

L'absence de la GPA du projet de loi bioéthique : Impacts sur le bonheur des couples et de l'enfant

Dylan Quarez, Diane Ruiz, Romane Hanvic, Claire Carillo, Louna Malaret
Étudiants en Master II Droit, conseil et expertise en matière de santé
Faculté de droit et sciences politiques d'Aix-en-Provence
@ : dylan.quarez@hotmail.fr, ruiz.d9@hotmail.fr, romane.hanvic@laposte.net,
carillo.claire@outlook.com, malaretlouna@gmail.com

Résumé

Dans le projet de révision de la loi de bioéthique 2019, il n'est pas fait mention d'une levée de l'interdiction de la gestation pour autrui (GPA) en France. Pourtant cette interdiction de toute forme de GPA prive des couples français d'avoir des enfants et d'accéder au bonheur. L'interdiction de la GPA en France a également soulevé des controverses relatives à la reconnaissance du lien de filiation des enfants nés de GPA à l'étranger. Ces problématiques ont conduit, en 2008, certains sénateurs à envisager l'autorisation d'une GPA altruiste. Cette forme de GPA peut être perçue comme un acte de solidarité envers les citoyens. Ces évolutions sociétales, suivies par une jurisprudence constante de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), permettent d'envisager une possible remise en cause de l'interdiction de toute forme de GPA dans la prochaine révision de loi bioéthique.

Abstract

The draft revision of the laws on bioethics does not contain any provisions authorising surrogate motherhood. Surrogate motherhood could be the only way for many couples to conceive a child though. Besides, this ban has raised the issue of the acknowledgement of filiation link, for children born of surrogate motherhood abroad. These issues led members of Parliament, in 2008, to consider a legalisation of altruist surrogate motherhood. This societal change along with the decisions of the European Court of Human Rights seem to be the first step toward a framed legalisation in the next laws on bioethics.

Mots clés

Bonheur ; Solidarité ; Gestation pour autrui ; Absence ; Interdiction ; Egalité ; Projet parental ; Lien de filiation ; Altruisme ; Evolution

Keywords

Happiness; Solidarity; Surrogate motherhood; Absence; Ban; Equality; Parental project; Filiation link; Altruism; Evolution

Selon Voltaire, « *La grande affaire et la seule qu'on doit avoir, c'est de vivre heureux* »¹. Vivre heureux suppose une finalité qui peut être tant individuelle que collective. Pour un couple, au regard de l'histoire du droit de la famille, vivre heureux s'inscrit dans une finalité familiale : avoir un enfant. Cet enfant sous-entend le Graal de leur bonheur. Néanmoins, à l'image du Graal, ce bonheur est inaccessible en raison de difficultés de procréation, dont la maladie. À cet égard, s'est développée l'assistance médicale à procréation (AMP). De l'AMP, réponse de la solidarité médicale, découle des techniques reproductives admises par le législateur, représentant de la solidarité nationale, mais également des techniques reproductives non-admises dont la gestion pour autrui (GPA). La GPA permet à un couple, hétérosexuel ou homosexuel, de solliciter une tierce personne appelée « mère porteuse » qui accepte de mettre son corps à disposition afin de porter leur enfant, qui leur sera remis dès sa naissance.

Si ce procédé demeure en substance présent dans l'histoire de l'humanité dès son origine, notamment par le recours d'Abraham à sa servante pour pallier la stérilité de sa femme Sarah², la GPA reste néanmoins l'objet d'une interdiction absolue d'ordre public en France. Cette interdiction, initiée par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation dans un arrêt du 31 mars 1991³, a été consacrée par les lois de bioéthique du 29 juillet 1994⁴ au sein de l'article 16-5 du Code civil. Cet article consacre la nullité des conventions portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui, au titre de l'indisponibilité du corps humain et de la dignité de la personne humaine. En conséquence, dans la poursuite de leur quête de bonheur, les couples ont recours à la GPA à l'étranger, ouvrant dès lors un véritable contentieux juridique concernant la retranscription de l'acte à l'état civil.

Alors qu'initialement, la jurisprudence se refusait constamment à la retranscription de l'acte à l'état civil, - qui est l'aboutissement d'un processus frauduleux ne pouvant produire aucun effet - la Circulaire Taubira du 25 janvier 2013 relative à la délivrance de certificats de nationalité française d'application immédiate⁵, permet de délivrer des certificats de nationalité aux enfants issus de ce procédé à l'étranger. Le refus porte ainsi une atteinte disproportionnée à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme (CESDH). Cette perspective, démontrant un intérêt de la solidarité nationale, est consacrée par la Cour européenne des droits de l'Homme, notamment dans ses arrêts *Menesson et Labassée contre France du 26 juin 2014*⁶, *Laborie contre France du 29 janvier 2017*⁷, et *Paradiso et Campanelli contre Italie du 24 janvier 2017*⁸. En

¹R.MAUZI, *L'idée du bonheur dans la littérature et la pensée françaises au XVIII siècle* (chapitre II la conquête du bonheur et ses vicissitudes), 725 p.

² Bible, Genèse 30.1 à 30.22 : « prends ma servante Bila. Unis-toi à elle pour qu'elle ait des enfants. Je les adopterai. Alors, par elle, j'aurai des enfants aussi »

³ Cour de cassation, Assemblée plénière, du 31 mai 1991, 90-20.105, Publié au bulletin

⁴ Loi n°94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à procréation et au diagnostic prénatal, JO, 30 juillet 1994, p.11060

⁵ Circulaire du 25 janvier 2013 relative à la délivrance des certificats de nationalité française – convention de mère porteuse – État civil étranger, NOR : JUSC1301528C

⁶ CEDH, 5^e sect. 26 juin 2014, n°65192/11, *Menesson c/France* et n°65941/11, *Labassée C/France*

⁷ CEDH 29 janvier 2017, n°44024/13

⁸ CEDH 27 janvier 2015, *Paradiso et Campanelli c/Italie*, n°25358/12

substance, sans prendre position pour la légalisation de la GPA, la Cour de Strasbourg consacre ainsi l'intérêt supérieur de l'enfant sur le fondement de l'article 8 de la CESDH, pour justifier de la filiation de l'enfant à l'égard de son père biologique.

Ainsi, tandis que les jurisprudences européenne et nationale semblent contribuer à la prise en considération de ce procédé ancestral au titre de l'intérêt supérieur de l'enfant, que des théories d'encadrement dudit procédé semblent mûrir dans l'esprit social, notamment avec la GPA altruiste légale au Royaume-Uni, il n'en demeure pas moins qu'elle reste la grande oubliée dans la révision de la loi de bioéthique. En effet, l'absence de prise en compte de l'évolution sociétale qui porte l'AMP pour tous et l'accès à la parentalité pour tous est d'autant plus importante à souligner au regard de l'actualité jurisprudentielle.

Face à cet oubli ou ce désintérêt, peut-on considérer que l'absence de la GPA du projet de révision de la loi de bioéthique est à contre-courant de notre société évolutive ?

L'interdiction formelle de la GPA par le législateur peut conduire à une altération du bonheur des couples et de l'enfant (1) là où la GPA altruiste serait perçue comme un acte de solidarité permettant l'accès à ce bonheur (2).

1. L'interdiction formelle de la GPA par le législateur : une altération du bonheur des couples et de l'enfant

En France, tant sur le plan législatif que jurisprudentiel, la gestation pour autrui est une pratique interdite et répréhensible. Cette prohibition apparaît comme une altération du bonheur des couples ne pouvant pas avoir d'enfant par conception naturelle, dès lors que ces derniers souhaitent un accès à la parentalité.

Cependant, la jurisprudence a fait preuve d'une évolution importante en établissant désormais la légalité du lien de filiation de l'enfant né d'une GPA à l'étranger et ce, en justifiant que le bonheur de l'enfant prime sur l'interdiction législative française.

1.1. L'ENTRAVE SIGNIFICATIVE DU BONHEUR DES COUPLES AU SEIN D'UNE SOCIÉTÉ ÉVOLUTIVE

Anatole France, écrivain français du 19^e siècle expliquait qu'« *on appelle bonnes mœurs, les mœurs habituelles. Mauvaises mœurs, celles auxquelles on n'est point accoutumé* »⁹.

Ainsi, l'auteur distingue les pratiques, les coutumes, au sein d'une société à laquelle nous sommes accoutumés et celles au contraire auxquelles nous ne sommes pas accoutumés. En ce sens que les bonnes mœurs sont celles dans lesquelles chaque citoyen a pour habitude d'évoluer, *a contrario* des mauvaises mœurs figurant dans l'inconnu et l'inexpérimenté.

⁹ France A. « Les Dieux ont soif », Calmann Levy, 1912, p. 54

De la même façon, l'éthique d'une société se détermine par les coutumes qu'elle place sur le devant de la scène et celles qu'elle condamne. Pourtant, ces conceptions morales sont en perpétuelle évolution, adaptées au développement heureux des citoyens en société.

Aussi, nombreux sont les sujets qui ont fait l'objet de désaccords et de fractures entre les hommes eux-mêmes, or il en est un qui, année après année semble rester sans perspective d'évolution : la gestation pour autrui (GPA). Ainsi, pour Aude Mirkovic : « *la gestation pour autrui est le fait, pour une femme de porter et mettre au monde un enfant pour le compte d'un tiers* »¹⁰ ; cette femme et mère porteuse est donc génitrice et gestatrice. Symbole de modernité, de solidarité et d'accès au bonheur pour certains, cette aide à la parentalité reste toujours inenvisageable dans une société évoluée qui se veut exemplaire comme la société française.

Le recours à la GPA reste condamné par le législateur français. En effet, la GPA s'établissant sur « *une interaction étroite du droit et de la pratique médicale* »¹¹, son absence du projet de loi signifie que son interdiction reste au gout du jour. À ce propos, Nicole Belloubet, Ministre de la justice expliquait le 10 septembre dernier devant l'Assemblée Nationale que la « *GPA demeurera un interdit absolu* ». La Garde des sceaux ajoutait que « *le Gouvernement n'entend nullement modifier la situation juridique des enfants nés de GPA* »¹².

Or, cet interdit absolu n'est-il pas en réalité une entrave significative au bonheur des couples ? Effectivement, déjà malheureux de ne pas avoir accès à une parentalité naturelle, la législation française s'éternise à leur refuser l'accès à la gestation pour autrui en tant que solution intermédiaire.

La conception et l'éducation d'un enfant se reconnaissent pour beaucoup être le résultat d'un père et d'une mère, la mère d'intention étant immanquablement la génitrice de l'enfant à naître. Cette vision conventionnelle du modèle familial, de la place de l'enfant, paraît se faire garde-fou de la condamnation de la GPA en France et peut être vu comme le fondement moral de l'interdiction de cette pratique.

À cet effet, la jurisprudence de la Cour de cassation n'a cessé d'affirmer l'interdiction formelle du recours à la GPA sur le sol Français en refusant d'établir un lien de filiation entre la mère d'intention et l'enfant né. Il semblerait toutefois que penser pour et à la place de ces couples s'apparente à une entorse notoire à leur bonheur dès lors qu'ils envisagent de fonder un foyer car, cette opposition représente pour de nombreux ressortissants un défaut de solidarité de l'État qui s'entête à leur en interdire toute approche.

L'éthique se fait donc réponse de la désolidarisation de l'État. Or celle-ci n'est-elle pourtant pas remise en question dès lors que cette désolidarisation bâillonne le projet parental des couples ne pouvant avoir accès à la parentalité ?

¹⁰ Mirkovic A., *L'essentiel de la bioéthique*, Gualino, 2013, p.34

¹¹ Willems G., *Procréation médicalement assistée et gestation pour autrui*, Anthemis, 2017, p. 60

¹² BELLOUBET N., Assemblée Nationale, le 10 septembre 2019

Toutefois, nous ne pouvons ignorer l'évolution sociétale qui implique une différente perception du projet parental. La naissance traditionnelle, figure de l'éthique française, semble s'effacer au profit de naissances arrangées. En ce sens qu'il est désormais question dans une société pour le moins moderne, de permettre à chaque couple sans distinction d'orientation sexuelle, d'accueillir un enfant et de suivre la grossesse de ce dernier en entretenant un lien avec la mère porteuse ; d'accueillir l'enfant dès ses premières minutes d'existence et d'établir d'ores et déjà le lien de filiation.

L'aide à la fonction parentale paraît ainsi s'émanciper des représentations conventionnelles de la famille afin de se voir reconnaître comme une réelle assistance solidaire. Le bonheur de tout couple semble être aujourd'hui l'enjeu d'une société en bonne santé.

Au regard de ces dispositions, il semblerait que le bien-être de l'enfant né d'une gestation pour autrui à l'étranger ne soit pas la priorité du législateur. Toutefois, le bonheur de l'enfant a permis l'assouplissement de la jurisprudence en matière de reconnaissance du lien de filiation, ce qui laisse à penser que son bonheur n'est pas entièrement laissé pour compte.

LA PRIMAUTÉ DU BONHEUR DE L'ENFANT NÉ PAR GPA COMME BASE DE LA RECONNAISSANCE DU LIEN DE FILIATION

Si le bonheur des couples souhaitant concevoir un enfant semble être entravé par l'interdiction de la gestation pour autrui en France, le bonheur de l'enfant prime lorsqu'il s'agit de reconnaître le lien de filiation avec le parent biologique. En effet, si la jurisprudence de la Cour de cassation indiquait que les deux parents avaient commis une fraude à la loi française en concluant une convention de gestation pour autrui, cette dernière n'avait pas manqué de se faire condamner par la Cour européenne des droits de l'Homme en 2014¹³ dans l'arrêt « Mennesson et Labassée » pour ne pas avoir respecté le droit à la vie privée et familiale garanti par l'article 8 de la convention. En effet, la Cour européenne des droits de l'Homme avait estimé que la France pouvait interdire la gestation pour autrui sur son territoire mais qu'elle ne pouvait refuser de reconnaître les enfants nés d'une mère porteuse à l'étranger. La jurisprudence de la Cour de cassation était donc contraire à l'intérêt des enfants¹⁴ et celle-ci a été contrainte de faire primer l'intérêt supérieur de l'enfant né d'une gestation pour autrui. Dès lors, il était acquis que les enfants issus de gestation pour autrui devaient recevoir la nationalité française, la transcription devant être opérée pour le père d'intention pourvu qu'un lien biologique existe.

S'agissant de la retranscription dans l'état civil de la mère d'intention pour les enfants nés par gestation pour autrui à l'étranger, la Cour de cassation ne se prononce pas. Le 5 octobre 2018¹⁵, lorsque cette dernière a reconduit sa solution antérieure en jugeant conformes à la réalité les actes

¹³ Arrêt n°1130 13-22.013 du 26 juin 2014 « Mennesson et Labassée » : « toute incertitude concernant l'identité d'une personne serait porteuse d'une grande instabilité tant sur le plan personnel que sur le plan social des individus requérants »

¹⁴ Arrêt n°1130 13-22.013 du 26 juin 2014 « Mennesson et Labassée »

¹⁵ Arrêt n°638 10-19.053 du 5 octobre 2018

de naissance d'enfants nés de gestation pour autrui à l'étranger, elle a demandé à la Cour européenne des droits de l'Homme de préciser la marge d'appréciation des États s'agissant de la transcription dans l'état civil des enfants de la mère d'intention. A cette occasion, c'est la première fois que la Cour de cassation se servait de la technique permettant à un juge français de demander à la Cour européenne des droits de l'Homme son avis sur l'interprétation à donner à des dispositions de la Convention européenne des droits de l'Homme¹⁶.

Le 10 avril 2019¹⁷, la Cour européenne des droits de l'Homme a rendu son avis et exprime le souhait que la filiation entre l'enfant et la mère d'intention soit établie tout en laissant les Etats libres de choisir le moyen d'y parvenir. Le 4 octobre 2019¹⁸, la Cour de cassation a validé la transcription à l'état civil français des actes de naissance réalisés à l'étranger. Cet arrêt particulièrement attendu de la Cour de cassation afin de savoir si elle allait faire évoluer sa jurisprudence a permis à Dominique Mennesson, le père biologique des enfants, d'être reconnu comme père légal. Pour Sylvie Mennesson, la mère d'intention, la Cour de cassation estime qu'il « convient de privilégier tout mode d'établissement de la filiation permettant au juge de contrôler la validité de l'acte ou du jugement d'état civil étranger au regard de la loi du lieu de son établissement et d'examiner les circonstances particulières dans lesquelles se trouve l'enfant ».

L'adoption resterait donc le moyen qui permettrait de répondre le mieux aux exigences de la Cour de cassation mais dans le cas de la famille Mennesson, l'adoption serait une procédure trop longue et complexe étant donné que les jumelles sont âgées de 19 ans. La Cour estime donc que la transcription sur les registres de l'état civil des actes de naissance établis à l'étranger est la procédure la plus conforme aux intérêts des enfants. Par cette dernière décision, la Cour privilégie l'intérêt des enfants Mennesson et donc leur bonheur. Même si la Cour ne pose pas le principe de retranscription automatique des actes de naissance réalisés à l'étranger et qu'il ne s'agit d'un arrêt d'espèce, il constitue tout de même une avancée importante.

Parallèlement, le 3 octobre 2019, les députés ont voté en faveur de l'amendement¹⁹ présenté par Jean-Louis Touraine de « La République en marche » visant à régler le problème du statut administratif des enfants nés de mères porteuses à l'étranger dont la filiation avec le parent d'intention n'était pas reconnue en France. Cependant, le 9 octobre 2019, les députés sont revenus sur leur décision et se sont prononcés contre la reconnaissance automatique en France de la filiation d'enfants conçus par gestation pour autrui à l'étranger. Le sujet de la gestation pour autrui qui s'était invité au cœur des débats sur la loi bioéthique a donc été écarté.

¹⁶ Article 1 alinéa 1 du protocole n°16 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme, entré en vigueur le 1^{er} août 2018 : « Les plus hautes juridictions d'une Haute Partie contractante, telles que désignées conformément à l'article 10, peuvent adresser à la Cour des demandes d'avis consultatifs sur des questions de principe relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par la Convention ou ses protocoles »

¹⁷ CEDH, avis 10 avril 2019 n°P16-2018-001

¹⁸ Arrêt n°648 du 4 octobre 2019 10-19.053

¹⁹ Amendement n°1591 présenté par M.Touraine, M.Gérard, M.Cabaré, M.Cellier, Mme Fontaine-Domeizel, M.Fiévet, M.Holroyd, M.Rupin, M.Taché, M.Vignal, Mme Vanceunebrock-Mialon, Mme Racon-Bouzon et M.Perrot

La garde des sceaux, Nicole Belloubet, avait plaidé sans succès pour « *une retranscription partielle de l'acte d'état civil au regard du père biologique et un processus d'adoption pour l'autre parent* »²⁰. Elle a assuré que « *l'arrêt de la Cour de cassation du 4 octobre, qui tranche un cas d'espèce, réaffirme la conformité du droit français actuel aux dispositions de la Convention européenne des droits de l'Homme* ». La ministre s'est en outre engagée à « *trouver des solutions pour simplifier le recours à l'adoption et pour améliorer les délais de traitement des procédures d'adoption* ».

Même si la gestation pour autrui reste totalement interdite en France, le bonheur de l'enfant semble outrepasser cette interdiction lorsqu'il s'agit de reconnaître un lien de filiation avec le père biologique et leur mère d'intention. En effet, il convient de se demander si un enfant ne voyant pas un lien de filiation reconnu avec la mère qui l'a vu naître, qui l'a élevé et qui reste administrativement une « inconnue » peut être un enfant totalement comblé familialement parlant.

2. La GPA altruiste perçue comme un acte de solidarité

Si la GPA demeure aujourd'hui interdite par le droit français, il existe néanmoins des revendications en faveur d'une GPA altruiste émanant de certains sénateurs (2.1) et sa légalisation n'est pas à exclure dans les années à venir (2.2).

2.1 UNE AIDE AU PROJET PARENTAL DES COUPLES : L'ACCÈS AU BONHEUR SANS PROFIT

Les débats relatifs à l'autorisation de la GPA et à ses effets sont d'avantage présents lors des révisions des lois bioéthiques. Au cours des Etats Généraux de la Bioéthique en 2018 sur le thème « Procréation et Société », la possibilité de légiférer sur la GPA a été proposée aux français. Des interrogations ont émergé relatives à l'ouverture d'une GPA altruiste aux femmes souffrant de graves anomalies utérines et à des couples d'hommes souhaitent recourir à la GPA dans le cadre d'un projet parental.

Il existe deux types de GPA : celle dite « commerciale » qui se caractérise par le versement d'une rémunération à la mère porteuse et celle dite « altruiste ».

Cette GPA altruiste n'inclut pas de rémunération pour la mère porteuse mais seulement des indemnités. Ainsi, la mère porteuse ne perçoit des parents d'intention que la somme nécessaire au remboursement des frais liés à la grossesse. Par exemple, il peut s'agir des frais médicaux ou encore des frais de transport. De plus, elle peut recevoir une compensation pour les absences au travail. Cette indemnisation est comparable à celle qui est versée aux participants des essais cliniques en France.

La GPA altruiste peut alors être perçue comme un acte de solidarité. En effet, la mère porteuse n'étant pas rémunérée, elle est uniquement animée par la volonté d'aider un couple à avoir un enfant et ainsi à accéder au bonheur. Les motivations de la mère porteuse sont alors exclusivement altruistes et dénuées de toute volonté d'enrichissement économique. Dans cette

²⁰ BELLOUBET N., Assemblée Nationale, le 10 septembre 2019

perspective, une autorisation de la GPA altruiste pourrait constituer un gain en termes de bonheur et de solidarité, dans la mesure où il s'agirait de permettre un acte de solidarité de la mère porteuse envers un couple ne pouvant pas procréer. Ainsi, il serait envisageable d'autoriser une GPA altruiste comme c'est le cas en Belgique, aux Pays-Bas ou encore en Grande-Bretagne.

Cette remise en question de l'interdiction de toute forme de GPA n'est pas nouvelle. En effet, une étude de législation réalisée en 2008 par le Sénat relative à la gestation pour autrui fait état de la législation de dix pays concernant la gestion pour autrui. Il s'agissait de l'Allemagne, la Belgique, le Danemark, l'Espagne, l'Italie, les Pays-Bas, le Royaume-Uni, la Suisse, le Canada et les États-Unis. Cette étude a été réalisée suite à l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 25 octobre 2007 relatif à l'affaire Mennesson²¹. Ainsi, on peut y lire que « *cette décision a fait ressurgir le débat autour de la gestation pour autrui, alors que la révision des lois de bioéthique est prévue pour 2009. L'arrêt de la Cour d'appel de Paris conduit ainsi à s'interroger sur la pratique de la gestation pour autrui à l'étranger, non seulement en Europe, mais aussi en Amérique du Nord.* »²²

A la suite de ce rapport, en 2010, une proposition de loi tendant à autoriser et encadrer la gestion pour autrui de six articles fut déposée par vingt-et-un sénateurs. Cette proposition de loi proposait six articles pour autoriser et encadrer en France la gestation pour autrui altruiste. L'article 1^{er} prévoyait de modifier le code de la santé publique pour notamment y inscrire les conditions à remplir par le couple d'intention. Ainsi, seul un couple hétérosexuel pouvait y avoir accès et la femme devait se trouver dans l'impossibilité de mener une grossesse à terme ou de la mener sans un risque d'une particulière gravité pour sa santé ou pour celle de l'enfant à naître. Cet article ajoutait une condition tenant à l'enfant, puisque ce dernier devait être conçu avec les gamètes de l'un au moins des membres du couple. Des conditions étaient également relatives à la mère porteuse. De plus, pour avoir recours à une telle GPA ou réaliser une grossesse pour autrui, l'obtention au préalable d'un agrément délivré par l'Agence de la biomédecine était imposé.

Ainsi, la GPA envisagée dans cette proposition de loi était une GPA altruiste effectuée sous le contrôle du juge qui « *fixe la somme que les membres du couple demandeur doivent verser à la femme qui portera en elle un ou plusieurs enfants pour leur compte afin de couvrir les frais liés à la grossesse qui ne seraient pas pris en charge par l'organisme de sécurité sociale et les organismes complémentaires d'assurance maladie. Cette somme peut être révisée durant la grossesse. Aucun autre paiement, quelle qu'en soit la forme, ne peut être alloué au titre de la gestation pour autrui* »²³.

Cette proposition de loi atteste de la volonté de certains sénateurs d'autoriser une GPA altruiste en France, ce qui s'inscrit d'ailleurs dans une évolution plus large des mentalités.

²¹ Arrêt de la première chambre civile de la Cour d'appel de Paris du 25 octobre 2007

²² Service des études juridiques du Sénat, étude de législation comparée n° 182 du janvier 2008, *La gestation pour autrui*, p. 6.

²³ Proposition de loi n°234 tendant à autoriser et encadrer la gestation pour autrui enregistrée à la Présidence du Sénat le 27 janvier 2010, p. 5.

2.2 UNE EVOLUTION SOCIETALE ET LEGISLATIVE SEMBLANT TENDRE VERS UNE LEGALISATION DE LA GESTATION POUR AUTRUI

La gestation pour autrui semble aujourd'hui être vouée à apparaître dans notre droit biomédical positif. En effet, la société ainsi que le législateur et le monde politique en général paraissent avoir évolué sur ce point. A cet égard, l'ouverture de l'assistance médicale à la procréation aux femmes seules et aux couples de femmes constitue un changement de paradigme significatif.

En effet, là où cet usage de la science à des fins de procréation était à l'origine autorisé pour la réalisation de projets parentaux dans les cas de stérilité d'origine médicale, il est aujourd'hui élargi aux cas que l'on pourrait qualifier de stérilité « sociale ». On se situe donc bien au-delà d'un palliatif à une affection médicale empêchant la procréation, en ouvrant une possibilité de procréation excluant le père du projet parental. On voit bien ici l'impact que peuvent avoir les lois de bioéthique sur le bonheur des couples, leur permettant de réaliser un projet parental à l'origine voué à l'échec.

Or, le maintien de l'interdiction de la gestation pour autrui dans ce contexte conduit à une situation d'inégalité au détriment des couples d'hommes notamment, qui demeurent les seuls porteurs de projets parentaux à se voir refuser une procréation à partir de leur matériel génétique propre. Finalement, on peut y voir à la fois une sorte de défaut de solidarité (de la société au sens large incluant le législateur) à leur égard, mais aussi, une barrière à la réalisation de leur bonheur de pères.

Certes, la question peut aussi se poser concernant les couples hétérosexuels, dont la femme ne peut, pour des raisons médicales porter un enfant. Cependant, on ne peut bien évidemment pas exclure de ce raisonnement l'aspect technique de l'assistance médicale à la procréation et de la gestation pour autrui, qui présentent une différence fondamentale. Ainsi, là où l'assistance médicale à la procréation est mise en œuvre avec les parents porteurs du projet parental et des dons de sperme ou d'ovocytes, la gestation pour autrui utilise le corps de la mère porteuse afin de réaliser ledit projet parental.

A cet égard néanmoins, on peut noter que le projet de loi est conforme à l'avis du Comité consultatif national d'éthique du 25 septembre 2018²⁴, lequel s'était prononcé d'une part en faveur de l'ouverture de l'aide médicale à la procréation aux femmes célibataires et aux couples de femmes, et d'autre part en faveur d'un maintien de l'interdiction de la gestation pour autrui.

Ce recours à une mère porteuse soulève diverses questions. En effet, les risques physiques et psychologiques pour la mère peuvent être importants. En effet, la grossesse n'est pas sans risque, et un lien se crée nécessairement entre l'enfant porté et la mère porteuse. Un « don » du nouveau-né à sa naissance, même consenti en amont peut représenter une violence pour la mère porteuse.

²⁴ Comité consultatif national d'éthique, « Avis 129 Contribution du Comité consultatif national d'éthique à la révision de la loi de bioéthique », 25 septembre 2018, p130.

De plus, la question de la rémunération ou à tout le moins de l'indemnisation de cette dernière pose la question de l'indisponibilité et de la non-patrimonialité du corps humain, parties intégrantes de l'ordre public, au titre de l'article 16 du Code civil. En revanche, à ce dernier argument on peut facilement opposer la liberté de la femme de disposer de son corps, dans la mesure où il s'agirait d'une gestation pour autrui altruiste indemnisée et non rémunérée. Il s'agirait en quelque sorte d'un acte de solidarité de la mère porteuse, au profit d'un couple, lui permettant ainsi d'accéder au bonheur de la réalisation inespérée d'un projet parental compromis à l'origine.

En somme, malgré les freins philosophiques et juridiques, il semble que la légalisation de la gestation pour autrui, tout comme celle de l'euthanasie d'ailleurs, soient inéluctables et s'inscrivent dans l'évolution sociétale.

Historiquement, on a pu observer ce type de mutation, par exemple avec l'interruption volontaire de grossesse. En effet, il s'agissait d'une pratique interdite pour des motifs notamment d'ordre juridique, philosophique et religieux, qui était pourtant réalisée assez fréquemment. Alors, qu'elle s'inscrivait dans une évolution sociétale, sa légalisation a rencontré de vives oppositions, et d'important désaccords au sein-même des familles politiques. En matière de gestation pour autrui, on a pu voir un désaccord au sein de La République en marche, entre le gouvernement et un député ayant proposé un amendement visant à une reconnaissance automatique du lien de filiation d'enfants nés par ce procédé²⁵.

L'Académie de médecine, dans un rapport sur la proposition de loi relative à la bioéthique, parle au sujet de l'extension adoptée de l'aide médicale à la procréation se traduisant par une procréation sans père, d'une « *rupture anthropologique majeure* »²⁶. Selon cette même Académie, l'ouverture de ce moyen de procréation est déjà la suite de l'extension de l'institution du mariage aux couples homosexuels. Elle constate ainsi la profondeur de ce changement.

La jurisprudence de Strasbourg s'inscrit aussi dans ce changement et y participe, en encourageant fortement les États à une reconnaissance du lien de filiation reliant les enfants nés par gestation pour autrui et les parents d'intention, sur le fondement de l'intérêt supérieur de l'enfant que l'on peut assimiler à son bonheur. Il convient néanmoins de préciser que la Cour européenne des droits de l'Homme n'impose pas à ce titre une reconnaissance pure et simple, et estime le procédé d'adoption suffisant.

La question de la légalisation de la GPA représente un enjeu considérable pour des couples ne pouvant accéder à la procréation par d'autres moyens. Il s'agit pour eux d'une condition d'accès au bonheur par la réalisation d'un projet parental. La réglementation posée par les lois de bioéthique a donc une incidence évidente sur le bonheur individuel, que ce soit celui des couples par l'accès à la procréation ou celui de l'enfant par la reconnaissance de sa filiation. Les lois de bioéthique ont également un impact sur la mise en œuvre de mécanismes relevant de la solidarité

²⁵ Voir supra

²⁶ Académie nationale de médecine, « Rapport sur le projet de loi relatif à la bioéthique 2018 - 2019 », 18 septembre 2019, p. 2.

car fondés par un élan altruiste. On peut encore percevoir une notion de solidarité de la société envers les individus, puisque celle-ci leur consentirait un accès à la réalisation d'un projet parental.

La question que l'on peut se poser à la lumière de cette étude du projet de loi de bioéthique sous l'angle du bonheur et de la solidarité est celle de la finalité de ces lois. En effet, la finalité est-elle la protection des intérêts de chacun ou de tous ? Il semble qu'après avoir été une promotion d'un épanouissement collectif, la bioéthique devienne une recherche d'équilibre entre le bonheur de chacun et celui de tous.

Bibliographie

Ouvrages :

- Bible, Genèse 30.1 à 30.22 : « prends ma servante Bila. Unis-toi à elle pour qu'elle ait des enfants. Je les adopterai. Alors, par elle, j'aurai des enfants aussi ».
- Code civil Napoléonien, 1804
- France A., *Les Dieux ont soif*, Calmann Levy, 1912, p.54, 189 p.
- Legros B (sous la direction de), *La procréation médicalement assistée élargie à la procréation améliorée, vers l'ébranlement de certains interdits ?*, LEH, 2018, 365 p.
- Mauzi. R, *L'idée du bonheur dans la littérature et la pensée françaises au XVIII siècle*, 1979, 725 p.
- Mirkovic A., *L'essentiel de la bioéthique*, Gualino, 2013, 144 p.
- Willem G., *Procréation médicalement assistée et gestation pour autrui*, Anthémis, 2017, 234 p.

Droit international:

- Protocole n°16 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme, entré en vigueur le 1^{er} août 2018

Jurisprudence :

- CEDH, 5 sect.26 juin 2014, n°65192/11, *Menesson c/France* et n°65941/11, *Labassée c/France*
- CEDH, 29 janvier 2017, *Laborie c/France*, n°44024/13
- CEDH, avis 10 avril 2019, n°P16-2018-001
- Première chambre civile, Cour d'appel de Paris, 25 octobre 2007, n°07/03590
- Cour de cassation, Assemblée plénière, du 31 mai 1991, 90-20.105, publié au bulletin
- Cour de cassation, 5 octobre 2018, n°638 10-10.053
- Cour de cassation, 4 octobre 2019, n°648 10-19.053

Documents institutionnels :

- Service des études juridiques du Sénat, étude de législation comparée n° 182 - janvier 2008, *La gestation pour autrui*, 41 p.
- Proposition de loi n°234 tendant à autoriser et encadrer la gestation pour autrui » enregistrée à la Présidence du Sénat le 27 janvier 2010, 12 p.
- Circulaire du 25 janvier 2013 relative à la délivrance des certificats de nationalité française – convention de mère porteuse – État civil étranger, NOR : JUSC1301528C
- Comité consultatif national d'éthique, « Avis 129 Contribution du Comité consultatif national d'éthique à la révision de la loi de bioéthique », 25 septembre 2018, 130 p.
- Académie nationale de médecine, *Rapport sur le projet de loi relatif à la bioéthique 2018 - 2019*, 18 septembre 2019 nombre de page ?

Sites internet :

- <https://etatsgenerauxdelabioethique.fr/pages/procreation-et-societe>