

NOTE

Le débat sur la gestation pour autrui : une nouvelle approche du lien parental moderne ?

Par Geneviève Delaisi de Parseval et Valérie Depadt-Sebag,
co-présidentes du groupe « Accès à la parenté : AMP et adoption » de Terra Nova

le 13 mars 2009

Avec l'évolution des techniques de procréation médicale assistée, le débat sur la GPA, relancé à l'occasion d'un récent arrêt de la Cour de cassation du 17 décembre 2008, doit être de nouveau réévalué à la veille de la révision de la loi relative à la bioéthique, prévue pour 2010 et préparée par un groupe de travail du Conseil d'Etat. On sait déjà, à la lecture des travaux du Comité consultatif national d'éthique, ainsi que du rapport rendu par l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques en novembre 2008, que la question de la GPA constituera un des points les plus délicats de la révision.

Plusieurs arguments militent en faveur d'une évolution du droit applicable, au bénéfice de l'admission limitée de cette pratique en tant que procédé thérapeutique, sous réserve d'un encadrement précis conçu par le législateur. D'un côté la parentalité, telle qu'elle est ressentie et perçue par la société, a profondément évolué depuis quelques décennies, ce qui peut laisser penser que le débat est ouvert. D'un autre côté, il faut reconnaître que la GPA conduit aussi à poser la question de la marchandisation du corps, qui appelle, en cas d'évolution, des garde-fous très précis pour éviter toute dérive.

Alors que les prochains mois verront ces débats éthiques occuper le devant de la scène, Terra Nova propose cette première note de réflexion.

Le rapport du Sénat sur la gestation pour autrui (GPA) rendu en juin dernier avait pour objectif d'évaluer une possible autorisation par le législateur du protocole médical de gestation pour autrui. Rappelons la question : est-il admissible qu'une femme, elle-même mère de ses propres enfants, puisse apporter son aide à une autre mère qui, pour des raisons d'ordre médical, ne peut mener une grossesse à terme ? Dans cette « guerre de rapports », et en attendant celui du groupe du Conseil d'Etat présidé par l'ancien ministre Philippe Bas, celui de l'OPECST (Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques) recommande aujourd'hui d'interdire la GPA, même très encadrée comme le recommandaient les Sénateurs.

L'actualité judiciaire récente a également été marquée par une décision de la Cour de cassation, née d'un litige concernant un couple qui avait eu recours à une GPA en Californie où ces pratiques sont autorisées et qui avaient eu grâce à cette démarche des jumelles. La Cour suprême californienne avait reconnu le mari et l'épouse à l'origine de la GPA comme étant le père génétique et la mère légale des enfants. Au moment de faire transcrire en France les actes de naissance américains, les parents se sont toutefois heurtés au procureur de la République qui a recherché l'annulation de ces actes en faisant valoir que

l'épouse n'était pas la mère biologique des enfants et que la transcription des actes de naissance était contraire à l'ordre public français. Le 25 octobre 2007, la Cour d'appel de Paris avait jugé irrecevable la demande formée par le ministère public mais la Cour de cassation, par un arrêt du 17 décembre dernier, a cassé l'arrêt de la cour d'appel. Sans se prononcer véritablement sur le fond, puisqu'il était simplement en cause une question de recevabilité, la Cour a visé l'article 16-7 du Code civil, issu de la loi du 29 juillet 1994, aux termes duquel « toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle ». Sans préjuger de ce que pourrait être la décision au fond que la cour d'appel devra rendre dans quelques mois, la loi française en son état actuel prohibe de manière claire la GPA. Or, de nombreux enfants nés d'une gestation pour autrui réalisée à l'étranger se trouvent actuellement dans la même situation de précarité juridique. La révision de la loi, prévue pour 2010, devra, en toute hypothèse, se pencher sur cette réalité sociale et il faut, dès aujourd'hui, évaluer les arguments en présence.

Le protocole de la GPA moderne, par FIV, consiste en une expérience inédite de « maternité partagée ». Il pose deux questions majeures, l'une psychologique, l'autre juridique.

1 - APPROCHE PSYCHANALYTIQUE DE LA GESTATION POUR AUTRUI : LES EVOLUTIONS DE LA « MATERNALITE »

La première question porte sur la définition même de la maternité.

Ce terme est, en français, très ambigu : il désigne autant le fait d'être mère que le lieu où on accouche ! Il ne correspond en tous cas nullement au processus psychique du « devenir mère ». Freud avait à sa disposition, en allemand, trois mots différents pour parler de la maternité ; l'anglais en possède deux (maternity et motherhood). En langage psychanalytique, la « maternalité » (traduction de motherhood) est un processus de maturation psychique qui est loin de se calquer de manière simple sur la grossesse et sur l'accouchement. Il s'agit d'une crise d'identité, d'un stade maturatif du psychisme humain ; ce terme désigne l'ensemble des processus affectifs qui, dans les cas habituels, se développent et s'intègrent chez une femme à l'occasion de la grossesse et de l'accouchement. Mais la clinique psychanalytique montre que s'il n'existe pas l'appui psychologique que trouve en principe une femme enceinte dans son entourage – à commencer évidemment par celui du futur père- ce processus psychologique peut « s'enrayer » et on rencontre alors différents troubles du pré- et du post-partum, sans compter les pathologies de ces maternités qui « avortent » dans tous les sens du terme. La théorie psychanalytique ainsi que le suivi de femmes enceintes montre de manière claire qu'une femme ne devient pas mère, comme par magie, le jour où elle accouche et c'est un postulat simpliste de penser que la grossesse constituerait l'alpha et l'omega de la maternité. On connaît par ailleurs le cas de l'adoption au cours duquel une femme peut vivre le processus psychique de la maternalité sans avoir vécu ni grossesse ni accouchement.

La gestation pour autrui conduit à réinterroger les fondamentaux du « devenir mère ». L'amalgame opéré trop facilement entre état de grossesse et maternité a ainsi induit une représentation biaisée qui parasite la compréhension de la gestation pour autrui dans le contexte totalement nouveau de l'ère post-

fécondation in vitro (FIV) qui a fait « éclater », dans une certaine mesure, la notion même de maternité en trois personnes éventuellement différentes : la mère génétique, la mère utérine, et la mère d'intention. Il s'agit alors d'analyser l'élaboration mentale de cette mère seulement gestatrice vis-à-vis d'un fœtus qu'elle porte mais qu'elle ne désire pas puisqu'il n'est pas le sien car elle a décidé, dès avant la grossesse, de le rendre au couple qui l'a conçu.

Il est significatif de rapporter à ce débat le fait qu'actuellement dans les sociétés occidentales, 15% des mères qui accouchent dans des conditions normales font des dépressions post-natales –différentes du post-partum blues, trouble sans gravité-, pathologies sévères susceptibles d'avoir des conséquences à long terme sur la relation mère /enfant. Or les études britanniques pionnières qui ont suivi des cohortes de gestatrices, plusieurs années après une GPA, ont montré qu'aucune de ces mères n'avait souffert de dépression post-natale. Il est également intéressant de réfléchir au fait que, pour un enfant, naître dans une situation de gestation pour autrui dans laquelle il est relié de manière naturelle à ses parents (quand l'embryon a été conçu avec les gamètes des parents d'intention) est peut-être une situation moins compliquée que celles qui existent dans certaines des formes de dissociations de la parentalité prévues dans la loi bioéthique, tel par exemple le protocole d' «accueil d'embryon» dans lequel une femme porte, dans le cadre d'une FIV, un embryon donné par un autre couple. Quant à la procédure de don d'ovocytes, également autorisée par la loi, elle est aussi fort instructive à mettre en parallèle avec la gestation pour autrui : dans ce dernier cas on replace chez la future mère un embryon conçu avec l'ovocyte d'une donneuse -en général anonyme-, et le sperme du futur père : cette mère est donc enceinte d'un embryon qui lui est à « demi-étranger ». Or si la grossesse et l'accouchement constituaient l'élément primordial de la maternité, il n'y aurait aucun problème psychologique d'acceptation de ces situations : l'expérience clinique du suivi « psy » en AMP montre cependant que la réalité est moins simple et que les ovocytes ou les embryons donnés ne se « dissolvent pas » si facilement dans la grossesse...

2 - LE CADRE JURIDIQUE : MAINTENIR L'INTERDICTION DES CONVENTIONS POUR ELABORER UN PROTOCOLE SPECIFIQUE

La GPA est interdite en France depuis un arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation rendu le 31 mai 1991, dont la portée a été consacrée par le législateur dans la loi relative à aux techniques d'assistance médicale à la procréation du 29 juillet 1994. L'article 16-7 du Code civil, issu de cette loi, dispose que « toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle ». En d'autres termes, ce texte interdit toute convention par laquelle une personne s'engagerait vis-à-vis d'une autre, soit à procréer pour le compte de cette dernière, soit à assurer pour elle la phase de gestation qu'implique la grossesse.

Pourtant, l'analyse plus approfondie de ce texte peut laisser penser que l'admission de la gestation pour autrui par le droit français n'est pas une hypothèse inenvisageable.

Du point de vue de l'histoire, l'article 16-7 trouve son fondement dans la volonté d'éradiquer les pratiques des « mères porteuses » datant d'avant la FIV. Il se fait l'écho des motifs de l'arrêt Alma Mater précité, par

lequel, en 1991, la Cour de cassation avait fort justement refusé de prononcer l'adoption d'un enfant né à la suite de l'insémination d'une « mère porteuse » par l'épouse du père géniteur. Mais il s'agissait alors d'une GPA "traditionnelle" datant d'avant la FIV, pratiquée par insémination, hors de tout circuit hospitalier, et sans que soit posée d'indication médicale d'infertilité chez la mère d'intention. Cela constituait en outre une fraude à l'adoption en même temps qu'une incitation à l'abandon d'enfant.

De fait, la situation est maintenant radicalement différente de ce qu'elle a été dans les années 90. Fort de l'expérience des quinze années qui se sont écoulées depuis la promulgation de la loi de 1994, il paraît aujourd'hui possible d'envisager cette technique et d'en admettre une forme qui ne contredira aucun de nos droits fondamentaux, comme c'est actuellement le cas en Grande Bretagne, en Grèce, en Israël, en Afrique du Sud et dans certains états Américains, Canadiens, Australiens etc. Du reste, l'admission de la GPA relève de l'appréciation de chaque Etat, aucune convention internationale ne prohibant cette technique.

Du point de vue de l'objet de l'interdiction, étroitement lié à l'histoire, il semble que l'interdiction de la GPA porte sur les « conventions » de procréation ou de gestation pour autrui. Or, on peut penser la technique de la GPA en dehors de toute convention entre les parents d'intention et la femme assurant la gestation.

Il est en ce sens essentiel que soient délimitées clairement les indications médicales de la GPA (on peut songer aux cas d'hystérectomie ou d'absence congénitale d'utérus) et que la future loi relative à la bioéthique définisse un protocole de GPA par fécondation in vitro au terme duquel la gestatrice ne sera en aucun cas la mère génétique (l'ovocyte étant soit celui de la mère d'intention soit celui d'une autre mère qui a fait don d'un ovocyte). Cela permettra de tourner définitivement la page vis à vis des sordides affaires de mères porteuses des années quatre-vingt.

L'article 16-7, en ce qu'il empêche les dérives de cette technique vers de véritables contrats de procréation ou de gestation pour autrui, doit donc être maintenu. Mais il pourrait être enrichi d'un alinéa supplémentaire ainsi rédigé : « Seul l'acte de gestation pour autrui est possible, en cas d'incapacité gestationnelle constatée chez la mère d'intention, et à condition que l'enfant ne soit pas génétiquement rattaché à la femme qui assure la gestation ». Un tel mécanisme suppose de régler de délicates questions quant aux conditions dans lesquelles l'acte serait pratiqué et aux règles relatives, entre autres, aux responsabilités éventuelles.

La loi pourrait apporter un élément de réponse aux risques de « marchandisation du corps humain », en excluant d'une part tout accord entre les parties, en prévoyant d'autre part un encadrement administratif et judiciaire de la procédure de GPA qui pourrait alors s'inspirer du modèle du prélèvement d'organe sur une personne vivante. Ainsi la demande des parents d'intention ferait tout d'abord l'objet d'un examen au cas par cas par un comité d'experts. La France s'est dotée, depuis la loi du 6 août 2004, d'une structure compétente, l'Agence de la biomédecine, susceptible d'exercer de nouvelles missions en la matière. Cette commission délivrerait ensuite l'autorisation de procéder à la GPA, cela postérieurement à l'expression de l'engagement des parents et du consentement de la gestatrice recueillis par le juge, par

exemple par le Président du tribunal de grande instance ou par le magistrat désigné par lui, comme il en est actuellement en matière de prélèvement d'organe sur une personne vivante.

Cependant, une expertise plus approfondie de cette procédure reste à conduire, car de nombreuses adaptations s'imposeraient, relatives à la détermination des personnes pouvant faire don de leurs capacités gestationnelles ainsi qu'à la question d'un dédommagement raisonnable proposé à la gestatrice. La gestation pour autrui moderne offre une approche du lien parental moderne, tissé de la volonté de parents d'intention et de l'apport des forces procréatives de tierces personnes, le tout sur fond de projet parental, de volonté et de responsabilité éducative.