

Restreint
AS/Soc (2005) 9 révisé 2
5 juillet 2005

Commission des questions sociales, de la santé et de la famille

Pour une reconnaissance et un encadrement de la maternité de substitution, une alternative à la stérilité

Projet de rapport
Rapporteur : M. Michael Hancock, Royaume-Uni, LDR

I. Avant-projet de résolution

1. L'Assemblée note que l'assistance médicale à la procréation qui recouvre un ensemble de techniques permettant à un couple infertile de procréer s'est largement développée depuis les années 1980. Parmi ces diverses techniques, la maternité de substitution ou « gestation pour autrui » est le fait pour une femme de porter un enfant qui sera élevé par d'autres personnes.

2. Pour l'Assemblée, la gestation pour autrui doit être, parmi les techniques possibles l'option ultime pour une femme de pouvoir avoir un enfant. Sur le plan social et éthique, la gestation pour autrui divise l'opinion publique et les scientifiques. Cette pratique ébranle fortement les représentations traditionnelles de la famille et de la femme. Elle est perçue par certains comme un acquis bénéfique des immenses progrès intervenus dans le domaine de la procréation et par d'autres comme une dérivation de cette révolution.

3. La maternité de substitution et l'adoption d'enfants sont des méthodes traditionnelles de lutte contre l'infertilité et la mortalité materno-infantile. De nos jours, l'acceptation de cette pratique en Europe et dans le monde varie : dans certains Etats, la gestation pour autrui est considérée comme une alternative médicale à l'incapacité de grossesse et cette pratique est tolérée ou encadrée ; dans d'autres Etats, elle est interdite et cette interdiction parfois s'accompagne de sanctions pénales à l'égard des personnes y participant.

4. L'Assemblée constate que les différences de législation conduisent les couples résidant dans un pays où la pratique est interdite à se rendre à l'étranger dans un pays où la gestation pour autrui est légale ou tolérée ou encore les incitent à recourir à cette pratique de façon totalement clandestine.

5. Les nouvelles technologies de l'information permettent de mieux connaître ces pratiques dans les autres pays ; ainsi le recours à la gestation pour autrui à l'étranger est facilité et est désormais accessible à un plus grand nombre.

6. A l'heure actuelle, du fait de ces disparités entre les situations nationales, l'insécurité juridique prévaut et fait naître des conséquences préjudiciables tant pour la mère gestatrice que pour les parents ou pour l'enfant lui-même : l'état civil de l'enfant né ainsi à l'étranger peut ne pas être reconnu ; un enfant peut se retrouver sans mère légale ; l'établissement de la filiation maternelle par adoption peut se révéler aléatoire etc.

7. Le recours à la clandestinité a pour conséquences négatives l'absence pour les participants - et en particulier pour l'enfant - de toute aide médicale, psychologique et juridique adéquate. Il faut aussi relever que les coûts financiers générés par le recours à l'étranger induisent une véritable inégalité entre les couples et l'éloignement géographique est néfaste à l'établissement de liens entre les parents de l'enfant et la gestatrice, contacts qui sont bénéfiques pour tous.

8. L'Assemblée constate que les réactions différentes suscitées par la gestation pour autrui sont bien souvent basées sur des stéréotypes et des idées reçues qui en faussent la perception publique et s'opposent à une approche sereine de la question. La gestation pour autrui en étant plus largement accessible devient un fait de société qui doit interpeller les politiques. Il convient donc de porter la question sur la place publique et d'ouvrir le débat en consultation avec tous les intéressés.

9. Considérant l'expérience acquise dans ce domaine dans les pays qui reconnaissent ou tolèrent cette pratique, l'Assemblée estime que la gestation pour autrui ne saurait être illégitime :

- si elle intervient uniquement pour répondre à une infertilité
- si elle intervient comme la dernière option dans le cadre de l'assistance médicale à la procréation et si l'adoption d'enfant ou le placement nourricier ne sont pas envisageables et
- si les intérêts et droits des trois parties en cause – les couples, l'enfant à naître et la mère de substitution – sont respectés.

10. L'Assemblée invite instamment les Etats membres à revoir leurs procédures respectives d'adoption et de placement en famille nourricière afin de les rendre plus facilement accessibles et d'aider à surmonter le problème de l'infertilité et du manque d'enfants.

11. L'Assemblée considère également que la maternité de substitution, pour être une pratique acceptable, demande l'exigence du consentement éclairé de la gestatrice et des futurs parents, des contacts réguliers entre la gestatrice et les parents, le nécessaire suivi de la femme gestatrice après l'accouchement et une adaptation des règles de la filiation et des législations civile et sociale pour répondre aux conditions spécifiques de la gestation pour autrui. Cette alternative à la stérilité pose également la question du droit à l'enfant d'avoir accès à ses origines.

12. L'Assemblée invite en conséquence les gouvernements et les parlements des Etats membres du Conseil de l'Europe à ouvrir, le plus rapidement possible, le débat sur cette question au niveau national et européen en donnant la parole à tous les intervenants, afin d'encadrer cette pratique et de l'articuler autour de valeurs européennes consensuelles, dans le respect toutefois des sensibilités et traditions nationales.

II. Exposé des motifs par le rapporteur M. Michael Hancock (Royaume-Uni, LDR)^a

Table des matières

1. Préambule	4
1.1 Définitions.....	5
1.2 Position du problème.....	5
1.3 Méthodologie.....	6
1.4 Historique.....	6
1.5 Distinction entre les différentes formes de GPA.....	7
1.6 GPA « altruiste » et GPA « commerciale » : une dénomination pertinente ?.....	8
2. L'intérêt de la gestatrice	8
2.1 Point de vue social.....	8
2.2 Point de vue éthique.....	9
2.2.1 L'argument de la réification de la femme.....	9
2.2.2 L'argument de l'aliénation de la femme.....	10
2.2.3 L'argument de l'exploitation de la femme.....	10
2.3 Point de vue médical et psychologique.....	12
2.4 Point de vue juridique.....	13
3. L'intérêt de l'enfant	15
3.1 Point de vue éthique.....	15
3.2 Point de vue médical et psychologique.....	15
3.3 Point de vue juridique.....	16
4. L'intérêt des parents	18
4.1 Point de vue social.....	18
4.2 Point de vue médical et psychologique.....	18
4.3 Point de vue juridique.....	20
5. Perspectives	20
5.1 Comparaison des différentes législations favorables à la GPA.....	21
5.2 Deux modèles juridiques possibles.....	22
5.3 L'ouverture d'un débat semble nécessaire.....	22
Annexe 1 : Pratique de la gestation pour autrui en Europe et dans le monde.....	24
Bibliographie.....	25

^a Le Rapporteur tient à vivement remercier Mme Laure Camborieux, Présidente de l'Association MAIA, 5 rue Eugène Brieux, 31200 Toulouse, France, pour sa contribution à la préparation de ce rapport, ainsi que son assistante parlementaire, Mme Neha Sheth, pour les recherches documentaires effectuées sur de nombreux pays.

1. Préambule

1.1. Définitions

Assistance Médicale à la Procréation (AMP) : ensemble des techniques médicales permettant à un couple infertile de procréer. On distingue classiquement les techniques intraconjugales dans lesquelles la procréation se passe dans le couple, et les techniques avec tierce personne : donneur de gamètes ou gestatrice.

Don d'ovocyte-GPA (DO-GPA) : l'enfant est conçu à partir des ovocytes d'une femme donneuse, fécondés in vitro par le sperme du père intentionnel ; les embryons ainsi obtenus sont replacés dans l'utérus de la gestatrice. Il n'existe donc aucun lien génétique entre l'enfant et la mère gestationnelle.

Fécondation in vitro (FIV) : technique d'AMP qui consiste à prélever les ovocytes au niveau des ovaires de la femme, les féconder in vitro avec le sperme du mari puis replacer le ou les embryons obtenus directement dans l'utérus de la femme (cette dernière étape est le transfert d'embryon).

Fécondation in vitro-GPA (FIV-GPA) : l'enfant est conçu à partir des ovocytes de la mère intentionnelle, fécondés in vitro par le sperme du père intentionnel ; les embryons ainsi obtenus sont replacés dans l'utérus de la gestatrice. Il n'existe donc aucun lien génétique entre l'enfant et la mère gestationnelle.

Gamète : cellule germinale. Le gamète mâle est le spermatozoïde et le gamète femelle est l'ovocyte.

Gestation pour autrui (GPA) : fait pour une femme de porter un enfant qui sera élevé par d'autres personnes, en général un couple infertile.

GPA avec compensation financière : lorsque que la gestatrice est remboursée des frais liés à la grossesse et qu'elle reçoit une compensation financière au titre de la peine, du temps passé et des inconvénients liés à la grossesse.

GPA sans compensation financière : lorsque seuls les frais liés à la grossesse sont pris en charge par les parents intentionnels.

Gestatrice, mère gestationnelle : femme portant un enfant qui sera élevé par autrui.

Insémination artificielle (IA) : technique d'AMP qui consiste à déposer le sperme dans l'appareil génital féminin, au niveau du vagin ou de l'utérus.

Insémination-GPA (IA-GPA) : l'enfant est conçu par insémination artificielle de la gestatrice avec le sperme du père intentionnel ; la gestatrice est donc à la fois mère génétique et mère gestationnelle de l'enfant.

Maternité de substitution : gestation pour autrui. Cependant, ce terme réduit la maternité à la seule fonction de gestation, et d'autre part, le terme de substitution, appliqué en général à la gestatrice (désignée alors comme la mère de substitution) pourrait aussi bien s'appliquer à la mère intentionnelle. Nous lui préférons donc le terme de gestation pour autrui qui nous semble plus juste.

Mère porteuse : terme usuel désignant la gestatrice en français. La connotation péjorative ainsi que les nombreux stéréotypes associés à ce terme le rend inadéquat pour une étude objective de la GPA.

Parents intentionnels (mère et père intentionnels) : couple à l'origine du projet parental et qui élèvera l'enfant. En général, le père intentionnel est le père génétique et social de l'enfant, la mère intentionnelle est la mère génétique et sociale dans le cas de la FIV-GPA ou la mère sociale dans le cas de l'IA-GPA.

1.2. Position du problème

L'Organisation Mondiale de la Santé (OMS) définit l'infertilité comme l'incapacité pour un couple de concevoir un enfant au bout d'une année au moins de rapports sexuels non protégés réguliers. On estime à environ 10 à 15 % la proportion des couples confrontés à des problèmes d'infertilité. Les progrès de la médecine et en particulier de l'Assistance Médicale à la Procréation (AMP) permettront à environ 60 % de ces couples de fonder leur famille, mais souvent après un lourd parcours médical¹.

Au niveau individuel, le sentiment dominant est un sentiment d'incomplétude personnelle, de non-réalisation de soi² perçu comme un handicap invisible, entraînant un sentiment d'anormalité, de stress, de culpabilité, de faible estime de soi, d'impuissance, de peur... Cette détresse psychologique peut conduire à la dépression nerveuse, voire au suicide. Généralement, ce mal-être, et c'est une des caractéristiques de l'infertilité, affecte aussi le conjoint quelle que soit l'origine de l'infertilité. Celle-ci est d'ailleurs davantage vécue en couple qu'individuellement ; la lourdeur des investigations et des traitements médicaux peut ainsi en compromettre l'équilibre¹ et le conduire au divorce.

Au niveau social, le couple entre progressivement dans un processus d'isolement et de marginalisation vis-à-vis des relations familiales et amicales (les fêtes familiales telles que Noël, la fête des Mères, les baptêmes, etc. deviennent pénibles). Au niveau professionnel, les difficultés personnelles peuvent rejaillir sur la qualité du travail et la motivation ; les traitements obligent souvent les femmes à s'absenter du travail, limitant leur déroulement de carrière^{3,4}. Dans les pays en développement, l'infertilité peut avoir des répercussions encore plus dramatiques, s'accompagnant de violences conjugales et d'abus sexuels, de la perte de statut social et de ressources économiques, d'ostracisme, etc.⁵

Pour autant, l'infertilité est rarement considérée comme une maladie, et ce d'autant moins que le pronostic vital n'est (apparemment) pas engagé. Pourtant, l'Organisation Mondiale de la Santé définit la santé comme « *un état de bien-être physique, mental et social complet, et pas simplement l'absence de maladie ou d'infirmité* ». Selon cette définition, une personne infertile ne bénéficie donc pas d'un état de santé total ; en outre, son conjoint est généralement affecté par cet état d'infertilité.

C'est dans ce contexte que les traitements d'Assistance Médicale à la Procréation (AMP) se sont développés à partir des années 1980, permettant à un grand nombre de couples dans le monde de fonder leur famille. Dans le même temps, la méconnaissance des réalités de l'infertilité et de l'AMP ont entraîné dans le grand public des réactions de « panique morale » : « *Quand des convictions morales profondément ancrées touchant la famille et la procréation apparaissent menacées par des dangers supposés, la réaction est souvent irrationnelle ou excessive* »⁶.

La gestation pour autrui (GPA) n'a pas échappé à ce principe et a soulevé de nombreuses questions éthiques, sociales et juridiques qui peuvent interpellier la société. Pour diverses raisons, que nous détaillerons plus loin, les réactions concernant la GPA ont été beaucoup plus vives que concernant les autres traitements d'AMP, conduisant certains pays à interdire cette pratique. Dans le même temps, d'autres pays, considérant qu'il s'agissait d'une alternative médicale à l'incapacité de grossesse (par absence d'utérus, à cause de malformation utérine, etc.) ont choisi soit de « laisser faire » soit d'encadrer juridiquement cette possibilité.

Ces différences de législations conduisent les couples à rechercher une solution médicale dans un pays tiers où ce traitement médical est légalisé ou toléré. Par ailleurs, des couples n'ayant pas la possibilité de s'adresser à l'étranger, recourent à la GPA clandestinement sur leur propre sol. Dans tous les cas, les familles sont exposées à une insécurité juridique préoccupante ; lorsque la GPA se déroule clandestinement ou en l'absence de législation appropriée, la gestatrice est elle aussi exposée à une insécurité médicale, sociale et juridique.

C'est dans ce contexte que M. Monfils et plusieurs de ses collègues ont déposé une proposition de recommandation portant sur « les implications sanitaires et sociales de la maternité de substitution » devant l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, le 3 mars 2003.

L'objet du présent document est donc de faire le point des connaissances sur la GPA. Cette pratique controversée se trouve en effet à un triple carrefour : du point de vue des couples, au regard de leur droit à fonder une famille et à bénéficier des avancées de la médecine, la GPA peut légitimement répondre à certaines indications médicales. Cependant, l'intérêt des couples peut se heurter à l'intérêt des gestatrices et de l'enfant à naître. La GPA ne peut être légitime que si et seulement si ces trois droits : droit des couples, droit des gestatrices et droits des enfants sont respectés.

1.3. Méthodologie

La majorité des données présentées dans ce rapport est issue d'articles publiés dans des revues (médicales, juridiques ou éthiques) à comité de lecture. Dans les années 1980-1990, la majorité des articles consacrés à la GPA étaient des articles juridiques ou éthiques ; le nombre d'articles médicaux et psychologiques est en augmentation constante depuis le milieu des années 1990.

Ces informations ont été complétées par des entretiens informels avec des professionnels : médecins, psychologues, juristes...travaillant dans le champ de l'infertilité et/ou de la GPA.

Les associations impliquées dans la GPA nous ont aussi apporté des informations précieuses sur les réalités de terrain en Grande-Bretagne et aux Etats-Unis, notamment. Des entretiens avec des gestatrices, des parents intentionnels, ainsi que la lecture de nombreux messages sur les forums Internet nous ont permis de dessiner une image plus vivante, moins académique, de la GPA. Les informations ainsi obtenues n'ont pas de prétention scientifique, mais donnent un éclairage différent sur cette pratique.

1.4. Historique

La première mention historique de la GPA remonte à l'Ancien Testament, notamment dans la Genèse (Genèse 16 et 30). Dans l'Antiquité romaine, la GPA était organisée pour assurer le renouvellement des générations menacé par l'infertilité et la mortalité materno-infantile⁷.

Dans certaines communautés africaines, une femme infertile peut se marier avec une femme fertile, qui conçoit un enfant avec le mari de la femme infertile ; cet enfant est considéré comme l'enfant de la femme infertile. D'autres solutions sont possibles : conception d'un enfant par le frère du mari infertile ou par la sœur de la femme infertile, adoption d'un enfant ... : « *presque partout en Afrique, la parenté biologique passe au second plan derrière la parenté sociale* »⁸. Ces pratiques sont fréquentes dans de nombreuses autres cultures⁹.

En 1978, cependant, la première Fécondation In Vitro (FIV) permet la naissance de Louise Brown. Le premier cas de FIV-GPA est publié aux Etats-Unis en 1985¹⁰, en Afrique du Sud et en Grande-Bretagne¹¹ en 1987 et en Australie³ en 1988. Ainsi, la GPA a de tout temps et en tout lieu été utilisée pour permettre à des couples infertiles de fonder leur famille. Mais à une pratique ancestrale et naturelle (l'insémination étant réalisée par rapport sexuel) se substitue progressivement une pratique faisant intervenir le milieu médical et donc sortant la GPA du cadre strictement familial et confidentiel.

En 1984, le Comité Warnock, en Grande-Bretagne affirme son opposition de principe à la GPA et propose d'en interdire toute forme (avec ou sans compensation financière), sans toutefois prévoir de poursuites pénales contre les parents et les gestatrices. Cependant, deux membres du comité, W. Greengross et D. Davies, expriment publiquement que « *... dans de rares cas, la gestation pour autrui peut être bénéfique pour le couple en dernier ressort... Dans l'intérêt supérieur de l'enfant auquel elle peut donner naissance, nous pensons qu'une vigilance et un contrôle rigoureux sont nécessaires* »¹².

En 1985, Kim Cotton¹³, une jeune femme anglaise, met au monde Baby Cotton, conçu par insémination artificielle avec le sperme d'un Américain qu'elle n'avait jamais rencontré. Une agence américaine, offrant 6 500 £ à des femmes acceptant de porter un enfant et de le remettre à son père génétique, a servi d'intermédiaire. A la naissance de Baby Cotton, l'hôpital place l'enfant auprès des services sociaux et Kim ne peut la remettre à son père, comme elle en avait l'intention. Un jugement déclare peu après que Kim Cotton a volontairement renoncé à ses droits parentaux ; le père biologique et

sa femme sont déclarés parents de l'enfant. Le cas soulève une vive émotion en Grande-Bretagne et The Surrogacy Arrangement Act (1985) interdit l'activité des agences commerciales, mais sans interdire la GPA en elle-même.

En 1986, aux Etats-Unis, Mary Beth Whitehead donne naissance à Baby M, conçue elle aussi par insémination. Dans un premier temps, elle remet l'enfant à son père génétique, William Stern, puis quelques jours après, souhaite le reprendre. Un premier jugement confie l'enfant à son père génétique et autorise Mme Stern à l'adopter ; en appel, le juge refuse l'adoption mais laisse l'enfant aux Stern et accorde un droit de visite à Mme Whitehead. La longue bataille judiciaire autour de ce cas alimente la polémique autour de la GPA. Cependant, « *l'affaire semble avoir été mal conduite du début à la fin et pourrait servir de cas d'école sur les erreurs à ne pas commettre lorsqu'on fait appel à une gestatrice pour avoir un enfant* » (Steinbeck, in Edelman¹⁴).

En 1990, The Human Fertilisation and Embryology Act fixe le cadre général de la GPA en Grande-Bretagne. La même année, l'Allemagne interdit la GPA. En 1995, la Russie promulgue une loi autorisant la GPA.

En France, deux associations à but non lucratif aidaient les couples et les gestatrices à mener leur projet ; contrairement aux cas cités précédemment, il n'y a pas eu de problème majeur dans le déroulement de ceux-ci. Pourtant, le Comité National Consultatif d'Éthique français se prononce contre la GPA en 1988 ; à ce moment là, seul le cas de l'IA-GPA a été étudié. La loi de bioéthique votée en 1994 entérine cet arrêt dans l'article 16-7 du code civil et l'assortit de sanctions pénales à l'encontre des intermédiaires (médecins, avocats, associations, etc.) mais aussi à l'égard des parents intentionnels qui participeraient à des accords de GPA. Entre 2000 et 2004, la loi de bioéthique a été révisée sans que le débat sur la GPA soit rouvert.

Entre 1995 et 2000, on observe une tendance à la généralisation de la gestation pour autrui dans de nombreux pays. Le comité d'éthique de la fédération des gynécologues obstétriciens d'Asie-Océanie¹⁵ note que, autorisée dans 9 % des pays d'Océanie en 1995, la GPA devient possible dans 27 % d'entre eux. En 2002, la Grèce a légalisé la GPA, mais l'Italie l'a interdite en 2003.

Trois situations existent à l'heure actuelle concernant la GPA (voir Annexe 1) :

- Certains pays ont choisi d'élaborer une législation spécifique encadrant la GPA et organisant le transfert de parentalité entre la mère gestationnelle et les parents intentionnels.
- D'autres pays n'ont pas légiféré mais tolèrent l'existence de la GPA sur la base d'accords privés entre gestatrice et parents intentionnels.
- Enfin, certains pays ont choisi d'interdire cette pratique.

1.5. Distinction entre les différentes formes de GPA

Historiquement, la procréation pour autrui est la plus ancienne des méthodes de lutte contre l'infertilité. Dans ce cas, une femme fertile conçoit par rapport sexuel un enfant avec le père intentionnel, dont la femme est stérile. Par la suite, le développement de l'insémination artificielle (IA) a permis d'éviter le rapport sexuel, le sperme étant déposé artificiellement dans l'organisme féminin. Dans ces deux premiers cas, la gestatrice est à la fois mère génétique et mère gestationnelle de l'enfant.

Récemment, la FIV-GPA a permis de concevoir des embryons à partir des gamètes des parents intentionnels, ces embryons étant ensuite implantés dans l'utérus de la gestatrice. Dans ce cas, il n'existe aucun lien génétique entre la gestatrice et l'enfant qu'elle porte.

Ainsi, dans le premier cas, la GPA a été assimilée à un adultère et dans le second, à un abandon d'enfant par sa mère biologique. Par manque de clarification, l'amalgame entre ces trois formes de pratiques, recouvrant pourtant des réalités profondément différentes, a conduit à discréditer la GPA aux yeux du public.

Pourtant, la FIV-GPA est, à de nombreux points de vue, moins problématique^b que l'IA-GPA et la société l'accepte plus facilement¹⁶ ; paradoxalement, c'est pourtant cette forme de GPA qui est particulièrement visée dans les législations condamnant la GPA car par définition, l'IA-GPA, ne nécessitant aucune intervention médicale, échappe à tout contrôle.

Ainsi, lorsque ce sera pertinent, nous distinguerons ces deux formes de GPA.

1.6. GPA « altruiste » et GPA « commerciale » : une dénomination pertinente ?

La GPA « altruiste » où seuls les frais liés à la grossesse sont remboursés par les parents intentionnels s'oppose à la GPA « commerciale » où la gestatrice reçoit en plus du remboursement des frais une compensation financière au titre de la peine, de la douleur, du temps passé pour la grossesse.

La GPA « commerciale » soulève de nombreuses objections éthiques :

- Elle conduit potentiellement à la réification de la femme et de l'enfant.
- L'accord oblige la gestatrice à remettre l'enfant intentionnel et l'empêche de garder l'enfant si elle souhaite changer d'avis après la naissance.
- Elle conduit potentiellement à l'exploitation des femmes et limite leur consentement éclairé.
- Les relations artificielles, créés entre inconnus, risquent d'être problématiques et de provoquer des litiges entre les parties.
- L'existence d'intermédiaires rémunérés peut accroître le risque d'exploitation des femmes.

La GPA « altruiste » se déroulerait plutôt entre proches (famille, amis...) et est généralement regardée avec bienveillance car elle évoque la générosité, le don de soi, l'abnégation, et se déroulant entre proches, ne présente pas de risque d'exploitation financière de la femme. De fait, la GPA « altruiste » est plus facilement admise par les législations favorables à la GPA. En revanche, la GPA « commerciale » fait souvent l'objet d'un rejet violent, les termes employés étant souvent dégradants : « vente/achat d'enfant », « location d'utérus », « ventre à louer », voire « prostitution ».

Pourtant, il est difficile de considérer que l'aspect financier constitue la seule et unique motivation des gestatrices recevant une compensation ; nombre d'entre elles sont avant tout animées de motivations altruistes, l'aspect financier n'étant pas prioritaire .

Ces dénominations « altruiste » et « commerciale » induisent donc un *a priori* moral et nous proposons donc de remplacer ces termes par « GPA avec » ou « sans compensation financière ».

2. L'intérêt de la gestatrice

2.1. Point de vue social

La GPA, séparant clairement la fonction de reproduction et la fonction sociale de la mère, modifierait l'image classique de la mère et de la famille, et porterait atteinte à l'organisation sociale.

De manière paradoxale, certaines féministes s'opposent à la GPA parce que, profondément patriarcale, elle maintiendrait les gestatrices dans leur rôle de mère, en permettant à des hommes d'assurer leur descendance génétique ; cet argument ne pourrait s'appliquer qu'à l'IA-GPA. En revanche, d'autres féministes¹⁷ considèrent que les gestatrices sont mal considérées justement parce qu'elles bousculent la vision traditionnelle de la mère : elles portent un enfant dont leur mari n'est pas le père, et tout en permettant à des femmes d'assurer leur descendance génétique (dans le cas de la FIV-GPA). D'autres enfin saluent cette pratique qui redonne une place au corps de la femme et offre ainsi une résistance à la logique scientifique, qui voudrait que les corps soient morcelables, interchangeable entre

^b Dans notre pratique quotidienne, nous rencontrons peu d'hostilité face à la FIV-GPA ; les réticences sont plus fortes vis-à-vis de l'IA-GPA

hommes et femmes. La pratique fait ressortir de manière dérangeante le fait que la naissance d'un enfant peut résulter de l'échange symbolique, et pas seulement du don biologique¹⁸.

Or, pour bon nombre de femmes, la maternité réside principalement dans le lien génétique et non dans la grossesse^{19, 20}. Ainsi, certaines gestatrices perçoivent le lien génétique comme primordial et n'envisagent pas d'entrer dans un parcours d'IA-GPA mais choisissent la FIV-GPA : elles ne considèrent pas l'enfant comme le leur²¹. Pour d'autres femmes, la maternité est liée à la grossesse et elles ne pourraient devenir gestatrices. Pour d'autres enfin, le projet parental est primordial et le parcours d'IA-GPA ne leur paraît pas problématique.

« Ma sœur Cynthia savait qu'elle ne pourrait pas donner naissance à un bébé pour quelqu'un d'autre. En revanche, elle m'a généreusement proposé de me faire don d'ovocytes si besoin était. Pour Cynthia, l'origine de la maternité résidait davantage dans le fait de porter un bébé que dans le lien génétique ; pour [ma sœur] Linda, c'était le contraire. Cette divergence de vues résumait les différences individuelles qui coexistent dans les significations culturelles de la maternité »¹⁸.

Les gestatrices (de même que les parents intentionnels) ont rencontré peu de réactions négatives de la part de leur entourage^{21, 22, 23, 24} : *« La plupart des femmes de cet échantillon ont indiqué que leur décision de porter l'enfant d'une autre avait recueilli un soutien social de la part de leur famille et de leurs amis et n'avait que dans de rares cas été jugée défavorablement par d'autres personnes »²⁴.*

Au vu de ces résultats, rien n'indique que la GPA soit source de trouble à l'ordre public.

2.2. Point de vue éthique

2.2.1. L'argument de la réification de la femme

Selon de nombreux auteurs, la GPA va à l'encontre du précepte kantien *« Agis de telle sorte que tu traites l'humanité, aussi bien dans ta personne que dans la personne de tout autre, toujours en même temps comme une fin et jamais simplement comme un moyen »* (Kant). La représentation sociale de la famille, qui veut qu'un enfant n'ait qu'une seule mère, peut inciter à nier l'existence de la mère gestationnelle. La gestatrice serait utilisée par les parents intentionnels comme un simple « incubateur », une « reproductrice payée », un « objet d'échange parfaitement monétisable et fongible »²⁵ qui n'est reconnu que pour sa seule fonction de gestation. Dans ces conditions, la GPA apparaît déshumanisante et donc immorale.

Cet argument apparaît beaucoup moins solide lorsqu'on sait que les parents intègrent l'intervention de la gestatrice dans leur « roman familial ». Actuellement, le type d'arrangement auquel avait participé Kim Cotton¹⁴, où les contacts entre gestatrice et parents étaient restreints voire interdits^c, sont rares. Ils sont largement remplacés par des arrangements où les contacts gestatrice/parents sont favorisés et encouragés.

Pendant la grossesse

Très majoritairement, les gestatrices ont jugé leurs relations avec les parents intentionnels harmonieuses et le degré d'implication du couple au cours de la grossesse satisfaisant^{26, 27, 28}.

Les mères intentionnelles participent généralement aux rendez-vous médicaux des gestatrices. Très fréquemment, les parents intentionnels assistent à l'accouchement et accueillent le bébé^{25, 28, 29}. *« La mère intentionnelle a établi un lien très fort avec la mère gestationnelle et a participé de près à la grossesse »²⁸*. Le fait de partager de manière très étroite la grossesse aide les mères intentionnelles à former le lien maternel et à se préparer à accueillir le bébé ; ces contacts facilitent le transfert de parentalité et l'établissement du lien mère-enfant^{28, 29}.

^c Il semble que le programme russe fonctionne encore selon ce principe.

Après la naissance

En règle générale, les parents restent en contact avec la gestatrice après la naissance de l'enfant par envoi de cartes et photographies et/ou rencontres^{27, 29}. Les parcours les plus réussis, « *le voyage parfait* », permettent d'établir des relations durables et d'une grande intensité, notamment entre les deux femmes³⁰.

Le terme de « sœur » ou « amie » revient souvent pour qualifier la nouvelle relation créée par la GPA : « *Pour toutes les participantes, c'était davantage qu'une simple transaction commerciale qui se terminerait automatiquement une fois le bébé remis aux parents intentionnels.* »²²

Globalement, les gestatrices ont trouvé « *qu'il s'agissait d'une expérience émotionnellement enrichissante, sans effet négatif sur elle ou leur famille.* »³¹.

Ainsi, tout au long du processus, se créent des relations où « *la notion d'échange de cadeaux reconnaît leur contribution spécifique à la création d'une famille, un acte qui ne peut pas (et de l'avis de nombreuses participantes ne devrait pas) être réduit à une simple marchandisation* »^{32, 33, d}.

2.2.2. L'argument de l'aliénation de la femme

On a aussi reproché à la GPA d'être une forme d'aliénation de la femme : la gestatrice doit accepter la grossesse mais sans établir de lien affectif avec l'enfant qu'elle porte et qu'elle devra remettre aux parents intentionnels. « *On peut plutôt affirmer que le lien entre une femme enceinte et son enfant fait généralement (ou devrait faire) partie intégrante de sa grossesse.* »³⁴. De ce point de vue, l'activité d'une gestatrice ne peut pas être considérée comme un travail quelconque, obéissant aux règles du marché ; pour Anderson, c'est une forme d'aliénation et « *renoncer à un enfant est le type de choix que toute personne devrait [être autorisée] à faire* »³⁵.

Cependant, Fischer et Gillman (1991) dans leur étude psychanalytique de la GPA notent : « *Un cas comme celui de Mary Beth Whitehead est une anomalie. [...] En pareille situation, on ne peut appliquer les mêmes normes ou anticipations concernant l'attachement des mères aux bébés qu'elles portent pendant leur grossesse, ni par conséquent s'attendre à ce que les gestatrices se comportent de la même manière* »³⁶.

Ainsi, la grossesse peut être vécue différemment par les femmes : certaines aiment être enceintes mais ne souhaitent pas nécessairement élever les enfants. Certaines femmes placent la maternité dans le lien génétique plus que dans la gestation.

Bannir la GPA reviendrait à vouloir défendre contre les évidences « *une image de la maternité idéale* »³⁷ et « *à interdire aux mères de donner de leur grossesse les interprétations différentes qu'elles pourraient souhaiter (et souhaitent parfois) en donner* »^{18, 38, 39}. Lori Andrews affirme quant à elle que la GPA est un des bénéfices du mouvement de libération des femmes, qui ont acquis la certitude que la grossesse est avant tout une histoire personnelle⁴⁰.

2.2.3. L'argument de l'exploitation de la femme

Une des objections majeures à la GPA avec compensation est le risque d'exploitation des femmes. Une femme très pauvre pourrait ainsi choisir d'entrer dans un accord de GPA pour subvenir à

^d De manière intéressante, Ragoné compare la GPA et le don d'ovocyte, où l'anonymat, permettant de nier la contribution de la donneuse, constitue une réification de celle-ci. Pourtant, ce modèle de l'anonymat est largement répandu et défendu.

ses besoins ; elle risque alors d'être l'objet de coercition et de pression qui compromettent la liberté de son consentement. Ainsi en l'absence de consentement libre et éclairé, l'autonomie de la femme ne serait pas totale et cela pourrait l'exposer à un danger médical et/ou psychologique.

L'exploitation : mythe ou réalité ?

De nombreux auteurs ont étudié ce paradigme. Selon eux, considérer qu'une gestatrice, parce que femme et pauvre, est incapable de donner un consentement libre et éclairé paraît inutilement condescendant, paternaliste, voire insultant^{17, 41, 42, 43}. Au contraire, la compensation financière peut permettre aux gestatrices d'échapper à une activité salariée précaire et mal payée, ou de cesser cette activité le temps de la grossesse. « *Le mieux serait de chercher à éviter l'exploitation par d'autres moyens : en veillant à ce que les gestatrices soient bien payées et/ou en leur offrant d'autres possibilités de gagner de l'argent sans être exploitées* »⁴⁴. Et à tout prendre, la GPA avec compensation est par définition moins exploitante que la GPA sans compensation.

Mais surtout, l'image de la gestatrice pauvre et exploitée semble relever plus du stéréotype que de la réalité : « *J'admets que, quand j'ai commencé les entretiens en cherchant des preuves que les femmes avaient été exploitées, j'ai été dépitée que la première gestatrice interrogée, une infirmière en service de soins intensifs, ait un niveau de revenu supérieur au mien ; elle ne cadrait pas avec mon idée préconçue de femme opprimée et exploitée. Plus tard, alors que je me rendais au domicile d'une gestatrice chicana [...], j'ai pensé : « Je tiens mon exemple de femme exploitée ». Or pendant l'entretien elle m'a impressionnée par sa détermination et sa conviction [...]* » (Lori Andrews in Willmott⁴²).

L'effet des normes sociales

La GPA avec compensation est d'autre part perçue comme immorale car elle semble violer « *le supposé instinct maternel et [abolit] la maternité « naturelle »* »⁴⁴. Cependant, cette vision repose essentiellement sur une représentation traditionnelle des genres : « *Parce que la maternité est censée être normale, naturelle et appropriée pour les femmes, conclure un accord commercial de gestation pour autrui apparaît déviant, contre nature et inapproprié. [...] Accepter de porter un enfant pour de l'argent est contraire aux normes selon lesquelles une femme devrait devenir enceinte par amour* »⁴⁵.

Cet effet des normes de genre s'observe dans d'autres pratiques médicales : des femmes exprimant une motivation financière à faire un don d'ovocyte ont été refusées par les médecins responsables du programme, tandis que les donneurs de sperme exprimant les mêmes motivations financières étaient acceptés³³.

Les avantages supposés de la GPA sans compensation

De nombreuses études montrent que les pressions familiales^e – inconscientes ou non – peuvent être aussi efficaces pour convaincre une femme d'entrer dans un parcours de GPA^{17, 45}. Par exemple, parmi les gestatrices acceptées par l'Infertility Clinic à Helsinki⁴⁵, certaines étaient les mères des mères intentionnelles. L'une d'elles, âgée de 52 ans, souffrait de fibromes utérins et d'une perturbation modérée du métabolisme glucidique ; l'autre, âgée de 48 ans, avait souffert d'ischémie cérébrale et de migraine, sciatique, et d'un ulcère gastrique. De même, la première gestatrice en Afrique du Sud était la grand-mère génétique et gestationnelle (49 ans) des triplets¹⁷. L'absence d'autre gestatrice potentielle a probablement influencé d'une part le choix de ces femmes de devenir gestatrices et d'autre part le choix de l'équipe médicale de les accepter en traitement.

^e « *Les études sur les dons de reins par des donneurs vivants laissent à penser que les femmes sont particulièrement vulnérables à l'exploitation au sein de la famille. [...] des pressions situationnelles ou indirectes, telles qu'un sentiment de culpabilité, les attentes supposées de la famille, [...] perturbent la donneuse. [...] Marine, Simmons et Marine avancent l'idée que le don est une extension des obligations familiales traditionnelles de la femme consistant à soigner et à donner et entretenir la vie.* »⁴⁵

Fréquemment, la GPA entre proches est supposée se dérouler sans accroc « dans la paix des familles » ; à l'inverse, entre personnes ne se connaissant pas, on suppose que des problèmes relationnels vont survenir et perturber le déroulement du processus. Nous avons déjà évoqué le problème des pressions familiales qui peuvent conduire une gestatrice à s'engager dans la GPA plus ou moins contre son gré ; que des désaccords surviennent ou qu'elle souffre de troubles psychologiques consécutifs à la grossesse, la famille en sera durablement affectée. En revanche, la rencontre gestatrice/parents intentionnels peut s'effectuer sur la base de points communs et résulte en général d'un choix mutuel. C'est certes une rencontre de circonstance mais entre personnes qui se rassemblent autour d'un projet commun.

En définitive, la protection de la gestatrice n'est pas liée à la présence ou à l'absence de compensation financière : qu'elle reçoive ou non une compensation, les écueils de la GPA sont sensiblement les mêmes. En revanche, une sélection stricte (sur critères médicaux et psychologiques), une information complète (médicale et juridique) et un soutien constant lui permettront de prononcer un consentement éclairé, respectant sa liberté d'entrer dans un tel parcours et assurant sa protection.

Plusieurs auteurs insistent sur l'importance du conseil médical, psychologique et juridique pour les deux parties. Les contrôles mis en place dans les programmes britanniques ou américains permettent d'écartier les couples et/ou gestatrices inaptes à la GPA^{11, 12}. En général, les raisons invoquées ont été d'ordre psychologique, financier (la gestatrice présentait une situation financière instable) et/ou des préoccupations concernant le bien-être de l'enfant, un âge ou une indication médicale inadéquat.

2.3 Point de vue médical et psychologique

Des femmes presque comme les autres

Plusieurs études ont décrit le profil type des gestatrices américaines et britanniques^{22, 24, 27, 37, 46}. Les gestatrices sont en majorité blanches, âgées d'environ 30 ans, mariées ou vivant en concubinage, mères d'au moins un enfant. Elles ont eu une ou des grossesses sans complication. Elles ont un niveau d'étude moyen. Elles travaillent le plus souvent à temps partiel ou sont femmes au foyer ; leur compagnon assure un complément de revenu et leur apporte en général un soutien émotionnel important.

Dans la plupart des pays permettant la GPA, il est interdit de faire de la publicité pour motiver une gestatrice. Elles ont donc souvent été informées de son existence par les médias^{22, 27} et ont attendu en moyenne 6,2 ans avant de réaliser leur projet²⁷. Ce choix provient très largement des futures gestatrices elles-mêmes, en total accord avec leur partenaire^{22, 23, 27} : « *Aucun élément ne permettait de penser qu'elles avaient été contraintes par leur partenaire ou leur mari à devenir des mères gestationnelles, bien que plusieurs aient indiqué expressément qu'elles ne l'auraient pas fait sans le soutien manifeste de celui-ci* »²². Lorsque les gestatrices sont connues du couple (sœurs, amies), la proposition est venue de la gestatrice elle-même et non de la mère intentionnelle²⁸.

Les candidates gestatrices ne présentent aucune pathologie psychologique particulière ; elles sont plutôt extraverties, altruistes, actives, imaginatives^{23, 24, 37}.

Ainsi, « *La gestatrice « moyenne » apparaît comme une mère blanche ayant un degré d'instruction et un niveau de revenu corrects. Collectivement, elles ne peuvent être décrites comme pauvres et opprimées, et elles n'ont pas besoin de la rétribution qu'elles reçoivent pour subsister* »⁴⁷.

« *L'argent n'était pas important [...] Mon père m'aurait donné cet argent pour que je ne le fasse pas* » (Ragoné, 2003).

La principale motivation des gestatrices potentielles est un besoin d'accomplissement personnel et de reconnaissance^{23, 24, 27, 37} : « *Elles ne sont peut-être pas en mesure de trouver un remède pour le cancer, mais elles ont le sentiment, en mettant au monde une vie nouvelle, d'apporter la meilleure contribution dont elles soient capables, car porter un enfant est quelque chose qu'elles « savent bien faire »* »²² La plupart d'entre elles ont été confrontées, à un moment donné de leur vie, au problème de

l'infertilité dans leur entourage, et ont ressenti de la compassion à l'égard des couples infertiles. Ainsi, de nombreuses candidates gestatrices - par exemple quand elles avaient été adoptées par leurs parents - ont voulu par là « rendre à la société ce qui leur avait été donné »²².

L'aspect financier n'est pas majeur dans leur choix de devenir gestatrices : « *Beaucoup de directeurs de programmes de GPA rapportent que des gestatrices leur téléphonent sans savoir qu'il y a une rémunération à la clé [...] Presque toutes les gestatrices [interrogées] ont déclaré – à maintes reprises – que la rémunération avait de moins en moins d'importance à mesure que le temps passait.* »³³

Ainsi, une des principales motivations des mères gestationnelles est de créer une relation forte avec le couple⁴⁸ :

« *Personnellement, je ne voulais pas risquer de compromettre une excellente relation en basant tout sur l'argent. [...] Mes tarifs étaient dans la moyenne (20 k), mais j'étais disposée à conclure à 3 500 \$ [...] parce que les parents intentionnels habitaient tout près et que ce sont des gens vraiment formidables ! Pour ma part, je ne veux pas que ce soit seulement une affaire de chiffres.* »

La compensation financière apparaît plutôt comme une reconnaissance des responsabilités que ces femmes assument pendant neuf mois, ainsi que du temps passé, des inconvénients, etc. liés à ce projet^f.

Les gestatrices pourraient être plus attachées à l'état de grossesse – qui leur permet d'atteindre l'image de soi idéale – qu'au fœtus lui-même ; elles pourraient alors se sentir « *plus fortes, plus solides et plus confiantes que l'image qu'elles ont habituellement d'elles-mêmes* »³⁷. Comparant leur propre grossesse et la grossesse pour autrui, elles reconnaissent facilement que le bébé « *n'est pas le leur* »^{27, 37, 47}. La joie d'être enceinte a été évoquée spécifiquement par beaucoup de gestatrices : « *la gestation pour autrui me permet d'être enceinte et de donner naissance, sans la responsabilité d'élever l'enfant.* »²²

Dans le groupe interrogé par Jadva, les gestatrices ont globalement ressenti peu ou pas de difficultés après la remise de l'enfant aux parents intentionnels, difficultés qui se sont par ailleurs estompées au cours du temps. Aucune des gestatrices n'a développé de dépression nerveuse à court, moyen ou long terme²⁷. Söderström-Antilla⁴⁶ relate quant à lui que 11 % des gestatrices ont présenté des symptômes dépressifs (dont la moitié nécessitant le recours à un traitement antidépresseur et psychothérapique). Bien que ce taux semble en accord avec la prévalence des dépressions post-partum, il met l'accent sur le nécessaire suivi de la gestatrice après l'accouchement.

Dans les rares cas où une gestatrice a refusé de rendre l'enfant, il s'est révélé qu'elle n'avait pas confiance dans les parents demandeurs pour l'élever²², soit parce qu'ils n'avaient manifesté aucun intérêt pour lui durant la grossesse, soit parce que le couple s'était séparé au cours de la grossesse (association COTS, communication personnelle). Mais encore faut-il préciser que dans ces quelques rares cas, la gestatrice était aussi liée génétiquement à l'enfant.

La motivation financière tendrait donc à s'estomper au profit des autres motivations : volonté d'aider un couple, volonté de vivre une grossesse, accomplissement personnel. La GPA devenant socialement mieux acceptée, une autre population féminine, motivée avant tout par des raisons altruistes, se tourne aujourd'hui vers la GPA. D'autre part, les arrangements permettant des contacts entre gestatrice et parents remplacent les arrangements anonymes, rendant la motivation altruiste plus réaliste.

^f Dans une situation optimale, l'investissement en temps pour la gestatrice est d'environ un an (comprenant les tests de sélection, tests médicaux, traitements médicaux). En cas d'échec, l'investissement en temps peut être beaucoup plus long (un an et demi, deux ans...) pendant lesquels la gestatrice s'investit difficilement sur d'autres projets professionnels ou personnels.

2.4 Point de vue juridique

Le principe de l'indisponibilité du corps humain

Ce principe, cité notamment en France lorsqu'on veut justifier l'interdiction de la GPA, signifie qu'une personne ne peut disposer librement de son corps, ni gratuitement ni a fortiori contre rétribution. On ne peut intervenir sur le corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne. En conséquence, la GPA, avec ou sans compensation, est illicite⁶⁷.

L'application stricte de ce principe rendrait illicite le don de sang et de moelle osseuse, le don de gamètes, le don d'organes entre vivants, la recherche médicale sans bénéfice direct, etc., pourtant prévus par la loi. « *L'interdiction de la GPA a cessé d'être justifié depuis que les lois de 1994⁹ ont normalisé certains modes de procréation hétérologues* »⁶⁷.

Le principe de non-commercialisation du corps humain

Ce principe complète le premier : les conventions conférant une valeur patrimoniale au corps, ses produits ou ses éléments sont interdites. Cependant, le don de sperme ou d'ovocyte donne fréquemment lieu à une compensation financière dans plusieurs pays : « *Les donneuses qui fournissent les ovocytes ... ne devraient pas recevoir de compensation. Néanmoins, cela n'exclut pas qu'elles soient dédommagées pour les dépenses, l'investissement en temps et les risques associés au don.* » (Consensus international de l'IFFS sur la procréation assistée, 2001).

De même, les protocoles de recherche médicale sans bénéfice direct peuvent prévoir que « *les frais exposés et les pertes subies peuvent être remboursés et le cas échéant, une compensation modeste peut être attribuée pour les inconvénients inhérents à la recherche médicale* » (Recommandation R(90)3 du comité des Ministres aux Etats membres sur la recherche médicale sur l'être humain). En revanche, l'absolue nécessité d'un consentement éclairé est soulignée dans ce texte.

Ainsi, plusieurs pays (Grande Bretagne, Israël, Etats Unis, Afrique du Sud) ont reconnu la validité du remboursement des dépenses liées à la grossesse, le coût des conseils légaux, psychologiques et médicaux et d'une assurance vie, et d'une compensation financière pour la peine, le temps passé et les inconvénients liés à la grossesse. La compensation doit rester « raisonnable » et être versée sur une base mensuelle (et non pas lors de la remise de l'enfant) au risque sinon de rendre la convention nulle (pour détails, voir par exemple « Uniform Parentage Act^h, section 8, USA, 2000). Dans ces conditions, la convention porte sur un service rendu mais certainement pas sur une vente d'enfant.

L'intérêt des conventions de gestation pour autrui

Ces conventions, lorsqu'elles sont exécutoires, obligent la gestatrice à remettre l'enfant à ses parents intentionnels. De leur point de vue, cette mesure est protectrice car elle protège leurs droits vis-à-vis de l'enfant à naître.

Cependant, beaucoup de commentateurs ont jugé cette clause abusive, en vertu des liens particuliers qui se tissent entre une femme et l'enfant qu'elle porte.

Une telle convention est pourtant protectrice à l'égard de la gestatrice et de l'enfant. En effet, en l'absence de clause exécutoire, les parents intentionnels pourraient refuser, après la naissance, l'établissement de la filiationⁱ à leur égard : la gestatrice serait alors désignée comme étant la mère de

⁹ En France, les lois de bioéthiques de 1994 ont organisé (entre autres) le don d'organe et de gamètes, sur la base de l'anonymat et de la gratuité.

^h <http://www.law.upenn.edu/bll/ulc/upa/final00.htm>

ⁱ Dans l'affaire Buzzanca, le couple a divorcé un mois avant la naissance de l'enfant issu d'un don d'embryon. Le père intentionnel, en l'absence de lien génétique avec l'enfant, a refusé d'assumer sa paternité juridique ; un premier jugement statuait en outre que ni la mère intentionnelle, qui le souhaitait, ni la gestatrice ne pouvait être désignée

l'enfant, son mari serait désigné comme le père. Et dans la mesure où elle peut éviter une longue bataille juridique pour déterminer la filiation, elle est aussi bénéfique à l'enfant.

3. L'intérêt de l'enfant

3.1. Point de vue éthique

A de multiples reprises, la GPA avec compensation a été décrite comme une vente d'enfant. « *La GPA oblige les mères à vendre leurs enfants, à les utiliser comme des objets pour faire du profit. Les marchés du travail procréatif donnent la possibilité de céder des bébés au plus offrant, en faisant en sorte que leur valeur soit maximale* »³⁶.

Puisque sa conception et sa naissance a donné lieu à un échange d'argent, l'enfant pourrait alors souffrir du sentiment d'avoir été acheté. A cette assertion stigmatisante, Van Niekerk objecte : « *Le fait que [les parents] ont eu cet enfant dans le cadre d'une convention de GPA [...] n'implique aucunement qu'ils l'utiliseront comme un instrument ou un objet pour accomplir leurs tâches ménagères [...] ni qu'ils vendront l'enfant quand il ne leur servira plus – pas plus que s'ils l'avaient eu de manière classique.* »⁴⁹

D'autre part, si les normes économiques devaient s'appliquer dans les faits à la GPA, on devrait alors assister à une tarification de type commercial suivant le nombre ou le sexe de l'enfantⁱ. Ce type de pratique serait immanquablement et avec raison condamné par les Etats compétents. De plus, l'intérêt des mères gestationnelles pour les bébés qu'elles portent ne soutient pas non plus cette hypothèse : lorsque les services sociaux anglais ont demandé à Kim Cotton si elle acceptait que Baby Cotton soit remise à un autre couple infertile, elle répondit : « *J'ai dû refuser. J'ai toujours estimé que j'avais mis au monde ce bébé pour ces parents particuliers et je pensais aussi que le père pourrait avoir des droits de recours.* » Si ses parents intentionnels n'avaient pas obtenu la garde de Baby Cotton, Kim et son mari l'auraient gardé avec eux¹⁴.

Etre parent ne signifie pas que l'on puisse disposer à sa guise de l'enfant, mais que l'on est responsable de lui. De ce point de vue, la GPA ne constitue pas un don ou une vente d'enfant, mais la transmission des droits et devoirs parentaux de la mère gestationnelle à la mère intentionnelle (qui peut être aussi la mère génétique). Cette dernière sera aussi, de manière comparable à l'adoption, la mère sociale : « *la gestatrice souscrit simplement à un contrat par lequel elle renonce à son droit de revendiquer la parenté juridique de l'enfant à naître.* »⁵⁰

3.2. Point de vue médical et psychologique

Selon une estimation de Ragone²⁴, on compterait 10 000 enfants nés grâce à la gestation pour autrui aux Etats-Unis jusqu'en 1994. La littérature portant sur les familles issues de GPA est peu abondante, à l'instar des études sur les enfants adoptés ou issus de techniques d'AMP, car par définition, le simple fait de singulariser ces enfants pourrait induire des perturbations et est souvent jugé non éthique.

De nombreux travaux ont montré que des liens se créent entre le fœtus et sa mère durant la grossesse ; il est donc légitime de considérer l'impact de la rupture de ces liens sur le développement de l'enfant.

De ce point de vue, si la situation est comparable à celle de l'adoption, des différences majeures existent pourtant. Contrairement à l'adoption, l'enfant a un lien génétique avec un (sinon les deux) parent

comme mère. La cour d'appel de Californie s'est appuyée sur les intentions des parents, telles que définies dans la convention passée avec la gestatrice, pour les désigner comme parents légaux de l'enfant. <http://www.surrogacy.com/legals/jaycee/jayceesum.html>

ⁱ En juillet 2004, un trafic d'enfant a été démantelé en France. Un bébé masculin était vendu 6000 euros alors qu'une fille était vendue 5000 euros. (J. Constant, Le Parisien, 23/07/2004)

intentionnel. Il est désiré par eux et ne subit à aucun moment d'abandon. Surtout, des liens mère intentionnelle-enfant peuvent se créer lors de la grossesse et le contact mère gestationnelle-enfant est en général maintenu.

Comme dans l'adoption, le préjudice proviendrait plus probablement du secret lié à son histoire personnelle. Le droit de l'enfant implique l'accès à ses origines, notamment dans le cas de l'IA-GPA, où la mère gestationnelle est aussi la mère génétique de l'enfant. Cependant, on ne peut pas forcer des parents à révéler les conditions de naissance de leur enfant, ni lors d'une adoption, ni lors d'une GPA ; on peut en revanche les inciter à le faire.

En général, les parents intentionnels ont l'intention d'expliquer à leurs enfants et à leur famille les conditions de leur naissance, y compris lorsque la gestatrice est aussi la mère génétique de l'enfant. On ne retrouve pas ici la tendance au secret qui existe dans le don de gamètes ; en règle générale, les parents reconnaissent le droit des enfants à connaître leur origine et est cohérent avec leur intention de poursuivre la relation avec la gestatrice et sa famille^{25, 28}.

La distance existant entre la gestatrice et l'enfant qu'elle porte, qu'elle ne considère pas comme le sien⁴⁷, faisait craindre pour la santé des enfants à naître. Pourtant, les enfants nés de GPA, en terme de poids de naissance, complications ou malformations à la naissance, ne présentent aucune différence avec les enfants issus de conceptions traditionnelles^{50, 51}. Le langage est acquis à deux ans, pour les enfants FIV-GPA comme pour les autres.

Les relations parents-enfants ont été comparées dans des familles issues de GPA et des familles témoins : les résultats, en terme d'adaptation à la parentalité, de bien-être psychologique des parents, de qualité des soins parentaux et d'investissement émotionnel, sont globalement en faveur des « familles GPA » : « *Les opposants à la GPA jugent cette pratique inacceptable au motif qu'elle représenterait une marchandisation des enfants. [...] En l'absence d'informations systématiques, les conséquences de la GPA pour toutes les personnes concernées ont fait l'objet de nombreuses hypothèses, généralement alarmistes. Les conclusions de la présente étude ne vont pas dans le sens de ces conjectures pessimistes pour ce qui est de la première année de vie de l'enfant* »⁵².

De manière générale, la société doit s'assurer que les enfants bénéficient d'un environnement épanouissant. De ce point de vue, rien ne permet d'affirmer *a priori* que les parents nécessitant le recours à la GPA seront de « mauvais parents » ou que la situation puisse être plus difficile à vivre, pour un enfant, que toute autre situation familiale. In fine, l'argument de l'intérêt de l'enfant reviendrait à considérer que l'intérêt de l'enfant serait de ne pas naître.

3.3 Point de vue juridique

Conséquences de l'interdiction de la GPA

Certains pays, tels que la France, l'Espagne ou l'Allemagne, ont choisi d'interdire toute forme de GPA. Les lois correspondantes stipulent en substance que « *toute convention pour le compte d'autrui est nulle* » (article 16-7 du code civil français). La législation française par exemple prévoit des sanctions pénales à l'égard des parents intentionnels, des participants (médecins, avocats...) ou d'intermédiaires (associations, agences...). En Allemagne, ni la gestatrice, ni les parents intentionnels n'encourent de pénalité.

Ces dispositions signifient d'une part qu'aucun arrangement préalable entre la mère gestationnelle et les parents intentionnels ne pourrait prévaloir pour établir la filiation, notamment maternelle, à l'égard d'un enfant né par GPA : l'enfant né de cet arrangement serait déclaré né de la mère gestationnelle et, le cas échéant, de son mari. D'autre part, ces dispositions pénales ont pour effet de rendre très difficile la mise en relation parents intentionnels/gestatrices et d'interdire l'intervention de professionnels : médecins, psychologues, juristes....

Dès lors, les couples souhaitant recourir à la GPA peuvent se rendre à l'étranger, soit dans un pays européen soit, le plus fréquemment, aux Etats-Unis. Des agences américaines ou russes ont traduit leur site Internet et proposent les services de traducteurs pour aider les couples non anglophones. Cependant, ces démarches sont très coûteuses et les couples livrés à eux-mêmes : les législations pénalisent les intermédiaires (associations par exemple) qui souhaiteraient informer les couples.

Selon la législation locale, l'acte de naissance est dressé aux noms des parents intentionnels, et en général, la mère gestationnelle n'est pas mentionnée. Cependant, les actes d'état civil, bien que parfaitement en règle, sont rarement reconnus par le pays d'origine des parents, lorsque l'officier d'état civil soupçonne les conditions de la naissance (France, Cour d'appel de Rennes, 2002). Dans un cas comparable en Australie, il est apparu par exemple qu'aucun des parents^k (ni intentionnels ni gestationnels) ne pouvaient délivrer les autorisations médicales nécessaires à un traitement⁵³.

Ainsi, pour être en cohérence avec leur loi nationale, les pays interdisant la GPA refusent de reconnaître l'état civil des enfants nés à l'étranger, contre leur intérêt.

D'autre part, l'interdiction de la GPA permet aux Etats d'empêcher le déroulement de la FIV-GPA sur leur sol, alors que paradoxalement, c'est la forme de GPA la plus contrôlable et la moins controversée. En revanche, une IA-GPA ne nécessite techniquement aucune intervention médicale : l'insémination peut se pratiquer à domicile avec le sperme du père intentionnel. Des sites Internet en expliquent même la procédure ; une simple petite annonce dans le journal ou sur un site Internet peut suffire à recruter une gestatrice et mettre en œuvre le parcours. Dans ce cas, un accord d'IA-GPA peut débiter « de gré à gré » sans aucun contrôle médical, sanitaire, psychologique ni juridique.

A la naissance, l'enfant peut être déclaré né de sa mère gestationnelle et du père intentionnel^l et la situation laissée « en l'état ». D'autre part, dans des pays comme la France ou le Luxembourg, la mère gestationnelle a la possibilité « d'accoucher sous X » c'est à dire sans donner son identité. Dans ce cas de figure, le père intentionnel reconnaît l'enfant, né sans mère connue. La mère intentionnelle peut alors déposer une demande d'adoption de l'enfant de son conjoint. Cependant, l'établissement d'une filiation maternelle par adoption est aléatoire : elle a été accordée dans un certain nombre de cas, mais aussi parfois refusée (France, Cour de Cassation, 9 déc. 2003). Il semblerait que des gestatrices belges accouchent sous X en France, au profit de couples belges.

Enfin, la mère gestationnelle peut usurper l'identité de la mère intentionnelle : bien que parfaitement illégale, cette solution est difficilement détectable. De source sûre, nous savons que cette solution a été employée en France, au moins dans un nombre réduit de cas. Du point de vue de l'enfant, c'est finalement la seule solution qui lui assure une filiation maternelle sûre.

Dans les pays tels que la Belgique, les Pays Bas, la Finlande ou le Danemark, aucune loi ne prévoit ni n'encadre la GPA. Dans le cas de FIV-GPA, certaines équipes médicales ont accepté d'aider des couples « au cas par cas » : le couple infertile et la gestatrice potentielle soumettent un dossier à l'ensemble de l'équipe médicale (gynécologues, psychologues, sages-femmes...) qui l'accepte ou non.

Après la naissance, la mère gestationnelle cède ses droits parentaux au père intentionnel et la mère intentionnelle dépose une demande d'adoption de l'enfant de son conjoint. En Belgique, dans un cas, un juge a refusé cette adoption pour ne pas entériner un accord de GPA, alors que dans deux autres cas, elle a été prononcée dans l'intérêt de l'enfant⁵⁴.

^k Les parents gestationnels n'apparaissant sur aucun acte d'état civil, les enfants n'ont pas de parents « de rechange » si les parents intentionnels ne sont pas reconnus comme parents officiels.

^l Dans le cas du trafic d'enfant découvert en France en juillet 2004, la mère (bulgare) était soi-disant en fuite en Bulgarie, l'enfant étant laissé à la garde de son père présumé (J. Constant, Le Parisien, 23/07/2004). Des dizaines de transactions auraient eu lieu.

L'établissement d'une filiation maternelle est donc aléatoire alors qu'elle va dans le sens de l'intérêt de l'enfant.

En conséquence, interdire la GPA pousse celle-ci vers la clandestinité, où aucun participant, et surtout pas l'enfant, ne bénéficie d'une aide médicale, psychologique et juridique adéquate : « *faute de moyens de consultation adéquats, les conventions seraient passées sans soutien médical ni possibilité de s'informer et de se faire conseiller. [...] C'est pourquoi des dispositions législatives devraient être prises pour que les couples qui seraient déterminés à recourir à la GPA puissent le faire en faisant courir le moins de risques possible à eux-mêmes, à la mère gestationnelle et surtout aux enfants à naître* » (minorité du comité Warnock). Le même raisonnement a été tenu par la Ontario Law Reform Commission⁵⁵ (Chen) et la National Conference of Commissioners on Uniform State Law qui ont préféré un modèle de régulation plutôt que d'interdiction.

4. L'intérêt des parents

4.1. Point de vue social

Au niveau social, la GPA pose essentiellement la question de la maternité : est-elle génétique, gestationnelle, intentionnelle, sociale ? La GPA, scindant la maternité, heurte de front les représentations idéales de la mère et de la famille occidentales, ce qui provoque en grande partie les réticences vis-à-vis de la GPA.

Ainsi, le don d'ovocyte par exemple, sépare aussi la maternité génétique et la maternité gestationnelle mais cette technique a l'avantage de préserver l'apparence de la famille mononucléaire ; c'est en partie pour cette raison que le don d'ovocyte a été accepté plus facilement que la GPA ... Toutefois, les naissances hors mariage, les familles recomposées, monoparentales, adoptives, homoparentales, ... ont fourni une multitude d'autres possibilités ; la famille traditionnelle n'est plus qu'une forme de famille parmi d'autres. La GPA dans ce contexte peut être vue comme une autre façon de fonder sa famille : sauf à condamner toute exception à la famille traditionnelle, l'argument « familial » utilisé pour réprouver la GPA est abusif.

Cependant, la question de la maternité légale reste entière ; en général, elle est posée en terme de possession : « A qui appartient l'enfant ? » alors que la véritable question est « Qui exercera l'autorité parentale vis-à-vis de cet enfant ? »⁵⁰. Pour répondre à cette question, on a souvent comparé un peu rapidement la GPA et l'adoption. Dans l'adoption, la mère biologique (génétique et gestationnelle) a toute légitimité pour revendiquer l'autorité parentale sur l'enfant à naître. Aucun des parents adoptifs potentiels n'a de légitimité particulière vis-à-vis de lui mais un d'entre eux sera désigné juridiquement comme parent légal lorsque la mère gestationnelle aura abandonné ses droits.

Dans la GPA, chaque partie a une légitimité à revendiquer ces droits parentaux : la mère gestationnelle, le père et la mère génétique de l'enfant, les parents intentionnels (à l'origine du projet parental et qui ont l'intention d'élever l'enfant). Différents auteurs considèrent que la grossesse est suffisante pour créer un lien indissoluble entre la mère gestationnelle et l'enfant. Cependant, « *il semble hasardeux de soutenir que le lien apparu pendant une grossesse entamée sans intention d'établir une relation parentale personnelle doit inévitablement être plus solide et de plus grande « valeur » que celui formé dans un couple sans enfants, dont la GPA est le dernier recours pour devenir parents* »¹⁷.

Ainsi, le couple intentionnel peut légitimement revendiquer ses droits parentaux sur l'enfant à naître.

4.2. Point de vue médical et psychologique

Les parents intentionnels sont majoritairement blancs, mariés, âgés en moyenne de 39 ans, avec un haut niveau d'éducation et de revenus^m. Ils souffrent tous d'une impossibilité médicale à la grossesse et/ou des échecs répétés en AMP mais se sont tournés vers la GPA après un délai supérieur à 5 ans^{21, 25, 28, 29}.

Aucun élément ne laisse donc penser que la GPA pour convenance personnelle soit une réalité. Les précautions législatives, exigeant une nécessité médicale pour recourir à la GPA, ainsi que les difficultés liées à ce parcours suffisent à écarter ce risque.

Kleinpeter (2002) souligne le désir des couples d'avoir un lien génétique avec l'enfant ; plusieurs couples ont envisagé l'adoption, mais y ont renoncé soit par peur d'un rejet par l'entourage familial, soit par peur que la procédure d'adoption n'aboutisse pasⁿ.

Les préoccupations^o des parents, au moment de s'engager dans le parcours, concernaient :

- le coût financier important, non pris en charge par les assurances ;
- la capacité de la gestatrice à remettre l'enfant après la naissance ;
- la difficulté à faire le deuil de la grossesse ;
- la nécessité de faire confiance à la gestatrice pour qu'elle prenne soin d'elle-même et du bébé.

La mise en relation couple/gestatrice se fait soit par l'intermédiaire d'associations (COTS, SurrogacyUK), d'agences commerciales (uniquement aux États-Unis), ou via des sites Internet dédiés à la GPA.

A ce stade, les deux parties peuvent être aidées efficacement dans leur réflexion par des associations^{21, 25}, des médecins⁵⁶ ou des psychologues^{57, 58, 59}. Il n'est pas rare que les parents intentionnels⁵⁷ ou des gestatrices⁶⁰ abandonnent le projet après ces discussions.

La décision de « travailler » ensemble provient parfois de la gestatrice²², mais est le plus souvent le fruit d'une décision commune. Ce choix se base sur des critères objectifs, mais surtout, il s'agit d'un choix instinctif, « viscéral » entre les deux femmes : « *Les deux tiers des gestatrices et des mères intentionnelles interrogées ont raconté qu'elles s'étaient immédiatement reconnues alors qu'elles ne se connaissaient pas et se voyaient pour la première fois* »³⁰.

La peur de l'échec (trouver la gestatrice adéquate, attendre le résultat du traitement médical) et l'inquiétude vis-à-vis du comportement de la gestatrice pendant la grossesse sont les aspects les plus éprouvants^{25, 28, 29}. « *Le plus merveilleux, c'est que soit né cet enfant incroyable, fruit des énergies positives conjuguées de tant de personnes, et que ces personnes soient toujours restées en contact* »²⁹.

Il ne s'agit donc pas d'un accord impersonnel et déshumanisé mais au contraire d'une relation basée sur une reconnaissance mutuelle, intime et profonde, dirigée vers un but commun.

Les données concernant le nombre de cas de GPA sont diffuses ; il est très difficile de connaître le nombre d'IA-GPA, puisque cette pratique peut rester entièrement dans le domaine privé. L'association COTS relate par exemple 437 naissances entre 1998 et 2002 en Grande-Bretagne. 29 des 113 cliniques du Royaume-Uni ont réalisé des traitements de FIV-GPA. A Bourn Hall Clinic, cela représente environ 1% des traitements de FIV⁶². Cette proportion est identique aux États-Unis⁶³. Ainsi, le nombre de traitements

^m Ce stéréotype des parents intentionnels aisés est fréquent. Cependant, seuls les parents ayant effectivement pu entrer dans un programme de GPA ont été interrogés dans ces études ; mais pour de nombreux parents intentionnels, le coût du processus reste rédhibitoire ou les oblige à de sérieuses modifications du train de vie.

ⁿ En France, seulement 20 % des couples français parviendront à adopter (<http://www.famille.gouv.fr/>, 16/06/2004) ; cette tendance semble générale dans les pays occidentaux.

^o Les parents issus de pays interdisant la GPA sont majoritairement préoccupés par la situation juridique incertaine de leur enfant.

FIV-GPA reste très limité, principalement car les indications médicales pour ce traitement sont relativement rares.

Quelle que soit la raison médicale du recours à la gestation pour autrui, les résultats de FIV-GPA sont comparables à ceux obtenus chez des patientes en FIV « conventionnelle », voire meilleurs^{11, 63, 64, 65}.

Le refus de la mère gestationnelle de remettre l'enfant à ses parents intentionnels est le premier risque intuitivement évoqué. Cependant, « *Dans 92 % (Royaume-Uni) et 96 % (Etats-Unis) des cas, les conventions de GPA semblent avoir une heureuse issue, en ce sens que l'enfant est élevé par les parents intentionnels reconnus initialement par toutes les parties... et qu'il n'y a pas de différend concernant sa garde. [...] Ces taux de « réussite » sont supérieurs à ceux considérés comme acceptables d'un point de vue philosophique* »¹⁷.

Ainsi, « *le traitement par GPA est simple [...] les aspects qui nécessitent un soin particulier [...] sont la sélection des couples demandeurs et de gestatrices présentant les conditions requises et la fourniture de conseils approfondis aux deux parties* »⁶³.

4.3. Point de vue juridique

La protection des parents intentionnels

Intuitivement, on postule que la gestatrice est vulnérable par rapport aux parents intentionnels car elle est en général financièrement moins avantagée qu'eux.

A y regarder de plus près, si la gestatrice dispose de plusieurs solutions pour subvenir à ses besoins (à commencer par l'aide sociale), les parents intentionnels, eux, disposent de peu d'alternatives pour fonder leur famille. Ils ont en général vécu un long et lourd parcours médical avant d'envisager cette ultime solution. Lorsque la grossesse a débuté, ils se trouvent « à la merci » de la gestatrice ; bien que cela semble rare, on ne peut exclure qu'une gestatrice indécise soumette les parents à un chantage financier et/ou affectif, portant sur la cession des droits parentaux.

Au même titre que la gestatrice et que l'enfant, les parents intentionnels doivent donc être protégés.

Le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes

Le principe de « l'indisponibilité de l'état des personnes », qui stipule que les « actions relatives à la filiation ne peuvent faire l'objet de renonciation », est souvent invoqué pour expliquer l'impossibilité juridique, dans les pays interdisant la GPA, de reconnaître la mère intentionnelle comme mère légale de l'enfant. Dans la plupart des législations, la filiation maternelle est définie par l'accouchement : la mère est « celle qui accouche » et le père est le mari de celle-ci.

Cependant, et plus particulièrement en France, des exceptions notables à ce principe sont prévues par la loi. L'accouchement sous X et l'adoption en sont autant d'exemples.

Ce principe de l'indisponibilité de l'état des personnes acceptant de nombreuses dérogations, « *il ne peut être efficacement invoqué à l'appui de l'interdiction de la maternité pour autrui* »⁶⁶.

Par définition, ni la mère gestationnelle ni son mari n'ont l'intention d'élever l'enfant à naître ; en revanche, les parents intentionnels le souhaitent. Il apparaît clairement que les normes appliquées habituellement pour désigner la mère légale de l'enfant ne sont pas opératoires. Un cadre juridique adapté devrait permettre d'établir une filiation stable entre les parents intentionnels et l'enfant à naître.

Beaucoup de juristes objectent, à l'encontre des conventions de GPA, que l'intérêt de l'enfant s'oppose à ce que des personnes privées décident contractuellement l'attribution des droits et devoirs

parentaux, au mépris des lois de la famille^P. Concernant la GPA, ces arguments sont relativement faibles dans la mesure où en pratique, un jugement intervient toujours pour entériner le pré-accord existant entre adultes ; ce jugement peut intervenir avant, en cours de grossesse ou après la naissance. Il est indispensable à l'établissement de la filiation vis-à-vis des parents intentionnels ; la convention seule est insuffisante pour dresser l'acte d'état civil, elle doit être validée par une instance judiciaire.

5. Perspectives

Le débat concernant la GPA a été, et continue, d'être très vif, car cette pratique ébranle fortement les représentations traditionnelles de la famille et de la femme. De plus, « *la gestation pour autrui divise sur le plan social et éthique précisément parce qu'elle ne suscite pas une réprobation généralisée mais qu'elle peut être considérée tout autant comme une conséquence naturelle et bénéfique de la révolution opérée dans le domaine de la procréation que comme un produit dénaturé et anormal de cette révolution* »⁵⁹. Sur le plan médical ou psychologique, aucune donnée ne vient confirmer les craintes exprimées à propos de la GPA, lorsque celle-ci se déroule dans un cadre légal et médical strict.

En revanche, l'interdiction de la GPA est incapable d'en empêcher la mise en œuvre clandestine, et ne permet pas d'assurer la protection de la gestatrice, de l'enfant ni des parents intentionnels. L'absence de loi, de ce point de vue, n'est pas non plus satisfaisante. *Toute limitation de l'accès [aux services de santé] doit être motivée et défendable, et il doit être démontré qu'elle ne constitue pas une atteinte au droit fondamental à la santé*⁷.

Les nouvelles technologies de communication rendent illusoires ces interdictions. En permettant la diffusion de l'information, elles fragilisent un discours éthique discutable et sapent l'autorité morale de ces interdictions. En facilitant la mise en contact des personnes, elles rendent le recours à la GPA à l'étranger un peu moins compliqué que naguère, accessible à un plus grand nombre. Il n'en reste pas moins que les coûts financiers générés par le recours à l'étranger induisent une véritable inégalité entre les couples. D'autre part, l'éloignement géographique est néfaste à l'établissement et au maintien de relations fortes entre parents et gestatrices, contacts qui sont pourtant bénéfiques à tous.

Cependant, à de très nombreux points de vue, une grossesse pour autrui n'est pas une grossesse classique ; même si les résultats présentés ici sont plutôt rassurants, on ne saurait banaliser de tels parcours. Nombre d'observateurs s'accordent donc à dire qu'il convient d'élaborer un cadre légal adapté, propre à la GPA et à ses particularités^{12, 13, 56, 57}. Plusieurs modèles, mis en œuvre dans différents pays, peuvent servir de base à une réflexion critique, pour mettre en place un tel cadre.

5.1 Comparaison des différentes législations favorables à la GPA

En règle générale, les pays ayant légalisé la GPA ont adopté des règles très similaires, reprenant tout ou partie de ces éléments :

- la GPA ne doit être envisagée qu'en cas d'incapacité de la mère intentionnelle à mener à terme une grossesse ;
- elle s'adresse généralement à un couple hétérosexuel ;
- la gestatrice et/ou les parents intentionnels doivent répondre à des conditions d'âge (minimum et maximum) ;
- au moins un des parents doit être lié génétiquement à l'enfant (dans certains pays, seule la FIV-GPA est autorisée) ;
- la gestatrice doit avoir au moins un enfant, et sa famille devrait être complète ;
- elle ne présente aucune contre-indication médicale ni psychologique ;
- elle a reçu un conseil indépendant d'un avocat, d'un médecin et de tout autre intermédiaire pouvant l'aider à donner un consentement éclairé ;

^P Par exemple, en cas de divorce, les parents ne peuvent décider seuls du devenir de l'enfant, le juge étant alors chargé de veiller à ses intérêts.

- elle ne doit pas être rémunérée, mais certaines législations admettent le remboursement des dépenses liées à la grossesse, et parfois une compensation raisonnable liée aux responsabilités, peine, temps passé, etc. ;
- les parents intentionnels et la gestatrice (et son mari le cas échéant) doivent donner leur consentement éclairé ;
- aucun intermédiaire rémunéré ne peut mettre en contact une gestatrice et un couple, la publicité pour la GPA est interdite ;
- une instance indépendante – comité d'éthique local (Grande-Bretagne), national (Israël⁶⁷, Nouvelle-Zélande) ou une juridiction compétente (Afrique du Sud, Grèce) – est appelée à se prononcer sur le dossier présenté. Le traitement médical ne peut avoir lieu sans l'accord de cette instance.

Des différences existent sur certains points : en Israël, seule la FIV-GPA est autorisée, et la gestatrice doit être célibataire, veuve ou divorcée. Dans la plupart des pays, les conventions de GPA sont nulles et non exécutoires, la filiation vis-à-vis de la mère intentionnelle se faisant par adoption ou transfert de parentalité après la naissance. Les règles régissant l'adoption sont mal adaptées à la GPA car l'issue de la procédure d'adoption est incertaine et ne protège pas les droits des parents intentionnels^{43,54} ni ceux de la gestatrice.

5.2 Deux modèles juridiques possibles

Deux modèles ont été élaborés pour contrôler les procédures de GPA et l'établissement de la filiation (Willmott⁴³ pour détails).

Le modèle accréditationnel est celui qui prévaut en Grande-Bretagne. Seules des cliniques accréditées peuvent proposer les traitements médicaux nécessaires à la FIV-GPA. Elles soumettent les dossiers présentés par les parents intentionnels et la gestatrice à un comité d'éthique indépendant qui statue au cas par cas. Ce comité s'assure que les deux parties sont aptes médicalement et psychologiquement à poursuivre le processus de GPA ; qu'elles ont reçu toute information nécessaire à l'obtention d'un consentement éclairé ; et qu'aucun élément ne risque d'empêcher l'établissement de la filiation selon le HFEA Act 1990. Dans ce cas, le comité autorise la clinique à procéder au traitement médical. A la naissance, la mère gestationnelle est déclarée mère légale de l'enfant. Elle doit alors déposer avec le père intentionnel une demande de « Parental Responsibility Agreement » (accord de responsabilité parentale) qui permet au père intentionnel d'être reconnu comme père légal. Après un délai de six semaines (sept jours en Israël), les parents intentionnels déposent une demande de « Parental Order » (décision de parenté) permettant à la mère intentionnelle de devenir la mère légale de l'enfant et annulant les droits parentaux de la gestatrice.

Ce modèle ne permet cependant pas de contrôler préalablement les accords d'IA-GPA, qui ne nécessitent pas d'intervention médicale. Il est peu protecteur dans la mesure où la gestatrice peut choisir de garder l'enfant, ou à l'inverse, les parents peuvent choisir de ne pas l'accueillir. L'intérêt des différents protagonistes n'est donc pas forcément garanti.

Dans le modèle de l'autorisation judiciaire préalable (Afrique du Sud : Children's Bill, 2003 ; Grèce), une cour de justice est appelée à se prononcer sur le dossier présenté par les parents intentionnels et la gestatrice, préalablement au traitement médical. Elle examine la convention entre les parties, qui doit prévoir un certain nombre de protections pour la gestatrice, l'enfant et les parents intentionnels. L'avis de la cour conditionne le traitement médical (IA ou FIV) et la filiation est établie aussitôt au profit des parents intentionnels. Ce modèle semble plus sécurisant dans la mesure où même dans le cas d'une IA-GPA, les protagonistes sont obligés de subir les contrôles médicaux et psychologiques nécessaires.

5.3 L'ouverture d'un débat semble nécessaire

La question de la GPA suscite de nombreuses réactions basées le plus souvent sur des idées reçues et des stéréotypes, qui faussent la perception publique de cette pratique et s'opposent à un débat serein. Elle a aussi souvent été pensée selon le modèle de la famille traditionnelle, qui à l'évidence ne

convient pas. Le modèle de l'adoption, même s'il ne correspond pas tout à fait à la situation, est mieux approprié ; reste à inventer ou plutôt préciser le modèle de la GPA.

D'autre part, cette pratique, dans sa forme « publique », c'est-à-dire faisant intervenir des intermédiaires (médecins, avocats, etc.) est relativement jeune. Quelques rares cas spectaculaires mais anciens (l'affaire Baby Cotton, l'affaire Whitehead) ont à la fois jeté la suspicion sur la GPA mais aussi permis de dresser le cadre médical, psychologique et législatif dans lequel ces arrangements peuvent alors se dérouler au mieux. Ce faisant, dans les pays où la GPA a été correctement organisée, elle apparaît maintenant bien acceptée, aussi bien par le public que par les professionnels⁶⁸.

Compte tenu de l'importance des enjeux personnels, médicaux et sociaux, un débat international, donnant la parole aux différents intervenants, semble plus que souhaitable.

Annexe 1 : pratique de la gestation pour autrui en Europe et dans le monde

Pays	Statut légal			Remarque
	Légal	Interdit	Pas de loi	
Afrique du sud	+			Comité d'éthique
Allemagne		+		Depuis 1990
Argentine	+			Comité éthique (cas par cas)
Australie	+			Selon les états
Autriche		+		
Belgique			+	
Brésil	+			Entre membres de la famille
Bulgarie		+		
Canada	+			Sans compensation
Corée	+			
Danemark			+	
Equateur	+			
Espagne		+		
Etats-Unis	+			Oui
Finlande			+	Oui
France		+		
Grande-Bretagne	+			Contrôle par comité d'éthique indépendant et ministère de la santé
Grèce	+			Oui
Hong Kong	+			
Hongrie ⁹		+		
Iran	+			
Israël	+			Contrôle par comité d'éthique indépendant et ministère de la santé
Italie		+		
Luxembourg		+		
Norvège		+		
Nouvelle-Zélande			+	Comité d'éthique
Pays Bas			+	
Portugal		+		
République tchèque		+		
Russie	+			
Salvador			+	
Slovaquie			+	
Slovénie		+		
Suède		+		

⁹ En Hongrie, en l'absence de loi, les couples demandaient une autorisation de recourir à la GPA à un comité d'éthique ; cette autorisation a été accordée dans un certain nombre de cas. En 1997, le Parlement vote une loi autorisant, à partir de l'an 2000, la GPA sans compensation financière. Entre-temps, un changement de gouvernement annule la précédente loi et la GPA devient illégale à partir de l'an 2000. En 2002, une coalition socio-libérale a rouvert la question mais n'a pas encore proposé de nouveau cadre législatif (Judith Sandor, professeur à la faculté des Sciences politiques de Budapest, communication personnelle). Ce cas illustre bien la difficulté d'interdire la GPA en l'absence de raisons éthiques, sociales et médicales incontestables.

Bibliographie

- ¹ Daniluck JC, *Infertility : intrapersonal and interpersonal impact*. Fertil. Steril. 1988. Vol 49 : 982-990
- ² Kirkman M. *Infertile mothers : a perspective from research and experience. Towards reproductive certainty*. Ed. R. Jansen and D. Mortimer. The Partenon Publishing group. 1999 : 120-123.
- ³ Dill S. *Consumer perspectives*. In Current practices and controversies in assisted reproduction. WHO, 2001. <http://www.who.int/reproductive-health/infertility/report.pdf>
- ⁴ Whiteford LM et Gonzalez L, *Stigma : the hidden burden of infertility*. Soc Sci Med. 1995 Vol. 40 : 27-36
- ⁵ Current practices and controversies in assisted reproduction. WHO, 2001. <http://www.who.int/reproductive-health/infertility/report.pdf>
- ⁶ Fathalla MF. *Current challenges in assisted reproduction*. In Current practices and controversies in assisted reproduction. WHO, 2001. <http://www.who.int/reproductive-health/infertility/report.pdf>
- ⁷ Thomas, I. *Histoire de la famille. Monde lointain*. Sous la direction de A. Burguière. 1986. 283-296
- ⁸ Giwa-Osagie O. *Social and ethical aspects of assisted conception in anglophone sub-Saharan Africa*. In Current practices and controversies in assisted reproduction. WHO, 2001.
- ⁹ Daniels K., *The policy and practice of surrogacy in New Zeland*. in Surrogate Motherhood- International perspectives. Hart Publishing. 2003. 55-73
- ¹⁰ Utian WH et al. *Preliminary experience with in-vitro fertilisation-surrogate gestational pregnancy*. Fertil. Steril. 1989. 52 : 633-638
- ¹¹ Brindsen PR et al. *Treatment by in vitro fertilisation with surrogacy : experience of one british centre*. 2000. British Medical Journal, vol. 320, 924-929
- ¹² Blyth E. *Surrogacy arrangements in Britain : policy and practice issues for professionnals*. Human fertil. 1998. Vol. 1 : 3-5
- ¹³ Cotton K. et Winn D. *Baby Cotton, For love and money*, 1985.
- ¹⁴ Edelman, R. *Psychological assesment in surrogate motherhood*. Surrogate Motherhood - International perspectives. Hart Publishing. 2003. 55-73
- ¹⁵ Kok-Choo Chen and Heung-Tat Ng, *Legal and ethical considerations of assisted reproductive technology and surrogate motherhood in AFOG countries*. J. Obstet. Gynaecol. Res. 2001. 27, 89-95
- ¹⁶ Bromham D. R. *Surrogacy : Ethical, legal and social aspects*. 1995. J. of Assisted Reproduction. and genetics. Vol. 12, 509-516
- ¹⁷ Kirkman M. *Sister-to-sister gestationnal surrogacy 13 years on : a narrative of parenthood*. J. Reprod. Infant Psychol. 2002. Vol. 20 : 135-147
- ¹⁸ Laborie, F. *La radicalité des mères porteuses*. In : Sortir la maternité du laboratoire. Actes du forum international sur les nouvelles technologies de la reproduction. Université Concordia. 1987.
- ¹⁹ Bromham D. R. *Surrogacy : Ethical, legal and social aspects*. 1995. J. of Assisted Reproduction and genetics. Vol. 12, 509-516
- ²⁰ Van den Akker, OB. *The importance of a genetic link in mothers commissioning a surrogate baby in the UK*. Human Reprod. 2000. Vol 15 : 1849-1855.
- ²¹ E. Blyth. « *I wanted to be interesting. I wanted to be able to say « I've done something interesting in my life » : interviews with surrogate mothers in Britain*. 1994. J. of Reprod. and Infant Psychology. Vol. 12, 189-198
- ²² A. Mechanick Braverman and SL Corson. *Characteristics of participant in a gestational carrier Program*. J. Assisted Reprod. Genetics. 1992. Vol 9 : 353-357
- ²³ Kleinpeter CH and Homan MM. *Surrogate motherhood : personality traits and satisfaction with service providers*. 2000. Psychological Reports. Vol. 87, 957-970
- ²⁴ Blyth E. « *Not a primrose path » : commissioning parents' experiences of surrogacy arrangements in Britain*. J. Reprod. Infant Psychol. 1995. Vol. 13 : 185-196.
- ²⁵ Radin MJ. *Market-inalienability*. Harvard law review. 1987. Vol 100 : 1849-1937.
- ²⁶ Jadva, V et al. *Surrogacy : the experience of surrogate mothers*. 2003. Human Reprod. Vol.18 : 2196-2204
- ²⁷ Mac Callum et al. *Surrogacy : the experience of commissioning couples*. 2003. Human Reprod. Vol 18 : 1334-1342
- ²⁸ Kleinpeter CB. *Surrogacy : the parents' story*. 2002. Psychol. Report. Vol 91 201-219
- ²⁹ Teman, E. *Knowing the surrogate body in Israel*. in Surrogate Motherhood- International perspectives. Hart Publishing. 2003. 55-73

-
- ³⁰ Kleinpeter, et al. (2001). *Satisfaction with surrogate mothering: A relational model*. Journal of Human Behavior in the Social Environment, 4 (1), 61-84.
- ³¹ Brazier M. et al. *Surrogacy - Review for health minister of current arrangements for payments and regulation*. 1998.
- ³² Ragoné H. *The gift of life : surrogate motherhood, gamete donation and constructions of altruism*. In *Surrogate Motherhood – International perspectives*. Hart Publishing. 2003 209-226
- ³³ Lane, M. *Ethical issues in surrogacy arrangements*. In *Surrogate Motherhood – International perspectives*. Hart Publishing. 2003. 113-121
- ³⁴ Van Niekerk et Van Zyl. *The ethics of surrogacy : women's reproductive labour*. 1995. J. Med. Ethics. 21 : 345-349
- ³⁵ Anderson ES. *Is women's labour a commodity ?* Philosophy and public affairs. 1990. Vol. 19 : 71-92
- ³⁶ Fischer S et Gillman I. *Surrogate motherhood : attachment, attitudes and social support*. Psychiatry. 1991. Vol. 54 : 13-20
- ³⁷ Purdy LM in Van Zyl et Van Niekerk. *Interpretations, perspectives and intentions in surrogate motherhood*. J. Med. Ethics. 2000. 26 : 404-409
- ³⁸ McLachlan, HV. *Defending commercial surrogacy against van Niekerk and Van Zyl*. J. Med. Ethics. 1997. 23 : 344-348
- ³⁹ Van Zyl et Van Niekerk, *Interpretations, perspectives and intentions in surrogate motherhood*. 2000. J. Med. Ethics. 26 : 404-409
- ⁴⁰ Andrews, LB. *Surrogate motherhood : the challenge for feminists*. In Gostin L. ed *Surrogate motherhood : politics and privacy*. Bloomington & Indianapolis. Indiana University press. 1990 : 168
- ⁴¹ Dickens, BM. *Ethical issues arising from the use of assisted reproductive technologies*. Current practices and controversies in assisted reproduction. WHO, 2001
- ⁴² Willmott, L. *Surrogacy : ill-conceived rights*. J. Law Med. 2002. Vol. 10 : 198-220
- ⁴³ Wilkinson, S. *The exploitation argument against commercial surrogacy*. Bioethics. 2003. Vol. 17 : 169-187
- ⁴⁴ Anleu SR. *Surrogacy : for love but not for money ?* Gender and Society. 1992. Vol 6 : 30-48
- ⁴⁵ V. Soderstrom-Antilla et al. *Experience of in vitro fertilization surrogacy in Finland*. Acta Obstet Gynecol. Scand. 2002. Vol. 81 : 747-752
- ⁴⁶ Ragoné H. *Surrogate Motherhood. Conception in the heart*. Boulder, Westview Press. 1994
- ⁴⁷ Aigen BP. *Motivations of surrogate mothers : parenthood, altruism and self-actualisation (a three year study)*. 1996. <http://www.surrogacy.com/psychres/article/motivat.html>
- ⁴⁸ <http://www.surromomsonline.com/support/showthread.php?t=47626&page=2&pp=20>
- ⁴⁹ Van Niekerk, Van Zyl. *Commercial surrogacy and the commodification of children : an ethical perspective*. 1995. Med. Law. 14 : 163-170
- ⁵⁰ Parkinson J. et al. *Perinatal outcome after in-vitro fertilization-surrogacy*. 1999. Human Reprod, vol. 14, 671-676
- ⁵¹ Serafini P. *Outcome and follow-up of children born after IVF-surrogacy*. 2001. Human Reprod. Update. Vol. 7, 23-27.
- ⁵² Golombok S. *Families created through a surrogacy arrangement : Parent- child relationships in the first year of life*. Dev. Psychol. 2003. 40 : 400-411
- ⁵³ Cooper D. *Biology, Genetic and Intent*. www.aihle.org/cooper.pdf
- ⁵⁴ Granet F. *L'établissement de la filiation maternelle et les maternités de substitution dans les pays de la CIEC*. 2003. Perso.wanadoo.fr/ciec-sg/documentation/notePMA.pdf
- ⁵⁵ Chen M. *Wombs for rent : an examination of prohibitory and regulatory approaches to governing preconception arrangements*. Health Law in Canada. 2003. Vol. 23 : 33-52
- ⁵⁶ Brindsen, P. *Clinical aspects of IVF surrogacy*. *Surrogate Motherhood – International perspectives*. Hart Publishing 2003
- ⁵⁷ Edelman R. *Psychological assesement in « surrogate » motherhood relationships*. *Surrogate motherhood – International perspective*. 2003. 143-160
- ⁵⁸ Cook R. *Safety in the multitude of counsellors : do we need counselling in surrogacy ?* *Surrogate motherhood – International perspective*. 2003. 179-198
- ⁵⁹ Appleton T. *Emotional aspects of surrogacy : a case of effective counselling and support*. *Psychological assesement in « surrogate » motherhood relationships*. *Surrogate motherhood – International perspective*. 2003. 199-208

⁶⁰ Van den Akker OB. *Organisational selection and assessment of women entering a surrogacy agreement in the UK*. Human Reprod. 1999. Vol. 14 : 262-266

Gena Dodd. *Surrogacy and the law. Surrogate motherhood – International perspective*. 2003

⁶² Brindsen, P. *Gestational surrogacy*. Human Reprod. 2003. Vol. 9 : 483-491

⁶³ <http://www.cdc.gov/reproductivehealth/ART00/section1.htm>

⁶⁴ MA Stafford-Bell et al. *Surrogacy in Australia : implantation rates have implications for embryo quality and uterine receptivity*. Reprod. Fertil. Dev. 2001 : 13 (1) 99-104

⁶⁵ GI Meniru et IL Craft. 1997. *Experience with gestational surrogacy as a treatment for fertility resulting from hysterectomy*. Human Reprod. Vol. 12, 51-54.

⁶⁶ Depadt-Sebag, V. *De la nécessité d'une réforme de l'article 16-7 du code civil relatif à l'interdiction de gestation pour autrui*. Revue générale de droit médical. 2004. Vol. 12 : 135-155

⁶⁷ Schutz, R. *Surrogacy in Israel : an analysis in practice*. Surrogate motherhood – International perspective. 2003. 35-54

⁶⁸ Cook R. *Introduction*. Surrogate motherhood – International perspective. 2003. 1-19