

GESTATION POUR AUTRUI, AUTONOMIE PERSONNELLE ET MAÎTRISE CORPORELLE : PLAIDOYER POUR UN DROIT NEUTRE ET LIBÉRÉ

PAR

Gilles GENICOT*

I. – INTRODUCTION

1. La gestation pour autrui (ci-après : G.P.A.) est sans nul doute un thème particulièrement sensible, d'une actualité sans cesse renouvelée, appelant un questionnement approfondi. Son appréhension suppose, selon un schéma classique et durablement éprouvé, de rechercher, dans les champs juridique et éthique – ici notablement pétris de dimensions psychologiques et sociologiques –, la solution optimale à apporter à une situation humaine douloureuse : celle où la seule possibilité pour un couple de faire naître un enfant qui leur soit, à tout le moins partiellement, biologiquement rattaché consiste à faire appel à une autre femme qui concevra (procréation pour autrui) et/ou portera (gestation pour autrui) cet enfant¹. Il est techniquement, pratiquement et médicalement possible de remédier à leur désarroi. Mais est-ce légitime, d'un point de vue moral, et licite, au regard du droit ?

Comme l'observait déjà il y a plus de dix ans Nathalie Massager, « il apparaît très certainement que l'approche juridique du phénomène de la gestation pour autrui est directement conditionnée par le jugement moral qui est porté sur cette pratique. D'une certaine manière en effet, la légitimité conditionne la légalité d'un procédé. L'étude des

* Maître de conférences à l'Université de Liège, Avocat. L'auteur est membre du Comité consultatif de Bioéthique et de la Commission de contrôle et d'évaluation de l'euthanasie. Il s'exprime à titre personnel.

⁽¹⁾ L'expression « maternité de substitution » nous semble devoir être récusée, principalement en raison de ce qu'elle suppose que la femme qui accouche est, par définition et nécessairement, la mère de l'enfant, dans toutes les implications – physiologique, juridique, psychologique, sociale – du terme. Or, dans le schéma examiné, c'est – en réservant l'hypothèse du couple « commanditaire » homosexuel – la femme infertile, parent d'intention, qui est (destinée à être) la mère de l'enfant.

BRUYLANT

modes de P.M.A. montre une nette évolution dans l'admission de ces techniques et partant, dans l'appréciation de leur licéité : les arguments juridiques traditionnellement invoqués à l'encontre de chacune de ces techniques – illicéité de la cause et de l'objet du contrat passé avec le médecin, contrariété à l'ordre public, violation du principe de l'indisponibilité de l'état des personnes – ont progressivement cédé devant leur admission par la société. Bien entendu, le droit ne doit pas systématiquement avaliser toute nouvelle pratique, au prétexte qu'elle recueille un certain consensus social, mais il importe de veiller à ce que le droit ne soit pas anachronique par rapport à l'évolution de la société. Dès lors que sont invoqués à l'encontre de la gestation pour autrui les mêmes principes juridiques qui étaient avancés autrefois pour condamner les autres techniques de P.M.A., dont la légalité n'est plus contestée aujourd'hui, il est permis de s'interroger sur la pérennité de l'argumentation qui repose précisément sur ces principes généraux de droit, dont l'application stricte a souvent été écartée au profit d'une lecture plus adaptée à la réalité »².

2. Nous rejoignons sans hésitation cette invitation à apprécier d'un regard neuf la licéité même de la G.P.A. Dans la plupart des pays, cette pratique n'est pas réglementée, quand elle n'est pas tout simplement formellement interdite, comme c'est le cas en France mais non en Belgique³. Mais cette interdiction repose-t-elle sur un fondement juridique un tant soit peu convaincant ? Les « principes généraux » mobilisés à cette fin en sont-ils vraiment ? Ne serions-nous pas plutôt confrontés ici, sans trop forcer le trait, à l'un des derniers bastions d'une forme de moralisme qu'il serait salutaire de questionner ? Telle est la modeste ambition de la présente contribution.

Ce questionnement n'est guère nouveau, du moins dans le monde juridique et éthique anglo-saxon. En 1989 déjà, Michael Freeman, éminent professeur de droit au University College London, écrivait : « It is

² N. MASSAGER, v° Gestation pour autrui, in *Nouvelle encyclopédie de bioéthique* (G. HOTTOIS et J.-N. MISSA dir.), Bruxelles, De Boeck Université, 2001, pp. 482-488, ici p. 484.

³ La G.P.A. n'est pas envisagée par la loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes, en dépit de l'existence, à l'époque, de cinq propositions de lois sur la question, que le Conseil d'État a examinées de manière approfondie dans son avis du 14 février 2006 (*Doc. parl.*, Sénat, 2005-2006, n° 3-417/3).

Sur cette loi, voy. not. M.-N. DERÈSE et G. WILLEMS, « La loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes », *R.T.D.F.*, 2008, p. 279 ; G. GENICOT, « La maîtrise du début de la vie : la loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée », *J.T.*, 2009, p. 17 ; du même auteur, *Droit médical et biomédical*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 588-609.

worth asking what is entailed in the right to liberty. Central to that right, I would argue, is the right to do with your body as you please. On this analysis, the surrogate mother has a right to use her body to give birth to the baby of another. To deny her the decision to become a surrogate thus violates her right to liberty. We can take away liberty rights. Very few of them are totally unqualified. But the onus rests on those who wish to restrict liberty to put forward sound moral arguments to support limitations on freedom. What arguments can they adduce ? The arguments are phrased in various ways (motherhood or woman is dehumanized, children are commodified)... But as arguments proffered to buttress limitations on autonomy, they amount to little more than the enforcement of morality for morality's sake »⁴.

Dans son avis n° 30 du 5 juillet 2004 relatif à la gestation pour autrui, le Comité consultatif de Bioéthique, s'il révèle en son sein des opinions diverses, y compris sur le plan juridique, n'exploite pas les soi-disant principes d'indisponibilité du corps⁵ et de l'état des personnes à l'appui d'une position restrictive prônant l'interdiction de la G.P.A. Analysant, sous l'angle éthique, les arguments en présence quant aux problèmes psychologiques et pratiques que soulève la G.P.A. (risques médicaux, attachement affectif de la mère porteuse envers l'enfant, difficultés relationnelles...), quant à la faculté d'exécution forcée d'une convention concernant la grossesse et quant à l'éventualité d'une rétribution, le Comité ne prône nullement une prohibition de la G.P.A. mais suggère, au gré de positions nuancées, un encadrement prudent de celle-ci.

II. – POSITION DU DÉBAT

3. L'éventualité et l'opportunité d'un encadrement législatif de la G.P.A. sont régulièrement évoquées, tant en France qu'en Belgique. Cela étant, la jurisprudence et la doctrine belges n'apparaissent pas d'un grand secours pour notre propos dès lors que, pragmatiques, elles s'interrogent sur les conséquences, en droit belge de la filiation et en

⁴ M. FREEMAN, « Is Surrogacy Exploitative ? », in *Legal Issues in Human Reproduction*, S. McLEAN (éd.), London, Gower, 1989, pp. 164-184, cité par E. JACKSON, *Medical Law. Text, Cases, and Materials*, Oxford University Press, 2^e éd., 2010, p. 851.

⁵ Exploré en profondeur, en revanche, dans l'avis n° 43 du 10 décembre 2007 relatif à la problématique de la commercialisation de parties du corps humain. Les avis du Comité sont disponibles sur son site <http://www.health.fgov.be/bioeth>.

droit international privé, d'une naissance obtenue par G.P.A. à l'étranger⁶. Plusieurs propositions de lois ont été récemment déposées afin de légaliser et d'encadrer, dans une mesure variable, la G.P.A.⁷ ; elles sont analysées en détail ailleurs dans le présent ouvrage.

Nous souhaitons pour notre part nous pencher sur la *licéité même* de la G.P.A., sans aborder ses conséquences au regard du droit de la filiation, ni l'effet en Belgique d'une G.P.A. pratiquée à l'étranger⁸. Observons toutefois qu'il est à cet égard patent que « le rejet dans le non droit des enfants nés dans des circonstances qui dérangent la société relève du déni de la réalité, et apparaît porteur de nombreux effets pathogènes et injustes », « les conséquences juridiques liées au refus de l'adoption (étant) dévastatrices » et « la notion de l'intérêt de l'enfant [...] totalement bafouée »⁹.

4. Schématiquement, lorsque la procréation et/ou la gestation pour autrui sont prohibées – ou à tout le moins désapprouvées et découragées –, c'est au nom des principes de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes, du souci d'éviter l'exploitation des femmes

⁶ Un jugement du Tribunal de première instance de Huy du 22 mars 2010, concernant un couple homosexuel ayant recouru à une G.P.A. en Californie, fut particulièrement remarqué (voy., sous celui-ci, les notes de N. GALLUS, « Gestation pour autrui et reconnaissance des actes de l'état civil étrangers », *J.T.*, 2010, p. 422 et P. WAUTELET, « Gestation pour autrui transfrontière : le désir d'enfant à l'épreuve du droit international privé », *J.L.M.B.*, 2010, p. 1823), de même que, en appel, l'arrêt – plus raisonnable mais néanmoins insatisfaisant car en demi-teinte – de la Cour d'appel de Liège du 6 septembre 2010 (*J.L.M.B.*, 2011, p. 52) note P. WAUTELET, *Act. dr. fam.*, 2011, p. 159, *J.T.*, 2010, pp. 634 et 1134, *T. Vreemd.*, 2011, p. 117, note K. VANVOORDEN).

Voy. surtout, sous les deux décisions, la note substantielle de C. HENRICOT, S. SAROLÉA et J. SOSSON, « La filiation d'enfants nés d'une gestation pour autrui à l'étranger », *R.T.D.F.*, 2010, pp. 1139-1163, qui étudient le contrat tant sous l'angle du droit de la filiation qu'au prisme des droits fondamentaux en jeu (pp. 1154-1162). Voy. égal. J. SOSSON, « La création d'un lien légal avec la mère génétique de l'enfant conçu par gestation pour autrui : une question de filiation ou d'adoption ? », note sous Trib. jeun. Bruxelles, 6 mai 2009, *R.T.D.F.*, 2011, p. 176.

⁷ Dans l'ordre chronologique : proposition de loi réglementant la maternité de substitution, déposée le 9 septembre 2010 par M. TOMMELEIN et consorts (Open VLD), *Doc. parl.*, Sénat, 2010, n° 5-130/1 ; proposition de loi relative aux mères porteuses, déposée le 23 septembre 2010 par M^{me} DEFRAIGNE (MR), *Doc. parl.*, Sénat, 2010, n° 5-160/1 ; proposition de loi relative à la maternité pour autrui, déposée le 6 octobre 2010 par M. MAHOUX (PS), *Doc. parl.*, Sénat, 2010, n° 5-236/1 ; proposition de loi portant organisation des centres de maternité de substitution, déposée le 5 avril 2011 par M^{me} TEMMERMAN et M. SWENNEN (SPA), *Doc. parl.*, Sénat, 2010, n° 5-929/1. Le débat est en cours et devrait, du moins peut-on l'espérer, être conduit sereinement et en profondeur.

⁸ Voy. not. à ce sujet N. GALLUS et S. PFEIFF, « Gestation pour autrui et procréation médicale-assistée », in *Droit des personnes et des familles. Chronique de jurisprudence 2005-2010*, Bruxelles, Larcier, Dossiers du *J.T.*, 2012, pp. 347-368 et les réf. citées.

⁹ H. GAUMONT-PRAT, v°, « Mère porteuse », in *Dictionnaire du corps*, M. MARZANO (dir.), Paris, P.U.F., Quadrige, 2007, p. 580 ; adde F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Réflexions sur les mythes fondateurs en droit contemporain de la famille », *RTD civ.*, 1995, pp. 249 et s., ici pp. 268-269, qui évoque une pratique « certes peu recommandable » et un « comportement [...] considéré comme moralement et socialement nuisible », à l'instar de l'adultère, mais de la sanction duquel l'enfant innocent devrait d'évidence se voir épargné.

démonies et de l'incertitude qui pèse sur les conséquences sanitaires et psychologiques de ces pratiques pour l'enfant à naître et la femme qui l'a porté¹⁰. Juridiquement, le premier fondement semble le plus convaincant. Ce n'est pourtant qu'une apparence pour le moins fragile : on voudrait ici rapidement montrer que les « principes » en question n'existent tout simplement pas (ou plus). Quant à la volonté, permanente en bioéthique, d'éviter les dérives mercantiles et la marchandisation des corps, elle est d'évidence en tous points louable mais n'impose nullement une interdiction radicale, fût-elle implicite ou indirecte, de la technique considérée ; un encadrement soigneux, strict mais raisonnable, peut permettre de juguler ce risque¹¹. Enfin, « l'incertitude » ainsi mise en exergue, si elle est parfaitement compréhensible et éveille certainement l'attention, consiste en un argument de type spéculatif, qui n'est à ce stade étayé par aucune étude sérieuse et qui, partant, est tout à fait insatisfaisant.

Du reste, sauf à faire prévaloir une forme de « principe de précaution » conduisant à l'immobilisme, à la glorification d'un modèle familial archétypal sur tous les autres et, partant, à un cruel déficit d'approche constructive des situations de souffrance, on n'aperçoit guère que « l'incertitude » en question puisse justifier l'éviction pure et simple des pratiques examinées hors du champ juridique, *a fortiori* lorsque l'enfant est né et qu'il s'impose de le relier civilement à ceux qui ont désiré – au prix de tant d'embûches – sa venue au monde, et qui l'élèvent au quotidien. Proscrire la G.P.A. apparaît au demeurant potentiellement dangereux, dès lors qu'au travers du « tourisme procréatif » qui s'ensuivrait, pareil bannissement induit la crainte – réelle, celle-là – d'une emprise d'associations privées, voire

¹⁰ H. GAUMONT-PRAT, *Bioéthique et droit. L'assistance médicale à la procréation*, Bordeaux, Les Études Hospitalières, Essentiel, 2011, pp. 151-156. Cet auteur va jusqu'à considérer (p. 170) que « le principe de dignité se trouve bafoué à l'égard de la femme porteuse par cette forme d'aliénation moderne, par la marchandisation et l'instrumentalisation de son corps fondées sur la dérive mercantile et le commerce dégradant ».

¹¹ En ce sens, l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme *S.H. et autres c. Autriche* du 1^{er} avril 2010 retient, à propos du don de gamètes par un tiers dans le cadre d'une fécondation *in vitro*, interdit par la loi autrichienne, que « les risques d'abus – qu'il convient assurément de combattre – ne constituent pas une raison suffisante pour interdire totalement telle ou telle technique de procréation dès lors que son utilisation peut être encadrée par des règles précises et que des garanties peuvent être instaurées pour empêcher qu'ils ne se réalisent » (§ 77). Toutefois, cet arrêt, qui conclut à la violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8, a fait l'objet d'un renvoi en Grande chambre et fut infirmé par celle-ci le 3 novembre 2011 (examen sous l'angle de l'article 8 seulement, et constat d'une absence de violation par 13 voix contre 4). Pour un relevé d'autres arrêts de la C.E.D.H. relatifs au droit des parents commanditaires au respect de leur vie privée et familiale, voy. C. HENRICOT, S. SAROLÉA et J. SOSSON, « La filiation d'enfants nés d'une gestation pour autrui à l'étranger », note précitée, pp. 1157-1159.

de sociétés peu scrupuleuses, et donc le spectre d'une marchandisation effective du processus, probablement doublée, en l'absence de garde-fous, de l'exploitation tant décriée.

5. Telle ne saurait être la voie la plus sage à emprunter. Au demeurant, il s'en faut de beaucoup que la G.P.A. témoigne *ipso facto* d'un asservissement de la mère porteuse ou d'une instrumentalisation de son corps : pareil raisonnement pêche par dogmatisme. D'une part, il fait fi de l'autonomie de cette femme, qui sera dans la grande majorité des cas une proche des parents d'intention (sœur, amie) et dont l'encadrement médical mais aussi psycho-social de l'acte permettra de vérifier la lucidité et la stabilité émotionnelle, ainsi que de l'éclairer complètement sur la démarche dans laquelle elle s'engage. D'autre part, il oublie qu'il est fréquent que le corps humain soit bel et bien un instrument au service des fins – y compris lucratives – poursuivies par la personne, et que seuls les *excès* doivent être contenus ou sanctionnés ; il serait inquiétant que le modèle même favorisant l'utilisation libre et autonome de ses propres facultés corporelles soit, au passage, mis en péril¹².

À bien comprendre les arguments hostiles à une légalisation (conditionnelle) de la G.P.A., c'est d'autre chose qu'il s'agit ici : l'idée fondamentale mise en avant est que, nécessairement, un lien trop intense se noue *in utero* entre l'enfant à naître et la femme qui le porte, de sorte que, *par définition*, la mère de l'enfant ne peut être que la femme qui l'a porté, toute dissociation étant perçue comme dangereuse car, pour tout dire, « contraire à la nature des choses », et la remise de l'enfant à la naissance aux parents d'intention semblant « inconcevable ». Cette approche – qui, en définitive, s'articule autour de l'intérêt de l'enfant¹³, pierre d'angle de toute disposition législative

¹² Voy. sur ce point G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, Bruxelles, Larcier, 2010 ; Y.-H. LELEU et G. GENICOT, « Le statut juridique du corps humain en Belgique », in *Le droit de la santé : aspects nouveaux*, Actes des Journées suisses 2009 de l'Association Henri Capitant, Bruxelles-Paris, Bruylant-LB2V, 2012, pp. 63-94.

¹³ Ainsi, selon H. GAUMONT-PRAT (*op. cit.*, p. 173), « la vente de l'enfant à un autre couple risque légitimement d'être vécue par cet enfant comme un abandon, avec des conséquences psychiques importantes. En outre, de nombreuses études soulignent que le lien mère-enfant se construit dès avant la naissance, et l'on ne peut nier l'importance des échanges intra-utérins pendant la grossesse et son influence sur le développement métabolique, épigénétique et psychologique de l'enfant à naître ». L'auteur observe toutefois qu'« aucune étude ne permet de mesurer l'impact psychologique de la gestation pour autrui sur les enfants nés de cette technique », affaiblissant ainsi d'emblée son propos : s'il ne viendrait à l'idée de personne de nier les liens *in utero*, comment peut-on affirmer l'existence, la consistance et l'importance d'un risque, à défaut d'études le mettant en évidence ? Et comment s'en assurer, aussi longtemps que la technique incriminée est – explicitement ou non – prohibée ? Ce n'est alors rien d'autre qu'une application du principe de précaution : dans le doute, abstenons-nous. Mais alors, nous ne saurons jamais...

et décision judiciaire le concernant – peut, bien entendu, se revendiquer d’une louable dose de raisonnable prudence. Elle ne va cependant pas de soi.

III. – LA CONDAMNATION DE LA GESTATION POUR AUTRUI EN DROIT FRANÇAIS

6. La condamnation juridique la plus ferme de la G.P.A. est, comme l’on sait, à trouver dans l’arrêt rendu par la Cour de cassation française en assemblée plénière le 31 mai 1991 : c’est au nom des « principes d’ordre public de l’indisponibilité du corps humain et de l’état des personnes » que, dans sa formation la plus solennelle, sur pourvoi dans l’intérêt de la loi et après avoir – pratique alors inédite – entendu un *amicus curiae* en la personne du professeur Jean Bernard, alors président du Comité consultatif national d’éthique, la haute juridiction a affirmé qu’est nulle la convention « par laquelle une femme s’engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l’abandonner à la naissance » – visant ainsi la procréation, et non la « simple » gestation, pour autrui¹⁴.

Une vérification s’impose quant à la solidité du fondement ainsi proclamé : ainsi qu’il fut justement souligné, « l’éthique contemporaine relève très largement de la pétition de principes solennellement affirmés sans autre démonstration, comme si s’y aventurer était faire preuve d’une atteinte extraordinaire à la liberté de conscience. Qui ne voit pourtant que la liberté de la conscience c’est celle de découvrir librement la vérité et non pas d’affirmer tranquillement “sa” vérité »¹⁵.

7. L’arrêt précédent de la Cour de cassation française, relatif à la dissolution d’une association « d’entremise » dont « l’objet même [...] est de favoriser la conclusion et l’exécution de conventions qui [...]

¹⁴ Cass. fr. ass. plén., 31 mai 1991, *J.T.*, 1991, p. 767, note X. DJON et J.-P. MASSON, *J.C.P.*, 1991, II, 21752, concl. H. DONTENWILLE, note F. TERRÉ, *D.*, 1991, jur., p. 417, rapp. Y. CHARTIER, note D. THOUVENIN, *Defr.*, 1991, p. 948, obs. J. MASSIP, *RTD civ.*, 1991, p. 517, obs. D. HUET-WEILLER, *R.R.J.*, 1991, p. 343, note T. BARTHOUIL, *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, Paris, Dalloz, 11^e éd., 2000, t. I, n° 49, obs. F. TERRÉ et Y. LEQUETTE. Est ainsi très fermement cassé l’arrêt audacieux de la Cour d’appel de Paris du 15 juin 1990 (*J.C.P.*, 1991, II, p. 21653, note B. EDELMAN et C. LABRUSSE-RIOU, *D.*, 1990, jur., p. 540, note F. BOULANGER).

¹⁵ B. BEIGNIER, « L’ordre public et les personnes », in *L’ordre public à la fin du XX^e siècle*, Paris, Dalloz, Thèmes et Commentaires, 1996, p. 15.

portent tout à la fois sur la mise à la disposition des demandeurs des fonctions reproductrices de la mère et sur l'enfant à naître et sont donc nulles en application de l'article 1128 » du Code civil – ce qui, à nouveau, est asséné comme un postulat –, est un brin plus explicite quant à la raison d'être de la prohibition : « ces conventions contreviennent au principe d'ordre public de l'indisponibilité de l'état des personnes en ce qu'elles ont pour but de faire venir au monde un enfant dont l'état ne correspondra pas à sa filiation réelle, au moyen d'une renonciation et d'une cession, également prohibées, des droits reconnus par la loi à la future mère »¹⁶. L'argument n'est guère convaincant : en quoi, sur ce plan, le schéma ainsi décrit se distingue-t-il de la procréation assistée avec recours à un tiers donneur ? Derrière cette assertion se cache en réalité une volonté de sacraliser – mais sur quelles bases précises ? – les neuf mois de gestation, par essence au nom d'arguments non pas juridiques, ni même éthiques, mais d'ordre psychologique (insuffisamment vérifiés) et moral.

On sent bien le malaise : selon un arrêt subséquent du 9 décembre 2003¹⁷, le caractère illicite de la maternité pour autrui « se déduit des principes généraux du Code civil » – on se garde bien de préciser lesquels – « et aujourd'hui de son article 16-7 » – ce qui est sans doute formellement plus solide, n'était la pertinence intrinsèque de cette disposition, du reste mise en débat depuis quelques années chez nos voisins. On voit donc des « principes généraux » là où, à bien y regarder, le principe adverse (maîtrise et donc *disponibilité*, tant du corps que, dans une mesure évidemment contrôlée par l'État, de l'état des personnes) prévaut tant en droit positif¹⁸ – certes davantage en Belgique qu'en France – que, le plus souvent, sur le plan éthique.

8. Depuis 1994, l'article 16-7 du Code civil français affirme que « toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour

¹⁶ Cass. fr. 1^{re} civ., 13 décembre 1989, *Bull. civ.*, I, n° 387, *D.*, 1990, jur., p. 273, rapp. J. MASSIP, *J.C.P.*, 1990, II, 21526, note A. SÉRIAUX, *Defr.*, 1990, p. 743, obs. J.-L. AUBERT, *RTD civ.*, 1990, p. 254, obs. J. RUBELLIN-DEVICHI.

¹⁷ Cass. fr. 1^{re} civ., 9 décembre 2003, *D.*, 2004, p. 1998, note E. POISSON-DROCOURT, *Defr.*, 2004, p. 592, obs. J. MASSIP, *Dr. fam.*, 2004, comm. n° 17, obs. P. MURAT, *RTD civ.*, 2004, p. 75, obs. J. HAUSER.

Pour un panorama du droit français, voy., outre les traités et manuels classiques de droit des personnes et des familles, l'exposé de L. LAMBERT-GARREL in *Les grandes décisions du droit médical* (F. VIALLA dir.), Paris, LGDJ/Lextenso, 2009, pp. 53-75.

¹⁸ Voy. la précieuse étude d'ensemble approfondie de F. BELLIVIER et C. NOVILLE, *Contrats et vivant. Le droit de la circulation des ressources biologiques*, Paris, LGDJ, 2006, spéc. pp. 71-82.

le compte d'autrui est nulle ». Cette question fut longuement abordée dans le cadre de la deuxième révision des lois « bioéthiques » qui a abouti à la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique¹⁹, laquelle n'a rien modifié au droit antérieur sur ce point. En dépit de cette rigoureuse fin de non recevoir, le débat ne se tarit pas chez nos voisins ; la littérature sur le sujet – et sur le principe même de la G.P.A. – y est vaste et les prises de position ne manquent pas, y compris dans la grande presse qui se fait volontiers le relais d'une revendication sociale toujours plus grande. À la suite d'un nouvel arrêt « provocateur » de la Cour d'appel de Paris du 25 octobre 2007²⁰, cassé le 17 décembre 2008²¹, l'appréhension du sujet a quelque peu évolué. Dans le Rapport d'information remis à l'Assemblée nationale le 20 janvier 2010 au nom de la Mission d'information sur la révision des lois de bioéthique, la G.P.A. se voit analysée en profondeur ; la nullité qui la commine, quoique « contestée », est néanmoins apparue « nécessaire et protectrice »²². Pavé dans la mare, le Sénat français avait pourtant diffusé le 25 juin 2008 un rapport d'information qui recommandait une autorisation strictement encadrée de la G.P.A., sous un régime légal et non contractuel²³.

¹⁹ Sur cette loi, voy. not. J.-R. BINET, *La réforme de la loi bioéthique. Commentaire et analyse de la loi du 7 juillet 2011*, Paris, LexisNexis, Actualité, 2012 (et spéc. pp. 52-55, n°s 123-128, à propos du rejet de la G.P.A.).

²⁰ Paris, 25 octobre 2007, *D.*, 2008, pan., p. 1371, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS, et p. 2953, somm., note, *Gaz. Pal.*, 27-29 janvier 2008, p. 20, note G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE. Voy. aussi Paris, 18 mars 2010, *D.*, 2010, p. 1684, note G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE.

²¹ Cass. fr. 1^{re} civ., 17 décembre 2008, *D.*, 2009, p. 166, obs. V. EGÉA, et p. 340, note L. BRUNET, *J.C.P.*, 2009, II, 10020, note A. MIRKOVIC, et 10021, note L. D'AVOUT, *Dr. fam.*, 2009, comm. n° 15, obs. P. MURAT.

²² Ce Rapport d'information peut être consulté à l'adresse <http://www.assemblee-nationale.fr/13/rap-info/i2235-t1.asp> (accès le 7 juillet 2013). La G.P.A. – en ce compris « la question de la reconnaissance en droit français des enfants conçus par maternité pour autrui » – y est traitée aux pages 119 à 200. Le 1^{er} avril 2010, le Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé (C.C.N.E.) a rendu son avis n° 110 intitulé « Problèmes éthiques soulevés par la gestation pour autrui (GPA) » ; il conclut également que « l'ensemble des arguments favorables au maintien de la législation en vigueur l'emportent sur ceux qui sont favorables à la légalisation de ce procédé de PMA, même de manière strictement limitée et contrôlée » (disponible à l'adresse http://www.ccne-ethique.fr/type_publication/avis, accès le 7 juillet 2013). Pour une mise en perspective de cet avis, voy. D. THOUVENIN, « De la difficulté à objectiver la subjectivité », *Les Cahiers du C.C.N.E.*, 2010, n°s 63-64, pp. 45-49.

²³ *Contribution à la réflexion sur la maternité pour autrui*, Rapport d'information n° 421 du 25 juin 2008, disponible à l'adresse <http://www.senat.fr/notice-rapport/2007/r07-421-notice.html> (accès le 7 juillet 2013), *D.*, 2008, p. 1944, note A. MIRKOVIC. Voy. A. TURPIN et F. VIALLA, « Gestation pour autrui : la réapparition du débat », *R.G.D.M.*, 2008, p. 273 (les auteurs ne prennent pas véritablement position dans ce « débat renaissant »).

Statu quo, donc, chez nos voisins²⁴, en dépit de plaidoyers doctrinaux convaincants²⁵ s'étonnant par exemple que la G.P.A. soit interdite alors que le don de sperme et d'ovules est autorisé²⁶. Plus profondément, n'est-il pas quelque peu paradoxal, alors que l'abandon d'un enfant à la naissance en vue de son adoption est expressément organisée, alors surtout que l'anachronique et critiquable accouchement sous X se voit maintenu contre vents et marées, de brandir ainsi des principes qui, à bien y regarder, n'existent pas ? Sans vouloir forcer le trait, ne résulte-t-il pas de ce paysage global qu'il est faux de considérer *mater semper certa est* comme un axiome, et d'affirmer l'équivalence « nécessaire » gestation = maternité ?

IV. – APPRÉCIATION CRITIQUE

9. Dans son avis du 14 février 2006 précédant la loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée²⁷, le Conseil d'État relève (n° 26), au terme d'une analyse des droits fondamentaux applicables et de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, que, sur le *principe* du recours aux procédés de G.P.A., *aucune règle supérieure ne fait obstacle* à l'adoption de textes visant à les autoriser et à les réglementer. De même, dans son avis n° 30 du 5 juillet 2004, le Comité consultatif de Bioéthique considère que la G.P.A. « est éthiquement acceptable en principe », bien qu'elle fasse naturellement l'objet de conceptions éthiques divergentes. On a par ailleurs pu affirmer que – quoiqu'en pense la

²⁴ Approuvé par certains auteurs (A. MIRKOVIC, « À propos de la maternité pour autrui », *Dr. fam.*, 2008, étude n° 15 ; P. MURAT, obs. sous Cass. fr. 1^{re} civ., 17 décembre 2008, *Dr. fam.*, 2009, comm. n° 15). Pour une présentation plus nuancée, voy. J. HAUSER, « La gestation pour autrui : aspects juridiques et éthiques », in *La liberté de la personne sur son corps* (P. MUZY dir.), Paris, Dalloz, Thèmes et Commentaires, 2010, pp. 85-103.

²⁵ Voy. surtout les nombreux travaux de Laurence BRUNET : « De l'art d'accommoder la gestation pour autrui au droit français », *R.G.D.M.*, 2008, n° 27, p. 155 ; « Un arrêt en trompe-l'œil sur la gestation pour autrui : retour du droit ou recul de la raison juridique ? », note sous Cass. fr. 1^{re} civ., 17 décembre 2008, *D.*, 2009, p. 340 ; « La gestation pour autrui ou les vertus heuristiques de l'épreuve des limites », *Revue politique et parlementaire*, 2009, n° 1050, p. 76 ; « La gestation pour autrui : entre le marteau (de la loi) et l'enclume (des pratiques) », *Revue Lamy Droit civil*, 2010, n° 76, p. 75.

²⁶ V. DEPADT-SEBAG, « De la nécessité d'une réforme de l'article 16-7 du Code civil relatif à l'interdiction de la gestation pour autrui », *R.G.D.M.*, 2004, n° 12, p. 135 ; M. BANDRAC, G. DELAISI DE PARSEVAL et V. DEPADT-SEBAG, « Repenser la prohibition de la gestation pour autrui ? », *D.*, 2008, p. 434.

²⁷ *Doc. parl.*, Sénat, 2005-2006, n° 3-417/3.

doctrine apparemment majoritaire –, ce procédé, hors but de lucre, apparaît en soi comme licite et relevant de la maîtrise du corps, et plaider pour la licéité de l'adoption consécutive²⁸.

Peu après le retentissant arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation française du 31 mai 1991, le professeur Michelle Gobert a démontré, de manière pertinente et convaincante, dans une étude marquante qui a fait date, que les soi-disant « principes d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes », qui s'y voient mobilisés, n'ont de valeur qu'incantatoire. *Inexistants en droit positif*, ils appartiennent à l'imaginaire d'une certaine doctrine, et ne sont pas en prise avec l'état actuel du droit, des pratiques et des besoins sociaux²⁹. Ce qui était déjà vrai en 1991 l'est à plus forte raison plus de vingt ans plus tard : on imagine difficilement que la légitime revendication croissante d'autonomie quant aux choix de vie personnels (corporels, relationnels, sexuels) s'affadisse ou, par exemple, qu'un brutal coup d'arrêt frappe l'utilisation d'éléments et produits du corps au bénéfice d'autrui ou de la recherche. La question fait depuis longtemps l'objet de présentations contrastées, inévitablement teintées d'une dose de subjectivité, et le débat doctrinal ne se tarit pas³⁰.

10. Un « principe général » est supposé s'induire de règles éparses de droit positif, après vérification de sa conformité à l'évolution des mœurs et aux besoins sociaux. Il n'est guère concevable d'en affirmer péremptoirement l'existence si, d'entrée de jeu, celle-ci est démentie par l'état effectif du droit et de la société. Or, il est *manifeste* que le corps humain n'est pas « indisponible » : ses éléments et produits circulent de bien des façons, dans divers buts et depuis longtemps ; le corps lui-même est, pour beaucoup, un outil direct de travail, donc de gain. À s'en tenir au droit (bio)médical, dont relève assurément

²⁸ Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Bruxelles, Larcier, 2^e éd., 2010, n° 119, et les réf. citées.

²⁹ M. GOBERT, « Réflexions sur les sources du droit et les "principes" d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes (À propos de la maternité de substitution) », *RTD civ.*, 1991, pp. 489-528.

³⁰ Voy. et comp. B. BEIGNIER, « L'ordre public et les personnes », in *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, Paris, Dalloz, Thèmes et Commentaires, 1996, pp. 13-25 (qui entreprend « de vérifier [...] si les deux principes de l'indisponibilité du corps et de l'indisponibilité de l'état existaient vraiment », et constate que « d'elle-même la conclusion s'impose : l'un n'existe pas, l'autre est ruiné », p. 25), et A. SÉRIAUX, « Le principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain », in *Le droit, la médecine et l'être humain. Propos hétérodoxes sur quelques enjeux vitaux du XXI^e siècle*, P.U. Aix-Marseille, 1996, pp. 147-164 (plaidoyer rétrograde matiné de jurnaturalisme, en décalage – même à l'époque – avec l'état du droit, des mœurs, de la science et de la société).

la G.P.A., on sait qu'il ne cesse de mettre l'accent sur l'importance de l'autonomie du patient, corollaire de sa maîtrise corporelle : être maître de son corps, c'est bien sûr pouvoir *dire non*, s'opposer à une atteinte non consentie ; mais c'est aussi, par miroir, pouvoir en faire *ce que bon nous semble*, pourvu que nous ne nuisions pas à autrui³¹. Dans une société libérale, humaniste et pluraliste, comment admettre – sauf à accepter de se soumettre à un « gouvernement moral » prétendant faire le bien des gens malgré eux – l'idée que notre corps pourrait être assujéti à une autre souveraineté que la nôtre³² ? Sans doute, dans le champ médico-scientifique, proclame-t-on fermement, d'une part, que, sauf circonstances exceptionnelles, aucune atteinte corporelle n'est légitime si elle ne s'autorise pas du *consentement* de la personne qui la subit et, d'autre part, que les échanges doivent s'effectuer *à titre gratuit*, le corps n'étant pas susceptible de faire l'objet de droits patrimoniaux³³ ; mais l'extra-patrimonialité du corps, de ses éléments et de ses produits, n'implique nullement qu'il soit hors du commerce juridique entendu au sens large, et encore moins qu'il soit indisponible *pour le sujet lui-même*.

Il paraît inutile de développer davantage ce constat empirique évident : nous *utilisons*, tous, notre corps. Or, dans le cadre de la G.P.A., c'est bien une utilisation corporelle – et non une soi-disant « aliénation » – qui est à l'œuvre, sans qu'il existe la moindre preuve que celle-ci nuise à qui que ce soit. Ne pourrions-nous d'ailleurs pas, au risque de paraître quelque peu provocateur,

³¹ Voy., pour une présentation détaillée, notre ouvrage *Droit médical et biomédical*, Bruxelles, Larcier, 2010. Voy. égal. Y.-H. LELEU et G. GENICOT, « Le statut juridique du corps humain en Belgique », in *Le droit de la santé : aspects nouveaux*, Actes des Journées suisses 2009 de l'Association Henri Capitant, Bruxelles-Paris, Bruylant-LB2V, 2012, pp. 63-94 ; Y.-H. LELEU, G. GENICOT et E. LANGENAKEN, « La maîtrise de son corps par la personne. Concept et applications », in *Les droits de la personnalité* (J.-L. RENCHON dir.), Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 23-118. Comp. not. F. TERRÉ et D. FENOUILLET, *Droit civil. Les personnes, la famille, les incapacités*, Paris, Dalloz, 7^e éd., 2005, pp. 59-76, n^{os} 56-72.

³² Idée qui renvoie nécessairement à une forme de transcendance, religieuse ou autre (voy. not., en ce sens, les travaux de X. DUON : *La réconciliation corporelle. Une éthique du droit médical*, P.U. Namur, 1998 ; *Droit naturel. Tome 1, Les questions du droit*, Paris, P.U.F., Thémis Droit privé, 1998 ; *La raison du corps*, Bruxelles, Bruylant, 2012). N'étant pas, loin s'en faut, partagée par tous, une telle analyse, pour parfaitement défendable qu'elle soit, ne devrait pas être prise pour ce qu'elle n'est pas, c'est-à-dire une évidence à laquelle le droit positif et l'éthique ne pourraient échapper.

³³ Ce dogme, soit dit en passant, mériterait d'être nuancé. Voy. sur ce point les avis du Comité consultatif de bioéthique n^o 43 du 10 décembre 2007 relatif à la problématique de la commercialisation de parties du corps humain, n^o 50 du 9 mai 2011 concernant certains aspects éthiques des modifications apportées par la loi du 25 février 2007 à la loi du 13 juin 1986 relative au prélèvement et à la transplantation d'organes et n^o 54 du 10 décembre 2012 relatif au consentement au prélèvement *post mortem* de matériel corporel humain destiné à des applications médicales humaines ou à des fins de recherche scientifique (disponibles à l'adresse <http://www.health.fgov.be/bioeth>).

nous interroger sur la pertinence actuelle de la notion d'ordre public elle-même, dans le domaine des interventions corporelles librement consenties ? Si le balisage *éthique* offre une indispensable mise en perspective prudentielle, l'imposition *juridique* de prohibitions radicales sur un sujet – la dimension corporelle de la personne – qui touche au plus intime, a quelque chose d'inévitablement dérangeant. Tout autre chose est l'éventuelle (voire probable) réprobation par certains, à l'aune de leurs conceptions morales personnelles, de telle utilisation du corps ou de telle manifestation de l'autonomie d'autrui ; inévitable et légitime sur un plan individuel, elle est insusceptible de fonder une règle de droit générale valant pour tous.

11. Le constat est le même quant à *l'état des personnes*. Ne peut-on pas changer de nom, de domicile, d'état civil par le mariage ou le divorce – celui-ci s'étant du reste dépassionnalisé et déjudiciarisé, accroissant la préservation de la vie privée des époux par un amoindrissement de l'acuité du « contrôle social » sur leurs motivations et leurs parcours de vie, depuis la loi du 27 avril 2007 ? Bien plus, ne peut-on pas désormais imposer à l'autorité civile un changement de sexe effectué pour de (douloureuses) raisons médicales, déjà avant la loi du 10 mai 2007 relative à la transsexualité, par l'effet d'une jurisprudence progressiste, mais incontestablement depuis lors³⁴ ? Il n'est à cet égard pas anodin de relever qu'en France, c'est par référence au fondement de l'interdiction opposée, jusqu'à la condamnation prononcée à Strasbourg, au transsexuel opéré de concrétiser administrativement et juridiquement son changement de sexe que l'on évoque le soi-disant « principe de l'indisponibilité de l'état des personnes »³⁵... lequel est dès lors singulièrement hors de propos dans notre pays. Enfin, sans doute la *filiation* est-elle davantage à l'abri des volontés individuelles, et l'ordre public au strict sens où il nous semble devoir être entendu a-t-il assurément une large place en la matière. Il reste que l'inscription d'un enfant dans un lignage, et la

³⁴ Sur le nom et le prénom, le sexe et le domicile comme éléments de l'état des personnes permettant leur identification, et sur la « mutabilité contrôlée » des deux premiers, voy. Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Bruxelles, Larcier, 2^e éd., 2010, pp. 79-109. Sur le transsexualisme et la loi du 10 mai 2007, voy. égal. G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, précité, pp. 532-541 ; S. CAP, « La loi du 10 mai 2007 relative à la transsexualité », *R.T.D.F.*, 2009, pp. 59-117.

³⁵ F. TERRÉ et D. FENOUILLET, *op. cit.*, pp. 134-138, n^{os} 127-130, qui précisent (p. 136, n^o 128) « qu'il n'y a pas d'immutabilité contrôlée – loin de là – de l'état de la personne. À tel point que certains oseront peut-être avancer l'idée de mutabilité contrôlée ».

confirmation par le droit du lien qui l'unit à ceux qui l'élèvent et en prennent soin, laissent une certaine place à l'autonomie et aux décisions personnelles : le mécanisme de la reconnaissance – qui peut être mensongère, et procède alors en quelque sorte d'un « contrat affectif » – et l'institution de l'adoption en témoignent.

Or, ainsi qu'on l'a rappelé, il n'existe aucune autre assise *juridique* à la prohibition des conventions de G.P.A. que les « principes » susmentionnés. Celle-ci repose donc sur du sable : elle ne peut se réclamer que d'une vision moralisante du droit, qu'il est permis de récuser. Si le corps humain est inviolable et hors du marché, extra-patrimonial – ce qui renvoie à l'exigence incontournable du consentement, dans sa double facette d'opposition (*noli me tangere*) et de disposition –, il n'est en rien indisponible : déjà effective à de très nombreux égards, la maîtrise corporelle trouverait dans la pratique bien encadrée de la G.P.A. une nouvelle concrétisation. Il ne s'agirait pas de l'« assimiler » à d'autres activités physiques (ou intellectuelles) où le corps et la liberté d'en user – le plus souvent contre rémunération – sont mis au premier plan, mais de comprendre qu'il se déduit du paysage scientifique, juridique, philosophique et éthique actuel qu'aucune règle de droit ou principe fondamental ne proclame l'indisponibilité du corps, et que la soi-disant indisponibilité de l'état n'est qu'un voile factice à l'emprise de la volonté sur le destin. Procédant du souci d'appréhender la réalité juridique et sociale d'une manière cohérente, avec exactitude et sans faux-fuyant, la licéité de principe de la G.P.A. s'en déduit d'elle-même. Quant à la filiation de l'enfant, assurément atypique, un encadrement législatif semble nécessaire, des mécanismes novateurs devant vraisemblablement être imaginés ; mais, de même, aucun dogme indérogeable ne paraît faire obstacle à pareil aménagement, du reste cantonné à des situations exceptionnelles.

12. Ladite prohibition est au demeurant très contingente et il serait judicieux de faire ici œuvre pragmatique, à l'instar des systèmes juridiques anglo-saxons qui n'interdisent pas en soi le contrat de G.P.A. mais le balisent là où il y a lieu de le faire, et en règlent le mieux possible les conséquences – signe, à nouveau, qu'aucun précepte « universel » ne s'y oppose *a priori*. Au Royaume-Uni, la légalité du contrat de G.P.A. est admise, pourvu que ce soit à titre gratuit ; c'est la vénalité, la mise dans le commerce, l'intermédiation financière qui sont (pénalement) prosrites. La G.P.A. y est relativement fréquente (on estime qu'au moins un bébé par semaine naît sur le territoire

selon ce schéma). Le contrat n'est pas susceptible d'exécution forcée, mais les conflits dus au revirement de l'un des acteurs semblent quasiment inexistantes. Les conséquences (en matière de filiation ou de résidence de l'enfant) se règlent, dans les rares cas où un litige survient, judiciairement, au moyen d'une vérification *in concreto* de certains critères stricts et précis, et de ce que commande l'intérêt de l'enfant – soit, prioritairement, sa stabilité géographique, affective et émotionnelle. Le débat éthique, bien entendu, existe, opposant déontologues (*dignity as constraint*) et tenants d'un utilitarisme réaliste plaçant l'autonomie au premier plan (*dignity as empowerment*) ; mais l'analyse, réaliste, ne brandit pas à l'emporte-pièce des « principes » juridiquement inexistantes qui s'opposeraient radicalement à l'utilisation librement consentie de son corps par une femme, au légitime bénéfice de parents d'intention qui sont dans l'incapacité de concevoir un enfant seuls³⁶.

13. La présentation de la convention de G.P.A. comme « port(ant) sur un enfant à venir, traité comme une marchandise, comme un objet à livrer après fabrication »³⁷ ou comme une « pratique illicite » qui « réalise la cession d'un enfant », de sorte qu'« un tel contrat ou engagement est nul par son objet »³⁸, nous paraît biaisée et inexacte. Sur ce point, on ne peut mieux faire que reproduire un extrait de la démonstration convaincante de Marcela Iacub³⁹ :

« Ce qui caractérise ce procédé controversé est que l'enfant qui en résulte est conçu dans le cadre d'un projet parental qui est étranger à la porteuse, pour lequel elle consent à apporter ses puissances gestatrices. Ce sont ceux qui s'engagent dans ces accords comme commanditaires qui décident de la création de l'enfant, ses "auteurs", les parents de l'enfant, et non la femme qui accouche. Dans ce sens, en

³⁶ Sur le droit anglais, voy. not. J. HERRING, *Medical Law and Ethics*, Oxford University Press, 3^e éd., 2010, pp. 375-379, et E. JACKSON, *Medical Law. Text, Cases, and Materials*, Oxford University Press, 2^e éd., 2010, pp. 828 et s., spéc. pp. 848-855 ; tous deux soulignent que l'essentiel des arguments *contra* sont de type spéculatif et aisément réfutables, dès lors qu'ils agitent des risques nullement confirmés et reviennent à l'idée – dont la pertinence juridique et éthique est pour le moins douteuse – que la remise par la gestatrice du bébé dont elle vient d'accoucher ne serait pas « naturelle » (les fécondations *in vitro* le seraient-elles davantage ?). Voy. aussi S.D. PATTINSON, *Medical Law and Ethics*, London, Sweet & Maxwell / Thomson Reuters, 2^e éd., 2009, pp. 297-307 ; J.K. MASON et G.T. LAURIE, *Law and Medical Ethics*, Oxford University Press, 8^e éd., 2011, pp. 283-295.

³⁷ F. TERRÉ et D. FENOUILLET, *op. cit.*, n° 930, p. 878.

³⁸ Avis du Comité consultatif national d'éthique français du 23 octobre 1984 sur les problèmes éthiques nés des techniques de reproduction artificielle.

³⁹ M. IACUB, v° « Maternité pour autrui », in *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale* (M. CANTO-SPERBER dir.), Paris, P.U.F., Quadrige, 2004, t. 2, pp. 1225-1226.

dépît de l'engagement corporel lourd qu'elle implique, la maternité pour autrui ne se différencie pas des autres techniques médicales de procréation telles que le don de sperme, d'ovule ou d'embryon. Néanmoins, les idées communes associées à la grossesse ne semblent pas faciliter ce processus d'abstraction des corps au profit des projets et donc des volontés dans la parentalité qui caractérisent les autres techniques médicales de procréation.

[...]

Au lieu de penser que certaines personnes peuvent faire des choses, surtout lorsqu'elles sont motivées pour de l'argent, que d'autres trouvent difficiles voire même impossibles, en raison des représentations différentes à propos de leur sens et de leur valeur, on en déduit que ces choses ne se font qu'au prix d'une violence contre soi. Le résultat de cette curieuse façon de raisonner est que l'on impose impérativement à tout le monde le sens et les valeurs dominants associés à certains.

[...] en réalité, l'obligation de la femme porteuse est une obligation de moyens et non pas de résultat, c'est-à-dire celle de mettre à disposition d'autrui ses compétences procréatives ou gestatrices, car l'enfant qui en résulte lui est d'emblée étranger. Elle n'a jamais eu à aucun moment de droit sur l'enfant : cet enfant est conçu dans l'optique d'être l'enfant du couple commanditaire. On ne vend pas un produit mais un travail de gestation [...].

[...]

Ces théories (conduisant à la prohibition radicale de la GPA et de ses effets adoptifs, telle que la conçoit la Cour de cassation de France) supposent que la maternité ne saurait être socialement utile que dans la mesure où elle se fonde sur la grossesse. Une maternité née de la seule volonté d'une femme ne saurait donner lieu qu'à des mères incertaines et dangereuses pour l'ordre social. Néanmoins, il n'est pas très difficile de constater que la grossesse n'est pas un critère qui sert à garantir la qualité de certains liens [...]. Mais surtout, un tel critère ne semble à même de favoriser ni l'égalité entre les personnes ni le développement des libertés corporelles. En effet, si l'on prend la grossesse comme seul fondement valable de la maternité biologique, ceci crée une inégalité non seulement entre les hommes et les femmes mais aussi et surtout entre les femmes fertiles et stériles. Dans un régime d'interdiction des maternités pour autrui, [...] seules auraient droit à procréer celles que les compétences corporelles habilitent. Curieuse façon de distribuer le droit de procréer, car elle suppose que les compétences corporelles et parentales sont liées les unes aux autres. Comme si les corps enfermaient une sagesse que l'on ne saurait ni imiter ni contredire. Par ailleurs, un tel fondement limite sérieusement les possibilités des

femmes fertiles de disposer de leurs puissances corporelles comme elles l'entendent, en l'occurrence au bénéfice d'autrui, produisant une entorse injustifiée à la liberté d'enfanter. »

14. Certains civilistes clairvoyants le confirment : c'est bien en vertu « d'une certaine représentation morale de la maternité, à laquelle la loi confère la force d'un impératif », que le législateur français, depuis la loi du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, déclare nulles les conventions portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui (article 16-7 du Code civil). Les facultés gestationnelles sont ainsi déclarées indisponibles, « en dérogation au principe de disponibilité du corps humain, qui prévaut pleinement aujourd'hui » : « une femme ne peut pas ériger en service le processus physiologique par lequel l'embryon fécondé devient un enfant né. Une conception dominée par le naturalisme considère que ce processus ne relève pas du pouvoir de la femme, parce qu'il ne ressortit pas à son vouloir »⁴⁰. En d'autres termes, « la loi marque ainsi le refus de la société opposé à l'utilisation du corps comme outil de procréation, même dans l'intérêt prétendu d'autrui »⁴¹.

Le corps féminin étant le nécessaire « laboratoire » de la gestation, on peine à discerner *au nom de quoi précisément* la société, par le truchement du droit, se permettrait de tenir en échec un schéma auquel bien entendu nul couple et nulle femme ne sont tenus d'adhérer, traduit par une convention librement consentie qui ne lèse personne, et certainement pas le corps social lui-même et les valeurs dont il est supposé être le garant. La prohibition française – qui couvre tant la G.P.A. *sensu stricto* (mère porteuse gestatrice mais non génitrice) que la procréation pour autrui ou « maternité de substitution » – est pourtant conçue en termes forts, d'ordre public, en vue de « protéger les intéressés mais aussi la société dans son ensemble »⁴². Mais, à nouveau, ne verse-t-on pas dans le paradoxe en perdant de vue que c'est, à tous égards, la femme qui maîtrise le processus d'engendrement, dès lors qu'elle peut choisir de ne pas l'initier (stérilisation, le cas échéant définitive) ou de ne pas le mener à son terme en procédant à une interruption

⁴⁰ F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Manuel de droit des personnes*, Paris, P.U.F., Droit fondamental, 2006, pp. 278-279, n° 315.

⁴¹ F. TERRÉ et D. FENOUILLET, *op. cit.*, p. 879, n° 931 ; F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, obs. sous Cass. fr. ass. plén., 31 mai 1991, in *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, Paris, Dalloz, 11^e éd., 2000, t. I, p. 271, n° 12.

⁴² *Ibidem*.

de grossesse, décisions qui n'appartiennent qu'à elle⁴³, le partenaire dût-il en faire les frais ? Oublie-t-on que, dans notre pays, une femme seule peut choisir de devenir mère, expressément depuis la loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée, mais déjà implicitement auparavant ? Veut-on fermer pudiquement les yeux sur les G.P.A. « artisanales » et non médicalisées, qui existent depuis la nuit des temps⁴⁴, et favoriser le tourisme procréatif et les incertitudes et dérives potentielles qu'il peut induire ?

V. – PERSPECTIVES DE LEGE FERENDA

15. Le moralisme dépeint ci-dessus se doit d'être questionné, et il est assurément heureux que notre législateur n'ait jamais entendu s'engager dans cette voie, que du contraire. Les voix autorisées qui s'élèvent pour déplorer la situation légale et jurisprudentielle française peinent pourtant à être entendues⁴⁵, même lorsqu'elles mettent en avant, en vue de solliciter une autorisation encadrée de la pratique, l'intérêt supérieur de l'enfant une fois né, par hypothèse à l'étranger⁴⁶. La voie ainsi dessinée ne consiste pas, comme on le lit parfois, à défendre la G.P.A. « au nom du droit naturel qu'aurait chaque couple en âge de procréer de fonder une famille », mais d'y voir une réponse *médicale* à la détresse d'individus dont l'infertilité ne peut être surmontée par les techniques classiques d'assistance à la procréation⁴⁷. Il s'agirait d'accompagner un « don gestationnel »

⁴³ Cass., 14 décembre 2001, *Pas.*, 2001, p. 2129, concl. J. DU JARDIN, *J.L.M.B.*, 2002, p. 532 note Y.-H. LELEU et G. GENICOT, *J.T.*, 2002, p. 261, note C. TROUET, *R.G.A.R.*, 2002, n° 13.494, *R.G.D.C.*, 2002, p. 328, concl. J. DU JARDIN, note C. TROUET, *Rev. dr. santé*, 2001-2002, p. 239, note J.-L. FAGNART.

⁴⁴ Voy. F. TERRÉ, *L'enfant de l'esclave. Génétique et droit*, Paris, Flammarion, 1987, pp. 177-195.

⁴⁵ On songe en particulier aux travaux pénétrants de Laurence BRUNET, déjà cités : « De l'art d'accommoder la gestation pour autrui au droit français », *R.G.D.M.*, 2008, n° 27, p. 155 ; « Un arrêt en trompe-l'œil sur la gestation pour autrui : retour du droit ou recul de la raison juridique ? », note sous Cass. fr. 1^{re} civ., 17 décembre 2008, *D.*, 2009, p. 340 ; « La gestation pour autrui ou les vertus heuristiques de l'épreuve des limites », *Revue politique et parlementaire*, 2009, n° 1050, p. 76 ; « La gestation pour autrui : entre le marteau (de la loi) et l'enclume (des pratiques) », *Revue Lamy Droit civil*, 2010, n° 76, p. 75.

⁴⁶ Voy. en dernier lieu D. BERTHAU et L. BRUNET, « L'ordre public au préjudice de l'enfant », *D.*, 2011, p. 1522. Voy. égal. G. KESSLER, « La consolidation de situations illicites dans l'intérêt de l'enfant », *Dr. fam.*, 2006, étude n° 16.

⁴⁷ Voy. la position du Conseil national de l'Ordre des médecins français du 4 février 2010, accessible à l'adresse <http://www.conseil-national.medecin.fr/article/la-gestation-pour-autrui-position-du-cnom-950> (accès le 7 juillet 2013) ; D. THOUVENIN (« De la difficulté à objectiver la subjectivité », *Les Cahiers du C.C.N.E.*, 2010, n° 63-64, pp. 45-49) met également en évidence l'accompagnement médicalisé du processus.

effectué au nom d'un principe de solidarité qui prévaut depuis longtemps pour les indications d'assistance médicale à la procréation, en prévoyant une procédure rigoureuse permettant de s'assurer que la mère porteuse n'est mue que par des motifs altruistes⁴⁸. Une analyse renouvelée, sereine et moderne, des enjeux de cette pratique, promouvant l'autonomie des personnes et la neutralité morale du droit, en découlerait.

L'interrogation, d'ordre essentiellement *symbolique*, vient préciser de la *gestation* de l'enfant par une autre femme que sa mère (d'intention) : s'agissant de la conception comme telle, nous sommes aujourd'hui habitués à une dissociation de la provenance du matériel génétique et de l'attribution de la parenté – qu'il s'agisse d'une procréation assistée avec don de gamètes, mais aussi de la reconnaissance par un autre homme que le père biologique, et de l'adoption. Le défi est alors de mieux préciser le rôle et la fonction de la gestation sur le plan juridique, sans l'escamoter mais sans davantage en exacerber à outrance l'importance et la signification : « la donnée biologique [...] n'a jamais été de taille à épuiser la symbolique des rapports de filiation qui sont toujours l'objet d'une reconstruction personnelle de l'individu par l'individu, en serait-il inconscient », de sorte qu'« on doit admettre que le lien biologique, évacué en cas d'insémination avec donneur de gamètes, peut aussi reculer en cas de maternité pour autrui »⁴⁹.

16. Un point important doit encore être abordé. Peut-on envisager que le contrat de G.P.A. soit assorti d'une possibilité *d'exécution forcée*, en nature (remise de l'enfant à la naissance) ou par équivalent (allocation de dommages et intérêts) ? Cette question est à n'en pas douter délicate, mais on peut douter qu'une réponse négative soit aussi flagrante et indiscutable qu'on veut bien le dire. De prime abord, dans notre droit⁵⁰, l'inexécution d'un contrat suppose la constatation d'une faute, ce qui paraît difficilement concevable dans notre contexte si l'on s'en tient à une faculté discrétionnaire et absolue, pour la gestatrice, de remettre ou non l'enfant aux

⁴⁸ H. GAUMONT-PRAT, *Bioéthique et droit. L'assistance médicale à la procréation*, Bordeaux, Les Études Hospitalières, Essentiel, 2011, pp. 167-168 ; cet auteur reste toutefois partisan de l'interdiction (pp. 168-174).

⁴⁹ F. TERRÉ, *L'enfant de l'esclave. Génétique et droit*, précité, pp. 182 et 184.

⁵⁰ En droit anglais, l'éventualité de *damages for breach of contract* est envisagée, de même que, par certains auteurs, l'exécution forcée (voy. E. JACKSON, *Medical Law. Text, Cases, and Materials*, Oxford University Press, 2^e éd., 2010, pp. 851-854, et la réf. citée à M. SHULTZ).

parents d'intention. Mais cette faculté ne pourrait-elle être interrogée ? Partant de l'idée que la responsabilité, qui comprend l'obligation d'assumer les conséquences de choix librement consentis, est le corollaire indispensable de la liberté qui serait ici mise en avant, la possibilité qu'aurait la mère porteuse de revenir sur sa décision, prise en amont, de porter l'enfant pour le compte des parents d'intention, dans un cadre médicalisé, suscite un certain malaise. Il n'est pas impossible de concevoir que l'exécution de pareille convention, en soi licite selon nous, puisse être garantie, à l'instar de tout contrat – dans les cas, par hypothèse extrêmement rares, de conflit.

Cela n'impliquerait pas que l'enfant lui-même soit alors traité comme une « marchandise », un objet de droit : non seulement avons-nous vu que tel n'est pas exactement le cas dans le schéma décrit, mais au surplus combien d'enfants, chaque jour, sont-ils contraints de respecter, et parfois de subir, des décisions parentales ou judiciaires qui peuvent aller jusqu'à la substitution d'une filiation à une autre ou un changement complet de cadre de vie ? Le droit ferme pudiquement les yeux sur les drames qui accompagnent l'exercice « forcé » d'un droit aux relations personnelles non désiré par le principal intéressé, ou plus encore l'arrachage d'un enfant de la famille d'accueil qui l'a élevé jusque là, en vue de le « restituer » à sa mère biologique une fois que celle-ci semble présenter les « aptitudes requises ». Il s'accommode du douloureux déracinement qui peut s'ensuivre dans le chef d'un enfant d'une dizaine d'années. Est-il réellement plus choquant de faire en sorte que, dès sa naissance et donc en dehors de tout vécu – nous ne nions pas l'existence d'un vécu intra-utérin, d'ordre émotionnel, mais doit-il être magnifié au point d'interférer dans les projets parentaux et les trajectoires familiales ? –, l'enfant soit élevé par ceux qui ont souhaité sa venue au monde, mais qui ont nécessairement dû recourir à une tierce personne à cette fin ?

Ne nous voilons pas la face : la maîtrise corporelle et relationnelle de la gestatrice, qui l'habilite à consentir à porter l'enfant d'autrui, n'implique-t-elle pas qu'elle assume les conséquences de l'usage qu'elle en fait, et donc qu'elle doive remettre au couple « commanditaire » ce bébé qu'elle s'est engagée à faire naître *dans leur foyer* et non dans le sien propre ? L'autoriser à revenir sur un choix librement consenti, dûment éclairé et mûrement réfléchi ne rend-il pas illusoire l'espace salubre octroyé à cette liberté qui, purement potestative, resterait lettre morte ? À cet égard, la question du *dévoilement* à

l'enfant, ou à l'adolescent, des circonstances singulières de sa venue au monde est tout autre. Elle se pose dans toute hypothèse où la filiation socio-juridique ne coïncide pas avec la réalité biologique, et notamment dans le cadre de toute procréation assistée avec recours à un tiers donneur. À nos yeux, fût-elle entourée d'indispensables précautions d'ordre psychologique et social – et non juridique –, la franchise devrait toujours prévaloir⁵¹.

17. La G.P.A. n'est, bien sûr, pas exempte de risques. Sans doute, dans un cadre contractuel balisé par la loi, peut-on supposer que le spectre de la marchandisation du corps et de l'exploitation de femmes pauvres par des couples aisés pourra être efficacement tenu à distance. Il reste qu'une certaine forme de pression morale et affective exercée sur la mère porteuse, un désagréable sentiment d'intrusion excessive des parents d'intention dans son intimité, ou une relative déstabilisation psychique de l'enfant – voire de la mère porteuse – ne sont pas à exclure. Peut-on cependant affirmer que ces risques sont à ce point certains, aigus, systématiques et intrinsèquement liés à la G.P.A. – n'existent-ils pas sous une forme similaire, quoiqu'atténuée, dans d'autres schémas de procréation assistée ? – qu'ils devraient tenir en échec le désir mûrement réfléchi d'individus supposés raisonnables et qui, si la pratique était réglementée, seraient soigneusement conseillés, encadrés et suivis ?

Au contraire, il apparaît que c'est systématiquement sous la forme d'un questionnement, de conjectures hypothétiques, que les incertitudes sont brandies⁵². Tenir pour acquis ce que nul n'a jamais vérifié témoigne, outre d'un raisonnement déficient, de l'engagement dans un combat d'arrière-garde, entendant nier à tout prix l'autonomie des individus. À notre connaissance, les adversaires et détracteurs de la G.P.A. ne renvoient à aucune étude sérieuse qui illustrerait ses supposés échecs psychologiques, relationnels ou éducationnels, et à aucun contentieux en ce sens ; et les objections, qui existent,

⁵¹ Sur la valeur de la vérité et du secret dans les rapports de filiation, voy. les avis du Comité consultatif de bioéthique n^{os} 37 et 38 du 13 novembre 2006 relatifs, d'une part, à l'usage des tests A.D.N. en matière de détermination de la filiation (et les « Considérations juridiques concernant la filiation » qui en constituent l'annexe) et, d'autre part, aux tests génétiques en vue d'établir la filiation après le décès (disponibles à l'adresse <http://www.health.fgov.be/bioeth>).

⁵² Voy. P. Le Coz, v^o « Maternité de substitution : approche éthique », in *Dictionnaire de droit de la santé et de la biomédecine* (P. PÉDROT dir.), Ellipses, 2006, pp. 299-300 ; F. TERRE et Y. LEQUETTE, obs. sous Cass. fr. ass. plén., 31 mai 1991, in *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Paris, Dalloz, 11^e éd., 2000, t. I, p. 268, n^o 5.

« militent pour un strict contrôle des maternités de substitution plutôt que pour un refus pur et simple de celles-ci »⁵³.

VI. – CONCLUSION

18. La création, prudente et balisée à la marge, d'un espace de liberté témoignant du respect (politique, juridique et social) dû aux aspirations intimes mues par des mobiles universels (le besoin d'engendrement assorti d'un lien génétique), nous semble incomparablement préférable à une réprobation sclérosante, inspirée d'une vision moralisante de la régulation juridique des rapports sociaux et familiaux, et qui ne repose sur aucun fondement convaincant. La dignité de la personne humaine s'en trouverait mieux préservée et dynamisée.

Si la stérilité de la mère atteint sa seule fonction « génitrice », aucun problème ne se pose : l'insémination *in vitro* de l'ovocyte d'une donneuse avec le sperme du père et le transfert de l'embryon ainsi obtenu dans l'utérus de la mère, qui sera gestatrice à défaut d'être génitrice, sont possibles. Les hypothèses inverses de transfert dans l'utérus d'une autre femme de l'embryon issu, soit de la rencontre des gamètes du couple parental – la mère étant alors génitrice mais non gestatrice –, soit de l'insémination de la mère porteuse ou d'une donneuse d'ovocyte avec le sperme du père – la mère n'étant alors ni génitrice ni gestatrice –, hypothèses dans lesquelles la mère porteuse s'engage à remettre à sa naissance l'enfant au couple stérile, ne sont en revanche pas réglementées. En droit belge, et spécialement au regard de la loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée, ces cas de figure ne sont pas proscrits, au rebours du droit français ; mais, en la matière, la simple tolérance pudique et discrète n'est guère satisfaisante, à défaut de balises orientant les comportements et jugulant les risques de dérives. Il reste à se demander – très brièvement, dès lors que tel n'était pas l'objet de la présente contribution –, en guise de conclusion, en quoi ces balises pourraient consister.

19. Sur le plan des *conditions d'accès*, la G.P.A. devrait prioritairement consister en une démarche *médicale* assimilée à une procréation assistée, ce qui suppose une indication médicale

⁵³ F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, *loc. cit.*

d'infertilité, diagnostiquée en amont⁵⁴. Les finalités « sociales » ou « de convenance personnelle » (d'une femme pourtant fertile) devraient être proscrites. Au surplus, nous ne voyons pas au nom de quoi on interdirait aux couples gays d'y recourir, moyennant une appréciation en amont de la solidité de leur projet d'enfant et de leur aptitude à accueillir celui-ci. En effet, dès lors que les couples lesbiens ont la faculté de procréer par insémination artificielle avec donneur (ou fécondation *in vitro*), dans le cadre dessiné par la loi du 6 juillet 2007, la G.P.A. devrait en toute logique permettre aux couples gays de devenir parents : ceci contribuerait à éradiquer de manière heureuse une curieuse discrimination en fonction de l'orientation sexuelle et des choix de vie, que le législateur belge s'emploie depuis longtemps à récuser. Doit-on être plus réservés à l'endroit des hommes célibataires, là où, par les mêmes mécanismes et en vertu du même texte, les femmes seules peuvent devenir mères ?

Il paraît raisonnable, du moins dans un premier temps, de limiter l'ouverture légale à l'hypothèse où la mère porteuse n'est pas la mère génétique de l'enfant (gestatrice et non génitrice ; G.P.A. *sensu stricto*, par opposition à la procréation pour autrui ou « maternité de substitution »). Cette précaution limiterait sans doute le risque de revirement dans son chef, et paraît plus favorable au positionnement futur de l'enfant qui, le plus souvent sans doute, sera amené à fréquenter cette femme – souvent sa tante, une amie de ses parents, sa marraine peut-être ? – et qui doit en toute hypothèse avoir la possibilité de la connaître, pour d'éventuelles raisons médicales (épigénétique). Toutefois, ce souci que les ovocytes ne proviennent pas de la mère porteuse pourra conduire, si la stérilité de la mère d'intention affecte également sa fonction génitrice, à la fécondation *in vitro* du sperme du père et de l'ovocyte d'une tierce donneuse, et donc à une double dissociation du lien maternel qui n'est pas forcément souhaitable ni aisée à admettre. Si la stérilité ne touche que la fonction gestatrice, les gamètes proviendront par hypothèse des deux membres du couple s'il est hétérosexuel, et il sera également fait appel à une donneuse d'ovocyte dans le cas d'un couple homosexuel. En corollaire, on exigera que le matériel génétique provienne au moins

⁵⁴ On observe toutefois avec justesse que la G.P.A. n'est pas une « pure » technique d'assistance médicale à la procréation, dès lors qu'elle débouche immédiatement sur une relation personnelle entre le couple et la mère porteuse, relation qui n'est pas médicalisée (D. THOUVENIN, « De la difficulté à objectiver la subjectivité », *Les Cahiers du C.C.N.E.*, 2010, n^{os} 63-64, pp. 47-48).

de l'un des membres du couple demandeur. Il faudrait aussi prévoir que la mère porteuse ait déjà un ou plusieurs enfants, sauf circonstances particulières à apprécier lors du *counseling* préalable dont question ci-dessous.

20. Tout risque de profit dans le chef de la mère porteuse devrait naturellement être écarté, ce qui n'empêche pas son indemnisation raisonnable (forfaitaire ?), outre la prise en charge de ses frais (par la sécurité sociale et/ou les parents d'intention) ; le reste (marques de reconnaissance, « présents d'usage ») ne concerne pas le droit. Le schéma serait par définition de type *contractuel*, en privilégiant dans toute la mesure du possible les situations où la candidate mère porteuse et les parents d'intention se connaissent étroitement – ce qui correspond à la pratique effective actuelle⁵⁵ – et se présentent donc ensemble. Ce contrat, dont l'objet serait la *gestation* – la remise de l'enfant n'en étant que la conséquence, l'aboutissement –, devrait comporter diverses clauses impératives fixées par la loi, son contenu étant pour le surplus librement consenti. Il serait abusif de prétendre transformer, en clauses impératives rendues obligatoires par le législateur, tout ce qui relève des libertés individuelles, privées : ainsi, le contrat *pourrait* prévoir que la mère porteuse s'engage à respecter certaines contraintes comportementales (suivre le régime approprié, s'abstenir de fumer, de boire, *etc.*), voire s'interdit de recourir à une interruption volontaire de grossesse⁵⁶, mais ceci ne saurait, sous peine d'une surprenante atteinte à la liberté individuelle, être *légalement* obligatoire. Les contraintes en question, inhérentes à toute grossesse, seraient alors *librement consenties* et il va de soi que l'on peut, sans y être contraint, s'interdire par contrat tout comportement généralement quelconque.

⁵⁵ Il a été indiqué, lors du colloque dont le présent ouvrage reprend les actes, que, dans la grande majorité des cas, la mère porteuse est la sœur ou une amie proche de la mère d'intention (manifestation de solidarité féminine face à l'infertilité ?). Il ne pourrait bien sûr pas s'agir de la sœur du père, si celui-ci est bien le géniteur. Le recours à la grand-mère maternelle doit être évité « parce que le chevauchement des relations verticales perturberait trop profondément l'ordre généalogique, la succession des générations et le schéma triangulaire de parenté qui caractérise nos sociétés » (F. TERRÉ, *L'enfant de l'esclave. Génétique et droit*, précité, p. 185).

⁵⁶ Il en va naturellement autrement d'une interruption de grossesse dite « thérapeutique » (article 350, alinéa 2, 4°, du Code pénal) : si la poursuite de la grossesse met en péril grave la santé de la mère porteuse, il s'agit d'une appréciation purement médicale, dans laquelle les parents d'intention n'ont pas à interférer ; à l'inverse, s'il est certain que l'enfant à naître sera atteint d'une affection d'une particulière gravité et reconnue comme incurable au moment du diagnostic, c'est à eux seuls que la décision d'avorter devrait appartenir (hypothèse assurément tout à fait dérogeant aux principes applicables mais, fort heureusement, par définition destinée à rester on ne peut plus exceptionnelle, si pas purement théorique).

Last but not least, la convention serait conclue après un contrôle *a priori*, valant *counseling* approfondi, de préférence effectué par une commission pluridisciplinaire instituée au niveau national⁵⁷. La solidité du projet, la relation entre les parents et la mère porteuse, la stabilité affective de celle-ci, l'implication éventuelle de son partenaire, et l'intégration par chacun de la dynamique à l'œuvre, sous tous ses aspects et notamment sur le plan des incertitudes et des risques potentiels, seraient ainsi éprouvées et vérifiées. À l'instar de toute relation médicale, le schéma contractuel proposé suppose en effet une information particulièrement soigneuse et complète, assortie bien sûr d'une période de réflexion et d'une faculté de révocation *ad nutum* de l'engagement aussi longtemps que la grossesse n'est pas effectivement en cours : admettre le renvoi de certaines options éthiques à l'autonomie individuelle des protagonistes suppose que ceux-ci soient pleinement éclairés quant aux enjeux du choix qu'ils ont à poser, de la décision qu'ils ont à prendre⁵⁸. Un suivi *a posteriori*, non intrusif, qui permettra d'examiner si la G.P.A. a ou non une incidence sur le développement harmonieux de l'enfant, est également souhaitable.

Notre ambition était de contribuer à montrer que les fondements de la soi-disant « nullité » des conventions de G.P.A. sont très fragiles, et pour tout dire inexistantes. Par ailleurs, les risques éventuels que celles-ci comporteraient ne sont objectivés par aucune étude ni *case law*. Il s'en conclut, à notre sens, que la licéité de principe de ces conventions se recommande du droit au respect de la vie privée et familiale des parents d'intention, et de la maîtrise corporelle de la mère porteuse ; au-delà, tout paraît pouvoir être discuté.

⁵⁷ Il serait à cet égard regrettable d'évoquer automatiquement un « filtre » judiciaire : outre que les magistrats ne sont pas adéquatement formés sur ce plan, cela revient à négliger les compétences professionnelles aiguës, pluridisciplinaires, qui peuvent être sollicitées dans le champ de l'éthique.

⁵⁸ Sur l'information et le consentement en droit (bio)médical, voy. G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 125-185.