

Comité Consultatif de Bioéthique

***Avis n°30 du 5 juillet 2004
relatif à la gestation-pour-autrui
(mères porteuses)***

*Saisine d'initiative en date du 13 juillet 1998
aux fins d'analyse des questions éthiques relatives à la procréation médicalement
assistée*

***Demande d'avis du 16 novembre 1998
de Monsieur M. Colla, Ministre de la Santé publique et des Pensions,
relative « aux questions éthiques relatives à la médecine reproductive », et plus
spécialement le point 4 de cette question (voir introduction ci-après)***

Contenu de l'avis

Saisine du Comité

1. Introduction

- 1.1 Définitions**
- 1.2. Explications des définitions**

2. Etendue de la pratique

- 2.1. En Belgique**
- 2.2. Hors de Belgique**

3. Cadre juridique actuel

- 3.1. Filiation**
 - 3.1.1. La mère légale*
 - 3.1.2 Le père légal*
- 3.2. Adoption**
 - 3.2.1. La loi actuellement encore en vigueur*
 - 3.2.2. Loi de réforme de l'adoption, du 24 avril 2003 (MB du 16/05/2003)*
- 3.3. Le statut de l'enfant né d'une gestation-pour-autrui**
 - 3.3.1. Accouchement en Belgique*
 - 3.3.2. Accouchement anonyme (France, Luxembourg)*
- 3.4. Remarques critiques concernant le cadre légal**

4. Aspects éthiques

- 4.1. Introduction**
- 4.2. Arguments liés aux dommages pouvant surgir des problèmes psychologiques et pratiques que soulève la gestation-pour-autrui**
 - 4.2.1. Inventaire*
 - 4.2.2. Quelques données empiriques en rapport avec les problèmes soulevés*
 - 4.2.3. Conclusions*
- 4.3. Arguments tirés des difficultés à conclure une convention concernant la grossesse, et la rétribution d'une gestation-pour-autrui**
 - 4.3.1. Deux conceptions*
 - 4.3.2. Le problème du caractère opposable du contrat*
 - 4.3.3. Le problème de la rétribution de la grossesse pour autrui.*

5. Recommandations

Saisine du Comité

Le Comité Consultatif de Bioéthique a déjà émis trois avis en matière de procréation médicalement assistée à savoir :

- l'avis n°6 du 8 juin 1998 concernant les bases éthiques pour l'optimisation de l'offre et des critères de fonctionnement des centres de fécondation in vitro;
- l'avis n° 19 du 14 octobre 2002 relatif à la destination des embryons congelés;
- l'avis n° 27 du 8 mars 2004 relatif au don de sperme et d'ovules.

Lors de la réunion plénière du 15 décembre 2003, il a été décidé qu'une sous-commission s'attacherait aux questions restantes concernant la gestation-pour-autrui, la procréation après le décès du/de la partenaire et le don d'embryon.

Le présent avis s'attache plus particulièrement à la question concernant la gestation-pour-autrui, posée le 16 novembre 1998 par Monsieur M. COLLA, Ministre de la Santé publique et des pensions, à savoir:

- “4. Avec l'insémination artificielle et les procédures de fécondation in vitro est apparue la notion de « mère-porteuse ». Ce nouveau concept visant la femme qui porte un enfant souhaité par d'autres, n'est réglé actuellement en Belgique par aucune réglementation globale. Faut-il une réglementation et dans l'affirmative comment doit-elle s'envisager?”*

1. Introduction

1.1. Définitions

La question a été posée au Comité Consultatif de Bioéthique de savoir si une réglementation devait, en Belgique, limiter et encadrer la maternité par "mères porteuses" et, si oui, comment il convenait de l'envisager.

Dans la littérature, il existe toutes sortes de dénominations pour désigner la pratique selon laquelle "une femme porte un enfant pour le compte d'autres parents". Outre le terme de "maternité porteuse", on trouve ceux de "maternité de substitution", "contrat de grossesse", en anglais le terme de "surrogacy", et d'autres expressions encore. A l'examen, chacun de ces termes suggère déjà un jugement déterminé sur cette pratique. Le Comité s'est finalement rallié au terme de "gestation-pour-autrui". On entend par-là: la pratique par laquelle une femme porte un fœtus ou enfant, et poursuit la grossesse jusqu'à la naissance de cet enfant avec l'intention de transférer ensuite tous ses droits et devoirs parentaux au(x) parent(s) demandeur(s).

Par définition, "Gestation-pour-autrui" semble indiquer *qu'un accord ou une convention* existe entre la femme enceinte et un (des) parent(s) demandeur(s). L'objet de cette convention concerne les droits et devoirs de parenté envers l'enfant. D'un point de vue humain, il s'agit d'un transfert d'enfant de la famille de la femme qui accouche vers les parents demandeurs, et, d'un point de vue juridique, d'un "transfert de droits et devoirs déterminés en rapport avec l'enfant".

Pour désigner les parties concernées dans ce type de grossesse, nous utilisons les termes suivants: "parent(s) demandeur(s)" pour la ou les personnes qui a/ont l'intention de prendre le rôle de parent(s) envers l'enfant ; "mère porteuse", comme l'expression la plus courante pour désigner "la femme qui est enceinte et qui accouche à la demande d'autres parents"; "parents porteurs" pour désigner la mère porteuse et l'homme avec lequel elle est éventuellement mariée. Les parents demandeurs peuvent éventuellement être un couple homosexuel.

Une distinction supplémentaire est faite entre la maternité pour autrui "de gestation", et la maternité pour autrui "génétique". Dans le premier cas, la mère porteuse n'est pas la mère génétique de l'enfant. L'ovule vient de la mère demandeuse et est fécondé in vitro par le sperme – habituellement – du père demandeur (don d'embryon à la mère porteuse). Parce que l'intervention d'un médecin est nécessaire dans ce type de gestation-pour-autrui, on parle aux Pays-Bas de maternité de substitution "de haute technologie"¹. Dans le second cas, la mère porteuse est également la mère génétique. L'ovule vient de la mère porteuse elle-même, et une simple insémination artificielle à partir du sperme du père demandeur suffit, éventuellement sans intervention médicale (auto-insémination)². Pour cette raison, on dénomme ce type "maternité de substitution de basse technologie".

¹ Des dénominations correspondantes sont les suivantes : "grossesse de substitution" et "grossesse de remplacement" ; "gestation-pour-autrui au sens strict" et "gestation-pour-autrui au sens large"; "prêt de gestation" et "gestation-pour-autrui"; gestation-pour-autrui "partielle" et "complète", etc.

² On peut même imaginer que l'enfant n'ait aucun lien génétique avec les parents demandeurs: l'ovule venant de la, mère porteuse, et le sperme d'un donneur. Ces cas ne sont pas pris ici en considération.

1.2. Explication des définitions

La définition de la "gestation-pour-autrui" fait l'objet de discussions : porte-t-elle sur la cession d'un enfant, sur la cession des droits et devoirs parentaux, ou sur les deux ? Le choix en ces matières est lui-même l'expression d'un point de vue influencé par des valeurs concernant la maternité de substitution. Ci-dessus le Comité a choisi un terme "neutre", à savoir "gestation-pour-autrui", mais cette neutralité implique déjà une perspective qui recouvre les dimensions émotionnelles et relationnelles de la maternité de substitution. Parce que nous devons bien utiliser des mots et des définitions, nous proposons ici des explications qui placent ces choix dans leur juste lumière.

La gestation-pour-autrui n'est pas nécessairement liée à la fécondation médicalement assistée. Dans la Bible, Sarah, stérile, donne sa servante Hagar à son mari Abraham pour avoir une descendance (Genèse, 16). Dans ce sens la gestation-pour-autrui se rapproche plus de l'adoption que de la procréation médicalement assistée. On peut donc aussi interpréter la gestation-pour-autrui comme une adoption convenue d'avance.

Cependant, à la base des conventions entre parents demandeurs et mère porteuse ne se trouve pas seulement un désir d'adoption. Les demandeurs veulent adopter un enfant "qui soit le leur", ce qui signifie qu'ils souhaitent avoir un lien génétique avec cet enfant. Dans les cas où l'intervention de médecins est nécessaire pour réaliser ce désir, la gestation-pour-autrui entre dans le champ de l'aide médicale à la procréation. La mère porteuse devient un instrument pour réaliser cette assistance. Ce recours à l'aide médicale pour résoudre les problèmes de procréation de couples infertiles a ouvert la voie à l'option selon laquelle ce sont les intentions des personnes et les conventions entre elles qui donnent leur force aux liens de filiation. La gestation-pour-autrui, dans cette perspective, se situe dans le prolongement de la philosophie de la procréation médicalement assistée. Dans certains états des Etats-Unis il y a même une loi – découlant de la jurisprudence des conventions de maternité de substitution – qui autorise la création de liens de filiation par déclaration des parties. Il y a là une tendance à détacher complètement les liens de filiation de leurs réalités biologiques.

Il faut cependant souligner une différence importante entre la gestation-pour-autrui et les autres formes de procréation assistée. Dans toutes ces autres formes, la possibilité de mettre au monde son "propre" enfant signifie bien que le lien relationnel entre parents et enfant prime sur le lien génétique, (éventuellement présent lui aussi, et souvent fortement souhaité): mais dans ces cas, la mère demandeuse fait l'expérience vécue de la grossesse, construit des liens directs, déjà prénataux, avec l'enfant et met elle-même l'enfant au monde. Cela n'est pas le cas dans la gestation-pour-autrui.

Les différentes perspectives éthiques qui seront décrites plus loin sont fortement influencées par les options d'arrière plan signalées ci-dessus: une forme d'adoption ou bien une forme d'assistance médicale à la procréation; une forme très particulière d'assistance à la procréation ou bien une suite logique des autres formes; et ainsi de suite.

2. Étendue de la pratique

2.1. En Belgique

La gestation-pour-autrui est probablement rare en Belgique et n'est pratiquée que par deux centres dans de strictes indications médicales. La plupart des demandes traitées concernent la forme de "haute technologie" où la mère porteuse n'est pas la mère génétique de l'enfant. L'ovule provient de la mère demandeuse parce que ceci répond mieux au désir des parents demandeurs. Les demandes de maternité pour autrui motivées par des raisons de convenance (esthétiques ou de carrière p. ex.) ne sont pas acceptées. Les indications médicales au sens strict sont l'absence d'utérus (congénitale, p. ex. dans le syndrome de Mayer Rokitanski Küster³, ou pour ablation chirurgicale, p. ex. suite à un cancer du col de l'utérus), ou l'impossibilité d'implantation d'un embryon (p. ex. suite à des lésions graves de l'utérus). Ces indications médicales strictes peuvent parfois être élargies. (p. ex. pour des femmes pour lesquelles une grossesse présenterait un danger vital important, ou pour des femmes présentant, pour des raisons inconnues, un nombre inhabituel d'avortements spontanés.⁴)

La décision du type de gestation-pour-autrui, c.à.d gestationnelle ou génétique, se prend sur des bases médicales. Si la mère demandeuse dispose d'ovaires normaux, on recourt plutôt au transfert d'embryon à la mère porteuse; dans l'autre cas, l'embryon vient d'un ovule de la mère porteuse et du sperme du père demandeur.

Dans la pratique, seule une partie des demandes est réalisée, non seulement parce que la plupart des centres y apportent une réponse négative et se contentent de renvoyer les demandes vers l'étranger, mais aussi et surtout parce que les demandeurs eux-mêmes, après consultation et réflexion, renoncent à ce type de procédure en raison des complications possibles personnelles, psychologiques, médicales et relationnelles⁵. Néanmoins, il faut souligner qu'on ne dispose d'aucune donnée sur les demandes de maternité de substitution de basse technologie qui échappent entièrement à la sphère médicale (auto-insémination).

Les parents demandeurs recrutent eux-mêmes la mère porteuse, le plus souvent parmi des amies ou chez une sœur. Quelques demandes concernent aussi la gestation-pour-autrui "intergénérationnelle". Dans ces cas, c'est la mère de la mère demandeuse, ou à l'inverse la fille de la mère demandeuse qui se propose comme mère porteuse.

La pratique se déroule apparemment, dans notre pays, de manière totalement non commerciale, sur la base d'une convention qui reste juridiquement sans aucune valeur. Elle ne peut être considérée que comme un engagement d'honneur qui rend compte des intentions des parties concernées. La femme qui accouche de l'enfant est la mère légale (voir plus loin). Bien que l'échange soit non commercial, la mère porteuse

³ Une affection rare (1/4000 ou 1/5000 filles à leur naissance) se caractérise par une absence congénitale d'utérus et de vagin, alors que les organes génitaux externes sont normaux avec une petite partie du vagin, et que les ovaires sont intacts.

⁴ Voir p. ex. Raziell A, Friedler S, Schachter M, et al, Successful pregnancy after 24 consecutive fetal losses : lessons learned from surrogacy, *Fertility and Sterility* 2000; 74, 1: 104-106.

⁵ Voir p.ex. O.B.A. van den Akker, "Organizational and assessment of women entering a surrogacy agreement in U.K.", *Human reproduction* 1999; 14: 262-266.

reçoit une indemnité servant à compenser son manque à gagner et à couvrir les frais médicaux et autres frais. Ces indemnités ont la signification d'une compensation pour les frais encourus, et aucunement celle d'un paiement pour une prestation de gestation.

2.2. Hors de Belgique

Aux Pays-Bas, la pratique de la gestation-pour-autrui est organisée depuis 1997 par un avis du Ministère de la Santé Publique, du Bien-être et des Sports⁶. Parmi les règles les plus importantes figure le fait que la gestation-pour-autrui doit rester non-commerciale, et doit se situer de préférence en rapport avec la recherche. La pratique est organisée par une Directive de la Société Néerlandaise d'Obstétrique et de Gynécologie⁷.

Cette directive se résume comme suit :

- Seules les indications médicales strictes sont prises en compte: absence d'utérus avec ovaires intacts; utérus non fonctionnel avec ovaires intacts; affection sérieuse de la mère, pour qui une grossesse présenterait un risque vital.
- Critères d'inclusion pour les parents demandeurs, entre autres: être en état de fournir eux-mêmes le "matériel génétique"; être en état d'assumer les tâches de la parenté; trouver eux-mêmes une femme qui accepte de devenir mère porteuse; mère demandeuse âgée au maximum de 40 ans.
- Critères d'inclusion pour les mères porteuses, entre autres: avoir elle-même déjà mené à bien une grossesse sans complications et avoir accouché; ne pas présenter de probabilité de grossesse à risque plus élevée que normalement; être prête à se soumettre à un certain nombre de règles, comme la retenue envers les drogues, le tabac et l'alcool; n'avoir pas atteint ses 40 ans.
- Critères d'inclusion pour les deux parties, entre autres: la signature d'un formulaire de consentement éclairé mentionnant les traitements et leurs risques; la consultation préalable d'un juriste sur les aspects du droit familial concernés par la gestation-pour-autrui; établir un accord avec des conventions précises pour les différentes phases de la grossesse; se soumettre à un examen de follow-up psychologique et médical.

Aux Pays-Bas, l'intervention d'intermédiaires, même non-commerciaux, est interdite. Tout comme en Belgique, les conventions juridiques concernant la grossesse restent absolument sans aucune valeur. La femme qui accouche de l'enfant en est la mère légale (voir plus loin pour la législation Belge). Les lois sur l'adoption restent le cadre du transfert des droits parentaux.

Au Royaume-Uni la gestation-pour-autrui est permise, pour autant que la pratique n'en soit pas commerciale (Surrogacy Arrangements Act, 1985). D'après les évaluations, on estime de 50 à 80 le nombre annuel de familles créées « par substitution ». Comme en Belgique et aux Pays-bas, les conventions concernant la gestation-pour-autrui ne sont pas juridiquement contraignantes. Sur le plan de l'état civil, la femme qui accouche est la mère légale. La mise en conformité des relations de filiation doit se réaliser via les lois sur l'adoption. A côté de cela, le « Human

⁶ Circulaire 97-006 VWS, 12 mai 1997.

⁷ Nederlandse Vereniging voor Obstetrie en Gynaecologie (NVOG), richtlijn n° 18, Hoogtechnologisch Draagmoederschap 1998.

Fertility and Embryology Act » de 1990, section 30, prévoit la possibilité d'acquérir, via une grossesse demandée à autrui, une sorte de « parental order ». Si l'enfant vit chez les parents demandeurs mariés et est élevé par eux, la parenté peut leur être transférée après six mois à dater de la naissance. L'échange d'argent ou d'autres biens ou avantages au-delà du niveau d'un simple indemnité est un empêchement à accorder le « parental order ». Les « gardiens » nommés pour effectuer les enquêtes dans le cadre des cas de « parental order » doivent explicitement vérifier s'il a été ou non question d'une transaction commerciale.

Une équipe chargée d'examiner au Royaume Uni les quelques problèmes existants autour de la gestation-pour-autrui a proposé d'introduire un « Code général de pratique », contenant des règles analogues à celles du protocole Néerlandais de 1997 (cfr supra)⁸. À ce jour les ministres de la Santé publique n'y ont pas donné suite.

Des intermédiaires non commerciaux sont autorisés au Royaume-Uni. Dans la pratique, l'association COTS (Childlessness Overcome Through Surrogacy) est intervenue comme intermédiaire pour 475 grossesses de haute et de basse technologie de 1988 à 2003. Il s'agit d'une association sans but lucratif qui fonctionne sur les contributions de ses membres, parents demandeurs et candidates mères porteuses. Triangle, organisation faisant partie de COTS, met en contact les parents demandeurs et les candidates mères porteuses. Les membres ne versent à Triangle pour ce service que les frais⁹.

En résumé, on peut dire que le système Néerlandais repose sur la confiance entre personnes qui se connaissent, tandis que le système Britannique repose aussi sur la confiance entre personnes étrangères l'une à l'autre.

Aux Etats-Unis, la gestation-pour-autrui est fortement réglementée, mais sur une base commerciale. Des entreprises marchandes se proposent comme intermédiaires entre parents demandeurs et mères porteuses. Des décisions de tribunaux en Californie et au Massachusetts, et une jurisprudence naissante en Utah montrent une tendance à reconnaître juridiquement les « contrats de gestation » et à faire apparaître le nom des parents demandeurs sur les certificats de naissance.

Au lieu de faire appel à la confiance entre personnes qui se connaissent ou non, la tendance est aux Etats-Unis de contractualiser les rapports entre les parties, allant de pair avec une reconnaissance du caractère commercial du transfert de parenté.

⁸ Ceci est ce qu'on appelle le « rapport Brazier » : M. Brazier, A. Campbell, S. Golombok, Surrogacy. Review for health ministers of current arrangements for payments and regulation. Report of the review team. (1998).

⁹ Les frais initiaux pour être membre du COTS se montent à 200 £, et ensuite à 25 £ par an (Report of the Review Team, p. 25).

3. Cadre juridique actuel

Une convention de gestation-pour-autrui est actuellement dénuée de toute valeur juridique en Belgique (art. 6 et 1128 CC), et ce pour plusieurs raisons :

(1) le principe de l'indisponibilité du corps humain qui interdit que le corps fasse l'objet d'un contrat; (2) le principe d'indisponibilité du statut des personnes, qui interdit que les individus interfèrent dans les règles qui fixent la filiation; (3) le droit indisponible et inaliénable pour la mère qui porte et mettra au monde un enfant de déterminer son lien de filiation. Un contrat n'entraîne donc aucun droit.

Le transfert de filiation doit donc être réglé sur la base des lois existantes sur la détermination de la parenté et sur l'adoption. Il convient de remarquer que les lois sur l'adoption subissent pour le moment des changements importants (Loi sur la réforme de l'adoption du 24 avril 2003 (MB du 16/05/2003)).

3.1. Filiation

3.1.1. La mère légale

En droit belge, le fait pour une femme d'accoucher d'un enfant détermine sa maternité légale envers l'enfant. La pratique de l'accouchement anonyme n'étant pas admise en Belgique, la mère légale est la femme désignée comme telle sur l'acte de naissance. En cas de contestation de la maternité, il convient de distinguer deux hypothèses :

- si la femme qui a mis l'enfant au monde est également la mère génétique de cet enfant, sa maternité ne pourra pas être contestée par la femme demandeuse;
- si l'enfant est génétiquement celui du couple demandeur, une action en contestation pourrait être introduite. Il n'existe toutefois pas de jurisprudence à cet égard. Les avis sont partagés sur la question de savoir si la maternité gestationnelle doit ou non prévaloir sur la maternité génétique.

Ceci signifie que la possibilité de rompre le lien de filiation entre mère et enfant – ce qui est nécessaire dans la gestation-pour-autrui – reste incertaine en droit belge, à tout le moins si la mère accouche en Belgique où l'accouchement anonyme est impossible.

La rupture du lien de filiation ne peut intervenir que par la procédure de l'adoption plénière, mais le consentement de la mère légale à l'adoption ne peut être donné que deux mois après la naissance, tant dans le cadre de la loi de 1987, encore en vigueur, que de la nouvelle loi de 2003.

3.1.2. Le père légal

Dans la gestation-pour-autrui, il n'y a pas seulement deux "mères" en jeu, mais éventuellement aussi deux "pères", à savoir le père demandeur (dont provient le sperme), et le partenaire de la mère porteuse, qui est, comme on l'a indiqué, la mère présumée de l'enfant. Qui est alors le père légal de cet enfant ? Il faut distinguer ici plusieurs situations:

1. L'homme et la mère légale sont mariés

Comme règle générale, c'est le mari qui est présumé être le père de l'enfant (pater est

quem nuptia demonstrant, art. 315 CC). Les enfants nés pendant le mariage ou dans les 300 jours qui suivent sa dissolution ont donc l'époux légal pour père. Le père présumé peut, pendant l'année qui suit la naissance ou la découverte de celle-ci, contester sa paternité sur la base de l'art. 318 CC, s'il estime ne pas être le père biologique. L'homme doit alors en apporter la preuve, ce qu'il peut faire par tout moyen adéquat. L'art. 318, § 4 CC prévoit cependant une exception importante: l'action est irrecevable si l'époux a consenti à une insémination artificielle ou à un autre acte ayant la procréation pour but (sauf si la conception de l'enfant ne peut en être la conséquence). Dans le cas spécifique de la gestation-pour-autrui, ceci signifie que le mari de la mère porteuse mariée est légalement le père de l'enfant, sauf s'il n'a pas donné son accord pour l'insémination de son épouse par le sperme d'un autre homme.

2. L'homme et la mère légale ne sont mariés ni l'un ni l'autre

En règle générale, l'homme peut établir sa paternité par reconnaissance. Cette reconnaissance peut apparaître dans l'acte de naissance ou être faite devant notaire. Selon l'article 319 § 3 CC la mère et/ou l'enfant doivent y consentir¹⁰. En ce qui concerne la gestation-pour-autrui, ceci signifie que le père demandeur, moyennant l'accord de la mère porteuse, peut reconnaître l'enfant comme le sien. (Dans ce cas, la mère porteuse a porté l'enfant pour un couple non marié, ou pour un homme seul).

3. L'homme est marié, la mère légale ne l'est pas

L'homme marié – avec une autre femme que la mère porteuse - peut reconnaître l'enfant, moyennant homologation par le tribunal (art. 319bis CC). L'épouse de cet homme est convoquée au procès, et le tribunal ne peut refuser la reconnaissance que si le lien de descendance n'est pas prouvé. En ce qui concerne la gestation pour autrui, ceci signifie que si la mère porteuse n'est pas mariée, le père demandeur peut reconnaître l'enfant, et que la mère demandeuse est convoquée au procès.

4. L'homme et la mère légale sont mariés, mais pas ensemble

La reconnaissance de l'enfant par son père et la recherche de paternité par l'enfant sont possibles dans les conditions prévues par la loi. En ce qui concerne la gestation-pour-autrui, ceci signifie que le père demandeur ne peut reconnaître l'enfant de la mère porteuse comme le sien que selon des conditions strictes, dans l'intérêt de l'enfant. Selon la règle, c'est le mari de la mère porteuse qui est le père légal de l'enfant (voir ci-dessus, cas 1).

3.2. Adoption

3.2.1. La loi actuellement encore en vigueur

L'adoption permet à une/des personne(s) de se donner un descendant ayant les mêmes droits qu'un enfant sans qu'il doive exister un lien biologique avec le/les parents qui adoptent. À partir de deux mois après la naissance, les parents d'origine peuvent donner leur consentement à une adoption. On fait la différence entre adoption simple

¹⁰Sous réserve de la jurisprudence de la Cour d'Arbitrage.

et adoption plénière. Dans l'adoption simple, l'enfant garde ses droits dans la famille dont il est issu. Dans la gestation-pour-autrui, on choisit l'adoption plénière. L'enfant adopté a dès lors le même statut que s'il était né des parents adoptifs et cesse d'appartenir à la famille dont il est issu. Le ou les adoptants exercent l'autorité parentale et donnent leur nom à l'enfant.

L'adoption est un contrat passé devant le juge de paix ou devant notaire, et homologué par le tribunal de première instance (cfr art. 350-52 CC). Les conditions générales de l'adoption visent l'intérêt de l'enfant et lui donnent une base légale. La loi Belge interdit actuellement l'adoption plénière aux couples non mariés.

La loi prévoit que les parents d'origine (le plus souvent une femme seule) établissent une déclaration d'adoptabilité qui est réalisée par des tiers (des services d'adoption), de telle sorte qu'il n'est pas nécessaire qu'une rencontre ait lieu entre les parents d'origine et les parents adoptants. Les services d'adoption respectent des critères stricts qui veillent à ce que soit respectée l'exigence de base, que l'adoption se fasse pour le bien de l'enfant. La demande d'enfants à adopter est plus importante que l'offre, de telle sorte qu'il existe en pratique des listes d'attente. Rien n'empêche les services d'adoption de tenir compte d'un accord de grossesse effectuée pour une autre, et d'après nos informations, certains en tiendraient compte. Il n'est pas non plus légalement exigé de faire appel à un service d'adoption. La question reste cependant de savoir si une adoption peut être renoncée quand elle est consécutive à une convention (nulle) de gestation-pour-autrui. Il arrive en effet qu'en raison de circonstances spécifiques le tribunal refuse de prononcer l'adoption plénière et n'accepte de prononcer qu'une adoption simple (cfr. infra).

3.2.2. Loi de réforme de l'adoption, du 24 avril 2003 (MB du 16/05/2003)

Les principales innovations de la loi (qui n'est pas encore d'application¹¹), qui pourraient concerner la gestation-pour-autrui sont les suivantes:

1. La possibilité pour des cohabitants de sexes différents non apparentés d'adopter un enfant s'ils vivent ensemble depuis au moins trois ans au moment de l'introduction de la demande.
2. Un contrôle particulier est institué sur la capacité des parents adoptants et l'opportunité pour eux d'adopter un enfant. Dorénavant cette capacité devient une condition de fond. Celui qui désire adopter un enfant doit fournir un certificat établi par une instance reconnue par les Communautés. Cette instance organise des formations et atteste de la capacité des candidats adoptants (en tenant compte de la situation personnelle, familiale et médicale de ces candidats). Ce certificat n'est toutefois pas requis lorsque l'adoptant désire adopter un enfant qui lui est apparenté jusqu'au 3^{ème} degré, à lui-même, à son conjoint ou à son cohabitant, même décédés, ou dont il partage la vie quotidienne, ou avec lequel il entretient déjà un lien social et affectif.
3. La conception selon laquelle l'adoption est un contrat, est abandonnée. L'acte d'adoption et la procédure d'homologation sont supprimés et remplacés par une simple décision contradictoire judiciaire. Le juge de la jeunesse officie comme

¹¹Le fait que cette loi ne soit encore en vigueur vient de ce qu'une partie des compétences en ces matières sont de niveau Communautaire, et que les Communautés n'ont pas encore pris les décrets nécessaires.

juge de l'adoption.

4. L'adoption ne peut avoir lieu que dans 'l'intérêt supérieur' de l'enfant et dans le respect des droits fondamentaux qui lui sont reconnus en droit international.

Cette nouvelle loi complique le transfert des droits de parenté dans les cas de gestation-pour-autrui, tout au moins entre personnes non apparentées, sauf si l'enfant est accueilli par les demandeurs dès sa naissance. Hormis ces cas, les parents demandeurs devront fournir un certificat attestant de leur capacité et de l'opportunité de cette adoption.

3.3. Statut de l'enfant né d'une gestation-pour-autrui

3.3.1. Accouchement en Belgique

La femme qui accouche de l'enfant, en l'occurrence la mère porteuse, est la mère juridique de l'enfant si elle accouche en Belgique (interdiction de l'accouchement anonyme). Comme mentionné plus haut, la conclusion d'une éventuelle contestation de maternité reste juridiquement incertaine.

La filiation paternelle dépend de l'état civil de la mère porteuse. Si celle-ci n'est pas mariée, le père demandeur peut reconnaître l'enfant avec l'accord de son épouse s'il est marié. Si la mère porteuse y consent, l'enfant peut ensuite être adopté par la mère demandeuse. Les époux demandeurs pourraient aussi adopter ensemble. Si la mère porteuse décidait de garder l'enfant, elle pourrait obliger le père demandeur, s'il est le père biologique, à reconnaître l'enfant en intentant une action en recherche de paternité.

Si la mère porteuse est mariée, son conjoint est automatiquement le père légal de l'enfant. Si le mari a consenti à un don de sperme chez son épouse ou à tout autre acte ayant la conception pour but, il ne peut plus contester sa paternité sur base d'incompatibilité génétique. De même le père demandeur, bien qu'il soit le père génétique de l'enfant, ne peut contester la paternité du « père porteur », parce que le droit de contester la paternité est réservé aux partenaires mariés et à l'enfant entre 18 et 22 ans. Les parents demandeurs ne disposent donc d'aucun moyen de droit pour obliger éventuellement les « parents porteurs » au transfert de leurs droits de filiation. La seule possibilité de contester le lien entre l'enfant et le mari de la mère porteuse réside dans le fait que ce mari n'aurait pas donné son accord à la fécondation de son épouse par un tiers¹², ou que cet accord ne peut être prouvé. La paternité du mari de la mère porteuse pourra également être contestée si ces conjoints étaient, au moment de la conception, engagés dans une procédure de divorce, ou s'ils étaient autorisés par le juge de paix à résider séparément. Ceci est important du point de vue du respect, par les parents demandeurs, d'une convention de gestation-pour-autrui (p. ex. si l'enfant naît handicapé).

L'adoption plénière permet de transférer les droits de parenté aux parents demandeurs. La mère porteuse ne peut y consentir que deux mois après la naissance, mais rien n'empêche bien évidemment les parents demandeurs de prendre l'enfant en charge dès avant cette date.

¹² Cfr. Une décision du Tribunal de première instance de Gand, du 31 mai 2001, d'où il ressort qu'une contestation de paternité est recevable lorsque la mère a été fécondée par insémination artificielle dans le cadre d'un contrat de gestation-pour-autrui, et que les faits ne montrent pas que l'époux de cette femme ait donné son accord pour cette insémination artificielle.

Les avis restent partagés en ce qui concerne l'acceptabilité juridique d'une adoption par rapport à une convention – de valeur nulle - de gestation-pour-autrui. Une décision du 4 octobre 2000 du tribunal de la jeunesse de Turnhout, dans un cas où une sœur se présentait comme la mère porteuse de deux enfants obtenus à partir des gamètes des parents adoptifs, n'interprète pas l'existence d'une convention de gestation-pour-autrui comme un motif illégal, mais comme un motif non pertinent pour justifier une adoption¹³.

En France par ailleurs, la cour de Cassation a jugé en 1991 qu'une adoption réalisée dans le cadre d'une convention préalable de gestation-pour-autrui n'était pas légale, parce qu'elle reposait sur une convention nulle¹⁴.

Les membres du Comité estiment que l'intérêt de l'enfant est prioritaire et que, si on admet la gestation-pour-autrui, la réalisation d'une adoption souhaitée tant par la mère porteuse que par les parents demandeurs est 'la manière de régler au mieux le sort d'un enfant qui existe'. Toute autre solution consisterait à punir l'enfant lui-même en raison des conditions de sa conception.

3.3.2. *Accouchement anonyme (France, Luxembourg)*

Dans le cas d'accouchement anonyme dans un pays où la pratique en est légale, l'enfant n'a pas de parents légaux, mais le père demandeur (qui a été le donneur de sperme) peut reconnaître l'enfant.

Quant à la mère demandeuse, elle pourrait reconnaître l'enfant en déclarant mensongèrement qu'elle est la femme qui en a accouché. Les membres du Comité sont unanimes à reconnaître comme non éthique une reconnaissance mensongère. Celle-ci pourrait d'ailleurs être contestée, même par le Ministère public, car elle constituerait un délit de suppression et de supposition d'enfant puni par le Code Pénal. Comme dit précédemment, (3.2.) la mère demandeuse pourrait adopter l'enfant, soit seule, soit avec son mari (loi actuelle) ou même avec son compagnon (nouvelle loi).

3.4. **Remarques critiques concernant le cadre légal**

Le corps humain, de même que la filiation et l'autorité parentale sont par principe hors commerce (cfr Art 1128 CC). Ceci signifie que les droits en rapport avec le corps humain (droits de la personnalité) et les droits et devoirs des parents (droits de la famille) ne peuvent être traités comme des droits disponibles (p.ex. sous forme de contrats).

Cependant, dans l'avis n° 27 du Comité consultatif de Bioéthique, concernant les dons de sperme et d'ovules, le paragraphe 1.2. a déjà décrit une tension croissante dans le droit entre, d'une part, l'indisponibilité des droits de la personnalité, et, d'autre part, une nette évolution dans le sens d'une disponibilité croissante du corps humain. Par le concept « d'indisponibilité » des droits de la personnalité on entend que ces droits sont considérés comme « des choses qui ne sont pas dans le commerce, et qui ne peuvent donc faire l'objet de transactions » (art. 1128 CC). Les possibilités de décision d'une personne sur son propre corps ont cependant augmenté à la suite de divers développements sociaux, mais aussi juridiques. Par exemple, le fait de mettre à

¹³F. Swennen, "Volle adoptie na draagmoederschap : nihil obstat ?" Rechtskundig weekblad 2001-2002, n°6, 6 octobre 2001, pp 206-207 .

¹⁴Cette décision a été fortement critiquée : cfr. X. DIJON, J.-P. MASSON, Journal des Tribunaux, 1991 p.768-771.

disposition des parties du corps pour des motifs thérapeutiques, ou pour des motifs de recherche; ou encore, le fait, par un don, d'améliorer la santé ou de sauver la vie de quelqu'un. Une frontière claire reste tracée quant à la disponibilité à des fins commerciales: en effet, la disponibilité à des fins commerciales reste interdite (cfr loc. cit. Avis n° 27 pour plus de détails). L'espace juridique permettant de disposer avec liberté de son propre corps et de prendre ses propres décisions dans le domaine du planning familial, de la contraception, de l'interruption volontaire de grossesse, et de l'euthanasie ne fait ainsi que croître.

Ce constat est d'importance pour aborder les problèmes concernant la gestation-pour-autrui. Selon Nathalie Massager, "il convient de bien distinguer entre la légitimité éthique d'une convention et sa légalité juridique. La réglementation juridique est elle-même liée à des options éthiques, en ce sens:

1. Qu'elle est *inspirée* par des options éthiques sur la légitimité de la parenté (par exemple, que la parenté de gestation, en ce qui concerne la mère, a priorité sur la parenté génétique ou sur la parenté sociale).
2. Qu'elle est utilisée pour *étayer* certaines options éthiques (par exemple lorsque quelqu'un, sur la base du droit des contrats, décide que la gestation-pour-autrui n'est pas éthiquement correcte).
3. Que l'interprétation des règles en vigueur concernant la fécondation médicalement assistée sous l'influence d'un « lecture qui cadre mieux avec la réalité sociale » se modifie peu à peu.

On doit par conséquent oser réexaminer les principes du droit concernant de telles conventions (de grossesse), et si nécessaire les remettre en question."

A la lumière des considérations présentées ci-dessus, qui peuvent inspirer une modification des lois, deux tendances se distinguent au sein du Comité:

Certains membres du Comité estiment qu'en ce qui concerne la disposition de l'autorité parentale (transfert des droits et devoirs parentaux) il a de tout temps existé des formes juridiques spécifiques au sein du droit familial: l'adoption, le transfert de l'autorité parentale à un tuteur et à un conseil de famille, etc. Des droits patrimoniaux comme p.ex. des contrats, ne doivent pas être impliqués ici. Ces membres pensent qu'une réglementation juridique de la gestation-pour-autrui établie dans le cadre du droit des personnes (droit de la famille) peut éviter le danger de réification et de commercialisation.

D'autres membres du Comité pensent plutôt qu'organiser le statut de personnes à venir ne doit pas nécessairement être réglé par le droit de la famille. Ce point de vue implique en effet que, dans ce cas, d'autres formes de procréation assistée telles que le don d'embryons devraient elles aussi s'accompagner du transfert des droits parentaux. Selon l'avis de ces membres les donneurs d'embryons, ou la mère porteuse, n'ont jamais été les "parents" ou "la mère" de la personne à venir. Il ne peut donc être question de transfert des droits parentaux dans le cadre du droit de la famille. Ces membres estiment qu'il faut prendre le chemin de conventions et du droit des contrats pour régler ces questions. Certains d'entre eux estiment également que prendre cette voie permet aussi bien – et doit permettre – d'éviter la réification et la commercialisation.

Les membres du Comité reconnaissent tous que les conventions de grossesse peuvent donner lieu, à la naissance de l'enfant, à des conflits spécifiques entre les parents demandeurs et les parents porteurs. Il convient de les anticiper. Deux situations sont à

distinguer:

- *Situation 1* : La mère porteuse refuse de se séparer de l'enfant, et les deux parties en réclament la parenté.
- *Situation 2* : La mère porteuse désire réaliser l'accord préalablement conclu, mais les parents demandeurs refusent de recevoir l'enfant ou les enfants (parce que le couple receveur connaît des problèmes relationnels, ou parce que l'enfant est né handicapé, ou, en cas de grossesses multiples, parce qu'ils n'ont souhaité qu'un enfant).
Dans ce second cas, de deux choses l'une :
 - soit la mère porteuse souhaite ou accepte d'éduquer le ou les enfants
 - soit la mère porteuse n'entend pas assumer la charge du ou des enfants.

Les tenants des deux tendances décrites ci-dessus (droit de la famille et droit des contrats) diffèrent d'opinion sur la manière dont il convient d'anticiper ces situations conflictuelles.

Situation 1

Deux points de vue s'affrontent.

Certains membres du Comité estiment qu'un contrat de gestation-pour-autrui est un contrat "sui generis" dont l'objet – la séparation d'avec un enfant – ne peut être imposée. *Pour d'autres membres* du Comité, il doit être obligatoire de respecter le contrat de gestation-pour-autrui. La mère porteuse, qu'elle soit génétique ou gestationnelle, est obligée de donner l'enfant aux parents demandeurs.

Les tenants du premier point de vue estiment qu'obliger une mère porteuse à se séparer de l'enfant qu'elle a porté est inhumain. Ils considèrent que la liberté de garder l'enfant qu'elle a mis au monde est un droit fondamental de toute femme. Ces membres s'appuient, pour étayer cet avis, sur le caractère fortement intime du vécu d'une grossesse, qui modifie l'intégrité tant physique que psychique de la femme. De ce fait, la valeur qui sera finalement donnée par la mère porteuse au lien qui l'attache à l'enfant n'est pas prévisible à l'avance. Ces Membres du Comité estiment également que la maternité "de gestation" doit primer sur d'autres formes de parenté, par exemple génétique ou intentionnelle.

Les tenants du second point de vue donnent, quant à eux, la priorité aux intentions et aux intérêts des parents demandeurs. Ils estiment qu'un contrat de cession de parenté doit être respecté exactement comme tout autre contrat. Ceci pour les motifs suivants: (1) une candidate mère porteuse doit être considérée comme compétente pour juger des implications d'une gestation-pour-autrui, (2) le désir des parents demandeurs d'avoir un enfant qui leur soit propre est si fondamental qu'il pèse plus lourd que les liens éventuels qui ont pu se nouer pendant la grossesse entre la mère porteuse et l'enfant. D'une manière générale, le fait de définir qui a l'intention de prendre en charge la parenté détermine qui sont les parents.

Situation 2

Les membres du Comité soulignent que dans ces cas, la seule condamnation des parents demandeurs à payer des dommages et intérêts à la mère porteuse ne règle en rien le sort de l'enfant. Les lois existantes apportent une réponse partielle à cette situation problématique pour l'enfant, lorsqu'un lien de filiation peut être démontré avec le père demandeur. Si la mère porteuse a été inséminée par le sperme du père

demandeur, ou que l'embryon implanté chez elle provient du couple demandeur, le père demandeur ou les parents demandeurs peuvent être contraints de prendre en charge leurs devoirs parentaux envers l'enfant. La meilleure solution pour l'enfant serait cependant d'être adopté par des parents adoptifs qui désirent un enfant.

Dans le cas où l'enfant naît handicapé, deux questions supplémentaires se posent.

1. La responsabilité de la mère porteuse en fonction d'une action possible du chef de "wrongful birth" (avec l'éventualité de dédommagements à verser aux parents demandeurs pour préjudice subi), ou du chef de "wrongful life" (avec l'éventualité de dédommagements à verser à l'enfant pour préjudice subi).
2. Le problème de l'avortement pour raisons médicales. Lorsque le diagnostic prénatal médical ou l'échographie de routine montre le risque d'un handicap, certains membres du Comité estiment que la mère porteuse devrait être placée devant le choix entre un avortement ou la rupture du contrat de grossesse-pour-autrui par les parents demandeurs. D'autres membres du Comité rappellent que l'avortement est un droit, mais ne peut jamais être une obligation (contractuelle). Si la mère porteuse décidait de poursuivre la grossesse et d'accoucher malgré sa connaissance des risques encourus, elle s'exposerait cependant à des revendications judiciaires du chef de "wrongful life"¹⁵.

¹⁵ Cfr projet de loi voté au Sénat ouvrant l'accès à la justice pour les mineurs.

4. Aspects éthiques

4.1. Introduction

Le Comité a constaté dans plusieurs avis que la frustration d'un désir d'enfant, et en particulier d'un enfant provenant de soi, touche au plus profond des projets de vie des personnes. Mettre des enfants au monde appartient, pour la plupart des gens, à leur conception de ce qu'est une vie complète et satisfaisante. Les justifications éthiques de l'usage de techniques médicales d'assistance à la fertilité s'appuient sur le point de vue que la solidarité avec les personnes qui sont atteintes dans leur désir d'enfant est un bien. Les justifications éthiques de la gestation-pour-autrui doivent, elles aussi, être envisagées de ce point de vue : cette pratique est-elle une forme légitime de solidarité, ou, dit de manière plus neutre, d'aide aux personnes ou aux couples infertiles ?

Les membres du Comité estiment qu'il faut mettre l'accent sur les conséquences que peuvent subir les différents protagonistes d'une gestation-pour-autrui: les parents porteurs, les parents demandeurs et les enfants.

D'autres critiques concernent les conduites d'instrumentalisation du corps humain, de la reproduction et de l'intimité des personnes. Dans la gestation-pour-autrui en effet, des "services à la reproduction" sont installés avec des conventions d'allure commerciale; des indemnités de compensation sont versées et parfois en outre, comme aux Etats-Unis, de véritables rétributions. Parfois, des instances commerciales ou non commerciales interviennent comme intermédiaires entre parents demandeurs et mères porteuses; et, finalement, un "produit" (un enfant) change de parents.

Ces arguments seront successivement discutés.

4.2. Arguments liés aux dommages pouvant surgir des problèmes psychologiques et pratiques que soulève la gestation-pour-autrui

4.2.1. Inventaire

Dans la littérature, un certain nombre de problèmes liés à la gestation-pour-autrui sont signalés ou simplement redoutés. Nous les évoquons ici sans prendre en considération le caractère plus ou moins bien fondé de ces arguments. Dans la mesure où une information empirique est disponible, ces problèmes signalés ou appréhendés seront repris sous 4.2.2. On doit aussi se rappeler que les problèmes peuvent être différents selon que l'enfant est issu génétiquement des parents demandeurs, ou qu'il est issu de la mère porteuse et du père demandeur. Ceci pourrait conduire à des degrés d'attachement différents envers l'enfant, aussi bien du côté de la mère porteuse que de celui des parents demandeurs, ainsi qu'à des problèmes d'identification éventuellement différents du côté de l'enfant. En outre, la façon dont les parents demandeurs considèrent l'enfant comme "le leur" peut en être influencée

Problèmes liés aux risques médicaux d'une gestation-pour-autrui

Dans la littérature, on trouve peu d'informations relatives aux complications de grossesse chez les mères porteuses. Néanmoins, des risques sont inhérents à toute grossesse. Une mère porteuse prend, pour une autre femme, des risques de deux sortes: (1) les risques liés à une FIV, dans le cas de maternité de gestation; (2) les risques normaux d'une grossesse, liés aussi à l'âge. Outre les risques pour la mère

porteuse, existent également des risques pour le fœtus et pour l'enfant. Les données épidémiologiques disponibles montrent que les risques biologiques augmentent de manière exponentielle avec l'âge. L'étude européenne PERISTAT montre que la mortalité maternelle normale de 0,6/10.000 chez les femmes de 20 à 24 ans monte jusqu'à 73/10.000 chez les femmes de 40 ans et plus (plus qu'un facteur 100).¹⁶ Une autre étude montre, chez des femmes de 50 ans et plus, une forte augmentation des risques pour le fœtus (pathologies au plan du poids de naissance, de prématurité, de mortalité, etc.), et pour les mères (maladies cardiaques, hypertension, diabète, placenta praevia, etc.).¹⁷ Il n'y a pas de raison de penser que les femmes Belges diffèrent des femmes Européennes. Dans la Communauté Flamande, des risques similaires à ceux de l'étude Européenne ont été trouvés¹⁸. Même une sélection soigneuse des femmes entre l'âge de 50 à 63 ans montre une augmentation des risques par rapport au groupe des 20-24 ans (presque toutes ces femmes ont accouché par césarienne)¹⁹.

En fonction de son âge, la mère porteuse prend ainsi, en comparaison avec le groupe des 20-24 ans, un risque qui s'accroît exponentiellement, et cela au bénéfice d'une autre femme. Avec l'âge, les risques augmentent également pour le fœtus et pour l'enfant. Les grossesses multiples, lorsque plusieurs embryons sont placés chez la mère porteuse, augmentent encore ces risques d'un facteur inconnu.

Problèmes liés à l'attachement affectif de la mère porteuse envers l'enfant

1. Lorsque la mère porteuse s'attache à l'enfant dans la période prénatale, de sérieuses difficultés psychologiques peuvent survenir au moment où elle doit se séparer de l'enfant, ou lorsqu'une forte pression est exercée en ce sens. L'exemple type de cette situation est celui du "Bébé-M" aux Etats-Unis. La mère porteuse, Mary Beth Whitehead, a refusé de se séparer de l'enfant après sa naissance parce qu'elle avait développé une forte relation avec lui et le considérait comme "son" enfant (elle en était aussi la mère génétique). Lorsque la mère porteuse se sépare de l'enfant après la naissance, le risque d'une dépression post-natale peut être accru. Une éventuelle dépression peut aussi accroître les risques de conflits avec les parents demandeurs.
2. Lorsqu'un lien insuffisant se développe entre la mère porteuse et l'enfant, - parce qu'elle devra s'en séparer et ne le considère pas comme "le sien" - elle pourrait ne pas protéger suffisamment l'enfant pendant la grossesse et prendre toute sorte de risques pour sa santé (p. ex. faire un usage immodéré d'alcool, de tabac ou de drogues; ou prendre trop de risques dans des exercices sportifs). Ceci peut conduire à des conflits avec les parents demandeurs et/ou l'enfant en mettant en cause sa responsabilité (cfr. les plaintes pour "wrongful birth" et "wrongful life").

Problèmes relationnels du côté de la mère porteuse

1. *Avec le partenaire ou le mari:* la grossesse peut apporter des changements dans la

¹⁶S. Alexander, K. Wildman, W. Zhang et al. "Maternal health outcomes in Europe. Eur. J. Obstet. Gynecol. Reprod. Biol. 2003; 111 Suppl 1: S 78-87.

¹⁷HM Saliu, MN Shumpert, M Slay et al. Childbearing beyond maternal age 50 and fetal outcomes in the United States. Obstet. Gynecolog. 2003; 102: 1006-14.

¹⁸M. Temmerman, H. Verstraelen, G. Martens, A.Bekaert Delayed childbearing and maternal mortality. Eur. J. Obst. Gynecolog. Reprod Biol. 2004; 114: 19-22.

¹⁹RJ Raulson, R Boostanfar, P Saadat et al. Pregnancy in the sixth decade of life: obstetric outcomes in women of advanced reproductive age. JAMA 2002; 288: 2320-3.

relation entre la mère porteuse et son éventuel partenaire. En outre, pendant la phase d'insémination artificielle de la mère porteuse, ou du placement de l'embryon, la mère porteuse et son partenaire doivent s'abstenir de relations sexuelles. La conduite d'une grossesse demande un réel soutien de la part du partenaire de la mère porteuse. Celui-ci peut manquer ou se révéler insuffisant, parce qu'il (ou elle) ne ressent pas l'enfant comme le sien (ou la sienne). Il est donc possible que non seulement la mère porteuse doive être aidée, mais aussi son (sa) partenaire.

2. *Avec ses enfants*: l'abandon du "petit frère" ou de la "petite sœur" par la mère porteuse peut être interprété comme une disposition à abandonner ou répudier ses propres enfants, ou, de manière moins dramatique, à ne pas leur apporter les soins adéquats.
3. *Avec ses parents ou les membres de sa famille*: ces personnes peuvent elles aussi vivre la séparation d'avec l'enfant comme une rupture des relations traditionnelles de parenté, et de là, des rôles qui en découlent (de grands parents, d'oncle, de tante, etc.).
4. *Avec les amis, les connaissances et les voisins*: ceux-ci peuvent interpréter la séparation d'avec l'enfant comme allant à l'encontre de ce qu'on peut attendre d'une "bonne mère", et donc comme une forme d'abandon ou de maltraitance d'enfant. Des questions peuvent aussi se poser sur la "qualité" des motifs de la mère porteuse (voir point suivant).

Problèmes dans le domaine des relations entre les parents demandeurs et la mère porteuse²⁰

Les parents demandeurs engagent une tierce personne sur un mode très intime par leur projet de reproduction. Cela peut aussi bien être une sœur ou une amie qu'une personne inconnue auparavant de ces parents. Dans les deux cas, des problèmes relationnels peuvent se poser.

Engager une tierce personne dans un projet de reproduction peut créer un malaise et même un conflit si l'engagement de la mère porteuse est ressenti comme exagérément intrusif. Les problèmes se posent peut-être de manière d'autant plus intense que la relation avec la mère porteuse est plus intime (une amie, une sœur, une mère). Certains soulignent également que la maternité de substitution intergénérationnelle efface les différences entre les générations.

A l'inverse, la mère porteuse peut parfois se sentir insuffisamment impliquée dans le mode d'éducation donné par les parents, et être désillusionnée par les réactions des parents demandeurs.

Lorsque les parents demandeurs désirent cacher à l'enfant l'intervention d'une tierce personne dans son origine, - ce qui semble être souvent le cas dans les situations de reproduction médicalement assistée en général - se posent des problèmes supplémentaires si la mère porteuse est un membre de la famille ou une amie. Cacher cette contribution peut être interprété par la mère porteuse comme un manque de reconnaissance. A l'inverse, son désir de voir l'enfant informé de son intervention peut être interprété par les parents demandeurs comme un signe de ce que le "cadeau" ne leur est pas donné sans retour par celle qui l'a offert, et que celle-ci garde un droit de

²⁰ Seules les questions spécifiques de la gestation-pour-autrui sont ici prises en compte, et non d'autres questions relatives à la fécondation médicalement assistée (pour ces derniers, voir les avis n° 6, 19, 27, 28 et 29 du Comité consultatif de Bioéthique).

regard sur l'usage qui en est fait.

Problèmes relationnels du côté des parents demandeurs

L'entourage des parents demandeurs peut éventuellement réagir de manière défavorable à l'implication d'une mère porteuse dans le projet reproductif du couple: les grands-parents de l'enfant attendu, ou le cercle des connaissances. L'entourage peut ressentir le fait de confier la grossesse à une autre comme "l'achat" d'un enfant.

Autres problèmes chez les parents demandeurs

Les parents demandeurs concluent avec la mère porteuse une convention qui n'est pas entièrement opposable. Ceci signifie que la bonne fin d'une gestation-pour-autrui reste incertaine dans le cadre juridique actuel. Parce que cette incertitude concerne une valeur essentielle dans leur vie, les parents demandeurs sont vulnérables et potentiellement anxieux, ce qui peut conduire à une relation difficile avec la mère porteuse pendant la grossesse et la période immédiatement suivante, jusqu'à ce que le transfert de la filiation soit devenu un fait.

Lorsque la mère porteuse veut garder l'enfant, se pose le problème de la restitution de l'indemnité. Le contrat de gestation-pour-autrui n'est pas opposable en justice de telle sorte que les parents demandeurs se trouvent également en position vulnérable au plan financier envers la mère porteuse. Dans tous les cas, il peut y avoir en effet des montants importants mêlés à la gestation-pour-autrui²¹.

Problèmes du côté de l'enfant

Enfin se pose la question de savoir si naître d'une mère porteuse est bien dans l'intérêt de l'enfant. Exactement comme certains se demandent si naître d'une insémination artificielle ou d'une FIVETE peut provoquer des problèmes psychologiques chez les enfants nés à l'aide de ces techniques médicales, on doit se demander si le fait de savoir qu'une mère porteuse est intervenue ne va pas rendre difficile la formation de son identité pour l'enfant. Dans le cas d'une gestation-pour-autrui avec transfert d'embryon le problème se pose sans doute moins, puisque l'enfant a un lien génétique avec les deux parents et n'en a aucun avec la mère porteuse. Dans la gestation-pour-autrui par insémination de la mère porteuse, le problème peut se poser autrement. L'enfant peut avoir l'impression que sa "vraie" mère l'a abandonné à des tiers via un service de reproduction. Selon certaines théories psychologiques, par exemple la psychanalyse, des traumatismes psychologiques sérieux pourraient se présenter chez l'enfant né d'une grossesse pour autrui (et sans doute également chez la mère porteuse).

La revue de tous ces problèmes potentiels montre que, même s'ils ne se présentent pas aussi souvent que les scénarios pessimistes les imaginent, on doit s'attendre à ce que la gestation-pour-autrui suscite des situations dures et difficiles. La plupart des membres du Comité estiment que la gestation-pour-autrui est un beau geste de solidarité, tout en reconnaissant que dans la pratique des situations pénibles pourront

²¹ en M Brazier, A Campbell, S Golombok, Review Report, en annexe C est donnée une appréciation des frais versés dans 39 cas approuvés par les "guardians". Les sommes variaient entre 0 £ et 12.000 £, avec une moyenne de 3.470 £

se produire, et vraisemblablement se produiront. Outre les problèmes potentiels personnels et relationnels existent aussi de risques médicaux. La mère porteuse encourt des risques de santé pour une autre. Le risque médical principal vient certainement de l'âge auquel la grossesse a lieu.

Certains membres du Comité ajoutent que les effets malheureux de la grossesse pour autrui ne concernent pas seulement le plan individuel. Il y a également, dans notre société, le sentiment général que la personne qui donne naissance à un enfant en a nécessairement la responsabilité. Cette responsabilité est encore accrue du côté de la mère, qui a porté l'enfant pendant neuf mois, et l'a mis au monde. Permettre la grossesse pour autrui par où on accepte aussi que la mère porteuse soit déchargée de sa responsabilité, pourrait, à long terme, affaiblir les sentiments normaux qu'il y a à un devoir. Cet argument portant sur l'érosion de la force du lien parental peut être ajouté aux autres arguments qui craignent une chosification des relations humaines. Il est très difficile d'évaluer la force de tels arguments, car les données empiriques manquent totalement en la matière.

4.2.2. Quelques données empiriques en rapport avec les problèmes soulevés

Les problèmes signalés plus haut, ou au moins quelques uns d'entre eux, se présentent quelque fois indiscutablement de manière sérieuse. Le parcours plein de risques depuis l'établissement d'une convention de grossesse jusqu'à la remise de l'enfant peut même, selon l'expérience d'une seule clinique de fertilisation néerlandaise²², conduire à une série de cas 'difficiles' en cascade chaque fois pour des circonstances différentes et imprévues. Certains problèmes qu'on redoutait ne se présentent cependant pas souvent dans la pratique, pour autant que nous disposions de données accessibles. Lorsqu'ils apparaissent quand-même, les conséquences en sont potentiellement dramatiques, pour la mère porteuse, pour les parents demandeurs, et/ou pour l'enfant.

Le problème le plus visible est sans doute le refus, de la part de la mère porteuse, de donner l'enfant après la naissance, malgré toutes les conventions. De tels refus sont rares en pratique. Aux Etats-Unis, pour un cas, le Bébé-M, des centaines d'enfants sont nés de mères porteuses sans donner lieu à des procès. Dans quatre cas seulement des problèmes ont été soulevés autour de la cession de l'enfant et, parmi ceux-ci, trois situations ont été réglées à l'amiable, sans intervention de juges. D'après une autre estimation, il y a eu six cas pour lesquels des problèmes sont apparus en raison de l'attachement de la mère porteuse à l'enfant, sur un total de 800 à 1000 grossesses pour une autre aux Etats-Unis jusqu'en 1987²³.

Susan Golombok évalue à 5% le nombre de cas où la mère porteuse a été tentée de garder l'enfant²⁴. Des évaluations précises, qui peuvent présenter un biais de sous-évaluation, donnent des chiffres moins importants. Une recherche de Golombok elle-même sur l'expérience de 34 mères porteuses au Royaume-Uni montre qu'une seule mère porteuse a éprouvé des doutes au moment de donner l'enfant. Aucune n'a connu de problèmes graves après la séparation d'avec l'enfant, une mère porteuse a éprouvé des problèmes moyennement sérieux, onze quelques problèmes, et le reste aucun problème. Il n'y a pas eu de cas de dépression clinique.

²²Communication verbale à un membre du Comité.

²³G.E. Pence, *Classic cases in medical ethics*, 2nd edition, New York, McGraw-Hill, 1995, chap 5: "Surrogacy: Baby-M".

²⁴Communication orale à la sous-Commission.

D'une étude sur l'attachement entre la mère porteuse et l'enfant pendant la grossesse, il ressort que le degré auquel des problèmes se posent dépend de deux facteurs majeurs : (1) la mesure dans laquelle la mère porteuse a acquis confiance dans les parents demandeurs; (2) la mesure dans laquelle la mère porteuse peut prendre distance d'avec l'enfant en considérant sa grossesse comme un "job" ou un "service". Des groupes d'entraide entre mères porteuses au Royaume-Uni semblent encourager ces mères à considérer leur grossesse comme un travail rétribué. Aux États-Unis existent aussi bien des programmes "ouverts" que des programmes "fermés". Dans les premiers, la mère porteuse garde le contact avec les parents demandeurs et y est encouragée tandis que c'est le contraire pour les seconds. Il semble que seules les mères porteuses du programme fermé aient connu des problèmes de cession de l'enfant. Au Royaume-Uni également, des mères porteuses estimaient que des rapports tendus avec les parents demandeurs constituent leur plus mauvaise expérience dans tout le processus. Dans la population interrogée dans l'étude de Baslington, où la théorie du lien, récemment construite, a été exposée, une des mères porteuses seulement refusait de se séparer de l'enfant. Il s'agissait d'une situation où elle doutait des compétences du père demandeur et se faisait du souci pour l'avenir de l'enfant. Cette même mère porteuse avait déjà dans le passé porté un enfant pour une autre et l'avait donné sans problème aux parents demandeurs²⁵.

On peut en conclure que, bien que des problèmes d'attachement puissent en effet surgir, ils peuvent se résoudre par du counseling et l'organisation des rapports entre mères porteuses et parents demandeurs. Il faut remarquer que l'introduction d'éléments objectifs dans la situation relationnelle facilite la grossesse de substitution. Ceci n'est pas nécessairement un argument en faveur de la commercialisation de la gestation-pour-autrui, mais bien pour l'introduction de méthodes relationnelles apportant un soulagement psychologique (p. ex. indemnités compensatoires, contrats, intermédiaires non-commerciaux, etc.)

Une étude de Jadvá et al. apporte des données quant à l'impact de la gestation-pour-autrui sur les relations de la mère porteuse²⁶. Pour environ la moitié des mères porteuses, les membres de la famille étendue, les amies et les connaissances ont réagi positivement; dans quelques cas jugés négatifs, les rapports avant et après la grossesse évoluèrent favorablement. Quatre des 21 partenaires des mères porteuses ont réagi négativement au départ. Une seule mère porteuse rapporte des sentiments négatifs persistants chez son partenaire, tandis que chez les autres, le partenaire s'est montré par la suite soutenant ou même très soutenant. Les relations avec le partenaire, selon un test standardisé, ont atteint des scores de bon à au-dessus de la moyenne. Les mères porteuses semblent provenir de situations familiales stables et satisfaisantes, lorsqu'elles ont un partenaire. La même étude montre que 26 des 31 mères porteuses qui avaient déjà des enfants ont rapporté que ces enfants se sont montrés positifs envers l'expérience de la gestation-pour-autrui; dans cinq cas, les enfants étaient ambivalents ou neutres.

Une étude de MacCallum et al. présente des données analogues à propos des parents

²⁵ H. Baslington, The social; organisation of surrogacy: relinquishing a baby and the role of payment in the psychological detachment process, *Journal of Health Psychology* 2002; 7: 57-71.

²⁶ V. Jadvá, C. Murray, E. Lycett, F. MacCallum, S.. Golombok, Surrogacy: the experience of surrogate mothers, *Human reproduction* 2003; 18: 2196-2204.

demandeurs²⁷ (42 couples). Bien qu'on fasse état de "grandes angoisses" au début et, dans un cas particulier, à la fin de la grossesse, la majorité des couples (>70%) expriment le sentiment d'une attente joyeuse ou heureuse. Dans aucun il n'a été question de sentiments agressifs envers la mère porteuse, et dans quelques cas (1 à 4 sur 42 couples) il est fait mention de relations insatisfaisantes avec celle-ci. Cette situation n'a guère changé après la naissance. Environ 90% des pères tout autant que des mères décrivent les relations avec la mère porteuse comme harmonieuses. Tous les couples également avaient l'intention de communiquer à l'enfant son mode de naissance dès un âge précoce. Dans la majorité des cas (64%) les parents demandeurs continuaient après la naissance des relations avec la mère porteuse. Dix pour cent des couples de parents demandeurs s'en montraient préoccupés.

Cette étude n'a montré aucune différence entre les grossesses de forte ou de faible technologie. Une explication possible de ce fait a été proposée dans une autre étude²⁸. Les mères demandeuses dont un ovule avait été utilisé tendaient à croire qu'un lien génétique avec l'enfant a de l'importance, tandis que, dans les couples où un ovule de la mère porteuse avait été utilisé, les femmes tendaient à penser que le lien génétique avec l'enfant n'a pas d'importance. Les discordances entre les convictions sur ce qui est important et la réalité sont ainsi neutralisées par l'adoption de convictions en accord avec cette réalité, de telle sorte qu'en fin de compte, tout le monde est content.

En ce qui concerne l'impact de la grossesse de substitution sur le vécu des enfants, il n'y a pas d'études disponibles, bien que la pratique de la gestation-pour-autrui existe aux Etats-Unis et au Royaume-Uni depuis les années 80. Susan Golombok et al. ont annoncé une étude longitudinale de follow-up. Les résultats d'une étude sur les relations de famille après un an, dans une population de familles ayant eu recours à un contrat de gestation, sont actuellement publiés²⁹. Il s'agit d'une étude incluant un groupe de contrôle (42 familles avec maternité de substitution, 51 familles avec don d'ovule, 80 familles avec conception naturelle). Il semble que les mères et les pères ayant un enfant né d'une mère porteuse manifestent plus de chaleur humaine, d'engagement affectif et d'attachement que les mères et les pères d'enfants conçus naturellement. On n'a pas observé de différences entre les familles où l'enfant a été conçu par don d'ovule et celles où est intervenue une mère porteuse, sauf que la charge d'être parents est vécue comme moindre dans les familles avec mère porteuse.

4.2.3. *Conclusions*

Là où les membres du Comité estiment que la gestation-pour-autrui est éthiquement acceptable en principe, ils pensent cependant qu'il faut faire montre ici d'une particulière prudence afin d'éviter, dans la mesure du possible, tous les problèmes prévisibles. Cela implique, tout d'abord, que la gestation-pour-autrui ne se fasse que parce qu'existent des indications médicales. Une indication médicale absolue est l'absence d'uterus. Des contre-indications formelles à la grossesse (p.ex. dans l'insuffisance cardio-pulmonaire entraînant de gros risques à l'accouchement), et une

²⁷F. MacCallum, ZE Lycett, C. Murray, V. Javda, S. Golombok, Surrogacy: the experience of commissioning couples, *Human reproduction* 2003; 18: 1334-1342.

²⁸O. van den Akker, The importance of a genetic link in mothers commissioning a surrogate baby in U.K., *Human Reproduction* 2000; 15: 1849-1855.

²⁹S. Golombok, C. Murray, V. Javda, F. MacCallum, E. Lycett, Families created through surrogacy arrangements: parent-child relationships in the first year of life. *Developmental Psychology* 2004; 40: 1-12.

stérilité utérine sont des motifs acceptables.

Ensuite vient la notion que rien ne garantit que les gestations pour autrui seront toujours couronnées de succès. Certains membres du Comité estiment qu'il existe une différence éthique fondamentale entre prendre le risque d'une grossesse pour soi-même, ou prendre ce même risque pour autrui. Plus l'âge de la mère porteuse augmente, moins ils estiment la procédure éthiquement valable. Ils posent de la sorte une limite d'âge maximale à 40 ans. D'autres membres du Comité font remarquer que cette limite rend à peu près impossible la grossesse pour autrui intergénérationnelle, alors que dans la pratique des mères interviennent souvent comme mères porteuses pour leur fille. Ces membres ne nient pas le risque, mais ils estiment que l'autonomie de la femme doit être respectée: bien informée sur le risque, la femme doit pouvoir déterminer par elle-même le risque qu'elle accepte d'encourir. Ils considèrent la fixation d'une limite d'âge, par exemple à 50 ans, comme pouvant être, tout au plus, une recommandation.

En ce qui concerne les risques non-médicaux, trop de choses dépendent des réactions singulières et des relations entre les personnes, et de la manière dont la gestation-pour-autrui cadrera avec leur façon de se donner un sens personnel et avec leurs conceptions de la vie. Nous nous trouvons ici dans le domaine d'une rencontre entre des personnes et leurs visions de la vie, qui est tout à fait différent du domaine des relations conduites par des règles entre individus contractuellement engagés et liés. Cela n'empêche pas pour autant que puissent être édictées des règles qui évitent que ces situations délicates se multiplient (voir les recommandations).

De l'inventaire des difficultés imaginables comme des données empiriques, il ressort que des problèmes peuvent se poser et se posent dans la gestation-pour-autrui, mais que ces difficultés restent plutôt marginales. Dans la plupart des cas, du moins selon les conditions en vigueur au Royaume-Uni, il ne se pose pas de problèmes insurmontables. La définition claire des attentes des parties, avant, pendant et après la grossesse, est particulièrement importante. De nombreux problèmes provenant d'un excès ou d'une insuffisance de contacts entre la mère porteuse et les parents demandeurs peuvent être évités. Il est mauvais d'empêcher les contacts entre la mère porteuse et les parents demandeurs pendant la grossesse, car ce manque rend plus difficile le détachement de la mère porteuse d'avec l'enfant. Même après la grossesse, le maintien de contacts aide la mère porteuse à surmonter certains problèmes. On peut d'autre part se demander si le système néerlandais où l'on fait confiance à une personne connue (sœur ou amie) n'est pas le scénario le plus gros de difficultés : l'intimité du lien avec la mère porteuse empêche, à terme, de réduire ce que les parents demandeurs ressentent comme des interventions agaçantes. Cette intimité empêche peut-être aussi la mère porteuse de se construire une distanciation suffisante, plus facile à établir avec une personne étrangère. Pour ces raisons, on peut estimer raisonnable de prendre en considération la reconnaissance d'organisations intermédiaires qui mettent en rapport les mères porteuses et les parents demandeurs.

Pour certains membres, un système à deux possibilités - confiance faite à des personnes connues et confiance faite à des personnes inconnues - est souhaitable.

Pour d'autres membres, le recours à des mères porteuses inconnues (avec mais surtout sans contacts avec les parents demandeurs) est de nature à favoriser la commercialisation et l'instrumentalisation des personnes les moins favorisées, et doit donc être évité.

4.3. Arguments tirés des difficultés à conclure une convention concernant la grossesse, et la rétribution d'une gestation-pour-autrui

Du point de vue éthique, deux conceptions différencient clairement les membres du Comité: une conception pour laquelle l'attention porte en premier lieu sur la relation interpersonnelle que crée la grossesse pour autrui; et une autre conception pour laquelle l'attention se porte d'abord sur le résultat de la grossesse pour autrui et les moyens d'y parvenir. Ces deux conceptions sont exposées d'abord (4.3.2.). Ensuite nous discuterons deux problèmes : les droits et devoirs résultant d'une convention de grossesse pour autrui sont-ils ou non opposables? (4.3.2.), et la rétribution de la maternité de substitution.

4.3.1. Deux conceptions

4.3.1.1. *Certains membres* du Comité attachent d'abord du poids à 1) le caractère interpersonnel et intersubjectif de la grossesse pour autrui; 2) à la valeur éthique exceptionnelle de l'acte posé par une mère porteuse (le caractère dit "surrogatoire" de cet acte).

Interpersonnel et intersubjectif

Etre enceinte et mettre un enfant au monde est un événement profondément émotionnel, qui est vécu par la plupart des femmes comme constitutif de leur identité et de leur vocation. Elles vivent également cet événement comme une part essentielle de leur engagement personnel envers leur partenaire et leur enfant. Par-là, il est également lié au vécu de leur valeur humaine. Faire de cet événement l'objet d'une transaction les oblige à en changer le statut subjectif. Cela devient quelque chose de juridiquement traitable et même de négociable. Cette objectivation ou chosification peut être ressentie par les intéressées comme une négation pénible de la dimension affective de leur projet, et comme un manque de respect envers le caractère profondément intime, personnel et humain de leur expérience. On le remarque bien, par exemple, aux sentiments de deuil que presque toutes les mères porteuses ressentent après l'accouchement et la cession de l'enfant, même si, dans la plupart des cas, ces sentiments de deuil disparaissent après quelques mois sans autres problèmes. On le remarque aussi au fait que certains membres du Comité estiment que, lors d'une grossesse pour autrui, il doit être laissé à la mère porteuse le droit de garder éventuellement l'enfant après la naissance si elle le souhaite.

Pour toutes ces raisons, la grossesse pour autrui doit être située du début à la fin, d'un point de vue éthique, dans le domaine de l'intersubjectivité: les mères porteuses et les parents demandeurs doivent apprendre à se connaître le mieux possible, à être animés de bienveillance réciproque, et se soucier les uns des autres.

Tenant compte de la violence faite aux sentiments intimes qui accompagnent la grossesse, et du fait que la plupart des femmes y attachent une part de leur valeur symbolique et de leur humanité, les membres du Comité qui optent pour cette vision éthique estiment discutabile la valeur éthique de la maternité pour autrui. La qualité éthique de la solidarité envers les parents infertiles, impliquée dans la maternité pour autrui, plaide cependant en sens inverse. Confrontés avec cette ambivalence, et par respect pour la pluralité des opinions présentes dans notre société, la plupart de ces membres ne pensent pas que la maternité pour autrui doive être légalement interdite dans sa forme non-commerciale. Des conditions précises doivent cependant y être

apportées.

Surrogatoire

La grossesse pour autrui implique qu'une femme, pendant neuf mois au moins, s'engage de toute sa personne (style de vie, emploi du temps, suivi médical) pour répondre à un besoin existentiel d'autres. Elle suppose que son engagement apportera largement, sinon totalement, du bien à ces autres personnes. La mère porteuse offre aux parents demandeurs, par solidarité, un service qui engage potentiellement en profondeur son intimité corporelle et sa personnalité. Elle y met en outre en jeu ses relations avec son partenaire éventuel, ses enfants et son entourage social. Elle y engage également des risques médicaux, et tout cela pour quelqu'un d'autre. Son acte appartient de la sorte à la sphère de la gratuité, en d'autres mots, à ces actes auxquels nul ne peut être obligé mais qu'une personne entreprend au-delà de ses obligations. La gestation-pour-autrui est un "cadeau" de nature telle qu'il ne peut certainement pas être considéré comme appartenant à la sphère des devoirs usuels (surrogatoire).

Les tenants de cette vision des choses, s'ils admettent la légitimité de la gestation-pour-autrui, souhaitent cependant qu'une réglementation fondamentale de cette pratique soit recherchée dans le cadre du droit des familles (loi sur l'adoption). Ils ne souhaitent pas que cette réglementation fasse partie du droit des contrats, et encore qu'elle soit un simple règlement de la procréation médicalement assistée.

4.3.1.2. *D'autres membres* du Comité mettent l'accent sur le souhait que, dans la grossesse pour autrui, le transfert des relations de parenté envers l'enfant soit réglé dans le cadre d'une convention entre les parties. A côté de la possibilité de considérer la maternité pour autrui comme un cadeau par solidarité envers un couple infertile, ils estiment qu'on peut aussi mettre l'accent sur l'aspect un "service à la reproduction" contractuellement rendu par la mère porteuse aux parents demandeurs.

L'idée finale est aussi que les intentions des parties qui établissent une convention de procréation acquièrent la force de fonder les relations de filiation. Tant la mère porteuse que les parents demandeurs sont considérés ici comme des parties ayant des intérêts spécifiques qui doivent être protégés. L'intérêt central des parents demandeurs est qu'il leur est offert de réaliser leur vœu profond d'avoir un enfant "à eux". Les intérêts de la mère porteuse tiennent entre autre à la nature intime et profondément interpersonnelle du service qu'elle rend aux parents demandeurs. Le contrat qui en résulte doit être vu comme la moins mauvaise garantie qu'un équilibre soit trouvé entre ces divers intérêts, dans le cas où des conflits surgiraient.

Pour les défenseurs de ce point de vue, il laisse une large possibilité pour prendre sérieusement en compte la nature intersubjective de la grossesse pour autrui (le genre d'éléments sur lesquels le premier groupe base sa vision éthique de cette pratique). Mais d'une manière générale, ce groupe ne pense pas que la distance entre la grossesse pour autrui et d'autres conventions de services rendus à autrui soit insurmontable. Elle n'est que graduellement plus difficile.

Il existe, de surcroît, une diversité (potentielle) de points de vue à l'intérieur de ce groupe. Certains interprètent le contrat dans le sens d'un marché, avec des termes tels que "l'achat" d'un lien de filiation avec l'enfant, ou encore de l'enfant lui-même, ou parfois de "location" d'une femme, ou d'un utérus, dans le cadre du projet de parenté des parents demandeurs. D'autres tiennent à garder la rétribution de la grossesse pour autrui au plan des compensations, mais hors du marché, tout en soulignant bien le

caractère contractuel de la transaction. (p.ex. dédommagement des frais, opposabilité de certains aspects du contrat, ou de l'entièreté de celui-ci, etc.)

4.3.1.3. *Grossesse pour autrui "de gestation" ou "génétique"*

- a. Dans les deux concepts éthiques décrits ci-dessus, certains estiment qu'on peut ajouter une distinction entre la grossesse pour autrui "génétique" et "de gestation". Dans le second cas, la mère de substitution porte le matériel génétique d'autres personnes. Dans le premier cas, elle est aussi la mère génétique de l'enfant. Les défenseurs de l'approche intersubjective peuvent juger qu'une mère génétique peut faire valoir encore plus de droits à une maternité "intégrale" qu'une mère de gestation. D'un point de vue interpersonnel, on peut penser qu'une maternité génétique est plus engageante qu'une maternité de gestation (p.ex. en raison de ressemblances possibles entre la mère et l'enfant à la suite du lien génétique). Les défenseurs de l'approche contractuelle peuvent penser que dans la maternité de gestation, l'intérêt des parents demandeurs au "retour" de leur matériel génétique pèse plus que dans le cas de la maternité génétique.
- b. Les visions intersubjective et contractuelle de la maternité pour autrui ne forment qu'un arrière fond global pour juger de l'acceptabilité de cette pratique. Les avis des membres du Comité sur cette acceptabilité dépendent aussi des règles qui seront proposées (p.ex. manière de faire le recrutement de la mère porteuse, spécifications du contrat, commercialisation ou non, limites d'âge, etc.)

4.3.2. *Le problème du caractère opposable du contrat*

4.3.2.1 *Les membres* du Comité qui acceptent comme éthique la grossesse pour autrui sous certaines conditions sont tous de l'avis que des conventions plus claires sont nécessaires entre les parties. Les membres qui partagent la vision intersubjective (voir 4.3.1.1) estiment cependant que les conventions de grossesse pour autrui ne peuvent pas être opposables en ce qui concerne le transfert des droits de parenté sur l'enfant. Cela découle directement de leur conception du sens de la maternité. Des arguments supplémentaires sont tirés du fait que la grossesse elle-même, en raison de l'investissement personnel qu'elle implique, peut faire ressentir une promesse préalable de pré-adoption comme disproportionnée. En raison de l'imprévisibilité du lien qui se créera entre la mère et l'enfant à travers l'expérience de la grossesse, il est difficile d'évaluer à l'avance l'étendue du service rendu par la mère porteuse. Forcer une femme à se séparer d'un enfant qu'elle a porté et dont elle ne désire pas se séparer est considéré par ces membres du Comité comme inhumain.

Cette position éthique se trouve dans le prolongement de la règle juridique qui considère l'objet d'un contrat de grossesse pour autrui comme "non disponible". Cette tendance est également favorable au maintien de la règle de droit qui considère comme la mère la femme qui accouche de l'enfant, jusqu'à ce que le transfert des droits de parenté puisse se réaliser par l'adoption.

En ce qui concerne la signification d'une convention de grossesse pour autrui, on peut considérer deux points de vue :

1. La convention de gestation-pour-autrui n'est pas inutile. Elle peut être considérée comme un moyen de clarifier le mieux possible les relations entre les parents demandeurs et les parents porteurs. Elle permet d'explicitier les désirs des deux parties, en essayant d'éviter les points difficiles prévisibles (cfr infra). Cette façon de voir, qui se base entièrement sur la confiance, a des inconvénients pour les deux

parties. Tant les parents demandeurs que la mère porteuse ne sont pas certains du transfert des droits de parenté. Les parents demandeurs peuvent éventuellement reprendre leur parole, par exemple si l'enfant est handicapé, ou refuser d'accepter plusieurs enfants en cas de grossesse multiple, ou simplement revenir sur leur engagement. Dans ces cas, se pose de manière pressante la question de savoir quelle est la meilleure conduite à tenir dans l'intérêt du ou des enfants. On peut admettre que l'attribution du ou des enfants tant aux parents demandeurs qu'aux parents porteurs laissera ce/ces enfant(s) dans le statut de non désirés.

2. Une alternative – un pas dans le sens d'une plus grande contractualisation – est de considérer une convention de gestation-pour-autrui comme une déclaration de pré-adoption, dont l'objet tombe si la mère porteuse décide de garder l'enfant. Une telle réglementation permettrait de résoudre le problème difficile de la responsabilité des suites de complications de grossesse chez la mère porteuse, ainsi que d'autres éléments qui n'ont rien à voir avec l'éventuel désir de la mère porteuse de garder l'enfant (p.ex. la restitution des compensations reçues si la mère porteuse garde l'enfant, la détermination des devoirs de parenté si les parents demandeurs ne veulent plus l'enfant, etc.)

4.3.2.2. *D'autres membres* du Comité estiment qu'une fois décidé à rendre un service de solidarité, la grossesse doit faire l'objet d'un contrat opposable, en particulier sur l'objet de la convention. La claire conscience, chez la mère porteuse, de ne plus pouvoir choisir de garder l'enfant peut conduire à une atténuation des pressions. D'éventuels sentiments de culpabilité à se séparer de l'enfant en seront, en principe, diminués. D'autre part, la déclaration de pré-adoption donne aux parents demandeurs la certitude du transfert du lien de parenté. La mère porteuse y gagne la même certitude en cas de pluriparité, de handicap, ou de toute autre décision des parents demandeurs de rompre l'accord. L'expérience montre la très faible fréquence du refus par la mère porteuse de se séparer de l'enfant. La certitude que la séparation est inévitable aide en outre à se construire une distance convenable d'avec l'enfant. L'opposabilité améliore également les relations entre les intéressés. Cette tendance, dans le Comité, estime qu'une telle contractualisation limitée des relations est acceptable, à condition que la commercialisation de la pratique soit exclue (voir point suivant).

4.3.3. *Le problème de l'indemnisation de la grossesse pour autrui*

4.3.3.1. *Certains membres* du Comité estiment que la gestation-pour-autrui doit rester réellement hors du marché économique, et donc qu'au-delà d'un simple dédommagement, aucun paiement ne peut intervenir, ni de la mère porteuse, ni d'une instance intermédiaire spécialisée (entreprises "attorney-physician" comme aux Etats-Unis).

Les défenseurs de la vision intersubjective de la grossesse pour autrui, et certains défenseurs de la vision contractuelle partagent cette option. Ils estiment que la valeur du respect de l'exercice de l'autonomie, telle qu'elle est concrétisée par le marché, est inférieure à d'autres valeurs. Ces membres estiment plus précisément que les arguments contre la commercialisation de la grossesse pour autrui doivent être pris au sérieux pour les raisons suivantes :

1. Des avis précédents du Comité sur les dons d'organes, de gamètes et de tissus humains tout comme les lois actuelles concernant les dons d'organe et de sang

attribuent la disponibilité du matériel corporel humain à la sphère du non commercial. La même position doit être maintenue, pour des motifs de cohérence, à propos des dons d'embryons (avis n° 29) et pour la gestation-pour-autrui.

2. La commercialisation augmenterait fortement les frais pour les parents demandeurs, étant donné la rareté des mères porteuses. La motivation de solidarité qui fonde l'acceptation prudente, par la plupart des membres du Comité, de la gestation-pour-autrui serait évacuée par la commercialisation. L'élévation des coûts, déjà importants, conduirait également à des injustices sociales, car certains auraient accès à une demande de grossesse par autrui, et d'autres pas. Il est vrai que l'accès à la plupart des biens et services est inégalement réparti en raison des disparités de revenus entre les personnes dans notre société. Mais un accès raisonnable aux services de soins de santé de base, dont les soins pour infertilité font partie, est d'un autre ordre que l'accès aux biens de consommation (pour autant que ces derniers ne soient pas nécessaires à garantir un niveau de vie minimal compatible avec la dignité humaine). Les autorités doivent se soucier de ne pas augmenter les inégalités déjà existantes dans l'accès aux soins de santé de base en autorisant la commercialisation.
3. La commercialisation de la gestation-pour-autrui en augmenterait la fréquence, et donnerait un accès possible à la grossesse par autrui pour des raisons de convenance (esthétiques, de carrière, etc.). Ces membres du Comité sont en faveur d'une réglementation de la gestation-pour-autrui, mais restent opposés à encourager la fréquence (cfr. supra, les arguments contre la gestation-pour-autrui liés aux nuisances possibles pour les différentes parties).
4. La commercialisation augmente les risques d'exploitation des femmes qui se présenteraient comme mères porteuses. L'exploitation consiste à réaliser des avantages inéquitables (« unfair advantage ») à partir des prestations d'un autre. Dans la littérature, on trouve deux éléments différents dans le concept "d'avantages inéquitables" obtenus par une partie A dans le décours d'une transaction avec une partie B: (1) l'idée que la balance des coûts et bénéfices se répartit injustement à l'avantage de A et au détriment de B, et (2) l'idée que l'accord de B n'est pas valable ou que la transaction a été forcée³⁰.

Appliqué à la gestation-pour-autrui, ce concept donne lieu aux considérations suivantes. Pour autant que le montant de la transaction versé à la mère porteuse soit suffisamment élevé, il n'y a pas de problème quant au premier aspect du concept (rétribution équitable). La commercialisation sans exploitation exige toutefois que les sommes versées aux mères porteuses soient très élevées, en raison du caractère rare et plein de risques du service rendu. Ceci est possible en principe, mais alors l'exigence d'une rétribution équitable de la mère porteuse entre en conflit avec celle d'un accès suffisamment juste aux soins de santé de base.

Il se pose également un problème quant au deuxième aspect du concept. Tant au Royaume-Uni qu'aux États-Unis, on constate en effet que les femmes qui se présentent comme mères porteuses proviennent de manière disproportionnée des classes économiquement faibles, tandis que les femmes des classes moyennes ou élevées ne s'engagent que rarement dans ce "service par solidarité". Cette répartition inégale va ainsi de pair avec la position sociale des femmes en question. La validité de leur "choix" doit être mise en question. On y oppose habituellement l'argument que de nombreux autres "choix" faits par les femmes de condition sociale modeste dépendent eux aussi de leur position sociale (par exemple, le

³⁰S. Wilkinson, The exploitation argument against commercial surrogacy, *Bioethics* 2003; 17: 169-187.

"choix" pour des travaux mal payés comme femme en journée). Mais à cela on peut proposer deux réponses:

- a. Rien n'exclut que dans les deux cas il s'agisse d'exploitation; il n'y a donc pas lieu d'ajouter de nouvelles exploitations à celles qui existent.
 - b. Il y a des degrés dans l'exploitation (cfr. l'esclavage versus le travail sous-payé). L'exploitation d'une femme comme mère porteuse est bien plus forte que l'exploitation d'une femme comme femme en journée. Dans le premier cas il y a plus de domaines de la vie personnelle qui sont engagés par cette activité (le partenaire, les enfants, les relations avec les autres membres de la famille, les amies et les connaissances). Cette activité est également sans interruption (on ne cesse pas d'être enceinte à 17 H.), pleine de risques au plan psychologique et physique, et enfin – et c'est le point le plus important – beaucoup plus invasive au plan de l'intégrité corporelle. La sexualité et la reproduction sont des domaines que la plupart des personnes ressentent comme intime, et donc "hors commerce". Cette combinaison de facteurs rend peu vraisemblable que des femmes mettraient leurs capacités de reproduction sur le marché s'il n'en allait pas de "propositions qu'elles ne peuvent refuser"³¹. La grossesse commercialisée pour une autre attirerait en grande partie des femmes pauvres. Le point n'est pas ici qu'aucune femme ne pourrait choisir de devenir mère porteuse dans des conditions de non-exploitation, mais bien qu'étant donné une société présentant des inégalités de classe, les moins favorisées seraient amenées à choisir une forme de service qu'elles ne choisiraient pas si elles étaient plus aisées, essentiellement parce qu'il s'agit de fonctions très intimes.
5. *Certains membres* du Comité estiment également que la commercialisation de la gestation-pour-autrui, par opposition à la non-commercialisation, constitue toujours une utilisation illégitime du corps et/ou des fonctions de reproduction de la mère porteuse. Les services de la mère porteuse sont "hors marché" car ils n'ont pas de prix, la valeur d'un enfant pour les parents n'étant pas évaluable en termes monétaires. Traduire cette valeur en termes monétaires amoindrit le statut des enfants et des femmes, réduisant celles-ci à leurs fonctions de reproduction (la version marchande de la doctrine "tota mulier in utero"). Pour ces membres, la commercialisation est ainsi inacceptable parce qu'elle est une atteinte portée à la dignité humaine.
 6. *Certains membres* du Comité estiment que la grossesse pour autrui comporte déjà en soi une instrumentalisation de la mère porteuse et de l'enfant. Ceci est déjà réel, à leurs yeux, pour les conventions non commerciales, mais prend évidemment toute sa force en cas de commercialisation.

Pour les membres du Comité qui, en raison d'un ou plusieurs des motifs décrits ci-dessus, s'opposent à la commercialisation de la grossesse de substitution, se pose cependant la question de savoir s'il est possible de tirer une frontière nette entre une gestation-pour-autrui de type commercial et de type non commercial. Parfois la mère porteuse reçoit des cadeaux, monétaires et non monétaires, en plus des compensations de frais au sens strict. Tout le monde convient de ce que la mère porteuse doit recevoir une indemnité couvrant ses frais. Il ressort du rapport Brazier qu'au Royaume-Uni on a essayé de déterminer en quoi pourrait consister une indemnité "raisonnable" envers la mère porteuse³². On y a considéré comme standard: vêtements de grossesse,

³¹ Cfr The Godfather: "I'm gonna make him an offer he can't refuse".

³² Voir note 7.

nourriture saine, aide ménagère, paiement des frais de médecin pour la FIV et les tests d'ovulation et de grossesse qui y sont liés, frais médicaux pour la grossesse et l'accouchement, si nécessaire frais de déplacement vers la clinique ou l'hôpital, frais d'hospitalisation éventuels, frais éventuels de garde d'enfant pendant les visites en clinique, honoraires pour les consultations d'instances de conseil (avocats, psychologues, instances intermédiaires), assurance vie et assurance accidents, médicaments et vitamines. Si la mère porteuse exerce une profession, compensation pour la perte de revenus proportionnelle au salaire total (et donc pas pour la perte de revenus potentiels). La zone incertaine entre commerce et don doit donc être réduite en déterminant clairement les postes qui appellent une compensation.

On peut se poser la question de savoir si, pour la mère porteuse, la détermination des compensations décrite ci-dessus suffit pour rester dans le domaine non commercial. Les frais totaux acceptables s'élèvent exceptionnellement au Royaume-Uni, à 15000 £ et plus par grossesse. Bien que ces compensations ne seront payées, au cours de la grossesse, qu'au fil des frais avancés, il s'agit finalement de sommes considérables qui peuvent influencer la motivation à devenir (ou redevenir) mère porteuse. Pour un même appointement, de deux métiers (mère porteuse versus emploi) l'un peut en effet offrir des avantages non-matérielles supérieurs à l'autre. La motivation finale pour le choix d'être mère porteuse peut donc bien être "économique", même si seuls les frais réels sont compensés. En outre la liste ci-dessus n'exclut pas que des consultants intermédiaires pourraient réaliser de sérieux bénéfices commerciaux sur les transactions de gestation-pour-autrui. Pour éviter cela, des règles juridiques préventives spéciales sont nécessaires.

4.3.3.2. *D'autres membres* du Comité, sans nécessairement plaider pour la commercialisation du corps dans le cas de la gestation-pour-autrui, considèrent que les arguments invoqués pour défendre le "principe de non-commercialisation du corps humain" mériteraient d'être analysés avec davantage de profondeur. La question de la commercialisation du corps est une question complexe qui doit être replacée dans le cadre général de la problématique bioéthique relative au corps humain. Cette dernière concerne la légitimité et les conditions de l'objectivation et de la manipulation à visée thérapeutique ou non des corps et des parties du corps par la biomédecine au sein de sociétés pluriculturelles à économie de marché.

Les théories spéculatives relatives aux normes éthiques ont des conséquences pragmatiques. Elles doivent être évaluées en fonction de leurs conséquences sur l'action, et plus précisément sur les effets qu'elles entraînent sur les personnes et sur la pratique biomédicale. L'attachement indéfectible au principe de non-commercialisation du corps humain pourrait avoir des conséquences négatives du point de vue de l'épanouissement des personnes. En effet, l'application aveugle du principe de non-commercialisation conduit dans la pratique médicale à diverses situations de pénurie et d'injustice sociale.

Il convient de prendre donc en considération les arguments de ceux qui, sur base de considérations de fond concernant le statut du corps, considèrent que le corps ne devrait pas rester "hors marché". Les arguments en faveur d'une commercialisation régulée du corps dans certaines circonstances sont nombreux³³.

³³Voir à ce sujet : Hottois, G. Corps Humain, in Hottois G. et Missa J.N., Nouvelle Encyclopédie de Bioéthique, De Boeck 2001, p 243-252; Hermitte, M-A., Commercialisation du corps et de ses produits, in Hottois G et Missa J.-N. Nouvelle Encyclopédie de Bioéthique, de Boeck, 2001, p 207-213.

1. La commercialisation assure un meilleur respect des individus et de leurs droits sur leur corps. Dans la tradition héritée de Locke, l'individu est propriétaire de son corps et doit pouvoir en disposer librement.
A l'opposé le principe de non-commercialisation est paternaliste dans la mesure où l'imposition de son application conduit à une situation où la volonté générale prime sur la liberté individuelle (en l'occurrence, la liberté de disposer de parties de son corps). Ce principe est paternaliste dans la mesure où il préfère à l'autonomie une bienfaisance que la collectivité impose. De plus, ce principe est biopolitiquement orienté puisqu'il contient une suspicion illégitime à l'égard du marché qui joue cependant un rôle si bénéfique dans l'innovation technologique et la prospérité de nos sociétés si développées. Le libéralisme ne véhicule pas une éthique égoïste nécessairement limitée à la défense des droits négatifs. Bien au contraire. Il existe un libéralisme à visage humain ouvert aux bienfaits du marché, mais qui défend également la notion d'égalité, prise dans le sens de l'égalité des opportunités.
2. La notion de "dignité humaine" est une notion très confuse du point de vue philosophique. Le contenu du concept de dignité humaine varie en fonction des valeurs que l'on défend. On pourrait ainsi défendre l'idée que le concept d'autonomie doit jouer un rôle essentiel dans la notion de "dignité humaine". En réalité, le lien entre le concept de dignité humaine et la commercialisation du corps n'a pas de fondement rationnel. Il est sous-tendu par des considérations intuitives ou émotionnelles qui ne sont pas universalisables.
3. La commercialisation du corps permettrait de mettre fin à certaines situations de pénurie et de diminuer les trafics des parties du corps.
4. L'ouverture du corps au marché n'implique pas l'absence de régulation publique. Cette régulation spécifique devrait s'adapter aux situations particulières et aux types d'éléments du corps impliqués dans la transaction.
5. Le rapport au corps est une affaire privée et de morale personnelle. L'interdit procède d'une confusion abusive de la morale et du droit. L'idée que mon corps est ma propriété n'empiète pas sur les libres choix moraux des individus. Elle permet la coexistence des systèmes de don et de vente. Dans un système de marché le don reste possible. On pourrait même dire qu'en le rendant libre, le marché renforce la valeur du don. Il est d'ailleurs naïf de croire que l'altruisme, l'amour et la solidarité constituent toujours la principale motivation du don³⁴.
6. Le bénévolat et la morale de la bonne intention ne sont pas les meilleurs garants de la sécurité physique des échanges de parties du corps. Il semble en effet plus difficile d'imposer des exigences à des donateurs bénévoles. On peut considérer qu'une personne liée par un contrat commercial acceptera mieux l'enquête médicale approfondie nécessaire à la sécurité des parties du corps impliquées dans la transaction.
7. L'éthique du don produit des effets pervers. En engendrant des situations de pénurie, elle conduit à un nivellement par le bas (difficulté d'obtenir la partie du corps désirée, attente, frustration...) Par ailleurs la non-commercialisation entraîne des inégalités de fait. En effet la non-commercialisation n'est imposée qu'à ceux qui n'ont pas accès à un pays extérieur ouvert au marché (ou à un marché clandestin parallèle) des parties du corps. Les plus favorisés auront toujours la possibilité de s'envoler pour les Etats-Unis ou celle de se trouver un intermédiaire mafieux pour se procurer à prix d'or la partie du corps qu'ils convoitent. Le système

³⁴Richard M. Timuss définit dans son livre "The Gift relationship" (Pantheon Books, New York, 1971) dix types de donateurs dont un seul le "voluntary community donor" s'identifie au don altruiste.

du don engendre donc une situation paradoxale. Tout en se réclamant d'une éthique de l'égalité et de la solidarité, il ne prive pas les riches de l'accès au "corps commercialisé", mais il condamne les pauvres à dépendre de l'amour et de l'altruisme.

Certains membres du Comité estiment que toutes ces raisons doivent être prises au sérieux. En conséquence ils estiment que la question de la commercialisation du corps humain doit trouver ses régulations propres en fonction du contexte particulier et de la partie du corps impliquée dans la transaction. Dans cette optique, la légitimité d'une commercialisation régulée de la "gestation-pour-autrui" doit dépendre d'une analyse empirique des avantages et des désavantages liés aux pratiques respectives dans les systèmes "marché" et "hors marché"³⁵.

³⁵ Les arguments pour et contre la commercialisation du corps humain feront l'objet d'un avis spécifique du Comité Consultatif.

5. Recommandations

Le Comité propose les recommandations suivantes.

Si elle est autorisée, la pratique de la gestation-pour-autrui doit être régulée au niveau Fédéral et Communautaire.

Le Comité propose plus précisément ce qui suit.

Un règlement cadre pour la pré-adoption

1. La régulation doit intervenir dans le cadre de la (nouvelle) loi sur l'adoption, avec la possibilité de l'adoption d'un enfant aussitôt après sa naissance, et précédée (pour la grossesse) d'une déclaration de pré-adoption, dans laquelle la future mère porteuse se déclare prêt à prendre en charge la grossesse au profit de parents demandeurs. Les parents demandeurs doivent être légalement obligés de s'adresser à des centres institués par les autorités, qui accompagnent les personnes concernées depuis la déclaration de pré-adoption jusqu'à la réalisation effective de cette adoption, et qui interviennent en cas de conflits éventuels. Des organismes privés ne peuvent pas intervenir dans la grossesse pour autrui.
2. Tous les membres du Comité conviennent qu'il faut éviter dans la mesure du possible des accords insuffisamment réfléchis entre les parties. Certains estiment que les déclarations de pré-adoption doivent être rendues exigibles quant à l'exécution de leur objet. D'autres estiment au contraire que cette exigence n'est pas souhaitable. Tous les membres du Comité estiment qu'en cas de contestation la décision doit être prise par le juge compétent dans l'esprit de protéger les intérêts de l'enfant.
3. Les centres publics reconnus ou érigés par l'autorité doivent pouvoir accepter; selon certains membres du Comité, aussi bien les conventions de grossesse entre personnes qui se connaissent qu'entre personnes étrangères les unes aux autres. Ils estiment en particulier que la possibilité de conventions de grossesse entre personnes mutuellement inconnues doit exister, parce qu'elles permettent d'éviter certains problèmes prévisibles provenant du lien entre mère porteuse et enfant. D'autres membres du Comité y sont expressément opposés, par crainte d'une dérive vers la commercialisation.
4. Ces institutions publiques doivent offrir un « counseling » social, juridique et psychologique aux parties concernées par la gestation-pour-autrui, et assurer un suivi dans ces domaines (rôle d'observatoires).

Le contrôle de la pratique

1. Les centres reconnus ou institués par l'autorité ne doivent pas seulement veiller aux intérêts des parties intéressées, mais doivent aussi jouer un rôle dans le contrôle des conditions d'une convention valable de gestation-pour-autrui. Plus précisément, on pense ici au rôle attribué aux fonctionnaires du Royaume Uni dans le contrôle de transactions illégales et/ou de transactions financières cachées.
2. Les membres du Comité qui s'opposent à la commercialisation de la gestation-pour-autrui, estiment qu'une interdiction légale doit intervenir contre toute forme de commercialisation. Une indemnisation de compensation pour la mère porteuse, les honoraires pour les consultations, et éventuellement la rétribution des frais de

l'instance intermédiaire reconnue peuvent être acceptés, avec l'établissement d'une liste des indemnités acceptables pour la mère porteuse (cfr 4.3.1.1. ci-dessus).

Les conditions médicales de la gestation-pour-autrui

1. Le Comité estime que, compte tenu de l'expérience restreinte dans cette question très délicate, la gestation-pour-autrui ne doit être autorisée, pendant une dizaine d'années, que sur base de strictes indications médicales. Si, plus tard, une évaluation montre une relative sécurité de ces procédures, les critères d'inclusion pourront être élargis.
2. Comme critères médicaux stricts chez la mère demandeuse on retiendra: l'absence d'utérus, une contre-indication formelle de grossesse et une infertilité utérine.
3. La gestation-pour-autrui en raison de critères de convenance (de carrière ou esthétiques) est exclue.
4. Il faut suivre des critères d'inclusion et d'exclusion dans la sélection des mères porteuses analogues au système Néerlandais. Plus précisément dans la phase de début il faut fixer la limite d'âge des mères porteuses à 40 ans; les candidates femmes porteuses doivent être des femmes en bonne santé, ayant déjà des enfants et une famille complète; pas de complications lors des grossesses antérieures, etc.
5. Tenant compte des risques accrus, il est conseillé de limiter les risques de grossesses multiples (p.ex. avant l'âge de 36 ans chez la mère porteuse, ne placer de préférence qu'un seul embryon, et après cet âge, au maximum deux).
6. Une commission d'évaluation fédérale doit contrôler soigneusement ces pratiques. La réalisation d'une grossesse pour autrui doit être suivie médicalement et psychologiquement. En particulier, une étude de follow-up doit être organisée sur les conséquences de la gestation-pour-autrui concernant les enfants qui sont venu à naître de cette façon, ainsi que concernant les enfants de la famille de la mère porteuse.

L'avis a été préparé en commission restreinte 98/3 – quater – 2004, composée de:

Coprésidents	Corapporteurs	Membres	Membre du Bureau
L. Cassiers F. Mortier	F. Mortier L. Cassiers	A. André M. Baum J. Dalcq-Depoorter E. De Groot P. Devroey M. Dumont R. Lallemand Th. Locoge G. Pennings P. Schotsmans S. Sterckx F. Van Neste A. Van Steirteghem G. Verdonk	M. Roelandt

Membre du Secrétariat : V. Weltens

Experts invités :

- 1) N. Massager, Docteur en Droit, chargée de cours à l'ULB et Avocate au Barreau de Bruxelles
- 2) Docteur M.-L. Gustin – Psychiatre au CHU-Saint-Pierre, Service de Gynécologie et Obstétrique
- 3) Ph D S. Golombok – City University London – Director, Family and Child Psychology, Research Centre
- 4) Professeur Paul Devroey, Dr., VUB

Les documents de travail de la commission restreinte 98/3 – quater – 2004, questions, contributions personnelles des membres, procès-verbaux des réunions, documents consultés, sont conservés sous forme d'Annexes 98/3 – quater – 2004 au centre de documentation du Comité, et peuvent y être consultés et copiés.