

AVIS N°110

PROBLEMES ETHIQUES SOULEVES PAR LA GESTATION POUR AUTRUI (GPA)

Membres du groupe de travail :

Jean-Claude Ameisen
François Beaufile
Joëlle Belaisch-Allart
Ali Benmakhlouf
Frédérique Dreifuss-Netter (Rapporteur)
Patrick Gaudray
Françoise Héritier
Marie-Thérèse Hermange
Haïm Korsia (jusqu'en juin 2009)
Chantal Lebatard
Pierre Le Coz
Claire Legras (Rapporteur)
Martine Loizeau (jusqu'en juin 2009)
Jacqueline Mandelbaum (jusqu'en juin 2009)
Michel Roux
Daniele Siroux
Claude Sureau
Jean-Louis Vildé
Philippe Waquet

Personnes auditionnées :

Association MAIA – Association d'aide aux couples infertiles
Robert Forman, gynécologue spécialiste de l'infertilité, Centre for Reproductive Medicine (CRM), Londres
Dominique Mehl, sociologue, professeur à l'École des hautes études en sciences sociales
Jacques Milliez, gynécologue-obstétricien, chef du service de gynécologie et d'obstétrique de l'hôpital Saint-Antoine à Paris

PLAN

Introduction	p. 3
I. Les deux principaux points de vue en présence	p. 6
I.1. Les arguments qui plaident en faveur du maintien de la législation actuelle interdisant la GPA	p. 6
I.2. Des arguments plaident en faveur d'une autorisation de la GPA	p. 8
II. Objections éthiques à une légalisation de la gestation pour autrui	p. 10
II.1. Une loi n'empêchera pas les risques qu'elle vise à prévenir	p. 10
II.2. La GPA ne peut être éthiquement acceptable du seul fait qu'elle s'inscrirait dans un cadre médical	p. 11
II.3. La mise en œuvre d'éventuelles règles juridiques relatives à la GPA pose des problèmes difficilement solubles au regard de la préservation de l'intérêt des personnes	p. 12
II.4. La GPA pourrait porter atteinte au principe de dignité de la personne humaine ou à l'image symbolique des femmes	p. 14
II.5. Des incertitudes pèsent sur l'avenir de l'enfant issu de la GPA	p. 15
II.6. La revendication de la législation de la GPA procède d'une conception contestable de l'égalité devant la loi	p. 16
Conclusion	p. 17
Note annexe	p. 18

Introduction

Les expressions de «gestation pour autrui» ou «procréation pour autrui» ont longtemps coexisté avec d'autres, seules d'usage avant le vote des premières lois dites de bioéthique, comme celles de «mères porteuses» ou «maternité de substitution». La nouvelle terminologie s'est aujourd'hui imposée, parallèlement à une évolution de la pratique médicale dans ce domaine.

Les premières initiatives organisées de maternité de substitution sont apparues en France dans les années 1980, à une époque où on ne pratiquait pas la fécondation *in vitro*. Elles ont été organisées à la suite de la création de deux associations mettant en relation des couples infertiles et des femmes susceptibles, après insémination par le sperme du conjoint, de mener à bien la grossesse et de remettre l'enfant à sa naissance. Dans ce qu'il est à présent convenu d'appeler la procréation pour autrui, la mère porteuse était donc à la fois génitrice et gestatrice et la mise en œuvre de la technique ne nécessitait pas d'intervention médicale. Ces associations ont été interdites¹, sans que cette interdiction mette fin à des arrangements clandestins entre des couples et des femmes porteuses. La pratique a toutefois été fortement remise en cause par un arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 31 mai 1991², qui a jugé que la convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes et en a déduit que l'adoption d'un enfant né d'une mère porteuse par l'épouse du père biologique ne pouvait être prononcée, car elle constituerait un détournement de l'institution. Le législateur de 1994 a ensuite sanctionné pénalement le fait de s'entremettre entre un couple désireux d'accueillir un enfant et une mère porteuse (article 227-12 du code pénal). Il a en outre déclaré la nullité de toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui (article 16-7 du code civil).

Depuis que la fécondation *in vitro* est une technique performante d'assistance médicale à la procréation, il est devenu techniquement faisable de proposer à des couples dont la femme est dépourvue de fonction utérine, à la suite soit d'une malformation congénitale, soit d'une hystérectomie, de réaliser une fécondation *in vitro* avec leurs propres gamètes, puis de transférer l'embryon obtenu dans l'utérus d'une autre femme, qui n'est que gestatrice. Cette gestation pour autrui au sens strict nécessite l'intervention de médecins et de biologistes. Les ovocytes doivent être ponctionnés chez la mère d'intention, puis fécondés par fécondation *in vitro* classique ou par ICSI³ par le sperme du père d'intention. Les deux femmes font l'objet d'un traitement pour que leurs cycles soient synchronisés.

¹ Civ 1^{ère} 13 décembre 1989, n° 88-15.655

² Rec. Dalloz 1991, p.417, rapp Chartier, rendu après audition du Professeur Jean Bernard, alors président du CCNE

Techniquement, il est possible de combiner cette technique avec un don d'ovocytes – il y a alors trois femmes qui interviennent dans le processus de procréation : la mère génétique (donneuse d'ovocytes), la gestatrice et la mère d'intention. Il est même envisageable, grâce à un don de sperme, que l'enfant n'ait *in fine* aucun lien génétique avec l'homme et la femme destinés à devenir ses parents.

En 2004, la question n'a pas fait l'objet de débats lors des travaux qui ont abouti à la loi du 6 août 2004. On pouvait alors avoir le sentiment que la prohibition, qui englobait toutes les formes de gestation ou de procréation pour autrui, correspondait en France à un consensus.

La question de la légalisation de la GPA a toutefois resurgi ces dernières années. Au-delà d'une coïncidence avec l'éventualité d'une nouvelle révision de la loi relative à la bioéthique, on peut s'interroger sur les raisons de cette résurgence. Tout d'abord, comme l'a souligné le CCNE dans son avis n°105, on constate au sein de la société une exigence croissante d'autonomie, notamment au regard des choix de vie des individus. Mais elle s'explique surtout, dans une perspective médicale, par la faculté qu'elle offre à des couples infertiles d'obtenir des enfants issus de leurs propres gamètes en combinant la GPA avec une fécondation *in vitro*. Il existe en effet une demande spécifique de la part de femmes et de couples dont l'infertilité est liée à une malformation congénitale (syndrome de Rokitansky-Küster), à une intervention chirurgicale consécutive à un cancer ou à une hémorragie de la délivrance ou à une exposition *in utero* au diéthylstilbestrol (ou DES, notamment sous la forme du Distilbène ®). Si le nombre des femmes concernées paraît peu élevé, leur situation devrait, selon une partie du corps médical et des personnes qui s'expriment sur le sujet, être prise en compte au cas par cas, à titre d'exception à une prohibition de la GPA⁴.

Le contexte international, par ailleurs, n'est pas indifférent à cette résurgence. En Europe, la gestation pour autrui, interdite en Allemagne, Autriche, Italie, Suisse et Espagne, est tolérée en Belgique, au Danemark et aux Pays-Bas et expressément réglementée en Grande-Bretagne⁵ et en Grèce. En outre, la liberté de circulation, jointe au développement d'un «*baby business*»⁶, permet à des couples français d'obtenir dans certains États des États-Unis mais aussi dans des pays comme l'Ukraine ou l'Inde, où des cliniques spécialisées fonctionnent au profit des étrangers, une fécondation *in vitro* suivie d'une GPA. Lorsque ces couples reviennent en France avec des enfants ainsi conçus, de délicats problèmes se posent

³ *Intra cytoplasmic sperm injection*, technique de fécondation *in vitro* consistant en l'introduction, par micro-injection, d'un spermatozoïde dans l'ovocyte en traversant la membrane pellucide.

⁴ Pour des données précises et chiffrées, on consultera le rapport de l'Académie de Médecine précité.

⁵ C'est pourquoi le groupe de travail a entendu le Dr Robert Forman, gynécologue à Londres, sur son expérience de la GPA.

⁶ Titre de l'ouvrage de Debora L. Par, Harvard Business School Press, 2006

pour établir la filiation de ceux-ci⁷. Le CCNE, comme il l'a déjà souligné dans son avis 105 du 9 octobre 2008 préliminaire à la tenue des États généraux de la bioéthique, demeure ferme sur l'idée que la diversité des législations ne saurait justifier un alignement sur le plus permissif en matière éthique. De même, le fait que les pratiques existent ne doit pas conduire nécessairement la France à les organiser à son tour sur le plan législatif. Aucun État ne doit être obligé de légiférer à la faveur d'un fait accompli, la question de la légitimité des pratiques restant du ressort du législateur.

De nombreuses instances se sont déjà prononcées sur l'ensemble des enjeux, y compris éthiques, d'une légalisation de la GPA⁸. Il revenait toutefois au CCNE de porter un regard spécifique sur une question qu'il avait envisagée dans l'un de ses premiers avis⁹ et qui est au cœur de sa mission, puisque la GPA est à la fois une technique d'assistance médicale à la procréation (AMP) et un facteur de profonde transformation des structures familiales. C'est pourquoi le présent avis s'interrogera à titre principal sur l'opportunité éthique d'ajouter la GPA à la liste des techniques d'AMP autorisées. Il est entendu que certains des arguments éthiques invoqués pourraient être étendus, *mutatis mutandis*, à la procréation pour autrui, celle qui peut être réalisée sans l'intervention du corps médical, à laquelle il sera parfois fait allusion sans cependant que lui soit consacrés des développements spécifiques.

La société apparaît aujourd'hui divisée sur l'opportunité de maintenir l'interdiction actuelle ou de lui apporter des dérogations ou des exceptions. La composition du CCNE fait qu'il n'échappe pas à ces clivages.

Un exposé des arguments invoqués par les tenants des deux principales thèses en présence s'impose, même s'ils ont déjà été présentés dans les rapports antérieurement publiés sur le sujet. L'apport spécifique du CCNE consistera donc surtout, une fois ce tour d'horizon effectué, à dégager, sans se limiter à une opposition statique, quelques axes de réflexion communs, issus de la confrontation des points de vue et reflétant, au delà de la diversité des sensibilités, une convergence sur la nature et la gravité des enjeux.

⁷ Le présent avis n'aborde pas les questions, essentiellement d'ordre juridique, que pose la situation de ces enfants.

⁸ Contribution à la réflexion sur la maternité pour autrui, Rapport d'un groupe de travail du Sénat, n° 421, 2007-2008 ; OPECST, la loi bioéthique de demain, rapport n°107, 21 novembre 2008 ; R. Henrion et C. Bergoignan-Esper, La gestation pour autrui, rapport au nom d'un groupe de travail de l'Académie de médecine, Bull Académie de médecine 2009, p. 583 et s. ; Étude du Conseil d'État, La révision des lois de bioéthique, La documentation française, mai 2009 ; A. Graf, Rapport final des États généraux de la bioéthique, juillet 2009 ; délibération du Conseil d'orientation de l'Agence de la biomédecine du 21 septembre 2009 ; A. Claeys et J. Léonetti, Rapport d'information fait au nom de la mission d'information sur les lois relatives à la bioéthique, 20 janvier 2010, Document Assemblée Nationale, n°2235 ; P.Cressard et F.Stefani, Position du Conseil national de l'Ordre des médecins, rapport adopté lors de la session du 4 février 2010.

⁹ Avis n°3, 23 octobre 1984

I. LES DEUX PRINCIPAUX POINTS DE VUE EN PRESENCE

I.1. Les arguments qui plaident en faveur du maintien de la législation actuelle interdisant la GPA

I.1.1. Une première série d'arguments procède de ce que la GPA pourrait mettre fin à la place de la grossesse et de l'accouchement en tant qu'élément prépondérant du lien maternel tissé avec l'enfant à naître dans toutes les formes de procréation assistée. Cette attribution juridique de la maternité correspond ainsi à l'importance croissante de la période de la gestation telle qu'elle ressort des avancées de la science.

La maternité délibérément transférée à une autre femme que celle qui accouche ferait fi des liens qui s'élaborent entre la femme enceinte et le fœtus pendant la durée de la grossesse : ces liens complexes, de nature psychologique et biologique, avec une composante épigénétique constituent les éléments d'un attachement précoce. De nombreuses pratiques sociales dérivent de ces nouvelles connaissances scientifiques, telles l'haptonomie ou l'échographie en 3D.

Cet effacement ou cette négation de l'influence de la grossesse et des relations entre la mère et l'enfant sur le devenir de celui-ci font redouter des conséquences dommageables pour ce dernier et pour les parents d'intention : si le premier, attendu et espéré par les seconds qui sont de plus ses géniteurs, n'est pas à proprement parler abandonné, on peut néanmoins s'interroger sur ce qui peut persister en lui de cette période de gestation. En effet, sa vie *in utero* et sa naissance auront fait l'objet de conditions particulières inscrites dans un contrat et la perception de son histoire et de ses origines sera par construction différente de celle des autres enfants, y compris de ceux conçus par une autre technique d'AMP. Il est donc actuellement difficile d'admettre sans réserve que la GPA préserverait l'avenir de l'enfant. En filigrane, s'impose l'idée que la prééminence reconnue à l'intérêt du couple peut l'emporter sur le souci d'assurer à l'enfant une histoire et une lignée qui l'aideront à se construire.

Il en est de même de l'intérêt de la gestatrice, prise entre deux écueils, d'une part celui de vivre pleinement sa grossesse avec une probabilité d'attachement à l'enfant et de séparation douloureuse de celui-ci dès l'accouchement et d'autre part celui de devoir se forcer à un détachement dès le début de la grossesse, processus hasardeux dont on ne connaît pas toutes les conséquences sur son psychisme ou celui de l'enfant. Pour cette femme, l'accouchement sera simplement une fin et non un commencement.

I.1.2. Une deuxième série d'arguments a trait aux risques physiques qu'entraînent pour la gestatrice la grossesse et l'accouchement, acceptés pour satisfaire non son propre désir

d'enfant mais celui d'autrui. Le droit français n'admet à cet égard les atteintes à l'intégrité physique au bénéfice d'autrui qu'à titre exceptionnel et pour des raisons d'ordre thérapeutique. C'est notamment le cas des dons d'organes à partir de donneurs vivants.

Or les risques médicaux, y compris vitaux, encourus par la femme enceinte et l'enfant lors de la GPA sont réels et ont été rappelés de manière exhaustive par l'Académie de médecine ; ils englobent en particulier les cas de grossesses multiples et de prématurité qui seraient encourus dès lors qu'on ne se limiterait pas à transférer un seul embryon, mais aussi la réalisation d'une césarienne ou d'une intervention pour une hémorragie de la délivrance. Comment s'établirait, alors la responsabilité respective des différentes parties en présence ? Quoi qu'il en soit, le fait que la gestatrice soit consentante ne saurait en aucun cas servir d'alibi face au premier devoir médical, à savoir ne pas nuire. Même si grossesse et délivrance se passent normalement, les grossesses et les accouchements répétés éprouvent le corps des femmes et peuvent avoir des répercussions sur leur santé ultérieure.

I.1.3. Aux risques médicaux s'ajoute le risque d'instrumentalisation et de marchandisation de la personne inhérent à la GPA. La perspective d'une indemnisation, fût-elle raisonnable et contrôlée, qui peut constituer une incitation financière, à l'instar de celle qui est accordée aux « volontaires sains » dans le cadre de la recherche biomédicale, ne rend-elle pas illusoire la liberté du consentement et ne risque-t-elle pas de faire de l'enfant un objet de commerce ? Et même si elle le fait gratuitement, la femme qui dispose de sa capacité gestationnelle au profit d'une autre ne devient-elle pas une sorte d'outil de production ? Il est vrai que la pratique du don d'ovocytes comporte déjà un risque non négligeable d'instrumentalisation de la femme qui donne¹⁰, mais ce risque est exacerbé avec la GPA qui mobilise tout le corps de la femme pendant les mois de grossesse. En outre, le légitime intérêt que les parents d'intention portent à la bonne fin de la grossesse peut constituer de fait une atteinte à l'autonomie de la femme porteuse, à sa vie privée ou au droit exclusif que lui donne la loi de prendre toutes les décisions relatives à sa grossesse, y compris celui de l'interrompre dans les limites qui sont autorisées.

I.1.4. La mise à disposition de l'utérus d'une autre femme au service d'un projet parental apparaît enfin à certains comme radicalement contraire au principe de respect de la dignité de la personne humaine¹¹, décrit comme « *indémontrable, indérogeable et indiscutable* »¹² et qui a valeur constitutionnelle. En outre, la dissociation, déjà présente dans les autres formes d'assistance médicale à la procréation entre les relations sexuelles et la procréation,

¹⁰ Des praticiens ont dit avoir reçu des donneuses d'ovocytes en relation de subordination avec les membres de couples receveurs. Certains centres acceptent une prise en charge plus rapide des couples qui sont accompagnés d'une donneuse, dont les ovocytes ne pourront servir qu'à d'autres couples, afin de respecter la règle de l'anonymat.

¹¹ Voir infra 2^{ème} partie

¹² M. Fabre-Magnan, citée par le Comité de réflexion sur le préambule de la Constitution présidée par Mme Simone Veil, décembre 2008, p.131

entre la fécondation et l'implantation, entre la génétique et la parenté, se doublerait ici d'une dissociation entre les différentes fonctions de la maternité, utérine et sociale, voire génétique si le don d'ovocytes associé à la GPA était autorisé. Elle atteindrait ainsi le degré ultime de passage de la nature à la technique et réaliserait une mutation anthropologique majeure.

I.2. Des arguments plaident en faveur d'une autorisation de la GPA.

A ces critiques, les tenants d'une admission au cas par cas de la GPA opposent des arguments fondés principalement sur la nature médicale de ce procédé.

I.2.1. Ces arguments sont tout d'abord tirés de la solidarité à laquelle est appelée la société vis-à-vis des femmes atteintes de formes irrémédiables et non curables d'infertilité. La GPA apparaît comme une solution à un problème physique et psychique douloureux. L'infertilité d'origine utérine est souvent perçue comme d'une particulière injustice. Elle touche des femmes qui «ont tout pour être mère» sauf l'utérus, tandis que celles qui n'ont plus d'ovaires mais ont encore un utérus peuvent bénéficier du don d'ovocyte, et que les femmes dont les conjoints sont infertiles peuvent bénéficier du don de sperme. A cet égard, la GPA s'insère notamment dans la logique de la prise en charge de l'infertilité après un traitement pour cancer. Les jeunes femmes atteintes d'un cancer de l'utérus, qui survient de manière de plus en plus en précoce, doivent subir une hystérectomie. Ces femmes peuvent légitimement se demander à quoi sert alors de leur laisser leurs ovaires en l'absence de toute possibilité de gestation ultérieure¹³. Finalement, quelle que soit la cause reconnue, la seule solution qui reste ici, la GPA, est interdite par la loi française et réservée aux couples qui ont les moyens de se rendre à l'étranger, introduisant ainsi une discrimination en fonction de la situation matérielle.

I.2.2. La légalisation partielle de la GPA, en donnant à des couples un cadre autorisé et sécurisé pour une GPA, serait de nature à limiter les pratiques clandestines, qu'il s'agisse de la procréation pour autrui par insémination non médicalisée de la gestatrice, ou du recours à des pays étrangers accueillants où précisément cette pratique s'est construite sur l'exploitation des femmes les plus défavorisées. Quant aux risques pour les différents protagonistes, s'ils ne peuvent être niés, il est utile de les mieux connaître pour mieux les maîtriser : il serait ainsi possible, par une procédure similaire à celle qui a été instituée par exemple pour le don d'organes intra-familial entre vivants, de prendre toutes les précautions permettant de s'assurer que le consentement de la gestatrice est réellement libre et éclairé. A cette fin, devraient notamment être vérifiés, le contexte dans lequel le consentement de la femme gestatrice est donné (motivation altruiste non liée à des difficultés financières,

¹³ L'étude de P.R.Brinsden (*Gestational Surrogacy, Human Reproduction Update* 2003, 9, 483-496) montre que le cancer est la première indication de GPA au Royaume Uni.

absence de pression familiale, amicale ou professionnelle, conscience de ce que représente une grossesse avec séparation de l'enfant à sa naissance, connaissance des risques pour sa santé, prise en compte des conséquences pour sa vie familiale, pour ses enfants, pour son conjoint dont le consentement devrait aussi être demandé, examen de tous les incidents pouvant se présenter pendant la grossesse et pouvant aboutir à une éventuelle demande d'interruption de celle-ci, notamment. L'expérience britannique ainsi que l'étude publiée¹⁴ démontreraient du reste que les relations entre les gestatrices et les parents d'intention sont des relations de confiance, que les enfants issus de la GPA ne semblent pas, dans leur premier âge, avoir de difficultés spécifiques, enfin que les gestatrices pour autrui sont moins atteintes de dépression *post partum* que les femmes ayant porté leur propre enfant.

1.2.3. Sur le plan des principes, les tenants d'une libéralisation sous conditions de la GPA opposent volontiers au respect de la dignité de la personne humaine celui de la liberté individuelle, qui est elle aussi reconnue par la Constitution, et doit être présumée, y compris chez les femmes volontaires pour porter l'enfant d'autrui, en l'absence de preuve d'une contrainte d'ordre psychologique ou économique. L'existence de motivations altruistes leur paraît une réalité, comme elle l'est pour d'autres dons d'éléments et produits du corps humain.

Ces raisons suggèrent aux tenants d'une libéralisation que l'on pourrait donc être favorable à ce qu'une législation limitée de la GPA intervienne, dans le cadre de la médecine de la reproduction et non en tant que demande sociale, sous le contrôle de comités spécialisés, comme cela fonctionne pour le diagnostic prénatal ou les dons intra-familiaux d'organes entre donneurs vivants qui ne donnent lieu à aucune dérive¹⁵. Cependant, les partisans de cette législation souhaitent, compte tenu de l'encadrement strict nécessaire à la bonne pratique technique et éthique de ce procédé de PMA, qu'elle ne soit établie que pour une autorisation au cas par cas¹⁶

¹⁴ Les études de S.Golombok (Dev.Psych 2004, 40, 400-411; Journ.Child Psycho Psychiatrie 2006, 47, 213-222, Hum Reprod 2006, 21, 1918,1924) ne révèlent l'existence d'aucun trouble particulier chez les enfants. A l'issue d'une comparaison entre les enfants issus de conception spontanée, de GPA et de don d'ovocyte à un an (publication 2004), la seule différence observée est en faveur d'un investissement plus fort dans la parentalité. Ces résultats ont été confirmés dans les congrès de l'ESHRE (*European Society of Human Reproduction*).

¹⁵ NISAND I Quelques réflexions sur la grossesse pour autrui. In Mises à jour en Gynécologie Médicale par J. Lansac, D. Luton, E. Daraï, Vigot, Paris, 2008, p. 121-132.

¹⁶ Les deux thèses présentées dans cet avis n'épuisent pas la diversité des opinions en la matière. Il existe aussi des partisans d'une libéralisation de la GPA en dehors même des indications médicales, notamment pour permettre à des couples d'hommes d'être parents. Le comité a décidé de se limiter à dégager les enjeux éthiques que soulève la GPA par rapport aux autres techniques déjà légalement mises en œuvre. En effet la question de savoir si l'AMP doit répondre à toute demande sociale ou être cantonnée à des indications médicales dépasse le cadre de la GPA pour poser la question des conditions d'accès à l'AMP dans son ensemble.

II. OBJECTIONS ETHIQUES A UNE LEGALISATION DE LA GESTATION POUR AUTRUI

En dépit des arguments en faveur de la thèse qui préconise des exceptions à la prohibition de la GPA, sa légalisation, même limitée, laisse subsister des difficultés d'ordre éthique qui ne sont pas définitivement abolies par les garde-fous que pourrait mettre en œuvre le législateur. Ces difficultés sont de six ordres.

II.1. Une loi n'empêchera pas les risques qu'elle vise à prévenir

II.1.1. Il est évident que, quel que soit le cadre législatif qui serait susceptible d'être adopté, et aussi sérieux que soit le choix des gestatrices, ni les accidents médicaux ni les inconvénients d'ordre physiologique ne pourraient leur être totalement évités.

Le Conseil d'orientation de l'Agence de la Biomédecine, se plaçant dans la perspective originale des questions qui se poseraient concrètement à elle si le législateur faisait le choix de la légalisation, a fait état de ses inquiétudes à cet égard. La mortalité maternelle périnatale notamment, fléau qui l'on n'est pas parvenu à éradiquer, n'est-elle pas encore plus insupportable lorsqu'elle survient au décours d'une grossesse au bénéfice d'autrui ?

II.1.2. En outre, la volonté du législateur de limiter à une juste indemnisation les transferts d'argent ne saurait faire obstacle à des pratiques clandestines. En effet, si les sentiments d'altruisme et de générosité sont une réalité dans les rapports humains, la dépendance réciproque instaurée par le principe même de la GPA pose problème. Elle est liée au fait que dans tous les pays qui ont légalisé la GPA, il a été constaté que les parents sont issus d'un milieu social plus élevé que la gestatrice et en même temps qu'ils sont en situation d'attente forte par rapport à celle-ci. Cela constitue une situation à risques pour les deux parties. En effet, c'est bien la générosité matérielle des parents d'intention qui peut les conduire à céder à des sollicitations plus ou moins discrètes de gratifications ou de cadeaux. A l'inverse, même si s'instaure au départ une relation de confiance, des tensions, notamment en cas d'échecs répétés de la grossesse, peuvent induire des tentations de pression ou de chantage.

Plus généralement, l'expérience de la Grande-Bretagne montre que l'existence d'un système légal et sécurisé de GPA n'a pas mis fin à des formes clandestines non médicalisées, ce qui n'est pas surprenant. L'admission d'exceptions, à quelque niveau que l'on place le curseur, maintiendrait dans l'illégalité les couples qui ne sont pas dans son champ, soit parce qu'ils sont composés de personnes de même sexe, soit parce que la femme n'est pas atteinte des pathologies dont la société a décidé qu'elles justifient leur prise en charge par une GPA.

II-1-3- Pour le CCNE, ce sont ces dérives inhérentes à la GPA qui conduisent à des réserves sur sa légalisation et non la non-reconnaissance du souhait d'un couple d'avoir un enfant qui soit génétiquement le sien. Son désir de transmettre, avec son histoire familiale, des caractéristiques physiques ou des ressemblances est naturel et légitime. Ce désir est d'ailleurs, dans bien des cas, l'un des facteurs qui conduisent des couples à recourir au don de gamètes afin que l'enfant soit au moins biologiquement celui de l'un des parents.

Aussi le fait pour un couple de vouloir avoir un enfant qui soit génétiquement celui de ses parents n'a-t-il rien en soi de contraire à l'éthique. Ce sont les conséquences extrêmes qui en découlent lorsque les couples ont recours à une GPA qui est problématique. Selon le Comité, ce désir ou besoin légitime ne peut suffire à justifier une GPA.

II.2. La GPA ne peut être éthiquement acceptable du seul fait qu'elle s'inscrirait dans un cadre médical

Certains on l'a vu, sans se prononcer en faveur d'une légalisation de la GPA en général, souhaiteraient que soient apportées à l'interdiction actuelle des dérogations fondées sur des motifs d'ordre médical afin que dans le cas de certaines affections ou malformations très particulières, le désir d'enfant de couples stériles ne demeure pas sans réponse thérapeutique. Mais selon le CCNE, la possibilité pour la médecine d'opérer un contrôle sur les indications d'infertilité donnant accès à la GPA n'atténue pas les objections éthiques que suscite le fait qu'une femme mette son corps au service d'un couple pour permettre la réalisation d'un projet parental. On peut ainsi s'interroger sur le bien fondé d'une «GPA sur ordonnance»¹⁷ qui rendrait acceptable des pratiques que l'on récuserait peut-être si elles demeureraient simplement dans le champ de l'acceptation sociale.

Comme il en va plus généralement en matière de bioéthique, les questions éthiques que soulève la GPA n'ont en leur fond aucun lien avec les connaissances et applications scientifiques et médicales. Il s'agit d'une pratique qui concerne l'avenir même de la société et dont les enjeux dépassent largement les problèmes médicaux : de quoi peut-il être fait commerce concernant la personne humaine? Jusqu'où le respect de sa dignité peut-il conduire à la protéger contre elle-même sans pour autant porter atteinte à sa liberté ou à son autonomie ? Ces questions ne mettent pas en cause les diagnostics médicaux d'infertilité mais pointent les problèmes éthiques qui pourraient résulter pour l'individu et pour le groupe de la mise en œuvre de tels procédés.

Enfin, le CCNE rappelle qu'il a souligné, dans son avis n° 105 précité que si les principes fondateurs de la législation relative à la biomédecine, notamment la dignité de la personne

¹⁷ L'utilisation généralisée de l'acronyme GPA, qui évoque une technique, n'est-elle pas le signe d'un passage de la problématique du champ éthique et sociétal au champ médical ?

humaine, la primauté de l'intérêt de l'enfant et la non-commercialité du corps, sont assortis d'exceptions, celles-ci ne peuvent être trop importantes ni permanentes, sauf à ce que ces principes se vident de leur substance. La juxtaposition de principes et d'exceptions majeures porte atteinte à l'intelligibilité et à la sincérité de la loi.

La référence à un cadre médical n'est donc pas à elle seule de nature à rendre surmontables les objections éthiques fortes envers la GPA.

II.3 La mise en œuvre d'éventuelles règles juridiques relatives à la GPA pose des problèmes difficilement solubles au regard de la préservation de l'intérêt des personnes

Le rôle premier du droit est d'organiser les rapports sociaux en protégeant et en conciliant les intérêts en présence. La GPA faisant intervenir au moins trois catégories de personnes, la gestatrice, le couple d'intention et l'enfant, cette conciliation s'avère particulièrement ardue. Toute légalisation, même partielle devrait en effet s'accompagner de dispositions visant à sécuriser la filiation de l'enfant issu de la GPA, qui ne peut être réglée par la seule application des dispositions édictées pour les besoins de l'assistance médicale à la procréation et qui n'ont pour objet que l'établissement de la paternité en cas de recours aux gamètes d'un tiers ou d'accueil d'embryon¹⁸.

On peut se référer à cet égard aux choix opérés par les deux pays européens qui ont autorisé expressément la GPA. En Grande-Bretagne, la femme qui accouche est désignée comme la mère dans le certificat de naissance et son compagnon comme le père. Le transfert de filiation ne peut pas s'effectuer avant un délai de six semaines, pendant lequel la gestatrice peut décider de garder l'enfant¹⁹. En Grèce, au contraire²⁰, dès l'accord passé entre les parents d'intention et la gestatrice, un acte judiciaire enregistre la filiation de l'enfant à l'égard du couple qui en devient dès lors l'unique responsable. Il s'agit en quelque sorte d'une adoption prénatale d'un enfant dont les adoptants seraient aussi les géniteurs.

Le premier schéma est plus protecteur de la gestatrice. Il ne remet pas en cause son autonomie quant aux décisions relatives à sa grossesse. Il préserve la règle traditionnelle d'établissement de la maternité, *Mater semper certa est*, et confère à la gestatrice un droit de repentir. Il n'est cependant pas dépourvu d'ambiguïté puisque, tout en affirmant que l'enfant a bien un lien de filiation avec le couple d'intention, il laisse entendre que la gestatrice est aussi une mère, ce qui, au regard de la philosophie de l'institution pose

¹⁸ Le consentement à l'AMP avec don de gamètes, exprimé devant un juge ou un notaire, fait obstacle à toute contestation ultérieure de la paternité et permet de l'établir contre le gré de celui qui a consenti lorsque, non marié avec la mère, il refuse de reconnaître l'enfant (article 311-20 code civil).

¹⁹ Une loi de 1985 a été complétée par le *Human Fertilization and Embryology Act* de 1990 modifié en 2008 (www.hfea.gov.uk)

²⁰ Lois 3089/2002 et 3305/2005 ; P. Agallopoulou, *Droit de la famille* 2004, Chron. n°11

problème. Inversement, la législation sur les dons de gamètes fait tout pour que les donneurs n'aient pas de lien de filiation avec l'enfant. Tout se passe comme si le législateur n'assumait pas les conséquences de son choix ou reconnaissait la GPA sans enthousiasme et comme à regret, réticence pouvant entraîner un sentiment d'insécurité préjudiciable à la formation des liens dans la famille d'intention. Un tel système peut aussi être à l'origine de conflits dont l'enfant serait l'enjeu, comme cela était le cas avant 1966 lorsque la loi permettait la restitution de l'enfant même après le placement en vue d'adoption²¹. S'il devait arriver que l'enfant ne puisse être finalement accueilli ni par le couple d'intention ni par la gestatrice ou le couple qu'elle forme avec son compagnon, cette circonstance signifierait l'échec du processus. De telles situations seraient peut-être rares, mais est-il raisonnable de les rendre possibles ?

La seconde option, consacrée par la loi grecque, est plus radicale. La loi, ayant autorisé la GPA, en tire les conséquences dès le départ du processus. Elle prémunit contre les risques d'insécurité juridique et les revirements psychologiques. On peut toutefois s'interroger, dans un tel système, sur la conciliation entre la renonciation précoce de la gestatrice à toute maternité et ses droits en tant que femme enceinte, au regard du secret médical ou de l'autonomie dont elle bénéficie en matière d'interruption de grossesse, notamment lorsque le fœtus risque d'être atteint d'une anomalie d'une particulière gravité.

Le transfert aux parents d'intention de la décision d'interruption médicale de grossesse, si elle s'explique par le fait que ce sont eux qui, *in fine*, doivent assumer la charge de l'enfant, fût-il lourdement handicapé, est-il compatible avec le fait qu'avant la naissance, le fœtus n'est pas un enfant sur lequel s'exercerait une autorité parentale, et qu'il n'est pas juridiquement distinct de la personne de la femme enceinte ?

De plus, il est très difficile de mettre en œuvre une GPA en respectant le principe de l'anonymat, même aménagé comme c'est le cas en matière d'adoption. Dès lors, on peut se demander si l'anonymat des dons de gamètes, en particulier des dons d'ovocytes, pourrait coexister avec la GPA : en effet, il y aurait un « effet domino » assez automatique de disparition de l'anonymat, interdisant de prendre en compte les exigences propres aux dons de gamètes. Or on sait que l'anonymat a en particulier pour fonction de faire définitivement obstacle à des transferts d'argent, et de renforcer le principe de gratuité. Si le législateur souhaitait mettre fin à l'anonymat des dons de gamètes, au nom du besoin éventuel de certains enfants d'avoir accès à leur histoire, il conviendrait que ce soit à la suite d'un choix raisonné et non par un effet indirect de la légalisation de la GPA.

²¹ C'est la célèbre affaire Novack, Civ 1^{ère} 6 juillet 1960, Rec.Dalloz 1960, p.510

II.4- La GPA pourrait porter atteinte au principe de dignité de la personne humaine ou à l'image symbolique des femmes.

Le respect de la dignité de la personne humaine, concept clé issu de la Déclaration des droits de l'homme de 1948 et repris dans de nombreux textes internationaux au soutien des droits de l'homme afin de se prémunir contre la barbarie ou l'esclavage²², repose sur l'égalité de valeur de l'ensemble des êtres humains. La dignité, qualité intrinsèque de l'humanité, interdit, dans une conception kantienne, de considérer l'homme seulement comme un moyen et de lui conférer un prix. Ce respect est affirmé, dans le domaine de la bioéthique par les lois françaises et par le Conseil constitutionnel²³. Bien qu'il ne soit pas défini par la loi, il impose à tout un chacun le devoir de respecter la dignité d'autrui et fonde juridiquement des dispositions aussi diverses que celles qui interdisent la traite des êtres humains, l'esclavage moderne ou le harcèlement au travail.

Il demeure cependant, malgré le consensus général en faveur du respect de la dignité humaine, un clivage entre ceux qui estiment que la dignité donne aussi à l'individu des devoirs envers lui-même, afin de se montrer «digne» de sa condition d'homme et ceux qui pensent que, dans la mesure où il n'est pas porté atteinte à la dignité d'autrui, chacun demeure libre de déterminer ce qui est de l'ordre de sa propre dignité.

Le débat relatif à la gestation pour autrui est en partie lié à cette divergence philosophique. Selon les tenants d'une conception de la dignité entendue comme valeur intrinsèque de l'homme, devant être respectée non seulement chez autrui mais aussi en soi-même, la GPA représente une instrumentalisation du corps des femmes et aboutit à considérer l'enfant comme une marchandise, de sorte que cette pratique est d'une manière irréductible contraire au respect de la dignité de la personne humaine. Mais pour les partisans d'une conception plus individualiste de la dignité, ce principe ne permet pas de juger de la valeur éthique de la gestation pour autrui lorsqu'elle est librement consentie par tous et que la gestatrice estime que le processus ne porte pas atteinte à sa propre dignité. Au respect de la dignité s'oppose alors la liberté de disposer de soi.

S'il convient de prendre acte de ce que la société française n'est pas unanime sur le contenu du principe de dignité²⁴, il se dégage au sein du comité une très grande réserve à l'égard du sort que la GPA ferait à la femme porteuse, certains se plaçant sous le signe de la dignité et d'autres se référant à l'image des femmes. Même si l'on peut admettre que certaines gestatrices agissent dans le cadre d'une liberté effective, il reste qu'on peut ne pas souhaiter que la société accepte ce qui apparaît comme une aliénation, fût-elle volontaire. En outre, de nombreux témoignages attestent qu'avec la GPA on touche aux limites du consentement

²² Voir le rapport du comité présidé par Simone Veil sur la révision du préambule de la constitution, p.119

²³ Décision n° 94-343 DC du 27 juillet 1994

²⁴ *ibidem*, p. 128 et s.

libre et éclairé : la liberté, dans la GPA, ne paraît pas la même pour toutes les parties en présence. Si la pratique devenait organisée, la constitution de «pools» de gestatrices agréées²⁵ heurterait la sensibilité collective, en ce qu'elle ferait assumer à une catégorie de femmes la partie la plus physiquement et moralement contraignante de la maternité tandis que l'aspect le plus humainement valorisant reviendrait à une autre. Le refus d'une acceptation sociale de la GPA, même pour des tenants d'une acception libérale de la dignité humaine, se fonde en outre sur des considérations d'ordre sociologique relevées plus haut selon lesquelles, dans les pays qui ont légalisé la GPA, le statut social des gestatrices est très largement inférieur à celui des couples d'intention.

II.5. Des incertitudes demeurent quant à l'avenir de l'enfant issu de la GPA

L'avenir de tout enfant est par nature empreint d'incertitude et il serait illusoire de vouloir garantir à chacun un contexte familial optimal. En outre, la décision de devenir parent ne saurait être soumise à un contrôle social généralisé. Mais s'agissant de la GPA, le comité estime problématique de se prononcer en faveur de conditions très particulières de venue au monde, que la plupart des individus hésiteraient à mettre en œuvre pour eux-mêmes.

Certes, comme il a été déjà indiqué par le comité, il est probable que l'enfant issu de la GPA, attendu avec ferveur par ses parents d'intention, bénéficierait d'un accueil favorable. Cependant, de la confrontation des arguments développés par les adversaires et les partisans de la GPA, il ressort que trois séries d'éléments incitent à la prudence : sans affirmer, tout d'abord, que l'enfant à naître souffrirait nécessairement d'un traumatisme de l'abandon, on peut toutefois s'interroger sur les conséquences, sur son développement psychologique, du fait qu'il aura été le fruit d'un projet inhabituel et complexe, enjeu d'une transaction sinon d'une tractation entre des intérêts différents. Ensuite, devant les interrogations et la souffrance de certains jeunes adultes issus de dons de gamètes, il n'est pas possible de négliger l'impact éventuel à long terme d'une dissociation entre filiation maternelle et gestation sur le psychisme des personnes issues de la GPA. Enfin, on peut s'interroger sur les conséquences du processus à l'égard des autres enfants qu'il peut affecter indirectement, qu'il s'agisse des enfants de la gestatrice ou de ceux du couple receveur, et que ces enfants soient déjà nés ou à naître.

Au demeurant, il paraît utopique de prétendre faire la lumière sur ces questions par des études qui ne pourraient que demeurer très partielles et poseraient des problèmes éthiques aigus d'ingérence dans la vie privée des familles et dans l'intimité des enfants. En outre, l'objet de l'évaluation demeure incertain, ainsi que la méthodologie, concernant la détection d'un mal être qui demeure très largement de l'ordre de l'inconscient..

²⁵ Voir, dans une perspective de science-fiction, le roman de Margaret Atwood, *La servante écarlate*, Collection J'ai Lu

II-6- La revendication de la légalisation de la GPA procède d'une conception contestable de l'égalité devant la loi

Certaines des réserves que l'on peut avoir à l'égard de la GPA , on l'a noté à plusieurs reprises, s'apparentent à celles que l'on pourrait exprimer devant d'autres techniques d'assistance médicale à la procréation autorisées en France. Il est également vrai qu'il est désormais admis que la paternité ou la maternité apparente ou sociale et la paternité ou la maternité biologique soient dissociées, dès lors que le don de gamètes est largement pratiqué.

On comprend, dans ces conditions, que les partisans d'une légalisation de la GPA fassent valoir qu'il serait injuste et contraire à notre conception de l'égalité devant la loi de ne pas pallier une forme particulière de stérilité quand la société et la médecine se mobilisent pour répondre aux autres types d'infécondité. Les techniques d'assistance médicale à la procréation ayant connu un essor remarquable, il s'agirait ainsi, selon le rapport d'un groupe de travail du Sénat²⁶, *«d'éviter d'aggraver la souffrance des couples frappés d'infertilité en donnant le sentiment à ceux qu'elle frappe que toutes les causes d'infertilité ne méritent pas la même considération»*. L'infertilité, dans toutes ses causes, tend ainsi à être présentée non pas seulement comme une pathologie, mais comme un préjudice qu'il appartiendrait à la collectivité de réparer, autant que faire se peut et de manière égalitaire.

Il s'agirait encore, par une légalisation certes maîtrisée de la GPA, de restaurer l'égalité entre les couples plus fortunés, qui ont les moyens de contourner la législation française pour recourir à une mère porteuse dans un pays qui l'autorise ou le tolère et les couples qui ne peuvent l'assumer financièrement.

Il est certain que le développement des techniques d'assistance médicale à la procréation et, notamment, la légalisation du recours aux gamètes d'un tiers donneur, peut donner le sentiment d'un engagement collectif à surmonter toutes les formes de stérilité qu'il conviendrait de compléter pour répondre à la situation des femmes qui ne peuvent porter un enfant..

Mais au-delà des objections éthiques déjà relevées, le CCNE estime aussi qu'il faut se garder d'accréditer l'idée que toute injustice, y compris physiologique, met en cause l'égalité devant la loi. Même si la détresse des femmes stériles suscite un sentiment d'émotion ou de révolte, elle ne saurait imposer à la société d'organiser l'égalisation par la correction de conditions compromises par la nature. Une telle conception conduirait à sommer la collectivité d'intervenir sans limites pour restaurer la justice au nom de l'égalité et correspond à l'affirmation d'un droit à l'enfant – alors que le désir ou le besoin d'enfant ne peut conduire à la reconnaissance d'un tel droit.

²⁶ Contribution à la réflexion sur la maternité pour autrui, précité.

En outre, cette conception de l'égalité ne trouve pas en elle-même de limites. Comment alors ne pas ouvrir la maternité de substitution pour répondre à d'autres détresses ? Estimer que toute situation de souffrance mérite une solution législative conduit rapidement à une impasse, la souffrance humaine étant à la fois éminemment subjective et infiniment variée dans ses causes.

Le CCNE relève aussi que cette manière de voir les choses peut contribuer à faire peser sur les couples infertiles, une pression difficile à vivre, à stimuler des désirs qui comportent des risques d'échec, la déception étant à la mesure de la pénibilité des tentatives techniques qui auront suscité beaucoup d'espoirs et mobilisé beaucoup d'énergie.

En revanche, il est essentiel que la solidarité nationale soit sollicitée en faveur des couples infertiles auxquels aucune réponse médicale ne peut être apportée. Cela suppose, en premier lieu des investissements dans la recherche médicale consacrés aux causes de l'infertilité féminine que l'on ne peut aujourd'hui traiter et un développement de la prévention pour les causes évitables et, en second lieu, une réflexion sociale sur le discours normatif à propos de la stérilité des femmes et de la maternité.

Conclusion :

Finalement, à l'issue d'une réflexion riche et collégiale, pour les six ordres de raisons qui viennent d'être exposées et pour la grande majorité des membres du CCNE, l'ensemble des arguments favorables au maintien de la législation en vigueur l'emportent sur ceux qui sont favorables à la légalisation de ce procédé de PMA, même de manière strictement limitée et contrôlée.

Paris, le 1er avril 2010

Note annexe pour l'avis sur la GPA

Les signataires de cette note annexe ont largement participé et adhéré à la réflexion éthique développée dans le présent avis du CCNE. Ils sont conscients des risques et des excès pouvant résulter de l'instauration non encadrée d'une telle pratique médicale. Cependant, ils sont particulièrement sensibles au drame humain que représente pour certains couples le fait de pouvoir obtenir des embryons avec leurs propres gamètes, sans avoir la possibilité de faire mener par la mère "d'intention" la grossesse à son terme, faute d'utérus.

Dans cette situation, en cas de GPA, l'embryon qui se développe dans l'utérus de la femme qui a fait don de sa capacité gestatrice est issu des deux gamètes des "parents d'intention" dont la volonté d'élever un enfant auquel les unissent des liens génétiques forts a été clairement exprimée. Il n'est certes pas question d'accorder une place excessive à de tels liens (dont l'absence permet dans de si nombreux cas de conduire à un épanouissement harmonieux des enfants qui n'en sont pas issus), mais il nous paraît légitime, au sein des multiples facettes de la procréation médicalement assistée, de laisser une porte ouverte à une telle procédure.

Il nous apparaît, de plus, que le maintien de la prohibition et ses conséquences sur l'établissement de la filiation juridique, vont à l'encontre de l'intérêt supérieur de tous les enfants qui continueront de naître grâce à une GPA pratiquée dans des pays où elle n'est pas illégale et où les couples français qui en ont les moyens continueront de se rendre.

Nous exprimons le vœu que la GPA, strictement encadrée de façon à préserver la dignité et la sécurité de tous les protagonistes impliqués, soit prévue, à titre dérogatoire, dans la loi, à l'occasion de sa future révision. Nous souhaitons aussi qu'une telle mesure dérogatoire soit nécessairement accompagnée d'une étude prospective permettant d'en évaluer les conséquences.

Michaël Azoulay, Joëlle Belaisch-Allart, Claude Burlet, Danièle Siroux, Dominique Stoppa-Lyonnet, Claude Sureau, Bertrand Weil