

## CHAPITRE 8

# Une femme peut-elle disposer de l'enfant auquel elle donne la vie ?

Ana-Luana STOICEA-DERAM

### *Introduction*

La pratique de la maternité de substitution, dite aussi *gestation pour autrui* (GPA)<sup>1</sup>, se développe depuis plusieurs décennies partout dans le monde, stimulée par l'apparition et le perfectionnement des techniques d'assistance médicale à la procréation (AMP), mobilisées au fil du temps pour une procréation médicalement assistée (PMA). Son développement est porté par des discours institutionnels et médiatiques mettant en avant la satisfaction des personnes qui y ont recours, et obtiennent ainsi les enfants désirés. Cependant, pour que cette pratique puisse exister, une condition préalable est indispensable. La GPA est possible *si et seulement si* la femme

qui, délibérément, donne la vie à un enfant, peut en disposer selon sa volonté. La question se pose de savoir si une femme peut, en effet, disposer de l'enfant auquel elle donne la vie. Pour les défenseurs de cette démarche, elle le peut ; pour ses critiques, elle ne le peut pas.

La maternité de substitution met en tension le respect des droits humains, en général, et le respect des droits des femmes et des enfants en particulier<sup>2</sup>. La confrontation de cette pratique, dans sa matérialité et sa concrétude, avec le droit – considéré comme un ensemble de règles institutionnalisées qui structurent les sociétés contemporaines et donnent sens à l'existence de chaque personne, en vertu de « la fonction anthropologique des institutions<sup>3</sup> » – montre la nécessité d'une éthique qui puisse la comprendre en tant que telle, c'est-à-dire dans la spécificité de sa matérialisation, à chaque fois unique. Une éthique universaliste féministe peut constituer un cadre d'analyse de la maternité de substitution, et de questionnement de la condition primordiale de son existence, à savoir qu'elle est possible *si et seulement si* une femme peut disposer de l'enfant qu'elle met au monde.

L'éthique féministe apparaît nécessaire pour penser l'expérience de la grossesse et de l'enfantement, à la fois comme processus universels – en ce sens qu'ils ont été vécus par tous les êtres humains –, et impliquant spécifiquement les femmes, car seules les femmes sont mères « porteuses » et mettent au monde les enfants.

Seront abordés ici, dans un premier temps, une présentation succincte de la maternité de substitution, ensuite de son rapport au Droit, pour montrer dans un troisième temps comment une éthique féministe fondée sur le principe de *ce qui convient* (*convenio*, forgé par la philosophe Mihaela Miroiu) et sur la

considération (théorisée par Corinne Pelluchon) éclaire l'analyse de cette pratique, et de sa condition indispensable.

Ma démarche a pour but de définir un cadre éthique féministe pour explorer cette condition, primordiale et seule nécessaire dans la maternité de substitution. Mes réflexions s'appuient aussi bien sur des recherches académiques que sur des informations relatées par la presse. Les résultats des recherches sociologiques et ethnographiques réalisées par Heather Jacobson<sup>4</sup> aux États-Unis et par Sheela Saravanan<sup>5</sup> en Inde, qui sont les deux principaux pays vers lesquels se sont orientées les personnes souhaitant avoir recours à la GPA, m'ont beaucoup aidée. Ces recherches présentent la particularité d'être étayées par des enquêtes qualitatives approfondies, menées pendant plusieurs années auprès de toutes les parties prenantes aux processus de maternité de substitution. J'utilise aussi des articles de la presse généraliste, recueillis depuis 2015 dans une démarche de veille médiatique à travers laquelle j'ai recensé plusieurs dizaines d'articles, reportages et documentaires publiés ou diffusés dans la presse américaine, australienne, belge, britannique, canadienne, espagnole, française, indienne, italienne, roumaine, russe, ukrainienne.

### *La maternité de substitution : définition et enjeux*

Une définition descriptive de la pratique indique sa *nature*, ainsi que la nature des relations entre les différentes personnes impliquées, aspects strictement nécessaires pour examiner si, d'un point de vue éthique, une femme peut disposer de l'enfant qu'elle met au monde. La femme qui devient mère

« porteuse » étant indispensable, elle se trouve au centre de cette définition.

La maternité de substitution est une pratique sociale dans laquelle une femme accepte de porter une grossesse et de donner la vie à un enfant (ou à plusieurs enfants) dans le but, reconnu, de le remettre, à sa naissance, aux personnes qui lui ont demandé de le mettre au monde.

Il s'agit bien d'une *pratique sociale* et non d'une technique médicale, même si c'est ainsi que l'Organisation mondiale de la santé (OMS) la désigne<sup>6</sup>. La maternité de substitution utilise des techniques médicales, telles que la fécondation *in vitro* et l'insémination artificielle, mais elle ne traite pas de problème de santé. Les seules personnes qui reçoivent un traitement médical sont les femmes qui deviennent mères « porteuses », et elles sont en parfaite santé, puisque c'est l'une des principales conditions pour le devenir. En revanche, les traitements médicamenteux puissants administrés aux mères peuvent affecter durablement leur santé. Les résultats de dix ans de pratique de GPA, aux Pays-Bas, montrent<sup>7</sup> que parmi les mères porteuses plus de 20 % ont fait de l'hypertension (première cause de morbidité et mortalité maternelle et fœtale), alors que dans les grossesses normales ce taux est de 5 à 10 % ; 23,5 % ont eu une hémorragie post-partum, alors que dans les pays développés, ce taux est inférieur à 10 % ; l'accouchement a été déclenché dans 52,9 % des cas, alors que l'OMS recommande de ne pas dépasser 10 %. Ces traitements, ainsi que les conditions dans lesquelles la grossesse et l'accouchement se déroulent, peuvent même coûter la vie aux mères. Plusieurs mères porteuses sont décédées ; cependant, ne sont connues que les situations relatées dans la presse, en Inde et aux États-Unis, car aucun pays ne prévoit d'outil pour recueillir ces informations<sup>8</sup>.

On fait souvent la distinction entre la GPA commerciale, dans laquelle la mère est payée, et celle altruiste, où elle est supposée ne pas l'être. Dans les deux cas, la seule condition indispensable pour la réalisation de la pratique, c'est qu'une femme dispose de l'enfant dont elle accouche.

Le plus souvent, les femmes qui deviennent mères porteuses sont payées sur la base d'un contrat – elles reçoivent de l'argent lorsqu'elles commencent le traitement d'insémination, ensuite régulièrement, pendant la grossesse. La somme la plus importante est reçue après la « remise » de l'enfant aux personnes qui l'ont souhaité. Les mères sont payées aussi bien dans les pays où la pratique est commerciale (États-Unis, Ukraine, Russie, Géorgie) que dans les pays où la loi permet uniquement une démarche altruiste (Grande-Bretagne, Canada, Grèce). Dans cette seconde situation, on parle de « récompense » ou de « dédommagement » pour les dépenses et les dommages inhérents à la grossesse et à l'accouchement<sup>9</sup>. Les situations dans lesquelles la mère n'est pas supposée recevoir de l'argent sont celles dans lesquelles elle met au monde l'enfant pour des proches (son fils<sup>10</sup>, sa fille<sup>11</sup>, voire sa propre mère<sup>12</sup>).

Le fait que la mère porteuse reçoive de l'argent de la part des futurs parents soulève des questions sur la nature du processus et sur la motivation de la mère. Cette réalité – l'argent remis à la mère – est interprétée de manières diamétralement opposées selon les contextes nationaux. D'une part, dans les pays où seule la GPA non commerciale est admise, les femmes candidates pour devenir mères porteuses ne sont pas assez nombreuses pour satisfaire la demande, et les personnes qui souhaitent recourir à une mère porteuse se tournent vers le marché international (de nombreux Britanniques, par exemple, se rendent à l'étranger pour en trouver<sup>13</sup>). Une initiative législative en

cours en Grande-Bretagne, depuis quelques années, propose d'ailleurs de transformer la récompense de la mère porteuse en rémunération, afin de stimuler ainsi la vocation de plus de femmes. D'autre part, on considère que la présence de l'argent doit être exclue, justement pour éviter le risque d'une motivation financière de la part de la femme qui propose de devenir mère porteuse : dans les pays où la pratique est interdite (France, Italie, Allemagne, Autriche, Espagne, Roumanie) ou tolérée (Belgique, Pays-Bas), les propositions visant sa légalisation insistent pour que la démarche soit altruiste, et que la mère ne soit pas payée. Ce type d'arguments se retrouvent, par exemple, dans les projets législatifs initiés en Roumanie, entre 2011 et 2013. Pour défendre celui qu'il déposait en 2012, le sénateur Gyorgy Frunda affirmait dans un entretien : « La loi exclut tout bénéfice pour la mère porteuse. Si la mère porteuse demande de l'argent ou si on s'aperçoit qu'elle a accepté de l'argent, elle va en répondre juridiquement. À travers la réglementation que nous apportons, nous voulons éviter les situations des années 1990, quand des femmes de Roumanie accouchaient à la chaîne pour vendre des enfants à l'étranger<sup>14</sup>. » Le geste de la mère porteuse doit être désintéressé, uniquement motivé par le désir de faire le bien et d'offrir « le don de la vie » – comme le demandait, par exemple, un père français d'enfants nés par GPA aux États-Unis, dans le cadre d'une émission intitulée « Les problèmes moraux de la gestation pour autrui », diffusée sur France Culture en février 2013. Les sommes payées aux avocats ou aux médecins ne font pas l'objet de discussions, même si elles dépassent de loin les *récompenses* des mères, ainsi que l'atteste le témoignage du père d'un enfant né de GPA devant le Sénat belge, lors d'une audition pour un projet législatif, en 2015.

En même temps, pour les futurs parents, payer la mère porteuse représente la garantie qu'elle va se séparer de l'enfant : si elle accepte l'argent c'est qu'elle ne tentera pas de garder l'enfant. La plupart des acteurs impliqués (les mères, le personnel médical, les intermédiaires) considèrent que le paiement de la mère garantit une démarche éthique, correcte, juste ; elle représente la reconnaissance d'un effort et d'un sacrifice. Mais quel que soit le cas, quelle que soit sa motivation intime ou déclarée, qu'elle soit payée ou non, la mère porteuse dispose de l'enfant auquel elle donne la vie *pour le confier à d'autres personnes*, sur la base d'une entente interpersonnelle préalable. En revanche, les mères porteuses qui ont voulu garder l'enfant ne l'ont pas pu, ni en Grande-Bretagne, où la loi prévoit cette possibilité pour les mères, ni aux États-Unis, où la jurisprudence est exclusivement favorable aux personnes commanditaires<sup>15</sup>.

La maternité de substitution utilise le matériel génétique des futurs parents, ou les ovocytes de la mère porteuse, ou encore le matériel génétique de tiers donneurs (acheté, le plus souvent, sur le marché mondialisé de l'industrie de la fertilité<sup>16</sup>). Les enfants nés de GPA ont ainsi, le plus souvent, un lien génétique avec au moins l'un de leurs parents, mais pas toujours ; parfois, ils peuvent être liés génétiquement à la mère porteuse. L'interprétation de ce lien génétique suscite des questions éthiques concernant la nature ou la qualité de la relation entre l'enfant et la personne dont le matériel génétique a été utilisé pour faire naître un enfant : les adultes qui désirent recourir à la GPA pour devenir parents considèrent le lien génétique comme primordial, et comme une garantie de la filiation. À l'enfant, en revanche, le lien génétique ne

donne aucun droit, comme le montre la juriste Muriel Fabre-Magnan<sup>17</sup>.

Le lien génétique avec l'enfant est, d'une part, essentiel, d'autre part, totalement dénué d'importance : le sperme d'un homme qui recourt à la GPA garantit à celui-ci la filiation et le lien « de sang » avec l'enfant, alors que l'ovocyte utilisé n'a aucune signification ni pour les « liens du sang », ni pour la filiation. Dans la GPA, le lien épigénétique entre la mère et le fœtus est totalement ignoré. L'enfant est considéré comme étant exclusivement lié à ceux qui ont imaginé et conçu l'embryon. L'équivalence entre embryon et enfant est souvent énoncée<sup>18</sup>, ce qui se vérifie lorsque l'embryon est conçu avec du matériel génétique provenant de tiers donneurs. La mère porteuse accepte de porter la grossesse, quelle que soit l'origine de l'embryon (y compris lorsqu'il est conçu avec ses propres ovocytes), et elle dispose de l'enfant dans le but de le donner, en considérant qu'il n'est pas « à elle ». Pour bien illustrer la particularité de cette grossesse, des mères porteuses américaines postent sur leurs blogs des photos d'elles arborant des T-shirts avec l'inscription « *not mine* ». À travers ces images, il est dit à la fois que la femme dispose de l'enfant dont elle est enceinte, qu'elle a besoin de le dire publiquement et qu'elle prend à témoin la société de ce qu'elle dispose d'un futur être humain.

Dans la mesure où ni la participation avec du matériel génétique à la conception d'un enfant, ni l'accouchement d'un enfant issu d'une grossesse souhaitée ne sont ni suffisants ni nécessaires pour être reconnu comme parent de l'enfant, la question se pose de savoir, dans le cas de la GPA, quelle est la base de la filiation. Étant donné que la pratique s'est développée initialement aux États-Unis, les contrats américains de



maternité de substitution ont imposé l'expression « parents d'intention », suggérant ainsi que la base de la filiation est l'*intention* de devenir parent<sup>19</sup>.

La contractualisation des démarches en vue de la réalisation de cette intention garantit la reconnaissance des droits parentaux sur l'enfant. La reconnaissance de la parentalité sur la base de l'intention inclut aussi la possibilité d'y renoncer, si l'intention disparaît. La parentalité « d'intention » assure aux futurs parents des droits, sans garantir le respect de leurs obligations, comme le montrent des situations qui se sont produites aussi bien dans des pays où la GPA est légale (Ukraine, États-Unis, Inde) que dans des pays où elle ne l'est pas (comme la Roumanie). Par exemple, un couple américain a eu l'intention d'avoir un enfant par GPA en Ukraine. À la naissance, ils ont appris que la petite fille avait un handicap, et ils ont renoncé à leur intention d'être ses parents. La petite fille est aujourd'hui apatride, dans un orphelinat ukrainien<sup>20</sup>. Concernant la situation aux États-Unis, un avocat américain mentionne de nombreuses situations dans lesquelles les « parents d'intention » ont changé d'avis, à la suite d'un divorce ou pour d'autres raisons – une mère « d'intention » s'est rendu compte qu'elle n'allait pas pouvoir élever un enfant avec lequel elle n'avait pas de lien génétique, alors que la grossesse pour laquelle elle avait payé était à un stade très avancé<sup>21</sup>. En Inde, le cas de Baby Manji a été très médiatisé (voir p. 161) : un couple japonais a signé un contrat avec une mère porteuse indienne, mais pendant la grossesse, la « mère d'intention » a changé d'avis, et n'a plus voulu reconnaître l'enfant<sup>22</sup>. Quant à la Roumanie, l'époux d'une mère porteuse racontait ainsi son expérience : « Ma femme est devenue enceinte pour un couple, mais ils ont changé d'avis et n'ont plus voulu l'enfant. Alors nous avons

dû faire une interruption de grossesse, payée de notre poche. Je regrette de ne rien leur avoir demandé à l'avance, mais on ne s'attendait pas à une chose pareille<sup>23</sup>. »

Lorsque la mère porteuse dispose de l'enfant, le confiant aux personnes qui ont l'intention de devenir ses parents, le risque existe que ces personnes changent d'intention. Le contexte social et législatif dans lequel une femme dispose de l'enfant qu'elle met au monde est important pour assurer la sécurité de celui-ci, ainsi que de la mère ; les personnes commanditaires sont protégées par le contrat et/ou par la loi, lorsque la pratique est légale. Dans toutes les situations se pose cependant la question de la responsabilité des acteurs impliqués dans la transaction et plus particulièrement la responsabilité de la mère qui dispose de l'enfant – ainsi que la responsabilité de la société qui accepte que des femmes soient amenées à agir comme mères porteuses.

### *La maternité de substitution et les droits fondamentaux*

Pour répondre aux préoccupations générées par la maternité de substitution, dès le début des années 1980, plusieurs États ont adopté des lois pour réglementer ou pour interdire la pratique. Depuis, les législations se transforment sans cesse, tant au niveau national qu'international.

Le droit est une construction sociale et les lois varient dans le temps, ainsi que d'un pays à l'autre. Il génère cependant toujours des effets logiques, de structure, et institue des qualifications et des solutions juridiques<sup>24</sup>, ayant des conséquences durables sur les personnes et sur les rapports sociaux

– par exemple, une femme enceinte aura des droits et des obligations différentes envers un enfant, selon la manière dont elle est désignée : mère ou mère porteuse.

Dans un État de droit, une mère ne peut disposer selon sa seule volonté de l'enfant dont elle accouche. Ainsi, si elle ne peut en assumer la maternité, elle peut bénéficier d'aide ; mais si elle abandonne l'enfant, elle peut être poursuivie pénalement ; si elle souhaite que l'enfant soit adopté, ce sont les autorités compétentes et légitimes, et non la mère, qui s'occuperont de l'adoption, et son accord en vue de l'adoption doit être obtenu après la naissance de l'enfant, jamais auparavant, conformément à la Convention internationale de La Haye concernant les adoptions internationales (1993) ; elle ne peut donner l'enfant contre une somme d'argent ou autres avantages, car la vente d'enfants est interdite – quel que soit le lien génétique entre la mère et l'enfant. De tous ces aspects et transformations de la relation mère-enfant s'occupent des institutions précises, qui visent à protéger l'enfant ainsi que la mère.

Dans certains États, cependant, si la mère est désignée comme mère *porteuse*, il est à supposer qu'elle peut disposer de l'enfant dont elle accouche : elle peut décider, avant même sa naissance, qu'elle va le confier à d'autres personnes, et elle peut recevoir de l'argent pour ce faire ; elle peut aussi s'engager par contrat à ne jamais le voir (quel que soit le lien génétique entre la mère et l'enfant).

La charge sémantique et symbolique du mot « mère » a une force telle que des juristes et des chercheurs et chercheuses recommandent, à présent, d'éviter<sup>25</sup> son emploi, et de le remplacer par les termes de *surrogate*, « femme porteuse<sup>26</sup> », « gestatrice », « tiers de naissance<sup>27</sup> ». La multiplication et la

diversification des désignations de la femme qui accouche suggèrent que la grossesse peut être séparée de la femme enceinte et considérée comme un objet à part ; et qu'un enfant n'a pas le droit d'avoir une mère (d'identifier une femme comme étant sa mère) si les personnes qui souhaitent sa venue au monde n'ont pas l'intention qu'il en ait une. De la manière dont la législation nationale désigne la mère et se rapporte aux droits des adultes dépend l'interprétation des droits et des intérêts de l'enfant. La filiation est reconnue de différentes manières, parmi lesquelles un contrat privé entre deux ou plusieurs personnes, stipulant la cession des droits parentaux, éventuellement contre une somme d'argent. Dans l'attribution de la filiation des enfants nés d'une mère porteuse, les juges occupent une place de plus en plus importante, ce qui encourage la manifestation de leur créativité, comme cette juge californienne qui a fait inscrire trois pères, vivant en « trouple », sur l'acte de naissance d'enfants nés de mères porteuses<sup>28</sup>. Et puisqu'aux États-Unis une telle filiation est devenue légale, on peut se demander si la Cour de cassation française va à son tour demander d'inscrire trois parents sur un acte de naissance.

Dès l'apparition de la maternité de substitution, les risques d'exploitation des femmes et de commercialisation des enfants ont été identifiés, plusieurs chercheuses et militantes engagées pour les droits et la santé des femmes les ayant documentés et exposés<sup>29</sup>. À présent, on admet que la majorité des mères porteuses sont dans une situation économique et sociale inférieure à celle des personnes qui souhaitent devenir parents, mais les inégalités socio-économiques ne sont pas considérées comme un risque d'exploitation. Et le fait qu'un enfant et son lien de filiation soient cédés dans le cadre d'une entente interpersonnelle (éventuellement accompagnée d'une transaction

financière) n'est pas considéré comme une réification, ou marchandisation, par les principaux acteurs impliqués dans la pratique – comme le montre Heather Jacobson dans son ouvrage, ni les parents d'intention, ni les cliniques, ni les femmes mères porteuses qu'elle a interrogées ne considèrent qu'il y ait un risque de marchandisation dans le processus de GPA. Les contrats américains stipulent clairement, par ailleurs, que la rémunération de la mère ne peut être considérée comme étant de la vente d'enfants. Les débats éthiques suscités par les situations concrètes de maternité de substitution et par les principes qu'elles mettent en jeu incluent ces considérations, et les États en tiennent compte dans leurs démarches législatives.

À présent, la maternité de substitution est désignée comme un marché, ou comme une industrie, termes employés aussi bien par des instances internationales que par des chercheuses et chercheurs<sup>30</sup>. La Conférence de La Haye de droit international privé, qui poursuit depuis 2011 la réglementation de cette pratique, affirmait qu'il est de notoriété publique qu'elle était devenue un marché mondialisé<sup>31</sup> ; au marché mondial de la GPA (*the global surrogacy market*) se réfèrent aussi les auteurs (chercheurs et juristes) d'un ouvrage récent de référence<sup>32</sup>, qui précisent qu'ils se sont intéressés à des questions essentielles, comme la possible marchandisation des enfants ou de la grossesse, le risque d'exploitation des femmes qui deviennent mères porteuses, ainsi que leur droit à l'autonomie. Cet ouvrage, qui comprend des analyses de la législation de vingt et un pays, identifie trois principales attitudes du droit national, par rapport à la GPA : l'interdiction de la pratique, la tolérance, et la réglementation plus ou moins stricte (depuis la réglementation par la loi jusqu'à la reconnaissance des effets d'un contrat).

Désigner la maternité de substitution comme un marché n'est pas neutre. Le fait qu'un marché existe, comme résultat de la création et de l'acceptation d'une pratique sociale, conduit à modifier les relations interpersonnelles au sein de la société, ainsi que les valeurs considérées comme acceptables pour structurer ces relations. Un marché suppose des échanges, donc des règles et des valeurs pour établir quels sont les biens qui peuvent être échangés (ou vendus). Compte tenu de l'extension des domaines dans lesquels les activités humaines créent un marché, la question se pose de savoir s'il existe des limites quant à ces biens, ou si l'idée selon laquelle tout est à vendre s'impose. Le philosophe américain Michael Sandel montre<sup>33</sup> que l'une des caractéristiques de l'époque contemporaine est l'intervention du marché, et des raisonnements qui lui sont spécifiques, dans des aspects de la vie qui n'étaient pas, auparavant, commerciaux ; en même temps, certaines choses, biens ou aspects de la vie ne peuvent être vendus ou achetés. Pour décider dans quels domaines l'intervention du marché est acceptable, et dans quels autres elle ne l'est pas, il faut cependant établir les critères selon lesquels la valeur des biens est estimée : la signification morale du bien et la manière dont sa valeur est évaluée. Si la maternité de substitution est un marché, il faut établir les biens qui sont vendus et achetés sur ce marché, comment leur valeur est évaluée, et par qui. La grande diversité des législations nationales portant sur ce sujet témoigne de sa sensibilité, ainsi que du fait qu'il est perçu et interprété de manières très différentes, voire diamétralement opposées, selon la culture nationale, la tradition juridique, l'histoire, le contexte social et économique de chaque pays.

Mais au-delà de la législation nationale, spécifique à chaque État, la plupart des pays ont comme repères plusieurs textes internationaux de référence. Il s'agit des conventions de défense des droits humains, dont découle la Convention pour l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (1979) et la Convention internationale pour les droits de l'enfant (1989). En Europe, deux textes essentiels sont la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (2010) et la Convention européenne des droits de l'homme. D'autres instruments internationaux sont liés à ces textes, tous ayant pour objectif d'affirmer et d'assurer les droits fondamentaux. L'une des caractéristiques importantes de ces droits est le fait qu'ils sont *inaliénables*. Autrement dit, une personne ne peut pas renoncer à ses droits fondamentaux, même si elle consent à le faire.

Compte tenu du fait que la maternité de substitution est possible *si et seulement si* une femme peut disposer de l'enfant auquel elle donne la vie, l'observation s'impose que tant les principes que la réalité de cette pratique s'opposent à plusieurs des droits humains.

La Convention internationale pour les droits de l'enfant prévoit (art. 3) que dans toutes les décisions prises par les États signataires, qu'il s'agisse d'actions des institutions publiques ou privées, l'intérêt supérieur de l'enfant est primordial. Or un enfant dont la conception est contractualisée et eugénique<sup>34</sup> est traité comme un objet. La remise programmée de l'enfant par la mère à la naissance, ainsi que les risques pour la santé de l'enfant imposés par des adultes<sup>35</sup>, ne respectent pas l'intérêt supérieur de l'enfant. Dans la maternité de substitution commerciale, les enfants font l'objet d'une transaction qui relève

de la vente d'enfants, comme le montre le rapport de la rapporteure spéciale des Nations unies sur la vente d'enfant<sup>36</sup>.

La Convention pour l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes prévoit d'éliminer les violences dont les femmes sont victimes. Les contrats de maternité de substitution prévoient cependant des pratiques médicales et obstétricales qui sont des violences physiques réelles, exercées de manière délibérée sur les femmes, à savoir des actes obstétricaux intrusifs, sélection embryonnaire ou avortement réalisé sans raison médicale, nombre d'embryons implantés et modalité d'accouchement décidés exclusivement par les futurs parents. Ces violences ne sont pas niées. Le contrat prévoit le paiement de la mère comme un dédommagement pour les souffrances et les dommages subis. L'argument évoqué pour accepter ces violences, c'est la liberté de la femme de disposer de son corps. Il est cependant contredit par deux autres arguments. En premier lieu, si la femme peut disposer de son propre corps, elle n'a pas le droit de disposer d'une autre personne, à savoir de l'enfant, alors que le but de toute la démarche est de produire et de remettre l'enfant. En second lieu, la liberté de disposer de soi n'est pas un droit de s'autodégrader par déshumanisation – car des mères porteuses se désignent elles-mêmes comme « four » ou « incubateur », c'est-à-dire comme des objets. Et si toutefois une femme a le droit de se considérer comme incubateur, il est difficile de comprendre comment un incubateur peut disposer du sort d'un nouveau-né.

Les principes de la dignité et de l'intégrité de la personne sont niés dans la maternité de substitution, en ce qui concerne la mère et l'enfant<sup>37</sup>. Or ce sont des principes primordiaux. L'article premier de la Charte des droits fondamentaux de l'UE



prévoit le principe de l'inviolabilité de la dignité humaine, et l'article 3, le principe de l'intégrité de la personne. L'article 3 inclut également des précisions de la Convention pour les droits de l'homme et la biomédecine, et interdit les pratiques « eugéniques, notamment celles qui ont pour but la sélection des personnes », ainsi que de faire « du corps humain et de ses parties, en tant que telles, une source de profit ». La maternité de substitution inclut des pratiques eugéniques reconnues par les médecins, et des parties du corps de la femme génèrent toute une industrie. Même si une femme consent à renoncer à la dignité et à l'intégrité (ce qui se produit lorsque les conditions de vie et les chances prévisibles de leur amélioration amènent certaines femmes à l'envisager), la dignité et l'intégrité ne sont pas aliénables. Ce sont des principes qui se réfèrent à l'humanité commune de tous les êtres humains<sup>38</sup>. S'il est admis de porter atteinte à ces principes dans des pratiques consenties par certaines personnes, alors ils peuvent être lésés à tout moment. Porter atteinte à la dignité n'est pas un problème de liberté dans les relations interpersonnelles, mais d'organisation sociale et institutionnelle, comme l'explique Muriel Fabre-Magnan dans *L'Institution de la liberté*<sup>39</sup>. En disposant de l'enfant dont elle accouche, une femme n'exerce ni un droit, ni une liberté. D'ailleurs, cette femme a renoncé à la liberté, par contrat, et choisi d'être considérée comme un objet, ainsi que l'enfant auquel elle donne la vie.

## *Une éthique universelle pour penser la maternité*

Réfléchir à la maternité implique d'inscrire ce processus dans le fonctionnement de la société où il se produit, et où il peut donner lieu à différentes pratiques sociales comme la GPA. Cette réflexion conduit à constater, comme il a été montré auparavant, que des États de droit acceptent la vente d'enfants, lorsqu'elle est désignée comme maternité de substitution ; que la marchandisation devient principe de réglementation des ententes interpersonnelles ; et qu'à l'économie de marché se substitue ce que Michael Sandel nomme une *société de marché*, c'est-à-dire une société au sein de laquelle n'importe quelle relation peut devenir marchande. Ces constats révèlent les limites du droit, quand il s'agit de mettre en perspective et de comprendre les ressorts par lesquels une pratique particulière reflète la société en son entier et son devenir ; et ils conduisent à la nécessité d'une approche éthique.

Une éthique universelle féministe offre la possibilité d'intégrer non seulement la signification formelle de la maternité de substitution, mais aussi les intérêts des personnes les plus vulnérables qu'elle implique – à savoir la femme qui devient mère et l'enfant qu'elle met au monde – et les effets que l'acceptation de ce type de maternité a pour toutes les femmes, pour toutes les femmes qui deviennent mères, ainsi que pour l'humanité. Cette éthique permet de percevoir la différence définitive et fondamentale que la maternité de substitution introduit entre les êtres humains, à savoir la réification : certains êtres humains sont conçus et mis au monde par contrat

(le plus souvent, contre de l'argent), et d'autres non. Le contrat conclu pour la conception d'un être humain – et tout ce qu'il contient en termes de contrôle des caractéristiques que cet être est censé avoir – devient constitutif de l'identité de cette personne. L'humanité est désormais composée d'êtres pour la naissance desquels un contrat a été conclu, légalement, et d'autres pour lesquels il n'y a pas de contrat. Le lien contractuel étant par ailleurs considéré comme la forme la plus aboutie des relations sociales, et ayant vocation à remplacer les impératifs unilatéraux de la loi<sup>40</sup>.

La perspective éthique dans laquelle je propose d'inclure la réflexion sur la maternité de substitution est basée sur l'éthique de *ce qui convient*, théorisée par Mihaela Miroiu, et sur celle de la considération, édifiée par Corinne Pelluchon<sup>41</sup>. Les deux théories partagent quelques prémisses fondamentales. Premièrement, les deux autrices situent le sujet dans sa corporéité, à travers et grâce à laquelle la personne devient consciente de sa propre existence et des conditions de celle-ci. Pelluchon se réfère à « la condition d'être engendré<sup>42</sup> ». Elle montre que « la corporéité est celle qui souligne la vulnérabilité du sujet, met en avant la dimension de plaisir attaché au fait de vivre, ainsi que le caractère toujours relationnel du sujet<sup>43</sup> ». Pour Miroiu, « dans beaucoup de situations, notre compréhension est le résultat d'expériences partagées en commun. [...] Cette compréhension est le résultat de l'empathie, de la covivance (*co-trairii*), du ressentir ensemble (*intersimtirii*), du partage de certains besoins et expériences communes<sup>44</sup> ». En deuxième lieu, elles affirment et prennent en compte la conscience de la finitude et de la vulnérabilité que la finitude génère. Et en troisième lieu, elles imaginent une approche complexe de la vie, comprenant à la fois le sujet

et le monde qui l'entoure, approche qui part de l'idée que le rapport à soi inclut le rapport à l'autre. Toute personne, en tant que sujet, se trouve intrinsèquement en relation avec les autres êtres vivants, humains ou non, qui ont existé, existent et/ou vont exister. La corporéité, la vulnérabilité et la relation caractérisent toutes les personnes, quelles que soient leurs différences par ailleurs. C'est pourquoi, ensemble, elles peuvent constituer le fondement d'une éthique universelle.

L'éthique de la considération est conçue comme une démarche volontaire visant à réduire la distance entre ce que nous savons et ce que nous faisons, en amenant au centre de la conscience ce qui nous unit aux autres. En manifestant de la considération envers soi-même, nous tenons compte, volontairement, des conséquences de nos actes, et nous nous engageons par rapport à eux. *Considérer* quelqu'un (un être humain ou non humain) signifie lui reconnaître une *valeur propre*, qui lui appartient et qui ne dépend pas du point de vue de quelqu'un d'autre (ou des intérêts limités, égoïstes, de cette personne) ; cela signifie aussi garantir sa dignité, en affirmant qu'il ne peut être réduit à un objet ou à un moyen, et que cette personne, par son expérience, enrichit le monde<sup>45</sup>. Comme modalité du rapport aux autres (à l'humanité et à la vie en général), la considération s'oppose aussi bien à l'indifférence qu'à la domination (lorsque je considère quelqu'un, je ne peux être indifférent à ce que vit cette personne, ni chercher à la dominer ou à profiter de sa situation). Montrer de la considération à une femme, c'est ne pas essayer de tirer profit de sa situation de vulnérabilité et ne pas lui proposer d'entrer dans une relation marchande dans laquelle elle peut risquer durablement sa santé, voire sa vie. La considérer, c'est ne pas la réduire à un objet ou à un moyen.

L'éthique de ce qui convient, *convenio*, est elle aussi fondée sur ce que nous avons en commun les uns avec les autres ; selon ses principes, la compréhension intersubjective est possible « parce que nous avons en commun avec d'autres êtres le statut de "besoin vivant"<sup>46</sup> ». Miroiu part du constat que, par leur corporalité spécifique, les femmes ont un vécu plus large et plus diversifié des expériences communes, à travers la grossesse, l'accouchement et le fait de « nourrir de son corps ». *Ce qui convient* engage aussi une démarche volontaire, qui peut être entendue de trois manières : comme empathie (décrite par la philosophe comme un « état intérieur d'acceptation »), comme choix rationnel et comme sens moral. Le principe de *ce qui convient* est recommandé pour penser et imaginer – en empathie, en raison et moralement – le monde dans lequel nous vivons, un héritage que nous avons reçu et que nous allons transmettre à ceux et celles qui vont nous succéder. Dans ce monde, nous, les êtres du présent, « sommes ceux qui fabriquons les codes normatifs pour nos descendants ». Cette position virtuelle de parent engage pleinement tout le monde, et invite à éviter à la fois l'hostilité et le désintérêt que l'on pourrait ressentir pour les autres, étant donné que « l'on négocie en supposant que nous sommes nous-mêmes concernés à travers nos descendants<sup>47</sup> ». Ce que l'on négocie et construit, à travers les choix que nous faisons, c'est la possibilité même d'un monde *qui convient* à nos enfants (réels ou potentiels). Un monde dans lequel chaque personne est traitée avec une égale considération par les autres et par la société.

Le cadre éthique défini par la considération et par le principe de ce qui convient peut outiller la réflexion sur le processus social et institutionnel de maternité de substitution. Dans ce processus, l'une des injonctions que la mère porteuse reçoit,

et qu'elle s'adresse à elle-même<sup>48</sup>, est de ne pas s'attacher à l'enfant ; autrement dit, une injonction à la dissociation. Cela suppose que l'on admet (socialement, juridiquement, politiquement) la négation de l'unité de l'être humain de certaines femmes, au nom du processus biologique de la grossesse, *si la grossesse est portée pour quelqu'un d'autre*, et donc si elle est aliénée volontairement. Le consentement de la femme à la dissociation ne peut être considéré comme une liberté, car « la personne qui contractualise sa liberté la perd », étant donné que le consentement dans un contrat prévoit la contrainte de respecter celui-ci<sup>49</sup>. La liberté de l'enfant est elle aussi attaquée, lorsque la mère porteuse le réifie, en disposant de lui afin de respecter le contrat. L'instrumentalisation du corps de la mère implique l'instrumentalisation de l'enfant. Car si une femme peut disposer d'un enfant qu'elle a consenti de mettre au monde par contrat, il n'y a aucune raison pour laquelle elle ne pourrait pas disposer aussi d'enfants dont la conception n'a pas été contractualisée. Si l'on accorde une égale considération à tous les enfants, alors une mère peut disposer de n'importe quel enfant qu'elle met au monde, quels que soient son âge et les conditions de sa naissance. Le contrat repose sur le présupposé de la capacité de la femme à disposer d'un être humain, en vertu du fait qu'elle lui a donné naissance.

Accepter que certaines femmes et certains enfants puissent être traités de la sorte, c'est accepter de voir attaquer le fondement même de la société démocratique, à savoir la reconnaissance et la défense de l'égale dignité de toutes les personnes, sans distinction de sexe, d'âge, de conditions de naissance.

## *Conclusion*

Une éthique féministe, visant à concevoir un monde qui convient à toutes et à tous, grâce à la considération inconditionnelle manifestée pour chaque être, est un outil pour penser les mécanismes sociaux qui amènent certaines femmes à participer à des processus de maternité de substitution. Une compréhension approfondie de ces mécanismes est nécessaire pour analyser les enjeux que représente, pour notre humanité commune, le fait qu'une femme dispose – ou soit conduite à disposer – de l'enfant auquel elle donne la vie, en se disant « mère porteuse ». Car dans aucune autre circonstance, une mère ne peut disposer de son enfant ; ni même, lorsqu'elle le met au monde en tant que mère « porteuse », ne peut-elle changer d'avis et être reconnue mère. Ainsi voit-on qu'il est accordé à une femme de disposer de l'enfant dont elle accouche dans le seul but de s'en séparer, ce à quoi on a pris soin de la faire consentir par contrat. Mais peut-on disposer par contrat d'un être humain qui est notre égal, et à qui l'on porte la même considération qu'à soi-même ?