

**Quelle réglementation de la gestation pour autrui ?
Regards socio-juridiques et éthiques**

Examen du vendredi 1^{er} juin 2018

Cet examen comporte un énoncé d'une page.

L'examen dure deux heures.

Le présent document doit être restitué.

Merci de rédiger votre texte sur les feuillets d'examen officiels, d'inscrire votre nom sur chaque feuillet, et d'écrire de manière lisible.

Enoncé

Veuillez analyser et commenter les deux extraits de textes, en faisant référence également à au moins deux autres textes du polycopié.

Extrait no 1

Commission nationale d'éthique pour la médecine humaine, La procréation médicalement assistée. Considérations éthiques et propositions pour l'avenir, Prise de position No 22/2013, Berne 2013, p. 43-50 (p. 31 s. du polycopié)

« Une interdiction de commercialisation de la maternité de substitution pourrait favoriser une maternité de substitution sur une base altruiste (ou pousser vers un marché noir de la maternité de substitution). La mère porteuse ne serait pas payée pour son acte, mais uniquement dédommée pour une éventuelle perte de gain, selon un montant forfaitaire qui pourrait varier d'un pays à un autre. Par contre, en cas de commercialisation, il faudrait définir des standards internationaux pour garantir une « maternité de substitution équitable » (fair trade surrogacy) ou une « exploitation mutuellement avantageuse » (mutually advantageous exploitation). »

Extrait no 2

Véronique Boillet, Estelle de Luze, Mère porteuse, parents d'intention, homoparentalité... Et l'enfant ? Analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 5A_748/2014 du 21 mai 2015, in : Jusletter 5 octobre 2015, N 92 (p. 77 du polycopié)

« A l'ère de la procréation médicalement assistée, de la globalisation, des voyages toujours plus faciles à réaliser, d'internet et des facilitations que cela représente, c'est notre conception de la paternité et de la maternité qui doit évoluer ; les liens génétiques ne sont plus les seuls à légitimer la parentalité, les liens sociaux et affectifs doivent également être pris en considération. »

1

Extrait n° 1

La commission nationale d'éthique chargée de se prononcer sur la question de la maternité de substitution tente de répondre à de nombreuses interrogations relatives à ce sujet. Dans l'extrait présenté elle oppose les deux possibilités d'une telle maternité à savoir une maternité de substitution altruiste et une commerciale tout en soulignant les risques y relatifs.

Dans le cadre d'une maternité de substitution sur une base altruiste, il ne s'agit plus d'envisager la mère porteuse comme "bénevole - la mère porteuse ne tirant aucun avantage financier" (Nashia Segalen p 10). Il s'agirait selon cette vision d'éviter une marchandisation des corps de la femme. Cela rejoindrait ce que certains appellent la GPA éthique, puisque "tout repose sur le désir de celle qui souhaite porter l'enfant" (N. Segalen p 10). Selon ce principe on rendrait sa dignité à la femme elle ne serait plus un objet de spéculation et cela n'entraînerait pas de dérives. Se pose toutefois la problématique des frais médicaux à prendre en charge, en effet en fonction des pays ceux-ci ne seraient pas les mêmes - si l'on compare déjà les coûts entre la Grèce, l'Inde et le Royaume-Uni, les prix varient dans le suivi médical ce qui pourrait pousser les parents vers d'autres pays moins chers. Par ailleurs comme le souligne Richelle Cottier (p 85), il y aurait aussi une distinction inégale des arrangements autour du montant forfaitaire du dédommagement. A nouveau les parents d'intention

pourrait aller vers des pays moins contraignants et surtout moins chers pour mettre leur projet d'enfant. Cette maternité altruiste, développée dans certains États des États-Unis (trouve un écho favorable auprès de certaines personnes comme Jennifer Merchant. Défendant par exemple que ce serait la mère porteuse qui se porterait volontaire - sous-entendant cependant qu'elle devrait avoir un niveau de vie convenable Elizabeth Badinter défend aussi cet altruisme. Cependant comme la commission nationale le dit "cela pourrait favoriser un marché noir de la maternité de substitution", on pourrait rajouter que cela pousserait la demande vers d'autres pays surtout. En effet, si l'on prend l'exemple du Royaume-Uni, qui a légiféré pour une GPA altruiste on n'aperçoit que ce système ne fonctionne pas puisque au vu des conditions posées aux parents d'intention et à la mère porteuse - les parents d'intention ne tournent vers d'autres pays car peu de mères porteuses sont volontaires dans ce cas là. A vouloir protéger les femmes d'un pays d'une exploitation, il est proposé ce mode altruiste/bénévole mais ce n'est que déplacer un problème vers un autre pays ayant d'autres pratiques.

Dès lors on peut en venir à une commercialisation de la maternité de substitution mais comme le préconise la CNE "avec des standards internationaux pour garantir "une équité ou une exploitation avantageuse". Cette commercialisation rappelle ce qui a été pratiqué longtemps en Inde. Pays de paradoxe où les femmes devaient être stérilisées pour ralentir la croissance démographique mais où certaines portaient des enfants d'étrangers dans le but de gagner de l'argent et assurer la subsistance de leur famille. Comme

Le dit Amrita Pande dans son article "its rather contradictory reproductive history" (p 37). Les femmes indiennes ont trouvé des avantages financiers de cette situation mais "le prix" qu'elles payaient n'en était pas moins élevé. En effet, se considérant en lien étroit avec cet enfant porté, elles devaient être arrachées - elles se sont vues imposer des choix entre leur valeur - avoir d'un enfant quand elles portaient des jumeaux ... De cette désire, l'Inde en a tiré des lois imposant un encadrement plus strict. Cet exemple indien illustre cette volonté de faire de la GPA un fair trade où chacun serait gagnant tant du côté des parents d'intention que de la mère porteuse. Ce serait répondre avec des accords internationaux, aux devoirs qui ont les pays consommateurs tel qu'on parle Sharon Baran. L'idée serait de mieux encadrer les droits de la mère, ce que la CNE elle-même relève la mère porteuse devant être bien éclairée quant aux enjeux en particulier médicaux elle devrait être également encadrée dans le suivi du lien avec l'enfant. En effet ce lien est souvent coulé par les parents d'intention, or comme le rappelle l'étude de Jadwa Imre et Colombos - ceci est important pour le développement des mères porteuses, qui ayant gardé de liens se portent généralement très bien. Cet GPA éthique ferait aussi les pays "consommateurs" n'ayant pas de législation ou banissant la GPA à assumer leurs devoirs. Ainsi serait évité des situations de parents d'intention dont le lien de filiation ne se voit pas reconnu au moment de déclarer leur enfant chez eux - (cf. Affaire Reinson). Enfin en ayant des droits respectés et surtout protégés les mères porteuses seraient moins exposées. Pour N. Segalen cependant il s'agirait "d'institution."

naliser la marchandisation du corps de la femme " .

Dans la mesure où une standardisation internationale serait mise en place, la mère porteuse serait mieux protégée . Cependant, si l'on regarde l'analyse de la CEDH concernant la légalité de la gestation pour autrui à travers l'Europe, elle n'apportait qu'il n'y a pas de consensus . Dès lors comment envisager des standards internationaux pour un sujet soulevant tant d'interrogations d'ordre éthique sans froisser les valeurs de certains pays qui rejettent encore la GPA .

Extrait n° 2

Cet extrait fait référence ~~au~~ à l'arrêt du Tribunal fédéral relatif à la parentalité d'un couple homosexuel . Parentalité biologique reconnue par l'un des requérants mais refusée par son partenaire enregistré .

Dans cet arrêt le Tribunal fédéral a appliqué la loi à la lettre . En effet, il . . . a reconnu un lien de filiation au père génétique de l'enfant et refusant le jugement californien présenté n'a pas mis en compte le deuxième père . L'argumentation du tribunal n'en vient pour beaucoup à des valeurs anciennes selon les auteurs V. Boulet et E. de Luge . Puisque tout d'abord il y a une condamnation formelle de la GPA et l'invoque de la fraude à la loi commise par les parents d'intention . . . Car le Tribunal estime que cette reconnaissance serait " un encouragement du tourisme médical " (p 60) . Pour le Tribunal la reconnaissance des liens de filiation pour un père suffit à protéger l'enfant de l'apatridie - d'absence de soins . . . La question concernant le deuxième père d'intention est réglée par le TF



2

en rappelant qu'il devient pour l'enfant le beau-père. A ce titre il n'aurait cependant pas les mêmes droits que le père biologique - en cas de séparation ou de décès de celui-ci. A la fois le tribunal admet dans ce cas un lien de filiation paternel sans que soit établi la filiation maternelle. Il s'agit là d'une adaptation à la PPA cependant le tribunal ne poursuit pas son appréciation plus avant. Il relie que le lien biologique, comme le droit de connaître ses origines est à la base du noyau familial.

Les auteurs reprochent dans l'extrait au tribunal de ne reconnaître que d'autres liens peuvent se faire changeant ainsi le concept de la parentalité. Ceci entraînant selon les auteurs une discrimination à l'égard de parents d'intention homosexuels. A l'heure où le concept de la famille est en plein changement, la famille traditionnelle ne peut plus demeurer un standard. En effet cette non-reconnaissance de parentalité entraîne les enfants dans des situations critiques, se voyant refuser certains droits dans leur pays de résidence. Les pays adoptent de nouvelles législations à l'égard des partenaires du même sexe - autorisant ainsi leur union, dont on peut imaginer qu'ils voudraient fonder une famille. Dès lors il conviendrait d'imaginer que les liens de filiation doivent aussi évoluer et ne plus se baser sur la génétique uniquement. C'est ce que défendent les auteurs à tout le moins pour éviter une discrimination entre couples homosexuels et hétérosexuels. Il s'agit d'aller au-delà

de la "normalité de l'adoption". La CNE (p33) ne voit pas cela comme immuable et admet que les couples de même sexe ont leur place dans la parentalité. car il s'agit pour eux de finalités constitutives de l'institution de la famille à savoir subvenir aux besoins de l'enfant dans son respect. Partant, on voit aussi que des Etats, comme la Californie, ont adopté également cette vision. Le lien génétique n'est plus la seule façon de penser la parentalité.

Se pose tout de même la question si l'on admet cette vision des droits de connaître ses origines dont l'enfant pourrait souffrir. Il s'agit bien pour cela que puisse être enregistré le nom de la mère porteuse ou mère donneuse pour que l'enfant puisse savoir d'où il vient. Ce qui peut être paradoxal car d'un côté le TF est encouragé à évoluer à voir la famille basée sur d'autres liens que liens génétiques mais l'enfant lui demanderait de connaître ses origines. Cela montre que finalement le lien génétique demeure le fondement de la famille. En fait en voulant ouvrir le concept de la famille au-delà de ce que l'homme a toujours connu on met l'enfant en porte à faux. Sans compter, comme le dit D. Segalen de la mère porteuse, qui se retrouve instrumentalisée et déniée dans son rôle de mère etant effacée au profit de deux pères. Des lois, des droits peuvent être donnés en supplément aux beaux-parents afin de officialiser dans leur rôle cependant faire à cette extension du lien familial hors du "mater semper certa est" il ne faut pas oublier les droits de volen à l'enfant ni à la mère porteuse - qui eux aussi ont leur identité à bâtir.