Document généré le 28 mars 2024 06:04

Canadian Journal of Bioethics
Revue canadienne de bioéthique

La gestation pour autrui au regard de l'éthique et du droit

Karim Zaouaq

Volume 3, numéro 3, 2020

URI : https://id.erudit.org/iderudit/1073789ar
DOI : https://doi.org/10.7202/1073789ar

Aller au sommaire du numéro

Éditeur(s)

Programmes de bioéthique, École de santé publique de l'Université de Montréal

ISSN

2561-4665 (numérique)

Découvrir la revue

Citer ce document

Zaouaq, K. (2020). La gestation pour autrui au regard de l'éthique et du droit. *Canadian Journal of Bioethics / Revue canadienne de bioéthique*, *3*(3), 128–133. https://doi.org/10.7202/1073789ar

Résumé de l'article

Dans un marché mondial de procréation fort évolutif, la GPA en tant que forme de maternité de substitution, se pratique aujourd'hui de plus en plus et suscite de nombreuses problématiques éthiques en termes de respect de la dignité des femmes, d'indisponibilité de son corps, de prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant à naitre et d'établissement de sa filiation. Face à de tels questionnements éthiques, la réponse juridique en droit international fut timide alors que celle des États fût foncièrement disparate variant entre des régimes d'interdiction ou d'encadrement légal de cette pratique et d'autres qui la tolèrent, mais ne la réglementent pas. Cet article propose d'analyser les différents enjeux éthiques que soulève la GPA, avant de s'arrêter sur les divers courants juridiques interdisant ou autorisant totalement ou partiellement cette pratique, tout en étudiant le traitement juridique réservé par le droit international à cette question.

Copyright © Karim Zaouaq, 2020

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter en ligne.

https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/

Cet article est diffusé et préservé par Érudit.

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche.

https://www.erudit.org/fr/

Canadian Journal of Bioethics
Revue Canadienne de Bioéthique

K Zaouaq. *Can J Bioeth / Rev Can Bioeth.* 2020;3(3):128-133

TÉMOIGNAGE / PERSPECTIVE

La gestation pour autrui au regard de l'éthique et du droit

Karim Zaouaq

Résumé
Dans un marché mondial de procréation fort évolutif, la GPA en tant que forme de maternité de substitution, se pratique aujourd'hui de plus en plus et suscite de nombreuses problématiques éthiques en termes de respect de la dignité des femmes, d'indisponibilité de son corps, de prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant à naitre et d'établissement de sa filiation. Face à de tels questionnements éthiques, la réponse juridique en droit international fut timide alors que celle des États fût foncièrement disparate variant entre des régimes d'interdiction ou d'encadrement légal de cette pratique et d'autres qui la tolèrent, mais ne la réglementent pas. Cet article propose d'analyser les différents enjeux éthiques que soulève la GPA, avant de s'arrêter sur les divers courants juridiques interdisant ou autorisant totalement ou partiellement cette pratique, tout en étudiant le traitement juridique réservé par le droit international à cette question.

Mots-clés
gestation pour autrui, mère porteuse, enfant à naître, marchandisation du corps, éthique, droit international, législations nationales

Abstract
In an evolving global market of procreation, surrogacy is increasingly practiced and raises many ethical issues in terms of respect of the dignity of women, their bodily integrity and the consideration of the best interests and kinship of the unborn child. Faced with such ethical questions, the legal response in international law was tepid, while that of the States was fundamentally disparate, varying between systems of prohibition or legal framing of this practice and others that tolerate surrogacy but do not regulate it. This article seeks to analyze the different ethical issues raised by surrogacy, then focuses on the various legal trends prohibiting or totally or partially authorizing this practice, and studying the legal treatment reserved by international law to this question.

Keywords
gestational surrogacy, surrogate mother, prospective child, commodification of the body, ethics, international law, national legislation

Affiliations
[a] Faculté des sciences juridiques, économiques et sociales, Université Sidi Mohamed Ben Abdellah, Fès, Maroc
Correspondance / Correspondence: Karim Zaouaq, k.zaouaq@gmail.com

INTRODUCTION

Représentant une forme parmi d'autres de la maternité de substitution, la gestation pour autrui qui renvoie à un contrat par lequel une femme accepte de porter un enfant pour quelqu'un d'autre, puis à la naissance le remettre à ses parents d'intention, est une pratique qui s'est répandue depuis plusieurs décennies à l'aune des évolutions que connaissent les sciences biomédicales dans le domaine de la procréation assistée.

La gestation pour autrui peut s'effectuer soit par insémination artificielle avec le sperme du père cocontractant ou celui d'un donneur (dans ce cas, la mère porteuse est alors la mère génétique et biologique de l'enfant), soit par l'implantation dans l'utérus de la mère porteuse d'embryons conçus par fécondation *in vitro* à partir des gamètes des deux parents contractants, de l'un d'entre eux et d'un donneur, ou de deux donneurs.

Le recours à la gestation pour autrui soulève des problématiques juridiques et éthiques importantes. Sur le plan légal, elle pose le problème du statut juridique des gamètes, des embryons, de leurs donneurs, du lien de filiation, de l'anonymat concernant la mère porteuse ou les donneurs, de l'étendue de la compensation financière, de la reconnaissance des contrats... Sur le plan éthique, nous retrouvons des questions comme celle de la santé de la mère porteuse sujette à la gestation pour autrui, l'indisponibilité du corps humain, le développement psychosocial de l'enfant à naître après sa naissance, etc. Malgré ces multiples questionnements, le droit international tant privé que public ne s'est pas suffisamment intéressé à la GPA alors que les droits nationaux des États sont foncièrement différents dans leur appréhension de cette pratique, en ce sens que certains d'entre eux l'interdisent, d'autres considèrent qu'il s'agit d'une alternative médicale à l'incapacité de grossesse (par absence d'utérus, à cause de malformation utérine, etc.), tandis qu'une tierce catégorie d'États a choisi soit de tolérer soit d'encadrer juridiquement cette possibilité.

Cet article suscite un grand intérêt vu la manière avec laquelle il aborde la problématique de la gestation pour autrui. En effet, si ce travail a cherché à déceler les répercussions de la GPA tant sur la femme gestatrice que sur l'enfant à naître et leurs enjeux éthiques, il n'en demeure pas moins qu'il permet d'offrir un panorama des approches consacrées vis-à-vis de cette pratique tant sur le plan du droit international que des législations nationales. Nous les juristes, il est de notre devoir de nous pencher sur les arguments éthiques défendus par les spécialistes d'autres disciplines (philosophes, sociologues, médecins, etc.) au sujet de la GPA en vue d'en construire des jugements d'une valeur objective et interdisciplinaire. Dans ce sens, si le sujet de la GPA a été largement débattu dans des travaux philosophiques et autres, il n'empêche qu'il n'a pas été

2020 K Zaouaq. Creative Commons Attribution 4.0 International License
ISSN 2561-4665

profondément étudié au regard des évolutions juridiques tant nationales et internationales survenues en la matière. Cela étant, cet article suscite tout son intérêt.

Dès lors, il est nécessaire d'étudier dans une première partie les problèmes éthiques qui se posent avec le développement de la GPA, notamment ceux ayant trait à la réification du corps des femmes et la remise en question du statut et de la filiation des enfants à naître. De même, il sera question de faire le point dans une seconde partie sur le traitement juridique consacré auxdits problèmes éthiques, tant sur le point du droit international, que sur celui des droits nationaux.

LA GESTATION POUR AUTRUI : UNE PRATIQUE AUX PROBLÈMES ÉTHIQUES MULTIPLES

La gestation pour autrui comme entreprise contractuelle met en relief des enjeux éthiques relatifs à la fois à la réification dont fait l'objet le corps des femmes gestatrices pour autrui, qu'aux enfants qui sont issus de ce contrat de gestation.

De la réification du corps des femmes

En dehors des procréations pour autrui décidées par des femmes à titre volontaire et altruiste au bénéfice d'autres femmes qui en sentent le besoin, les autres cas de GPA qui se réalisent souvent via un contrat comprenant un engagement de la femme gestatrice à faire naître un enfant en contrepartie d'une somme d'argent qu'elle reçoit de la femme ou du couple receveur, posent la principale problématique éthique de marchandisation du corps de la femme.

Dans ce contexte, un tourisme procréatif s'est développé au fil des ans dans le domaine de la gestation pour autrui, à telle enseigne que cette dernière est devenue une industrie florissante dans certains pays. Les statistiques le montrent bien puisqu'on dénombre par exemple aux États-Unis qu'au moins 2000 enfants sont nés chaque année par le biais de cette pratique (1), malgré ses tarifs élevés. En Inde, cette pratique à laquelle recouraient les couples étrangers cherchant à se procurer un enfant né d'une mère porteuse indienne en contrepartie d'une somme d'argent oscillant entre 18 000 et 30 000 dollars US (2) – soit à un prix moindre qu'aux États-Unis où de telles opérations coûtent pour les parents intentionnels, entre 100 000 et 150 000 dollars US (3) – est réservée, depuis 2015, aux seuls couples indiens et elle est interdite également aux couples de même sexe (4). En conséquence, « les parents d'intention étrangers se tournent désormais en milliers vers de nouvelles destinations, notamment le Vietnam qui autorise la GPA pour les couples stériles depuis l'entrée en vigueur le 1er janvier 2015 de la loi sur le mariage et la famille » (5).

Ces opérations marchandes sont, sans nul doute, l'expression d'une réification du corps des femmes tendant à chosifier ces dernières et à les transformer en un objet marchand et non une personne humaine jouissant d'une dignité inaliénable. Dans de nombreuses situations, l'appréciation du caractère volontaire, libre et éclairé de la femme gestatrice s'avère complexe du fait de la précarité de cette dernière et des pressions exercées sur elle par sa famille et son milieu social. Or, cela n'empêche qu'en Inde, la GPA représente pour tant de femmes gestatrices « le projet d'une mère de famille qui souhaite un avenir meilleur pour ses enfants, qu'il s'agisse de leur donner accès à une école privée pour assurer leur éducation ou de payer la dot de leurs filles pour leur permettre de se marier » (6). Pour ces femmes indiennes, la GPA saurait se présenter comme une expérience relativement positive dès lors que « pour la première fois de leur vie, elles sont déchargées de durs labeurs et font l'objet d'attentions de la part du personnel médical. Elles ne semblent pas ressentir l'organisation médicale comme une domination, mais cette absence de revendication doit être replacée au regard de la situation générale des femmes en Inde, soumises à l'autorité de leur père, mari et beaux-parents, avec un pouvoir de décision et une liberté de mouvement limités » (7).

Quoi qu'il en soit, la pauvreté constitue un facteur capital dont pourrait résulter *de facto* une instrumentalisation de la femme gestatrice en ce sens que « son consentement à la GPA peut être faussé par le besoin d'argent » (8), ce qui va à l'encontre de l'impératif catégorique exprimé par le philosophe Kant comme participant du principe d'autonomie et qui se résume dans sa célèbre maxime : « Agis de telle sorte que tu traites l'humanité aussi bien dans ta personne que dans la personne d'autrui toujours en même temps comme une fin et jamais comme un moyen ». Dans ce cadre, de nombreux auteurs pensent que la gestation marchande pour autrui relève d'« une nouvelle forme d'esclavage » (4), voire d'« une incarnation spectaculaire de l'aliénation et de la chosification de la femme, ce qui la rapproche de la prostitution » (9). À travers cette procréation pour autrui, la femme gestatrice « se transforme dans son corps en tant que matière première » (10). Cette situation se concrétise davantage dans une gestation où les conditions de vérification de la validité du consentement des mères porteuses ne sont pas réunies. D'autre part, « le légitime intérêt que les parents d'intention portent à la bonne fin de la grossesse peut constituer de fait une atteinte à l'autonomie de la femme porteuse, à sa vie privée ou au droit d'interrompre sa grossesse dans les limites qui lui sont autorisées » (11).

En l'occurrence et contrairement au Canada, notamment le Québec dont le Code civil conclut à la nullité absolue des contrats de maternité ou de GPA (art. 541), les États-Unis font prévaloir une certaine liberté contractuelle qui permet aux parents d'intention d'obliger les femmes gestatrices à observer certaines exigences qui portent sur « la vie personnelle de ces dernières, leur régime alimentaire, leurs activités sportives, leur vie sexuelle, les visites médicales régulières approfondies jugées obligatoires, avec l'engagement exorbitant du droit commun de remettre tous les comptes-rendus médicaux aux parents d'intention qui auront même le droit d'assister à l'accouchement, voire également la question d'avortement en cas d'anomalie fœtale et la décision abandonnée aux parents d'intention » (12). En l'absence d'un régime juridique spécifique à la gestation pour autrui dans les États autorisant cette pratique aux États-Unis, les contrats constituent la principale base à

partir de laquelle les juges américains tranchent les litiges survenant entre la mère porteuse et le couple d'intention (13). Ces exigences contractuelles imposées aux femmes gestatrices, s'ajoutent aux atteintes à leur intégrité physique et psychologique, dans la mesure où la procréation pour autrui peut engendrer des risques pour leur santé, que ce soit « pendant la grossesse (grossesse extra-utérine, hypertension), à l'accouchement (césarienne), et après la naissance (problèmes urinaires ou sexuels, séquelles découlant de l'épisiotomie, ptose des seins, dépression post-partum) » (14).

Tous ces présupposés postulats de réification du corps des femmes viennent empirer la vulnérabilité des enfants qui sont issus de la gestation pour autrui. Il s'agit de problématiques touchant à la fois le statut de ces enfants, leur bien-être, mais aussi leur filiation.

Du bien-être, du statut et de la filiation des enfants à naître

Tout à l'opposé de la GPA dite altruiste, la gestation pour autrui opérée contre rémunération, participe d'une forme de marchandisation de l'enfant à naître, lequel est pris pour un objet et une marchandise que la femme gestatrice est tenue de délivrer aux parents intentionnels. Cette vente d'enfant qui résulte de la gestation pour autrui est susceptible de provoquer des dérives éthiques et mercantiles critiques comme « l'application dans les faits d'une tarification de type commercial suivant le nombre ou le sexe de l'enfant » (15).

En matière de filiation, l'enfant qui peut « avoir jusqu'à six parents : la mère génétique (donneuse d'ovocyte), le père génétique (donneur de sperme), la mère porteuse, son mari (présomption de paternité) et enfin le couple commanditaire » (3), peut être confronté à une quête identitaire, d'autant plus que les dons de gamètes se font de manière anonyme. Cette situation est conséquente en termes de souffrances psychologiques qu'endurent ces enfants manifestement incapables de « se situer dans la chaine des générations, en raison d'une filiation incohérente, voire incompatible avec la réalité naturelle, particulièrement lorsque les commanditaires sont du même sexe » (3). Cependant, Daniel Rousseau atténue l'ampleur de ces répercussions en soulignant que « l'enfant n'a pas à devoir s'identifier à une paillette de sperme ou à une éprouvette en verre, mais à se situer dans le désir que ses parents ont eu de l'accueillir » (16). Cette situation de pluriparentés peut prêter à confusion en termes de détermination du statut légal de l'enfant à naître et de l'établissement de sa filiation ainsi que des suites logiques qui s'en suivent en matière d'octroi de la nationalité, d'immigration et de reconnaissance de l'autorité parentale sur cet enfant.

Ces problèmes qui se manifestent surtout à l'occasion des conventions de gestation pour autrui liant des parents d'intention venus d'un État « A » à une mère biologique ou gestatrice établie dans un État « B » en vue de donner naissance à un enfant, deviennent plus complexes lorsque « les parents d'intention, à leur retour dans l'État de leur résidence, surtout, comme c'est prévisible, quand celui-ci interdit toute forme de gestation pour autrui, ne sont pas reconnus comme les parents légaux de l'enfant (12) », et parfois aussi « les enfants, dépourvus de nationalité et donc de passeport, se trouvent dans certains cas bloqués dans l'État où ils sont nés, sans possibilité de le quitter, ni parfois permission d'y rester (17) ». Toutefois, ces problèmes ne se sont pas posés de la sorte dans d'autres situations où le statut valablement conféré à l'étranger à l'enfant né d'une GPA et à ses parents d'intention, a été reconnu dans le pays d'origine de ces derniers sur fond de la « réalité sociale » créée à l'étranger (CEDH, 30 juin 2007, *Wagner et J.M.W.L. c/Luxembourg*) (18).

LE TRAITEMENT JURIDIQUE DE LA GESTATION POUR AUTRUI

S'il n'existe pas en droit international d'instrument spécifique portant sur la gestation pour autrui et si cette dernière n'a été que laconiquement et faiblement traitée dans certains textes internationaux relatifs à la bioéthique, la situation n'est pas la même au niveau de nombreux États qui soit l'interdisent dans leurs lois, soit l'autorisent et la réglementent, et soit en tolèrent la pratique sans toutefois l'encadrer dans une quelconque législation.

En droit international

Malgré les multiples questions éthiques et juridiques que suscite la pratique de gestation pour autrui, elle n'a pas été jusqu'à aujourd'hui encadrée au niveau international par un texte juridique spécifique contraignant. Le seul instrument international ayant énoncé des dispositions portant directement sur la gestation pour autrui est un texte non contraignant d'une organisation internationale non gouvernementale, à savoir l'Association médicale mondiale (AMM) qui a adopté en 1987 la Déclaration sur la fécondation *in vitro* et le transfert d'embryon, avant de l'annuler en octobre 2006 (19). Dans cette Déclaration, l'AMM reconnait les implications légales, éthiques et morales de toute décision de recourir à la GPA, mais admet en même temps la possibilité pour une femme n'ayant pas d'utérus de recourir à cette technique de reproduction dans l'hypothèse où les lois en vigueur ne l'interdisent pas. Toujours est-il aussi que l'AMM a déclaré dans ce texte « ne pas appuyer le principe des mères porteuses par lequel une femme accepte, moyennant une certaine somme d'argent, d'être inséminée avec le sperme d'un homme dont la femme ne peut avoir d'enfant et rend ensuite l'enfant à cet homme et à son épouse pour adoption légale ». Il ressort de cette déclaration que l'AMM ne refuse que la seule GPA pratiquée en contrepartie d'une somme d'argent en vertu du principe qu'elle défend de non-commercialisation des ovules, du sperme ou des embryons.

En outre, la pratique de la GPA ne peut se prévaloir d'un vide juridique au niveau international dans la mesure où la plupart des instruments internationaux des droits de l'homme et tout particulièrement la Déclaration universelle des droits de l'homme du 16 décembre 1948 (article premier) (20) et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 (préambule) (21) font référence à la dignité humaine qui constitue une valeur matricielle dont dépendent tous les autres droits

de l'homme et qui est inhérente à tous les membres de la famille humaine. Et c'est la même référence qui est contenue dans la Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme de l'UNESCO du 19 octobre 2005 (22) qui stipule dans son art. 3, al. 1 que « la dignité humaine, les droits de l'homme et les libertés fondamentales doivent être pleinement respectés ».

En fait, cette notion de dignité humaine qui « exprime une exigence de non-instrumentalisation de l'être humain (23) » comme cela ressort de « la célèbre formule kantienne selon laquelle toute personne doit toujours être traitée comme une fin en soi et jamais simplement comme un moyen (24) », se retrouve aux antipodes de ce que la GPA implique quand elle est appliquée sur une femme gestatrice dont la seule motivation est de se faire monnayer par une somme d'argent qui couvrira ses besoins financiers les plus rudimentaires. C'est une sorte d'instrumentalisation de la personne humaine qui s'exerce par les parents d'intention du futur enfant à naître sur la femme porteuse en vertu d'un contrat de gestation qui ne laisse aucune possibilité pour cette dernière de garder l'enfant après sa naissance. De ce fait, le Comité international de bioéthique (CIB) de l'UNESCO, qui demeure le principal législateur international dans les questions liées à la bioéthique dont celles relatives à la procréation humaine, devrait réfléchir à adopter un texte international en vue d'encadrer la pratique de la GPA.

Cette démarche d'élaboration d'un instrument spécifique à la GPA pourrait s'inspirer non seulement des dispositions de la Déclaration annulée de l'AMM sur la fécondation *in vitro* et le transfert d'embryon, mais aussi des Principes énoncés dans le rapport du Comité *ad hoc* d'experts sur les progrès des sciences biomédicales (CAHBI) du Conseil de l'Europe, publié en 1989 (25). Ce rapport du CAHBI qui a proscrit à son art. 15, al. 2 la conclusion de tout contrat ou accord entre une mère de substitution et la personne ou le couple pour le compte de laquelle ou duquel un enfant est porté, tout en laissant dans l'alinéa 2 du même art. 15 une marge nationale d'appréciation en faveur des États pour autoriser la pratique de la GPA, a toutefois assorti la pratique de la GPA de conditions au titre desquelles la mère de substitution ne retire aucun avantage matériel de l'opération et ne peut choisir de garder l'enfant suite à sa naissance.

Le projet d'un accord ou d'une convention future relative à la GPA pourra aussi puiser dans le contenu de l'actuelle Convention de La Haye sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale de 1993, en veillant « à ce que les États parties se conforment aux normes internationalement reconnues, avec des garanties juridiques dans l'intérêt supérieur de la mère porteuse, du ou des futurs parents et de l'enfant à naitre » (26). En effet, « aux termes de la Convention de 1993, les États contractants restent totalement libres de réglementer ou de limiter les adoptions internationales par les moyens qu'ils jugent opportuns, tant qu'ils respectent ses garanties minimums » (27). Ces exigences et garanties minimales qui pourraient par exemple porter sur « l'identité des futurs parents; et si possible les parents génétiques, la rémunération de la mère porteuse, le régime alimentaire et la santé de la mère porteuse pendant la grossesse (…), devraient être examinées par une autorité centrale mise en place dans chaque État partie afin de délivrer un certificat de conformité pour toute GPA » (28).

Dans les législations nationales : trois modèles, trois approches

Face au flou juridique se dégageant en droit international ainsi que la marge nationale d'appréciation laissée par le droit européen en matière de GPA, les États ont eu une réponse juridique différenciée, en ce sens que certains d'entre eux ont interdit légalement cette pratique, d'autres l'ont réglementé, tandis qu'une tierce catégorie d'États l'a tolérée sans toutefois la régir par une législation spécifique.

Parmi les États ayant interdit la GPA dans leurs législations figurent l'Italie, l'Espagne, la Suisse, la Turquie, l'Allemagne, la France, ainsi que le Canada qui a prohibé la GPA commerciale. Dans l'Hexagone, le système juridique s'est distingué, au fil des lois de bioéthique adoptées en 1994, 2004 et 2011, par « sa position négative face à la GPA, à savoir le fait pour une femme de porter un enfant pour le compte d'autrui, qu'il s'agisse d'un enfant conçu *in vitro* à partir du sperme d'un donneur et de l'ovocyte d'une donneuse (29) ». Cette interdiction qui est énoncée dans l'art. 16-7 du Code civil français, lequel stipule que « toute convention portant sur la procréation ou gestation pour le compte d'autrui est nulle », est davantage justifiée au regard des atteintes que porte la GPA aux « principes de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes » (30), mais aussi eu égard à ce que cette pratique constituerait même « un détournement de l'institution de l'adoption » (30).

Par rapport à la France et aux autres États, le Canada se distingue par son approche juridique ambivalente, dans la mesure où elle a interdit explicitement dans la loi fédérale du 29 mars 2004 sur la procréation assistée, la pratique de la GPA à titre onéreux ainsi que toute activité d'intermédiaire, tout en autorisant implicitement les contrats de GPA à titre gratuit au travers de son article 6, alinéa 4, au terme duquel il est indiqué que : « nul ne peut induire une personne de sexe féminin à devenir mère porteuse, ni lui conseiller de le devenir, ni pratiquer un acte médical pour aider une personne de sexe féminin à devenir mère porteuse, s'il sait ou s'il a des motifs de croire qu'elle a moins de 21 ans » (31). L'alinéa 5 de ce même article reconnait les effets juridiques des GPA pratiquées en vertu du droit provincial, en énonçant que : « le présent article ne porte pas atteinte à la validité, en vertu du droit provincial, de toute entente aux termes de laquelle une personne accepte d'être mère porteuse ». En l'occurrence, dans l'État de l'Ontario, la législation provinciale traite une question centrale en matière de GPA, à savoir celle de l'établissement de la filiation de l'enfant issu d'une telle pratique selon que les gamètes proviennent ou non du couple qui y a recours. Ainsi, « dans le premier cas, le nom de la gestatrice figure sur l'acte de naissance de l'enfant, mais celui-ci est rattaché à ses parents de la même façon que s'il avait été conçu par le processus naturel, alors que dans le second cas, l'établissement de la filiation passe par un jugement d'adoption en vertu duquel les parents d'intention sont reconnus comme

étant ceux de l'enfant et, là encore, les noms de la gestatrice et de la donneuse d'ovocytes sont mentionnés dans l'acte de naissance » (31).

Concernant le deuxième courant juridique autorisant la GPA, plusieurs États s'y intègrent, notamment la Grèce, l'Ukraine, l'Inde, le Royaume-Uni et certains États des États-Unis (Californie, Maine, Floride, la Virginie, le Massachusetts et l'Oregon (32)). Ce régime juridique favorable à la GPA diffère d'un État à un autre étant donné que l'Ukraine et certains États des États-Unis ne posent pas de limites légales à cette pratique, alors que le législateur britannique qui autorise la GPA dans la loi « *Human Fertilisation and Embryology Act* » de 1990 et « sanctionne dans le code pénal la rémunération des intermédiaires entre les parents commanditaires et la mère porteuse (5) », a reconnu le droit d'accès à la GPA aux couples non mariés, qu'ils soient hétérosexuels ou homosexuels, depuis l'adoption d'une nouvelle loi en 2008. En vertu de cette nouvelle législation, « l'enfant est remis aux parents d'intention dès sa naissance, par application de la présomption de parenté, mais comme, au regard de la loi, la femme qui a accouché est la mère, elle doit donner son accord dans un délai de 6 semaines après la naissance » (31). Une fois ce délai passé, « les parents intentionnels peuvent alors demander (jusqu'à 6 mois après la naissance) que l'enfant soit déclaré sous leur nom au moyen d'un *parental order* délivré par un juge » (31). Toutefois, le législateur anglais qui « a interdit que cette pratique soit source de bénéfices pour les médecins, a admis un "dédommagement raisonnable" de la gestatrice, dédommagement dont le montant est apprécié par les tribunaux » (31). D'autre part, le législateur grec qui a autorisé la GPA à titre gracieux, l'a soumis à plusieurs conditions, notamment celle selon laquelle la femme doit être dans l'impossibilité de procréer par voie naturelle, avec une limite d'âge de 50 ans, et qu'un accord écrit, sans contrepartie, soit conclu entre les personnes qui veulent procréer et la femme qui accouchera, ainsi que son conjoint, si elle est mariée (33).

In fine, certains États ont rechigné à encadrer légalement la pratique de la GPA et l'ont néanmoins tolérée, comme c'est le cas de l'Argentine, de la Belgique, des Pays-Bas, de la Finlande et du Danemark. En Belgique, « La GPA n'est ni expressément interdite ni expressément autorisée : elle n'est directement visée par aucune disposition de droit civil ou de droit médical » (34) et « le rattachement filial de l'enfant à ses parents d'intention se fait par le recours aux règles de l'adoption » (31). Au Danemark, « la GPA est autorisée, à l'exclusion de toute activité d'entremise entre les candidates à la gestation et les couples animés d'un projet parental, à l'exclusion également de toute contrepartie financière et en dehors du cadre de l'AMP » (31).

CONCLUSION

Constituant « la seule solution à l'infertilité d'origine utérine qui est souvent perçue comme d'une particulière injustice », la GPA qui demeure aujourd'hui un sujet sensible et complexe, n'a été que timidement traitée au niveau international, ce qui a laissé une grande marge d'appréciation aux États dont les régimes juridiques varient actuellement entre encadrement, interdiction ou autorisation en l'absence d'une législation spécifique. Or face aux nombreuses interrogations éthiques et juridiques qui tournent autour de la pratique de la GPA, en relation notamment avec le respect du corps de la femme gestatrice et des intérêts et droits des enfants à naître, il est nécessaire d'adopter une solution juridique et éthique qui saurait concilier entre les différentes positions exprimées lors des nombreux débats éthiques sur la question.

Néanmoins, l'orientation des législations nationales se doit de « ne pas encourager des modes de reproduction où l'enfant et la femme qui le porte sont traités l'un comme un produit et l'autre comme un instrument de production » (12). Muriel Fabre-Magnan soulignait à cet égard que : « La question cruciale du droit est celle de savoir si nous voulons instituer une société où les enfants sont fabriqués et vendus comme des produits, et si nous sommes conscients des conséquences sur le regard que nous porterons sur eux, ainsi que sur les relations humaines et sociales qui en résulteront » (35). Ceci dit, nous ne pouvons qu'acquiescer à ces propos, car pour les législateurs nationaux, le plus grand risque qui se présente en matière de GPA, c'est celui de voir se développer des pratiques marchandes où la femme gestatrice est un objet et non un sujet libre. Là-dessus, il nous semble devoir trouver un juste équilibre entre la liberté de la femme de disposer de son corps comme elle le veut, et la nécessité de protéger sa dignité en tant que personne humaine aussi bien que le bien-être de l'enfant à naître dans son devenir. En revanche, la solution adéquate ne réside ni dans l'interdiction totale ni dans l'autorisation absolue de la GPA, mais dans son encadrement de manière à prendre en considération toutes les particularités éthiques entourant cette pratique.

Reçu/Received: 20/06/2018

Publié/Published: 16/11/2020

Conflits d'intérêts
Aucun à déclarer

Conflicts of Interest
None to declare

Édition/Editors: Cécile Bensimon & Aliya Affdal

Les éditeurs suivent les recommandations et les procédures décrites dans le Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors de COPE. Plus précisément, ils travaillent pour s'assurer des plus hautes normes éthiques de la publication, y compris l'identification et la gestion des conflits d'intérêts (pour les éditeurs et pour les auteurs), la juste évaluation des manuscrits et la publication de manuscrits qui répondent aux normes d'excellence de la revue.

The editors follow the recommendations and procedures outlined in the COPE Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors. Specifically, the editors will work to ensure the highest ethical standards of publication, including: the identification and management of conflicts of interest (for editors and for authors), the fair evaluation of manuscripts, and the publication of manuscripts that meet the journal's standards of excellence.

RÉFÉRENCÉS

1. Franceinfo. La gestation pour autrui, un marché planétaire. Vidéo. 14 septembre 2016.
2. Puppinck G, de La Hougue C. Quelles voies de droit international pour interdire la maternité de substitution. In : Institut Famille & République, ed. Le mariage et la loi, protéger l'enfant. Paris ; 2016.
3. De La Hougue C, Roux C. Gestation pour autrui et droits de l'homme : analyse des enjeux humains, éthiques et juridiques. L'Union Internationale pour l'abolition de la gestation pour autrui. novembre 2015.
4. Nau J-Y. Mère porteuse : reportage dans un nouveau marché d'esclaves. Revue médicale suisse. 2016;12:1778-1779.
5. Agence de la biomédecine. Encadrement juridique international dans les différents domaines de la bioéthique. Paris ; avril 2018.
6. Rozée V, Unisa S, De La Rochebrochard E. La gestation pour autrui en Inde. Population & Sociétés. 2016;537.
7. Chasles V. Inégalités de genre et restrictions spatiales. L'exemple du recours aux soins des femmes en Inde rurale. Sciences Sociales et Santé. 2009;27(2):37-45.
8. Tourame P. Quelle liberté pour la mère porteuse ? Les Cahiers de la Justice. 2016;2(2):275-88.
9. Ekis Ekman K. L'être et la marchandise : Prostitution, maternité de substitution et dissociation de soi. Ville Mont-Royal : M Éditeur ; 2013.
10. Verdier-Parent A. L'intérêt de l'enfant en droit privé dans le cadre exclusif des conventions de gestation pour autrui conclues à l'étranger par des ressortissants français. Mémoire Master 2 « recherche en éthique », Laboratoire d'éthique médicale et médecine légale, Faculté de médecine, Paris : Université Paris Descartes, 2011-2012.
11. Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé. Avis n°110 : Problèmes éthiques soulevés par la gestation pour autrui (GPA). Paris : 1er avril 2010.
12. Commission des Episcopats de la Communauté Européenne. Avis du groupe de réflexion bioéthique sur la gestation pour autrui. La question de sa régulation au niveau européen ou international. Bruxelles : février 2015.
13. Spivack C. The law of surrogate motherhood in the United States. American Journal of Comparative Law. 2010;58(suppl 1): 97-114.
14. Conseil du statut de la femme. Avis. Mères porteuses : réflexions sur des enjeux actuels. Québec ; février 2016.
15. Association MAIA. La gestation pour autrui. Aspects éthiques, juridiques et médicaux. Etat des lieux en 2006. Toulouse ; 2006.
16. Rousseau D. Les grandes personnes sont vraiment stupides. Ce que nous apprennent les enfants en détresse. Paris : Max Milo Editions ; 2012.
17. Conférence de La Haye de droit international privé (HccH). Rapport préliminaire sur les problèmes découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international. La Haye ; mars 2012.
18. Brunet L, Courduries J, Giroux M, Gross M. Le recours transnational à la reproduction assistée avec don. Perspective franco-québécoise et comparaison internationale. Note de synthèse, rapport scientifique d'une recherche réalisée avec le soutien du GIP Mission de recherche Droit et Justice, juillet 2017.
19. Association Médicale Mondiale. Archivé: Déclaration de l'AMM sur la fécondation in vitro et le transfert d'embryon. 23 mars 2017.
20. Nations Unies. Déclaration universelle des droits de l'homme. 10 décembre 1948.
21. Nations Unies. Pacte international relatif aux droits civils et politiques. 16 décembre 1966.
22. UNESCO. Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme. 19 octobre 2005.
23. Andorno R. La notion de dignité humaine est-elle superflue en bioéthique ?. Revue générale de droit médical. 2005;(16):95-102.
24. Kant E. Fondements de la métaphysique des mœurs. Paris : Vrin, 1980.
25. Comité ad hoc d'experts sur la bioéthique. Principes énoncés dans le rapport du comité ad hoc d'experts sur les progrès des sciences biomédicales. Conseil de l'Europe ; 1989.
26. Rutuja P. Proposing an international instrument to address issues arising out of international surrogacy arrangements. Georgetown Journal of International Law. 2017;(48):1309-35.
27. Van Loon JHA. International co-operation and protection of children with regard to intercoutry adoption. Recueil des Cours de l'Académie Internationale de la Haye. 1993;7(244):191.
28. Blauwhoff R, Frohn L. Chapter 10. International commercial surrogacy arrangements: the interests of the child as a concern of both human rights and private international law. In: Paulussen C et al., eds. Fundamental Rights in International and European Law. T.M.C. Asser Press; 2016.
29. Terré F. A propos de la gestation pour autrui. L'ena hors les murs. septembre 2012;(424):37-38.
30. Cass. ass. plén., 31 mai 1991, n° 90-20.105. JurisData n° 1991-001378 ; JCP G 1991, IV, 287 ; Bull. civ. 1991, n° 4.
31. Neuraz A. La gestation pour autrui en France et dans le monde. La Lettre du Gynécologue. 2012;371:28-33.
32. Finkelstein A, Mac Dougall S, Kintominas A, Olsen A. Surrogacy law and policy in the U.S.: A national conversation informed by global lawmaking. Columbia Law School Sexuality & Gender Law Clinic. May 2016.
33. Agallopoulou P. Les procréations médicalement assistées et l'anonymat selon le droit Hellénique. In : Feuillet-Liger B, ed.. Procréation médicalement assistée et anonymat, panorama international. Bruxelles : Ed. Bruylant ; 2008. p.193-202.
34. Willems, G. La gestation pour autrui : brève synthèse des réflexions relatives à un éventuel encadrement législatif. Annales de Droit de Louvain. 2014;74(1):113-121.
35. Fabre-Magnan M. La gestation pour autrui. Fictions et réalité. Paris : Fayard ; 2013.