

# QUELQUES ASPECTS DE LA LUTTE CONTRE LES DISCRIMINATIONS AU REGARD DES TECHNIQUES DE PROCRÉATION MÉDICALEMENT ASSISTÉE

*World Bioethics Day*

19 octobre 2019



Gilles Genicot

Avocat, Maître de conférences ULiège

# De la liberté à l'égalité

---

"Ce qui est rendu accessible aux uns ne doit pas être refusé aux autres"

"La PMA pour tous, ce n'est pas une question d'éthique, c'est une question d'égalité sociale" (revendication LGBT)

→ France : couples lesbiens

→ Belgique : gestation pour autrui (consécration ? encadrement ?)

*"Je pense que les peuples démocratiques ont un goût naturel pour la liberté : livrés à eux-mêmes, ils la cherchent, ils l'aiment, et ils ne voient qu'avec douleur qu'on les en écarte.*

*Mais ils ont pour l'égalité une passion ardente, insatiable, éternelle, invincible : ils veulent l'égalité dans la liberté, et, s'ils ne peuvent l'obtenir, ils la veulent encore dans l'esclavage"*

(Tocqueville)

# Evolution, redéfinition, distinction

---

## ➤ Soigner des pathologies → accompagner des besoins légitimes

..."indication sociale" ou "sociétale" ? Quid des revendications des couples LGBT ? Quid de la décision d'avoir un enfant à 40 ans, en devant pour cela recourir à la PMA ?

## ➤ Redéfinition filiation, parentalité, famille elle-même

→ cf. L. 5 mai 2014 portant établissement de la filiation de la coparente  
→ suppression totale de la notion de genre ? voire de sexe à l'état civil ?

## ➤ Distinction procréation / engendrement

procréation peut faire intervenir un tiers donneur (ou une femme "porteuse", gestatrice) - ce tiers n'est pas le parent - le parent, c'est celui ou celle qui *engendre* l'enfant, à qui l'enfant doit la *naissance* (sans toujours lui devoir la *vie*, d'un point de vue génétique)

# Evolution de la notion de famille

---

F. Mitterrand, allocution à l'occasion de la mise en place du CCNE, 2 déc. 1983 :

*"On sait que dans certaines sociétés on distingue sans peine la filiation socio-culturelle de la filiation biologique. Aux yeux de tous, le père et la mère sont ceux qui élèvent l'enfant, même s'ils ne l'ont pas engendré. Mais pour nous, au regard de nos certitudes et de nos valeurs, cette dissociation ébranle l'une des relations constitutives de notre identité, fondatrice de la famille et de la société."*

Pourtant, visionnaire, le Doyen Carbonnier avait pressenti dès la fin des années 1960 :

*"La famille n'est plus (...) l'invisible réseau tissé de jure sanguinis : elle est un milieu éducatif qui n'existe qu'à condition d'être quotidiennement vécu."*

# L'AMP à Strasbourg

---

Le droit des couples à **concevoir un enfant** et à **recourir pour ce faire à l'AMP** relève du droit au respect de la vie privée et familiale et de la protection de l'article 8, pareil choix constituant une forme d'expression de la vie privée et familiale (*Evans c. Royaume-Uni*, GC, 10 avr. 2007, et *S.H. c. Autriche*, GC, 3 nov. 2011, § 82)

*"The Court considers that the right of a couple to conceive a child and to make use of medically assisted procreation for that purpose is also protected by Article 8, as such a choice is an expression of private and family life"*

# L'AMP à Strasbourg

---

## Rupture du couple : *Evans c. Royaume-Uni*

Logique contractuelle → si rupture du couple, "prime au refus de devenir parent" émis par l'un des ex-partenaires, que ne tient pas en échec le droit de l'autre protagoniste d'avoir un enfant biologique (au sens de la loi belge, plus d'instruction "donnée de commun accord" en vue d'une implantation)

Au sens de l'article 8 de la Convention, la notion de vie privée englobe "*le droit au respect de la décision d'avoir un enfant ou de ne pas en avoir*"

Le Royaume-Uni n'a pas excédé la marge d'appréciation dont il dispose, s'agissant du **juste équilibre à ménager entre des intérêts *privés* diamétralement opposés et tous deux dignes de protection**

Lorsqu'un couple se sépare, c'est celui ou celle qui *refuse* de poursuivre les projets communs, quels qu'ils soient, qui est, *de facto* et *de jure*, en mesure d'imposer sa volonté "négative" à l'autre...

(même solution dans le système mis en place par notre loi du 6 juillet 2007) <sup>6</sup>

# L'AMP à Strasbourg

---

## Validation d'une législation très restrictive : *S.H. c. Autriche*

"Since the use of in vitro fertilisation treatment gave rise then and continues to give rise today to sensitive moral and ethical issues against a background of fast-moving medical and scientific developments, and since the questions raised by the present case touch on areas where there is not yet clear common ground among the member States, the Court considers that the margin of appreciation to be afforded to the respondent State must be a wide one (...). The State's margin in principle extends both to its decision to intervene in the area and, once having intervened, to the detailed rules it lays down in order to achieve a balance between the competing public and private interests (...). However, this does not mean that the solutions reached by the legislature are beyond the scrutiny of the Court" (§ 97)

# L'AMP à Strasbourg

---

Pourtant : *Evans*, § 77

"A number of factors must be taken into account when determining the breadth of the margin of appreciation to be enjoyed by the State in any case under Article 8. **Where a particularly important facet of an individual's existence or identity is at stake, the margin allowed to the State will be restricted** (...). Where, however, there is no consensus within the member States of the Council of Europe, either as to the relative importance of the interest at stake or as to the best means of protecting it, particularly where the case raises sensitive moral or ethical issues, the margin will be wider (...). There will also usually be a wide margin if the State is required to strike a balance between competing private and public interests or Convention rights"

# L'AMP à Strasbourg

---

Par conséquent : S.H., § 96

"The Court would conclude that there is now a clear trend in the legislation of the Contracting States towards allowing gamete donation for the purpose of in vitro fertilisation, which reflects an emerging European consensus. That emerging consensus is not, however, based on **settled and long-standing principles established in the law of the member States** but rather reflects a stage of development within a particularly dynamic field of law and does not decisively narrow the margin of appreciation of the State"

- la Cour "valide" la législation autrichienne *très restrictive* qui interdit de manière générale le don d'ovule, ainsi que le recours au sperme d'un donneur dans le cadre d'une FIV, alors qu'il est admis dans le cadre d'une insémination artificielle homologue
- elle réforme l'arrêt de chambre plus progressiste du 1<sup>er</sup> avr. 2010 qui avait jugé injustifiées les différences de traitement quant à l'accès au don de sperme ou au don d'ovules et estimé que "les préoccupations fondées sur des considérations morales ou sur l'acceptabilité sociale ne sont pas en elles-mêmes des raisons suffisantes pour une interdiction totale d'une technique spécifique"

# L'AMP à Strasbourg

---

Autre arrêt regrettable : *Paradiso et Campanelli c. Italie*, GC, 24 janv. 2017

"The Court does not underestimate the impact which the immediate and irreversible separation from the child must have had on the applicants' private life. While the Convention does not recognise a right to become a parent, the Court cannot ignore the emotional hardship suffered by those whose desire to become parents has not been or cannot be fulfilled. However, the public interests at stake weigh heavily in the balance, while comparatively less weight is to be attached to the applicants' interest in their personal development by continuing their relationship with the child. Agreeing to let the child stay with the applicants, possibly with a view to becoming his adoptive parents, would have been tantamount to legalising the situation created by them in breach of important rules of Italian law. The Court accepts that the Italian courts, having assessed that the child would not suffer grave or irreparable harm from the separation, struck a fair balance between the different interests at stake, while remaining within the wide margin of appreciation available to them in the present case" (§ 215)

# L'AMP à Strasbourg

---

- En réalité, **guère de véritable contrôle européen sur les choix législatifs** : la jurisprudence de la Cour EDH est timide sur les questions touchant à l'AMP
- Elle dit respecter la décision de devenir parent (ou non) et même "parent génétique" - il s'agit de la *liberté* de devenir parent(s) ou pas, et évidemment pas d'un "droit à l'enfant"...
- ...mais toute confirmation d'un véritable *droit à l'AMP* est, pour l'heure, maintenu aux marges du droit européen des droits de l'homme - souvenons-nous que la Cour ne reconnaît pas même un droit à l'IVG...

Le droit de procréer est donc (toujours) "un droit en chantier".

# Indications d'AMP

---

- Soit on veut "imiter" la procréation naturelle, et on réserve l'AMP aux **couples hétérosexuels infertiles**
- Soit on assume le processus et on l'étend aux homosexuels, transsexuels / transgenres et célibataires

**France** : l'AMP a pour objet de remédier à l'infertilité d'un couple ou d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité. Le caractère pathologique de l'infertilité doit être médicalement diagnostiqué. L'homme et la femme formant le couple doivent être vivants, en âge de procréer et consentir préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination (art. L2141-2 CSP) → **très restrictif !**

# Indications d'AMP

---

Belgique : loi du 6 juillet 2007 :

- *confiance* aux mobiles affectifs et intimes des intéressés, soumis à un indispensable *contrôle* médical pluridisciplinaire
- consécration de *principes substantiels* ("socle bioéthique fondamental") : gratuité, prohibition de toute manipulation à visée eugénique, etc.
- **accrédite l'idée d'autonomie de la personne et du couple et de maîtrise** - autonomie des personnes et liberté de réaction des centres / stricte égalité des personnes et des couples (neutralité du droit)
- prévalence du **consensualisme** : processus en permanence contractuel (art. 7 - 13 - 42), consentement renouvelé à chaque étape

# Indications d'AMP

Belgique : loi du 6 juillet 2007 :

- auteur du projet parental : **toute personne ayant pris la décision de devenir parent** par le biais d'une PMA, qu'elle soit effectuée ou non au départ de ses propres gamètes ou embryons (art. 2 L. 2007), qu'elle vive en couple ou non, et quel que soit ce couple, hétérosexuel ou homosexuel
- → *autonomie* pleinement consacrée quant à l'accès à la PMA, placé sous la responsabilité de l'équipe médicale - aucune restriction de principe quant aux *choix de vie* et à *l'orientation sexuelle* du/des demandeur(s) → l'insémination ou l'implantation chez une femme célibataire se conçoivent, de même que chez une femme homosexuelle
- en revanche, *possibilité pour un homme seul ou vivant en couple homosexuel de devenir père n'est pas réglementée*, puisque la loi n'envisage pas la gestation pour autrui

# Signification / buts de l'AMP

---

Pas uniquement répondre à une infertilité médicalement constatée :

- **Éviter transmission à l'enfant d'une maladie grave**, au moyen du **DPI** - pas légal partout - d'éminents biologistes et médecins plaident pour une plus grande ouverture au DPI (R. Frydman) - "bébés du double espoir" (*savior sibling*) - choix du sexe (*family balance*) ?
- **Préserver aptitude à la procréation** si risque d'altération précoce de la fertilité, ou si **prise en charge médicale aboutit à une infertilité** (cancer - cf. arrêt *Evans*) → recueil et conservation gamètes pour réalisation ultérieure d'une AMP, suppression d'une différence de traitement "selon l'état de santé de ceux qui souhaitent devenir parents"

# Signification / buts de l'AMP

---

Pas uniquement répondre à une infertilité médicalement constatée :

- **Cryoconservation des ovocytes possible "en vue de la réalisation (...) d'un projet parental ultérieur"** (art. 40 L. 06/07/2007) → quid *social freezing* pur et simple ? vers une "liberté de planifier sa vie d'adulte" ?
- Aussi au bénéfice de **femmes lesbiennes ou seules** → redéfinition de l'identité même de l'AMP : question *sociale* plus que médicale, *évolution / modernisation des notions de parenté, filiation et égalité*

# Signification / buts de l'AMP

---

Seule restriction : liée à l'âge - admissible car justifiée, raisonnable et proportionnée :

Le prélèvement de gamètes est ouvert aux femmes majeures, âgées de **45 ans maximum**. La demande d'implantation d'embryons ou d'insémination de gamètes est ouverte aux femmes majeures, âgées de **45 ans maximum**. L'implantation d'embryons ou l'insémination de gamètes ne peut être effectuée chez la femme majeure, âgée de **plus de 47 ans** (art. 4 L. 2007)

...mais l'AMP vise aussi à éradiquer une différence de traitement "naturelle" liée à l'âge auquel le couple décide d'avoir un enfant 😊

...elle permet d'offrir à des parents âgés de près de 42 ans...



# Clause de conscience des centres

---

## Art. 5 L. 2007 :

De fertiliteitscentra zorgen voor grote transparantie van hun opties in verband met de toegankelijkheid van de behandeling; ze kunnen ten aanzien van de tot hen gerichte verzoeken een beroep doen op de gewetensclausule.

De fertiliteitscentra brengen de verzoeker(s) binnen een maand na de beslissing van de geraadpleegde arts op de hoogte van hun weigering om in te gaan op het verzoek.

Deze weigering gebeurt schriftelijk en bevat verplicht :

- 1° hetzij de medische redenen voor de weigering;
- 2° hetzij een verwijzing naar de gewetensclausule waarvan sprake is in het eerste lid van dit artikel;
- 3° wanneer de verzoeker of de verzoekers dat wensen, het adres van een ander fertiliteitscentrum waartoe zij zich kunnen wenden.

**...mais à mettre en œuvre avec humanisme !**

# Effets de l'AMP (filiation et litiges)

- Pas de réelle spécificité en matière de filiation (surtout depuis L. 5 mai 2014 sur comaternité, encore trop mal connue)
- Prépondérance marquée de **l'intérêt de l'enfant**, apprécié *in concreto*
- Mais, dans le cadre des PMA, **c'est la volonté, le choix d'avoir recours aux techniques de PMA**, volonté qui doit persister durant *l'ensemble du processus*, qui sera ensuite le fondement exclusif - c'est-à-dire indépendamment de toute vérité génétique - de la filiation
- Couple marié : art. 318, § 4, C.civ. :  
"De vordering tot betwisting van het vermoeden van vaderschap is niet ontvankelijk, als de echtgenoot toestemming heeft gegeven tot kunstmatige inseminatie of tot een andere daad die de voortplanting tot doel had, tenzij de verwekking van het kind hiervan niet het gevolg kan zijn"

# Effets de l'AMP (filiation et litiges)

---

Hors mariage, IA avec donneur anonyme devient plus aléatoire :

- rien n'empêche la femme de **refuser de consentir à la reconnaissance de l'enfant** par son compagnon, et réciproquement rien n'empêche ce dernier de **ne pas reconnaître l'enfant**
- il n'existe pas en droit belge (contrairement au droit français) de disposition **incitant voire contraignant** le partenaire non marié de la mère à assumer la paternité juridique de l'enfant
- vu qu'il n'est pas le géniteur, il ne peut vaincre le refus de consentement de la mère et, inversement, on ne peut le rechercher judiciairement comme père...

# Effets de l'AMP (filiation et litiges)

---

Hors mariage, IA avec donneur anonyme devient plus aléatoire :

- mais si - comme c'est évidemment la règle ! - il y a reconnaissance, **elle est particulièrement "solide"** :
  - les personnes qui y ont consenti (mère et reconnaissant) étaient par hypothèse au courant du caractère biologiquement fictif de la reconnaissance → leur consentement ne sera donc pas vicié, comme l'impose l'article 330 C.civ.
  - un tiers ne peut contester la reconnaissance que s'il prouve être lui-même le géniteur; or le seul qui puisse le faire, le donneur, n'est pas censé pouvoir retrouver l'enfant

# Effets de l'AMP (filiation et litiges)

**Le donneur est hors jeu - toute recherche de paternité de sa part ou à son encontre est impossible : art. 27 et 56 L. 2007**

Vanaf het moment van de implantatie van de gedoneerde overtallige embryo's, spelen de afstammingsregels als bepaald in het Burgerlijk Wetboek in het voordeel van de wensouder(s) die deze overtallige embryo's heeft (hebben) ontvangen.

Een donor of een donorpaar van overtallige embryo's kunnen geen rechtsvordering instellen betreffende de afstamming of de daaruit voortvloeiende vermogensrechtelijke gevolgen. Ook de ontvanger(s) van overtallige embryo's en het kind geboren dankzij de implantatie van overtallige embryo's kunnen geen rechtsvordering instellen betreffende de afstamming of de daaruit voortvloeiende vermogensrechtelijke gevolgen tegen de donor(en) van overtallige embryo's.

Vanaf de inseminatie van de gedoneerde gameten spelen de afstammingsregels als bepaald in het Burgerlijk Wetboek in het voordeel van de wensouder(s) die de gameten ontvangen heeft (hebben).

Donoren van gameten kunnen geen rechtsvordering instellen betreffende de afstamming of de daaruit voortvloeiende vermogensrechtelijke gevolgen. Ook de ontvanger(s) van gameten en het kind geboren dankzij de inseminatie van gameten kunnen geen rechtsvordering instellen betreffende de afstamming of de daaruit voortvloeiende vermogensrechtelijke gevolgen tegen de donor(en) van gameten.

# Effets de l'AMP (filiation et litiges)

Incohérence législative en ce qui concerne la PMA *post mortem* :

- pas de présomption de paternité, car l'enfant naîtra plus de 300 jours après le décès du mari
- pas de reconnaissance anténatale, l'enfant n'étant pas encore conçu
- → seule une action en recherche de paternité est possible MAIS la filiation n'aura alors pas d'effets successoraux : pour succéder, il faut exister, c'est-à-dire être conçu, au moment du décès du *de cuius* (art. 725 C.civ.)
- → ***incohérence de la loi, qui permet la naissance de ces enfants et l'établissement de leur filiation, mais non l'effet principal qu'il pourrait encore avoir dans cette hypothèse...***

Art. 725 C.civ. : Om te kunnen erven moet men bestaan op het ogenblik dat de erfenis openvalt. Derhalve zijn onbekwaam om te erven :

- 1° Hij die nog niet verwekt is;
- 2° Het kind dat niet levensvatbaar geboren is.

# Effets de l'AMP (filiation et litiges)

Cour const., arrêt n° 19/2019 du 7 févr. 2019 (note G. Willems, J.T., 2019, 455)

- PMA hétérosexuelle exogène; compagnon décédé avant la naissance; action en établissement judiciaire de sa paternité, vu qu'il a participé aux démarches ayant abouti à la conception et à la naissance de l'enfant
- La Cour constate que, dans la loi du 6 juillet 2007, le législateur a eu l'intention de faire prévaloir la filiation d'intention sur la filiation biologique, lorsque la conception de l'enfant est le fruit de la mise en œuvre d'une technique de PMA visée par cette loi
- Or, l'article 332quinquies, § 3, C. civ. dispose que "*Le tribunal rejette en toute hypothèse la demande s'il est prouvé que celui ou celle dont la filiation est recherchée n'est pas le père ou la mère biologique de l'enfant*"
- → ceci a pour effet de priver l'enfant né d'un projet parental hétérosexuel avec recours à une technique de PMA exogène de la possibilité d'établir sa filiation à l'égard de son père d'intention, si celui-ci n'était pas marié avec sa mère au moment de la naissance et s'il ne l'a pas reconnu - et en l'espèce, il n'a pas eu le temps...

# Effets de l'AMP (filiation et litiges)

---

**Cour const., arrêt n° 19/2019 du 7 févr. 2019 (note G. Willems, J.T., 2019, 455)**

"De vaststelling van een tweede afstammingsband, waarin het recht van het kind op de bescherming en op het welzijn is verankerd, moet, behoudens uitzonderlijke omstandigheden, worden geacht overeen te stemmen met zijn hoger belang. De vaststelling van de dubbele afstammingsband ten aanzien van ouders wier wensouderschap heeft geleid tot de geboorte van het kind, kan overigens voor dat kind onbetwistbaar een belangrijk element van zijn identiteit vormen, zodat de vaststelling van die dubbele band ook om die reden en behoudens uitzonderlijke omstandigheden overeenstemt met de vereiste dat rekening wordt gehouden met zijn hoger belang."

# Effets de l'AMP (filiation et litiges)

**DIP** : situation fréquente : couple de femmes françaises (ou franco-belges) durablement établi en Belgique où naît un enfant par PMA - pas certain que la conjointe française qui n'a pas mis l'enfant au monde parviendra à l'adopter !

- Loi portant établissement de la filiation de la coparente pas applicable : conditions de fond de la filiation relèvent de la loi nationale (art. 62 CODIP)
- Etablissement filiation adoptive est également régi par le droit de l'Etat dont l'adoptant a la nationalité à ce moment
- Ce n'est que si le juge considère que l'application du droit étranger ainsi désigné par la règle de conflit - donc, droit français, qui ne permet pas l'adoption dans un tel cas : seulement si couple *marié* - ***nuirait manifestement à l'intérêt supérieur de l'adopté***, et si l'adoptant ou les adoptants ont des liens manifestement étroits avec la Belgique, qu'il pourra appliquer le droit belge (art. 67 CODIP)
- Pas du tout certain qu'il le considérera dans un tel cas... Exemple frappant et bien motivé : Bruxelles, 15 févr. 2019, Act. dr. fam. 2019, liv. 4-5, 167

# Effets de l'AMP (filiation et litiges)

Hypothèse rare : discussion sur l'établissement même de la filiation, en référence (classique) à l'intérêt de l'enfant - Bruxelles, 15 juin 2017, RTDF, 2018, 161

- PMA dans couple lesbien, puis rupture; la nouvelle compagne reconnaît l'enfant et parallèlement, l'ancienne compagne qui a participé au projet parental saisit le tribunal d'une demande d'établissement de sa coparenté et d'une contestation de la comaternité de la nouvelle compagne
- → conflit de "filiations secondaires" : possession d'état de la reconnaissante est équivoque vu la présence de la "troisième femme"
- aucune critique objective, susceptible d'avoir une incidence négative sur l'établissement du lien de filiation à l'égard de l'enfant, n'est formulée à l'égard de celle qui revendique la comaternité; les difficultés relationnelles entre les parties ou le conflit de loyauté dans lequel l'enfant semble actuellement impliquée n'ont pas d'incidence sur l'intérêt de l'enfant, proprement dit, à voir sa filiation établie conformément à la réalité de son engendrement
- → l'ensemble des éléments de la cause amènent au constat qu'il est dans l'intérêt de l'enfant de voir sa filiation établie à l'égard de celle qui revendique la comaternité

# Effets de l'AMP (filiation et litiges)

## Et la Cour EDH, à propos de la filiation ?

- Ne juge pas contraire au droit au respect de la vie familiale l'impossibilité pour une femme homosexuelle d'adopter l'enfant de sa partenaire issu d'un projet parental commun (PMA) et élevé par les deux femmes depuis sa naissance (*Gas et Dubois c. France*, 15 mars 2012)
  - l'existence d'une relation familiale parentale, fût-elle effective et, partant, digne de la protection de l'article 8, n'induit pas nécessairement l'obligation pour les Etats de permettre sa traduction dans un lien juridique de filiation adoptive
- Et aboutit à la solution contraire dans *X et autres c. Autriche*, GC, 19 févr. 2013, affaire similaire à la précédente, mais non strictement identique (enfant né d'une relation hétérosexuelle antérieure de sa mère + droits nationaux différents quant à l'adoption intraconjugale), soulignant ici "l'importance que revêt la reconnaissance juridique des familles de fait" (cf. *Wagner c. Luxembourg*, 28 juin 2007)

# Effets de l'AMP (filiation et litiges)

Sur le plan des effets de l'engendrement par PMA, il existe une discrimination entre enfants selon le mode de conception :

Problème aigu de **l'anonymat du donneur** *versus* le droit de connaître ses origines, d'avoir "accès aux détails de son identité d'être humain" selon la jurisprudence strasbourgeoise, et *a minima* le droit de connaître son mode d'engendrement

Il serait urgent de consacrer ces droits et d'abandonner le "principe" d'anonymat - au regard duquel Belgique et France sont très isolés : procède d'une *confusion entre procréation et engendrement* : le donneur de gamètes - de même que l'éventuelle femme gestatrice (porteuse), du moins si elle a fourni les ovocytes - sont des géniteurs mais ne sont en aucun cas les "parents" de l'enfant, y compris au sens de la Convention relative aux droits de l'enfant (mais besoin d'une loi pour le préciser et encadrer la transparence souhaitée)

# La GPA demeure reléguée hors du droit

---

La discrimination existant à l'encontre des couples gays ne saurait être résolue et dépassée que par un encadrement de ce processus

- lesbiennes oui, gays non
- femmes seules oui, hommes seuls... un jour, admission GPA "solo" ?

La GPA peut par ailleurs viser à remédier, *au sein d'un couple hétéro*, à l'absence d'utérus ou d'utérus "fonctionnel", alors que la fertilité ovocytaire est intacte

Débat tout autant social, et politique, que juridique, en ce qu'il porte (surtout) sur **l'accès à la parentalité des couples homosexuels masculins (et des hommes seuls ?)**, là où la loi du 6 juillet 2007 ouvre largement la voie de la *procréation assistée aux couples lesbiens et aux femmes seules* et alors que l'aptitude à être parent ne dépend ni du sexe ni de l'orientation sexuelle...

# La GPA demeure reléguée hors du droit

**Licéité même de l'opération** : les "principes" invoqués de manière incantatoire à l'appui de sa nullité, et affirmés comme des évidences, *n'existent pas* :

- l'état des personnes n'est pas (ou n'est plus) indisponible
- et, surtout, *le soi-disant principe d'indisponibilité du corps humain n'en est nullement un* : le corps, qui fait partie intrinsèque de la personne mais n'est pas la personne, *est*, tant *de facto* que *de jure*, **disponible**, du moins pour le sujet lui-même - même s'il est, bien sûr, placé **hors du marché mercantile**

Il faut donc trouver autre chose - *préférable d'encadrer à la marge que d'interdire "d'en haut"* - admettre la licéité du processus équivaldrait à respecter tout à la fois

- la vie privée et familiale des parents d'intention
- la maîtrise corporelle de la mère porteuse
- et bien sûr l'intérêt de l'enfant, en stabilisant son insertion dans la famille qui l'a désiré

**Au-delà, tout peut - et doit - être discuté...**

# La GPA demeure reléguée hors du droit

---

**Le paradigme des droits de l'enfant joue un rôle majeur sur ce terrain** : c'est son droit à la connaissance de ses origines, son identité et donc son droit au respect de la vie privée qui fondent la jurisprudence européenne

cf. not. les arrêts contre la France, *Mennesson et Labassée*, GC, 26 juin 2014; *Foulon et Bouvet*, 21 juill. 2016; *Laborie*, 19 janv. 2017

et réactions Cass. fr., 3 juill. 2015 puis 4 oct. 2019 (plén.), suite à l'avis de la Cour EDH du 10 avr. 2019

Jurisprudence belge : majoritairement favorable à l'adoption de l'enfant né d'une GPA (à titre gratuit en Belgique, ou "éthique" à l'étranger) si celle-ci apparaît *conforme à l'intérêt de l'enfant* (ce qui sera le cas dans l'immense majorité des situations), sans distinction, bien entendu, selon que le couple parental est hétérosexuel ou homosexuel - établir que l'adoption repose sur de "justes motifs" et est conforme à "l'intérêt supérieur de l'enfant"

# La GPA demeure reléguée hors du droit

## Enjeux et difficultés d'une future loi relative à la GPA

- confirmer légitimité intrinsèque du procédé
- permettre plus aisément l'établissement d'une filiation avec les parents d'intention, au moyen d'une convention préalable par exemple
- préciser indications (couples hétéros et gays) et limitations : femme porteuse génitrice aussi ? ou privilégier un don d'ovocyte ? schéma à 5 personnes admissible (si double don) ?
- réglementer (absence de) rémunération, défraiement, "compensation"
- inciter à des contacts futurs gestatrice-enfant ?
- limiter l'ingérence des parents d'intention dans le mode de vie de la porteuse
- prohiber exploitation et trafics *mais sans voir tout sous cet angle*
- droit de repentir ? ...exécution forcée ? quasi impossible à admettre ! mais alors quid de l'*engagement*, fruit de l'exercice de la maîtrise corporelle et coulé dans une convention ?
- IVG envisageable ? quid si DPN révèle un handicap grave ? IMG... sur demande des parents d'intention paraît exclue, mais ce sont eux qui y seront confrontés et devront le subir leur vie durant - et quid s'ils refusent l'enfant ?

# La GPA demeure reléguée hors du droit

## Enjeux et difficultés d'une future loi relative à la GPA

Opinion fréquente : l'intérêt de l'enfant doit être appréhendé différemment selon que l'on se place dans la situation qui précède la réalisation du projet parental ou dans celle qui découle de sa mise en œuvre effective :

- Lorsqu'il n'existe encore qu'un *désir d'enfant* - bien entendu en soi légitime - dans le chef d'un couple infertile ou d'un individu, l'intérêt de l'enfant pourrait constituer un frein à l'admission de la GPA : on réfléchira abstraitement, en termes de désirs individuels et de politiques sociales
- En revanche, *lorsque l'enfant est né*, fût-ce frauduleusement ou à l'étranger, **l'intérêt concret de cet enfant qui existe** impose aux Etats de permettre son intégration dans sa famille, constituée par ceux qui peuvent se prévaloir de l'effectivité d'une relation affective avec lui
- Ira-t-on jusqu'à considérer que le droit international des droits de l'homme contient aujourd'hui une obligation pour les Etats de reconnaître dans leur ordre juridique les liens de filiation légalement constitués à l'étranger entre les parents d'intention et l'enfant né par GPA ?

# La GPA demeure reléguée hors du droit

---

## Enjeux et difficultés d'une future loi relative à la GPA

- Questions de filiation (P.M.)
- Curiosité en matière de droit social (congé de maternité) : selon CJUE (deux arrêts du 18 mars 2014), "l'attribution d'un congé de maternité sur le fondement de (la directive qui le prévoit) suppose que la travailleuse en bénéficiant ait été enceinte et ait accouché de l'enfant"
  - la mère d'intention n'a pas les mêmes avantages que la femme qui accouche; refuser un congé de maternité à celle qui n'a pas accouché équivaut à protéger préférentiellement la dimension *corporelle* de la maternité, en faisant fi de toute la période postérieure à l'arrivée d'un nouveau-né... Les jeunes parents apprécieront ! 😊

# Conclusion – GPA, enjeu éthique de demain

---

"Tous les Etats doivent-ils renoncer à interdire ou à réguler la GPA dès lors qu'elle est accessible ou plus aisément accessible à l'étranger ? Certains le pensent et exposent qu'il vaut mieux autoriser et encadrer le processus pour éviter qu'il y soit fait recours à l'étranger dans des conditions éventuellement problématiques. D'autres dénoncent au contraire un risque de nivellement par le bas à l'échelle mondiale si tous les Etats doivent autoriser et encadrer un processus dès qu'il est disponible ailleurs. Cela d'autant plus que le mouvement général progresserait vraisemblablement vers la réglementation la moins contraignante ou le plus petit dénominateur commun."

(G. Willems in *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, p. 273)

# Conclusion – GPA, enjeu éthique de demain

---

La réponse à apporter aux questions de DIP que posent les GPA transfrontières est en grande partie fonction de l'option retenue pour l'appréhension de la GPA en droit interne...

...laquelle dépend, en dernière analyse, "de la perception plus ou moins protectrice ou libérale que l'on a des droits fondamentaux" (p. 276)

...dans un contexte où "gît au cœur du processus un *conflit de droit triangulaire* confrontant les droits fondamentaux des parents d'intention à ceux de la mère porteuse et surtout à l'intérêt de l'enfant. Le poids important reconnu à chacun de ces intérêts spécifiques est tel que leur confrontation peut aboutir à des solutions très différentes et toutes justifiables en termes de droits fondamentaux." (p. 283)

(G. Willems in *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*)

**Merci de votre attention !**

**[gilles.genicot@uliege.be](mailto:gilles.genicot@uliege.be)**

