

AVIS DU CONSEIL D'ORIENTATION DE L'AGENCE DE LA BIOMEDECINE

LA GESTATION POUR AUTRUI

Alors que la préparation du réexamen de la loi de bioéthique fait intervenir une série d'enjeux majeurs, la gestation pour autrui (GPA) s'est de fait imposée, même si probablement elle ne concerne que peu de personnes¹, comme un thème de débat fortement mis en valeur, tant dans les réflexions institutionnelles que dans les médias.

JUSTIFICATION DE L'AUTOSAISINE DU CO

Le Conseil d'orientation examine la politique médicale et scientifique de l'Agence au regard des questions d'ordre éthique susceptibles de se poser dans son champ de compétences². Instance de réflexion éthique, le Conseil d'orientation accompagne le travail de l'Agence en conduisant une réflexion à la fois pragmatique – nourrie des leçons d'expérience de l'Agence – et normative – structurée autour de questionnements de principe³. C'est cette double approche, pragmatique et théorique, que le Conseil d'orientation a souhaité mobiliser face aux enjeux éthiques de la GPA.

Dès lors que la GPA est bien à ce jour en France une pratique prohibée par la loi⁴, la question se pose de savoir si le Conseil d'orientation est légitime pour s'auto-saisir de cette question. Aux yeux de certains, une telle autosaisine n'est pas pertinente. Pour d'autres, l'autosaisine est justifiée dès lors que la régulation de la pratique serait susceptible d'être confiée à l'Agence de la biomédecine, établissement chargé d'appliquer (plus que de produire) des normes. En effet, la plupart des positions prises dans le débat public en faveur de la GPA avancent l'hypothèse du rôle actif d'une agence dans la mise en œuvre d'un éventuel dispositif de régulation de la GPA⁵. A ce titre, le Conseil d'orientation de l'Agence est fondé à se prononcer sur les enjeux éthiques de cette pratique.

L'avis du Conseil d'orientation a pour objectif principal d'attirer l'attention du législateur sur les points qu'il lui faudrait préciser si la loi était modifiée dans le sens préconisé par les instances qui se sont exprimées en faveur d'une modification de la loi. C'est seulement dans la conclusion, pour information, que la position des membres du Conseil d'orientation sera définie.

EN CAS DE DEROGATION AU PRINCIPE D'INTERDICTION, PRINCIPES DE MISE EN ŒUVRE ET ROLE DE L'AGENCE

Le Conseil d'orientation souhaite, en premier lieu, attirer l'attention du législateur sur les compétences qu'il pourrait attribuer à l'Agence de la biomédecine en la matière : d'un côté, la GPA ne fait appel à aucune innovation médicale ou technique entrant dans le cadre de l'assistance médicale à la procréation (AMP) qui, elle, est de la compétence de l'Agence. De l'autre, si des restrictions d'ordre médical devaient être apportées à la GPA, l'agence pourrait être habilitée à les faire respecter.

S'il paraît consensuel de considérer que l'encadrement de la GPA devrait suivre le cadre actuel de régulation de l'AMP, en particulier concernant le respect des principes de nécessité médicale, de don, libre, gratuit et anonyme, de couples bénéficiaires composés d'un homme et d'une femme, vivants, en âge de procréer, mariés ou attestant d'une vie commune, il reste qu'une approche plus précise soulève un certain nombre d'interrogations pratiques.

¹ Certaines évaluations font état d'une centaine de couples par an susceptibles d'y recourir du fait d'indications médicales dans notre pays (Estimation de l'association Clara, qui correspond au nombre annuel estimé des maternités pour autrui pratiquées au Royaume-Uni ; voir aussi Agence de la biomédecine, *Bilan d'application de la loi de bioéthique*, octobre 2008, p.42).

² Code de la santé publique, Article R1418-17

³ Cette double approche est articulée à travers le modèle de plan binaire adopté dans le bilan des travaux du Conseil d'orientation détaillé dans le Bilan d'application de la loi de bioéthique, oct.2008

⁴ La loi écarte cette possibilité en France par l'article 16-7 du Code Civil en vertu duquel « toute convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui est nulle » et par l'article 227-12 du Code Pénal qui sanctionne « le fait de s'entremettre entre une personne ou un couple désireux d'accueillir un enfant et une femme acceptant de porter en elle cet enfant en vue de leur remettre ».

⁵ Sénat, *Rapport d'information sur la maternité pour autrui*, juin 2008

Le maintien ou la levée de l'interdiction de la GPA, de même que son inscription dans un dispositif dérogatoire expérimental, relèvent de décisions législatives. A législation inchangée, le statut des enfants nés d'une GPA à l'étranger ou en France pose des problèmes juridiques et humains difficiles, sur lesquels le Conseil d'Etat a attiré l'attention du législateur et appelle à statuer. Par ailleurs, dans l'hypothèse inverse d'une levée de l'interdiction, plusieurs voix, notamment au Sénat, ont suggéré que la mise en œuvre de la régulation des pratiques soit confiée à l'Agence de la biomédecine. Cette possibilité motive la vigilance du Conseil d'orientation à l'égard de la faisabilité d'un tel scénario.

Les conditions d'accès

Conditions d'accès pour les parents d'intention

Dans le but d'éviter des recours de convenance, l'AMP est aujourd'hui réservée à certaines indications médicales, chez des personnes en âge de procréer. Si la même logique était reprise pour identifier les indications d'une GPA, celles-ci seraient limitées aux causes d'infertilité d'origine utérine. Toutefois, au-delà des situations les mieux connues, la définition a priori de ces indications paraît malaisée, rendant probable une appréciation nécessaire au cas par cas⁶, casuistique dont on sait les risques d'inéquité.

D'autre part, l'AMP est réservée aux couples engagés dans un projet parental, le modèle retenu étant celui du couple hétérosexuel. La restriction de l'autorisation de GPA aux couples hétérosexuels, que recommande le groupe du travail du Sénat⁷, découlerait des restrictions applicables aujourd'hui à l'AMP, sauf modification⁸. Cette restriction aurait pour effet de maintenir un certain nombre de recours à la GPA dans la même clandestinité qu'aujourd'hui.

Conditions d'accès pour les mères gestatrices

Si la condition de procréation antérieure peut être débattue concernant le don de gamètes⁹, en revanche dans le cas de la GPA le fait d'avoir déjà mené au moins une grossesse à son terme dans de bonnes conditions paraît recommandé de façon consensuelle¹⁰. Au-delà de cette condition générale, est-il possible de définir le profil de la femme gestante « à moindre risque », en prenant en compte des déterminants reconnus comme non-exceptionnels, comme : le risque de grossesses multiples, le risque de grossesse extra-utérine, le risque de diabète, le risque de prééclampsie ou d'hémorragie du troisième trimestre ou le risque d'infection materno-fœtale ? Faut-il prévenir le risque d'incompatibilité sanguine dans le système Rhésus qui pourrait survenir pour ces femmes au décours d'une grossesse portée pour autrui ?

On peut admettre que le taux de mortalité global d'une grossesse de 7/100 000, observé chez des femmes non sélectionnées, serait significativement diminué chez une femme ayant déjà eu une grossesse avec un accouchement par voie naturelle, âgée de moins de 35 ans, de poids normal, de groupe Rhésus positif, ne fumant pas, ne se droguant pas, ne buvant pas d'alcool. Elle ne devrait pas avoir d'antécédent de malformation utérine, de chirurgie ou d'infection tubaire, de grossesse extra-

⁶ Voir Académie de médecine, *La gestation pour autrui*, 25/02/2009, Annexe : « l'indication de la GPA doit être appréciée par un gynécologue obstétricien expérimenté. Certaines indications sont indiscutables : absence d'utérus ou destruction fonctionnelle d'une grande partie de celui-ci, d'autres le sont moins et demandent à être précisées ».

⁷ voir Sénat, *op.cit.*, p.68

En revanche l'association Homosexualités et socialisme réclame que « la gestation pour autrui, tout comme l'insémination artificielle par donneur, soit ouverte à tout couple ou toute personne présentant un projet familial cohérent », HES, *Contribution aux Etats généraux de la bioéthique*, 11/04/2009, p.12

⁸ Certains pays comme la Grèce, le Portugal, l'Espagne, les Pays-Bas, la Belgique, la Grande-Bretagne ou la Hongrie autorisent l'AMP chez des femmes célibataires. Cette question n'est pas négligeable dans la mesure où la Cour Européenne des Droits de l'Homme est intervenue le 22 janvier 2008 en invoquant la discrimination pour une femme homosexuelle française qui n'avait pas pu adopter d'enfant. Elle a condamné la France pour violation de l'article 14 (interdiction de la discrimination), ce qui ouvre la voie de l'homoparentalité.

Dans son avis n° 90 du 24 novembre 2005 « Accès aux origines, anonymat et secret de la filiation », le Comité consultatif national d'éthique n'avait pas pris position sur la distinction "homoparentalité/monoparentalité" en indiquant à propos de cette dernière : « La société en effet se considère comme protectrice des intérêts de l'enfant et exige un certain nombre de garanties d'ordre moral, économique et social. Réservée d'abord aux couples mariés, ou à l'intérieur d'un couple marié à celui des époux désireux d'établir un lien fort avec les enfants de son conjoint lorsqu'ils n'ont plus de filiation établie avec l'autre parent, l'adoption a été ouverte à des personnes seules, afin de permettre à un plus grand nombre d'enfants de trouver un foyer d'accueil fut-il monoparental. Cet accès de personne seule à l'adoption a, de fait, entrouvert la porte à l'homoparentalité dans la mesure où l'orientation sexuelle d'une personne ne saurait être prise en compte pour évaluer sa capacité à prendre en charge le devenir d'un enfant. Aujourd'hui la question de l'adoption par une personne seule reste en débat au moment où monte une revendication forte d'ouvrir l'adoption aux couples non mariés, qui, selon la loi actuelle en France ne peuvent adopter en couple. La demande des couples homosexuels, concubins ou pacésés s'inscrit dans cette revendication ». Disponible sur : <http://www.ccne-ethique.fr/docs/tr/avis090.pdf> (accédé le 20 juin 2008)

⁹ Agence de la biomédecine, *Bilan d'application de la loi de bioéthique*, p.40

¹⁰ Académie de médecine, *op.cit.*, Annexe

utérine, d'hypertension artérielle chronique, de diabète, de thrombophilie, de pyélonéphrite ou d'infections urinaires à répétition. Avant la grossesse, le frottis cervical et la mammographie seraient vérifiés, de même que les sérologies rubéole, toxoplasmose, parvovirus et CMV qui devraient être positives ainsi que les sérologies VIH, VHC, syphilis et recherche antigène HbS qui devraient être négatives. Enfin, la gestation pour autrui serait initiée par le transfert d'un seul embryon jugé par les professionnels comme étant de très bonne qualité (« top embryon ») afin de réduire le risque de grossesse multiple.

Le recueil du consentement du partenaire, qui prévaut pour le don de gamètes, devrait également être étendu à la GPA.

Par ailleurs, faudrait-il exiger des caractéristiques socio-économiques ou familiales strictes ? Et enfin, sur le plan psychologique, quelles seraient les caractéristiques à rechercher chez une femme pour vivre une grossesse et un accouchement qui n'auront pas de bénéfice concret et direct pour elle ? Le Sénat n'a retenu pour conditions que le fait d'être domiciliée en France et le fait d'avoir déjà eu au moins un enfant sans avoir rencontré de problème particulier pendant la grossesse, tout en prévoyant que les gestatrices fassent l'objet d'un agrément destiné à vérifier leur état de santé physique et psychique. Celui-ci serait délivré par une commission pluridisciplinaire qui pourrait être placée sous l'égide de l'Agence de la biomédecine – ce qui n'a rien d'une évidence au regard des compétences dévolues jusqu'à présent à cette agence. Le Conseil d'orientation demeure circonspect quant aux critères pertinents d'un tel agrément. De façon connexe, les compétences requises des membres d'une commission d'agrément, appelés à juger de l'« aptitude » des candidates à devenir de bonnes gestatrices, soulèvent interrogations et perplexités.

La question de la possibilité de rétractation et de son délai reste entièrement ouverte.

Impossibilité de don dirigé ou intrafamilial

En matière d'AMP avec tiers donneur, le législateur de 1994 a réaffirmé l'impossibilité pour le couple receveur de désigner nominativement la personne dont il souhaite recevoir les gamètes. Dans la plupart des législations qui l'admettent, la GPA est un don dirigé : les parents d'intention choisissent la gestatrice, ou bien la gestatrice, dans certains pays (Royaume-Uni, par exemple) choisit les parents. C'est dans les pratiques les plus mercantiles (Ukraine, Inde, ...) que la GPA n'est pas un don dirigé. En matière de don intrafamilial, le groupe de travail du Sénat en a admis la possibilité pour la GPA à la condition qu'il ne soit pas intergénérationnel¹¹. Pour le Conseil d'orientation, les objections à l'égard du don dirigé ou familial qui s'appliquent à l'AMP en général pourraient être étendues à la GPA si la loi était modifiée, d'autant que les risques de confusion symbolique seraient ici particulièrement importants.

Les acteurs de la régulation

L'Agence de la biomédecine et la commission spécialisée placée sous son égide

Le rapport du Sénat et plusieurs positions associatives favorables à la GPA ont considéré que la mise en œuvre d'un régime d'autorisation, ou d'interdiction avec dérogations expérimentales de la GPA devrait être confiée à l'Agence de la biomédecine. Celle-ci serait chargée de l'habilitation des praticiens, de l'agrément d'intermédiaires spécialisés, et d'héberger une commission d'éthique interdisciplinaire et indépendante dédiée à l'agrément des gestatrices et des parents d'intention.

Après réflexion, la composition d'une telle commission et les critères d'agrément qu'elle ou qu'une agence serait appelée à mettre en œuvre paraissent particulièrement difficiles à définir. Il est vrai que pour l'appréciation de la qualité du consentement des parents d'intention, les dispositions existantes dans le cadre de l'AMP¹² pourraient être applicables à la GPA¹³⁻¹⁴ : information préalable, prise en charge par une équipe pluridisciplinaire capable d'évaluer la motivation, caractère obligatoire et

¹¹ Sénat, *op.cit.*, p.76

¹² Code de la santé publique art.2141-10

¹³ Voir Sénat, *op.cit.*, p.73 sq

¹⁴ Voir aussi les recommandations de la European Society of Human Reproduction and Embryology, « ESHRE Task Force on Ethics and Law 10 : Surrogacy », *Hum Reprod*, 2005, 20(10), 2705-7

pluralité des entretiens, mise en œuvre d'un délai de réflexion obligatoire¹⁵. En revanche, il paraît difficile d'établir les critères qui seraient pertinents pour l'appréciation des motivations de la gestatrice et de sa capacité à confier¹⁶ l'enfant aux parents d'intention au terme de la grossesse et de l'accouchement, comme pour l'appréciation des risques/bénéfices pour elle en fonction de son équilibre psychologique, familial, social. En tout état de cause, les critères peuvent très difficilement être précisés si les règles d'un éventuel accès légal à la GPA ne sont pas définies. Or elles peuvent être très diverses comme l'attestent les législations actuelles dans les pays qui encadrent cette pratique¹⁷.

Les professionnels de santé

Comme l'a souligné l'Académie de médecine, le rôle et les responsabilités des professionnels de santé devraient être précisés que ce soit par la loi ou dans des dispositions pratiques ultérieures, notamment en prévision d'éventuels litiges¹⁸. Quelles seraient en effet les prérogatives et les devoirs des professionnels face à des situations de conflit entre la gestatrice et les parents d'intention au cours de la grossesse ou de l'accouchement ou en cas d'événement indésirable ?

Les associations

L'importance d'un accompagnement des parties prenantes par des associations spécialisées paraît faire consensus. Certains aspects de cet accompagnement demeurent cependant flous : les associations peuvent-elles mettre en contact les candidats parents d'intentions et gestatrices ? Peuvent-elles « recruter » des gestatrices ? Ensuite, si chacun plaide pour que les parents d'intention soient encouragés à maintenir des relations de proximité avec la gestatrice après la naissance de l'enfant, la forme précise de ces relations et les modalités concrètes de mise en œuvre d'une incitation à ces relations par les associations spécialisées demeurent hypothétiques, sans compter que cette perspective vient consacrer une rupture avec le principe d'anonymat. La loi a consacré ce principe en raison du risque de liens de sujétion entre donneurs et receveurs, qu'il s'agisse du domaine de la greffe ou de celui de l'AMP. L'anonymat étant impossible en matière de GPA (sauf si était adoptée une législation admettant une pratique mercantile de la GPA), quels liens affectifs ou « particuliers » (on pense aux nourrices d'autrefois) pourraient être promus et facilités par les associations et sur quelle justification ?

La justice

Enfin, dernier acteur possible, un magistrat serait-il appelé au cours de la procédure d'autorisation à apprécier la qualité du consentement ou des motivations des parties et à statuer sur les conventions de GPA ? Quels critères serait-il alors appelé à mettre en œuvre pour cette évaluation ? La forme que prendrait l'arrangement entre les parties demeure en outre indéfinie ; première convention portant sur le corps humain en violation du principe d'indisponibilité, et portant sur la remise d'un enfant né à un tiers, un tel contrat devrait-il statuer sur la seule filiation ou bien aller jusqu'à anticiper l'ensemble des risques de litiges, en établissant la conduite à tenir face aux différents aléas de la grossesse et de l'accouchement, comme paraît le recommander l'Académie de médecine qui souhaite maximiser la congruence entre les parties prenantes ? Les risques de litiges après la naissance seraient-ils intégrés aux conventions : dépassement du « délai de rétractation » de la gestatrice, conditions de l'allaitement, « droit de visite » de la gestatrice, ...etc. Enfin, quelles prérogatives seraient conférées au juge pour apprécier l'indemnisation financière de la gestatrice et garantir son caractère raisonnable ?

Les risques de litiges

¹⁵ La durée de ce délai de réflexion fait toutefois problème, de 3 jours selon le groupe de travail du Sénat à 6 semaines dans la législation britannique

¹⁶ Le verbe approprié est au demeurant sujet à caution : faut-il employer « confier », « donner », « rendre », « remettre » ?

¹⁷ Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, M.Hancock (dir.), *La gestation pour autrui en Europe, Aspects médicaux, sociaux, éthiques et juridiques. Bilan et perspectives*, 2004

¹⁸ Voir Académie de médecine, *op.cit.*, p.17

Même si certaines données suggèrent que les contentieux demeurent l'exception en matière de GPA¹⁹, la jurisprudence nord-américaine illustre que nombreuses sont les situations qui pourraient, durant la grossesse, pendant et après l'accouchement, donner lieu à des litiges dramatiques si les règles de la filiation et la question de savoir qui seront les parents de l'enfant aux différentes phases du processus ne sont pas réglées avec précision en amont même de la conception.

L'autonomie de la gestatrice pendant la grossesse

L'enjeu est ici de déterminer si les droits parentaux sont transférés aux parents d'intention dès la conception, comme l'implique la législation grecque²⁰ et comme semble le préconiser l'association MAIA²¹, ou bien si la gestatrice demeure responsable des décisions qui la concernent ou qui concernent l'enfant durant la grossesse, comme c'est le cas dans la législation britannique²² et comme le groupe de travail du Sénat propose que ce soit le cas en France en cas de levée de l'interdiction.

Le principe de l'autonomie de la gestatrice conduit de fait à considérer qu'elle doit demeurer maîtresse des décisions qui concernent son corps ou dont la réalisation passe par son corps. La littérature américaine tend ainsi à considérer que la gestatrice demeure maîtresse des comportements qui la concernent au nom du principe d'autonomie et par extension de la jurisprudence qui concerne le droit de ne pas suivre des recommandations médicales au cours de la grossesse²³.

Dans le cas contraire, le contrôle exercé par les parents d'intention pourrait s'étendre des comportements quotidiens de la gestatrice (mode de vie, tabac, alcool, etc.) jusqu'aux décisions médicales relatives à la grossesse (réduction embryonnaire²⁴, indication de césarienne) et aux éventuels diagnostics de malformation de l'enfant in utero²⁵ :

- le contrôle des comportements quotidiens tendrait à rappeler l'aliénation dont certains travaux d'histoire sur les nourrices ou l'« allaitement mercenaire » ont pu se faire l'écho²⁶. Dans un registre similaire, on pourra s'interroger sur le statut de l'engagement d'abstinence imposé à la gestatrice et à son partenaire²⁷ ;
- d'un autre côté, comme le souligne l'Académie de médecine, le respect de l'autonomie de la gestatrice dans le registre des décisions d'ordre médical est problématique dès lors que c'est aux parents d'intention qu'il reviendra d'assumer les conséquences de ces décisions concernant l'enfant qu'ils élèveront ; ainsi, selon l'Académie, si les choix de la gestatrice devaient par exemple conduire à la naissance d'un enfant infirme, on ne saurait contraindre les parents d'intention à l'accueillir contre leur volonté²⁸.

Les risques de défection

La jurisprudence américaine met en lumière les litiges qui peuvent résulter de décisions de défection, de la part de la gestatrice ou plus rarement des parents d'intention. Plusieurs cas, très médiatisés, ont révélé l'invalidité des contrats interpersonnels et la nécessité d'anticiper les risques de tels conflits, qui surviennent notamment dans les situations suivantes :

- lorsque la gestatrice souhaite garder l'enfant à la naissance²⁹, situation à laquelle l'affaire « Baby M » a, notamment, assuré un large écho ;

¹⁹ Selon l'association COTS (Childlessness Overcome Through Surrogacy) au Royaume-Uni, sur 500 arrangements de GPA entre 1998 et 2005, seuls 4 se sont « mal » passés, soit environ 2% ; COTS, *Factsheet*, 2005

²⁰ « Medically Assisted Human Reproduction », loi n°3089, 23/12/2002, complétée par la loi n°3305 du 27/01/2005

²¹ MAIA, Contribution de l'association aux états généraux en vue de la révision de la loi de bioéthique, 2009, p. 16

²² Surrogacy Arrangements Act 1985, Human Fertilization and Embryology Act 1990 actualisé en 2008

²³ Voir L.B.Andrews, « Beyond Doctrinal Boundaries : A legal framework for surrogate motherhood », *Virginia Law Review*, 1995, 81(8), 2343-2375, p.2373, pour les références de cette jurisprudence. L'American College of Obstetricians and Gynecologists recommande que les décisions soient prises par la gestatrice seule, comme l'impliquent les législations du New Hampshire ou de Virginie.

²⁴ Cette situation a été médiatisée à l'occasion des poursuites engagées par une gestatrice, H.Beasley, à l'encontre de parents d'intention. Ceux-ci, ayant appris qu'il s'agissait d'une grossesse gémellaire, ont indiqué qu'ils ne souhaitaient accueillir qu'un seul enfant et, à défaut d'une réduction embryonnaire, ont demandé à être remboursés des versements effectués auprès de la gestatrice. L'affaire a été portée devant le tribunal de San Diego (*Time*, 19/08/2001).

²⁵ Voir les situations détaillées par l'Académie, *op.cit.*, p.19

²⁶ M.Perrot, « De la nourrice à l'employée. Travaux de femmes dans la France du XIX^e siècle », *Mouvement social*, 1978, 105, 3-10

E.Leroy-Ladurie, « L'allaitement mercenaire en France au XVIII^e siècle », *Communications*, 1979, 31(1), 15-21

Y. Knibiehler, « L'allaitement et la société », *Recherches féministes*, 2003, 16(2), 11-33

²⁷ L'Académie de médecine recommande une période d'abstinence de huit semaines avant l'implantation de l'embryon et considère qu'un test ADN devra être pratiqué sur l'enfant à la naissance ; Annexe, *op.cit.*, p.32

²⁸ Voir Académie de médecine, *op.cit.*, §6.2.2.

²⁹ Le cas « Baby M » est le plus célèbre, mais d'autres cas de la jurisprudence nord-américaine sont éclairants ; dans *Johnson v. Calvert*, la Cour suprême de Californie a considéré que la gestatrice et la mère d'intention, également génitrice, qui réclamaient toutes deux à être reconnues comme la mère de l'enfant, y avaient des prétentions également légitimes, mais que la mère d'intention devait seule recevoir les droits parentaux dès lors que l'enfant était le fruit de son projet parental (*Johnson v. Calvert*, 851 P.2d 776, Cal.1993). En revanche, dans *In Re Marriage of Moschetta*, la Cour d'appel de Californie a considéré que la gestatrice, également génitrice, devait recevoir les droits parentaux. Le fait que la gestatrice soit également la génitrice rendait inapproprié l'examen du projet parental qui avait conduit à la conclusion de *Johnson v. Calvert*.

- lorsque les parents d'intention ne souhaitent pas accueillir l'enfant, ce qui pourrait notamment survenir en cas de handicap à la naissance ;
- lorsque la situation des parents d'intention a changé au cours de la grossesse (décès ou divorce³⁰).

Les risques de contentieux à l'égard de l'Agence de la biomédecine

Dans l'hypothèse où une commission d'agrément serait placée auprès de l'Agence, il est clair que les décisions d'agrément seraient tenues d'être motivées, transparentes et susceptibles de recours. Il conviendrait alors d'accorder une réflexion particulière à l'articulation qu'il serait nécessaire de ménager, face à un recours pour refus d'agrément, entre le respect du secret médical et la transparence des motifs.

Conclusion

Leur fonction au sein du Conseil d'orientation a conduit ses membres à prévenir le législateur de la tâche qui lui incomberait pour rendre une éventuelle loi applicable dans des conditions éthiques si l'Agence de la biomédecine devait être désignée à cet effet. À titre individuel, en fonction de considérations plus générales, les membres se sont exprimés sur l'opportunité de lever l'interdiction de la GPA en France : une large majorité des membres s'est exprimée contre toute modification de la loi. Certains membres se sont exprimés en faveur d'une modification de la loi sous certaines conditions et dans le cadre d'une « expérimentation éthique » assurant une évaluation et un suivi de qualité.

Sans être insensible à la souffrance des quelques dizaines ou peut-être centaines de femmes privées d'utérus, l'Europe en général, hormis le Royaume-Uni et la Grèce, est extrêmement réticente à légiférer sur cette pratique très embarrassante. Nous considérons que notre pays, loin d'être en retard, est en avance sur la protection par la loi de la dignité des personnes.

³⁰ Deux cas médiatisés illustrent cette situation : le récent cas *Baby Manji Yamada* concerne un couple japonais ayant divorcé avant la naissance d'un enfant porté par une gestatrice en Inde. L'enfant a été abandonné à la naissance par la gestatrice. Le père seul souhaitait adopter l'enfant, mais la législation indienne interdit à un homme célibataire d'adopter un enfant. L'affaire a été portée devant la Cour suprême indienne et l'enfant, ayant reçu un certificat de naissance établissant sa filiation japonaise, a pu rejoindre le Japon (*Baby Manji Yamada vs. Union of India*, 29/09/2008) ;

De même dans *In Re Marriage of Buzzanca* : M. et Mme Buzzanca, les parents d'intention, ayant divorcé au cours d'une grossesse GPA avec double don, M. Buzzanca a souhaité être déchargé de tout devoir envers l'enfant. La Cour d'appel de Californie a cependant considéré qu'en application des dispositions générales de l'AMP, il demeurerait le père légal de l'enfant (*In re Marriage of Buzzanca*, 72 Cal.Rptr.2d 280, 282, Cal Ct App.1998) ; pour la jurisprudence californienne, voir J.Wald, « Legitimate parents. Construing California's Uniform Parentage Act to protect children born into nontraditional families », *Journal of the center for families, children and the courts*, 2005

En prenant pour hypothèse de travail que la législation vienne à être modifiée et que soit confiée à l'Agence de la biomédecine la mission d'assurer l'équité dans l'accès à la GPA, l'Agence, ou une commission placée auprès d'elle, chargée d'agrèer les candidats, devra motiver ses décisions. A ce titre, il est pertinent de rappeler ici certaines considérations susceptibles d'être prises en compte.

Si la réflexion éthique a vocation à éclairer les principes du vivre-ensemble, sans se contenter de refléter les questions de société au motif qu'elles s'imposeraient comme médiatiques, il n'en reste pas moins qu'il revient à une instance de réflexion éthique comme l'est le Conseil d'orientation d'aider à l'intelligibilité des questions de société lorsqu'elles engagent la question de savoir jusqu'où s'étend la liberté individuelle face aux normes et valeurs qui façonnent le bien commun : c'est dans cet esprit que le Conseil d'orientation, dans la mesure où il doit contribuer à la réflexion sur les questions qui pourraient engager l'Agence de la biomédecine, souhaite prendre part au débat que nourrit aujourd'hui l'interdiction de recourir à la GPA.

La GPA est une question d'ordre éthique qui serait susceptible de relever à l'avenir du champ d'action de l'Agence. En effet, les positions prises dans le débat public en faveur de la GPA soutiennent souvent l'hypothèse du rôle actif d'une agence dans la mise en œuvre d'un éventuel dispositif de régulation de la GPA³¹. A ce titre, le Conseil d'orientation de l'Agence est fondé à se prononcer sur les enjeux éthiques de cette pratique et à décliner cette réflexion notamment dans la perspective d'une éventuelle compétence conférée à l'Agence en cette matière. C'est pourquoi il propose ici une actualisation des questionnements introductifs qu'il avait formulés à ce sujet dans le Bilan d'application de la loi de bioéthique en 2008³².

1. Les arguments en faveur de la GPA

Plusieurs arguments sont avancés par les tenants d'une levée de l'interdiction de GPA. Un effort de typologie permet de dégager ici quatre axes principaux d'argumentation.

1.1. L'autonomie et la bienfaisance

Certains argumentaires en faveur de la GPA se réfèrent à la défense de l'autonomie des parties prenantes. C'est par exemple cette problématique que privilégie l'association MAIA³³, en alléguant le droit de la mère gestatrice à faire des choix autonomes et le droit des parents d'intention à fonder une famille. Cette autonomie est aujourd'hui limitée par la loi, au nom de son incompatibilité avec des principes supérieurs relatifs à la dignité des personnes.

1.2. La faiblesse des données démontrant des dommages pour les parties prenantes d'une GPA

Les données disponibles ne permettent pas d'établir que la GPA cause des dommages ou engendre des risques spécifiques, somatiques ou psychologiques, chez ses parties prenantes. L'insuffisance de données solides sur le suivi des grossesses et des enfants a été soulignée par l'Académie de médecine. Reste que les études disponibles dressent un portrait globalement rassurant de la GPA, y compris pour ce qui concerne le bien-être psychologique des enfants³⁴ et des gestatrices elles-mêmes³⁵. Dès lors, le plaidoyer en faveur de la GPA fait valoir qu'une liberté ne devrait pas être limitée en l'absence de dommages démontrés pour les parties

³¹ voir Sénat, *op.cit.*

³² Conseil d'orientation de l'Agence de la biomédecine, « Leçons d'expérience 2005-2008 – 20 juin 2008 », in Agence de la biomédecine, *Bilan d'application de la loi de bioéthique*, octobre 2008, p.49 sq

³³ MAIA, *op.cit.*, p.14 : « Une interdiction, par définition, est une privation de liberté ; en l'espèce, privation de liberté pour un couple stérile de fonder une famille et privation de liberté de la gestatrice de faire ses choix personnels ».

³⁴ S.Golombok *et al.*, « Non-genetic and non-gestational parenthood : consequences for parent-child relationships and the psychological well-being of mothers, fathers and children at age 3 », *Hum Reprod*, 2006, 21(7), 1918-1924

Cette étude compare le bien-être psychologique des enfants dans 3 bras : enfants issus d'une conception avec donneur, enfants issus d'une GPA, enfants issus d'une conception « naturelle ». Les résultats auprès d'enfants âgés de trois ans suggèrent que l'absence de lien génétique ou gestationnel entre parents et enfants n'a pas de conséquence négative sur le bien-être des enfants comme de leurs parents. La comparaison avec le bras « témoin » met en outre en valeur une plus grande proximité entre les mères et leurs enfants dans les familles ayant bénéficié d'un don d'ovocytes ou de sperme ou d'une GPA. Les tests psychologiques ne révélaient aucune différence entre les enfants nés d'une GPA et les autres. Par ailleurs, les parents ayant bénéficié d'une GPA étaient plus enclins à révéler à leur enfant les conditions de sa conception que ceux ayant bénéficié d'une conception avec donneur.

³⁵ V.Jadva *et al.*, « Surrogacy : the experience of surrogate mothers », *Hum Reprod*, 2003, 18(10), 2196, 2204 ; cette étude britannique sur l'expérience des gestatrices (n=37) révèle qu'un an après l'accouchement celles-ci déclarent le plus souvent n'avoir pas rencontré de problème majeur dans leurs relations avec les parents d'intention, dans leur séparation d'avec l'enfant ou dans leurs relations avec leur entourage et leurs enfants. Concernant la psychologie des mères gestatrices, plusieurs études relèvent que les gestatrices n'éprouvent pas de souffrance particulière un an après la naissance de l'enfant. La proportion de mères gestatrices qui ne regrettent pas leur acte serait de 74% (J.C.Cicarelli *et al.*, « Navigating rough waters : an overview of psychological aspects of surrogacy », *J Soc Issues*, 2005, 61(1), 21-43).

prenantes³⁶. Ces données rassurantes suffisent-elles cependant pour discréditer l'interdiction qui frappe aujourd'hui la GPA ? La spécificité de la situation actuelle est d'évaluer la légitimité d'un interdit existant, non de délibérer ex nihilo sur les risques liés à la pratique de la GPA.

1.3. Les motivations des gestatrices

Certains arguments font valoir en faveur de la GPA la qualité des motivations de gestatrices, qui semblent être, dans certains pays, majoritairement « altruistes » ou non-mercenaires³⁷. Selon l'enquête américaine de Cicarelli, les gestatrices sont d'un niveau socio-économique moyen, mais non défavorisé³⁸. En revanche, une enquête journalistique indienne ne retrouve de motivation altruiste que chez 20% des gestatrices rencontrées³⁹. La portée de l'argument relatif à la motivation des mères gestatrices doit également être atténuée par le fait qu'une étude américaine retrouve, parmi les candidates à une grossesse pour autrui, 26% de femmes ayant avorté et 9% de femmes ayant placé leur enfant pour adoption, ce qui suggérerait qu'une forme de culpabilité pourrait constituer un troisième type important de motivation⁴⁰.

1.4. L'égalité de traitement

Selon certains argumentaires, l'interdiction de la GPA rompt l'égalité de traitement entre couples infertiles. C'est le fondement de l'argumentaire de certains : « *Pour les couples infertiles, la loi française entraîne une inégalité de soins puisqu'une forme d'infertilité n'est pas soignée (l'infertilité utérine) au contraire des autres qui le sont par don de sperme ou ICSI, don d'ovule ou FIV* »⁴¹. Cet argument se réfère à l'article 16 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1948 pour qualifier l'incapacité des couples concernés à exercer leur droit de fonder une famille comme une inégalité de traitement⁴². Pour d'autres, un tel argument est d'essence spécieuse, car il tend à désigner une différence comme une inégalité.

Les arguments avancés en faveur de la GPA sont-ils de nature à motiver une levée de l'interdiction de recourir à la GPA, ou bien, sous une forme plus atténuée, une possibilité de dérogation ? Le Conseil d'orientation considère à l'inverse dans sa majorité que les arguments qui ont fondé l'interdiction de la GPA demeurent aujourd'hui valides et supérieurs aux arguments ci-dessus.

2. Les arguments hostiles à la GPA

L'interdiction actuelle repose sur des arguments fondés tant sur des principes (la bienfaisance, l'équité, la dignité) que sur des valeurs partagées (représentations sociales) ou des considérations pragmatiques (faisabilité et risques de dérives).

2.1. La bienfaisance

S'il est vrai que les données disponibles ne mettent pas en lumière de risque somatique spécifique significativement associé à la GPA, il n'en reste pas moins que les mères gestatrices se trouvent par là exposées, délibérément et pour le bénéfice exclusif d'autrui, aux risques inhérents à toute grossesse et à tout accouchement, en particulier s'il y a transfert multiple d'embryons. Il s'agit donc d'exposer volontairement une personne bien portante à des risques connus⁴³.

Il convient de noter que cet argument n'est pas atténué par la référence au cas des greffes avec donneur vivant. Pour ces greffes en effet, les risques pris par le donneur le sont au nom d'une nécessité qu'il déclare comme impérative. En revanche dans le cas de la GPA, le Conseil d'orientation considère que la balance entre les risques pris par la gestatrice et les bénéfices escomptés pour les parents est tout à fait différente, puisque face à la greffe le donneur vivant, en pleine conscience, accepte de prendre un éventuel risque reconnu dès le début de la procédure comme étant potentiellement vital.

³⁶ Voir par exemple L.O.Gostin, « A civil liberties analysis of surrogacy arrangements », in L.O.Gostin (dir.) *Surrogate Motherhood, Politics and Privacy*, Bloomington, Indiana Univ Press, 1990, p. 4 : « *The civil liberties analysis balances the strong reproductive rights that the gestational mother and genetic father have individually and collectively, on the one hand, with the government's speculative interest in protecting the unborn child, on the other hand. I conclude that the state has no sufficient ground for banning or criminalizing surrogacy arrangements* ».

³⁷ H.Ragone, *Surrogate motherhood : Conception in the heart*, Westview Press, 1994

³⁸ J.C.Cicarelli *et al.*, *op.cit.* ; voir aussi Jadva, *op.cit.* ; O.van den Akker, "Psychosocial aspects of surrogate motherhood", *Hum reprod Update*, 2007, 13(1), 53-62

³⁹ K.Bhadarka, *Asha nu Antim Kiran (Last ray of hope)*, voir *The Times of India*, 10/03/2009

⁴⁰ P.Parker, « Motivations of Surrogate Motherhood: Initial Findings », *American Journal of Psychiatry*, 1983, 140(1) ; voir aussi M.Tieu, « Altruistic surrogacy : the necessary objectification of surrogate mothers », *Journal of medical ethics*, 2009, 35, 171-175

⁴¹ Contribution de l'association CLARA à la préparation des états généraux, p.2

⁴² La première chambre civile de la Cour de cassation a cependant considéré que « *le droit de se marier et de fonder une famille reconnu par l'article 12 de la convention [européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales] du 4 novembre 1950 et par l'article 23 du pacte international [relatif aux droits civiques et politiques] du 19 décembre 1966 à l'homme et à la femme en âge nubile, n'implique pas le droit de conclure avec un tiers des conventions portant sur le sort d'un enfant à naître* » ; première chambre civile de la Cour de cassation, 13 décembre 1989

⁴³ Voir Académie, *op.cit.*, p.17 sq.

2.2. L'égalité de traitement

Si elle est mobilisée par les partisans de l'autorisation de la GPA, l'égalité de traitement fonde également un argument d'opposition à la GPA, en faisant valoir qu'il y a discrimination dès lors qu'une caractéristique contingente d'un groupe de personnes - la capacité reproductive des gestatrices - est transformée en objet pour le bénéfice d'autrui⁴⁴. Pour le juriste libéral Cass Sunstein, il y a alors discrimination et rupture d'égalité de traitement dans le fait d'autoriser la GPA, car cela revient à définir la fécondité des gestatrices comme un outil au service de l'accès des couples infertiles à la parentalité, ces couples devenant à même d'exercer un pouvoir sur le corps des gestatrices⁴⁵.

Au-delà de cette opposition, l'enjeu de l'égalité de traitement peut également être mobilisé dans un second temps, en cas d'autorisation de la GPA, pour la qualification des personnes susceptibles d'en bénéficier. En effet, la restriction de la GPA aux seuls couples hétérosexuels, en âge de procréer, et dont la femme souffre d'une infertilité de cause utérine, semblerait découler des restrictions auxquelles est aujourd'hui soumis l'accès à l'AMP. Cette restriction cependant, outre qu'elle maintiendrait un certain nombre de candidats à la GPA dans la clandestinité et donc confrontés aux mêmes problèmes qu'aujourd'hui en termes notamment d'établissement de la filiation, serait de surcroît vulnérable aux objections de rupture de l'égalité de traitement^{46 47}.

2.3. La dignité des gestatrices

Le fait d'être une femme gestatrice pour le compte d'autrui, fût-ce en étant consentante, entre en contradiction avec le principe de dignité de la personne humaine, consacré par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 27 juillet 1994. Le respect de la dignité appelle le respect d'autres principes mentionnés par le Conseil constitutionnel, parmi lesquels l'inviolabilité, l'intégrité et la non-patrimonialité du corps humain. En matière de GPA, l'invocation de la dignité de la personne humaine recouvre trois enjeux distincts, qui peuvent d'ailleurs se renforcer mutuellement :

- *le principe de l'indisponibilité du corps humain*⁴⁸ rend nulle toute convention le prenant pour objet, fût-ce à titre gratuit ;
- *l'enjeu du consentement* : du principe de dignité découle l'idée que l'Etat est fondé à protéger les citoyens contre eux-mêmes lorsqu'ils exercent leur autonomie dans un sens contraire à leur dignité, et ce en dépit de leur consentement. En l'espèce, le consentement de la gestatrice est, de surcroît, probablement biaisé, à la fois par le caractère nécessairement imparfait de l'information dont elle dispose quant au déroulement imprévisible de sa grossesse, et par la perspective attractive d'une indemnité financière qui, dans bien des cas, altère la liberté de choisir⁴⁹. Il existe dans la littérature américaine des argumentaires qui interrogent le fait que la GPA rémunérée (« commercial surrogacy ») puisse être définie comme une exploitation ; ces argumentaires se fondent sur l'idée qu'une telle qualification n'est possible en toute rigueur que si la GPA est définie, en amont et sur la base de considérations extrinsèques à l'enjeu de la rémunération, comme un mal en soi^{50 51}. En tout état de cause, l'impossibilité d'une rémunération, au motif qu'elle serait contraire à la dignité humaine⁵² ou au principe de non-patrimonialité du corps humain, paraît faire consensus en France⁵³ ; de même, les principes retenus en 1989 par le Comité ad hoc d'experts sur la bioéthique du conseil de l'Europe (CAHBI) en matière d'AMP énoncent l'impossibilité que la mère gestatrice obtienne un profit matériel⁵⁴.

⁴⁴ C.R.Sunstein, « Neutrality in constitutional law (with special reference to pornography, abortion and surrogacy) », *Columbia Law Review*, 1992, 29(1), 1-52 ; « Surrogacy arrangements contribute, even if mildly, to discrimination against women by allowing women's reproductive capacities to be object owned and used by others », p.15

⁴⁵ D.Satz, « Markets in Women's Reproductive Labor », *Philosophy and Public Affairs*, 1992, 21(2), 107-131 ; p.124

⁴⁶ Voir F.Héritier, « La filiation, état social », *Le Monde*, 18/04/2009

⁴⁷ Sur les différences de traitement et leur qualification comme discriminatoires, voir par exemple l'arrêt de la CEDH « E.B. c. France » relatif à un refus d'agrément en vue d'adopter demandé par une personne célibataire homosexuelle, 22/01/2008.

⁴⁸ Assemblée plénière de la Cour de cassation, 31 mai 1991

⁴⁹ Voir M.Canto-Sperber, in M.Canto-Sperber et R.Frydman, *Naissance et liberté. La procréation, quelles limites ?* Plon, 2008, p.151-153 : « le cas des mères porteuses est l'un de ceux où il est le plus difficile de définir ce que signifie la liberté du consentement »

⁵⁰ A.Wertheimer, « Two questions about surrogacy and exploitation », *Philosophy and Public Affairs*, 1992, 21(3), 211-239

⁵¹ Richard J. Arneson, « Commodification and Commercial Surrogacy », *Philosophy and Public Affairs*, 1992, 21(2), 132-164 : « Notice that the mere observation that the women who choose commercial surrogacy tend to be poor and to have few if any minimally attractive work options other than surrogacy is not a reason to ban commercial surrogacy unless one believes that these women are choosing incompetently. No matter how restricted one's life options, the idea that the narrow range of one's options unacceptably constrains one's choice is not a reason to limit further one's range of choice. This train of thought motivates prohibition of commercial surrogacy only if one has good reason to believe that the agent is choosing badly-making a bad situation worse rather than making the best of a bad situation », p.158.

⁵² Sénat, *op.cit.*, p.40

⁵³ CCNE, Avis n°3 du 23 oct 1984 (Avis sur les problèmes éthiques nés des techniques de reproduction artificielle. Rapport. (1984-10-23); Avis n°90 du 24 nov 2005 (Accès aux origines, anonymat et secret de la filiation (2005-11-24), disponibles sur <http://www.ccne-ethique.fr>

⁵⁴ Conseil de l'Europe, CAHBI, *Report on Human Artificial Procreation*, 1989. Le principe 15 des recommandations du CAHBI énonce qu'aucun médecin ou établissement ne doit utiliser les techniques de la procréation artificielle pour la conception d'un enfant qui sera porté par une mère de substitution, qu'aucun contrat ou accord entre une mère de substitution et la personne ou le couple pour le compte desquels l'enfant est porté ne pourra être invoqué en droit, et que toute activité intermédiaire ou publicitaire doit être interdite. Pour les pays dans lesquels la pratique serait

En outre, si l'impossibilité d'une rétribution paraît faire consensus en France en vertu du principe de non-patrimonialité du corps humain, le Conseil d'orientation considère que la perspective d'un dédommagement financier pour les gestatrices engendre déjà en tant que telle un risque d'exploitation des femmes les plus démunies ;

- *la sélection des gestatrices* : si chacun s'accorde pour considérer que, lors de la sélection d'une gestatrice, les effets de cette grossesse sur son psychisme devront être évalués avant, pendant et après, la question se pose néanmoins de déterminer quels critères et quels professionnels se verront attribuer la charge d'une telle évaluation dans le respect de la dignité des candidates et de leur famille.

2.4. La protection de l'intérêt des enfants

Plusieurs argumentaires hostiles à la GPA mettent l'accent sur le vécu ou le devenir des enfants : enfants nés d'une GPA, mais aussi fratrie des enfants de la gestatrice.

De fait, la question se pose d'évaluer le risque que représente ce type de filiation pour le devenir des enfants. En premier lieu, les échanges entre la mère et le fœtus, extrêmement complexes et encore assez mystérieux, sont tout à la fois psychiques et biologiques et influent sur le développement physique, psychique et affectif du fœtus. L'épigénétique (influence du milieu sur les gènes) est en plein essor et notre ignorance ne nous dégage pas de notre responsabilité⁵⁵. Par ailleurs, la particularité de la GPA est de programmer la séparation. Quand la séparation est inévitable, la société met en place des dispositifs de parole et de prise en charge pour que les choses se passent le mieux possible. Quand la séparation est évitable, la société met tout en place pour l'éviter. Dans la GPA, il s'agirait pour la société de programmer une séparation pourtant évitable. Enfin, le cas de la GPA a ceci de particulier qu'un contrat devra être établi entre les parties, fût-il tacite et non marchand. Dans les faits comme au plan symbolique, la passation d'un contrat ayant pour objet un enfant paraît problématique. La question est donc de savoir, non pas si les enfants vont « bien » ou « mal » mais si, en instituant de nouvelles lois, nous respectons ou non la dignité de chacun et lui offrons les conditions minimales nécessaires au regard de son humanité.

2.5. Les enjeux symboliques et sociaux

Une dernière sphère d'arguments concerne la portée symbolique d'une autorisation de la GPA et le risque que sa diffusion altère les valeurs communes⁵⁶ et les représentations collectives de la filiation, de la reproduction, et enfin des rapports entre les genres :

- s'agissant des *représentations de la filiation*, la GPA fragmente l'ordre naturel de la filiation en multipliant ses protagonistes⁵⁷ (mère/femme génitrice, mère/femme gestatrice, mère d'intention). En même temps, la GPA paraît renforcer l'importance du lien génétique dans les représentations de la filiation, allant à l'encontre du principe défendu à l'inverse dans les pratiques actuelles d'AMP, et notamment en matière de don d'ovocytes. Dans ce cas, la gestation est valorisée en tant qu'accession à la parentalité alors même les liens génétiques stricto sensu n'existent pas. En ce qui concerne stricto sensu l'aspect juridique de la filiation, des solutions existent déjà pour ces enfants⁵⁸.

néanmoins autorisée, le CAHBI impose que la mère de substitution ne réalise aucun profit matériel et qu'elle conserve le droit de choisir de garder l'enfant à la naissance.

Ces éléments sont réaffirmés en 2001 dans le « White paper on principles concerning the establishment and legal consequences of parentage » du comité d'experts sur le droit de la famille du Conseil de l'Europe.

⁵⁵ Académie de médecine, *op.cit.*, p.21

⁵⁶ A.M.Capron, M.J.Radin, « Choosing family law over contract law as a paradigm for surrogate motherhood », *Law, Medicine and Health Care*, 1988, 16 ; « a market in reproductive services would have adverse effects on all persons, not simply on those who choose to enter that market », p.36

⁵⁷ Sénat, *op.cit.*, Contribution de Marie-Thérèse Hermange, « La gestation pour autrui, malaise dans la civilisation », p.95 ; voir aussi CCNE, 2005, p.17

⁵⁸ Le caractère illégal du recours à la GPA se traduit concrètement par les problèmes que rencontrent les parents d'intention pour établir en France la filiation de l'enfant né d'une gestatrice à l'étranger. La pratique actuelle du parquet de Nantes est de refuser la transcription des actes d'état civil dressés à l'étranger. Or si, en pratique, l'article 47 du code civil reconnaît la force probante des actes d'état civil dressés à l'étranger, il reste que l'absence de transcription de l'acte étranger engendre des difficultés, notamment pour les successions.

Un arrêt de la Cour d'appel de Paris en date du 25 octobre 2007, confirmant un jugement du tribunal d'instance de Créteil et à rebours de la plupart des décisions des juges de fond, a considéré que l'intérêt supérieur de l'enfant, garanti par le droit international, justifierait que soit transcrite la filiation tant paternelle que maternelle. Cet arrêt a toutefois été cassé par la Cour de Cassation, quoique pour une raison de procédure et sans traiter le fond (Cour de cassation, Première chambre civile, 17 décembre 2008).

Reconnaissant les difficultés auxquelles l'absence de *transcription* expose les familles des enfants nés d'une GPA à l'étranger, le Conseil d'Etat (Conseil d'Etat, *La révision des lois de bioéthique*, 2009, p.46 sq) a récemment formulé un ensemble de propositions pour assurer aux enfants une certaine sécurité de filiation :

- pour dissocier le sort des enfants du contrat illicite qui les concerne, la solution pourrait être d'admettre une « filiation putative » ;
- l'autorisation de la transcription de la filiation *paternelle*, qui paraît légitime aux yeux du Conseil d'Etat compte tenu du lien biologique, pourrait être complétée par une procédure d'adoption pour la mère d'intention, impossible en l'état du droit. Cette voie poserait toutefois problème dans le cas des couples non mariés et ouvrirait donc une différence entre les couples d'intention selon leur statut matrimonial.

Cependant, pour le Conseil d'Etat, la difficulté soulevée par cet enjeu tient au risque de créer une incohérence juridique par rapport à la prohibition actuelle de la GPA ; en reconnaissant des effets juridiques à une situation interdite, le risque est de faciliter ces pratiques tant au plan juridique qu'au plan symbolique. Dans les solutions recherchées, il convient en outre de veiller à ne pas créer de différence entre les enfants nés d'une GPA à l'étranger et ceux nés en France de cette pratique illégale.

- dans l'ordre des *représentations de la reproduction*, la GPA dissocie la procréation et la gestation, ajoutant donc un échelon supplémentaire au processus qui, dans l'assistance médicale à la procréation, avait d'ores et déjà dissocié sexualité et procréation. Du même coup, c'est la valeur de la grossesse comme accession symbolique à la maternité qui est affectée par ce que l'Académie nomme « *une atteinte fondamentale au statut de la maternité* »⁵⁹.
- enfin, il est possible d'avancer l'hypothèse selon laquelle la GPA, en isolant de fait la fonction « gestationnelle » des femmes, contribue à véhiculer une image archaïque de la féminité, de la grossesse et du partage sexué des fonctions sociales, à rebours des évolutions sociales actuelles qui visent à dépasser ces stéréotypes et ces discriminations^{60, 61}.

Ces restrictions motivent donc la préférence du Conseil d'Etat pour des solutions ponctuelles destinées à pallier les difficultés pratiques des familles sans modifier les règles de la filiation. La proposition du Conseil d'Etat vise alors la reconnaissance de la filiation paternelle, et, à défaut de reconnaître la filiation maternelle, la possibilité pour celle-ci de bénéficier, à la demande du père, d'un jugement de délégation avec partage de l'autorité parentale.

⁵⁹ Académie de médecine, *op.cit.*, p.17

⁶⁰ Voir C.R.Sunstein, *op.cit.* : « *A world in which female sexual and reproductive services are freely traded on markets would legitimate and reinforce a pervasive form of inequality – one that sees the social role of women as that of breeders, and that uses that role to create second-class citizenship. Surrogacy arrangements, if widespread, could affect attitudes, on the part of both men and women, about appropriate gender roles* », p.47

De même Debra Satz : « *contract pregnancy reinforces stereotypes about the proper role of women in the reproductive division of labor* », « *Markets in women's Reproductive Labor* », *Philosophy and Public Affairs*, 1992, 107, 127

⁶¹ Il est toutefois important de souligner que ces diverses hypothèses quant à la portée symbolique de la GPA peuvent être contradictoires entre elles : prêter aux femmes une expérience existentielle à l'occasion de leur grossesse et craindre que cette valeur symbolique ne s'érode, n'est-ce pas aussi risquer de renforcer les stéréotypes de la répartition sexuée des rôles ? Cette ambiguïté explique sans doute en partie le dilemme qui caractérise les positions féministes sur la GPA. Voir L.B.Andrews, "Surrogate motherhood: The challenge for feminists", In L.O.Gostin (ed), *Surrogate motherhood: Politics and privacy*. Bloomington, Indiana University Press, 1990, 168, ou bien V.E.Munro, "Surrogacy and the construction of the maternal-foetal relationship : the feminist dilemma examined", *Res Publica*, 2001, 7, 13-37

ANNEXE 2 – AUDITIONS

Elisabeth Badinter, philosophe

Laure Camborieux, présidente de l'association Maia

Georges David, membre de l'Académie de médecine

René Frydman, chef de service de gynécologie-obstétrique, Hôpital A.Béclère, Clamart

Roger Henrion, vice-président de l'Académie de médecine

Marie-Christine Le Boursicot, magistrate, ancienne secrétaire générale de la commission nationale d'accès aux origines personnelles

Sophie Marinopoulos, psychanalyste et psychologue clinicienne, CHU Nantes

Christophe Pacific, docteur en philosophie

**ANNEXE 3 – LE TRAITEMENT DU THEME DANS LA PRESSE NATIONALE
MAI 2008 - MAI 2009**

Le débat sur la gestation pour autrui est ouvert en juin 2008 par la publication du rapport d'un groupe de travail du Sénat. Le positionnement inattendu du Sénat en faveur d'une modification de la loi engendre un nombre très important d'articles. Pendant cette première période, le discours majoritaire dans les journaux est favorable à la légalisation de la gestation pour autrui. Le débat se fait plus discret dans les media dès août 2008. Il est relancé à partir de mars 2009, par des associations qui plaident en faveur de la légalisation des mères porteuses. Cette fois, plusieurs voix s'élèvent contre la gestation pour autrui, notamment chez plusieurs intellectuels en vue.

Au total, le nombre de retombées générées est très important pour un tel sujet sur une année entière - 376 retombées. La presse quotidienne nationale arrive en tête des relais médiatiques (27% des retombées) ce qui confirme l'aspect sociétal du sujet.

Les journalistes abordent principalement le sujet à travers trois angles d'approche principaux : le cadre juridique (32%), le questionnement éthique et sociétal (27%) et les comparaisons internationales (18%). Les locuteurs qui interviennent dans le débat sont majoritairement la société civile et les politiques, bien avant les praticiens, ce qui représente un marqueur fort du discours : la gestation pour autrui est un sujet de société que s'approprient les citoyens.

Le schéma ci-dessous résume les catégories d'acteurs et les stratégies d'argumentation déployées dans ce débat.

Les discours en faveur de la GPA sont majoritaires dans l'ensemble des articles du corpus observé et portés essentiellement par le groupe de travail du sénat. La société civile et le corps médical apparaissent divisés sur la question.

Au delà de la portée et de la puissance des arguments déployés par les différents protagonistes, les modalités de médiatisation diffèrent. Alors que les opposants à la légalisation ont concentré leur prise de position autour d'un argument majeur, celui de l'indisponibilité du corps et la peur de la marchandisation, les « pro-légalisation » ont défendu une pluralité d'arguments, ce qui a affaibli la portée de leur discours. Ainsi paradoxalement, si les partisans de la légalisation de la GPA sont les plus médiatisés dans les médias, l'argument médiatique le plus visible a été celui déployé par les opposants.

