



HAL
open science

Le débat français : une toile d'arguments moraux pour un acte controversé

Marie Gaille

► **To cite this version:**

Marie Gaille. Le débat français : une toile d'arguments moraux pour un acte controversé. Les Cahiers de la justice, 2016, 2, pp. 289-302. halshs-01453054

HAL Id: halshs-01453054

<https://shs.hal.science/halshs-01453054>

Submitted on 2 Feb 2017

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Le débat français : une toile d'arguments moraux pour un acte controversé

Marie Gaille

Article paru dans les *Cahiers de la justice*,
2016/12, p. 289-302

Version avant épreuve

Le débat français sur la gestation pour autrui : une toile d'arguments moraux pour un acte controversé

Marie GAILLE

Marie Gaillé, directrice de recherche en philosophie au CNRS, rattachée à SPHERE (UMR 7219, CNRS-Université Paris Diderot, USPC)

Résumé : Cette contribution propose une analyse critique de la discussion morale développée en France autour de la GPA durant les quarante dernières années. Elle s'appuie sur les avis éthiques émis par divers comités, ainsi que sur les essais philosophiques ou politiques qui s'y rapportent. Par-delà l'évocation des arguments mobilisés, dont certains renvoient à des principes énoncés comme indiscutables et prévalents (non instrumentalisation de la personne, solidarité procréative, liberté individuelle), elle suggère de revisiter les enjeux qui sont sous-jacents pour mieux en apprécier la portée et les limites.

En France, depuis bientôt une quarantaine d'années¹, la gestation pour autrui est un sujet qui suscite l'expression de désaccords apparemment insurmontables dans différents espaces de discours². Comme pour certaines questions dites de « bioéthique », cette dissonance a pour caractéristique d'être énoncée à travers des arguments qui traversent les frontières entre les disciplines (notamment médecine, droit, philosophie, sociologie, anthropologie, psychologie), mais aussi entre l'espace académique et scientifique et le débat public, politique, législatif.

La discussion menée sur la gestation pour autrui y a aussi pour particularité de se concentrer sur une pratique qui implique des individus - un couple désireux d'avoir un enfant et une femme qui accepte de porter un enfant qui deviendra leur enfant - et non des individus et un Etat soucieux du niveau démographique de sa population, voire de la qualité de ses gènes. Lorsque André Gorz imagine, en 1988, l'institution d'un « salaire maternel » par un Etat désireux de « se faire fournir des enfants », il souligne la dimension utopique de cette perspective - utopie négative dont l'histoire donne cependant quelques exemples de réalisation : « On retrouve là Le meilleur des mondes d'Aldous Huxley, mais aussi les pratiques du Ille Reich : la maternité est interdite (par stérilisation) aux femmes dont la progéniture ne serait pas conforme aux normes d'eugénisme; inversement, la procréation est encouragée dans les 'fontaines de vie' (Lebensborne) où de jeunes femmes de type nordique se font engrosser par de jeunes SS afin de fournir au Reich et au Führer les futures élites raciales. Les enfants nés dans ces centres de procréation n'ont jamais connu leurs parents »³.

Une troisième caractéristique saillante de cette discussion est de se concentrer sur des questionnements juridiques et moraux. Deux questions principales structurent cette discussion : peut-on justifier le recours à la gestation pour autrui d'un point de vue moral ? Peut-on la légaliser, et le cas échéant quel cadre juridique lui donner ? Un troisième élément de discussion complète ce second volet. Il a trait au statut juridique conféré, en France, aux enfants nés grâce au recours à la gestation pour autrui.

Ce qui est proposé ici est l'examen des arguments mobilisés pour répondre à ces interrogations, puis une analyse critique de ces derniers ; l'idée étant de se concentrer sur les arguments avancés au plan moral, c'est-à-dire perçus par ceux qui les énoncent et en débattent comme relevant de la réflexion sur le bien, le bon, le juste. Comme le souligne l'anthropologue R. Massé, toutes les justifications des actions humaines ne sont pas et n'ont pas nécessairement à être morales en ce sens⁴. Or, il est remarquable que les « balises », selon son expression, permettant de juger de la pratique de la gestation pour autrui, sont très souvent associées « au bien, au bon, au juste ».

¹ Le débat a émergé notamment avec la publicité faite, au début des années 1980, à l'organisation par deux associations de rencontres entre des couples hétérosexuels infertiles et de femmes susceptibles d'être génitrices et gestatrices pour ces couples.

² C'est par commodité et en rapport avec l'usage le plus fréquent que je parle ici de gestation pour autrui. Il serait sans doute plus approprié de parler de « procréation pour autrui », expression plus large de signification, susceptible de recouvrir tous les cas de figure : celui où la mère porteuse désigne la femme qui donne un ovocyte et porte l'enfant; celui où elle est gestatrice, l'ovocyte provenant ou de la mère d'intention ou d'une autre femme.

³ A. Gorz, *Métamorphoses du travail- Critique de la raison économique*, Paris, Gallimard Folio essais, 1988, 2, III, 4bis, p. 243.

⁴ R. Massé, *Anthropologie de la morale et de l'éthique*, Les Presses de l'Université de Laval, 2015, p. 1.

Pour rendre compte et analyser ces arguments, on s'est appuyé sur des textes qui ont pour vocation de contribuer à la discussion publique sur un plan éthique (avis issus de comités, de sociétés savantes, essais philosophiques et politiques). Dans cette contribution, seront laissés de côté les arguments de nature juridique (notamment, l'indisponibilité de l'état des personnes, l'interdiction de la commercialisation du corps humain, la définition de la maternité par accouchement) et la question de la capacité du droit français à se réformer en vue de légaliser la gestation pour autrui⁵. Ces deux aspects ne sont pas moins importants pour l'analyse du débat sur la gestation pour autrui, mais leur commentaire excède le domaine de compétences qui est le nôtre.

Arguments moraux *pro* et *contra* la gestation pour autrui

Des « impératifs catégoriques » antagonistes

La discussion fait place de façon importante à une réflexion en terme de principes moraux destinés à réguler les relations interindividuelles. Ceux-ci s'énoncent sur le mode de l'« impératif catégorique »⁶, au sens donné par Kant à ce terme, c'est-à-dire d'une loi (morale) pratique inconditionnelle, qui surpasse tout autre principe, norme ou valeur possible, toute prise en compte d'un désir, quelle que soit l'importance accordée à celui-ci, ou d'une situation de fait. Un premier principe de ce genre est le refus de l'instrumentalisation de la personne humaine et de son corps. Cette instrumentalisation est dénoncée avec d'autant plus de vigueur qu'elle est aggravée tout d'abord des dangers inhérents à toute grossesse pour la femme qui porte l'enfant à naître⁷. Elle l'est en outre par les risques psychiques supposés, sur le court et le long terme, pour la mère porteuse, sa famille et l'enfant à naître. Les parents d'intention feraient fi trop facilement des liens tissés entre eux *in utero* afin de satisfaire leur propre désir d'enfant.

L'association de la gestation pour autrui à une forme d'instrumentalisation inacceptable est particulièrement forte lorsqu'elle est sous-tendue par une conception de la maternité comme un tout, de la conception à l'éducation en passant par la gestation et l'accouchement.

La discussion éthique, en France, fait place à une seconde position de principe qui, à l'inverse, conduit à se prononcer en faveur de la gestation pour autrui : au nom de la solidarité à l'égard de femmes affectées par une infertilité d'origine utérine (notamment suite à un cancer) ou qui n'ont plus d'ovaires, la gestation pour autrui, médicalement organisée, est - au nom de cette solidarité - la réponse qui s'impose pour répondre au désir d'enfant de ces femmes et de leurs conjoints⁸. Bien que le Rapport Terra Nova *Accès à la parenté - Assistance*

⁵ Pour une analyse critique de cet aspect, voir M. Iacub, *L'empire du ventre. Pour une autre histoire de la maternité*, Paris, Fayard, 2004.

⁶ E. Kant, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, trad. de V. Delbos, Paris, Vrin, 1957, p. 134 et p. 99.

⁷ Avis 110, Comité Consultatif national d'éthique, *Problèmes éthiques soulevés par la gestation pour autrui* (2010) : « Or les risques médicaux, y compris vitaux, encourus par la femme enceinte et l'enfant lors de la GPA sont réels et ont été rappelés de manière exhaustive par l'Académie de médecine ; ils englobent en particulier les cas de grossesses multiples et de prématurité qui seraient encourus dès lors qu'on ne se limiterait pas à transférer un seul embryon, mais aussi la réalisation d'une césarienne ou d'une intervention pour une hémorragie de la délivrance. (...) Même si grossesse et délivrance se passent normalement, les grossesses et les accouchements répétés éprouvent le corps des femmes et peuvent avoir des répercussions sur leur santé ultérieure. », p. 7.

⁸ L'argument est rappelé dans l'Avis 110 du Comité consultatif national d'éthique.

médicale à la procréation et adoption n'utilise pas ce terme, il formule une proposition de loi au sujet de la gestation pour autrui proche, dans son esprit, de cette position solidaire. Il prône en effet la légalisation de la gestation pour autrui « afin que les femmes chez qui se trouve diagnostiquée une impossibilité pathologique d'assurer la gestation puissent en bénéficier »⁹. En 2010, le Comité consultatif national d'éthique envisage également la légalisation de la gestation pour autrui, dans certaines limites, comme une réponse de la société à une « injustice » :

« La GPA apparaît comme une solution à un problème physique et psychique douloureux. L'infertilité d'origine utérine est souvent perçue comme d'une particulière injustice. Elle touche des femmes qui « ont tout pour être mère » sauf l'utérus, tandis que celles qui n'ont plus d'ovaires, mais ont encore un utérus, peuvent bénéficier du don d'ovocyte, et que les femmes dont les conjoints sont infertiles peuvent bénéficier du don de sperme »¹⁰.

C'est encore l'argument de la solidarité qu'invoque, en 2014, l'Académie de médecine, lorsqu'elle évoque la souffrance ressentie par les couples infertiles, leur vécu d'une situation d'injustice dans un contexte où l'adoption demeure compliquée, et pas toujours désirée, et où il n'existe pas d'alternative thérapeutique¹¹.

Une troisième position de principe s'exprime, bien différente des deux précédentes, en faveur de la gestation pour autrui. Dans le sillage de J. S. Mill, le philosophe R. Ogien a présenté une argumentation qui combine un critère de démoralité (l'absence de nuisance à autrui) et un impératif catégorique politique (la liberté individuelle politique) : la liberté des individus à mener la vie de leur choix, dès lorsqu'ils ne nuisent pas à autrui, doit absolument primer sur toute autre norme pour réguler les relations entre les citoyens et l'Etat.

Selon lui, le libéralisme (moral et politique) dont se réclame la société française est très insatisfaisant, voire hypocrite à ses yeux et les libertés individuelles y sont menacées par la montée contemporaine de la « pensée conservatrice »¹². Compte tenu de ce contexte, la mission de la philosophie est avant tout de « démoraleiser » les questions et énoncer les « raisons philosophiques de résister à l'influence de cette pensée, et de lui préférer des idéaux politiques et libertaires »¹³. R. Ogien rejette en ce sens l'idée selon laquelle le droit devrait être fondé sur des valeurs morales. En réalité, il n'entend pas dépouiller le droit de toute vocation normative, dans la mesure où il entend faire de la liberté individuelle négative l'objet principal de l'action politique, juridique et institutionnelle. Sa thèse est en effet qu'un Etat doit se doter d'une législation fondée sur le principe de la liberté négative entendue comme « conception minimaliste de la liberté politique » :

« Pratiquement, elle 'cette conception' trace autour de chaque individu un large périmètre de protection qui doit le mettre à l'abri non seulement de la servitude et de l'oppression, mais aussi de toutes les formes de persécution, et de toutes les tentatives d'extermination. À l'intérieur de ce périmètre, elle laisse chacun libre de faire ce qu'il veut de sa propre vie »¹⁴.

⁹ Rapport *Accès à la parenté - Assistance médicale à la procréation et adoption*, coordonné par G. Delaisi de Parseval et V. Depadt-Sebag pour Terra Nova (2010), p. 78.

¹⁰ Avis 110 du Comité consultatif national d'éthique, p. 18.

¹¹ « La Gestation pour autrui au regard du mariage entre personnes de même sexe », *Bull. Acad. Natle Méd.*, 2014, 198, n°4-5, p. 917-950, séance du 27 mai 2014, <http://www.academie-medecine.fr/articles-du-bulletin/publication/?idpublication=100319> (consulté le 13 février 2016).

¹² R. Ogien, *L'Etat nous rend-t-il meilleurs ? Essai sur la liberté politique*, Paris, Gallimard, 2013, p. 11.

¹³ *Ibid.*, p. 12.

¹⁴ *Ibid.*, p. 25.

Les implications de ce positionnement sur la famille tel que le droit devrait la concevoir sont de son point de vue sans ambiguïté : la procréation, comme la fin de vie, affirme-t-il, sont des « domaines si intimes » qu'il convient de ne pas intervenir pour réguler les décisions d'une quelconque manière, dès lors que l'action engagée ne nuit pas à autrui¹⁵. Entre autres choses, il n'existe aucune raison valable d'interdire le mariage entre personnes de même sexe¹⁶, ni de refuser aux couples de même sexe l'accès à la procréation médicalement assistée et à la gestation pour autrui dès lorsqu'une femme consent à devenir la mère porteuse d'un enfant pour des parents d'intention¹⁷.

La pauvreté des mères porteuses

La discussion éthique ne repose pas seulement, en France, sur une réflexion de principe, moral ou politique. Elle n'est pas toujours « hors sol », coupée de toute dimension sociologique, dans la mesure où elle fait également une place importante à l'analyse des caractéristiques socio-économiques de la gestation pour autrui¹⁸. Celle-ci conduit à donner une place importante à la question de l'exploitation de situations d'inégalités économiques entre mère porteuse et parents d'intention, et débouche, le plus souvent, sur un positionnement éthique critique à l'égard de la gestation pour autrui. Dans ce cas, il ne s'agit pas, ou pas seulement, de dénoncer l'instrumentalisation du corps d'autrui, mais d'accuser les parents d'intention de profiter d'un avantage économique comparatif pour réaliser leur désir d'enfant.

De fait, on a pu constater que des femmes, dans différents pays du monde, consentaient à être, en échange d'une certaine rétribution, des mères porteuses, même si certaines enquêtes documentent des décisions de mères porteuses qui n'apparaissent pas être dans le besoin économique. Dans les enquêtes dont nous disposons pour connaître leur expérience, elles soulignent qu'une vie de travail n'aurait jamais permis de gagner la même somme que celle liée à une gestation pour autrui¹⁹. De là est tirée l'idée qu'elles n'auraient jamais consenti à porter un enfant pour autrui, voire à donner leurs ovocytes, si leurs conditions socio-économiques avaient été meilleures. La gestation pour autrui est alors perçue comme un acte moralement inacceptable, parce qu'il consiste à profiter d'un rapport d'inégalités économiques.

Analyse critique

¹⁵ *Ibid.*, p. 238.

¹⁶ *Ibid.*, p. 60-62.

¹⁷ D'où une critique virulente du « modèle familial » qui sous-tend selon lui la loi de Bioéthique de 2011, « censé être le seul concevable, sans autre raison que des préjugés culturels et des hypothèses psychologiques plutôt fumeuses sur l'intérêt de l'enfant », *Ibid.*, p. 228-229.

¹⁸ De ce point de vue, on peut nuancer le jugement de D. Mehl à l'égard de cette discussion bioéthique française, qui porte selon elle avant tout sur des principes : « Pourquoi, avant de réprimer, ne pas écouter, tant les parents intentionnels que les mères porteuses elles-mêmes ? Pourquoi légiférer au nom de principes jamais confrontés au réel plutôt que d'aborder pragmatiquement un domaine où règnent les incertitudes mais dont les acteurs ont pensé leur projet et son en mesure de transmettre leur expérience ? Et qui sont, aujourd'hui, victimes, eux et leurs enfants, d'une loi votée sans qu'ils aient été conviés à son élaboration », *Enfants du don - Procréation médicalement assistée - parents et enfants témoignent*, Paris, Robert Laffont, 2008, p. 238.

¹⁹ Sh. Rudrappa, « Des ateliers de confection aux lignes d'assemblage des bébés. Stratégies d'emploi parmi des mères porteuses à Bangalore, Inde », (trad. M. Forest), *Cahiers du Genre*, 2014/1, n° 56, p. 59-86. DOI 10.3917/cdge.056.0059.

Les différents arguments évoqués ci-dessus n'occupent pas tous une place équivalente dans la discussion française sur la moralité/immoralité de la gestation pour autrui et sur le bien-fondé de sa légalisation.

Le premier argument de principe lié à la question de l'instrumentalisation est prédominant. Avancé pour dénoncer l'immoralité de la gestation pour autrui, il s'articule et se combine avec divers éléments inscrits dans le droit français : le principe de non-commercialisation du corps humain, la définition de la maternité par accouchement et le principe de l'indisponibilité des personnes. L'organisation juridique et les options morales exprimées en dehors du droit se renforcent mutuellement en faveur d'un rejet de la gestation pour autrui. Dans un contexte social et une organisation du système de santé marqués par l'idée de la solidarité, comme c'est le cas en France, l'argument d'une nécessaire réponse à une situation d'injustice et de souffrance rencontre un écho important. Il est cependant moins puissant à ce jour que le premier argument. Enfin, le troisième argument de principe, lié à l'idéal de liberté politique et à une conception « minimaliste » de la morale, apparaît minoritaire, à la fois par rapport à la force du premier argument et à la prise en compte de l'exploitation des situations de pauvreté.

Même s'il est « particulièrement naïf de prétendre échapper au dilemme »²⁰ et de formuler des arguments qui emporteraient une pleine et entière conviction sur la gestation pour autrui, on voudrait ici proposer une analyse critique de ces éléments de discussion, et dégager leur portée et limite.

Revenons tout d'abord sur l'impératif catégorique de ne pas instrumentaliser la personne et son corps, en l'occurrence, celui de la mère porteuse et peut-être aussi de l'enfant à naître. La question qui se pose tout d'abord à son sujet est celle de la nature de cette instrumentalisation. En effet, la gestation pour autrui est envisagée dans cette discussion comme un acte consenti. La gestation pour autrui ne s'apparente pas, de ce point de vue, à une situation d'esclavage. Si l'on reprend à la lettre la formulation de l'impératif pratique proposée par Kant, la qualification de la gestation pour autrui comme instrumentalisation de la personne perd son évidence : « l'impératif pratique sera donc celui-ci : agis de telle sorte que tu traites l'humanité aussi bien dans ta personne que dans la personne de tout autre toujours en même temps comme un fin, et jamais simplement comme un moyen »²¹.

Jamais simplement comme un moyen. Peut-on dire qu'une personne qui consent est traitée par autrui simplement comme un moyen ? Cela paraît peu recevable. Il est peu convaincant de manier cet impératif catégorique pour dénoncer l'immoralité des parents d'intention. En revanche, ce qui devient problématique dans cette perspective est peut-être la décision de la mère porteuse. En consentant à porter un enfant qu'elle n'élèvera pas, ne fait-elle pas d'elle-même un simple moyen ? Ne remet-elle pas en cause « la fin » qu'elle est pour elle-même et pour autrui, et à travers elle, l'humanité comme fin ? La question se pose.

Mais la formuler, n'est-ce pas faire fi de la liberté de décision d'une personne ? N'est-ce pas se montrer abusivement paternaliste à leur égard ? Certes, comme le souligne le philosophe du droit américain R. Dworkin, J. S. Mill a lui-même indiqué une limite à sa critique du paternalisme : personne ne devrait être autorisé à consentir à son propre esclavage,

²⁰ I. Théry et A.-M. Leroyer, *Filiation, origines, parentalité - le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Paris, O. Jacob, 2014, p. 215.

²¹ *Ibid.*, p. 150

car une telle décision remet en cause son autonomie présente et future ?²² Cependant, on ne peut dire que la décision de consentir à porter un enfant pour autrui remet en cause l'autonomie présente et future de la mère porteuse. A-t-on dès lors de bonnes raisons d'empêcher une femme de devenir mère porteuse ?

Peut-être se trouvent-elles du côté des effets de la gestation pour autrui sur la mère porteuse, sa famille et l'enfant à naître. Le cas de « Baby M », discutée par la philosophe américaine B. Steinbock, illustre la situation tragique d'une mère porteuse qui, après la naissance de l'enfant, n'a pas voulu s'en séparer²³. Cependant, contre une vision pessimiste des dégâts psychiques causés par une gestation pour autrui, plusieurs enquêtes contemporaines ont mis l'accent sur le sentiment d'accomplissement des mères porteuses, la valeur morale qu'elles accordent à leur acte (le don de la vie, l'altruisme, notamment à l'égard de couples infertiles)²⁴. Le même souci des effets à long terme des liens tissés *in utero* s'exprime au sujet de l'enfant à naître²⁵. Le rapport TerraNova propose de cet enjeu une analyse nuancée qui se veut rassurante :

« On sait par ailleurs que les émotions de la fin de la grossesse, qu'il s'agisse d'euphorie ou de dépression, secrètent des molécules qui franchissent le filtre placentaire: le bébé hérite non seulement des gènes de la mère génétique, mais aussi d'une partie de l'histoire de la mère gestatrice. Il n'est donc pas question de nier le rôle de chacune, particulièrement de la gestatrice, au regard de l'équilibre de l'enfant, mais d'éviter toute mythification des rapports entretenus par la gestatrice et l'enfant qu'elle a porté durant neuf mois. (...) Sans ignorer ou minimiser ces réalités, nous savons aujourd'hui, tant d'après les données de la psychopathologie périnatale que d'après celles de l'adoption, qu'un enfant porté par une femme qui n'est pas la mère d'intention sera capable, par déplacement, de faire un transfert sur d'autres adultes, à condition que ceux-ci s'y prêtent de façon adéquate »²⁶.

On sait peu de choses sur les effets de la gestation pour autrui sur les membres de la famille de la mère porteuse²⁷.

Finalement, sur cette question, beaucoup d'affirmations sont encore en partie de l'ordre de la spéculation. L'élaboration d'un point de vue fondé à son propos requiert des enquêtes plus poussées que celles dont nous disposons actuellement, en France comme à l'étranger, d'autant qu'on peut s'interroger, comme y invite la sociologue A. Pande, sur la

²²G. Dworkin, « Paternalism », in R. A. Wasserstrom (éd.), *Morality and the Law*, Belmont, California, Wadsworth, 1971.

²³B. Steinbock, « Surrogate Motherhood as Prenatal Adoption », *Law, Medicine and Health Care*, 16, 1-2, Spring, 1988, p. 44-50.

²⁴Rapport Terra Nova, p. 72.

²⁵Voir l'Avis 110 pré-cité du CCNE, qui passe directement d'une interrogation – « on peut néanmoins s'interroger sur ce qui peut persister en lui de cette période de gestation » - à une affirmation sur l'avenir de l'enfant – « Il est donc actuellement difficile d'admettre sans réserve que la GPA préserverait l'avenir de l'enfant ».

²⁶Rapport Terra Nova, p. 73-74. J. Merchant évoque des études qui indiquent à ce sujet qu'aux États-Unis, « la vaste majorité des parents de ces nouvelles familles ont dit la vérité aux enfants, et ont choisi de garder le contact avec la mère porteuse. Les enfants de ces familles ne diffèrent pas dans leurs rapports avec leurs parents des enfants nés 'traditionnellement', certains même parlant d'un 'plus' dans leurs vies en référence au maintien de contact avec la femme porteuse ». « Une gestation pour autrui « éthique » est possible », *Travail, genre et sociétés*, 2012/2 n° 28, p. 183-189. DOI: 10.3917/tgs.028.O18, p. 189. Voir S. Golombok, V. Javda, L. Blake, J. Readings, P. Casey, A. Marks, « Families Created Through Surrogacy : Mother- Child Relationships and Children's Psychological Adjustment at Age 7 », *Developmental Psychology*, 2011, 47/6, p. 1579-1588 ; V. Javda, S. Golombok, L. Blake, J. Readings, P. Casey, « Surrogacy Families Ten Years On : The Relationship with the Surrogate, Decisions Over Disclosure and Children's Understanding of their Surrogacy Origins », *Human Reproduction*, 2011, 26 (suppl 1): i260-i271.

²⁷Cet aspect est discuté par B. Steinbock, « Surrogate Motherhood as Prenatal Adoption », art. cit., p. 49.

portée des témoignages de mères porteuses liés aux notions de don et d'altruisme. Si l'usage de ces termes permettent à ces femmes de minorer la partie marchande de la gestation pour autrui - tout comme le vocabulaire de la compassion pour les mères d'intention -, ils font selon elle écran aux rapports d'inégalités postcoloniaux entre les « sœurs du Sud » (mères porteuses) et celles du Nord (mères d'intention)²⁸ et partant, entretiennent ces rapports.

Revenons maintenant à l'argument lié à l'exploitation de la pauvreté. Si une partie des femmes qui acceptent d'être mères porteuses le font parce que c'est pour elle l'unique moyen de remédier à leur extrême pauvreté, la gestation pour autrui n'est-elle pas fondée sur un accord moralement problématique ? Sur ce point, l'argument lié à l'exploitation de la pauvreté semble faire d'une pierre deux coups : il remet en cause la solidité du consentement et fait apparaître les parents d'intention comme des « profiteurs » d'un contexte d'inégalité.

Cet argument appelle plusieurs commentaires. Sur la question du consentement biaisé, sa portée doit être relativisée. Peut-on, en effet, dévaloriser le choix d'une personne au nom du fait qu'il est opéré dans un contexte jugé contraint ? Cela ne va pas de soi. On peut, au contraire, défendre l'idée selon laquelle une véritable capacité de choix se maintient, même en contexte fortement contraint. À tout le moins, on peut avancer la thèse que certaines décisions prises dans des contextes très contraints peuvent être décrites comme partiellement volontaires, ainsi que le suggère Aristote²⁹. Dans les faits, quelques enquêtes étayent cette perspective. Ainsi, S. Rudrappa, à partir d'une enquête de terrain menée à Bangalore, en Inde, bien que situées dans un contexte d'extrême pauvreté, les femmes qui optent pour devenir mères porteuses ne peuvent être décrites de façon unilatérale comme des victimes d'une situation d'inégalité. Elles tirent de ce choix des bénéfices d'ordre financier non négligeables en ce qu'il leur permet d'échapper à « l'enfer » du travail en usine. Elles en retirent aussi la possibilité d'un repositionnement valorisant pour elles, au sein de leur famille (par rapport à leur mari et à leur belle-famille). Enfin, elles en retirent une satisfaction personnelle, liée au don de la vie et au rôle qu'elles jouent pour les parents d'intention, en leur donnant la possibilité d'élever un enfant. Les difficultés organisationnelles et psychiques de ce choix ne sont pas niées et passées sous silence (surveillance des grossesses ; accouchement par césarienne ; séparation d'avec leur famille pendant neuf mois ; lutte intérieure contre les éventuels sentiments d'attachement pour l'enfant porté). Il faut reconnaître que ces femmes font, dans le contexte qui est le leur et ses contraintes propres, comme tout le monde. Elles évaluent l'avantage d'un acte comparativement à un autre :

« Ça fait mal, mais qu'est-ce que vous voulez répondre à ça ? », déclara Vijaya. Ce à quoi Nagu répliqua : « aucun homme n'est capable de gagner 4000\$ en neuf mois et de le remettre entre les mains de sa femme. Aucun ». À ses yeux, la GPA lui donne davantage de pouvoir et d'autonomie précisément parce qu'elle est une femme. Elle lui permet de mettre à contribution son corps pour gagner une somme qu'aucun homme ne

²⁸A. Pande, "Transnational commercial surrogacy in India: gifts for global sister ?", *Reproductive Biomedicine Online*, 2011, 23, p. 618-625.

²⁹Aristote : « c'est là encore ce qui se produit dans le cas d'une cargaison que l'on jette par-dessus bord au cours d'une tempête: dans l'absolu, personne ne se débarrasse ainsi de son bien volontairement, mais quand il s'agit de son propre salut et de celui de ses compagnons un homme de sens agit toujours ainsi. (...) Volontaires sont donc les actions de ce genre, quoi que dans l'absolu elles soient peut-être involontaires, puisque personne ne choisirait jamais une pareille action en elle-même », *Éthique à Nicomaque*, trad. J. Tricot, Paris, Vrin, 1987, III, 1, 1109b-1110a, p. 119.

pourrait gagner en seulement neuf mois. C'est donc son sexe qui lui a permis de gagner une somme importante, une chose jusque-là inimaginable dans son univers social »³⁰.

Qu'en est-il de cet argument de l'exploitation si l'on s'intéresse aux parents d'intention ? Sur ce point, la réflexion du philosophe E. Malmqvist fait apparaître que « l'exploitation », ausens où nous l'entendons couramment, n'est que l'un des aspects du problème et peut-être pas le principal point d'achoppement du point de vue moral. Partant de l'idée qu'une personne prend des décisions qui ne peuvent être disqualifiées en raison d'un contexte contraint, E. Malmqvist estime qu'on ne peut assimiler automatiquement l'exploitation d'une situation d'inégalité à une injustice, a fortiori lorsqu'elle est mutuellement bénéfique et consentie. On pourrait même avancer l'idée selon laquelle le recours à la gestation pour autrui, améliorant la situation (économique, sociale, familiale) de la mère porteuse vaut mieux que la négligence à l'égard de ses besoins : cette somme dont je dispose, ne devrais-je pas l'investir dans un contrat de gestation pour autrui, afin de réaliser mon désir d'enfant, et par la même, aider une femme pauvre, plutôt que de renoncer à ce désir, et acheter une maison au bord de la mer ?³¹ Vue sous cet angle, la gestation pour autrui apparaît être un moindre mal compte tenu des inégalités économiques globales.

Ce point de vue a cependant une portée limitée dès lors que l'on introduit, souligne E. Malmqvist, la question de la complicité dans l'injustice³². La complicité dans l'injustice, même quand on n'est pas cause de celle-ci, désigne les comportements, choix, attitudes qui nourrissent et renforcent des inégalités structurelles moralement inacceptables. Dans cette perspective, ceux qui ont recours à une mère porteuse non seulement tirent ponctuellement profit des inégalités globales, mais encouragent par leur acte, de façon implicite, le maintien du *statu quo* à leur sujet. De la sorte, E. Malmqvist estime que le consentement mutuel des parents d'intention et d'une mère porteuse, et le bénéfice que celle-ci en retirent, ne sont pas des raisons suffisamment bonnes pour justifier moralement la gestation pour autrui :

« Once we recognize that exploitation coexists with complicity when it arises from injustice it becomes less puzzling to think that it can be worse to exploit the global poor than to neglect them, even when exploitation is voluntary and makes them better off (...) The point for now is that irrespective of our views on neglect, exploitation can be seriously wrong - even in its mutually beneficial and voluntary form »³³.

Formulé ainsi, l'argument lié à l'exploitation des mères porteuses par les parents d'intention a une portée morale importante dans la discussion sur la gestation pour autrui. Il paraît convaincant et plus à même de faire pencher la balance en faveur d'un désaveu moral de la gestation pour autrui que l'argument de l'instrumentalisation. Ce n'est pas cet argument, pourtant, que l'on retrouve de façon prégnante dans le débat français, même lorsqu'il

³⁰ Sh. Rudrappa, « Des ateliers de confection aux lignes d'assemblage des bébés. Stratégies d'emploi parmi des mères porteuses à Bangalore, Inde », art. cit., p. 72. Dès le début des années 1980, cette critique de l'argument à l'égard du consentement biaisé, a été élaborée cf. J. Robertson, « Surrogate mother: not so novel after all », *Hastings Center Report*, 13, 5, 1983, 29.

³¹ E. Malmqvist, « Transnational commercial surrogacy, exploitation and the non-worseness claim » (exposé oral présenté dans le séminaire international PLURIGENRE organisé par V. Bourseul et M. Gaille, « Médecine procréative, différence sexuelle et égalité des sexes », Paris, CNRS-Université Paris Diderot, 16 octobre 2015).

³² Ch. Kutz, *Complicity: ethics and law for a collective age*, Cambridge University Press, 2000; E. Malmqvist, « Taking advantage of injustice », *Social Theory and Practice*, 2013, 39, 4, 557-580.

³³ E. Malmqvist, « Transnational commercial surrogacy, exploitation and the non-worseness claim », exp. Cit.

s'agit de mettre en cause le primat accordé par certains à la liberté individuelle et au consentement.

Telle qu'elle est ainsi organisée, la discussion française pâtit de plusieurs problèmes auxquels il est souhaitable de remédier afin de la poursuivre dans de meilleures conditions. Elle se déploie, nous l'avons vu, dans une relative ignorance des effets à long terme de la gestation pour autrui pour la mère porteuse, sa famille et l'enfant à naître, et de la portée que nous devons donner à ces effets dans l'évaluation morale de la gestation pour autrui³⁴. De façon générale, cette situation de relative ignorance est aggravée en France par l'interdiction de la gestation pour autrui, qui rend les enquêtes de terrain/quantitatives difficiles à concevoir et à mettre en œuvre. Cette ignorance, qui n'est pas propre à la France, rend toute affirmation générale douteuse sur la gestation pour autrui³⁵. Malheureusement, ce contexte facilite partout l'usage de formules floues, polémiques, parfois insultantes pour les personnes, au sujet de la gestation pour autrui : « mutation anthropologique majeure », « marchandisation du corps humain », « le corps de la femme » comme « outil de production », « baby business », « aliénation biologique », « couveuses indemnisées », « tourisme procréatif »³⁶, « dégoût à devoir argumenter »³⁷ etc.

Par ailleurs, le cadre de la discussion est très restrictif par rapport à son extension possible et a des angles morts préoccupants. En principe, le recours à la gestation pour autrui peut être envisagé pour réaliser un désir d'enfant exprimé pour diverses raisons : par des couples hétérosexuels, dont la femme ne peut porter l'enfant à naître en raison d'une déficience de la fonction utérine ; par des couples homosexuels masculins, qui ont besoin non seulement des ovocytes d'une femme, mais aussi d'une femme qui accepte d'être leur gestatrice (et qui n'est pas nécessairement celle qui a donné ses ovocytes) ; par des couples hétérosexuels dont la femme, en état de procréer et d'être gestatrice, ne désire pas être enceinte et porter pendant neuf mois l'enfant à naître ; par un homme qui désire fonder seul une famille et voudrait recourir à une mère porteuse, à la fois pour le don d'ovocytes et la gestation, ou d'une femme qui nourrit le même désir, dispose de sperme, donné ou acheté, et ne peut/veut porter l'enfant.

En France, la discussion porte avant tout sur la première situation. Les réflexions qui font exception à cet état des choses, et abordent le cas des couples homosexuels, sont d'autant

³⁴ Le travail de D. Mehl, *Enfants du don - Procréation médicalement assistée - parents et enfants témoignent* (op. cit.) tente de remédier de façon explicite à cette situation d'ignorance, en exposant quelques récits de parents d'intention hétérosexuels (2014). Ce constat d'ignorance peut être étendu au point de vue des citoyens sur la gestation pour autrui, cf. ChPetitfils et M. T. Munoz Sastre, "French Layersones' Views on Surrogate Motherhood - An exploratory study", *Psicologica*, 2014, 35, 693-702.

³⁵ O. B. A. van den Akker : « Data from surrogate mothers (on psychopathology and motives), from intended/commissioning mothers (on openness and psychopathology) and from offspring (on attachment and openness) are rare. The evaluation of the evidence presented in this review has also demonstrated that there was a notable lack of theory and experiments testing appropriately defined models. No interventions and few longitudinal studies have been carried out. Virtually all studies, of necessity, used highly selected samples, making generalizations difficult. », « Psychosocial aspects of surrogate motherhood », *Human Reproduction Update*, 13/1, 53-62, 2007.

³⁶ Voir la critique bienvenue de cette expression par D. Mehl, *Enfants du don - Procréation médicalement assistée - parents et enfants témoignent* (op. cit.) ou par I. Löwy et al., « Nouvelles techniques reproductives, nouvelle production du genre. Introduction », *Cahiers du Genre*, 2014/1, n° 56, p. 5-18. DOI 10.3917/cdge.056.0005.

³⁷ S. Agascinski, *Le corps en miettes*, Paris, Quai Voltaire, 2009.

plus remarquables qu'elles sont rares. Le rapport proposé par G. Delaisi de Parseval et V. Depadt-Sebag en 2010 pour Terra nova expose sur des plans spécifiques leur désaccord à ce sujet et propose les modalités d'une révision de la loi dans cette perspective « à terme », c'est-à-dire dans un horizon temporel indéterminé³⁸. L'idée d'un recours à la gestation pour autrui pour des raisons qui ne sont ni liées à l'orientation sexuelle ni à une déficience de la fonction utérine paraît tellement illégitime du point de vue éthique qu'elle n'est même pas abordée. Dans ce contexte, la gestation pour autrui est le plus souvent envisagée comme une forme de procréation médicalement assistée et le point de vue médical occupe une place importante dans la discussion à ce sujet³⁹. Lorsqu'il est invoqué, l'argument de la solidarité l'est d'ailleurs en lien avec ce diagnostic médical d'infertilité, de même que le dispositif légal envisagé pour lui faire droit⁴⁰.

Or, les arguments habituellement employés pour dénoncer l'immoralité de la gestation pour autrui ne suffisent pas à rendre compte de cette disqualification. Celle-ci a des sources qui sont ailleurs, dans un ensemble d'éléments compliqués à démêler d'avec les arguments courants sur la gestation pour autrui : un questionnement sur ce qu'est et doit être une « famille » ou une forme recevable de parentalité. La solidarité procréative dont la société française fait preuve à divers égards, et notamment dans l'organisation de son système de soins, n'est donc pas sans limites⁴¹. Le problème n'est pas que des limites puissent être posées, mais qu'elles sont à ce stade de la réflexion collective insuffisamment explicitées et justifiées, même si une discussion a commencé à prendre forme ces dernières décennies, qui contribue à

³⁸ Selon une position élaborée dès le début des années 1980 (*Un enfant à tout prix*, Paris, Le Seuil, 1983), G. Delaisi de Parseval présente l'apport de la psychanalyse sur ce sujet. Elle y remet en cause l'idée selon laquelle grandir dans une famille créée par un couple de même sexe constituerait pour l'enfant un danger. Elle distingue la sexualité des parents - qui constitue un enjeu pour tout enfant, quelle que soit son orientation - d'autres questions liées au nombre de parents réunis autour de l'enfant et à la connaissance de sa filiation et de son mode de procréation. Selon elle, la gestation pour autrui peut être envisagée au bénéfice de couples homosexuels dès lors que l'accès à la filiation et au mode de procréation est garanti à l'enfant et que la mère porteuse soit aussi celle qui donne son ovocyte. V. Depadt-Sebag, pour sa part, est opposée à la gestation pour autrui pour les couples homosexuels dès lors que cette gestation est envisagée, ce qui est le cas dans ce rapport, comme une forme d'assistance médicale à la procréation. Cf. *Accès à la parenté - Assistance médicale à la procréation et adoption*, Rapport cité, p. 94 sqq.

³⁹ Cette orientation de la discussion éthique est par exemple lisible dans ce propos de l'Avis 110 pré-cité : « C'est pourquoi le présent avis s'interrogera à titre principal sur l'opportunité éthique d'ajouter la GPA à la liste des techniques d'AMP autorisées. Il est entendu que certains des arguments éthiques invoqués pourraient être étendus, mutatis mutandis, à la procréation pour autrui, celle qui peut être réalisée sans l'intervention du corps médical, à laquelle il sera parfois fait allusion sans cependant que lui soit consacrés des développements spécifiques ».

⁴⁰ Rapport Terra Nova : La réponse solidaire qu'il propose se veut « entourée d'un nombre maximum de précautions », soumettant à l'examen d'un comité d'experts les projets parentaux et les « candidatures » de mères porteuses. La décision de ce comité reposerait sur une appréciation au plan médical, psychologique et sociale et le respect d'un certain nombre de critères ; notamment, âge du couple, part génétique de l'acte procréatif (au moins un parent génétique de l'enfant), expérience de la maternité déjà faite pour la mère porteuse, information psychologique de la mère porteuse, accord de son conjoint, accord des différentes parties en présence sur l'absence d'anonymat, don si possible unique, dédommagement qui exclut toute forme de marchandisation et confère à l'acte une dimension de don, possibilité pour la mère porteuse d'interrompre la grossesse », p. 78 sqq. Voir aussi la proposition énoncée dans I. Théry et A.-M. Leroyer, *Filiation, origines, parentalité - le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Paris, O. Jacob, 2014, Annexe au chapitre 7, p. 211 sqq.

⁴¹ Sur ce point, je me permets de renvoyer à mon ouvrage : M. Gaille, *Le désir d'enfant - histoire intime, enjeu politique* (Paris, PUF, 2011), chapitre 4.

faire de la famille et de la parentalité des objets de questionnement plutôt que des évidences intangibles⁴².

Comme le suggère l'analyse critique proposée dans la seconde partie, les arguments qui circulent dans la discussion ne sont pas tous élaborés de façon rigoureuse. Ils ne sont pas tous convaincants, notamment celui de l'instrumentalisation. Et leur effet est parfois à double tranchant. Par exemple, le désaveu moral évoqué plus haut peut avoir deux traductions inverses dans la sphère politique et juridique : l'interdiction ou l'encadrement juridique de la gestation pour autrui. En effet, il peut tout autant justifier la première que le second dans un contexte procréatif globalisé, « post-westphalien » pour reprendre l'expression de la philosophe américaine N. Fraser⁴³. À partir du moment où l'on estime que le droit a d'abord pour vocation de protéger les plus faibles et les plus vulnérables, on peut interdire la gestation pour autrui, ou au contraire organiser sa pratique sur un plan légal dans l'espace national, afin d'éviter l'exploitation des mères porteuses et éventuellement celles de personnes désireuses d'avoir un enfant, confrontées à un marché mondial « sauvage »⁴⁴ de la procréation.

Enfin, il y a matière à approfondir certains éléments peu présents dans la discussion morale française, mais repérables ailleurs et dotés d'un poids important dans d'autres cultures morales, juridiques et politiques que celle de la France. En effet, nombre d'arguments sur la gestation pour autrui se rencontrent en effet dans plusieurs espaces culturels, linguistiques et nationaux, même si leur poids respectifs diffère et les formulations varient d'un espace social, politique, juridique à l'autre⁴⁵. Or, la réflexion française a moins investi que d'autres l'aspect financier de la gestation pour autrui. Cela tient certainement à l'état du droit qui interdit la commercialisation du corps humain (comme totalité, du moins) et dans ses capacités reproductives. Cette disposition juridique semble faire consensus. Pour ceux qui s'aventurent à défendre la légalisation de la gestation pour autrui, il va de soi qu'elle doit relever de la logique du don, ou tout au plus être indemnisée. De ce fait, l'analyse des dispositifs juridiques qui légalisent une forme consentie, contractualisée, non fondée sur des motifs de profit économique de gestation pour autrui, est peu fréquente et il faut l'« importer » d'autres contextes pour l'introduire dans la discussion et en examiner les différentes facettes morales.⁴⁶ De ce fait également, l'interrogation du philosophe américain M. Sandel à l'égard des effets sociaux, moraux et civilisationnels de l'extension sous tous azimuts de la logique de

⁴² A. Cadoret, *Des parents comme les autres ? Homosexualité et parenté*, Paris, O. Jacob, 2002 ; M. Godelier, *Les métamorphoses de la parenté*, Paris, Flammarion, 2010 ; M. Gross, *Parent ou Homo : faut-il choisir ? Idées reçues sur l'homoparentalité*, éd. du Cavalier bleu, 2014. Les travaux issus des sciences historiques et sociales sur la famille mettent également en cause l'idée qu'il existe une conception univoque et universellement recevable de la famille. De son côté, A. M. Leroyer souligne l'absence d'une définition claire de la famille dans le droit français, dans *Droit de la famille*, PUF, 2011.

⁴³ N. Fraser, *Scales of justice, Reimagining Political Space in a Globalizing World*, Malden, Polity Press, 2008.

⁴⁴ B. Steinbock, « Surrogate Motherhood as Prenatal Adoption », art. cit., p. 49 ; D. Mehl, *Enfants du don - Procréation médicalement assistée - parents et enfants témoignent*, op. cit., p. 307 ; J. Merchant, « Une gestation pour autrui « éthique » est possible », art. cit.

⁴⁵ Dès 1984, le *Warnock Report* britannique identifia des enjeux que l'on retrouve peu ou prou discutés dans l'ensemble de la littérature, en France et ailleurs, consacrée à la gestation pour autrui : M. Warnock, *Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology*, Londres, Her Majesty's Stationery Office, 1984. Les quatre enjeux énoncés dans ce rapport sont : le respect de la dignité humaine au vu de la dimension financière de la gestation pour autrui ; la relation entre mère porteuse/enfant à naître ; la commercialisation des êtres humains (l'accent est mis ici sur la vente de l'enfant plutôt que sur la location d'utérus) : les risques liés à toute grossesse.

⁴⁶ J. Merchant, « Une gestation pour autrui 'éthique' est possible », art. cit.

marché a du mal à se faire entendre.⁴⁷ Or cette interrogation pourrait nourrir la réflexion sur la gestation pour autrui, en particulier lorsqu'on l'envisage dans sa dimension transnationale.

⁴⁷ M. Sandel, *Ce que l'argent ne saurait acheter*, trad. fr. Christian Clerc, Paris, Le Seuil, 2014 (*What money can't buy - The moral limits of markets*, 2012). Je me permets sur ce point de renvoyer à l'article « Contre la marchandisation du corps : quels arguments pour quelle critique ? », *Raison publique*, <http://www.raison-publique.fr/article712.html>, parution le 12 décembre 2014. Les travaux de D. Dickenson (*Body Shopping; converting body parts to profit*, Oneworld Publications, 2009) et D. L. Spar, *Baby Business : How Money, Science, and Politics Drive the Commerce of Conception* (Cambridge, Mass. Harvard Business School Press, 2006), donnent un aperçu concret de l'économie globale de la procréation, dont la gestation pour autrui n'est qu'un des volets.