➤ L'objectif de cette contribution est d'analyser à l'aune d'une perspective outre-Atlantique les questions soumises à la prochaine révision française des lois dites de bioéthique, notamment dans le domaine des nouvelles technologies de reproduction (NTR). Les questions éthiques, juridiques, sociales, économiques et politiques soulevées par les NTR remettent en cause le modèle bioéthique français conçu en 1994 et, à cet effet, il est intéressant de voir comment, aux États-Unis, ces questions ont été abordées. ◀

Il est relativement courant, en France, de juger des pratiques en matière de nouvelles technologies de reproduction (NTR) que l'on observe aux États-Unis. L'accès à ces nouvelles méthodes pour les couples homosexuels reste ainsi un sujet de discussion au nom de l'intérêt de l'enfant à avoir un homme et une femme comme parents. De même, la commercialisation et la vente sur catalogue des gamètes sont sévèrement réprimées, le recours à des femmes porteuses, rémunérées ou pas, est aussi dénoncé. Pour asseoir ces critiques, on souligne les méfaits du capitalisme sauvage, dont l'individualisme à outrance serait issu, l'anéantissement par le néo-libéralisme des enjeux éthiques, ou encore le retour en force de l'eugénisme de la fin du XIX^e et du début XX^e siècles¹ [1]. Paradoxalement, dans d'autres contextes, ces mêmes observateurs européens vont critiquer le puritanisme ambiant, le conservatisme et le poids du religieux dans la culture américaine. Ainsi, pour mieux comprendre le contexte dans lequel évolue les NTR aux États-Unis, il convient de voir de plus près ce qui s'y passe, au point même de constater que certaines initiatives pourraient intéresser le législateur et/ou le juge français.

Ce texte, paru initialement dans la revue *Travail, Genre et Société* (<https://www.cairn.info/revue-travail-genre-et-societes-2012-2-p-183.htm>), a été mis à jour et reçoit la permission du Comité de rédaction de la revue TGS pour cette reproduction. Vignette (Photo © Inserm – Patrick Delapierre).

¹ En référence au début du XX^e siècle aux États-Unis, lorsque des politiques publiques eugéniques furent mises en œuvre par de nombreux États fédérés, dont la stérilisation forcée, sanctionnée par la Cour suprême en 1927 (affaire *Buck v. Bell*, 274 U.S. 200, 1927).

Les nouvelles technologies de reproduction

État des lieux aux États-Unis

Jennifer Merchant

Centre d'études et de recherches de sciences administratives et politiques (CERSA), Université Paris 2 Panthéon-Assas, Pôle Langues, 92, rue d'Assas, 75006 Paris, France.
jennifer.merchant@u-paris2.fr

Les nouvelles technologies de reproduction en général, et la gestation pour autrui en particulier

Aux États-Unis, les pratiques dans le domaine de la procréation (contraception, avortement, procréation médicalement assistée [PMA]) sont encadrées par une jurisprudence fédérale qui les situe dans l'espace privé et autour d'un droit constitutionnel, un « droit à l'intimité » (*right to privacy*) réitéré dans plusieurs affaires². En 1998, la procréation a ainsi été définie par la Cour suprême comme étant une « activité majeure de la vie » (*major life activity*) protégée par l'*American Disabilities Act* [2]. Ces pratiques sont ensuite encadrées au sein des différents États fédérés par de nombreuses politiques publiques.

En ce qui concerne le recours à la PMA, et contrairement aux idées reçues, il n'existe pas de vide juridique aux États-Unis, en dépit de la protection constitutionnelle autour d'un droit à la vie privée en matière de procréation, une protection somme toute remarquable contenue dans les décisions *Griswold*, *Roe* et *Bradgon*^{2,3}. Cela ne veut pas dire cependant qu'un citoyen américain peut faire tout et n'importe quoi. Deux lois fédérales encadrant la PMA doivent être citées. D'abord, le *National Organ Transplant Act* qui interdit la vente d'organes et autres éléments du corps humain. C'est en

² *Skinner v. Oklahoma*, 316 U.S. 535, 1942 ; *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479, 1965 ; *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438, 1972 ; *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 1973 ; *Relf v. Weinberger*, 565 F.2d 722, 184 U.S. App. D.C. 147, 1997.

³ *Bradgon v. Abbott*, 524 U.S. 624, 1998.

effet le temps sacrifié du donneur, et/ou les jours de salaire qui ont été perdus, qui ont une valeur marchande, par exemple dans le don du sperme et des ovules, et non l'objet du don en lui-même. La deuxième loi nationale oblige le ministère de la Santé (*Health and Human Services Department*) à publier chaque année un rapport d'activité des centres de traitement d'infertilité à travers les États-Unis – toujours sur la base du volontariat⁴. En 2015, sur environ 494 cliniques en activité, 464 ont répondu au questionnaire [3]. Il n'y a pas de sanctions pour les centres qui ne répondent pas, en dehors de la sanction du marché, dans la mesure où les futurs « patients » consultent systématiquement ce rapport mis en ligne avant de choisir leur centre de traitement.

L'absence d'autres types de législation nationale relative à la PMA s'explique tout simplement par le principe de séparation des pouvoirs et par le fonctionnement du fédéralisme aux États-Unis. L'Article 1 section 8 de la Constitution américaine confère un certain nombre de pouvoirs et de devoirs au Congrès ; les autres pouvoirs, en vertu des 9^e et 10^e Amendements de cette même Constitution, sont conférés aux États fédérés ou au peuple⁵.

En pratique, cela veut tout simplement dire qu'est conféré aux États fédérés et à leurs institutions – leurs assemblées représentatives, et/ou les tribunaux – le pouvoir de proposer, de créer et d'évaluer des politiques publiques dans tous les domaines qui ne sont pas mentionnés dans l'Article 1 section 8 de la Constitution. Ainsi, chaque état fédéré peut développer sa propre politique de santé, de la famille, de l'éducation, son propre droit pénal et droit de la famille, etc. Dans le domaine du recours et des conséquences de la PMA (filiation, etc.), de nombreux États ont déjà promulgué des lois, certains de manière très restrictive comme la Louisiane, d'autres beaucoup moins, comme la Californie.

La gestation pour autrui et son encadrement

Avant toute chose, il faut savoir que le recours à la gestation pour autrui (GPA) n'est pas fréquent. Il y a environ 4 millions de naissances par an aux États-Unis, et parmi celles-ci, seules 1 000 à 1 500 naissances sont le fruit d'une GPA. La moitié de ces naissances – environ 700 – sont en fait pour des couples étrangers [4]. L'ensemble des recours à une femme porteuse culmine à moins de 0,1 % de litiges par an, opposant le couple receveur à la femme porteuse, soit environ un cas et demi par an devant les tribunaux. Il est par conséquent erroné de dire qu'il s'agit d'une pratique de plus en plus fréquente. Les chiffres demeurent stables depuis que les *Centers for Disease Control* (CDC) publient leur rapport annuel sur les activités des cliniques ; la GPA constitue seulement 1 % de ces pratiques, chiffre constant depuis

1998 [3]. Il est également faux de dire que la plupart de ces pratiques se terminent devant les tribunaux [5]. En revanche, ce qui est en effet critiquable dans la pratique de la GPA aux États-Unis, c'est la disparité des lois qui régissent le recours à la femme porteuse et les modalités de filiation pour les enfants, sans parler des différences importantes de « dédommagements » pratiqués, le tout dû à l'autonomie législative des états fédérés. Cela crée un paysage national complexe qui instaure *de facto* une inégalité entre les femmes qui s'engagent dans une GPA.

Ainsi, de nombreuses voix se font entendre aux États-Unis, exprimant une volonté d'extraire le recours à la GPA du domaine du droit des contrats/droit privé pour l'inscrire dans une problématique de santé publique et de droit public. Déjà au niveau fédéral, deux tentatives d'interdire tout simplement le recours à la GPA au niveau national ont échoué, (ces deux projets de lois ont été présentés en 1989). Parallèlement à ces tentatives nationales, environ la moitié des États ont légiféré en la matière :

- Quatre États ne reconnaissent pas la validité d'un contrat de GPA, quel qu'il soit.
- Quatre États reconnaissent la validité d'un contrat de GPA, mais sans rémunération de la femme gestatrice⁶.
- Quatre autres États reconnaissent la validité d'un contrat de GPA avec rémunération de la femme gestatrice.
- Trois États reconnaissent la validité d'un contrat de GPA avec une rémunération qui ne doit pas dépasser les frais encourus (frais médicaux, frais de vêtements et d'alimentation, perte de journées d'emploi de la femme gestatrice qui abandonne son travail pour celui-ci, et autres frais afférents). Ces états acceptent aussi qu'une femme porteuse puisse revenir sur sa décision et rompre le contrat.
- Sept États interdisent formellement le recours à la GPA, le criminalisant.

Tous les autres États n'ont aucune loi dans ce domaine et laissent aux tribunaux le soin de trancher dans les affaires qui deviennent difficiles.

Dans les États qui tolèrent la GPA, ou qui ont légiféré favorablement dans ce domaine, c'est le principe du droit à l'intimité en matière de procréation qui prévaut. Cette position est d'ailleurs soutenue avec vigueur par un certain nombre de bioéthiciens, de féministes, ou encore de juristes, notamment John Robertson. Dans un article devenu célèbre, il écrivait : « *La liberté de la loi permet aux gens de se considérer et de se traiter comme des moyens visant des fins reproductives, avec toutes*

⁴ The National Organ Transplant Act (1984 Public Law 98-507, amended 1990) ; The Fertility Clinic Success Rate and Certification Act of 1992 (Pub. L. 102-493, 42 U.S.C. 263a-1 et seq.).

⁵ « L'énumération de certains droits dans la Constitution ne pourra être interprétée comme déniaut ou restreignant d'autres droits conservés par le peuple » (9^e Amendement), et « Les pouvoirs qui ne sont pas délégués aux États-Unis par la Constitution, ni refusés par elle aux États, sont conservés par les États respectivement ou par le peuple » (10^e Amendement).

⁶ La gestatrice est la personne qui porte l'enfant.

leurs capacités de négociation et autres ressources déterminant le destin des enfants à venir [...] les contrats de reproduction deviennent les outils de la liberté reproductive [...]. Une telle liberté permet [...] aux gens de déterminer et satisfaire leur bien-être plus efficacement que ne peut le faire un gouvernement. Dans une société libérale, la main invisible de la préférence procréative doit pouvoir agir » [6, 7].

Or, nous ne souscrivons pas à cette analyse de « la main invisible de la préférence procréative » qui, selon elle, n'a de sens que pour les receveurs. La femme porteuse n'a que dans de très rares cas la possibilité d'indiquer sa préférence pour un couple receveur ou un autre et, contrairement au marché idéal, la « vendeuse » d'ovule ou la femme porteuse n'ont pas le dernier mot sur le prix négocié.

Si l'on suppose ainsi que le droit à l'intimité ne constitue plus la base juridique adéquate pour justifier le recours à la GPA, que mettons-nous à la place ? Si on rejette le droit à l'intimité comme principe juridique fondamental, sur quoi pouvons-nous fonder le droit des femmes à avoir recours à l'avortement en cas de grossesse non désirée ? De plus, est-ce que le discours et/ou la revendication des « droits » constituent le vecteur adéquat pour le cas de la GPA ? Les auteurs américains d'un article très remarqué avancent quatre scénarios qui pourraient exister aux côtés du « droit à l'intimité », les quatre faisant un appel urgent à une législation nationale [8] :

Prohibition totale du recours à la GPA rémunérée par des agents intermédiaires (les « brokers ») avec la non-reconnaissance de ces arrangements, des sanctions financières lourdes pour les agences, et le refus de filiation accordée aux parents « sociaux ». La GPA devient donc un acte purement altruiste de la part de la femme qui se présente, mais les chances pour en trouver chutent considérablement.

La réglementation nationale des tarifs de GPA selon une loi fédérale en vertu de la possibilité qu'a le Congrès américain de réguler le commerce entre les états (*Interstate Commerce Clause*, Article 1 section 8 de la Constitution américaine). Une loi nationale donc pour fixer la rémunération de frais encourus, appelés « frais raisonnables » : dépenses médicales, vêtements de grossesse, alimentation particulière, etc.

La création, par une loi fédérale, d'un tarif national établi cette fois par les représentants de l'industrie de la PMA elle-même - dans ce cas, l'*American Society for Reproductive Medicine* - tarif qui ira au-delà des simples frais encourus, mais qui ne pourrait être dépassé. Ainsi une femme candidate ne serait plus tentée, comme c'est le cas aujourd'hui, d'accepter un tarif moindre afin de « décrocher » un contrat de GPA quand son agence lui dit qu'elle est en concurrence avec cinq autres candidates prêtes à baisser leurs propres prix.

Enfin, le scénario le plus permissif, une loi fédérale qui autorise le recours à la GPA et laisse au marché l'établissement du prix de rémunération, tout en garantissant au niveau fédéral une protection des parties engagées, aussi bien les parents receveurs que les candidates à la GPA. Cette solution mettrait donc fin à la disparité juridique et législative entre les états aussi bien qu'à l'exploitation par les agences intermédiaires des femmes candidates à la GPA et couples receveurs en mal d'enfant. Elle offre aussi une protection légale et égale à tous ceux engagés dans cette procédure de procréation.

Ces quatre scénarios préservent le sens original du droit à l'intimité dans le contexte américain tout en encadrant une pratique jusqu'alors controversée et discriminatoire dans bien des cas. Il est intéressant d'ailleurs de voir qu'au niveau de certains États, nombre des critères mentionnés ci-dessus ont déjà été repris dans des textes juridiques ou législatifs.

Regardons de plus près plusieurs États qui ont établi, à notre avis, un modèle « éthique » du recours à la GPA.

Les modèles « éthique » de GPA

Dix États aux États-Unis autorisent le recours à la GPA en le régulant de façon très détaillée. Nous avons choisi d'écarter les États qui, tout en régulant le recours à la GPA, autorisent le paiement de la femme porteuse au-delà des frais médicaux et autres frais afférents à la période de grossesse. Ainsi, quatre États - la Floride, l'Utah, l'État de Washington et le New Hampshire - présentent un encadrement de la GPA intéressant.

Floride

Cet État encadre de façon différente la GPA « traditionnelle » (avec les ovocytes de la femme porteuse, autrement connu sous le terme de *GPA génétique*)⁷ et la GPA « gestationnelle »⁸. Dans le premier cas, le couple hétérosexuel (la Floride a inscrit dans sa Constitution que le mariage n'existe qu'entre un homme et une femme) signe avec la mère porteuse un accord préalable d'adoption (*pre-planned adoption agreement*) qui doit être entériné par un tribunal. Le couple receveur ne doit pas forcément avoir un lien génétique avec le futur enfant. Après la naissance, la mère porteuse bénéficie de 48 heures pour éventuellement décider de garder l'enfant en toute légalité. Dans le second cas d'une gestation sans lien génétique avec la femme porteuse, le contrat signé avant l'implantation de l'embryon impose à la femme porteuse de signer une clause qui déclare qu'elle renonce à ses droits sur l'enfant à la naissance. La femme du couple receveur doit démontrer qu'elle ne peut pas porter ou accoucher d'un enfant pour des raisons médicales, et au moins un des deux parents receveurs doit être lié génétiquement à l'enfant à venir.

Dans les deux types de GPA, la femme porteuse doit avoir au moins 18 ans et doit se soumettre préalablement à une longue série d'exams médicaux. Dans le contrat, il est stipulé que le couple receveur doit accepter l'enfant qui naît, peu importe d'éven-

⁷ Florida Statute 63.212 (1)(i), 2007.

⁸ Florida Statute 742.15, 2007.

tuels handicaps. En cas de défaillance des parents receveurs (par exemple, dans le premier type de cas, la GPA gestationnelle, si l'enfant n'est en fait lié génétiquement ni à la mère ni au père social), la femme porteuse devient le parent légal de l'enfant. Enfin, et ce n'est pas le point le moins important, aucune compensation au-delà des frais médicaux et autres frais afférents à la grossesse n'est acceptée. En outre, aucun intermédiaire mettant en contact le couple et la femme porteuse ne peut recevoir une rémunération pour cet acte.

Utah

Dans cet État, la législation est inspirée de la partie 8 du *Uniform Parentage Act* de 2002, un modèle national non contraignant qui traite de la filiation et du droit de la famille et propose une loi nationale gouvernant ces domaines⁹. Le contrat liant la femme porteuse et le couple (hétérosexuel, pour les mêmes raisons que la Floride), élaboré avant l'insémination ou l'implantation et déclarant comme parents légaux le couple receveur, exige plusieurs critères. Tout d'abord, le couple receveur et la femme porteuse doivent avoir au moins 21 ans et doivent se soumettre à un examen psychologique. Tous les trois doivent avoir résidé dans l'état depuis au moins 90 jours. Le couple receveur doit être marié et se soumettre à un *home study* (visite de leur maison par les services sociaux). La femme porteuse doit avoir déjà eu un enfant, elle ne peut pas utiliser ses propres ovules, elle maintient tout le contrôle sur des décisions concernant sa santé durant la grossesse. La mère d'intention doit prouver qu'elle ne peut pas porter ni accoucher d'un enfant, et au moins un des deux parents d'intention doit être génétiquement lié à l'enfant. Si la femme porteuse est mariée ou en couple, le sperme de son conjoint ne peut pas être utilisé. Fait très important, la femme porteuse ne doit pas être bénéficiaire ni de *Medicaid* (l'assurance santé attribué aux personnes vivant en dessous du seuil de la pauvreté) ni d'aucune autre allocation familiale de l'État. Enfin, le couple receveur peut rémunérer la femme porteuse de façon « raisonnable », à savoir tous les frais médicaux et autres frais afférents à la grossesse et aux jours de travail manqués dans les derniers mois de la grossesse.

New Hampshire¹⁰ et Washington¹¹

Ces deux États ont comme particularité le fait d'autoriser le mariage entre personnes de même sexe et, par conséquent, l'adoption d'enfants et le recours à l'assistance médicale à la procréation pour les couples de même sexe.

Dans le New Hampshire (dont la loi est plus stricte que dans l'État de Washington), le couple receveur et la femme porteuse doivent être résidents de l'état depuis 6 mois. Le couple receveur doit être marié, avoir au moins 21 ans, et dans le cas d'un couple hétérosexuel, la mère d'intention en incapacité de porter un enfant. Au moins l'un d'entre eux doit

être lié génétiquement à l'enfant à venir. Le contrat doit être approuvé en amont par un juge, et la femme porteuse et le couple receveur doivent se soumettre à des examens psychologiques et physiologiques et à des inspections de leurs résidences respectives avant l'insémination. La femme porteuse doit avoir déjà eu un enfant, et ne doit pas être rémunérée au-delà des frais encourus pendant la grossesse (médicaux, assurances, jours de travail manqués). Les agents intermédiaires sont prohibés.

Dans l'État de Washington, l'encadrement est un peu plus léger. Le couple receveur et la femme porteuse doivent être résidents de l'état et avoir au moins 21 ans. Le contrat doit être approuvé en amont par un juge et la femme porteuse ne doit pas être rémunérée au-delà des frais encourus pendant la grossesse. De même, les intermédiaires ne sont pas autorisés.

Conclusion

De nombreuses études portant sur les enfants nés d'une femme porteuse et les rapports entre elle, l'enfant, et les parents sociaux ont été publiées [9-14]. Quelles sont leurs conclusions ? La vaste majorité des parents de ces nouvelles familles ont dit la vérité aux enfants, et ont choisi de garder le contact avec la femme porteuse. Les enfants de ces familles ne diffèrent pas dans leurs rapports avec leurs parents, des enfants nés « traditionnellement », certains même parlant d'un « plus » dans leurs vies en référence au maintien de contact avec la femme porteuse. Les encadrements de la GPA que nous avons présentés nous intéressent, non pas pour les reproduire ici en France, mais parce qu'ils nous montrent qu'on peut penser la GPA autrement qu'en termes d'interdiction. Un modèle français d'encadrement de la GPA est envisageable, à partir du moment où l'on observe comment d'autres pays l'ont pensée et créée au sein de leur propre système juridique, politique et culturel. ♦

SUMMARY

New reproductive technologies in the United States: law(s) and practice(s)

This article presents a panorama of laws and guidelines governing the practice of NRT in the US in general, and surrogacy in particular. Special attention is given to what the author deems to be four « models » governing frameworks for surrogacy where all parties are protected, beginning with the surrogate herself. ♦

LIENS D'INTÉRÊT

L'auteure déclare n'avoir aucun lien d'intérêt concernant les données publiées dans cet article.

⁹ Utah Code Ann. §§78-45g-801 to -809, 2007.

¹⁰ RSA §§168-B:1 to -B:32, 2007.

¹¹ Rev. Code Wash. §§26.26.011 to .903, 2007.