

Gestation pour autrui : éléments d'histoire et de géographie



C.L.A.R.A.

Mercredi 11 février 2009
IFROSS, Lyon



Gestation pour autrui

I – Depuis la nuit des temps, l'infertilité féminine est prise en compte dans la plupart des civilisations

II – La procréation pour autrui

III – La gestation pour autrui

IV – Récentes évolutions législatives dans le monde

V – Conclusion



I - Depuis la nuit des temps, l'infertilité féminine est prise en compte dans la plupart des civilisations

- Le Code d'Hammourabi est l'une des plus anciens recueil de lois écrites trouvé, et de loin le plus diffusé de son époque.
- Il fut réalisé sur l'initiative du roi de Babylone, Hammourabi, en 1750 avant J.-C. Les 282 différents « articles » fixent différentes règles de la vie courante. Les lois qui y sont rassemblées touchent aux rapports qui unissent les groupes sociaux, la famille, l'armée, la vie religieuse et la vie économique.
- 4 articles sont consacrés spécifiquement à l'infertilité féminine et 5 traitent des conséquences des naissances qui résultent d'un arrangement reproductif avec une tierce personne.





I - Depuis la nuit des temps, l'infertilité féminine est prise en compte dans la plupart des civilisations

- L'organisation et la reconnaissance publique de ces arrangements reproductifs que l'ont pourrait qualifier de **maternité partagée** se fait en précisant les droits et les devoirs de chacun, notamment en matière de filiation.
- La femme qui apporte son aide pour pallier à l'infertilité de l'épouse **acquière des droits et n'en perd aucun.**
- Ces dispositifs législatifs sont à replacer dans un contexte social de filiation patrilinéaire, de famille élargie et d'acceptation de l'adultère.



I - Depuis la nuit des temps, l'infertilité féminine est prise en compte dans la plupart des civilisations

- Ces dispositifs législatifs se retrouvent dans la lecture des tablettes de Nuzi (Mésopotamie) dont l'origine remonte à quelques centaines d'années après Hammourabi. Les coutumes sociales qu'elles attestent permettent de mieux comprendre certains faits et gestes d'Abraham et de ses descendants
- On retrouve ensuite ces pratiques dans l'Égypte des pharaons, dans la Grèce antique, l'empire Romain (stèle Laudatio Turiae du premier siècle avant JC), dans la Toscane de la Renaissance (correspondance de la Casa Datini)
- Ces arrangements procréatifs sont partie intégrante de traditions contemporaines dans certaines cultures comme par exemple chez les Maori (Whanau = famille élargie)



II - La procréation pour autrui

- **L'insémination artificielle** a été utilisée avec succès sur l'espèce humaine à partir du début du XXIème siècle. Sa pratique s'est développée après la seconde guerre mondiale. Du fait de son **extrême simplicité**, ce développement s'est longtemps fait majoritairement de manière privée voire clandestine **en dehors de tout contrôle médical**.
- Le premier cas rapporté de **procréation pour autrui (insémination artificielle d'une femme qui accepte de porter un enfant pour un couple, à qui elle donnera également son patrimoine génétique)** remonte à l'année 1976 aux USA. Cette idée de remédier à l'infertilité féminine en s'affranchissant des relations sexuelles (et donc de l'adultère) sera publiquement défendue par l'avocat Noel Keane.
- Le débat public démarrera en 1981 avec les premières propositions de N. Keane (Ohio) et B. Handell (Californie) pour réglementer la pratique.



II - La procréation pour autrui

- En 1983 débutera le **premier conflit en justice médiatisé (Stiver vs Malahoff)** autour de la garde d'un enfant né par procréation pour autrui. Baby Doe nait handicapé (microcéphalie) suite à une infection par le cytomégalovirus. Pendant trois semaines, **personne ne veut sa garde**. De plus, **le couple des parents intentionnels a divorcé pendant la grossesse**. Des tests génétiques montrent que c'est en fait le mari de la femme qui a porté l'enfant qui a fourni le patrimoine génétique, visiblement du fait de relations sexuelles dans les 48h avant l'insémination. A la suite de ces résultats, la femme qui l'a porté demande et obtient sa garde. Elle se retournera en justice contre l'organisateur de l'arrangement (l'avocat Noel Keane) et les médecins pour **manque d'information**. Du fait de **l'absence aux moments des faits de toute loi ou de code médical définissant les pratiques à respecter**, elle sera déboutée en 1992.
- L'instruction montra que seulement une semaine s'était écoulée entre le premier contact entre Mme Stiver et N. Keane, et l'insémination. **Aucun des protagonistes n'avait passé d'examen de dépistage infectieux ni d'évaluation psychologique.**



II - La procréation pour autrui

- De 1986 à 1988 se tiendra le **conflit en justice (Baby M. case)** autour de la garde d'un enfant né par procréation pour autrui. L'instruction montrera que c'est le refus du couple de parents intentionnels de donner une somme d'argent supplémentaire à la femme qui portait l'enfant qui avait déclenché son revirement pour garder l'enfant. Les juges déboutèrent cette femme et donnèrent le **statut de mère légale à la mère intentionnelle**, malgré son absence de lien génétique et gestationnel avec l'enfant.
- L'instruction montra également que la femme qui avait porté l'enfant avait été auparavant **rejetée aux tests psychologiques** d'une agence d'aide aux couples infertiles. Mise ensuite en relations par **N. Keane**, elle avait alors conclu un arrangement avec ce couple infertile sans l'avertir de ce rejet et **en dehors de tout encadrement médical**.
- En France, la procréation pour autrui se développera par la pratique dite des « **mères porteuses** » dans les années 80.



II - La procréation pour autrui

- La controverse publique envers les différentes formes de maternité pour autrui va démarrer dans le cadre de l'affaire « Baby M ».
- Dans le long cours des jugements de cette affaire, la maternité pour autrui a été effectivement cadrée comme une illégitime marchandisation : vente d'enfant et exploitation des femmes. Ce cadrage peut être attribué à une « panique morale » générée par les médias, les politiciens et une coalition de groupes d'intérêts opposés à la maternité de pour autrui - surtout les féministes et religieux conservateurs.
- Le cas relevait d'une combinaison rarissime d'éléments sociaux qui en faisait un cliché idéal : lien génétique entre la mère porteuse et l'enfant, mère intentionnelle qui n'est pas infertile mais déclare privilégier sa carrière, mère porteuse refusée par une agence pour problèmes psychologiques mais acceptée par un avocat sans évaluation, différence de revenus et d'éducation.



III - La gestation pour autrui

- Au même moment que les premiers cas de procréation pour autrui apparaît également le premier cas de **Fécondation In Vitro en 1978**. Cette technique médicale permet donc de dissocier l'infertilité ovarienne, l'infertilité tubaire et l'infertilité utérine.
- L'idée vient donc, comme l'insémination artificielle avait pu permettre de s'affranchir des rapports sexuels souvent assimilés à l'adultère, de **réduire l'implication de la femme qui porte l'enfant d'autrui** de tout lien génétique, et à l'inverse de donner à la femme infertile la possibilité de **transmettre son patrimoine génétique**. Le premier enfant né par gestation pour autrui verra le jour **en 1984 aux USA**.
- L'idée du don d'ovules provient du même raisonnement et se développe parallèlement à la gestation pour autrui.



III - La gestation pour autrui

- Passé l'effet de panique morale, la réflexion s'est développée pour apporter une réponse pragmatique.
- Le risque de coercition qui paraissait pour une position féministe s'est évaporé. Le discours sur la « vente d'enfants » (« baby selling » en anglais) est apparu comme un miroir de « baby killing ». Pour les féministes égalitaristes qui défendent le principe de l'autonomie de la femme, cette prohibition portait atteinte à leur libre arbitre de jouir librement de leurs fonctions reproductrices, y compris dans des pratiques de maternité pour autrui.
- La prohibition est donc apparue comme une autre forme de coercition tout aussi inacceptable.



III - La gestation pour autrui

- Les catastrophes ou préjudices annoncés ne se sont pas réalisés. Au contraire, de nombreuses études ont infirmé le risque de problèmes psychologiques chez les enfants et leurs familles, mais aussi chez les femmes qui les ont portés.
- Les progrès de la fécondation in vitro (FIV) ont étendu la pratique de la gestation pour autrui, qui est moins perçue comme marchandisation que la procréation pour autrui, et donc, jugée plus acceptable.
- Ces conditions ont contribué à un climat politique dans lequel les législateurs ont adopté une approche pragmatique, privilégiant la réglementation à l'interdiction dans le but de minimiser le coût social de la maternité pour autrui.
- Les réformes législatives s'accélérent ces dernières années pour autoriser la gestation pour autrui lorsqu'elle est interdite ou pour clarifier les questions de filiation et d'accès aux informations concernant les conditions de naissance.



III - La gestation pour autrui

- **Aux yeux des législateurs, procréation pour autrui et gestation pour autrui ont au début été traitées sous le même angle** avec les mêmes débats passionnés sur la prise en compte de l'intérêt de l'enfant pour en définir sa filiation, la liberté de procréer, l'égalité homme-femme devant la loi, et le risque de réification du corps de la femme.
- Lorsque les études ont permis de prendre du recul, il est apparu que la procréation pour autrui, du fait de sa simplicité technique, ne pouvait être encadrée par un processus d'accréditation médico-psychologique afin de **garantir la plénitude du consentement libre et éclairé**. C'est ainsi que **les législations vont diverger progressivement** à partir du milieu des années 90 en défaveur de la procréation pour autrui.
- Du côté des couples infertiles, **la question du génétique ne se pose pas qu'en termes de lien mais aussi en fonction de la prise en charge des soins médicaux**. Le coût des Fécondations In Vitro et des soins médicaux associés peut devenir prohibitif et entrainer le choix car la priorité reste d'accéder à la parenté.



IV – Récentes évolutions législatives dans le monde: USA

- L'article 8 de l'**Uniform Parentage Act de 2002** représente un tournant historique. **La procréation pour autrui est fortement différenciée de la gestation pour autrui** et passe sous le régime de l'adoption ; l'établissement de la filiation est conditionné à un agrément d'adoption, dans le but de **réguler les pratiques et de s'assurer du consentement libre et éclairé de chacun**. La reconnaissance pré-natale par jugement est confirmée dans le cadre de la gestation pour autrui et est **conditionnée à des clauses de défraiement plus strictes**.
- Ce changement fédéral suscite l'adhésion des états qui le transcrivent directement ou en reprennent des principes. Par exemple, l'Utah qui prohibait à la fois gestation pour autrui et procréation pour autrui a repris fin 2005 l'Uniform Parentage Act de 2002. Au final, **la légalisation de la gestation pour autrui est dans une position majoritaire renforcée aux USA**, et la légalisation de la procréation pour autrui reste minoritaire. Des discussions autour de la transcription de l'U.P.A. de 2002 sont en cours dans le Minnesota.



IV – Récentes évolutions législatives dans le monde: CANADA

- L'Assisted Human Reproduction Act de 2004 **étend la légalisation de la gestation pour autrui et la procréation pour autrui sur tout le territoire du Canada**. Sont interdits et classés en délits l'activité de tout intermédiaire ou conseil, même à titre gratuit, et le remboursement de frais autres que sur facture liée à des frais médicaux. L'article 8 précise que ce point sera précisé par une Agence (Assisted Human Reproduction Agency) à créer.
- La question de **la filiation dépend des provinces**. Néanmoins, les jurisprudences font que les déclarations en parenté sont validées par des tests génétiques dans toutes les provinces. Ceci agit en faveur de la gestation pour autrui au dépend de la procréation pour autrui pour éviter tout risque de conflit de reconnaissance qui dépendrait donc de la décision du juge.



IV – Récentes évolutions législatives dans le monde: CANADA

- L'Assisted Human Reproduction Act de 2004 fait l'objet d'un appel par la province du Québec (qui interdisait jusqu'à présent procréation et gestation pour autrui) qui a entamé une consultation par référendum en septembre 2008.
- L'article 12 qui fixe les questions de remboursement et de dédommagements en matière de don de gamètes, de procréation et de gestation pour autrui fait également l'objet d'un référendum depuis septembre 2007, mais au niveau national.



IV – Récentes évolutions législatives dans le monde: AUSTRALIE

- Les lois de plusieurs états ont été renouvelées ces dernières années, elles convergent et consacrent la **progression de la légalisation de la gestation pour autrui** (la procréation pour autrui est interdite) et prennent mieux en compte l'intérêt de l'enfant en :
 - Créant une **supposition de filiation envers les parents intentionnels** sans attendre le prononcé du jugement (parental order, entre le 28^{ième} jour et les six mois de l'enfant) dont la centralité de l'intérêt de l'enfant est réaffirmée
 - Mettant en place un dispositif permettant à l'enfant **d'accéder aux informations relatives à ses conditions de conception et de naissance**. Cet accès est prévu également aux membres des deux familles concernés par l'arrangement reproductif.
- Le gouvernement fédéral a lancé une **généralisation de ces lois à tous les états d'Australie** pour mettre fin à l'insécurité juridique des filiations, dans l'intérêt des enfants. Cette réforme est tout particulièrement soutenue par le Sénateur Conroy qui a reçu un soutien large en rendant public son recours à la gestation pour autrui pour avoir un enfant avec sa femme.



IV – Récentes évolutions législatives dans le monde: INDE

- Ce pays a une longue expérience en matière d'Assistance Médicale à la Procréation, mais pas de véritable cadre légal (seulement un code de bonnes pratiques).
- Une nouvelle loi supprimant l'anonymat des donneurs de gamètes en Angleterre, pays où réside une forte communauté indienne, a initié un mouvement d'exode procréatif (provisoire ?) pour le don d'ovules, braquant les projecteurs des media. Les cas de gestation pour autrui semblent isolés du fait de l'absence de cadre légal et de droit du sol.
- Le gouvernement a annoncé cet été que des lois réglementant l'AMP seraient votées pour encadrer les pratiques. Le projet a été déposé en octobre 2008. Il marque un progrès en supprimant l'instabilité juridique pour la filiation, mais reste très en retrait en matière de consentement libre et éclairé, ou encore en reconnaissance des droits de la gestatrice (elle doit rembourser les frais médicaux de FIV si elle décide unilatéralement d'une IVG par exemple).



IV – Récentes évolutions législatives dans le monde: EUROPE

- **L'European Society for Human Reproduction and Embryology** s'est prononcé en 2005 en faveur de la légalisation encadrée de la GPA en Europe.
- **Finlande** : ce pays a une longue expérience et une jurisprudence en GPA, mais a connu des affrontements entre la profession médicale et le gouvernement pour légiférer. Les associations LGBT sont entrées dans le débat pour obtenir un accès à l'AMP, et ensuite l'église catholique. Une loi a été votée fin 2007 qui supprime l'anonymat des donneurs, autorise les célibataires et les couples de même sexe à accéder à l'AMP, mais qui à la surprise contient l'article 8 (Assisted fertility treatment may not be provided if... there is reason to presume that the child will be given up for adoption). Cet article 8 est actuellement interprété comme une interdiction de la procréation et de la gestation pour autrui. Ce pays est donc à suivre, de même que la **Hongrie** qui a aussi une expérience clinique de gestation pour autrui dans un cadre légal jusqu'en 2000 (aujourd'hui libre).
- **Belgique** : un projet de loi a été déposé en 2007 au Sénat pour encadrer la pratique de la gestation pour autrui (jusqu'à aujourd'hui libre).
- **Roumanie** : une loi autorisant et encadrant la gestation pour autrui a été votée en 2005.



V – Conclusions

- Au niveau mondial, il y a un mouvement de convergence vers la légalisation de la gestation pour autrui altruiste dans un cadre de consentement libre et éclairé avec reconnaissance pré-natale dans l'intérêt de l'enfant.
- Il y a un rejet relatif de la procréation pour autrui dont une des causes est qu'elle est par nature plus difficile à réguler.
- Il n'y a pas de convergence à ce jour sur la définition des personnes éligibles à l'assistance médicale à la procréation, ou sur l'accès aux informations relatives aux conditions de conception et de naissance.
- En nous retournant sur l'histoire de notre civilisation, nous constatons que la société a su imaginer à de maintes reprises des solutions sociales justes et reconnues pour répondre aux questions d'infertilité. Il nous paraît inconcevable qu'il n'en soit pas ainsi dans notre pays.



Annexe I – Le code d’Hammourabi

§ 138 : **Si un homme veut répudier son épouse qui ne lui a pas donné d'enfants**, il lui donnera tout l'argent de sa tirhatou (dation faite par le fiancé au père de la femme), et lui restituera intégralement la cheriqtou (apport fait par la femme pour subvenir aux charges du mariage, équivalent d'une dot) qu'elle a apportée de chez son père, et il la répudiera.

§ 139 : S'il n'y a pas de tirhatou, il lui donnera une mine d'argent pour la répudiation.

§ 140 : Si c'est un mouchkinou (classe mal définie de citoyens privilégiée dans leurs biens, mais non dans leur personne, au contraire), il lui donnera un tiers de mine d'argent.

§ 144 : Si un homme a épousé une femme, et **si cette femme a donné à son mari une esclave qui a procréé des enfants**, si cet homme se dispose à prendre une concubine, on n'y autorisera pas cet homme, et il ne prendra pas une concubine.

§ 145 : **Si un homme a pris une épouse et si elle ne lui a pas donné d'enfants**, et s'il se dispose à prendre une concubine, il peut prendre une concubine, et l'introduire dans sa maison. Il ne rendra pas cette concubine l'égale de l'épouse.



Annexe I – Le code d’Hammourabi

§ 137 : Si un homme s'est disposé à répudier une concubine qui lui a procréé des enfants ou bien une épouse qui lui a procréé des enfants, il rendra à cette femme sa cheriqtou, et on lui donnera l'usufruit des champs, verger et autre bien, et elle élèvera ses enfants. Après qu'elle aura élevé ses enfants, on lui donnera une part égale à celle d'un enfant de tout ce qui sera donné aux enfants, et elle épousera l'époux de son choix.

§ 146 : Si un homme a pris une épouse, et si celle-ci a donné à son mari une esclave qui lui procréé des enfants; si ensuite cette esclave rivalise avec sa maîtresse, parce qu'elle a donné des enfants, sa maîtresse ne peut plus la vendre; elle lui fera une marque et la comptera parmi les esclaves.



Annexe I – Le code d’Hammourabi

§ 170 : Si une épouse a donné des enfants à un homme et si une esclave de cet homme lui a aussi donné des enfants, si, de son vivant, le père a dit aux enfants que l'esclave lui a donnés : " vous êtes mes enfants ", et les a comptés parmi les enfants de l'épouse, si ensuite le père meurt, les enfants de l'épouse et les enfants de l'esclave partageront à parts égales la propriété paternelle : c'est aux enfants de l'épouse de partager et de choisir.

§ 171 : Si, cependant, le père de son vivant n'a pas dit aux enfants nés de son esclave : «mes fils», et si ensuite ce père meurt, alors les enfants de l'esclave ne devront pas partager avec les enfants de l'épouse, mais la liberté de l'esclave et de ses enfants leur sera garantie. Les enfants de l'épouse n'auront pas le droit de prendre pour esclaves les enfants de l'esclave; l'épouse prendra sa dot, et la donation que son mari lui aura faite, et vivra dans la maison de son mari: aussi longtemps qu'elle vivra elle en usera, cette maison ne sera pas vendue contre argent. Tout ce qu'elle laissera appartiendra à ses enfants.





Annexe II – Liens vers les textes de lois

- USA :
 - <http://claradoc.gpa.free.fr/doc/97.pdf>
- Canada :
 - <http://claradoc.gpa.free.fr/doc/70.pdf>
- Australie :
 - <http://claradoc.gpa.free.fr/doc/110.pdf>
 - <http://claradoc.gpa.free.fr/doc/111.pdf>
 - <http://claradoc.gpa.free.fr/doc/112.pdf>
 - <http://claradoc.gpa.free.fr/doc/113.pdf>
- Inde :
 - <http://claradoc.gpa.free.fr/doc/109.pdf>
- Belgique :
 - <http://claradoc.gpa.free.fr/doc/61.pdf>
- Roumanie :
 - <http://claradoc.gpa.free.fr/doc/71.pdf>