

MERES PORTEUSES : EXTENSION DU DOMAINE DE L'ALIENATION NOTE INTEGRALE

René Frydman

Gynécologue, professeur des universités

et **Olivier Lyon-Caen**

Neurologue, professeur à l'Université Paris - VI

Le groupe de réflexion sur les mères porteuses

Laure Adler, Sylviane Agacinski, Jean-Marc Ayrault, Danièle Bousquet, Laurent Bouvet, Nicole Bricq, Alain Christnacht, Alain Claes, Dominique de Comble de Nayves, Caroline De Haas, Laurence Dumont, Caroline Eliacheff, René Frydman, Roger Godino, Elisabeth Guigou, Gisèle Halimi, Benoit Hamon, Lionel Jospin, Danièle Jourdain-Menninger, Hakim El Karaoui, Bruno Laforestrie, Olivier Lyon-Caen, Bertrand Mabille, Philippe Mauguin, Nina Mitz, Jean Peyrelevade, Michel Rocard, Maurice Ronai, Michèle Sabban, Florence Schmidt-Pariset, Catherine Tasca, Serge Telle, Jean-Philippe Thiellay, Jean-Noël Tronc, François Véron, François Villeroy de Galhau
Le 19 novembre 2010

Note
intégrale

A l'approche de la révision de la loi bioéthique, plusieurs initiatives ont été prises ces derniers mois en faveur d'une légalisation des mères porteuses, ou gestation pour autrui (GPA), en France. Ainsi, deux propositions de loi allant dans ce sens ont été déposées en des termes identiques au Sénat le 27 janvier 2010. Plus récemment, une note de la fondation Terra Nova, rédigée par un groupe de travail sur la bioéthique, s'est prononcée en faveur de cette légalisation.

Ces diverses prises de position répondent à l'engagement, en sens inverse, de nombreuses personnalités, notamment de gauche, en 2009, et aux avis négatifs de l'Office Parlementaire d'Evaluation des Choix Scientifiques et Technologiques (OPECST) du Parlement, en novembre 2008, du Conseil d'Etat, en mai 2009, de l'Agence de la biomédecine en septembre 2009, renforcés par l'avis négatif du Comité consultatif national d'éthique du 6 mai 2010.

Aujourd'hui, malgré les profondes divergences qui s'expriment sur la question, tant à gauche qu'à droite, la manière dont les médias se sont fait l'écho des dernières initiatives, et notamment de la note de la fondation Terra Nova, peut donner l'impression d'une position majoritaire à gauche en faveur de la légalisation des mères porteuses.

Pourtant, au sein même de la fondation Terra Nova, une partie des membres du conseil d'administration et du conseil d'orientation scientifique s'est au contraire exprimée fermement contre la légalisation de cette pratique en France.

La présente note résulte des échanges d'un groupe de réflexion associant des personnes de formation diverse, réunies dans une hostilité commune à l'idée d'une telle légalisation. Elle a pour but d'exposer les arguments des adversaires de cette légalisation et souligne combien le recours aux mères porteuses est absolument contraire à tout engagement de nature « progressiste ».

Cette hostilité résolue se fonde d'abord sur une conviction : le recours aux mères porteuses participe d'une logique profondément réactionnaire pour les droits des femmes, en ce qu'elle implique une instrumentalisation du corps féminin.

Loin de s'inscrire dans la logique d'une « parentalité progressiste », selon la formule de ses partisans, le recours aux mères porteuses induit une vision régressive de la parentalité, par la supériorité du lien biologique qu'il pose inévitablement sur les autres modes de filiation, et en particulier sur l'adoption.

Partout où elle a été légalisée dans le monde, la pratique des mères porteuses se traduit concrètement par une nouvelle exploitation, radicale, au sens où il s'agit de la prise de contrôle sur la vie d'un être humain pendant neuf mois, et généralement d'un rapport inégalitaire et d'aliénation, entre commanditaires aisés et mères porteuses défavorisées souvent recrutées par des sociétés aux pratiques marchandes plus ou moins attentatoires à la dignité humaine.

Sa légalisation ouvrirait la voie à d'autres remises en cause : en donnant pouvoir à autrui sur la grossesse d'une femme, elle pourrait menacer le droit à l'avortement ; en reconnaissant le droit par contrat d'aliéner son corps à autrui, elle faciliterait l'émergence d'un cadre légal que ne manqueraient pas d'utiliser les promoteurs de la prostitution.

La présente note aborde l'ensemble des arguments mis en avant par les partisans de la légalisation des mères porteuses en France, en particulier ceux qui reposent sur le constat qu'il existe une situation de fait créée par la légalisation des mères porteuses dans d'autres pays et que le désir d'enfant ne trouve pas sa solution dans un certain nombre de cas.

A l'issue de ce travail d'analyse et de réflexion, appuyé sur l'étude des expériences étrangères, de nombreux travaux d'experts, mais aussi sur la lecture des témoignages de particuliers et des débats abondants entre citoyens dont les forums de discussion sur internet portent la trace, aucun des arguments de ses partisans ne paraît de nature à justifier la légalisation des mères porteuses en France.

La position supposée favorable à la reconnaissance des mères porteuses d'une partie de l'opinion publique résulte surtout d'une ignorance des véritables enjeux et des conséquences de leur légalisation et surtout de la réalité sordide, à l'échelle mondiale, de cette pratique.

Le débat public a jusqu'ici été souvent pris en otage par l'exploitation compassionnelle qui a pu être faite par certains médias de cas individuels frappants, comme l'affaire des parents Mennesson, parents de deux jumelles nées de mère porteuse aux Etats-Unis et qui ne peuvent être reconnues par l'état-civil français.

Le véritable débat n'a pas encore eu lieu. Certains, conscients que la probabilité d'une légalisation dans le cadre de la révision de la loi bioéthique au cours de la présente législature est limitée, entendent en faire un enjeu électoral pour 2012.

Cet engagement pourrait s'avérer dangereux pour les partisans de la légalisation : d'abord, par ce que pourrait être la réaction de l'opinion à un vrai débat sur la gestation pour autrui, qui mette à jour la réalité de cette pratique là où elle est légale ; mais aussi parce qu'il pourrait se révéler contre-productif pour une autre cause également jugée « progressiste », qui mobilise certains des partisans de la légalisation de la GPA, celle de la reconnaissance de la parenté homosexuelle.

Enfin, en focalisant l'attention sur une pratique en réalité marginale, on éloigne l'attention du vrai sujet, s'agissant des réponses à apporter aux parents désireux d'avoir des enfants : il est nécessaire d'assouplir le dispositif français en matière d'adoption, en particulier en renforçant les moyens des structures légales de l'adoption, et d'œuvrer pour faciliter les procédures d'adoption internationales.

1 - LES PROPOSITIONS DES PARTISANS FRANÇAIS D'UNE LEGALISATION DES MERES PORTEUSES

Dans la perspective de la révision de la loi bioéthique qui doit intervenir en 2010, deux initiatives récentes, une proposition de loi et une note publiée par la fondation Terra Nova, ont relancé à gauche le débat sur les mères porteuses.

Deux propositions de loi « *tendant à autoriser et encadrer la gestation pour autrui* »¹ ont été déposées en des termes identiques au Sénat le 27 janvier 2010, l'une par le sénateur UMP du Vaucluse Alain Milon, l'autre par la sénatrice socialiste du Puy-de-Dôme Michèle André.

Ces propositions de loi se fondent, dans leur exposé des motifs, sur le postulat selon lequel « *la maternité pour autrui constitue probablement une pratique séculaire permettant de remédier à l'infertilité d'une femme.* ». La loi modifiée ferait, selon cette proposition, des mères porteuses « *un instrument supplémentaire au service de la lutte contre l'infertilité* ». « *Seuls pourraient bénéficier d'une gestation pour autrui les couples composés de personnes de sexe différent* ».

Le texte ouvre la voie à une gestation pour autrui rémunérée (« *la somme devant être versée par le couple bénéficiaire à la gestatrice afin de couvrir les frais liés à la grossesse qui ne seraient pas pris en charge par l'organisme de sécurité sociale et les organismes complémentaires d'assurance maladie.* »). Enfin, il propose la reconnaissance –à titre transitoire- des enfants nés de mères porteuses à l'étranger.

Dans le même sens, un groupe de travail réunit au sein de la fondation Terra Nova, présidé par Geneviève Delaisi de Parseval (psychanalyste) et Valérie Sebag-Depadt (juriste), autour des enjeux

¹ Propositions de loi n° 234, déposée par M. Alain Millon (UMP) et n°235, déposée par Mme Michèle André (PS), du 27 janvier 2010 « *tendant à encadrer et à légaliser la gestation pour autrui* »

de la révision de la loi Bioéthique, a formulé dans une récente note² un ensemble de propositions centré sur la question de l'accès à la parenté, parmi lesquelles la légalisation en France des mères porteuses.

La note se donne pour ligne directrice de « *fonder un droit global, le «droit à fonder une famille », reconnu dans la déclaration universelle des droits de l'homme, en l'étendant à tous les couples stériles et, à terme, aux couples homosexuels.* ».

Parmi des propositions diverses, comme la suppression de l'exigence pour les couples non-mariés de la preuve de deux ans de vie commune ou l'admission du transfert d'embryons post-mortem, la note propose de légaliser en France la pratique des mères porteuses par une « *reconnaissance limitée et encadrée de la GPA [gestation pour autrui]* ».

La proposition est justifiée par une approche à la fois technique, juridique, psychologique et psychanalytique, dont il paraît utile de donner in-extenso la synthèse établie par les rapporteurs : « *La GPA serait dédiée, comme toutes les techniques d'AMP³ en France, à un objet strictement médical, pour pallier la stérilité utérine. Elle bannirait la commercialisation : il n'y a là aucune fatalité, la plupart des pays étrangers où elle a été légalisée ne révèlent aucune dérive mercantile. Elle s'inscrirait dans un protocole médical sécurisant le bien-être psychologique de la mère porteuse. Les travaux des psychanalystes étrangers sur les mères porteuses montrent que, sous certaines conditions (avoir déjà eu un enfant, ne pas être aussi la mère génétique de l'enfant...), ces femmes peuvent être heureuses de leur grossesse : elles aident des couples en détresse, souvent des amis ou des parents, dont elles sont le dernier espoir, là où la médecine a échoué, et elles en tirent une forte valorisation personnelle. Le lien entre la mère porteuse et l'enfant est reconnu, avec la suppression de l'anonymat. »*

La note propose aussi de reconnaître les GPA réalisées légalement à l'étranger au nom de l'intérêt des enfants concernés.

Le caractère très polémique du sujet des mères porteuses est reconnu par la note dont la synthèse signale ainsi que « *les réticences collectives autour de la GPA sont intenses* ». Aucune réponse n'est cependant apportée à ce constat.

² Accès à la parenté : assistance médicale à la procréation et adoption, rapport du groupe de travail sur la bioéthique de Terra Nova, sous la présidence de Geneviève Delaisi de Parseval et Valérie Depadt-Sebag, Fondation Terra Nova, février 2010

³ AMP : assistante médicale à la procréation

Tandis que les propositions de loi précitées et la note du groupe de travail Bioéthique de Terra Nova posent l'affirmation générale selon laquelle la pratique des mères porteuses, là où elle est légale, se déroule dans l'ensemble de manière positive, nos recherches nous conduisent exactement aux conclusions inverses, à travers un quadruple constat :

- Loin de régler des problèmes, la légalisation des mères porteuses est un piège juridique, comme l'illustrent les très nombreux conflits auxquels donne lieu la pratique des mères porteuses là où elle est légale,
- La marchandisation du corps féminin est la conséquence concrète et quasi-universelle de cette légalisation. Elle conduit ainsi à une nouvelle exploitation, radicale, des femmes pauvres,
- Les conséquences psychologiques de cette pratique sont largement sous-estimées, et peuvent être graves,
- Les mères porteuses, loin d'être un progrès, sont une cause régressive et un mauvais combat pour la gauche, la plus récente et peut-être la plus choquante des extensions du domaine contemporain de l'aliénation.

2 - LA LEGALISATION DES MERES PORTEUSES, UN PIEGE JURIDIQUE

2.1 - LE CADRE LEGAL ACTUEL DE LA GESTATION POUR AUTRUI

La « gestation pour autrui » a été possible en France jusque dans les années 1980. Le rapprochement des couples commanditaires et des « mères porteuses » était à l'époque assuré par des associations parmi lesquelles l'une des plus connues était l'association « *Alma Mater* ». Au-delà de la mise en rapport des personnes, ces associations intervenaient aux diverses étapes de la procédure, notamment celle des démarches juridiques, selon le modèle le plus répandu dans les pays qui autorisent aujourd'hui les mères porteuses.

En 1989, la Cour de Cassation avait une première fois prononcé la dissolution de l'association *Alma mater*. Le 31 mai 1991, l'assemblée plénière de la Cour de cassation a affirmé, d'une façon catégorique, 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* ».

En 1994, une loi (loi du 29/07/1994) énonce les grands principes qui confirment le principe législatif d'interdiction du recours aux mères porteuses, que la loi de 2004 n'a pas remis en cause :

- le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial (article 16-1 du code civil) ;
- les conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain, à ses éléments ou à ses produits sont nulles (article 16-5 code civil) ;

- toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle (article 16-7 code civil) ;

Ces dispositions visent aussi bien à protéger les intéressés que la société, elles sont d'ordre public. Une série de sanctions civiles, mais aussi pénales, peuvent s'appliquer si les faits se déroulent au moins en partie sur le territoire français.

Par exemple, les actes permettant de faciliter ou de provoquer cette gestation pour autrui sont également réprimés : ces infractions constituent des délits passibles, suivant les cas, de six mois d'emprisonnement et de 7500 euros d'amende, ou d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende. Ces peines concernent les intermédiaires et sont doublées si les faits sont commis dans un but lucratif (article 227-12 du code pénal).

Depuis, la question des mères porteuses est régulièrement l'objet de débats en France. Plusieurs institutions se sont prononcées contre toute légalisation, en particulier :

- l'Office Parlementaire d'Evaluation des Choix Scientifiques et Technologiques (OPECST) du Parlement, en novembre 2008⁴. A cette occasion, le député Alain Claeys (PS), à propos de la gestation pour autrui, avait observé que : « *l'intérêt de l'enfant à naître et de la mère porteuse sont souvent insuffisamment pris en compte dans le débat* »,
- l'Académie nationale de médecine en mars 2009⁵, qui a recensé les principaux arguments contre les mères porteuses : « (1) l'interdiction de la commercialisation du corps humain ; (2) un éventuel asservissement de la femme ; (3) l'ébranlement de la valeur symbolique de la maternité ; (4) les risques physiques et psychiques que l'on fait courir à la femme ; (5) les risques physiques et psychiques que l'on fait courir à l'enfant ; (6) les risques pour le couple de la gestatrice et pour la fratrie ; (7) les risques pour le couple d'accueil ; (8) les risques de dérives ; (9) les aspects financiers. »,
- le Conseil d'État, dans un avis de mai 2009, mettant en cause « *une forte probabilité d'exploitation du corps de la mère porteuse* », contraire à l'intérêt de l'enfant « *assimilé à un objet de transaction* »,
- le conseil d'orientation de l'Agence de la Biomédecine, dans un « *avis sur la gestation pour autrui* » adopté dans sa séance du 18 septembre 2009, au cours de laquelle une large majorité des membres s'est exprimée contre toute modification de la loi⁶,
- le Comité consultatif national d'éthique (CCNE), dans un avis rendu le 6 mai 2010, qui estime que « *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, même de manière limitée et contrôlée* ».

⁴ OPECST, rapport sur la révision de la loi bioéthique, sous la présidence des députés Jean-Sébastien Vialatte et Alain Claeys, 19 novembre 2008

⁵ La Gestation pour autrui, rapport du groupe de travail présidé par Roger Henrion et Claudine Bergoignan-Esper, Bull. Acad. Natle Méd, 2009, Tome 193, No 3, p 583

⁶ Avis du conseil d'orientation de l'Agence de la Biomédecine, « la gestation pour autrui », séance du 18 septembre 2009, délibération n°2009-CO-38, Edition du 21/09/2009

Le projet de loi relatif à la bioéthique, présenté en Conseil des ministres le 20 octobre 2010, n'aborde pas la question de la gestation pour autrui, dont l'interdiction reste donc, pour l'instant, la règle en France.

Dans les autres pays, la situation légale et pratique de la gestation pour autrui est très contrastée. En Europe, certains pays admettent la gestation pour autrui, comme la Belgique, le Royaume-Uni, l'Ukraine, la Russie ou la Grèce. A l'inverse la Suisse, l'Autriche, l'Espagne, l'Italie et l'Allemagne interdisent les mères porteuses. Aux Etats-Unis, la situation varie selon les Etats⁷. Les mères porteuses sont également admises en Argentine, en Iran, en Israël ou au Brésil, par exemple. Au Japon, l'organisme national *Science Council* a proposé, fin 2008, une interdiction totale de la pratique.

Dans la plupart des cas, les législations autorisant les mères porteuses sont récentes et remontent, pour l'essentiel, aux années quatre-vingt-dix, d'où l'argument de ses partisans en France d'une tendance inéluctable et nécessaire dans laquelle la France devrait s'inscrire.

La mise en œuvre des mères porteuses donne partout lieu à une rémunération, « habillée » dans certains pays, comme au Royaume-Uni, sous le terme pudique de « compensation » (*compensation*). Le recours aux mères porteuses étrangères est généralement autorisé dans les pays où la pratique des mères porteuses a été légalisée. Enfin, il est à noter que la gestation pour autrui est parfois autorisée y compris dans le cercle de famille (sœurs, mères, tantes), comme en Grèce, où il ne doit pas donner lieu dans ce cas à contrat ou rémunération.

Les motivations des commanditaires ont également fait l'objet de nombreuses études. Les deux cas les plus fréquents, quel que soit le pays étudié, sont les couples stériles et les homosexuels, en couple ou célibataires.

Mais on constate aussi de plus en plus une demande « de confort », émanant de personnes en âge et en état d'assurer une grossesse, et qui voient, comme les autres commanditaires, une supériorité du recours aux mères porteuses sur l'adoption (lien biologique, obtention d'un nouveau-né, et -critère qui semble également important- simplicité des démarches), mais aussi la possibilité d'éviter les contraintes physiques de la grossesse.

Dans les agences de mères porteuses, les formules les plus coûteuses, qui peuvent dépasser 100 000 \$ aux Etats-Unis, offrent un niveau de « service » impressionnant : contrôle total sur la mère, en particulier sanitaire, tout au long de la grossesse et possibilité de « réversion » (notamment contrat garantissant l'avortement de la mère porteuse au cas où le commanditaire change d'avis). La logique commerciale est portée à son comble : à condition d'en avoir les moyens, il est possible d'éviter pratiquement toute démarche pour se voir « livrer » un bébé.

⁷ Par exemple, dans le *District of Columbia*, le recours à une mère porteuse est passible d'amende et d'un an de prison.

2.2 - LA LEGALISATION DES MERES PORTEUSES PROVOQUE UNE MULTITUDE DE CONFLITS DE DROITS AUX CONSEQUENCES SOUVENT DRAMATIQUES

L'étude de la pratique des mères porteuses aux Etats-Unis montre que celle-ci entraîne une très grande variété de problèmes juridiques qui se traduisent par des contentieux abondants et souvent dramatiques. Or, contrairement à l'argument le plus souvent mis en avant en France, pour se démarquer du « contre-exemple » américain, selon lequel en interdisant la pratique marchande des mères porteuses, on se prémunirait contre la situation américaine, il faut constater que la plupart des conflits observés ne sont pas liés directement au caractère financier de la transaction.

Un grand nombre de références bibliographiques existent qui illustrent, à travers les commentaires de la jurisprudence américaine⁸, la diversité des problèmes posés par la pratique des mères porteuses, financière ou non. Les conflits sur les « *surrogate mothers* », traduction anglaise du terme « mère porteuse », sont même un champ d'étude en soi pour les étudiants américains en droit⁹.

On peut regrouper les principaux types de conflits en trois cas de figure :

- La mère porteuse change d'avis et souhaite conserver l'enfant ou au contraire veut avorter. C'est l'un des cas les plus fréquents, qui donna ainsi lieu à l'une des premières jurisprudences américaines de référence en la matière à travers une décision de la Cour Suprême du New Jersey en 1988 (« *In Re Baby M* »¹⁰). Dans cette affaire, Mary Beth Whitehead, mère porteuse, décide de conserver l'enfant du couple Stern. La Cour Suprême du New Jersey mit en avant les différents inconvénients de la pratique, en particulier du point de vue de l'enfant et reconnu M.B. Whitehead comme la « mère naturelle » de l'enfant. Depuis, Mme Whitehead est devenue une opposante engagée à la pratique des mères porteuses,
- Les parents commanditaires changent d'avis et ne veulent plus de l'enfant. C'est également un cas fréquent, provoqué par une multiplicité de causes : l'enfant à naître est malformé, il y a plusieurs enfants à naître, les parents commanditaires se séparent, etc.,
- Les commanditaires et la mère porteuse entrent en conflit sur les conditions matérielles d'exécution du contrat.

Le cas de la mère porteuse changeant d'avis peut connaître des variantes spectaculaires, comme l'a montré « l'affaire Donna » en 2005 en Belgique : une mère porteuse prétendit au bout de sept mois de grossesse avoir perdu l'enfant. En réalité, elle avait accouché d'une petite Donna, pour laquelle elle trouva, contre rémunération, des parents adoptifs néerlandais, qui adoptèrent l'enfant à la naissance. Apprenant la vérité, le père biologique chercha à récupérer Donna mais le procès, engagé aux Pays-Bas pour tenter de récupérer la petite fille, échoua.

⁸ Voir, par exemple, les références de jurisprudence fournies dans L.B. Andrews « Beyond Doctrinal boundaries : a legal framework for surrogate motherhood », *Virginia Law Review*, 1995, 81(8), 2343-2375, p. 2373

⁹ Voir, par exemple, la bibliographie <http://academic.udayton.edu/health/05bioethics/98qurais.htm>

¹⁰ Pour lire la décision voir http://biotech.law.lsu.edu/cases/cloning/baby_m.htm

Le cas des parents changeant d'avis peut donner lieu à des imbroglios juridiques, comme l'a illustré une affaire survenue en 2008¹¹ : M. et Mme Yamada, des parents japonais, s'étaient rendus en Inde pour y trouver une mère porteuse rémunérée. Après leur divorce, la femme du couple décida de renoncer à l'enfant, pourtant mis au monde. La loi indienne interdisant l'adoption aux parents célibataires, le père se vit refuser le droit de récupérer l'enfant, lequel se trouva dans une situation juridique d'orphelin, qui plus est dans un environnement culturel où son origine japonaise ne pouvait que rendre plus difficile son intégration.

Les situations concrètes constatées aux Etats-Unis peuvent être particulièrement complexes et dramatiques. Ainsi, dans l'affaire « Jaycee » intervenue en 1998, un enfant né de mère porteuse a été déclaré « sans parents » par le juge : les parents commanditaires s'étaient procuré l'ovocyte et le sperme de donneurs anonymes pour l'insémination de la mère porteuse. Lorsque le couple divorça, la « mère » se vit refuser sa demande de pension alimentaire au « père » au motif que celui-ci récusait sa paternité : un juge de Californie lui donna raison et considéra qu'il en allait de même pour la mère.

Les deux types de problématiques précédentes sont loin de recouvrir tous les conflits juridiques auxquels la pratique des mères porteuses conduit. Par exemple :

- Il y a plusieurs enfants à naître et la convention ne portant que sur un enfant, la mère porteuse décide de garder les autres, y compris en cas de jumeaux,
- A l'inverse, les parents commanditaires, apprenant la conception de jumeaux, refusent d'accueillir plus d'un enfant et exigent éventuellement une réduction embryonnaire,
- La mère porteuse veut exercer un droit de type parental à l'égard de l'enfant qu'elle a porté (droit de visite, d'information, lien patronymique, etc.) sans pour autant en demander la garde,
- Les commanditaires ou la mère porteuse entrent en conflit sur les conditions matérielles convenues dans la convention,
- Les commanditaires souhaitent encadrer le comportement de la mère porteuse durant sa grossesse, pour des conduites jugées à risque (drogue, tabac, etc.) mais aussi pour les aspects les plus banals de la vie de la mère porteuse, qu'il s'agisse de son alimentation ou de sa sexualité. Ainsi voit-on des parents commanditaires vouloir interdire à la mère porteuse de conduire ou de voyager à un stade avancé de sa grossesse.

Le cas de parents commanditaires demandeurs d'une réduction embryonnaire a ainsi été illustré en 2001, à l'occasion des poursuites engagées devant le tribunal de San Diego par une mère porteuse, H. Beasley, à l'encontre de parents commanditaires. Ceux-ci ayant appris qu'il s'agissait d'une

¹¹ Surrogate baby in legal limbo after Indian law blocks adoption, Daily Telegraph, 5/8/2008 (<http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/asia/india/2506100/Surrogate-baby-in-legal-limbo-after-Indian-law-blocks-adoption.html>). L'enfant a finalement pu rejoindre le Japon, suite à une décision de la Cour suprême indienne (Baby Manji Yamada vs Union of India, 29/09/2008).

grossesse gémellaire, ont indiqué qu'ils ne souhaitent accueillir qu'un seul enfant et, à défaut d'une réduction embryonnaire, ont demandé à être remboursés des versements effectués auprès de la mère porteuse¹².

Une étude approfondie de la pratique des mères porteuses aux Etats-Unis publiée en 2002¹³ a ainsi recensé les clauses les plus fréquentes dans les conventions portant sur une « *surrogate mother* » : examens médicaux fréquents, tests et amniosynthèse, encadrement nutritionnel détaillé, interdiction de la consommation de certains produits qui pourraient mettre en danger le fœtus, comme les cigarettes ou l'alcool (« *Surrogacy agreements often have clauses in the contracts stipulating that the surrogate must undergo frequent medical examinations, tests, and amniocentesis, must follow detailed nutritional guidance, and limit consumption of certain products, such as cigarettes or alcohol which may endanger the fetus* »).

Certains contrats comprennent des dispositions aux termes desquelles la mère porteuse doit s'engager à avorter à la demande. (« *Some agreements even include a statement that the surrogate will agree to abort the fetus on demand if or when the commissioning couple decides to terminate the surrogate's service* »).

Les conditions financières des contrats sont souvent aménagées pour prévoir l'essentiel du paiement à "la livraison du produit". Comme le note une autre étude, « *no product, no paiement* »¹⁴.

2.3 - LE CARACTERE MARCHAND DU CONTRAT ACCROIT LES PROBLEMES

Le cas du conflit matériel entre parents commanditaires et mère porteuse est l'un des plus fréquemment noté dans la jurisprudence américaine. Il fonde ainsi l'une des autres décisions essentielles, celle de la Cour Suprême de Californie, (« *Johnson v. Calvert* », 1993) dans laquelle la mère porteuse, Anna, mécontente de ses relations avec les parents commanditaires, M. et Mme Calvert, engagea un conflit avec eux en menaçant de garder l'enfant.

Il faut noter que des cas nombreux de pressions sur les mères porteuses, allant jusqu'à la menace physique, ont été constatés. Ainsi, aux Etats-Unis, en 2002, on recensait déjà plus de 55 procédures contentieuses engagées par des mères porteuses contre des intermédiaires (*brokers*) pour abus ou intimidation¹⁵.

Quant à la gestation pour autrui autorisée dans le cadre du cercle de famille, au motif que « le don » sans aucune contrepartie pourrait y être mieux assuré, il est évident qu'elle peut donner lieu à d'autres types de pressions, affectives et familiales, tout aussi aliénantes, et sans doute beaucoup

¹² Affaire décrite notamment dans un article du Time, 19/08/2001

¹³ Commercial Surrogacy and the Redefinition of Motherhood, Bryn Williams-Jones, Centre for Applied Ethics, University of British Columbia, The Journal of Philosophy, Science & Law, (http://www6.miami.edu/ethics/jpsl/archives/papers/comsur_williamsjones.html)

¹⁴ Kimbrell, A. 1993. *The Human Body Shop: The Engineering and Marketing of Life*, New York: Harper San Francisco

¹⁵ Bryn Williams-Jones, in The Journal of Philosophy, Science & Law, op. cit.

plus efficaces, pour les femmes concernées : le chantage affectif entre soeurs, par exemple, avec la conséquence, pour celle qui refuse, d'encourir ensuite le reproche permanent d'un membre de sa propre famille. Les conflits entre commanditaires et mère porteuse auraient en outre des conséquences encore plus graves, puisqu'elles affecteraient des relations familiales.

L'hypothèse n'est pourtant pas écartée par les partisans des mères porteuses en France, la note du groupe Bioéthique de la fondation Terra Nova proposant ainsi de renvoyer à un « Comité d'experts » le soin de décider d'agréer ce type de demande.

L'argument selon lequel un système « à la française », qui « *bannirait la commercialisation* », pourrait au moins éviter les conflits matériels entre parents commanditaires et mère porteuse n'a pas de fondement : la note publiée par Terra Nova prévoit ainsi « *le dédommagement de la gestatrice, qui couvrirait les dépenses liées à l'état de grossesse non prises en charge par la Sécurité Sociale (alimentation, vêtements, déplacements, ...)* ». C'est donc reconnaître le caractère marchand du contrat et ouvrir inévitablement la voie au conflit entre les parties.

Du point de vue juridique, comme pratique, cette opposition entre acceptation du « dédommagement » et refus de la « commercialisation » est un faux semblant. Même l'interdiction de toute rémunération n'empêcherait pas des rémunérations indirectes (cadeaux, proposition professionnelle, logement, vacances, autres dons en nature) dont le contrôle par le juge serait impossible.

On entre là directement en conflit avec le principe approuvé par l'Organisation mondiale de la santé en 1991, selon lequel « *le corps humain et les parties du corps humain ne peuvent faire l'objet d'une transaction commerciale* ».

De toute façon même un contrat « à titre purement gratuit » (hypothèse écartée par les auteurs de la proposition, conscients sans doute de risquer sinon de voir se tarir les « vocations » de mère porteuse) pourrait, on l'a vu dans les exemples américains, provoquer aussi des contentieux de toute nature.

Ainsi, sous prétexte « d'avancée juridique », on aboutirait nécessairement à la création d'un état de droit générateur d'un désordre juridique, et de conflits entre personnes particulièrement complexes et traumatisants.

2.4 - UN RISQUE DE CONTAGION JURIDIQUE A D'AUTRES DOMAINES

L'analyse de la jurisprudence américaine révèle un autre danger, très réel aussi, celui de contagion juridique à d'autres domaines en cas de légalisation des mères porteuses :

- Le contrat unissant les parents commanditaires et la mère porteuse devra donc prévoir des clauses stipulant pour une femme les conditions de sa vie pendant neuf mois. Il devra nécessairement se poser, dans la continuité du fameux « droit à l'enfant » que revendiquent les partisans des mères porteuses, la question du « droit à l'enfant à naître ». A-t-on bien réfléchi à la conséquence juridique

quant au droit à l'avortement, combat durement gagné par les progressistes et qui fait l'objet de remises en causes régulières ?

- Autre question également liée, celle du statut juridique de la prostitution, dès lors que ce qui est en jeu, c'est bien la fin du principe d'ordre public d'indisponibilité du corps humain et du principe selon lequel « *le corps humain (...) ne [peut] faire l'objet d'un droit patrimonial* ¹⁶ », en vertu desquels « *les conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain, à ses éléments ou à ses produits sont nulles* ¹⁷ ». Nous y reviendrons dans la dernière partie de cette note.

2.5 - FAUT-IL VALIDER JURIDIQUEMENT LE FAIT ACCOMPLI ?

Il convient également de s'interroger sur la logique du fait accompli dans laquelle les associations qui promeuvent la légalisation des mères porteuses en France sont engagées. Le raisonnement est simple : des couples français ont eu recours à des mères porteuses à l'étranger. Ils se trouvent du coup placés dans une situation de vide juridique, et l'intérêt de l'enfant commande une « régularisation » ex-post par la justice française.

Cette méthode présente l'avantage de concentrer tout le débat public, et l'attention des médias, sur le problème humain, indiscutable, qui est ainsi créé. L'argument compassionnel joue pleinement, comme le montre la manière dont plusieurs médias français se sont fait l'écho de l'affaire Mennesson.

Cette méthode vise aussi à s'inspirer des précédents étrangers. Ainsi, au Royaume-Uni, l'introduction de la législation autorisant le recours aux mères porteuses, par une loi du 1er novembre 1994¹⁸, a été la conséquence directe d'une affaire très médiatisée concernant un couple marié cherchant à établir leur responsabilité parentale suite à la naissance de leurs jumeaux nés d'une mère porteuse.

Le raisonnement selon lequel notre droit national devrait nécessairement s'aligner sur un ordre juridique étranger ne nous paraît ni aller de soi, ni surtout être porteur de progrès démocratique. En particulier pour des progressistes, souvent prompts à dénoncer les dérives du libéralisme américain, lequel, au cas d'espèce, est l'une des sources évidentes de cette évolution juridique constatée dans plusieurs pays.

Parmi la diversité des raisonnements en faveur de la légalisation des mères porteuses, on entend aussi celui de personnes qui, tout en exprimant leur malaise, voire leur rejet des mères porteuses, considèrent qu'une validation juridique est préférable au maintien de la précarité juridique dans laquelle se trouvent les familles ayant eu recours aux mères porteuses. C'est exactement le raisonnement tenu lorsqu'il est demandé de régulariser des pratiques illégales en France mais légales dans d'autres pays, comme la polygamie, au motif de la situation effectivement douloureuses des secondes ou des troisièmes épouses.

¹⁶ Article 16-1 du code civil

¹⁷ Article 16-5 du code civil

¹⁸ Section 30 of the Human Fertilisation and Embryology Act 1990

Le droit n'a pas non plus à suivre toutes les « demandes sociales » ou toutes les évolutions de la société, ni surtout à s'adapter nécessairement au fait accompli imposé par quelques personnes, quelles que soient les difficultés dans lesquels ces couples se sont placés en pleine connaissance de cause.

Le maintien de l'interdiction pure et simple des mères porteuses est d'autant plus justifié que l'argument selon lequel définir un statut « encadré » des mères porteuses éviterait les abus actuels ne nous paraît aucunement convaincant.

2.6 - UNE RESPONSABILITE INTERNATIONALE DE LA FRANCE

Le fait de légaliser les mères porteuses en France :

- n'éviterait pas le recours aux mères porteuses « marchandes », par des commanditaires qui en voudront toujours plus, en particulier attirés par le « marketing » des sociétés commercialisant ces « services » hors de nos frontières, comme l'a montré l'exemple d'Israël. La légalisation des mères porteuses en Israël en 1996 a conduit à la mise en place du premier système encadré par l'Etat au monde, à travers une commission publique d'examen des cas, dans l'esprit du système proposé en France. La législation étant considérée comme trop restrictive, le « *fertility tourism* » s'y développe fortement, principalement en direction de l'Inde et des Etats-Unis.
- n'empêcherait pas la publicité en France, via l'internet, des filières commerciales les moins encadrées. Nous encourageons le lecteur à se rendre lui-même sur les multiples sites internet des sociétés commercialisant le recours aux mères porteuses. De manière révélatrice, ces « liens sponsorisés » apparaissent en première place sur Google dans n'importe quelle recherche liée à la question des mères porteuses. La consultation du dossier du site de presse Rue89 relatif aux mères porteuses donne ainsi à la fois un compte-rendu des positions très diverses exprimées par les lecteurs de Rue89, qui, partisans comme opposants, se retrouvent tous dans le refus de la « marchandisation » des mères porteuses... et l'affichage, en rubrique centrale, dans la rubrique « Liens sponsorisés Google », des publicités pour les sociétés commercialisant ces « services » pour des prix moyens dépassant 10 000 \$!¹⁹
- augmenterait au contraire le recours aux solutions étrangères, en légitimant moralement cette pratique en France. Tant que la pratique en reste illégale, beaucoup des personnes qui pourraient être tentées par cette solution en sont dissuadées par l'interdiction légale, et renoncent à avoir recours à la démarche, hasardeuse et coûteuse, d'une mère porteuse à l'étranger.
- renforcerait l'essor international de cette pratique, par le rôle d'exemple indiscutable que notre pays a dans le monde en matière juridique, et dans le domaine de la bioéthique.

La recherche d'une sécurité juridique pour les familles concernées n'est pas une cause dont nous rejetons la légitimité. Nous opposons simplement que le fait de céder au fait accompli aurait des

¹⁹ (<http://www.rue89.com>, « Faut-il légaliser les mères porteuses, les 10 clef du débat, par Sophie Verney-Caillat, 10/04/2009 »)

conséquences multiples et graves, comme celles qui se déduisent déjà de l'expérience judiciaire des pays reconnaissant les mères porteuses, et surtout comme celles qui sont décrites dans la suite de cette note.

L'idée selon laquelle notre pays devrait « suivre » un mouvement souhaitable et jugé progressif nous paraît relever du contresens, surtout compte-tenu de la situation particulièrement avancée de notre pays en matière de bioéthique, reconnue internationalement. L'avis du conseil d'orientation de l'Agence de la Biomédecine hostile à toute légalisation des mères porteuses se conclut d'ailleurs par cet utile rappel « [...] *notre pays, loin d'être en retard, est en avance sur la protection par la loi de la dignité des personnes* »²⁰.

La France serait au contraire fidèle à sa tradition en s'opposant, au plan international, à cette pratique, et en se mobilisant pour sa disparition.

2.7 - LE STATUT JURIDIQUE DES ENFANTS NÉS DE MÈRE PORTEUSE

Il reste que la question de la reconnaissance en droit français des enfants nés à l'étranger de la gestation pour autrui mérite d'être discutée. Le cas se pose concrètement lorsque des parents veulent faire reconnaître en France la filiation par la transcription à l'état civil des actes de naissance dressés à l'étranger.

L'article 16-7 du code civil dispose que « *toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle* ». il interdit ainsi la transcription à l'état civil d'actes étrangers reconnaissant la filiation. La reconnaissance du père, s'il a été donneur du sperme ayant permis la conception, peut s'effectuer, quoi que certains tribunaux considèrent que la filiation doit être refusée en vertu du principe selon lequel « *la fraude corrompt tout* ».

Cependant, dans la pratique, parler, comme le fait la note du groupe de travail Bioéthique de Terra Nova, de « *mise en marge de notre société* » pour les enfants nés à l'étranger de mère porteuse ne correspond pas à la réalité : l'absence de transcription de l'acte d'état civil étranger ne fait pas obstacle à ce que cet état civil étranger soit utilisé par les parents dans la vie courante, par exemple pour l'école, la santé ou dans les rapports avec des administrations. L'article 47 du code civil reconnaît en effet la valeur de preuve de l'acte d'état civil régulièrement dressé à l'étranger.

2.8 - PRIMAUTE DU GÉNÉTIQUE ET DROIT À L'ENFANT

La sacralisation du lien génétique qu'exprime la demande de mères porteuses nous paraît doublement régressive : d'une part, parce qu'elle pose de fait une hiérarchie des modes de parenté au détriment des enfants adoptés et de leurs parents, injuste et dangereuse. D'autre part, parce qu'elle relève d'une vision génétique de la filiation aux perspectives inquiétantes. Le temps n'est pas si loin où l'obsession génétique était au centre des questions d'identité et de famille.

²⁰ Avis du conseil d'orientation de l'Agence de la Biomédecine, op. cit., p. 6

Les sites internet des sociétés proposant un service de mère porteuse font d'ailleurs de la dévalorisation de l'adoption l'un de leurs grands arguments marketing. Par exemple, sur le site de la société « Babe 101 – Eugenic Surrogate » (sic)²¹, spécialisé dans les mères porteuses au Cambodge et en Thaïlande, on peut lire l'argument suivant : « *en cas d'adoption, il y a peu d'enfants en bonne santé, on ne sait rien des raisons de l'abandon par les parents, les procédures sont complexes, et on ignore la qualité des gènes* » (« *In case of adoption, there are few healthy children, neither knows the reason why abandoned by parents, application process and afterwards problem is complicated, and do not know quality of gene* »).

La « devise » de la société est d'ailleurs explicite : « *oubliée la tristesse, inutile de courir le risque de l'adoption, nous pouvons vous assurer une vie splendide avec votre bébé issu de votre sang* » (« *Wiping away the sorrow, it is needless to take the risk for adoption, we can grant you a splendid life especially when you embrace your blood relationship baby.* »).

Ainsi peut-on trouver, pour le moins, insuffisamment argumenté le passage consacré à la question par le groupe Bioéthique de Terra Nova : loin de réfuter l'accusation d'avoir une vision biologisante, les rédacteurs se contentent de dire : « *Nous réfutons le caractère péjoratif de ces accusations.*²² ».

La même note exprime nettement le « droit à l'enfant » : « *On ne peut ignorer la volonté d'un couple de transmettre, en partie ou pour totalité, son histoire familiale, ce qui se traduit de manière habituelle par l'idée d'hérédité (rappelons que le Doyen Carbonnier appelait « donneurs d'hérédité » les donneurs de sperme dans le cadre de l'insémination avec donneur).(…) Ce que nous affirmons, c'est que lorsqu'un couple est empêché pour des raisons médicales de procréer naturellement, il lui revient de choisir parmi les solutions que la loi permet à la médecine de lui proposer celle qui lui paraît préférable au regard de son histoire.* »²³

Surestimation du génétique, évidemment. Scientisme, également : la science nous promet de lever progressivement toutes les impossibilités biologiques d'aujourd'hui, ou à peu près, et la tentation est forte de demander que « tout ce qui se peut se doive ». Au contraire, le combat humaniste commande de sortir de ce scientisme qui, conjugué à la tentation permanente de faire du droit de l'individu à obtenir ce qu'il veut la fin de toute chose, dessine un avenir redoutable.

Pour en revenir à des évidences, ainsi que le souligne le pédopsychiatre Marcel Ruffo : « *Il ne faut pas que l'enfant devienne une marchandise. Ce n'est pas parce qu'on désire un enfant qu'on y a droit. Les hommes qui décident de vivre ensemble, comme certains couples stériles, ne peuvent pas faire d'enfant. Il faut qu'ils l'acceptent.* »²⁴.

Le principe doit être posé nettement : il n'y a pas de « droit absolu à l'enfant ». La démocratie n'est pas faite seulement de l'équilibre des libertés, selon la formule bien connue selon laquelle la liberté

²¹ <http://www.baby-1001.com> Le tarif standard d'une mère porteuse thaïlandaise y est de 32 000 \$, dont 7500 \$ « à la commande ».

²² Note du groupe Bioéthique de Terra Nova, p. 74

²³ Note du groupe Bioéthique de Terra Nova, p. 74

²⁴ Marcel Ruffo, interview au Figaro, 25/11/2009

des uns s'arrête où commence celle des autres. Elle est aussi déterminée par l'équilibre entre des droits, qui peuvent entrer en opposition.

Le droit d'avoir des enfants ne peut l'emporter sur d'autres droits et obligations, dont la supériorité doit être posée : droit à la dignité de la personne humaine ; obligation de la société de protéger les droits des individus, même contre eux-mêmes, surtout les plus faibles.

Comme le souligne Sylviane Agacinski, « *le but de la loi est d'abord de protéger (...) N'inversons pas l'ordre des choses en croyant que « l'individu », c'est-à-dire celui qui en a les moyens, doit pouvoir tout vouloir, après quoi l'on cherchera à atténuer les dommages collatéraux en « encadrant » des injustices. L'urgence est aujourd'hui en France, pour la loi, de conserver ou de renforcer la protection des plus vulnérables, et non pas d'imiter l'exploitation biologique effrénée qui existe ailleurs* »²⁵.

La nécessité et la légitimité d'interdire la pratique des mères porteuses, y compris en dépit de l'existence de candidates à cette pratique, est bien illustrée par le comité d'orientation de l'agence de la biomédecine : « *du principe de la 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 choisir* »²⁶.

Dans *Naissance et liberté. La procréation, quelles limites ?*, Monique Canto-Sperber et René Frydman observaient d'ailleurs que « *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* »²⁷.

2.9 - DROIT DE L'ENFANT CONTRE DROIT A L'ENFANT

La parenté n'est pas un état mais une relation, un lien juridique établi à partir de la naissance d'un enfant. Elle est une liberté qu'on ne peut empêcher, non un droit qui donnerait lieu à une créance. Il n'y a ni droit à être parent ni droit à l'enfant.

La parenté est faite de devoirs qui résultent de l'établissement de la filiation d'un enfant. Cette filiation est établie soit à partir de la filiation naturelle, accouchement et reconnaissance paternelle, soit à partir de l'adoption.

Dans le cas où la procréation doit être assistée médicalement et recourir à un don de gamètes, il est nécessaire de recourir à une tierce personne pour substituer ses ovocytes ou son sperme à l'un des deux parents.

²⁵ Sylviane Agacinski, *Corps en miette*, Flammarion, 2009, p.12

²⁶ Avis du comité d'orientation de l'Agence de la Biomédecine, p.9, op. cit.

²⁷ Monique Canto-Sperber et René Frydman, *Naissance et liberté. La procréation, quelles limites ?* Plon, 2008 p. 151-153

Les limites éthiques de la procréation assistée reposent avant tout sur le droit de l'enfant, non sur un droit à l'enfant :

- droit de l'enfant à ne pas être l'objet d'une convention ou d'un contrat,
- droit de l'enfant, qui est une personne, à n'être pas traité comme une marchandise (ce qui est le cas si sont vendus ou « indemnisés » la grossesse et l'accouchement),
- droit de l'enfant à connaître les conditions de sa naissance, c'est à dire (même si les parents ne sont pas ou ne peuvent pas être les géniteurs) à savoir de quel homme et de quelle femme il est issu.

Françoise Héritier notait avec justesse, dans une récente interview²⁸, en réponse à une question sur les mères porteuses, « *On confond trop souvent le "droit de" et le "droit à". Je sais bien que notre société ne tolère pas la frustration, mais ce droit à l'enfant n'existe pas, puisqu'en l'espèce l'enfant n'advient pas automatiquement !* »

2.10 - UNE NECESSAIRE EVOLUTION DES REGLES EN MATIERE D'ADOPTION

Le recours à la gestation pour autrui est mis en avant comme « la » réponse à la détresse vécue par certains couples dont la stérilité ne peut être surmontée par la voie de l'assistance médicale à la procréation.

Cette détresse mérite pleinement d'être prise en compte. Elle trouve une expression concrète à travers les 10 000 demandes d'adoption déposées en France chaque année, chiffre qui a presque doublé en 15 ans. Neuf fois sur dix, la demande est déposée par un couple. En cas de célibat, c'est presque toujours une femme qui dépose la demande.

8000 agréments sont délivrés par an. En 2005, 5000 enfants ont été adoptés en France, donc 4000 nés à l'étranger. La France est le deuxième pays du monde pour le nombre d'adoptions, derrière les Etats-Unis (20 000 cas par an). Les demandes d'adoption s'équilibrent entre garçons et filles. Pour sept sur dix des couples candidats, l'adoption est la seule solution, ayant dû renoncer à l'assistante médicale à la procréation, inopérante ou trop contraignante.

A contrario, on peut noter le caractère marginal des mères porteuses, qui concernerait par exemple au Royaume-Uni une centaine de cas par an. En France, ses partisans évoquent un millier d'enfants, chiffre parfaitement invérifiable, mais qui, compte-tenu que la pratique se développe depuis plus de 20 ans, en montre le caractère marginal : quelques dizaines de cas par an. Dans son avis de 2009²⁹, le conseil d'orientation de l'Agence de biomédecine retient d'ailleurs le chiffre d'une centaine de demandes par an pour la France, en se fondant sur les chiffres fournis par les associations pro-légalisation des mères porteuses.

L'adoption n'est certes pas une solution sans problème pour résoudre le désir d'enfants. Les problèmes psychologiques que pose l'absence de lien biologique sont réels, comme l'identification de l'enfant aux parents quand son origine géographique diffère de celle de ses parents. Le lien affectif

²⁸ L'Express, 25/02/2010, interview de Françoise Héritier : "Le droit à l'enfant n'existe pas"

²⁹ Avis du conseil d'orientation de l'Agence de biomédecine, 16 septembre 2009, op. cit.

parent/enfant peut se créer moins naturellement s'agissant d'enfants dont l'âge moyen d'adoption varie entre six mois et sept ans, selon les origines géographiques.

Mais nous sommes convaincus que les dangers très graves de la pratique des mères porteuses l'emportent très largement sur les limites de l'adoption.

C'est donc la procédure de l'adoption en France qu'il conviendrait d'améliorer et sur laquelle on aimerait que des parlementaires se penchent avec autant de détermination qu'ils en ont montré à s'engager sur la question quantitativement anecdotique des mères porteuses.

Les procédures doivent d'abord être simplifiées et accélérées : en moyenne, il faut neuf mois pour avoir un agrément. La validité de l'agrément étant de cinq ans, 25 000 candidats agréés étaient dans l'attente d'un enfant en 2006. Les deux tiers des candidats détenteurs d'un agrément parviennent à adopter. L'autre tiers abandonne, a un enfant biologique ou voit son délai expirer.

Les témoignages abondent sur le parcours du combattant que constitue souvent la recherche d'enfants à adopter, voire parfois l'attitude hostile aux demandeurs de certains services sociaux.

Ces dérives sont connues. Leur résolution est à notre portée, notamment par la définition de règles plus souples et le renforcement des moyens, mais surtout par l'intégration d'autres acteurs, notamment des parents ayant adoptés, dans les équipes chargées d'examiner les demandes.

Mais surtout, l'adoption internationale, principale solution pour l'adoption en France, reste une procédure souvent laborieuse, parfois même hasardeuse. Les délais procéduraux se comptent en mois, parfois en années. Là encore, le droit de l'enfant, - en l'espèce, « droit de l'enfant à avoir une famille » - doit être défendu et amélioré. L'adoption est en effet une mesure de protection de l'enfant, qui doit pouvoir bénéficier, comme le dispose la Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE) de 1989 « (...) dans un pays étranger, d'une adoption comme moyen d'assurer ses soins nécessaires, si celui-ci ne peut, dans son pays d'origine, être placé dans une famille nourricière ou adoptive ou être convenablement élevé »³⁰.

Au lieu de cette mobilisation néfaste, tant au plan intérieur qu'au plan international, pour que notre pays légalise les mères porteuses, il serait plus utile de militer pour que la France renforce son action pour améliorer l'adoption internationale, en particulier pour l'accélération des procédures. Comme le note Patricia Mowbray, présidente de l'association Racines d'enfance, « il est vital d'accorder le temps de la justice à celui de l'enfant en accélérant les procédures sans les dénaturer, après que les apparentements ont été décidés »³¹.

Enfin, comme le montre la mobilisation de certaines associations homosexuelles en faveur des mères porteuses, et surtout les cas étrangers, le fait que l'adoption reste aujourd'hui refusée aux

³⁰ Article 21 de la Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE)

³¹ Patrice Mowbray, L'adoption internationale n'est pas une prédation, l'enfant a droit à une famille, in Le Monde, 4 mai 2010, p.22

couples homosexuels est l'un des principaux motifs de la mobilisation en faveur des mères porteuses en France.

La légalisation de l'homoparentalité pourrait être la conséquence possible d'une double évolution de notre société :

- la fin progressive des discriminations imposées historiquement aux homosexuels et la mise en place d'un cadre légal favorable à la stabilité du couple homosexuel à travers le PACS, stabilité « familiale » nécessaire à l'épanouissement de l'enfant ;
- l'acceptation, depuis vingt ans, en France, de l'adoption par les célibataires. Du coup, il peut paraître incohérent de maintenir l'interdiction d'adopter pour les couples homosexuels alors que des homosexuels célibataires, ou se présentant comme tels, ont pu adopter.

Le Comité consultatif national d'éthique, sans prendre position sur la distinction « homoparentalité/monoparentalité », notait ainsi dans un avis paru en 2005 : « *Réservée d'abord aux couples mariés, [...] 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* »³².

Interrogé sur la décision d'un tribunal accordant à une femme homosexuelle le droit à l'adoption, le pédopsychiatre Marcel Ruffo observait : « *Si on légalise une union entre deux personnes du même sexe, je ne vois pas pourquoi on leur interdirait l'adoption. Mais elle devrait être réservée aux couples constitués, liés par un mariage ou un pacs par exemple. L'adoption par des célibataires est plus difficile car il y a le risque de la fusion avec l'enfant. Ce qui compte dans l'éducation de l'enfant, c'est la relation en trio. Par ailleurs, l'idée que l'enfant d'un couple homosexuel risque de le devenir lui-même est fautive. Sinon, pourquoi des enfants élevés par un père et une mère deviendraient-ils homosexuels ?* »³³.

Mais les difficultés de nature diverse susceptibles de se poser dans le cadre de l'adoption d'un enfant par un couple homosexuel ne doivent cependant pas être minimisées, ainsi que l'illustre le récent ouvrage de Jean-Pierre Winter, *Homoparenté*³⁴ : va-t-on déclarer à l'état civil un enfant né de deux pères ou de deux mères ? Quelles sont les conséquences pour l'enfant, dès lors que celui-ci peut être entièrement coupé du référent sexuel opposé à celui de ses parents, masculin ou féminin, à la différence de la situation classique de l'enfant né d'un couple homme/femme au sein duquel l'un ou l'autre des parents est homosexuel ?

La question doit en tout cas être posée et discutée parce qu'elle l'est déjà au plan jurisprudentiel. En effet, la Cour Européenne des Droits de l'Homme a condamné la France en 2008 pour violation de

³² Comité consultatif national d'éthique, avis n°90 du 24 novembre 2005, « Accès aux origines, anonymat et secret de la filiation »

³³ Interview au Figaro, 25/11/2009

³⁴ Homoparenté, Jean-Pierre Winter, Albin Michel, 2010

l'article 14 (interdiction de la discrimination) en invoquant la discrimination pour une femme homosexuelle française qui n'avait pas pu adopter d'enfant, s'étant vu refuser sa demande d'agrément.³⁵

La reconnaissance de l'homoparentalité est un débat en soi, et les membres du groupe de réflexion à l'origine de la présente note sont partagés sur la question.

3 - LE MARCHÉ DES MÈRES PORTEUSES, NOUVELLE FRONTIÈRE DE L'EXPLOITATION ?

Contrairement à ce qu'affirment les partisans des mères porteuses, la pratique observée dans tous les pays où elle est autorisée entraîne de graves dégâts, et, très souvent, un rapport d'exploitation entre commanditaires et mère porteuse³⁶.

Il est tout à fait possible que certaines femmes puissent trouver du bonheur à exécuter un acte altruiste en menant à bien une grossesse pour le compte d'une autre. Mais cette motivation est marginale. La réalité statistique de la pratique contredit les partisans des mères porteuses qui mettent en avant la logique du « don » comme motivation première de cet engagement.

Françoise Héritier, note même, plus radicalement : « *ne faisons pas passer des motivations financières pour une affaire de solidarité féminine ou humaniste ! (...) Montrez-moi des cas de GPA totalement désintéressés !*³⁷ »

L'exploitation que ces conventions entraîne s'illustre à la fois au plan national, puisque les mères porteuses sont en majorité issues des classes défavorisées, et entre pays développés et pays en développement, du fait du trafic international de plus en plus organisé auquel le marché des mères porteuses donne lieu.

3.1 - L'EXPLOITATION DES FEMMES PAUVRES PAR LES CLASSES PRIVILEGIEES

Cette exploitation sociale des personnes défavorisées a été particulièrement étudiée aux Etats-Unis où de nombreux chercheurs ont montré que ce sont –sans surprise- les femmes les plus fragiles, les plus défavorisées, qui étaient systématiquement retenues pour être mère porteuse.

Ainsi, dans une étude de 1988, l'U.S. Office of Technology Assessment a montré que la plupart des couples commanditaires appartiennent aux catégories favorisées, à niveau d'éducation élevé, avec un revenu supérieur à 50 000 \$. A l'inverse, « *la plupart des mères porteuses se situent autour du*

³⁵ C.E.D.H., «E.B. c. France », 22/01/2008

³⁶ Les témoignages en ce sens abondent, y compris sur les plus grands médias. Cf le reportage de TF1 du 16 mars 2009, le reportage diffusé sur Envoyé Spécial de France 2 en novembre 2008, ou encore le reportage de France 24 le 28 juillet 2008.

³⁷ L'Express, 25/02/2010, interview de Françoise Héritier : "Le droit à l'enfant n'existe pas"

revenu minimum. Seules 4% des mères porteuses sont diplômées et plus de 40% d'entre elles sont sans emploi et/ou dépendent des aides publiques »³⁸.

Et l'étude de la pratique des mères porteuses aux Etats-Unis précédemment citée conclut : «*quand les disparités de revenu, d'éducation et d'appartenance sociale se combinent avec le caractère restrictif des clauses contractuelles [imposées aux mères porteuses], il devient peu évident que les femmes pauvres aient d'autre choix que de louer leur principale ressource, i.e. leur capacité reproductive* »³⁹.

D'ailleurs, dans la jurisprudence la plus souvent citée par les partisans des mères porteuses (« Johnson v. Calvert »), on oublie généralement de préciser que la mère porteuse est une afro-américaine et les parents commanditaires eux, sont blancs. De nombreux travaux américains se sont ainsi penchés sur cette exploitation au sein de l'exploitation, celle des minorités visibles les moins favorisées par les autres, et concrètement, dans la plupart des cas, des afro-américains par les blancs⁴⁰.

En France, une exploration attentive des forums de discussion consacrés à la question révèle rapidement que s'il existe vraisemblablement certaines mères mues par un altruisme sincère, la majorité des femmes participant à ces forums pour se proposer comme mère porteuse ont une motivation financière.

3.2 - L'EXPLOITATION DES FEMMES PAUVRES DU SUD PAR LE NORD

Mais c'est dans leur dimension d'exploitation entre le Nord et le Sud que les dégâts auxquels aboutit la pratique des mères porteuses sont les plus évidents : le marché des mères porteuses est l'une des illustrations les plus récentes, et les plus violentes, de l'exploitation des populations fragilisées des pays en développement par les habitants des pays développés et, plus précisément, par les « habitants riches » des pays développés, compte-tenu du coût élevé de ces démarches.

Ainsi, la pratique des mères porteuses conduit à l'exploitation directe des plus pauvres du Sud par les plus riches du Nord : peu de cause pourraient sembler plus claires aux progressistes, et c'est pourtant au nom d'une vision « progressiste » que beaucoup souhaitent que la France rejoigne un mouvement international encore tout à fait résistible.

³⁸ Etude citée dans Kimbrell, A. 1993. *The Human Body Shop: The Engineering and Marketing of Life*, New York: Harper San Francisco. ("most surrogate mothers earn just above the poverty line, and less than 4 percent of surrogate mothers are reported to have received graduate school education. Over 40 percent of surrogates are unemployed, receiving financial assistance, or both")

³⁹ Bryn Williams-Jones, in *The Journal of Philosophy, Science & Law*, op. cit. ("When this disparity in income, education, and social class is combined with the restrictive nature of commercial surrogacy agreements, it becomes less clear that poor women can have a choice other than to rent their one main skill/resource, i.e., their reproductive capabilities.")

⁴⁰ Voir par exemple Anita L. Allen, *The Black Surrogate Mother : the socio-economic struggle for equality*, 8 Harv. Blackletter J.17 (1991)

Pas un mot pourtant, dans les 18 pages que la note du groupe Bioéthique de la fondation Terra Nova consacre à la gestation pour autrui, sur cet aspect du « problème ». Le chapitre intitulé « *la GPA à l'extérieur de nos frontières* » traite des pays développés qui ont autorisé la GPA, comme la Belgique, le Danemark, le Royaume-Uni, le Canada, l'Australie, Israël, les Etats-Unis ou la Grèce.

Rien sur les pays qui l'interdisent, et surtout, rien sur le marché mondial Nord/Sud, alimenté en particulier par les couples de ces pays du Nord dont la note décrit les législations.

Le cas de l'Inde est particulièrement parlant, puisque la pratique des mères porteuses s'y développe très rapidement, à la fois par une exploitation des femmes pauvres par les femmes riches de l'Inde et par des couples venus des pays développés, en particulier la Corée, le Japon et le Royaume-Uni. Le marché des mères porteuses y était déjà estimé en 2006 à près de 500 millions de dollars⁴¹ et l'étude des annonces dans la presse et des sondages dans les cliniques montrait un triplement du marché en trois ans. Les experts considèrent ces chiffres comme largement sous-estimés, compte-tenu de la multiplication de structures dédiées aux mères porteuses dans les petites villes.

Par comparaison, une étude américaine estimait, en 1989, à moins de 35 millions de dollars les dépenses effectuées aux Etats-Unis pour recourir à des mères porteuses américaines, soulignant là aussi que la majorité des actes concernaient le recours aux mères "du Sud", et notamment aux mères d'Amérique centrale s'agissant des couples américains commanditaires.

La raison est simple à trouver : une mère porteuse américaine coûte en moyenne 15 000 \$, et jusqu'à 100 000 \$ pour les meilleures « agences », celles qui garantissent notamment un contrôle étroit sur la mère porteuse pour éviter tout risque pris par le « réceptacle ». En Inde, le coût total varie entre 2 500 \$ et 6 500 \$. Bel exemple de dumping social quand la logique de marché s'étend ainsi à la vie humaine !

Les nombreux sites internet qui vantent les services de mères porteuses méritent la visite. On y retrouve une même approche marketing destinée à rassurer les clients potentiels, en leur proposant des « packages » qui laissent deviner des conditions contractuelles plus ou moins strictes pour les mères porteuses.

Le site de référence « *Information on Surrogacy* »⁴², animé par une mère porteuse américaine, montre jusqu'où l'exploitation et l'absence d'éthique peuvent aller.

Il est signalé que de nombreuses agences indiennes séparent les mères porteuses de leur famille et les placent dans des locaux spéciaux durant toute la durée de leur grossesse.⁴³

⁴¹ The Christian Science Monitor / April 3, 2006 , Anuj Choprah, (<http://www.csmonitor.com/2006/0403/p01s04-wosc.html>)

⁴² <http://www.information-on-surrogacy.com/surrogacy-in-india.html>

⁴³ « *Many surrogacy agencies in India separate their surrogate mothers from their family and place them in surrogate apartments for the duration of their surrogate pregnancy* ».

La question de l'exploitation est abordée clairement, en partant du constat que la rémunération d'une mère porteuse indienne peut représenter pour elle dix ans de revenus : « *Imaginez que les femmes aux Etats-Unis se voient offrir 500 000 \$ pour être mère porteuse, on verrait sans doute des tas de femmes essayant de le devenir sans avoir les capacités émotionnelles adaptées. On verrait sans doute un nombre incroyable de mères porteuses pour qui cela se passerait mal. Les énormes montants offerts seraient une attraction irrésistible pour celles qui en ont le plus besoin* »⁴⁴.

Le site examine successivement les différents atouts de la solution indienne : le coût, bien sûr (*"The reason that intended parents go to India is 100% because of the cost"*), mais aussi le moindre engagement émotionnel (*"Emotional Detachment"*) vis-à-vis d'une mère porteuse dont on ne comprend pas la langue, sans oublier l'occasion ainsi offerte d'un voyage exotique (*"a trip (or two or three) to India might be a nice refreshing change"*).

Mais le site rassure les parents qui pourraient éprouver un certain dilemme moral : « *au bout du compte, il n'y a rien de mal à choisir de commencer sa famille à travers une mère porteuse en Inde* » (*"At the end of the day, there is no right or wrong to whether you choose to start your family via surrogacy in India"*).

Qui dit marché lucratif dit évidemment concurrence. Certaines destinations du « tourisme des mères porteuses » se livrent ainsi une intense guerre de communication. L'un des sites les plus présents sur l'internet, celui de l'agence ukrainienne *La Vita Felice*⁴⁵ (sic), met par exemple en avant, parmi les avantages de son offre, sa capacité à garantir des mères « saines », « contrôlées » tout au long de leur grossesse et s'en prend vivement à la concurrence indienne.

L'argumentation mérite d'être citée intégralement : « *la mère porteuse indienne a ses inconvénients. La plupart des candidates appartiennent aux couches pauvres de la population, avec le risque de maladies et de problèmes de santé cachés, lesquels rendent indispensables des examens médicaux approfondis de telles femmes. Les conditions sociales en Inde sont loin d'être faciles. Comment peut-on être sûr que la femme qui porte l'enfant est nourrie correctement ? Etant données les traditions indiennes, il y a moins de risque qu'une mère porteuse fume ou boive de l'alcool. Mais de tels risques existent. En outre, une femme risque d'être forcée de travailler dur pendant sa grossesse, ce qui est assez commun chez les femmes indiennes* »⁴⁶.

⁴⁴ « *Think of it this way, if women in America were offered \$500,000 for a surrogate pregnancy, we'd probably see all kinds of women trying to become surrogate mothers who do not have the emotional capacity to do so. We'd probably see an unbelievable amount of surrogacies gone wrong as well. The sheer amount of money offered would be an irresistible lure to those who most need it.* »

⁴⁵ <http://www.surrogacy-evropa.com/index.php/surrogacyindian>

⁴⁶ « *Indian surrogate motherhood has its own disadvantages. Most potential candidates ready to act as surrogate mothers belong to poor sections of population, which gives rise to potential diseases and hidden health problems. This, in turn, brings about the need for thorough medical examination of such women. Social conditions in India are far from being simple. How can it be guaranteed that a woman who carries a child for you has proper and adequate meals? Considering Indian traditions, there are lower risks that a surrogate mother would smoke or consume alcohol. However, such risks still exist. Besides, a woman might be forced to be involved in hard work during her pregnancy, which is quite common for many Indian women.* »

Quand l'être humain est assimilé à un produit, la manière d'en parler s'en ressent forcément. Il est vrai que pour l'Ukraine la concurrence peut sembler déloyale, tant les sommes en jeu sont énormes pour des millions de foyers défavorisés en Inde : 2 500\$, quand le mari d'une mère porteuse citée dans une enquête gagne 50\$ par mois.

Le même homme témoigne⁴⁷ de ce que l'argent lui permettra d'acheter une nouvelle maison, tout en signalant que son épouse et lui ont dû quitter leur village durant la grossesse de celle-ci : «*Sinon, nous serions traités comme des parias – dans notre société, ce [être une mère porteuse] n'est pas une chose respectable* » («*Otherwise, we'll be treated like social pariahs," he says. "This isn't a respectable thing to do in our society."*).

Mais là encore, le fait de risquer de détruire la vie d'une mère porteuse d'une famille pauvre en Inde n'est pas, sans doute, une question "bioéthique".

On dira que le maintien de l'interdiction des mères porteuses en France n'empêchera pas la persistance et le développement de cette insupportable exploitation internationale.

Pas plus, certainement, que l'interdiction persistante en France de la prostitution enfantine, de la polygamie ou de la vente d'organes humains n'en empêche l'existence ailleurs. Notre dignité et notre engagement progressiste nous semblent exiger de se mobiliser pour lutter autant que possible contre ces pratiques, pas pour les encourager.

La détresse liée au désir d'enfants de ces Français qui, en se rendant à l'étranger pour s'acheter les services d'une mère porteuse, entretiennent de fait cette exploitation, ne doit ni masquer, ni minimiser, leur responsabilité.

4 - DES CONSEQUENCES PSYCHOLOGIQUES LARGEMENT SOUS-ESTIMEES

Une lecture attentive des différentes contributions récentes favorables à la légalisation des mères porteuses, qu'il s'agisse de témoignages des personnes concernées ou des études qui y sont consacrées, montre un manque évident de recul et une tendance systématique à nier les problèmes qui se posent.

Les partisans de la légalisation des mères porteuses en France avancent souvent l'idée de procéder de manière expérimentale en légalisant les mères porteuses, faute de recul, comme pour en minimiser les conséquences négatives possibles. Ainsi, à l'occasion de la publication de l'avis du Comité consultatif national d'éthique, dont la grande majorité des membres s'est prononcée contre toute légalisation, sept de ses membres ont néanmoins exprimé le vœu que «*la GPA, strictement encadrée, soit prévue à titre dérogatoire dans la loi, à l'occasion de sa future révision*»⁴⁸.

⁴⁷ The Christian Science Monitor, op. cit.

⁴⁸ Avis du Comité consultatif national d'éthique, 6 mai 2010

L'idée « d'expérimentation » dans ce domaine où il en va de la vie même des individus, est inacceptable. Comme le note l'Agence de la Biomédecine dans son avis sur la GPA, « *notre ignorance ne nous dégage pas de notre responsabilité* »⁴⁹.

Il est choquant de voir l'énergie dépensée par certains experts français à prétendre démontrer que, dans des conditions bien précises, les choses pourraient théoriquement bien se passer en France, alors que les mêmes experts pourraient commencer par se pencher sur les conséquences psychologiques conscientes et inconscientes profondes de l'avalanche de conflits plus ou moins graves constatés dans tous les pays où la pratique des mères porteuses est légalisée, et surtout dans les pays en développement où elle devient une véritable industrie.

L'une des principales objections à la légalisation des mères porteuses doit d'abord être l'intérêt de l'enfant lui-même. L'attention des médias, mais aussi des partisans des mères porteuses, se concentre presque exclusivement sur le témoignage des parents, à travers un traitement émotionnel fondé sur la balance entre deux sentiments forts : détresse des parents commanditaires ; on insiste toujours sur la « souffrance », le « désespoir » ; / bonheur de la famille réalisée.

Certains risques qui relèvent de l'évidence, comme celui que l'enfant « donné » par la mère qui l'a porté neuf mois, ressente un grave sentiment d'abandon, sont souvent niés. Pourtant, beaucoup d'études soulignent la réalité de cette souffrance. Une étude américaine a d'ailleurs mis en évidence le fait que les parents sont incapables de mesurer la réalité de la relation entre l'enfant et sa mère porteuse (« *parents are often unable to validate the true nature of their child's relationship with the EPSM or, ultimately, the trauma experienced by the child when the EPSM leaves* ») et parle à ce propos d'un sentiment de « catastrophe » ressenti par l'enfant du fait de la perte de sa mère porteuse.⁵⁰

De nombreux travaux ont mis en avant les conséquences négatives importantes pour le développement psychique et pour la construction de l'identité de l'enfant. Comme le souligne l'appel contre la légalisation des mères porteuses lancé en 2009 par 82 personnalités du monde de la science et de la culture (« *Mères porteuses : plaidoyer pour la défense des plus vulnérables* ») : « *L'enfant tant désiré est le grand oublié : qu'est-ce qu'être un fœtus porté par une femme instrumentalisée ? Nous connaissons l'importance des échanges entre la mère et le fœtus sur son développement physique, psychique et affectif.* ».

Myriam Szejer, *pédopsychiatre, présidente de l'association "La cause des bébés"*, rappelle que l'enfant à naître noue une relation avec celle qui le porte dans son ventre durant les neuf mois de grossesse et que l'enfant ressentira naturellement, après sa naissance, l'absence de cette femme comme un abandon. « *L'enfant cherchera en vain les repères sensoriels auxquels il s'était habitué et ne pourra qu'être marqué négativement par cette expérience. La blessure infantile pourra peser sur lui toute sa vie, et mettre à mal la construction de son identité, puisque c'est à la naissance et dans les premiers mois d'existence que se construisent les fondements de la confiance en soi.* ».

⁴⁹ Avis du conseil d'orientation de l'Agence de la Biomédecine, op. cit., p. 10

⁵⁰ On the vicissitudes of early primary surrogate mothering II : Loss of the surrogate mother and arrest of mourning, HARDIN Harry T. ; HARDIN Daniel H., Journal of the American Psychoanalytic Association A. 2000, vol. 48, n° 4, pp. 1229-1258 [bibl. : 2 p.1/4]

Elle souligne également l'importance des échanges physiologiques entre mère et enfant : « C'est, par exemple, la production de sérotonine maternelle qui permet la construction du cerveau du fœtus. De même, l'environnement dans lequel baigne la mère va avoir une action sur les gènes du fœtus lui-même. Ce qui signifie que l'enfant qui grandit dans le ventre de cette femme-là ne sera pas le même que s'il avait grandi dans un autre ventre. On sait tout cela et, pourtant, on voudrait fabriquer des bébés qui seront abandonnés à la naissance pour être confiés à leurs parents géniteurs ! Mais, à sa naissance, ce ne sont pas les gènes qu'un bébé reconnaît, c'est la mère qui l'a porté. Il a mémorisé son odeur, sa chaleur, le son de sa voix, ses battements cardiaques... Tous ces repères, il les retrouve quand il vient au monde et ça le rassure. Les équipes médicales le savent bien. Ce n'est pas pour rien qu'on place l'enfant sur le ventre de sa mère quand il vient au monde. »⁵¹

De plus, le fait que la relation entre parents commanditaires et mère porteuse passe forcément par une relation contractuelle, sans parler de l'échange financier, fait naître chez l'enfant l'idée qu'il est aussi un objet, le résultat d'une transaction marchande. De fait, le contrat assimile l'enfant à naître à une chose, qui doit être fournie par la mère porteuse aux parents commanditaires.

Mais le dommage psychologique ne concerne pas que l'enfant issu des mères porteuses. Il porte aussi sur la mère porteuse elle-même. Or, la tendance permanente des partisans de la gestation pour autrui à l'euphémisation, conduirait, si on n'y prenait garde, à faire oublier que pour la mère porteuse, il s'agit d'une grossesse comme un autre.

Sylviane Agacinski, dans *Corps en miettes*, a justement rappelé l'enjeu : « Une femme qui porte un enfant ne reste pas à l'écart de ce qui lui arrive lorsqu'elle est enceinte. Cet état n'est pas une activité mais un événement à la fois biologique et biographique. Il transforme la vie dans son ensemble : physiquement, psychologiquement et moralement (...). Ce processus n'a rien d'une tâche qui pourrait s'interrompre le soir et se reprendre le matin. Des bouleversements hormonaux considérables accompagnent l'apparition du placenta (...). Chacun sait que bien des changements signalent une grossesse (...) [et que] bien des risques, plus ou moins sérieux, [l'] accompagnent (...). »⁵².

Pourtant, là encore, la note du groupe Bioéthique de Terra Nova évacue rapidement la question. D'une part, par une apparente tautologie (« les travaux des psychanalystes étrangers sur le vécu de la gestatrice nous enseignent que ces femmes vivent leur grossesse de façon très différente de celle qui a été la leur lorsqu'elles ont porté leurs propres enfants »⁵³), qui sous-entend qu'il ne doit pas y avoir de problème puisque la « gestatrice » n'est au fond pas vraiment une mère enceinte.

La vérité est évidemment autre ; la mère porteuse vit totalement l'expérience de n'importe quelle femme enceinte, à ceci près que le contexte psychologique de sa grossesse est radicalement différent : l'enfant n'est pas le sien, il devra être abandonné, il résulte, dans la plupart des cas, d'un échange marchand au terme duquel la femme s'est « vendue ».

⁵¹ Famili, interview de Myriam Szejer, <http://www.famili.fr/elle-est-contre-myriam-szejer-pedopsychiatre-et-psychanalyste>

⁵² Sylviane Agacinski, *Corps en miette*, op.cit. p.85

⁵³ Note du groupe Bioéthique de Terra Nova, op. cit.

La note du groupe Bioéthique met en avant le sentiment positif ressenti par des mères porteuses (« Ces femmes expliquent être sensibles à la détresse des couples infertiles et font part de leur volonté de les aider [...] », « Elles font part du sentiment d'accomplissement, de valorisation d'elle-même, voire de forte gratification que leur procure l'acte de gestation [quelle pudeur à éviter le terme plus humain de « grossesse »] sentiment bien supérieur à la motivation financière ».⁵⁴

Pourtant, les –rares- travaux existants qui portent sur la situation psychologique des mères porteuses apportent une vision différente de la question. Ainsi, dans une enquête statistique effectuée auprès de mères porteuses américaines, plus du quart d'entre elles (26%) déclare regretter leur acte⁵⁵.

Qui peut prétendre qu'on se débarrasse facilement de l'attachement éventuel au bébé que l'on porte ? Que répondre aux demandes de droit de visite des mères biologiques ?

La souffrance va s'étendre souvent à l'environnement familial : quelle image projetée au sein d'un couple, dans la durée, l'idée que la maternité de la mère, donc son corps, peut être partiellement « externalisée », voire commercialisée ? Quelles sont les conséquences psychologiques des contraintes souvent imposées aux mères porteuses, comme on l'a vu pour les femmes indiennes recluses durant leur grossesse ?

Que va dire la mère porteuse à ses propres enfants déjà nés : que le corps de maman « héberge » un étranger à la famille, destiné à être abandonné à d'autres parents ? Rappelons que les partisans français de la légalisation des mères porteuses posent comme impératif que celle-ci ait déjà des enfants.

L'anthropologue Maurice Godelier⁵⁶ rapporte ainsi des cas où ces enfants s'interrogent : ne pourraient-ils eux-mêmes être un jour vendus par leur mère ? Quelle que soit la manière dont on prétend masquer les choses, l'enfant porté pour autrui est forcément perçu comme faisant l'objet d'une transaction.

Le discours pédiatrique et psychanalytique sur le lien in-utero qui se noue entre mère et enfant a été porté sans doute à l'excès. Ce lien n'en est pas moins évident et la science a abondamment illustré les liens multiples entre la mère et l'enfant qu'elle porte. Quelles conséquences pour l'enfant d'être porté sans être désiré ?

On objectera qu'il existe d'autres situations où ce lien est affecté négativement pendant ou après l'accouchement : ce peut-être le cas pour les enfants non désirés, ou pour les enfants abandonnés. Mais dans ces situations, la conception de l'enfant est un fait inévitable. Le problème de la gestation pour autrui est qu'elle crée une catégorie nouvelle de relation mère-enfant destinée à se rompre qui est, elle, tout à fait évitable. Comme le note l'Agence de la biomédecine, « la particularité de la GPA est de programmer la séparation [...], séparation pourtant évitable »⁵⁷.

⁵⁴ Note du groupe Bioéthique de Terra Nova, op. cit.

⁵⁵ "Navigating Rough Waters: An Overview of Psychological Aspects of Surrogacy", Janice C. Ciccarelli; Linda J. Beckman, Journal of Social Issues, Vol. 61, N. 1, March 2005, pp. 21-43(23)

⁵⁶ In Maurice Godelier, Métamorphoses de la parenté, Fayard, 2004, p.574

⁵⁷ Avis du conseil d'orientation de l'Agence de la Biomédecine, op. cit., p. 10

C'est bien d'une loi aberrante qu'il s'agit, parce que « *la maternité pour autrui, lorsqu'elle est légale, consiste en effet à instituer un abandon : la mère doit remettre son enfant à d'autres à la naissance. C'est alors comme si la loi récusait elle-même l'obligation la plus naturelle qui soit : celle d'assumer la responsabilité d'une vie dont on est l'auteur. Car le fait de porter un enfant et de le mettre au monde crée un devoir élémentaire à son égard. La relation à la progéniture crée un type de responsabilité, simple, non contractuel et non réciproque (...)* »⁵⁸.

La multitude de conflits cités dans la partie de la présente note consacrée à la jurisprudence provoquée par la pratique des mères porteuses implique autant de cas de figures de souffrance psychologique plus ou moins grave, tant pour les commanditaires que pour la mère porteuse ou pour les enfants.

L'anomalie que constitue la relation parentale qui s'établit ainsi explique qu'une abondante littérature scientifique s'est développée, dans les pays ayant légalisé les mères porteuses, pour proposer des « traitements », ou des « protocoles », de nature à diminuer les risques de déséquilibre affectif et de traumatisme.

Il faut ainsi ne pas s'arrêter à la terminologie « clinique » des termes employés par les partisans des mères porteuses, moyen d'évacuer l'expérience humaine, concrète, qui se cache derrière les termes employés, signe aussi, sans doute, d'un malaise certain, tant ceux qui plaident pour autoriser cette pratique en France ont conscience de s'attaquer à des valeurs humaines fondamentales.

La GPA constituerait « *une technique particulière* » prétendent les partisans de sa légalisation en France ! Comment peut-on parler, à propos de la mobilisation du corps et de la vie d'une personne vivante, neuf mois durant, de « technique » ? Les termes empreints d'humanité sont toujours réservés aux commanditaires, baptisés « *parents d'intentions* ».

La mère porteuse, elle, n'est jamais décrite qu'en termes cliniques : elle est la « *gestatrice* ». La vie d'une femme pendant neuf mois de grossesse est ainsi réduite à « *un procédé thérapeutique* ». Il faut dénoncer cette « ruse rhétorique » (Sylviane Agacinski), qui « *contribue à secondariser la femme portant un enfant, pour en faire un « sac », une sorte de logement temporaire, simple entrepôt où stocker l'enfant conçu par d'autres qui en attendront la livraison* »⁵⁹.

Plus fondamentalement, c'est l'assimilation même de la gestation pour autrui à une « technique » d'assistance médicale à la procréation (AMP), comme la fécondation in vitro (FIV), le don d'ovocyte, de sperme ou de gamètes, qu'il faut récuser. Comme le rappelle Sylviane Agacinski, « *contrairement aux cellules, l'utérus est inséparable du corps de la femme* »⁶⁰.

Le conseil d'orientation de l'Agence de la biomédecine avait aussi relevé que « *la GPA ne fait appel à aucune innovation médicale ou technique entrant dans le cadre de l'assistante médicale à la procréation (AMP)* ». ⁶¹

⁵⁸ Sylviane Agacinski, Corps en miette, op.cit. p.88

⁵⁹ Sylviane Agacinski, Corps en miette, op.cit. p.92

⁶⁰ Sylviane Agacinski, in Le Débat n°159, mars-avril 2010, « *Le corps fabriqué* »

⁶¹ Avis conseil d'orientation de l'Agence de la biomédecine, op. cit., p. 1

5 - LES MERES PORTEUSES, UNE CAUSE REGRESSIVE ET UN MAUVAIS COMBAT POUR LA GAUCHE

5.1 - UNE ALIENATION NOUVELLE

La pratique des mères porteuses renvoie fondamentalement à la notion d'aliénation, au sens de la transformation des capacités intrinsèques à un individu particulier en « objets ». Ici, l'objet est la fonction reproductive. La mère porteuse met son utérus à la disposition d'autrui. Elle ne vit plus pour elle-même mais pour un commanditaire, le temps de faire un bébé.

Il ne devrait pas être besoin de convoquer Marx pour rappeler les progressistes favorables aux mères porteuses à la raison : pourtant, lorsque Marx dénonçait dans le rapport social capitaliste qui produit « *une forme mutilée de l'existence* », une aliénation de l'homme, « *marchandise humaine*⁶² », il parlait déjà de dégénérescence de l'être humain, de perte d'humanité. Etendre la logique marchande à la fonction reproductive c'est franchir une étape supplémentaire dans le sens de l'aliénation de l'être humain.

C'est aussi la logique dénoncée par le professeur René Frydman, spécialiste de la stérilité, et la psychanalyste Caroline Eliacheff dans une tribune publiée en 2008 : « *N'est-ce pas la forme majeure d'aliénation du corps de la femme ? La principale motivation est et restera une motivation économique liée ou non à une réparation psychique, consciente ou non, qu'il paraît douteux d'encourager* ». ⁶³

Dans une étude de référence, consacrée à la pratique des mères porteuses en Israël, et publiée dans la *Theoretical Medicine and Bioethics Review* en 2000⁶⁴, la chercheuse israélienne Rosalie Ber, constatant une grande similitude entre commerce des mères porteuses et marketing des organes, analyse, à partir des cas concrets qu'elle a rencontrés, la question de la liberté de choix. Elle aboutit à la conclusion que malgré la revendication de la liberté de choix, les mères porteuses sont une forme de prostitution et d'esclavage, « d'exploitation du pauvre et du nécessiteux [distinction intéressant en ce qu'elle recouvre bien les deux catégories classiques de femmes conduites à devenir mère porteuse] par ceux qui sont mieux lotis » (« gestational surrogacy is a form of prostitution and slavery, exploitation of the poor and needy by those who are better off. »).

Cette référence à l'aliénation est essentielle pour expliquer les raisons de combattre la pratique des mères porteuses, parce que la préservation de la liberté, de la dignité et du statut des personnes est un enjeu plus important encore que celui des dommages psychologiques causés par cette pratique. On n'a pas aboli l'esclavage en raison de ses effets pathogènes, mais par respect de la liberté et de la dignité des êtres humains.

⁶² In *Economie et Philosophie*

⁶³ « Mères porteuses, à quel prix ? », *Le Monde*, 1er juillet 2008.

⁶⁴ Rosalie Ber (Technion, Israel Institute of Technology), *Ethical Issues in Gestational Surrogacy*, *Theoretical Medicine and Bioethics Review*, Springer, Pays-Bas, vol. 21, n°2, avril 2000

5.2 - LES MERES PORTEUSES, CAUSE A LA FOIS REACTIONNAIRE ET ULTRA-LIBERALE

Le combat pour la légalisation des mères porteuses a ceci de particulier qu'il est porteur à la fois de valeurs réactionnaires et ultra-libérales, lesquelles prennent parfois l'apparence du progressisme le plus audacieux.

Réactionnaire, parce qu'il donne une nouvelle actualité à la vision millénaire de la femme comme un « vase sacré », portant la semence de l'autre, seule capable d'assurer la descendance du groupe et devant, à ce titre, être subordonnée à l'ordre masculin et contrôlée par lui.

Les sociétés américaines qui commercialisent les services de mères porteuses, pour attirer leurs recrues, soulignent ainsi l'avantage de cette solution qui permet de combiner revenu complémentaire et maintien de la femme au foyer.

L'Agence de la Biomédecine relève, parmi les arguments contre la légalisation des mères porteuses, qu'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 »⁶⁵.

L'idée d'une pratique légitime car très ancienne est souvent exprimée, à travers, par exemple, la référence à Hagar, servante d'Abraham et de Sarah, enfantant Ismaël, fils d'Abraham. Ainsi, en débutant son exposé des motifs par ces mots : « la maternité pour autrui constitue probablement une pratique séculaire »⁶⁶, la proposition de loi tendant à légaliser les mères porteuses récemment déposée au Sénat offre comme un écho à la présentation du « Hagar Center »⁶⁷, société commercialisant les mères porteuses, et dont le site internet vante la dimension quasi-biblique : « les mères porteuses ne sont pas nouvelles : elles remontent à l'Ancien Testament et à Hagar, qui porta un enfant –Ismaël– pour Abraham et Sarah »⁶⁸. On peut d'ailleurs rappeler que Hagar fut chassée par Abraham et Sarah après la naissance d'Isaac, mais en ayant au moins la possibilité d'emmener son enfant avec elle !

On entend, à l'inverse, l'argument que l'hostilité aux mères porteuses exprimerait une position réactionnaire au motif que l'Eglise Catholique serait hostile à cette pratique. Pourtant, c'est plutôt le discours des partisans des mères porteuses, marqué par la sacralisation du biologique et la vision irénique d'une mère porteuse forcément heureuse puisqu'elle participe à la création de la vie qui présente une dimension à ce titre nettement réactionnaire.

Le combat pour les mères porteuses répond aussi à une logique ultra-libérale puisqu'il se fonde sur l'idée que toute suppression d'un interdit est par nature un progrès. Ainsi, dans sa contribution aux

⁶⁵ Avis du conseil d'orientation de l'Agence de la Biomédecine, op. cit., p. 11

⁶⁶ Voir l'exposé des motifs de la proposition de loi n°234 du Sénat du 27/1/2010 « tendant à encadrer et à légaliser la gestation pour autrui »

⁶⁷ <http://www.hagarcenter.org/surrogacy.shtml>

⁶⁸ « Surrogacy is not new: It goes back to the Old Testament and Hagar, who carried a child—Ismael—for Abraham and Sarah. »

états généraux en vue de la révision de la loi de bioéthique, en 2009, l'association MAIA, l'une des plus engagées en France pour la légalisation des mères porteuses, déclarait : « *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* ».

Comme le note Sylviane Agacinski, dans un article paru dans la revue *Le Débat*⁶⁹ : « *l'idée circule que, après tout, chacun doit bien être libre de fabriquer les enfants qu'il veut et que l'usage du corps d'autrui n'a pas d'autres limites que son consentement. Du moment que chacun trouve un intérêt à acheter ou à vendre, il doit être libre de le faire, selon une logique libérale qui récuse la reconnaissance commune de valeurs et de normes. [...] un sous-prolétariat mondial répond aujourd'hui à la demande et nourrit le marché. La question se pose ainsi : faut-il livrer partout les chômeurs aux lois du marché du corps, ou bien faut-il que la loi joue son rôle protecteur et civilisateur ? le même choix se pose, entre une politique libérale et une politique sociale, à propos du marché du sexe* ».

L'aliénation suprême est celle de son propre corps : c'est ce à quoi tend la pratique des mères porteuses.

Il est étrange de voir des gens de gauche, si critiques à l'égard de l'emprise du marché dans tous les domaines (santé, culture, etc) se montrer aussi indifférents au marché du corps. Alors que le marché procréatif s'étend partout là où la loi le permet, que les femmes sont incitées à vendre leurs ovocytes ou à louer leur ventre à des prix variables en fonction directe de leur niveau de vie, on ne peut faire semblant de se préoccuper uniquement de la beauté des dons gratuits.

Aussi est-on stupéfait des arguments employés par les partisans de gauche d'une légalisation des mères porteuses. La sénatrice PS Michèle André déclare ainsi, dans une interview récente⁷⁰, « *Il y a 30 ans, on se battait pour l'IVG. Aujourd'hui, il faut qu'on traite la question des mères porteuses ouvertement pour sortir du tabou.* ». La cause est bien comparable, par la gravité de ses conséquences pour les droits des femmes, au combat pour le droit à l'interruption volontaire de grossesse il y a 30 ans. Mais c'est de la lutte pour protéger les femmes des conséquences de toute nature qu'une légalisation des mères porteuses entraînerait pour elles qu'il s'agit !

Cet aveuglement, voire cette confusion des valeurs, exprimés par des personnalités de gauche, a de quoi inquiéter. Notre démocratie a été refondée, après 1946, autour de valeurs opposées à celles qui avaient prévalu dans l'Europe totalitaire, celles des régimes qui « *ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine* »⁷¹.

Or, face au dépassement permanent par la science des limites du savoir et des possibilités d'agir sur le vivant, Il faut avoir à l'esprit la mise en garde énoncée par Sylviane Agacinski à propos de la tentation de légalisation des mères porteuses : « *les formes de la servitude sont multiples, comme*

⁶⁹ Sylviane Agacinski, in *Le Débat* n°159, mars-avril 2010, « *Le corps fabriqué* », p. 134

⁷⁰ interview de Michèle André, *Elle*, 4 février 2010

⁷¹ Préambule de la Constitution de 1946

celles de l'aliénation ou de la dégradation de la vie, et les mentalités sont toujours en retard lorsqu'il s'agit de reconnaître l'inhumain »⁷².

Comment ne pas voir aussi, dans la relative indifférence de beaucoup à la question des mères porteuses, l'expression d'un certain égoïsme social face à une pratique que ceux qui s'en font les promoteurs n'imaginent pas un instant pour leur mère, leur épouse ou leur fille ?

Il faut dé-techniciser ce débat, revenir à des évidences : comme l'observait Yvette Roudy, interrogée en tant que membre du Comité d'Ethique en 2007, « *avec les mères porteuses on a réduit l'être humain à une marchandise* ».

A la lecture de la note du groupe Bioéthique de Terra Nova, et de l'engagement d'un certain nombre de personnalités de gauche, y compris issues du féminisme, pour la légalisation des mères porteuses, on en vient à se poser une question politique fondamentale : la gauche « progressiste » s'intéresse-t-elle encore aux progrès sociaux et aux progrès éthiques ? A-t-elle une juste idée des formes modernes de l'aliénation ou de l'exploitation ? S'intéresse-t-elle à l'emprise du marché sur le corps des femmes ?

Pour les rédacteurs de la présente note, engagés dans le camp progressiste, la réponse est claire : le combat pour la légalisation des mères porteuses n'est pas progressiste. En témoigne l'engagement déterminé contre la légalisation des mères porteuses de nombreuses personnalités dans l'appel signés en 2009 : scientifiques comme Françoise Barré Sinoussi et Luc Montagnier, tous deux prix Nobel de Médecine 2008 ou Axel Kahn, président de l'Université Paris-Descartes, philosophe, comme Sylviane Agacinski, psychanalyste, comme Catherine Bergeret-Amselek ou Caroline Eliacheff, médecins comme les professeurs René Frydman obstétricien, Olivier Lyon-Caen, neurologue, Marcel Rufo, pédopsychiatre, Aldo Naouri, pédiatre ou Boris Cyrulnik, psychiatre, journalistes, comme Laure Adler, avocates comme Gisèle Halimi, actrices, comme Carole Bouquet, écrivains comme Catherine Clément ou Nancy Huston, cinéastes comme Marin Karmitz, etc.

La confusion intellectuelle qui entoure ce débat illustre une dérive intellectuelle plus large à gauche, celle qu'exprime un égoïsme de privilégiés face à une aliénation pourtant évidente, qui pare du beau terme de « progressiste » une cause profondément réactionnaire.

Il faut en effet un aveuglement inquiétant pour ne pas voir combien l'aliénation et l'exploitation, non seulement ne régressent pas, mais au contraire progressent sur différents fronts dans nos sociétés. Envisager sereinement de légitimer par la loi la réification de la femme, réduite à des « fonctions », « fonction procréatrice », « fonction gestatrice » ... « fonction sexuelle » aussi, est absolument contraire à l'idée de progrès.

La réification et la marchandisation légalisées du corps féminin ouvriraient des perspectives redoutables, au moment où apparaissent d'autres menaces, avec la pression exercée dans les médias, et bientôt au Parlement, pour un développement de la prostitution, qui serait la conséquence

⁷² Sylviane Agacinski, *Corps en miette*, op. cit. p.12

d'une réouverture des maisons closes, réclamée déjà par des parlementaires comme la députée UMP Chantal Brunel.

5.3 - LEGALISATION DES MERES PORTEUSES ET PROSTITUTION, UN LIEN EVIDENT

Le lien entre mères porteuses et prostitution est très directement posé. La question est d'actualité et l'analogie entre marché du sexe et marché de l'utérus est faite aussi bien par les partisans que par les adversaires de la prostitution.

Sur ce lien, essentiel pour la cause des femmes, il faut renvoyer à nouveau à l'essai référence de Sylviane Agacinski. Dans *Corps en miettes*⁷³, la philosophe établit un parallèle entre GPA et prostitution, avec en commun les notions souvent instrumentalisées de consentement et de don de soi. Légaliser les mères porteuses risquerait de renvoyer nos sociétés à des formes d'esclavage dont les dénominateurs communs sont l'argent et l'exploitation infinie de l'autre.

Il y a, en premier lieu, une similitude logique. Comme le note Sylviane Agacinski à propos des mères porteuses, « *c'est le même schéma que celui de la prostitution, sauf que la transaction ne porte pas sur un usage érotique du corps mais sur un usage procréatif, et surtout que l'objet même de l'échange, au-delà de l'utilisation temporaire d'un organe, est un « produit » particulier, en l'occurrence un bébé*⁷⁴ ».

Dans les deux cas, on assiste à la mobilisation de forces aux motivations contradictoires mais déterminées, et à une forme de manipulation médiatique. Même manipulation intellectuelle, aussi, par croisement des valeurs : la défense du statut des prostitué(e)s serait un combat de gauche, on parle de « travailleurs/euses du sexe » dont les droits devraient être défendus. La députée UMP Chantal Brunel prend ainsi, dans son ouvrage *Pour en finir avec les violences faites aux femmes*⁷⁵, des accents féministes, pour proposer la réouverture des maisons closes.

Mais surtout, les principes posés aujourd'hui dans le droit français qui font obstacle à la pratique des mères porteuses sont aussi un obstacle fondamental à la banalisation de la prostitution. Légaliser les mères porteuses faciliterait l'émergence d'un cadre légal que ne manquerait pas d'utiliser les promoteurs de la prostitution.

L'article XVIII de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 24 juin 1793 avait, pour abolir le principe de la servitude, posé le principe selon lequel « *tout homme peut engager ses services, son temps ; mais il ne peut se vendre, ni être vendu ; sa personne n'est pas une propriété aliénable* ». C'est ce principe que l'on retrouve aujourd'hui dans la double règle d'ordre public de *l'indisponibilité du corps humain* et de *l'indisponibilité de l'état des personnes*.

Or, en matière de prostitution, de puissants intérêts financiers sont à l'œuvre à l'échelle internationale, qui visent à obtenir partout sa reconnaissance et sa banalisation. Il serait évidemment

⁷³ *Corps en miettes*, Sylviane Agacinski, Flammarion – Quai Voltaire, 2009

⁷⁴ Sylviane Agacinski, in *Le Débat* n°159, mars-avril 2010, « *Le corps fabriqué* », p. 130

⁷⁵ Edition Le Cherche Midi

insultant de prêter à ceux qui se mobilisent pour la légalisation des mères porteuses une intention de lier les deux questions. Mais à l'inverse, il est irresponsable de ne pas voir ce qui les relie.

5.4 - LES DANGERS FUTURS

Pour terminer nos travaux sur les mères porteuses, nous avons voulu nous interroger sur le futur de cette pratique mais aussi des conditions possibles de son éradication. En effet, les avancées rapides de la science en matière de biotechnologies exigent de se poser déjà la question de la « suite » et permettent d'entrevoir le pire, mais aussi d'imaginer un futur proche où les techniques de greffe d'utérus, voire à plus long terme, d'ectogénèse (les technologies extra-corporelles de gestation) ouvriront de nouvelles perspectives.

Imaginer « le pire », compte-tenu de ce que provoque déjà le recours aux mères porteuses, c'est imaginer simplement ce qui est aujourd'hui, scientifiquement, presque possible : l'utilisation de l'utérus d'une femme vivante sans plus avoir à se soucier de sa vie elle-même. C'est la question posée par Rosalie Ber, du Technion Institute of Technology d'Israël dans son article précité publié dans la revue *Theoretical Medicine and Bioethics Review*⁷⁶.

R. Ber part d'une étude concrète de la pratique des mères porteuses en Israël et d'une analyse détaillée des avancées scientifiques, pour illustrer le type de question susceptible de se poser dans les années à venir : sera-t-il socialement acceptable et permis d'utiliser les femmes en état végétatif permanent, qui en auraient donné l'autorisation préalable, comme mère porteuse ? (« In the interim period between today's limited technology and tomorrow's extra-corporeal gestation technology (ectogenesis), should utilizing females in PVS (persistent vegetative state) for gestational surrogacy be socially acceptable/permisible – provided they have left permission in writing ? »).

René Frydman signalait aussi cette possibilité, dans *Naissance et liberté* : « A force de considérer la gestation comme un transport (...). On pourrait aussi utiliser l'utérus des femmes en état végétatif prolongé »⁷⁷.

L'un des plus grands auteurs de science-fiction, Frank Herbert, dans son oeuvre majeure, *Dune*, pourtant écrite il y a plus de 40 ans, avait déjà entrevu cette possibilité, en imaginant un futur lointain où un peuple, les Tleilaxu, bâtit sa puissance commerciale sur la fabrication de clones, les Gholas : l'un des personnages découvre un jour que ce que tout le monde pensait être le produit d'une technologie de pointe cachait une autre réalité : l'utilisation de femmes réduites en esclavage puis trépanées et maintenues artificiellement en vie dans un état végétatif pour servir de « mères porteuses ».

Mais d'autres évolutions scientifiques peuvent ouvrir des perspectives, elles, positives, en particulier pour les femmes dont l'infertilité tient à l'absence d'utérus (environ 1%).

⁷⁶ Rosalie Ber (Technion, Israel Institute of Technology), *Ethical Issues in Gestational Surrogacy*, *Theoretical Medicine and Bioethics Review*, Springer, Pays-Bas, vol. 21, n°2, avril 2000

⁷⁷ Monique Canto-Sperber, René Frydman, op. cit. p.176

La première greffe d'utérus a ainsi été effectuée en avril 2000 par le King Fahd Hospital and research center de Jeddah, en Arabie Saoudite. La patiente était une femme de 26 ans qui avait subi une hystérectomie, après des complications graves succédant à un accouchement. La donneuse était une femme de 46 ans dont l'ablation de l'utérus était rendue nécessaire suite à des kystes ovariens. La réussite de la greffe ne fut que temporaire, l'utérus greffé ayant dû être retiré au bout de trois mois.

Plus récemment, en 2007, le Dr Giuseppe Del Priore, obstétricien et gynécologue au New York Downtown Hospital, a illustré la faisabilité d'une greffe d'utérus à travers l'expérimentation d'une nouvelle technique chirurgicale avec des patientes souffrant du cancer du col de l'utérus.

Les spécialistes considèrent ces premières étapes comme encourageantes, et certains envisagent des transplantations temporaires, permettant à des mères de mettre ainsi « naturellement » au monde leurs enfants, l'utérus greffé pouvant être par la suite retiré.

Au-delà de cette piste scientifique dont l'exploration progresse, il apparaît qu'à moyen terme, l'invention d'un utérus artificiel, qui relève aujourd'hui de la science-fiction, n'est qu'une question de temps⁷⁸.

Pour les auteurs de la présente note, une telle avancée scientifique poserait évidemment de nombreuses questions, en particulier en matière de lien entre parents et enfants, mais c'est une perspective qui mérite débat.

6 - CONCLUSION

Au terme de nos travaux, fondés sur une étude concrète de la réalité des mères porteuses dans le monde, nous arrivons à cette conclusion simple qu'il n'y a pas d'entre-deux possible. L'idée d'un encadrement de la pratique par sa légalisation est une chimère.

Nous avons montré que la pratique, qui existe dans de nombreux pays, depuis de nombreuses années, conduit partout aux mêmes conséquences. Loin de régler les cas difficiles, la légalisation des mères porteuses provoquerait un recul de l'état de droit en France et provoquerait des conflits douloureux entre commanditaires et mères porteuses, conflits dont les premières victimes seraient les enfants.

La détresse des parents qui souhaitent, mais ne peuvent, avoir des enfants doit être entendue. La réponse passe par un discours responsable qui rappelle qu'il n'existe pas de « droit à l'enfant », mais aussi par une amélioration des conditions de l'adoption, notamment internationale, pour laquelle la France peut agir.

Le désir des personnes homosexuelles qui souhaitent accéder, elles-aussi, en toute transparence, à la parentalité, doit être pris en compte, même si la parenté homosexuelle est un débat que la

⁷⁸ Voir notamment « L'Utérus artificiel », Henri Atlan, Le Seuil, mars 2005

présente note ne tranche pas. En outre, la réalisation de ce désir par l'adoption rencontrerait des limites, en particulier du fait de l'interdiction à l'adoption par les célibataires dans de nombreux pays.

Quant aux personnes qui font appel, aujourd'hui, aux solutions existant hors de France pour recourir à des mères porteuses, elles se placent en dehors de la loi et elles se font les complices de pratiques qui appellent la réprobation, non la reconnaissance.

La légalisation en France des mères porteuses n'arrêterait en rien les dégâts constatés à l'étranger. Elle nourrirait au contraire ce commerce du corps féminin qu'il faut combattre avec résolution, en particulier dans ses conséquences scandaleuses pour les femmes les plus défavorisées, celles des pays en voie de développement contraintes à cette nouvelle forme d'exploitation.

Demain, d'autres combats vont devoir être menés pour la cause des femmes et la défense des acquis progressistes. La disparition du servage et l'abolition de la domesticité au XVIIIème siècle, l'abolition définitive de l'esclavage au XIXème siècle, la fin de l'infériorité juridique de la femme au XXème siècle sont autant d'étapes essentielles dans la marche vers le progrès de la société française. L'inaliénabilité de la personne humaine doit être consacrée au XXIème siècle.

Espérons que notre pays saura rester ferme dans son refus de la régression catastrophique que constituerait la légalisation des mères porteuses, mais aussi que nous trouverons le chemin d'un combat réellement progressiste, celui qui verrait la France s'engager dans une action internationale pour l'abolition de cette pratique rétrograde.