

DÉBAT

Grossesse pour autrui : pour le cas par cas

Surrogacy: Legal considerations

I. Nisand

Département de gynécologie-obstétrique, CHRU de Strasbourg, 1, place de l'Hôpital, 67091 Strasbourg, France

Disponible sur Internet le 26 février 2010

Mots clés : Éthique ; Mère porteuse ; Assistance médicale à la procréation (AMP)

Keywords: Ethics; Surrogacy; Assisted reproductive technologies (ART)

I. INTRODUCTION

La « grossesse pour autrui » (GPA) mobilise la filiation, la famille, l'engendrement et les grands principes moraux de l'Occident. Il n'est besoin, pour s'en rendre compte, que de laisser courir à ce sujet l'interrogation autour de la table familiale pour sentir immédiatement que la diversité des avis n'utilise pas les clivages habituels, politiques ou philosophiques des uns et des autres. L'histoire personnelle de chacun nous rappelle aisément que la fonction maternelle est plus délicate que la fonction paternelle. Celle-ci a d'ailleurs été si profondément malmenée depuis quelques décennies que l'on comprend le réflexe de vouloir protéger la maternité, la plus archaïque des certitudes, des coups de boutoir de la modernité. L'éthique est bousculée par la technique. Ce qui se réalisait parfois dans le secret des familles, la session délibérée d'enfant, ne pouvait trouver aucune place dans notre système anthropologique. Mais la possibilité d'utiliser les gamètes des parents d'intention ou des gamètes d'une autre femme que ceux de la mère porteuse permet d'entrer dans une configuration imaginable pour soigner l'absence (ou l'anomalie) de l'utérus devenue ainsi une nouvelle catégorie de stérilité curable par un moyen certes palliatif : l'utérus d'une autre femme.

Bien que les affects éprouvés par un médecin soient souvent marqués d'un sceau compassionnel, mauvais conseiller pour l'écriture des lois, le fait d'être témoin de ces demandes force l'entendement à la recherche du sens. Nous avons, nous médecins, la chance d'être stimulés à la réflexion par des

couples très divers et en grande souffrance, qui nous forcent à interroger la complexité de ce sujet au regard des valeurs morales de notre société laïque et républicaine. La législation actuelle donne un certain confort : elle interdit tout. Cette position, qui a le mérite de la clarté, ne dispense pas de dire ce que le droit français protège par cet interdit¹, ne dispense pas d'explicitier la philosophie de ce droit et oblige à préciser comment la France entend gérer les problèmes de filiation induits par cette pratique lorsqu'elle est mise en œuvre l'étranger. Une question importante est de savoir si cette prohibition complète n'a pas plus d'effets pervers que d'avantages, y compris dans le domaine bioéthique. Il est en effet difficilement admissible de ne pas se préoccuper de ce qui se passe à l'étranger en conséquence des interdictions que nous édictons en France.

Un des mythes fondateurs de l'Occident, la Bible, évoque à plusieurs reprises la grossesse et la maternité pour autrui. Sarah, épouse d'Abraham, était stérile et proposa à son mari d'avoir des rapports avec sa servante Agar. Ce qui donna naissance à Ismaël qui devint donc l'enfant de Sarah et d'Abraham. Mais Sarah, peu après, fut enceinte et donna naissance à Isaac. C'est alors que les relations de Sarah et d'Agar se détériorèrent et Sarah renvoya dans le désert Agar et son fils Ismaël. Peut-être portons-nous encore aujourd'hui le poids mythique de ce conflit qui n'est toujours pas terminé ? Toujours est-il qu'Agar, la première mère porteuse du monde occidental, était bel et bien la subordonnée de Sarah. Au centre du débat éthique sur les GPA se trouve donc la relation de

Adresse e-mail : israel.nisand@chru-strasbourg.fr.

¹ Interdit renforcé par des peines de prison et d'amendes sévères pour les contrevenants.

subordination d'une femme vis-à-vis d'une autre et son instrumentalisation possible. Sûrement la question la plus délicate à traiter : l'indisponibilité du corps humain et la répulsion qu'il y a de le faire entrer dans le champ des biens et des contrats. Au centre du débat éthique également, le sort de l'enfant ainsi conçu et les conséquences négatives qui peuvent l'atteindre, voire altérer ses droits, lui qui n'est responsable en rien de ces montages compliqués. L'instabilité juridique issue de ces pratiques à l'étranger peut confiner au drame lorsque l'enfant n'a toujours pas d'état civil validé après plusieurs années de vie et que sa filiation maternelle non établie lui fait courir de nombreux risques juridiques, en cas de disparition de son père notamment.

Pour rendre le débat plus complexe encore, la nature des demandes de GPA est très variable. On ne peut pas comparer la demande d'un couple sans enfant où l'hystérectomie d'hémostasie et la mort de l'enfant lors d'une complication obstétricale grave se sont joués en un seul acte dramatique, avec par exemple, la demande de GPA de convenance pour évoquer une extrémité certes rare mais qui pourrait exister si on libéralisait totalement la pratique de la GPA. Le « tout il est permis » ne serait pas mieux que l'actuel « tout il est interdit ». Le législateur se trouve donc confronté à une grande hétérogénéité des demandes. Certaines situations où l'on pourrait être tenté de dire qu'il y a une réelle légitimité à aider un couple en France où règne une grande clarté dans les comportements éthiques et où l'on peut organiser l'égalité des droits malgré les différences de revenus. Certaines situations, en revanche, où de nombreux arguments moraux viennent s'opposer à ce type de démarche et où la loi peut fonder son interdit sur des valeurs communes à une majorité de Français.

2. DEUX EXEMPLES DE CAS PAR CAS EN BIOÉTHIQUE

2.1. Premier point

Cette configuration éthique rappelle (avec des différences bien sûr) ce qui se passe pour le diagnostic prénatal. Quand il existe une malformation d'une particulière gravité incurable au moment du diagnostic, le couple peut demander, quel que soit l'âge gestationnel, une interruption médicale de grossesse (IMG) qui ne pourra être effectuée que si deux médecins membre d'un centre pluridisciplinaire de diagnostic prénatal attestent de la particulière gravité et de l'incurabilité. Ce « cas par cas » proposé par le législateur en 1994 couvre aujourd'hui l'analyse annuelle de plus de 10 000 dossiers qui conduisent à 6000 IMG par an. L'Agence de la biomédecine étudie chaque année les bilans motivés des 48 centres pluridisciplinaires de France. Les décisions y sont homogènes et cohérentes. La loi est respectée et le contour exact des décisions tient compte de l'extrême diversité des situations cliniques. Ce système qui fonctionne depuis plus de dix ans a fait la preuve de son efficacité dans un domaine plus que délicat et les contrôles externes ne montrent pas de dérapages ni d'IMG acceptées pour des malformations bénignes ou curables. Le « cas par cas » n'a pas été dévoyé dans un laisser-faire qui serait totalement inacceptable puisqu'il s'agit bien de la vie et de la mort de fœtus.

2.2. Second point

Le problème de l'expérimentation humaine sur des volontaires sains a aussi donné lieu à un « cas par cas » exemplaire : les comités de protection des personnes décident, avec grande compétence, quelle expérimentation est licite et quel projet doit être prohibé. Le refus d'un comité de protection des personnes vaut pour toute la France, et le système présente une réelle efficacité sans dérive connue.

3. LE CAS PAR CAS POUR LA GPA

Les demandes de GPA, si l'on sortait de l'interdit complet et total dans lequel nous nous trouvons actuellement, pourraient être analysées de manière similaire. Il ne s'agit pas ici de décrire le fonctionnement d'un tel comité, mais il devrait comporter des personnes à parité entre professionnels et non professionnels, entre femmes et hommes et des personnalités compétentes au plan du droit de la famille. Ces centres régionaux pourraient prendre le temps d'instruire ces demandes afin de dire si la GPA proposée respecte bien les droits de l'enfant et les droits de la mère porteuse quant à l'indisponibilité de son corps. Les médecins pourraient y être auditionnés en tant qu'experts techniques. Il pourrait même apparaître prudent que l'autorisation finale ne soit pas donnée localement, mais par une institution nationale, après avis de la commission régionale. Le nombre des demandes est vraisemblablement compatible avec une centralisation nationale qui aurait le mérite de diminuer la variabilité des décisions due à la diversité des subjectivités.

4. MOTIVATION DES FEMMES POUR UNE GROSSESSE POUR AUTRUI

Mon expérience personnelle sur les motivations des femmes pour être « mères porteuses » a été constituée en 1985 (avant la loi qui interdit toute GPA). J'avais alors, en vue de proposer ce genre de traitements, approché dans ma ville une association de femmes² qui étaient candidates pour des procédures de « mères porteuses » : une dizaine de femmes. La moitié avait une motivation essentiellement financière. L'autre moitié était constituée de femmes qui disaient en substance ceci : *« J'ai la chance d'être entière et de pouvoir donner le jour à des enfants ; le propre des humains, c'est de savoir s'entraider. Je suis d'ailleurs donneuse de sang et de moelle. J'aime être enceinte et j'aime donner le jour à un enfant et ma famille est d'ores et déjà constituée. Ce serait une très grande chance pour moi de pouvoir me sentir utile à ce point en rendant un service aussi important à une autre femme dépourvue de son utérus »*.

Cette générosité-là existe, je l'ai rencontrée. Et l'entretien avec une telle femme, prolongé au besoin par la rencontre avec des psychologues, permet, avec une grande probabilité de dire

² L'association « Les Cigognes » a été interdite par arrêté préfectoral quand son but, réunir des femmes qui se proposaient de porter un enfant pour autrui, est devenu illégal.

vrai, d'identifier les motivations des mères porteuses et de s'assurer de leur intégrité décisionnelle et de leur indépendance y compris pécuniaire.

Les associations de femmes cherchant à rendre ce service peuvent d'ailleurs constituer un filtre efficace. L'analyse des revenus de la femme qui se propose pour être mère porteuse pourrait faire partie des éléments pris en compte, pour éviter que des femmes ne soient tentées du fait de leur besoin d'argent. Ce modèle existe depuis dix ans à Londres et le recul qui y est disponible est plutôt rassurant.

Quant à l'implication des femmes de la famille, les problèmes de « dette impayable » qui font des ravages au plan psychologique conduisent à considérer qu'il n'est pas souhaitable que ce soit la mère de la femme qui porte l'enfant pour sa fille. Une sœur, pourquoi pas, mais à la condition d'être assuré par des entretiens itératifs que des pressions intrafamiliales ne se sont pas exercées sur la sœur pour qu'elle accepte. Et au moindre doute, refuser.

5. INDISPONIBILITÉ DU CORPS HUMAIN

Sur l'indisponibilité du corps humain, quelques remarques s'imposent.

En effet, on paie plus cher un soldat français en Afghanistan, car le risque de décès y est plus élevé que s'il restait en France. Il se fait donc payer le sur-risque de perdre la vie. De même qu'un mineur dans une mine de charbon exposé à la silicose et aux coups de grisou, de même qu'un sous-marinier qui se consacre pendant de longs mois, jour et nuit, à sa tâche et court des risques qui lui sont dûment rémunérés conformément à un vrai contrat de travail. Mais que dire du don d'organes entre vivants, qui vient de produire le premier décès d'un donneur de lobe hépatique. De nombreuses autres circonstances attendent donc à l'indisponibilité du corps humain et de fait, le consentement d'un adulte correctement informé et non vulnérable pourrait constituer un guide raisonnable.

Mais en tout état de cause, interdire pour protéger les Français contre eux-mêmes, car ils ne seraient pas à même de savoir ce qui est bon pour eux, constitue une option autoritaire et paternaliste mal justifiée en l'occurrence. Et les dérives marchandes que l'on observe dans ce vaste marché qu'est le monde, loin de constituer un contre-argument à la pratique des GPA en France, viennent souligner un devoir de notre pays de se doter d'une loi exemplaire qui soit autre chose que le simple refoulement hors de nos frontières de nos problèmes difficiles. L'odieux trafic d'organes qui prévaut ici ou là n'a pas fait interdire la greffe d'organe en France.

6. LES ÉCHANGES ENTRE LA MÈRE ET LE FŒTUS

Sur les échanges entre la mère et le fœtus dont nous devinons tous qu'ils existent, sans être réellement capables d'en déterminer l'ampleur et la teneur, il ne s'agit nullement de minimiser leur importance dans les deux sens. Une femme peut s'attacher à l'enfant qu'elle porte en elle, comme une nourrice agréée peut s'attacher à l'enfant qui lui est confié tous les jours.

Mais elle sait que ce n'est pas son enfant et que sa relation avec lui est transitoire et supplémentaire à celle qu'il développe avec ses parents d'intention. Vers le fœtus, nombre d'échanges complexes existent également, bien que personne n'ait été capable de les démontrer. De même d'ailleurs pour le nouveau-né qui continue de tisser des liens plus ou moins importants avec d'autres adultes que ses parents après sa naissance. La parentalité ne consiste pas à chercher l'exclusivité des liens avec l'enfant. Et quand bien même cette utopie serait fantasmée, elle serait totalement inatteignable, et c'est bien ainsi.

7. QUI EST LA VRAIE MÈRE, LA MÈRE QUI PORTE OU LA MÈRE GÉNÉTIQUE ?

Ni l'une ni l'autre serais-je tenté de répondre. Car la pratique clinique nous met malheureusement au contact de femmes porteuses de leur propre enfant qui ont si peu d'une « mère » qu'elles en effacent la vie naissante. Cette pathologie connue sous le nom de déni de grossesse aide à répondre à la question de savoir qui est la vraie mère. La seule réponse qui vaille est que la vraie mère est celle qui adopte psychiquement l'enfant. Ce mécanisme d'adoption, qui pour la plupart des femmes se fait in utero, et souvent très tôt, peut ne pas se faire. Il n'y a alors pas d'enfant. Ce qui veut dire qu'il ne suffit pas d'être enceinte pour attendre un enfant. Même l'accouchement est insuffisant pour construire une mère. La mère n'est pas définie par l'utérus où on a grandi, ni même par les gamètes dont on est issu mais bel et bien par l'adoption dont on a été l'objet. On le savait pour la paternité. C'est plus difficile à admettre pour la maternité et l'exemple des mères défaillantes à la rubrique des faits divers le prouve malheureusement bien trop souvent. Dans une maternité, il y a en fait au moins trois événements qui s'intriquent profondément :

- le phénomène de transmission génétique ;
- la grossesse et l'accouchement ;
- l'adoption de l'enfant au terme de la grossesse psychique.

Et ce dernier élément est non seulement nécessaire, mais aussi suffisant, contrairement aux deux premiers qui ne sont ni nécessaires ni suffisants.

Il n'y a donc aucune raison de survaloriser uniquement la grossesse et l'accouchement alors que c'est bien l'adoption qui est la part la plus importante de la constitution familiale. Phénomène réciproque en constante construction, le contrat entre l'enfant et les parents se dispense de la génétique et même de la fugace passade obstétricale.

8. LA QUESTION DE L'ABANDON

8.1. L'enfant subit-il un abandon par sa mère porteuse ?

En fait, il est déjà adopté en prénatal par une autre femme et par un père qui sont ses parents d'intention sans que rien n'aurait existé. La mère porteuse a joué le rôle d'une « nounou prénatale ». Serait-ce plus scandaleux d'être une nounou avant la naissance qu'après ? Et d'ailleurs, le contact et la

reconnaissance ultérieure de cette femme par l'enfant sont souhaitables étant donné l'éminent service qu'elle lui a rendu. L'enfant, à qui les choses seraient expliquées sagement, est parfaitement à même de comprendre. De même que pour la fratrie déjà existante chez la mère porteuse, tout est explicable et ce récit comporte même, par son aspect exceptionnel, une certaine valeur exemplaire du dévouement de leur mère envers un autre couple auquel elle donne la possibilité de constituer une famille. Il n'y a donc pas abandon à la naissance puisque l'adoption réelle a précédé la naissance, tant pour le père d'intention, qui lui a le droit de faire reconnaître sa paternité avant la naissance, alors que la mère d'intention, elle, ne le peut pas. L'acte de naissance devrait donc comporter le nom de la mère d'intention à la rubrique maternelle et non celui de la femme qui a accouché. Et ceci devrait être accepté préalablement à la mise en œuvre de la GPA.

8.2. L'intérêt de l'enfant est-il oublié ?

Peut-on penser qu'il vaut mieux ne pas être né plutôt que de l'être grâce à une GPA ? Peut-on nuire à un enfant en lui donnant le jour ? Et la situation juridique actuelle est-elle bonne ? Elle confine en fait au scandale car les enfants payent les « errements » de leurs parents en se voyant refuser leur filiation maternelle quand bien même celle-ci serait établie au plan génétique ? L'argument de l'intérêt de l'enfant est bien sûr agité de fort mauvaise foi. Qui peut dire quelque chose de censé sur le sort d'un enfant : certains qui ont tout pour être heureux ne le deviennent pas là où d'autres qui naissent dans des contextes effroyables s'en sortent plus que bien. Et si la préoccupation était vraiment celle de l'intérêt de l'enfant, on n'hésiterait pas à rétablir les droits de filiation de ces enfants au lieu de proposer de faire de leur mère une vague tutrice. Le législateur serait plutôt dans une posture de vouloir dissuader des futurs parents d'avoir recours à la GPA en leur signifiant les problèmes que rencontreront plus

tard les enfants issus de cette pratique. Est-ce acceptable de faire payer aux enfants les conséquences de décisions de leurs parents préalables et antérieures à leur propre existence ?

La loi dont s'est dotée la France interdit tout à ce jour, ce qui interdit aussi la discussion et l'analyse au « cas par cas » de dossiers au demeurant très différents. S'autoriser parfois à dire oui dans telle ou telle circonstance après s'être assuré que la femme n'est pas Agar et que l'enfant ne va pas subir un mauvais sort, c'est assurément prendre des risques, mais ce n'est pas plus risqué que de continuer à tout interdire au détriment des enfants à naître après des bricolages parfois sordides à l'étranger. Continuer de tout interdire, c'est conforter la situation actuelle d'un recours systématique au marché procréatif international, dans des conditions acceptables pour les plus riches, mais dans des conditions dangereuses et honteuses quand on ne peut s'offrir que l'Ukraine ou l'Inde. Or l'indisponibilité du corps humain vaut aussi pour les femmes qui n'ont pas la chance d'être françaises et qui seront sollicitées par des couples français sans autre choix.

Oui, la technique bouscule même la structure de la famille et de la parenté. Notre époque est privilégiée car elle nous permet d'observer à l'échelle d'une seule génération dans les mœurs de l'homme occidental des changements rapides et risqués. L'humanité est embarquée à vive allure et le vertige est bien sûr au rendez-vous. Défendre avec ténacité tout ce qu'il y a d'humain dans l'homme pourrait constituer une sorte de guide pour l'écriture de cette nouvelle morale laïque.

Et il y a des valeurs qui font consensus dans notre société (non-exploitation des humains les uns par les autres, gratuité et égalité d'accès aux soins, droits de l'enfant à naître dans un milieu familial adapté comportant un père et une mère en âge de se reproduire, origine claire des gamètes).

Il est possible que les valeurs essentielles auxquelles nous tenons tous collectivement puissent être bel et bien respectées dans la GPA à condition de l'encadrer correctement.