

Pour une conception neutre de la Gestation Pour Autrui

par Guillaume Durand

La GPA est généralement comprise en France comme une transaction commerciale moralement condamnable, parce qu'on considère qu'on achète le corps d'une femme. Mais quelles raisons avons-nous de rejeter un acte librement consenti ?

Dans nos démocraties, il y a des actions que nous jugeons, de manière unanime, comme immorales : celles qui visent à causer délibérément du tort à autrui (tuer, humilier, empoisonner, etc.). De telles actions causent des victimes, c'est-à-dire des personnes qui ont subi des dommages (physiques et/ou psychiques) contre leur gré¹. Mais il y a aussi des actions qui, prises en elles-mêmes, sont neutres ou amoraux : lancer, marcher, etc. Sauf à considérer certaines intentions qui les animent ou des contextes particuliers (lancer un nain² dans une boîte de nuit, marcher sur les fleurs du voisin), de telles conduites ne sont ni des biens, ni des maux. Il y a enfin des actions qu'on reconnaît comme louables moralement : aider son prochain, avoir de l'empathie, etc. Participer à une Gestation Pour Autrui (GPA) semble appartenir au premier type d'action tant les descriptions qu'on en fait en France sont négatives : une GPA consisterait à louer ou acheter le corps (ou l'utérus) d'une femme, à organiser médicalement et légalement son *aliénation* ou son *esclavage*, à commercialiser un enfant, etc. Autant de définitions *argumentatives* qui font d'emblée de la GPA un crime moral et juridique. La loi française dispose, depuis les lois de bioéthique du 29 juillet 1994, que « toute convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui est nulle »³ et sanctionne « le fait de provoquer soit dans un

1 R. Ogien, *L'éthique aujourd'hui. Maximalistes et minimalistes*, Gallimard, Folio/Essais, p. 19 et sq.

2 G. Durand, *Puis-je lancer un nain qui le veut bien ?*, Nantes : Éditions M-Editer, collection Livre'L, 2011.

3 Art. 16-7 du Code civil.

but lucratif, soit par don, promesse, menace ou abus d'autorité, les parents ou l'un d'entre eux à abandonner un enfant né ou à naître » de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende⁴.

La position que je défends consiste à considérer la GPA *volontaire*, celle qui repose dans nos démocraties sur les consentements libres et éclairés de la gestatrice et des parents d'intention, comme une action neutre d'un point de vue moral. Dans ce cas – et selon certaines conditions – un État démocratique, laïque et pluraliste, ne devrait pas plus l'interdire que la promouvoir. Il devrait seulement, comme pour le mariage ou l'adoption, en définir le cadre, les limites et protéger les droits des individus qui font le choix d'une GPA : les futurs parents, la gestatrice et le futur enfant.

Définir la GPA

La procréation est le processus social, médical et technique, mais aussi juridique et politique qui encadre et régule la reproduction, c'est-à-dire le processus biologique qu'est la rencontre entre deux gamètes (un spermatozoïde et un ovocyte). La GPA ou « don gestationnel » fait partie des techniques d'Assistance Médicale à la Procréation (AMP) – elle est reconnue comme tel par l'Organisation Mondiale de la Santé depuis 2009⁵ – et en particulier des techniques qui font intervenir une personne extérieure à un couple ou une personne célibataire qui ont un projet d'enfant : la gestatrice. Dans le cas d'une GPA – à la différence d'une Procréation Pour Autrui (PPA) où la femme qui porte l'enfant est aussi la donneuse d'ovule – la gestatrice n'a pas de lien génétique avec le futur enfant : la mère biologique de ce dernier est donc soit la mère d'intention – si celle-ci est fertile – soit une donneuse d'ovule distincte de la mère d'intention. Dans tous les cas, parler de « mère porteuse » pour la GPA est une formulation abusive puisque la gestatrice n'est ni biologiquement ni intentionnellement la mère du futur enfant⁶. La fécondation *in vitro* (FIV) est réalisée suivant trois étapes fondamentales :

4 Art. 227-12 du Code pénal. « Le fait, dans un but lucratif, de s'entremettre entre une personne désireuse d'adopter un enfant et un parent désireux d'abandonner son enfant né ou à naître est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende. »

5 The International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) and the World Health Organization (WHO) Revised Glossary on ART Terminology (Human Reproduction, 2009) : http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology2.pdf?ua=1

6 L'expression et son utilisation à propos de la GPA sont pourtant répandues. Voir par exemple le livre de S. Agacinski, *Corps en miettes*, Flammarion, « Café Voltaire », Paris, 2009, p. 8. Le Comité Consultatif National d'Éthique, dans son rapport sur les états généraux de la bioéthique en 2018, fait cette confusion, ainsi que de nombreux rapports des Espaces Éthiques régionaux. Voir p. 109 : http://www.ccne-ethique.fr/sites/default/files/rapport_de_synthese_ccne_bat.pdf

- Après stimulation ovarienne par traitement hormonal de la donneuse d'ovule, on extrait un ou plusieurs ovocytes par ponction folliculaire ;

- La fécondation extra-corporelle est réalisée en laboratoire, avec ou sans interventions techniques sur les gamètes et/ou les embryons (Diagnostic pré-implantatoire, tri sélectif des embryons, etc.) : par une fécondation classique (les spermatozoïdes sont simplement déposés auprès des ovocytes) ou par Injection intra-cytoplasmique (injection d'un seul spermatozoïde directement dans l'ovocyte⁷) ;

- Enfin, un ou plusieurs embryons sont transférés dans l'utérus de la gestatrice.

On distingue une GPA réalisée pour des raisons médicales et dont la première cause est alors l'infertilité d'origine utérine (absence d'utérus ou « destruction fonctionnelle d'une grande partie de celui-ci »⁸ suite à un cancer par exemple) et une GPA dite « sociétale », où l'acte technique de fécondation est choisi en dehors de toute justification médicale : elle concerne en particulier les familles homoparentales ou les personnes célibataires ; elle peut aussi concerner les couples hétérosexuels dont la femme, pour des raisons professionnelles ou personnelles ne souhaiterait pas assumer la grossesse.

Quels sont les principaux arguments qui visent à définir la GPA comme une action illégitime sur le plan moral ou éthique ? De manière classique, je les regroupe en deux grandes classes : les arguments déontologiques (l'action est examinée au moyen de Devoirs ou de Principes) et les arguments conséquentialistes (l'action est jugée au regard de ses conséquences). J'essaie de montrer que ces arguments, d'un point de vue éthique ou moral, ne sont pas convaincants.

Les arguments déontologiques

A. L'atteinte à la dignité

Selon l'un des arguments les plus répandus en France, la GPA serait contraire au principe de respect de la dignité de la personne humaine, défini par la juriste Muriel Fabre-Magnan comme « indémontrable, indérogeable et indiscutable » et qui a valeur

7 Intra Cytoplasmic Sperm Injection (ICSI). Pour aller plus loin sur les techniques d'AMP, voir par exemple : <https://www.inserm.fr/information-en-sante/dossiers-information/assistance-medicale-procreation-amp>

8 Voir Académie de médecine, La gestation pour autrui, 25/02/2009, Annexe, cité dans l'Avis du Conseil d'Orientation de l'Agence de la Biomédecine, « La gestation pour autrui », Séance du 18 septembre 2009, Délibération n° 2009-CO-38, p. 2. Disponible à l'adresse : https://www.agence-biomedecine.fr/IMG/pdf/avis_21092009.pdf En 2003, le cancer est la première indication de GPA au Royaume Uni. Voir P.R.Brinsden, Gestational Surrogacy, Human Reproduction Update 2003.

constitutionnelle⁹. La GPA réduirait la personne qu'est la gestatrice au statut de simple objet ou encore, selon la métaphore violente de la philosophe S. Agacinski, de « four à pain »¹⁰. Le corps de la gestatrice, et en particulier son utérus, seraient considérés, dans cet argument d'inspiration kantienne, comme de simples « moyens » pour d'autres couples de réaliser leur projet d'enfant. Ce crime moral et juridique serait aggravé dans le cas d'une rétribution de la gestatrice : l'utérus de la femme, en plus d'être réduit à un simple outil, deviendrait une vulgaire « marchandise » dont le prix, comme tout autre objet, serait relatif et fluctuant. L'enfant deviendrait lui aussi un « objet d'échange » pour lequel on passe une commande. Cette argumentation est devenue pour beaucoup une évidence. Mais il faut se méfier des évidences, en particulier dans le champ moral.

Premièrement, quel sens exact accorder à la dignité humaine ? Comme le reconnaît l'avis 110 du Comité Consultatif National d'Éthique (CCNE)¹¹, la dignité souffre d'une divergence de sens : est-elle une valeur absolue et inviolable par quiconque, limitant autant la liberté d'autrui à mon égard que la libre disposition de soi ? Ou est-elle au contraire une valeur purement subjective, liée ainsi essentiellement à la liberté individuelle : la valeur que je me donne à moi-même ? Cette divergence de sens est au cœur des débats sur l'euthanasie et la prostitution en France depuis plusieurs décennies. Et c'est la raison pour laquelle la dignité est selon certains juristes « le plus flou des concepts »¹² ou encore, pour certains philosophes, inutile et même « stupide »¹³ : si celle-ci est comprise comme une valeur intrinsèque et inviolable, le tortionnaire peut déclarer joyeusement à sa victime qu'il n'altère pas sa dignité.

Admettons deuxièmement que porter atteinte à la dignité de la personne humaine signifie réduire autrui au statut de simple chose.

Dans le cadre d'une GPA volontaire, le consentement et donc la volonté libre et éclairée de la gestatrice est la condition première du contrat : on ne recherche pas le consentement d'un objet et il n'y a de contrat qu'entre des personnes¹⁴. Recueillir un véritable consentement de la gestatrice signifie que celle-ci a bien compris la situation et évalué les conséquences de ses choix mais aussi que sa décision est prise en l'absence de toute contrainte. En un mot, une GPA volontaire doit respecter l'autonomie de la personne qui n'est donc pas réduite au statut de chose ou d'outil procréatif.

9 M. Fabre-Magnan, citée par le Comité de réflexion sur le préambule de la Constitution présidée par Mme Simone Veil, décembre 2008, p.131. Cité dans Avis n° 110 du Comité Consultatif National d'Éthique (CCNE) : « Problèmes éthiques soulevés par la Gestation Pour Autrui (GPA) », 2010, p. 7.

10 S. Agacinski, *Corps en miettes*, op. cit., p. 8.

11 Avis n° 110, op. cit., p. 14.

12 O. Cayla, « Dignité humaine : le plus flou des concepts », *Le Monde*, 31 janvier 2003.

13 Voir S. Pinker, « The stupidity of Dignity », *The New Republic*, may 28, 2008 :

<https://newrepublic.com/article/64674/the-stupidity-dignity>. Voir R. Ogien, *La vie, la mort, l'État. Le débat bioéthique*, Grasset, 2009, p. 85 et sq.

14 Voir article 1101 du Code Civil : « Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes, destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations. »

Dans les démocraties où la GPA est légale, de nombreuses études¹⁵ montrent d'ailleurs que la gestatrice n'est pas seulement considérée par le couple comme un objet, un « moyen » mais « toujours en même temps comme une fin »¹⁶ selon la formule de Kant. Dans une GPA, il est possible (et l'État doit l'exiger et le garantir) que les parents utilisent les capacités procréatives de la gestatrice et *en même temps* la respectent en tant que personne humaine – comme dans tout emploi qui respecte le droit du travail : consentement, respect de sa vie privée et de son intimité, de ses choix (y compris ceux concernant l'accouchement), garanties concernant sa sécurité, etc.

Certains juristes opposent à la GPA le principe de l'indisponibilité du corps humain : selon le droit français, seules les choses sont définies comme des possessions et des propriétés. Le corps humain n'est pas une chose que l'on pourrait posséder ou s'approprier. Il n'est pas non plus un bien patrimonial : il ne peut donc être ni échangé ni vendu¹⁷. À supposer qu'un tel principe soit fondé et cohérent – pourquoi et comment puis-je avoir le droit en France de *donner* certains de mes organes, mon sang et mes gamètes si ces derniers ne m'appartiennent pas ? Au nom de quel principe laïc et séculaire me refuser le statut de propriétaire de mon corps ?¹⁸ – définir la GPA comme une location ou une vente d'utérus n'a pas de sens véritable. En effet, on ne peut pas soutenir que la gestatrice « vend son corps » : les parents d'intention n'achètent pas un utérus, ils n'en deviennent pas les propriétaires, pouvant ainsi rentrer ainsi chez eux et conserver une partie du corps de l'autre. De même, lorsqu'on loue un bien, son propriétaire nous donne temporairement le simple usage d'un bien extérieur à lui-même, ce qui implique qu'il peut bien sûr s'absenter. Dans le cas d'une GPA rétribuée financièrement, le corps physique ne devient pas une marchandise : ce sont des qualités, des compétences, des savoir-faire, qui font appel non seulement au corps de la femme mais aussi à son intelligence et à sa personne, qui font l'objet d'une valorisation et d'une rétribution (comme en Israël ou en Californie par exemple). Pourquoi, en définitive, ne pas écouter simplement les candidates à la GPA pour lesquelles cette technique n'est pas vécue comme une instrumentalisation ? Les expériences des gestatrices et des parents d'intention sont multiples et bien plus riches et complexes que ce à quoi nous les réduisons spontanément ou idéologiquement en particulier en France¹⁹. Pour certaines femmes, la procréation n'est pas un domaine à part – l'intime par excellence – qui impliquerait que monnayer ses capacités procréatives serait se donner *entièrement* et *essentiellement*. Dans une démocratie, au nom de quoi imposer une seule représentation de la procréation ?

15 Voir par exemple : Jadva, V et al. Surrogacy : the experience of surrogate mothers. 2003. *Human Reprod.* Vol.18 : 2196-2204 ; Kleinpeter CB. Surrogacy : the parents' story. 2002. *Psychol. Report.* Vol 91 201-219.

16 E. Kant, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, Vrin, « Bibliothèque des textes philosophiques », 2008, 2e section, p. 142- 143.

17 Voir articles 16-5 et 16-6 du Code Civil.

18 Voir Guillaume Durand, « Qui ne dit mot consent ? Pour une nouvelle loi sur le don d'organes », *La Vie des idées*, 14 mars 2017. <http://www.laviedesidees.fr/Qui-ne-dit-mot-consent.html>

19 Voir par exemple les travaux de la sociologue V. Rozee sur la GPA en Inde : Virginie Rozee, Sayeed Unisa, Élise de La Rochebrochard, « La gestation pour autrui en Inde », *Population et Sociétés*, n° 537, octobre 2016, <https://www.ined.fr/fr/publications/population-et-societes/gpa-inde/>

Serait-ce troisièmement la dignité de l'enfant qui est atteinte ? Les enfants issus de l'AMP sont des enfants attendus et désirés plus que tout²⁰ : en quel sens seraient-ils niés ? Et dans le cadre d'une gestation qui s'accompagne d'une *compensation financière* de la gestatrice (de 10 000 à 40 000 € selon les pays), il ne s'agit-il pas d'*acheter* un enfant, encore moins d'*acheter* ou de *louer* un utérus, mais en plus de prendre en charge tous les frais liés à la grossesse, de dédommager la gestatrice pour cette période où elle ne peut plus avoir d'autres activités, voire de la rétribuer.

B. L'atteinte à la famille

Le droit français a accompagné progressivement l'émancipation des hommes et des femmes à l'égard de la nature et de la famille traditionnelle : les lois sur la contraception²¹, sur l'interruption de grossesse²², la reconnaissance juridique des couples homosexuels avec le Pacte civil de solidarité (PACS)²³ et enfin récemment le mariage pour les couples de personnes de même sexe²⁴ en sont les meilleurs exemples. Cependant la France, plus qu'ailleurs en Europe, continue à accorder une primauté au modèle naturaliste ou biologique de la parenté et de la famille. La loi française sur l'AMP pose à la fois des limites médicales (« remédier à l'infertilité [médicalement diagnostiquée] d'un couple ou [...] éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité»²⁵), mais aussi morales, sociales, anthropologiques et psychologiques : la loi exige que l'on soit *un homme et une femme* (sont donc exclus en 2018 les couples de personnes de même sexe et les personnes célibataires), *vivants* tous les deux (on ne peut réaliser de FIV post-mortem, même lorsque l'un des membres d'un couple est décédé de manière accidentelle au cours de la prise en charge du couple pour FIV) et *en âge de procréer* (ce sont aux équipes médicales d'apprécier cet âge, mais la sécurité sociale a fixé à 43 ans l'âge limite *de la femme* à partir duquel la FIV n'est plus prise en charge). En quoi la GPA, si celle-ci était légalisée, porterait-elle atteinte à la famille ?

Premièrement, la mère de l'enfant, dans la GPA, n'est plus celle qui accouche, invalidant le célèbre principe de droit romain : *Mater semper certa est*. Or, lors d'une adoption, la mère adoptive, socialement et juridiquement reconnue comme la mère – dans le cas d'une adoption plénière, l'extrait d'acte de naissance est modifié en affirmant que l'enfant est né de ses parents adoptifs – n'est pas celle qui accouche. Et dans le cas d'une Insémination Avec Donneuse (IAD)

20 Voir D. Mehl, *Enfants du don. Procréation médicalement assistée : parents et enfants témoignent*, Paris, Laffont, 2008, 6.

21 La loi n° 67-1176 du 28 décembre 1967, appelée Loi NEUWIRTH, autorise la contraception et supprime les dispositions législatives antérieures (1920) qui l'interdisaient. La loi n° 74 - 1026 du 4 décembre 1974 autorise les centres de planification ou d'éducation familiale à délivrer à titre gratuit et anonyme des contraceptifs, sur prescription médicale, aux mineures qui désirent garder le secret.

22 Loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de la grossesse, Loi n°2001-588 du 7 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception et ses différentes modifications et particulier celles de la Loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016, art. 127, qui supprime la condition de la « situation de détresse ».

23 Loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité.

24 Loi no 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe.

25 Article L2141-2 du code de la santé publique (modifié par la loi du 8 juillet 2011).

ou d'une FIV avec donneuse, celle qui accouche n'est pas la mère biologique. La GPA renforce l'abandon, déjà consacré par le Droit, du principe romain. Mais surtout, affirmer que les relations entre l'engendrement et la filiation seraient simplement bouleversées par les progrès scientifiques et techniques est une vision naïve : les anthropologues (et les éthologues) montrent que la famille et la parenté sont des constructions historiques et culturelles et non des données naturelles et universelles²⁶.

Deuxièmement, c'est la GPA sociétale qui fait l'objet des attaques les plus virulentes : si la GPA médicale s'inscrit dans un projet de couple classique, la GPA pour des couples de personnes de même sexe ou des personnes célibataires remettrait en question la famille traditionnelle en France. Or ce n'est plus de la GPA en tant que telle dont il est question, mais de la reconnaissance sociale et juridique des familles homoparentales. Or l'État, dans une démocratie laïque et pluraliste, ne devrait pas avoir le droit de privilégier une certaine conception de la famille. Au nom des valeurs de la République française que sont en particulier la liberté, qui consiste comme le dispose l'article 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 « à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui »²⁷ et l'égalité, en particulier l'égalité des droits, l'État – et son ministère baptisé depuis 2016 ministère *des familles* – a le devoir de reconnaître les multiples formes de familles. Ajoutons que dans les démocraties où la GPA est légale, nombreuses sont les études²⁸ qui montrent que la gestatrice reste présente au sein des familles après la naissance, ce qui invite à inventer là encore un autre modèle de la famille.

Les arguments conséquentialistes

Les arguments conséquentialistes s'appuient sur l'existence possible de dommages physiques, psychologiques et sociaux subis par la gestatrice, sa famille (ses enfants, son conjoint), le futur enfant, voire, mais ce point est rarement interrogé, les parents d'intention. Parmi ces arguments, je distingue trois catégories essentielles : 1) les arguments médicaux et psychologiques ; 2) les arguments juridiques (concernant en particulier le contrat et la gestion des risques) ; 3) les arguments sociaux, politiques et économiques qui peuvent être compris sous le principe de Justice.

1) Les arguments les plus utilisés contre la GPA sont l'attachement précoce du fœtus à la gestatrice, le sentiment d'abandon engendré dès la naissance chez l'enfant, l'attachement de

26 Voir les travaux de F. Héritier sur les Samo au Burkina-Faso dans *L'exercice de la parenté*, Seuil, 1981. Voir aussi Geneviève Zoïa, « L'assistance médicale à la procréation : un révélateur de notre système de parenté ? », in *Manuel pour les études médicales*, J.-M. Mouillie, C. Lefève et L. Visier (dir.), Paris, Les belles Lettres, « Médecine et sciences humaines », p. 538-541.

27 <https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Homme-et-du-Citoyen-de-1789>

28 Voir par exemple Mac Callum et al. Surrogacy : the experience of commissioning couples. 2003. *Human Reprod.* Vol 18 : 1334-1342 ; Kleinpeter, et al. (2001). Satisfaction with surrogate mothering: A relational model. *Journal of Human Behavior in the Social Environment*, 4 (1), 61-84.

la gestatrice au fœtus puis au nourrisson et la souffrance et la culpabilité engendrée par un tel « abandon ».

2) Sans entrer dans les détails des arguments juridiques, l'essentiel concerne ici la nature du contrat conclu entre les parties dans une GPA et en particulier la couverture des risques en cas de complications durant la grossesse : qui décide de la poursuite ou non de la grossesse lors de la découverte d'une trisomie, d'une malformation du fœtus, ou d'une mise en péril de la santé de la femme (pré-éclampsie, etc.) ? Jusqu'où peuvent aller les obligations de chacun dans un tel contrat ? Le couple peut-il exiger de la gestatrice, moyennant finances ou non, l'adoption d'un certain mode de vie durant la grossesse (alimentation, sexualité, loisirs, etc.) ? La gestatrice pourrait-elle finalement décider de garder l'enfant ?

3) Les arguments de la troisième catégorie relèvent de ce que les philosophes T. Beauchamp et J. Childress appellent le principe de justice ou d'équité²⁹ qui renvoie à l'idée d'une distribution juste ou équitable des soins dans un contexte de rareté des ressources disponibles. Nombreux sont ceux qui accusent la GPA d'accentuer l'exploitation des femmes, de creuser le fossé social entre les pauvres, qui monnayeraient leur utérus, et les seuls riches qui pourraient ainsi en profiter. Plus rares sont ceux qui évoquent la stigmatisation et la discrimination que pourraient subir les enfants issus de la GPA – cet argument est utilisé contre l'AMP et l'adoption par les couples de personnes de même sexe³⁰.

Cette liste n'est pas exhaustive, mais elle permet de prendre la mesure de l'inquiétude, pour une part tout à fait compréhensible – mais pour une part aussi fantasmée – suscitée hier par l'AMP pour des couples traditionnels et aujourd'hui pour des couples de personnes de même sexe et en particulier pour la GPA.

Les risques

Face au premier type d'arguments, il convient d'examiner les études empiriques qui ont été réalisées par des scientifiques sur les enfants issus de PMA et de GPA³¹. Que disent ces études ? Les études de l'équipe de S. Golombok par exemple ne révèlent l'existence d'aucun trouble particulier chez les enfants. En 2006, cette Professeure de l'Université de Cambridge au Royaume-Uni compare le bien-être psychologique d'enfants âgés de 3 ans et répartis selon trois groupes : les enfants issus d'une conception avec donneur, les enfants issus d'une GPA, enfin les enfants issus d'une conception naturelle. Les résultats suggèrent que l'absence de lien génétique ou gestationnel entre les parents et leurs enfants n'a pas de conséquence négative sur

29 Beauchamp T.L., Childress J.F. *Principles of Biomedical Ethics*, seventh ed. Oxford: Oxford University Press, 2013.

30 Voir l'excellente analyse critique de ces arguments par G. Pennings, Evaluating the welfare of the child in same-sex families, *Human Reproduction* (2011) 26 (7): 1609-1615.

31 Pour une synthèse éclairante et récentes des études sur l'AMP, voir Jennifer Merchant, « L'intérêt de l'enfant. Homoparenté et homoparentalité aux États-Unis », *La Vie des idées*, 20 mai 2010. <http://www.laviedesidees.fr/L-interet-de-l-enfant.html>

Sur la GPA proprement dite, voir l'Avis du Conseil d'Orientation de l'Agence de la Biomédecine, op. cit.

le bien-être des enfants comme de leurs parents³². Outre une plus grande proximité entre les mères et leurs enfants dans les familles ayant bénéficié d'un don de gamètes ou d'une GPA, les tests psychologiques ne révèlent aucune différence significative entre les enfants des différents groupes.

La plupart des études scientifiques montrent que c'est la qualité de la relation entre le(s) parent(s) (biologiques ou non) et leur enfant ainsi que le bien-être parental (stress, dépression, conflits, etc.) qui jouent un véritable rôle dans le développement de l'enfant et son bien-être.

D'autres études s'intéressent à l'impact psychologique de la GPA sur la gestatrice : là encore, celles-ci ne révèlent pas de problème majeur rencontré par celles-ci durant l'accouchement et après celui-ci³³ et certaines études montrent même les effets psychologiques bénéfiques chez certaines femmes, y compris lorsqu'elles sont rétribuées³⁴.

Admettons que la GPA comporte des risques – ce qui est le cas : toute grossesse est nécessairement risquée (grossesse extra-utérine, pré-éclampsie, etc.) – cela justifie-t-il pour autant une interdiction ? Ne faut-il pas faire confiance aux femmes qui ont décidé, de manière libre et éclairée, de porter un enfant pour les autres ? Certes, dans une GPA, l'équipe médicale expose *sciemment* une personne bien portante (la gestatrice) à des risques connus. Or c'est bien déjà le cas de toute FIV et aussi de toute intervention chirurgicale. Ces risques, dans le cas d'une GPA, ne sont pas, au regard de la littérature, démesurés et il s'agirait bien-sûr d'évaluer avec rigueur la balance des bénéfices et des risques au cas par cas (âge de la gestatrice, nullipare, état de santé, etc.) ainsi que la réalité de son consentement : la gestatrice a-t-elle bien compris la situation et évalué les conséquences de ses choix ? Sa décision est-elle prise en l'absence de toute contrainte ? En un mot : son choix est-il autonome ?

Le contrat

Dans le monde, parmi les nombreux pays qui ont légalisé la GPA (Canada, Israël, une vingtaine d'États aux USA, Brésil, Angleterre, Irlande, Roumanie, Grèce, etc.) ou qui ne l'interdisent pas (Belgique, Pays Bas, Pologne, Slovaquie, Hongrie, Russie, Australie, Afrique du Sud, etc.), on distingue généralement trois grandes sortes de réponses légales³⁵ : le non-interventionnisme (i) ; l'extension du modèle de l'adoption (ii) ; le contractualisme, régulé ou non par l'État (iii).

(i) Sans contrat établi, les individus n'ont aucun recours légal en cas de complications lors de la grossesse (découverte d'une maladie en anténatal, grossesse gémellaire, etc.) ou de

32 Golombok, S., Murray, C., Jadvá, V., Lycett, E., MacCallum, F. & Rust, J. (2006) Non-genetic and non-gestational parenthood: Consequences for parent-child relationships and the psychological well-being of mothers, fathers and children at age 3. *Human Reproduction*, 21, 1918-1924.

33 V. Jadvá et al., « Surrogacy : the experience of surrogate mothers », *Hum Reprod*, 2003, 18(10), 2196, 2204

34 Lori B. Andrews, *Beyond Doctrinal Boundaries: A Legal Framework for Surrogate Motherhood*, 81, *Virginia Law Review*, 2343, 1995.

35 Ogien R., *La vie, la mort, l'État. Le débat bioéthique, op. cit.*, 179-182.

conflits entre les parties : par exemple, une gestatrice qui déciderait d'avorter contre l'avis des parents ou qui refuserait à sa naissance de le donner ou, inversement, des parents qui abandonneraient la gestatrice au cours de la grossesse ou à la naissance, etc. Laisser faire la GPA sans l'encadrer un minimum expose les individus à de graves problèmes.

(ii) Le choix de l'application du régime de l'adoption à la GPA, outre les conditions souvent très restrictives concernant leur accès, pose le problème en particulier de l'inégalité des droits entre la gestatrice et les parents biologiques : en Angleterre par exemple, où la loi encadrant la GPA a été adoptée dès 1985, la gestatrice et son compagnon sont désignés comme les parents dans le certificat de naissance. Le transfert de filiation peut se faire uniquement après un délai de 6 semaines : durant ce délai, la gestatrice a le droit de décider de garder l'enfant. On imagine l'angoisse des parents durant cette période et la tragédie en cas de refus de transfert de filiation³⁶.

(iii) Dans le cas d'une légalisation de la GPA, le modèle du contrat, établi par les parents et la gestatrice, semble le plus pertinent : dans le modèle régulationniste que je défends, il permet à l'État d'encadrer et de garantir les libertés et les droits de chacun en protégeant les individus mais aussi en leur laissant la liberté de choisir les termes de ce contrat dans certaines limites. Rétribution ou non de la gestatrice, délai de rétractation après la naissance, exigence (ou non) que la gestatrice ait déjà eu un enfant, etc. L'État, représenté par un Juge par exemple, contrôle que de tels contrats ne contreviennent pas aux droits fondamentaux, que les droits des parents sur la gestatrice et sur le fœtus respectent certaines limites. Pourquoi une telle organisation serait-elle impossible en France ?

Un rapport du Sénat rédigé en juin 2008 par une sénatrice socialiste et deux sénateurs de l'UMP s'est prononcé pour la légalisation de la GPA³⁷. Le rapport proposait la légalisation pour des couples hétérosexuels infertiles dont la femme ne peut porter d'enfant, justifiant d'une vie de couple de 2 ans et en âge de procréer. L'un des deux parents devrait être le parent génétique, la gestatrice devrait déjà avoir été mère et n'avoir aucun lien biologique avec l'enfant ; elle ne pourrait porter un enfant pour sa fille mais le pourrait pour sa sœur. Elle pourrait changer d'avis et garder l'enfant pendant les trois jours suivant l'accouchement. Le processus serait contrôlé par un juge et un conseil de médecins. Même si cette proposition comprenait des limites excessives et discutables – hétérosexualité du couple, exclusion des gestatrices nullipares, délai de rétractation imposé – il aurait été intéressant de pouvoir en discuter lors des États généraux de la bioéthique en 2018. Mais le CCNE s'est fermement exprimé contre toute GPA (médicale et sociétale) dès juin 2017³⁸.

36 Voir D. Mehl, *op. cit.*, p. 209 et sq.

37 Rapport d'information n° 421 (2007-2008) de Mme Michèle ANDRÉ, MM. Alain MILON et Henri de RICHEMONT, fait au nom de la commission des lois et de la commission des affaires sociales, déposé le 25 juin 2008, V, B : http://www.senat.fr/rap/r07-421/r07-421_mono.html

38 Avis n° 126 (15 juin 2017), Avis du CCNE sur les demandes sociétales de recours à l'assistance médicale à la procréation (AMP), p. 40 : « En conclusion, le CCNE reste attaché aux principes qui justifient la prohibition de la GPA, principes invoqués par le législateur : respect de la personne humaine, refus de l'exploitation de la

La justice

Dans cette catégorie d'arguments, le plus répandu dénonce la GPA en ce qu'elle renforcerait l'exploitation des plus pauvres par les plus riches³⁹. Or les études menées en Amérique du Nord montrent que les gestatrices ne font pas partie des classes sociales les plus défavorisées mais sont d'un niveau socio-économique moyen⁴⁰. Outre le fait qu'une rétribution financière de la gestatrice serait un moyen de diminuer l'écart économique entre les pauvres et les riches, la question est de savoir ce qui est le plus juste : l'interdiction et la poursuite pénale des plus pauvres n'ajoutent-ils pas d'autres injustices à l'injustice sociale et économique⁴¹ ? Et faut-il interdire la GPA à tous en raison du fait que seulement quelques-uns – les plus riches – peuvent y prétendre ? En France, la question de la prise en charge financière de la GPA par un système de santé déjà mal en point se pose : mais au nom de la solidarité, la société française prend en charge les FIV des couples traditionnels infertiles. Pourquoi exclure les GPA médicales, où les mères d'intention sont atteintes de graves maladies (cancers, syndrome MRKH, etc.), de cette prise en charge ? Et au nom de quoi exclure certaines personnes, en raison de leur orientation sexuelle, de cette solidarité ?

Conclusion

En France, la GPA est utilisée comme une sorte d'*épouvantail moral* qu'on agite notamment lors des élections pour tenter d'atteindre un candidat : en mai 2017, lors du débat télévisé organisé en France entre les deux tours des élections présidentielles, Marine Le Pen accusait Emmanuel Macron de défendre un monde néolibéral où « les ventres sont à vendre et à acheter ». Ce dernier répéta avec conviction : « J'ai toujours dit que j'étais contre la GPA ». Les récents débats généraux de la bioéthique ont laissé une faible place à cette question et on peut douter, en lisant les rapports régionaux et le rapport final du CCNE, que la question de la GPA soit véritablement posée, à la lumière des études scientifiques et de véritables arguments.

femme, refus de la réification de l'enfant, indisponibilité du corps humain et de la personne humaine. Estimant qu'il ne peut donc y avoir de GPA éthique, le CCNE souhaite le maintien et le renforcement de sa prohibition, quelles que soient les motivations, médicales ou sociétales, des demandeurs. » http://www.ccne-ethique.fr/sites/default/files/publications/ccne_avis_ndeg126_amp_version-def.pdf

39 On pourrait être tenté de dénoncer un renforcement des inégalités entre les hommes et les femmes, la GPA étant une tâche de plus incombant aux seules femmes. Mais l'argument est fragile voire incohérent : il est aujourd'hui physiologiquement et techniquement impossible que les hommes prennent en charge physiquement la gestation. Et de fait, les hommes participent, en tant que donneurs par exemple, aux autres techniques d'AMP.

40 J.-C. Cicarelli et al., « Navigating rough waters : an overview of psychological aspects of surrogacy », *J Soc Issues*, 2005, 61(1), 21-43. Cité dans l'Avis du Conseil d'Orientation de l'Agence de la Biomédecine, *op. cit.*, p. 8.

41 R. Ogien, *La vie, la mort, l'État*, *op. cit.*, p. 185.

D'autres participants aux débats médiatiques défendent au contraire une « GPA éthique »⁴², telle la philosophe E. Badinter en 2013. Or une telle formulation ne clarifie pas non plus les débats : si la GPA peut être qualifiée de « morale » ou d'« éthique », elle risque de devenir un devoir moral – l'obligation pour les femmes de porter assistance à celles et ceux qui ne peuvent pas porter d'enfants – augmentant alors considérablement le lourd fardeau de la procréation déjà tout entier porté par les femmes.

La thèse minimaliste que je défends et selon laquelle la GPA est neutre d'un point de vue moral a plusieurs avantages : elle dépassionne le débat en ce qu'elle ne blâme ni ne loue une telle action. Les femmes devraient avoir le droit de disposer librement de leur corps tant qu'elles ne nuisent pas à autrui. Elle ne considère pas que la GPA est une action vertueuse et n'exige pas ainsi de la gestatrice, comme l'exige E. Badinter, qu'elle soit animée de sentiments purement altruistes : il serait tout à fait légitime qu'une femme participe à une GPA à la fois pour s'enrichir et pour aider son prochain, ou même seulement pour l'argent. Elle exige enfin de l'État, dans nos démocraties, qu'il assume ses responsabilités en garantissant les libertés et la protection de chacun – à commencer aujourd'hui en France par la reconnaissance du parent non biologique d'un enfant né d'une GPA à l'étranger – dans ces nouvelles relations de filiation.

Dans cette logique régulatrice minimale, où l'État laisserait aux individus la liberté de choisir les termes de leur contrat (rémunération, délai de rétractation, anonymat de la gestatrice, etc.) – dans certaines limites (le contrat ne pourrait contrevenir aux droits fondamentaux de la personne humaine) – je propose de distinguer en particulier en France, à des fins de prise en charge par la collectivité, non plus entre des GPA médicales et sociétales, mais entre des GPA *subies* (la GPA est le seul moyen pour un couple de procréer, en raison de diverses pathologies, ou encore de l'orientation sexuelle en tant qu'elle n'est pas un choix libre de l'individu) et des GPA *pour raisons personnelles*. Dans ce second cas, comme pour d'autres actes médicaux (telle que la chirurgie plastique dans laquelle on distingue la chirurgie réparatrice de la chirurgie purement esthétique qui n'est pas liée à une pathologie ou un traumatisme mais qui relève d'un choix personnel), la société n'aurait pas à y participer mais elle ne devrait pas l'interdire. La GPA *subie* peut en effet être comprise comme un acte de soin, en ce qu'elle vise, par des moyens appropriés, à maintenir, rétablir ou améliorer la santé⁴³ des parents d'intention, et donc de solidarité. La GPA *personnelle* relève d'un choix purement individuel : en tant qu'elle détourne les médecins de l'accompagnement des personnes qui ont *besoin* d'une aide médicale pour s'accomplir, il serait légitime de taxer de tels actes – à des fins de redistribution collective – mais, là encore, non pas de les interdire. Telle est une conception neutre et minimale de la GPA.

Publié dans lavidesidees.fr, le 11 septembre 2018.

42 <http://www.elle.fr/Societe/Les-enquetes/Elisabeth-Badinter-Je-suis-pour-une-GPA-ethique-2383496>

43 La santé comprise au sens large de l'OMS depuis 1946 comme « un état de complet bien-être physique, mental et social ». Préambule à la Constitution de l'Organisation mondiale de la Santé, adopté par la Conférence internationale sur la Santé, New York, 19 juin -22 juillet 1946 ; signé le 22 juillet 1946 par les représentants de 61 États. (Actes officiels de l'Organisation mondiale de la Santé, n°. 2, p. 100).