à toutes les **femmes porteuses** pour leur geste qui interroge si radicalement les limites de notre humanité, de nos droits et de nos institutions.

Merci aux **parents français** qui ont pris tous les risques pour fonder une famille à l'étranger en n'écouter que leur cœur et leurs valeurs, sans jamais enfreindre aucune loi, française ou étrangère, et en veillant à respecter leur femme porteuse, bien au-delà de leurs simples obligations légales.

Merci à leurs **avocats** qui se sont battus à leurs côtés pendant tant d'années pour révéler l'injustice du droit français de la famille qui peut s'avérer cruel et discriminatoire.

Merci aux **enfants**, issus de GPA, dont la voix commence à se faire entendre en France, qu'on ne pourra plus considérer comme des concepts abstraits, traiter comme des objets, à qui on pouvait faire payer une faute imaginaire de leurs parents.

Merci à **Gaspard Koenig** qui a immédiatement et instinctivement compris l'injustice de la prohibition française et son caractère liberticide, avant même d'avoir eu connaissance de l'ampleur des dégâts, des souffrances et autres injustices qu'elle provoque depuis vingt cinq ans en France. Merci de porter la flamme de la tradition libérale française en Europe et au-delà.

Merci à **Daniel Borrillo** pour sa préface et sa patience à m'enseigner les subtilités de son analyse des défaillances d'un droit français de la famille inefficace, sexiste, injuste et discriminatoire.

Merci à tous **les experts de nombreuses disciplines** qui m'ont aidé à comprendre l'histoire du droit de la famille français et des enjeux complexes mais qui ont préféré, du fait de leurs engagements, de leurs responsabilités souvent éminentes, de leurs devoirs de réserve ou

d'autres raisons que je comprends et que je respecte, ne pas être cités dans ce rapport.

J'y vois le signe de la radioactivité de la matière autant que de la violence entretenue dans le débat sur la GPA en France par tous ceux qui tirent un profit politique de l'instrumentalisation des enfants et de leurs parents, hétérosexuels ou homosexuels, existants ou en devenir. Puisse ce rapport libérer la parole et oeuvrer à une meilleure compréhension de la réalité de la GPA, de ses véritables enjeux, de l'urgence comme des diverses modalités de son encadrement.

Merci à **Ruwen Ogien** pour son analyse de l'hypocrisie des postures morales et des contradictions du droit français dit de la "bioéthique" ainsi que pour l'humanité de sa défense déjà ancienne d'une GPA fondée sur une certaine idée de nos libertés individuelles, de nos devoirs envers les autres et de la justice.

Merci à **Dominique Mennesson** pour ses commentaires, à son épouse et à ses filles, premiers défenseurs de la GPA en France, pour leur combat sans relâche qui a conduit la CEDH à condamner la France pour le traitement des enfants issus de GPA, pour le travail de leur association C.L.A.R.A qui aide tant de parents en détresse à fonder, comme eux, une famille, de manière éthique et légale.

Merci à **Alexandre Urwicz** pour ses commentaires et à son association, l'Association Des Familles Homoparentales (ADFH), pour son combat pour la reconnaissance et l'égalité des familles homoparentales en France et pour une GPA encadrée par la loi.

Merci à **Karène Parizer-Krief** pour ses commentaires.

Merci à tous mes professeurs de philosophie, de **Sylviane Agacinski** au Lycée Carnot à **Philippe Nemo** à l'ESCP en passant par **Ronald Dworkin** et **Thomas Nagel** à NYU.

Ce rapport ne représente pas les positions des personnes ou

associations citées qui ont, bien avant moi, exprimé des positions publiques et diverses sur la GPA.

Les éventuelles erreurs ou imprécisions relèvent de ma seule responsabilité.

Merci enfin à toute l'équipe de **GenerationLibre** qui fait vivre le débat libéral en France en toute indépendance et en particulier à **Delphine Granier**, **Lisa Thouvenin** et **Camille Pimont** pour leur travail éditorial et de recherche.

L'AUTEUR

Frank-Adrien Papon



BIOGRAPHIE

Frank-Adrien Papon est un avocat français.

Il a étudié l'économie politique et la gestion à l'Ecole Supérieure de Commerce de Paris (Diplôme ESCP) avant d'étudier le droit à la New York University School of Law (*Juris Doctor*).

Membre du barreau de New York, il exerce le droit des affaires et des nouvelles technologies depuis plus de vingt ans, aux Etats-Unis, en France et en Europe.

La raison d'être du think tank.

Tocqueville déplorait déjà, dans *L'Ancien Régime et la Révolution*, « l'effrayant spectacle » des philosophes français, coupés du reste de leurs semblables, ignorants de la vie de la Cité, aveugles au reste du monde. « Même attrait pour les théories générales, les systèmes complets de législation et l'exacte symétrie dans les lois ; même mépris des faits existants ; même confiance dans la théorie. »

A l'inverse, les politiques restent bien souvent détachés de toute réflexion philosophique, en se reposant trop exclusivement sur l'administration pour imaginer les projets de réformes.

« C'est donc à mieux marier théorie et pratique, principes philosophiques et action politique, que doivent travailler les think tanks »

Sur le fondement d'une doctrine claire, ils rassemblent les compétences d'experts pour décliner des idées parfois inhabituelles en politiques publiques précises et chiffrées. S'agissant du revenu universel par exemple, GenerationLibre s'est emparé d'un concept puissant mais très abstrait pour élaborer une proposition économiquement viable sous la forme d'un impôt négatif.

Il est heureux que les think tanks jouent un rôle croissant sur la scène publique française. Au-delà des convictions de chacun, c'est la garantie d'un débat riche et informé sur les grands sujets de notre temps.

Notre combat quotidien.

Nos objectifs.

- 1. Vivre et laisser vivre**, pour permettre à chacun de définir ses propres valeurs dans une société ouverte.
- 2. Briser les rentes**, parce que la libre concurrence des échanges comme des idées est le meilleur moyen de contester l'ordre établi.
- 3. Penser le progrès**, pour que les innovations technologiques demeurent au service de l'individu.

Nos dernières publications.

- « Objet social : ne laissons pas le juge moraliser l'entreprise », juin 2018 ;
- « Légaliser le cannabis. Arguments légaux et médicaux en faveur d'un changement de modèle », mai 2018 ;
- « Prisons ouvertes : une réponse à la situation carcérale française », février 2018 ;
- « Mes data sont à moi ! pour une patrimonialité des données numériques », janvier 2018.

— NOUS SOUTENIR

Soutenir de nouvelles idées.

GenerationLibre est un jeune think tank fondé en 2013 par le philosophe Gaspard Koenig. Il défend un libéralisme à la fois économique, politique et sociétal, plaçant l'individu et ses libertés au cœur de la politique publique. Au quotidien, le think tank élabore des propositions pour briser les rentes publiques - comme privées - transformer notre organisation sociale, la rendre plus juste et l'adapter à l'ère numérique.

Son financement repose exclusivement sur la générosité de ses membres, seule garantie de sa liberté de ton et de son indépendance. GenerationLibre refuse toute subvention publique, ne prend aucune commande et ne dispense aucune activité de conseil ou d'expertise auprès d'entreprises ou particuliers.

Nous écrire, nous rencontrer.

GenerationLibre
24, rue Saint-Lazare
75009 Paris
contact@generationlibre.eu

www.generationlibre.eu