

Couverture : Off, Paris

ISBN : 978-2-213-67769-9

∞ Librairie Arthème Fayard, 2013.

Il faut de l'imagination pour voir où nous mènent les chemins que nous empruntons, et c'est souvent les romanciers qui perçoivent l'horizon avec le plus de perspicacité. Ils peuvent dessiner l'avenir plus librement et leurs fictions romanesques donnent à voir de nombreuses vérités plus ou moins romantiques¹. Nul n'a ainsi décrit mieux qu'Aldous Huxley, et ce dès 1932, le meilleur des mondes auquel peuvent conduire les techniques biomédicales de procréation. Dans la période contemporaine, Michel Houellebecq a dépeint de façon visionnaire la montée de l'individualisme² et

1. Pour détourner, au fond et en la forme, le titre du beau livre de René Girard, *Mensonge romantique et vérité romanesque*, 1^{re} éd. Grasset, 1961.

2. Michel Houellebecq, *Les Particules élémentaires*, Flammarion, 1998.

du narcissisme (dont le point ultime est le clonage¹) et mis en pleine lumière son aboutissement logique : l'extension du domaine de la lutte des uns contre les autres².

Sans vouloir jouer les Cassandre ou les prophètes de mauvais augure, nous voudrions essayer d'apporter quelques éléments d'appréciation au débat sur la gestation pour autrui, en faisant entrevoir les conséquences de sa légalisation. Soulignons bien que nos propos valent de la même façon pour les couples hétérosexuels et pour les couples homosexuels, même si c'est à propos de ces derniers qu'on a commencé à envisager sérieusement la légalisation de ces pratiques³.

Nous employons ici l'expression la plus courante qui est celle de « gestation pour autrui », entendue au sens générique du terme, c'est-à-dire englobant aussi ce qu'on appelle plus précisément la « procréation pour autrui », qui est l'hypothèse où la femme

1. *Id.*, *La Possibilité d'une île*, Fayard, 2005.

2. *Id.*, *Extension du domaine de la lutte*, Éditions Maurice Nadeau, 1994.

3. Pour être plus précise, il y a une différence, non pas théorique mais pratique, car, de fait, les couples homosexuels auront besoin de recourir de façon plus systématique aux techniques de procréation médicalement assistée pour se faire fabriquer des enfants. Et pour les couples d'hommes, c'est principalement la gestation pour autrui qui leur permettra de s'en procurer.

qui porte l'enfant est aussi la mère génétique. Dans la gestation pour autrui *stricto sensu*, elle n'en est en général que la gestatrice, l'enfant ayant été conçu avec les gamètes du couple demandeur ou de tiers donateurs. Les expressions de « maternité pour autrui » ou de « maternité de substitution » sont souvent employées dans ce sens générique et englobant du terme. Quoi qu'il en soit, les raisons principales d'interdire ces pratiques nous semblent les mêmes quels que soient les « composants » précis ayant permis la fabrication de l'embryon, et nous ne distinguerons pas fondamentalement toutes ces hypothèses.

La maternité de substitution est apparue en France dans les années 1980. Les premiers cas sont survenus assez rapidement devant les tribunaux. Les litiges ont d'abord porté sur la légalité des associations constituées pour servir d'intermédiaires. Dans une décision du 22 janvier 1988, le Conseil d'État a approuvé le refus d'enregistrement d'une telle association (en l'espèce l'association Les Cigognes) et, dans un arrêt du 13 décembre 1989, la Cour de cassation a à son tour jugé que ces associations (en l'espèce l'association Alma Mater) étaient nulles pour objet illicite et devaient dès lors être dissoutes. Dans un arrêt du 31 mai 1991, l'assemblée plénière de la Cour de cassation s'est ensuite prononcée sur les contrats de gestation pour

autrui et elle a jugé que « la convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes¹ » ; elle a ajouté que « ce processus constituait un détournement de l'institution de l'adoption ». Ces contrats sont nuls et ne sont donc pas exécutoires devant les tribunaux. Le législateur l'a expressément confirmé dans l'une des premières lois dites « de bioéthique » du 30 juillet 1994 en introduisant, dans le Code civil, un article 16-7 disposant que « toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle ».

Même si les protagonistes ne sont pas en litige, leurs arrangements ne peuvent pas être validés, dans la mesure où ils supposent que la filiation de l'enfant soit juridiquement établie avec la mère d'intention, ce qui ne se peut par aucun mode : ni par l'inscription directe à l'état civil, ni par la reconnaissance, ni par la preuve par la possession d'état (c'est-à-dire, pour simplifier,

1. Très brièvement, l'indisponibilité renvoie, en droit, à l'impossibilité de disposer à sa guise d'une chose ou d'un droit. On ne peut ainsi pas, en principe, vendre ou louer des éléments de son corps (indisponibilité du corps humain), ni modifier en fonction de sa seule volonté les éléments de son identité tels que l'âge, le

par l'apparence de filiation), ni encore, comme on l'a vu dans l'arrêt de 1991, par l'adoption, que celle-ci soit plénière ou simple¹. Enfin, les tribunaux refusent également de transcrire à l'état civil français les actes de naissance établis à l'étranger lorsque l'enfant est né d'une mère porteuse : la Cour de cassation a ainsi jugé, dans deux arrêts du 6 avril 2011, « qu'est justifié le refus de transcription d'un acte de naissance établi en exécution d'une décision étrangère, fondé sur la contrariété à l'ordre public international français de cette décision, lorsque celle-ci comporte des dispositions qui heurtent des principes essentiels du droit français ; qu'en l'état du droit positif, il est contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, principe essentiel du droit français, de faire produire effet, au regard de la filiation, à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui, qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du code civil ».

À l'occasion de la révision des lois de bioéthique, plusieurs rapports et avis officiels ont été rendus. Ils ont conclu majoritairement au maintien de

1. L'adoption plénière a des effets beaucoup plus radicaux que l'adoption simple : à la différence de celle-ci, elle rompt les liens de l'enfant avec sa famille d'origine et, de surcroît, elle est irrévocable.

l'interdiction de la gestation pour autrui¹, directive que le législateur a suivie dans la loi du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique.

Les partisans de la gestation pour autrui nous racontent aujourd'hui d'émouvantes histoires de couples stériles malheureux voulant faire affaire avec des mères porteuses généreuses et altruistes, aimant être enceintes et désireuses d'apporter du bonheur à autrui, ou encore d'enfants conçus à l'étranger et qu'on prive de la possibilité de voir établir leur filiation, en leur faisant injustement supporter les conséquences de l'illégalité de la situation dans laquelle se sont mis leurs "parents".

1. Parmi les rapports et avis récents, sont ainsi défavorables à la légalisation de la gestation pour autrui : le rapport d'information fait au nom de la Mission d'information sur la révision des lois de bioéthique n° 2235, déposé le 20 janvier 2010 ; l'avis n° 110 de 2010 du Comité consultatif national d'éthique relatif aux « problèmes éthiques soulevés par la gestation pour autrui (GPA) » ; le rapport du Conseil d'État sur la révision des lois de bioéthique de juin 2009 ; le rapport de l'office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, Assemblée nationale, n° 1325, 17 décembre 2008 ; ou encore, même s'il est plus nuancé, le rapport de l'Académie nationale de médecine du 10 mars 2009 (voir Académie nationale de médecine, *La Gestation pour autrui*, Georges David, Roger Henrion, Pierre Jouannet et Claudine Bergoignan-Esper (dir.), Médecine Sciences Publications, 2011). Le seul rapport concluant à une légalisation encadrée de la gestation pour autrui est le rapport d'information du Sénat n° 421 du 25 juin 2008 sur la maternité pour autrui.

La légalisation de la gestation pour autrui permettrait alors, selon eux, de régler d'un coup toutes ces situations douloureuses et de donner libre cours à tous ces bons sentiments.

La réalité sera cependant différente, et la légalisation de la gestation pour autrui donnera à voir de tout autres histoires. Car s'il doit prendre en considération l'évolution de la société et des mœurs, le droit institue à son tour un certain état des rapports humains et sociaux. Il ne peut donc coller aux faits sans reste, et c'est une illusion entretenue par les politiques qu'à chaque nouveau fait divers pourrait répondre une nouvelle loi de circonstance apportant la solution définitive au problème.

La gestation pour autrui est au demeurant pratiquée aux États-Unis depuis plus d'une vingtaine d'années et l'étude de la façon dont elle y est mise en œuvre nous éclaire sur sa réalité et, en particulier, sur les litiges auxquels il faudrait s'attendre si cette technique était admise en France.

Si la maternité de substitution était autorisée, on assisterait à des déchirements entre des couples payeurs et des mères porteuses qui souhaiteraient finalement garder leur enfant ; on verrait des enfants handicapés ou diminués dont personne ne voudrait plus ; des situations où le couple ayant commandé l'enfant s'est

séparé pendant la grossesse de la mère porteuse et se déchire à propos de l'enfant, soit que les deux veuillent le garder, soit au contraire qu'ils n'en veuillent plus ; des cas où la mère porteuse est victime de dommages physiques pendant la grossesse ou l'accouchement, ou souffre de dépression ou de troubles psychologiques à la suite de la séparation d'avec son enfant, etc., etc. Il n'y aura plus qu'à contempler avec consternation les histoires les plus sordides. D'autant que, s'étalant sur une durée de temps assez longue, la gestation pour autrui est propice aux changements de sentiments et d'avis et, partant, à de nombreux contentieux. La réalité dépassera alors parfois la fiction.

Le droit entraîne des effets logiques, c'est-à-dire des effets de structure, et il permet en ce sens une certaine prévisibilité. La légalisation de la gestation pour autrui instituera ainsi de nouvelles qualifications et de nouvelles solutions juridiques qui ne pourront pas être sans conséquences sur les mères (I), les enfants (II), les femmes en général (III), et particulièrement les femmes socialement défavorisées (IV).

On ne pourra pas dire qu'on ne savait pas.