

N° 421

# SÉNAT

SESSION ORDINAIRE DE 2007-2008

---

---

Annexe au procès-verbal de la séance du 25 juin 2008

## RAPPORT D'INFORMATION

FAIT

*au nom de la commission des Affaires sociales (1) et de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale (2) par le groupe de travail (3) sur la **maternité pour autrui**,*

Par Mme Michèle ANDRÉ, MM. Alain MILON et Henri de RICHEMONT,

Sénateurs.

---

(1) *Cette commission est composée de :* M. Nicolas About, *président* ; MM. Alain Gournac, Louis Souvet, Gérard Dériot, Jean-Pierre Godefroy, Mme Claire-Lise Campion, MM. Bernard Seillier, Jean-Marie Vanlerenberghe, Mme Annie David, *vice-présidents* ; MM. François Autain, Paul Blanc, Jean-Marc Juilhard, Mmes Anne-Marie Payet, Gisèle Printz, *secrétaires* ; Mme Jacqueline Alquier, MM. Jean-Paul Amoudry, Gilbert Barbier, Pierre Bernard-Reymond, Mme Brigitte Bout, MM. Jean-Pierre Cantegrit, Bernard Cazeau, Mmes Isabelle Debré, Christiane Demontès, Sylvie Desmarescaux, Muguette Dini, M. Claude Domeizel, Mme Bernadette Dupont, MM. Michel Esneu, Jean-Claude Etienne, Guy Fischer, Jacques Gillot, Francis Giraud, Mmes Françoise Henneron, Marie-Thérèse Hermange, Gélita Hoarau, Annie Jarraud-Vergnolle, Christiane Kammermann, MM. Marc Laménie, Serge Larcher, André Lardeux, Dominique Leclerc, Mme Raymonde Le Texier, MM. Roger Madec, Jean-Pierre Michel, Alain Milon, Georges Mouly, Louis Pinton, Mmes Catherine Procaccia, Janine Rozier, Michèle San Vicente-Baudrin, Patricia Schillinger, Esther Sittler, MM. Alain Vasselle, François Vendasi.

(2) *Cette commission est composée de :* M. Jean-Jacques Hyst, *président* ; MM. Patrice Gélard, Bernard Saugey, Jean-Claude Peyronnet, François Zocchetto, Mme Nicole Borvo Cohen-Seat, M. Georges Othily, *vice-présidents* ; MM. Christian Cointat, Pierre Jarlier, Jacques Mahéas, Simon Sutour, *secrétaires* ; M. Nicolas Alfonsi, Mme Michèle André, M. Philippe Arnaud, Mme Eliane Assassi, MM. Robert Badinter, José Balareello, Laurent Bêteille, Mme Alima Boumediene-Thiery, MM. François-Noël Buffet, Marcel-Pierre Cléach, Pierre-Yves Collombat, Jean-Patrick Courtois, Yves Détraigne, Michel Dreyfus-Schmidt, Pierre Fauchon, Gaston Flosse, Bernard Frimat, René Garrec, Jean-Claude Gaudin, Charles Gautier, Jacques Gautier, Mme Jacqueline Gourault, M. Jean-René Lecerf, Mme Josiane Mathon-Poinat, MM. François Pillet, Hugues Portelli, Marcel Rainaud, Henri de Richemont, Jean-Pierre Sueur, Mme Catherine Troendle, MM. Alex Türk, Jean-Pierre Vial, Jean-Paul Virapoullé, Richard Yung.

(3) *Ce groupe de travail est composé de :* Mme Michèle André, *présidente*, MM. Alain Milon, Henri de Richemont, *rapporteurs* ; Mme Marie-Thérèse Hermange, M. Jean-Pierre Michel, *vice-présidents* ; MM. François Autain, Gilbert Barbier, Mmes Nicole Borvo Cohen-Seat, Alima Boumediene-Thiery, Brigitte Bout, M. Yves Détraigne, Mme Muguette Dini, MM. Jean-Jacques Hyst, Georges Othily, Mmes Patricia Schillinger, Catherine Troendle



## SOMMAIRE

Pages

<b>INTRODUCTION</b> .....	9
<b>I. UNE PROHIBITION STRICTE : LES RÈGLES ÉDICTÉES PAR LA LOI ET PAR LA JURISPRUDENCE</b> .....	10
<b>A. UNE PRATIQUE « VIEILLE COMME LE MONDE »</b> .....	10
1. <i>Une pratique longtemps restée naturelle et discrète</i> .....	10
2. <i>Une pratique désormais souvent médicalisée et médiatisée</i> .....	12
3. <i>Les perspectives ouvertes par les progrès de la science et de la technique</i> .....	13
<b>B. UNE PRATIQUE SÈVÈREMENT SANCTIONNÉE</b> .....	14
1. <i>Des sanctions pénales</i> .....	14
2. <i>Des sanctions civiles</i> .....	17
3. <i>L'encadrement strict de l'assistance médicale à la procréation</i> .....	19
<b>II. UNE PROHIBITION INÉGALEMENT PARTAGÉE : LES LEÇONS DU DROIT COMPARÉ</b> .....	21
<b>A. UNE PRATIQUE INTERDITE DANS UNE MAJORITÉ D'ÉTATS</b> .....	22
1. <i>Les règles édictées en Allemagne, en Espagne, en Italie et en Suisse</i> .....	22
2. <i>Les règles édictées dans quelques Etats des Etats-Unis et au Québec</i> .....	24
<b>B. UNE PRATIQUE AUTORISÉE OU TOLÉRÉE DANS PLUSIEURS ETATS</b> .....	25
1. <i>Une pratique tolérée en Belgique et aux Pays-Bas, encadrée en Grèce et au Royaume-Uni</i> .....	25
2. <i>Une pratique admise dans quelques Etats des Etats-Unis, dans quelques provinces du Canada et en Israël</i> .....	31
<b>III. UNE PROHIBITION CONTOURNÉE : LES DIFFICULTÉS NÉES DES VIOLATIONS DÉLIBÉRÉES DE LA LOI FRANÇAISE</b> .....	34
<b>A. LES TENTATIVES D'UTILISATION DES RÈGLES DE DROIT INTERNE</b> .....	35
1. <i>L'harmonisation et la simplification récentes du droit de la filiation</i> .....	35
2. <i>Les tentatives d'établissement de la filiation d'un enfant né d'une mère de substitution par un titre, par l'adoption ou par la possession d'état</i> .....	39
3. <i>Les conséquences résultant de l'échec de ces tentatives</i> .....	44
<b>B. L'INVOCATION DES RÈGLES DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ</b> .....	46
1. <i>L'inefficacité des sanctions pénales lorsque la maternité pour autrui est pratiquée à l'étranger conformément aux lois du pays</i> .....	46
2. <i>Le principe de la validité en France des actes de l'état civil étrangers</i> .....	47
3. <i>La question de la légalité de la transcription sur les registres de l'état civil de décisions étrangères contraires à l'ordre public international français</i> .....	49

<b>IV. UNE PROHIBITION CONTESTÉE : LES ÉLÉMENTS DU DÉBAT</b> .....	55
<b>A. UNE PRATIQUE CONTRAIRE AU PRINCIPE DE LA DIGNITÉ DE LA PERSONNE HUMAINE ?</b> .....	55
1. <i>La valeur essentielle du principe de la dignité de la personne humaine</i> .....	55
2. <i>L'ambivalence du statut du corps humain</i> .....	56
3. <i>La maternité pour autrui et le don de soi</i> .....	57
<b>B. UNE PRATIQUE CONTRAIRE À L'INTÉRÊT DE L'ENFANT ?</b> .....	60
1. <i>La question de l'abandon par la mère de substitution</i> .....	60
2. <i>La question du brouillage de la perception de sa filiation par l'enfant</i> .....	62
<b>C. UNE PRATIQUE CONTRAIRE À L'INTÉRÊT GÉNÉRAL ?</b> .....	64
1. <i>La crainte d'une contractualisation de la filiation</i> .....	64
2. <i>Le spectre d'un « droit à l'enfant »</i> .....	65
<b>V. UNE PROHIBITION À LEVER : LES RECOMMANDATIONS DU GROUPE DE TRAVAIL SUR LA MATERNITÉ POUR AUTRUI</b> .....	66
<b>A. AUTORISER LA GESTATION POUR AUTRUI</b> .....	66
1. <i>Une pratique au service exclusif de la lutte contre l'infertilité</i> .....	67
2. <i>Une pratique qui ne saurait être mise au service d'un « droit à l'enfant »</i> .....	68
3. <i>Une pratique qui ne saurait être légalisée sous la seule pression du fait accompli</i> .....	69
4. <i>Une pratique à laquelle l'adoption ne constitue pas une véritable alternative</i> .....	71
<b>B. ENCADRER LA GESTATION POUR AUTRUI</b> .....	73
1. <i>L'exigence d'un agrément sous des conditions strictes des bénéficiaires de la gestation pour autrui et des gestatrices</i> .....	73
2. <i>La définition d'un régime légal, et non contractuel</i> .....	77
3. <i>Le maintien en l'état des règles relatives à l'adoption et à l'assistance médicale à la procréation</i> .....	80
<b>CONTRIBUTION DE GILBERT BARBIER, SÉNATEUR DU JURA</b> .....	83
<b>CONTRIBUTION DE NICOLE BORVO COHEN-SEAT, SÉNATRICE DE PARIS</b> .....	85
<b>CONTRIBUTION DE MARIE-THÉRÈSE HERMANGE, SÉNATEUR DE PARIS</b> .....	89
<b>ANNEXE 1 - LISTE DES PERSONNES ENTENDUES</b> .....	101
<b>ANNEXE 2 - DÉPLACEMENT À LONDRES</b> .....	105
<b>ANNEXE 3 - COMPTE RENDU DE LA RÉUNION CONJOINTE DE LA COMMISSION DES AFFAIRES SOCIALES ET DE LA COMMISSION DES LOIS DU 25 JUIN 2008</b> .....	107

## **LES RECOMMANDATIONS DU GROUPE DE TRAVAIL SUR LA MATERNITÉ POUR AUTRUI**

### **Autoriser la gestation pour autrui en l'encadrant**

#### **1. DES CONDITIONS D'ÉLIGIBILITÉ STRICTES**

##### ***. Les conditions requises des bénéficiaires***

- les bénéficiaires de la gestation pour autrui devraient former un couple composé de personnes de sexe différent, mariées ou en mesure de justifier d'une vie commune d'au moins deux années, en âge de procréer et domiciliées en France
- la femme devrait se trouver dans l'impossibilité de mener une grossesse à terme ou de la mener sans danger pour sa santé ou pour celle de l'enfant à naître
- l'un des deux membres du couple au moins devrait être le parent génétique de l'enfant

##### ***. Les conditions requises de la gestatrice***

- la gestatrice ne pourrait pas être la mère génétique de l'enfant
- elle devrait avoir déjà eu au moins un enfant sans avoir rencontré de difficulté particulière pendant la grossesse
- une même femme ne pourrait mener plus de deux grossesses pour le compte d'autrui
- une mère ne pourrait porter un enfant pour le compte de sa fille ; la gestation pour le compte d'une sœur ou d'une cousine ne serait pas interdite mais relèverait de l'appréciation de la commission pluridisciplinaire placée sous l'égide de l'Agence de la biomédecine
- la gestatrice devrait être domiciliée en France

##### ***. L'exigence d'un agrément de l'ensemble des intervenants***

- les couples demandant à bénéficier d'une gestation pour autrui et les femmes prêtes à leur venir en aide devraient faire l'objet d'un agrément, destiné à vérifier leur état de santé physique et psychique, qui pourrait être délivré par une commission pluridisciplinaire placée sous l'égide de l'Agence de la biomédecine
- une habilitation spécifique pour pratiquer la gestation pour autrui devrait être exigée des praticiens et des centres de procréation médicalement assistée, selon les procédures en vigueur
- les praticiens appelés à apporter leur concours à une gestation pour autrui ne pourraient siéger au sein de la commission pluridisciplinaire placée sous l'égide de l'Agence de la biomédecine

## **2. UN RÉGIME LÉGAL, ET NON CONTRACTUEL**

### ***. La mise en relation des couples demandeurs et des gestatrices***

– les couples demandeurs et les gestatrices pourraient être mis en relation par des associations à but non lucratif, agréées par l'Agence de la biomédecine

– en aucun cas, cette prestation ne pourrait donner lieu à rémunération, ni à publicité

– les délits de provocation à l'abandon d'enfant et d'entremise en vue d'une gestation pour autrui seraient maintenus pour celles et ceux qui ne respecteraient pas les règles ainsi définies

– les couples demandeurs pourraient obtenir également des renseignements auprès des centres de procréation médicalement assistée habilités

### ***. L'accompagnement de la gestation pour autrui***

– la gestatrice devrait bénéficier de tous les droits sociaux afférents à la maternité mais pas de droits supplémentaires à la retraite

– les parents intentionnels devraient bénéficier de droits à congés pour l'accueil de l'enfant calqués sur les droits à congés en matière d'adoption, c'est-à-dire des congés post-naissance

– un accompagnement psychologique devrait être proposé, tant à la gestatrice qu'aux parents intentionnels, pendant la grossesse et après l'accouchement

– la gestation pour autrui ne pourrait donner lieu à rémunération mais un « dédommagement raisonnable » pourrait être versé par le couple bénéficiaire à la gestatrice afin de couvrir les frais qui ne seraient pas pris en charge par la sécurité sociale

### ***. L'intervention du juge judiciaire***

– le transfert d'embryon serait subordonné à une décision du juge judiciaire

– le magistrat devrait vérifier les agréments, recueillir les consentements écrits des parents intentionnels et de la gestatrice ainsi que, le cas échéant, celui du conjoint, du concubin ou du partenaire de PACS de cette dernière, les informer des conséquences de leur engagement au regard notamment du droit de la filiation, fixer le montant du dédommagement raisonnable devant être versé par le couple bénéficiaire à la gestatrice, ce montant pouvant le cas échéant être révisé en cas d'évènement imprévu au cours de la grossesse

### ***. Les règles relatives au déroulement de la grossesse***

– seule la gestatrice pourrait prendre les décisions afférentes au déroulement de la grossesse, notamment demander son interruption

### ***. Les règles relatives à l'établissement de la filiation de l'enfant***

– la gestatrice qui désirerait devenir la mère légale de l'enfant devrait en exprimer la volonté dans le délai de la déclaration de naissance, soit trois jours à compter de l'accouchement. Son nom figurerait alors dans l'acte de naissance et les règles du droit commun de la filiation s'appliqueraient

– dans l’hypothèse, la plus probable, où la gestatrice n’aurait pas exprimé le souhait de devenir la mère légale de l’enfant dans les trois jours suivant l’accouchement, les noms des parents intentionnels seraient automatiquement inscrits sur les registres de l’état civil en exécution de la décision judiciaire ayant autorisé le transfert d’embryon et sur présentation de celle-ci par toute personne intéressée

### **3. DES RÉPERCUSSIONS LIMITÉES**

#### ***. Le maintien de l’interdiction d’établir la filiation maternelle des enfants nés en violation de la loi française***

– l’interdiction d’établir la filiation maternelle des enfants nés de maternités pour autrui pratiquées à l’étranger en violation des règles d’ordre public édictées par la loi française serait maintenue, ce caractère d’ordre public étant destiné à éviter de reconnaître les effets en France de pratiques contraires au principe de dignité de la personne humaine

– la filiation maternelle d’un enfant né d’une maternité pour autrui avant l’entrée en vigueur de la réforme pourrait être établie si ses parents intentionnels remplissaient les conditions d’éligibilité prévues au 1.

#### ***. Le maintien du régime actuel de l’assistance médicale à la procréation***

– l’impossibilité de prévoir l’anonymat de la gestatrice n’impliquerait pas nécessairement la levée de celui des donneurs de gamètes, cette question devant faire l’objet d’une réflexion spécifique

#### ***. Le maintien du régime actuel de l’adoption***

– la légalisation de la gestation pour autrui n’impliquerait pas nécessairement de revoir l’ensemble des règles relatives à l’adoption, notamment de remettre en cause l’interdiction du contrat anticipé d’adoption



Mesdames, Messieurs,

La maternité pour autrui constitue une pratique séculaire permettant de remédier à l'infertilité d'une femme.

Longtemps tolérée, elle remet cependant en cause une règle fondamentale du droit de la filiation de la plupart des Etats occidentaux, selon laquelle la maternité légale résulte de l'accouchement. « *Mater semper certa est* » : à la différence du père, la mère est toujours certaine.

La validité de cette règle est aujourd'hui remise en cause en raison de la dissociation possible entre maternité génétique et maternité utérine. Depuis une vingtaine d'années, les techniques d'insémination artificielle et de fécondation *in vitro* permettent en effet à une femme de porter un enfant conçu en dehors de tout rapport charnel, avec les ovocytes d'une autre femme.

On distingue ainsi la procréation pour autrui de la gestation pour autrui : dans le premier cas, la femme qui porte l'enfant est sa mère génétique ; dans le second, elle n'en est que la gestatrice, l'enfant ayant été conçu avec les gamètes du couple demandeur ou de tiers donneurs. Telle est la raison pour laquelle les expressions génériques « maternité pour autrui » et « maternité de substitution » sont souvent employées.

La gestation et la procréation pour autrui sont strictement prohibées en France, et passibles de sanctions civiles et pénales, au nom des principes de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes, de la volonté d'empêcher l'exploitation des femmes démunies, et de l'incertitude qui pèse sur leurs conséquences sanitaires et psychologiques pour l'enfant à naître et la femme qui l'a porté.

Les fondements de cette prohibition s'avèrent toutefois contestés et de nombreux couples infertiles n'hésitent pas à se rendre à l'étranger, dans les pays où la maternité pour autrui est légale ou tolérée –Etats-Unis, Canada, Royaume-Uni ou Belgique par exemple. A leur retour en France, ils ne peuvent en principe faire établir la filiation de l'enfant à l'égard de sa mère dite « d'intention ». Toutefois, en octobre 2007, la cour d'appel de Paris a validé la transcription sur les registres de l'état civil français des actes de naissance américains de jumelles nées en Californie en application d'une convention de gestation pour autrui.

A la suite de cet arrêt et sans attendre la révision des lois de bioéthique en 2009, la commission des affaires sociales et la commission des lois ont constitué au mois de janvier 2008, à l'initiative de leurs présidents respectifs Nicolas About et Jean-Jacques Hyest, un groupe de travail commun, composé de seize membres issus de l'ensemble des groupes politiques du Sénat. Ceux-ci se sont penchés sur la question de la levée ou du maintien de l'interdiction de la maternité pour autrui, d'une part, et sur celle du sort à réserver aux enfants nés en violation de la loi française, d'autre part.

Avant de formuler ses recommandations, le groupe de travail a organisé une cinquantaine d'auditions afin de recueillir les observations et l'expérience de celles et ceux qui, philosophes, sociologues, ethnologues, médecins, psychiatres, psychanalystes, professeurs de droit, magistrats, avocats, représentants d'associations, d'administrations ou d'organismes publics, s'intéressent de longue date à ce sujet sensible. Une délégation de dix sénateurs s'est en outre rendue au Royaume-Uni, où la maternité pour autrui est autorisée, afin de tenter de tirer les leçons d'une législation vieille de plus de vingt ans.

Qu'il soit permis à la présidente et aux deux rapporteurs du groupe de travail de remercier l'ensemble de leurs collègues pour la part décisive qu'ils ont prise dans l'élaboration de ce rapport d'information.

## **I. UNE PROHIBITION STRICTE : LES RÈGLES ÉDICTÉES PAR LA LOI ET PAR LA JURISPRUDENCE**

« *La maternité pour autrui est vieille comme le monde* », comme l'a rappelé lors de son audition François Terré, président de l'Académie des sciences morales et politiques, professeur émérite de l'université Paris 2. « *Elle a, depuis longtemps, manifesté l'entraide féminine dans le combat de la stérilité<sup>1</sup>.* » Si ancienne soit-elle, cette pratique n'en est pas moins aujourd'hui sévèrement sanctionnée.

### **A. UNE PRATIQUE « VIEILLE COMME LE MONDE »**

Demeurée naturelle et discrète pendant des siècles, la maternité pour autrui s'avère désormais médicalisée et médiatisée.

#### **1. Une pratique longtemps restée naturelle et discrète**

Vieille comme le monde, la maternité pour autrui l'est assurément si l'on en croit la **Genèse** : « *Sarai, femme d'Abram, ne lui avait point donné d'enfants. Elle avait une servante égyptienne, nommée Agar. Et Sarai dit à*

---

<sup>1</sup> Observations sous l'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 31 mai 1991, JCPG, 1991, II, 21752, page 381.

*Abram : Voici, l'Éternel m'a rendue stérile ; va, je te prie, vers ma servante ; peut-être aurai-je par elle des enfants (...) Agar enfanta un fils à Abram ; et Abram donna le nom d'Ismaël au fils qu'Agar lui enfanta<sup>1</sup>. »* Il y est aussi relaté que les épouses de Jacob, Rachel et Léa, constatant, la première qu'elle ne lui donnait point d'enfant, la seconde qu'elle avait cessé d'enfanter, lui envoyèrent leurs servantes respectives, Bilha et Zilpa, afin que cesse leur opprobre. Rachel dit ainsi à Jacob : « *Voici ma servante Bilha ; va vers elle ; qu'elle enfante sur mes genoux, et que par elle j'aie aussi des fils<sup>2</sup>.* »

Ces récits témoignent non seulement de l'ancienneté mais aussi de l'ambivalence de la maternité pour autrui, des dangers de subordination et d'instrumentalisation d'un être humain par un autre qu'elle recèle. Agar, Bilha et Zilpa, toutes trois servantes, ne firent en effet qu'obéir à leurs maîtresses lorsqu'elles conçurent et portèrent un enfant pour leur compte. Lors de son audition, Israël Nisand, chef du service de gynécologie obstétrique au centre médicochirurgical et obstétrical de Strasbourg, a ainsi fait observer qu'« *Agar, la première mère porteuse du monde occidental, était bel et bien l'esclave de Saraï.* » En outre, sitôt Agar devenue enceinte, ses relations avec sa maîtresse se dégradèrent : « *Quand elle se vit enceinte, elle regarda sa maîtresse avec mépris (...) Alors Saraï la maltraita ; et Agar s'enfuit loin d'elle.* »

Dans la **Rome antique**, la maternité pour autrui semblait être admise à titre subsidiaire, comme l'a indiqué lors de son audition Françoise Le Tallec, avocate, membre du bureau de la Conférence des bâtonniers. Michael Hancock, rapporteur de la commission des questions sociales, de la santé et de la famille de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, affirme même qu'elle « *était organisée pour assurer le renouvellement des générations menacé par l'infertilité et la mortalité materno-infantile<sup>3</sup>* ». L'expression « *ventrem locare* », observe-t-il, désignait le procédé permettant de solliciter les services d'une femme fertile pour donner un enfant à une femme qui était stérile ou qui mettait au monde des enfants mort-nés.

**Cette pratique de la maternité pour autrui, naturelle car indissociable des rapports charnels, a ensuite traversé les siècles, restant tolérée sans pour autant être reconnue.** Comme l'a indiqué lors de son audition Hélène Gaumont-Prat, professeur de droit à l'université Paris 8, directrice du laboratoire de droit médical, ancien membre du Comité consultatif national d'éthique, elle se réalisait souvent **discrètement, au sein d'une famille**, pour venir en aide à une femme stérile. Anne Cadoret, ethnologue, chargée de recherche au CNRS, membre du groupe de recherche et d'analyse du social et de la sociabilité, a relevé pour sa part qu'il arrivait qu'une femme ayant eu beaucoup d'enfants en « donnât » un à sa sœur stérile.

---

<sup>1</sup> *La Bible. Genèse XVI. Plus tard, âgée de quatre-vingt-dix ans, Saraï renommée Sarah enfantera Isaac.*

<sup>2</sup> *La Bible. Genèse XXX.*

<sup>3</sup> « *Pour une reconnaissance et un encadrement de la maternité de substitution, une alternative à la stérilité* » - AS/Soc (2005) 9 révisé 2 - 5 juillet 2005 – page 6.

## 2. Une pratique désormais souvent médicalisée et médiatisée

Le développement des techniques d'assistance médicale à la procréation a permis de dissocier tout d'abord la reproduction de la sexualité puis la procréation de la gestation.

Technique la plus ancienne<sup>1</sup> et la plus simple, l'**insémination artificielle** consiste à déposer du sperme directement dans l'utérus à l'aide d'un cathéter. Si elle s'accompagne le plus souvent d'une stimulation ovarienne, destinée à augmenter ses chances de succès, elle peut également être pratiquée sans intervention médicale. Sylvain Rolland, secrétaire général de l'Association des parents gays et lesbiens (APGL), a qualifié cette pratique de « procréation artisanale ».

En cas d'insémination artificielle, la femme qui porte l'enfant en est nécessairement la mère génétique, puisqu'elle est donneuse d'ovocyte. Le donneur de sperme, pour sa part, peut être soit l'homme qui souhaite élever l'enfant et en devenir le père légal, soit un tiers qui n'en sera que le père génétique.

Plus récente<sup>2</sup>, la **fécondation *in vitro*** (FIV) permet de réaliser en laboratoire la rencontre du spermatozoïde avec l'ovule et les premières étapes du développement embryonnaire. Sa complexité rend nécessaire une intervention médicale : après une stimulation ovarienne, une ponction dite « folliculaire », douloureuse et réalisée à l'hôpital, permet de prélever des ovocytes puis de les mettre en contact avec des spermatozoïdes ; en cas de succès, un ou plusieurs embryons sont transférés dans l'utérus.

Une technique plus poussée de fécondation *in vitro*, mise au point dans les années 1990<sup>3</sup> et appelée ICSI, ou micro-injection ovocytaire de spermatozoïdes, consiste à introduire un spermatozoïde directement dans l'ovocyte et non plus à les laisser se rencontrer dans l'éprouvette. Lors de son audition, Axel Kahn, généticien, président de l'université Paris 5 René Descartes, a observé que les enfants nés au moyen de cette dernière technique semblaient rencontrer davantage de problèmes de santé que les autres, contrairement à ceux nés au moyen d'une FIV classique.

Les techniques de fécondation *in vitro* permettent de dissocier la procréation, c'est-à-dire la maternité génétique, de la gestation, c'est-à-dire la maternité utérine, et de faire concourir plusieurs intervenants à la naissance d'un enfant : du côté maternel, la femme qui désire l'élever (la mère

---

<sup>1</sup> Les premières inséminations artificielles intraconjugales ont lieu à la fin du XVIII<sup>ème</sup> siècle en Ecosse et au début du XIX<sup>ème</sup> siècle en France. La première insémination artificielle avec don de spermatozoïdes est réalisée aux Etats-Unis à la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle.

<sup>2</sup> Le premier enfant né après une fécondation *in vitro*, Louise Brown, a vu le jour en 1978 aux Etats-Unis. Amandine, le premier bébé français né grâce à cette technique, est née en 1982, à l'hôpital Antoine-Béclère de Clamart, grâce à la collaboration du biologiste Jacques Testart et du gynécologue René Frydman.

<sup>3</sup> Audrey, le premier bébé français conçu grâce à une ICSI, est née en 1994.

d'intention), celle qui donne l'ovocyte (la mère génétique) et celle qui le porte (la mère utérine) ; du côté paternel, l'homme qui désire l'élever (le père d'intention) et le donneur de sperme (le père génétique). Suivant les cas, ces différentes figures peuvent être incarnées par une ou plusieurs personnes.

Selon Marcela Iacub, chercheuse au CNRS, ces techniques ont été utilisées pour permettre à une femme de porter un enfant pour le compte d'une autre d'abord aux Etats-Unis, au début des années 1970, avant d'être introduites en France, au début des années 1980.

A compter de cette période, la maternité pour autrui est sortie du domaine privé et des relations intrafamiliales pour devenir médiatisée, avec la création d'associations à buts aussi bien pratiques que militants puis de forums de discussions sur Internet.

Dans les années 1980, un réseau d'associations aux noms éloquents fut ainsi créé afin de promouvoir et mettre en œuvre l'activité des mères de substitution : l'association « Sainte Sarah » regroupait des couples infertiles ; l'association « les Cigognes » rassemblait des femmes qui acceptaient d'être « mères porteuses », selon l'expression employée à l'époque ; le centre d'exploration fonctionnelle et d'étude de la reproduction (CEFER), « banque de sperme », sélectionnait les mères porteuses et réalisait leur insémination artificielle avec le sperme de l'homme du couple demandeur ; enfin, l'association « Alma Mater » était chargée de gérer les questions pratiques, notamment comptables en recevant en dépôt la « *compensation financière* » à verser à la mère porteuse.

Après une période d'incertitude juridique, ces pratiques ont été sanctionnées par les juges puis par le législateur. Aujourd'hui, les associations favorables à la légalisation de la maternité pour autrui se gardent de prêter leur concours à celles et ceux qui souhaitent y recourir. Les couples infertiles et les femmes prêtes à leur venir en aide se contactent désormais par Internet, dans le cadre de forums de discussions.

### **3. Les perspectives ouvertes par les progrès de la science et de la technique**

Les perspectives ouvertes par les progrès de la science et de la technique posent d'autres difficultés et ne feront pas disparaître la question de la légalisation de la maternité pour autrui dans un proche avenir.

L'« **utérus artificiel** », sorte de « couveuse » évoquée par Henri Atlan, n'est ainsi pas prêt de voir le jour, puisque l'auteur lui-même évoque un délai de cinquante à cent ans<sup>1</sup>. Selon lui, l'« ectogénèse » entraînerait la disparition d'une asymétrie immémoriale, dès lors que les hommes et les femmes deviendraient égaux devant la reproduction de l'espèce ; la procréation serait alors bien plus médicalisée tandis que la parenté deviendrait plus sociale que biologique.

---

<sup>1</sup> *L'utérus artificiel – Henri Atlan – Le Seuil – 2005.*

En revanche Henri Joyeux, président de Familles de France, a affirmé lors de son audition que la technique de la **greffe d'utérus** était désormais au point, et qu'une telle opération serait prochainement réalisée par une équipe du Downtown Hospital de Manhattan, à New York.

Certes, dans le numéro du mois de janvier 2007 de l'*International Journal of Gynecology and Obstetrics*, l'équipe du professeur Del Priore du Downtown Hospital annonçait être en mesure de proposer des greffes d'utérus aux femmes qui en sont privées et rappelait avoir déjà pratiqué cette intervention avec succès sur des animaux.

Toutefois aucune opération réussie concernant des femmes n'a été réalisée à ce jour. Ce retard est dû aux graves risques médicaux, soulignés par de nombreux médecins de renom, que la greffe d'utérus fait encourir à la femme et à l'embryon : les traitements immunosuppresseurs nécessaires pour empêcher le rejet de la greffe sont fortement cancérigènes et représentent un danger avéré pour la santé de la femme et le développement de l'embryon.

La viabilité médicale de la greffe d'utérus dépend en réalité de la recherche génétique : celle-ci devrait permettre un jour de pratiquer des greffes sans provoquer les réactions de rejet qui nécessitent des traitements immunosuppresseurs cancérigènes. Cependant, cette recherche est aujourd'hui loin d'autoriser ce type de greffes.

Telles sont les raisons pour lesquelles, **en l'état actuel de la technique et des connaissances médicales, la greffe d'utérus ne peut pas, à court et moyen terme, représenter une solution médicale à la stérilité des femmes privées d'utérus.**

## ***B. UNE PRATIQUE SÈVÈREMENT SANCTIONNÉE***

La maternité pour autrui contrevient à une règle fortement enracinée dans notre droit de la filiation, fondée sur le vieil adage romain « *mater semper certa est* », en vertu de laquelle la mère est celle qui accouche. Aussi fait-elle l'objet de sanctions pénales et civiles.

### **1. Des sanctions pénales**

Au regard de la loi pénale, la maternité pour autrui constitue une supposition d'enfant, réprimée en tant qu'elle constitue une atteinte à la filiation. Des sanctions sont ainsi prévues à l'égard des auteurs de cette infraction, des intermédiaires et de leurs complices.

La **supposition d'enfant** consiste en effet à attribuer la maternité d'un enfant à une femme qui n'en a pas accouché.

Sous l'Ancien Régime puis sous l'empire de l'article 345 du code pénal de 1810, elle constituait un crime passible de cinq à dix ans de réclusion. Il s'agit désormais d'un **délit**. L'article 227-13 du code pénal punit de

**trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende** « *la substitution<sup>1</sup> volontaire, la simulation<sup>2</sup> ou dissimulation<sup>3</sup> ayant entraîné une atteinte à l'état civil d'un enfant* », ainsi que leur tentative.

La chambre criminelle de la Cour de cassation a jugé que « *les délits de simulation et de dissimulation d'enfant, prévus par l'article 227-13 du code pénal (...) constituaient les deux aspects des faits de supposition d'enfant qualifiés par l'article 345 ancien dudit code* » car « *la supposition impliquait tant la simulation de la naissance par la mère fictive que la dissimulation de la maternité de la mère réelle<sup>4</sup>* ».

La chambre criminelle de la Cour de cassation a également jugé qu'il s'agissait d'**infractions clandestines par nature**. Dès lors, le point de départ du délai triennal de prescription de l'action publique se situe au jour où ces infractions sont apparues et ont pu être constatées dans des conditions permettant l'exercice des poursuites<sup>5</sup>.

Doivent être considérés comme coauteurs d'une dissimulation suivie d'une simulation la mère porteuse d'un enfant promis à un couple qui aura organisé son accouchement secrètement, la mère intentionnelle qui aura simulé une grossesse et le mari de cette dernière qui aura déclaré à l'état civil l'enfant légitime du couple.

Le code pénal prévoit deux modes de complicité : la complicité par aide ou assistance et la complicité par provocation. Pourront ainsi être poursuivies comme complices les personnes qui auront prêté un local pour l'accouchement dissimulé, celles qui auront faussement déclaré avoir assisté à l'accouchement fictif ou encore l'officier de l'état civil qui aura enregistré en connaissance de cause une déclaration inexacte.

La supposition d'enfant peut s'accompagner d'un **faux commis dans une écriture publique**, puni par l'article 441-4 du code pénal de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende. Il a toujours été admis que de fausses déclarations à l'état civil pouvaient constituer un faux en écritures publiques à condition de porter sur un élément essentiel de l'acte et non sur un détail dépourvu de force probante<sup>6</sup>.

La supposition d'enfant devrait donc se cumuler avec le faux en écritures publiques toutes les fois que l'auteur souscrit une déclaration de naissance contraire à la réalité.

---

<sup>1</sup> *La substitution consiste en un échange d'enfant en bas âge. Pour être pénalement réprimé, cet échange ne doit pas être fortuit ou résulter d'une négligence.*

<sup>2</sup> *La simulation désigne le fait de prêter à une femme un accouchement qui n'a pas eu lieu.*

<sup>3</sup> *La dissimulation consiste à cacher la maternité d'origine. Dans la mesure où l'accouchement sous X est légal, la dissimulation ne semble devoir être sanctionnée que dans des hypothèses telles que le fait de prétendre que l'enfant né d'une mère de substitution a été trouvé ou encore de ne pas déclarer la naissance d'un enfant né vivant et viable mais qui n'aurait pas vécu.*

<sup>4</sup> *Chambre criminelle de la Cour de cassation, 12 janvier 2000. Bull. crim. n° 22.*

<sup>5</sup> *Chambre criminelle de la Cour de cassation, 23 juin 2004. Bull. crim. n° 173.*

<sup>6</sup> *Chambre criminelle de la Cour de cassation, 19 mars 1957. Bull. crim. n° 263.*

S'agissant des **intermédiaires**, l'ancien article 353-1 du code pénal, inséré par l'ordonnance n° 58-1298 du 22 décembre 1958 à la suite des articles 349 à 353 qui incriminaient déjà le délaissement de mineur ou d'incapable, réprimait la provocation à l'abandon d'un enfant né ou à naître, le fait de faire souscrire un engagement d'abandon et l'entremise à l'adoption dans un esprit de lucre.

Sur le fondement de ces dispositions, le Conseil d'Etat avait admis, en 1988<sup>1</sup>, la légalité du refus d'inscription de l'association « les Cigognes » au registre des associations tenu par un tribunal d'instance en considérant que *« l'association requérante a ainsi pour objet de favoriser le développement et de permettre la réalisation de pratiques selon lesquelles une femme accepte de concevoir un enfant par insémination artificielle en vue de céder, dès sa naissance, l'enfant qu'elle aura ainsi conçu, porté et mis au monde à une autre femme ou à un couple ; que de telles pratiques comportent nécessairement un acte, quelle qu'en soit la forme, aux termes duquel l'un des parents s'engage à abandonner un enfant à naître »*.

L'article 227-12 du code pénal réprime désormais la provocation à l'abandon, l'entremise en vue d'adoption et, depuis la loi bioéthique n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, *« le fait de s'entremettre entre une personne ou un couple désireux d'accueillir un enfant et une femme acceptant de porter en elle cet enfant en vue de le leur remettre »*.

La provocation à l'abandon est punie de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende. L'entremise en vue de l'adoption, dans un but lucratif, et l'entremise en vue d'une maternité de substitution, en l'absence de but lucratif, sont punies d'**un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende**, tout comme leur tentative. S'agissant de l'entremise en vue d'une maternité de substitution, **ces peines sont doublées lorsque les faits ont été commis à titre habituel ou dans un but lucratif**.

Seuls les intermédiaires peuvent être poursuivis et sanctionnés sur ce fondement, à l'exclusion de la mère de substitution et des parents intentionnels. En revanche, le couple demandeur pourrait éventuellement tomber sous le coup de la provocation à l'abandon, si la preuve en était rapportée.

Les personnes morales coupables de ces infractions encourent, outre des amendes et diverses autres peines, la dissolution.

Ces sanctions pénales sévères, destinées à être dissuasives, viennent en renfort des sanctions prévues par le code civil.

---

<sup>1</sup> Assemblée du Conseil d'Etat, 22 janvier 1988.

## 2. Des sanctions civiles

Sur le plan civil, les conventions de maternité pour autrui ont été sanctionnées par la Cour de cassation, sur le fondement des articles 6<sup>1</sup>, 311-9<sup>2</sup> et 1128<sup>3</sup> du code civil, avant d'être formellement prohibées par la loi de bioéthique n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain.

En 1989<sup>4</sup>, la première chambre civile de la **Cour de cassation** a ainsi validé la **dissolution de l'association « Alma Mater »**, prononcée par les juges du fond en application de l'article 3 de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901 relative à la liberté d'association, au motif que :

– *« l'objet même de l'association est de favoriser la conclusion et l'exécution de conventions qui, fussent-elles verbales, portent tout à la fois sur la mise à la disposition des demandeurs des fonctions reproductrices de la mère et sur l'enfant à naître et sont donc nulles en application de l'article 1128 du code civil ;*

– *« ces conventions contreviennent au principe d'ordre public de l'indisponibilité de l'état des personnes en ce qu'elles ont pour but de faire venir au monde un enfant dont l'état ne correspondra pas à sa filiation réelle au moyen d'une renonciation et d'une cession, également prohibées, des droits reconnus par la loi à la future mère ;*

– *« l'activité de l'association, qui tend délibérément à créer une situation d'abandon, aboutit à détourner l'institution de l'adoption de son véritable objet qui est, en principe, de donner une famille à un enfant qui en est dépourvu. »*

Elle a également jugé que :

– *« la reconnaissance du caractère illicite de la maternité pour autrui et des associations qui s'efforcent de la promouvoir, qui se déduit des principes généraux du code civil et de règles qui sont communes à toutes les filiations, n'est pas de nature à instaurer une discrimination fondée sur la naissance ;*

– *« le droit de se marier et de fonder une famille, reconnu par l'article 12 de la convention [européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales] du 4 novembre 1950 et par l'article 23 du pacte international [relatif aux droits civils et politiques] du 19 décembre 1966 à l'homme et à la femme en âge nubile, n'implique pas le droit de conclure avec un tiers des conventions portant sur le sort d'un enfant à naître. »*

---

<sup>1</sup> « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. »

<sup>2</sup> « Les actions relatives à la filiation ne peuvent faire l'objet de renonciation. » Ces dispositions figurent désormais à l'article 323 du code civil, en vertu de l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation.

<sup>3</sup> « Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions. »

<sup>4</sup> Première chambre civile de la Cour de cassation, 13 décembre 1989.

En dépit de la clarté de ces attendus, plusieurs juges du fond considéraient qu'en l'état des pratiques scientifiques et des mœurs, la maternité pour autrui devait être considérée comme licite et non contraire à l'ordre public. En 1990, la cour d'appel de Paris rendit ainsi une série de cinq arrêts « *aux termes manifestement provocateurs*<sup>1</sup> ».

Pour mettre rapidement fin à ces divergences jurisprudentielles et à l'insécurité juridique qui en résultait, le procureur général près la Cour de cassation forma contre l'un de ces arrêts un pourvoi dans l'intérêt de la loi<sup>2</sup>, dont l'assemblée plénière fut saisie par ordonnance du Premier président.

Après avoir entendu en qualité d'*amicus curiae* le professeur Jean Bernard, président du Comité consultatif national d'éthique qui venait de prendre position contre la maternité pour autrui, **l'assemblée plénière de la Cour de cassation condamna catégoriquement cette pratique en 1991**, en jugeant que « *la convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes*<sup>3</sup>. »

**Cette solution a ensuite été confirmée par le législateur dans la loi de bioéthique n° 94-653 du 29 juillet 1994** relative au respect du corps humain, qui a inséré dans le code civil plusieurs articles aux termes desquels :

– le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial (article 16-1 du code civil) ;

– les conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain, à ses éléments ou à ses produits sont nulles (article 16-5 du code civil) ;

– **toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle** (article 16-7 du code civil), peu importe qu'elle soit conclue à titre onéreux ou gratuit ;

– **ces dispositions sont d'ordre public** (article 16-9 du code civil), car elles visent à protéger aussi bien les intéressés que la société dans son ensemble.

Ces articles n'ont pas été remis en cause lors de l'examen de la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique.

---

<sup>1</sup> H. Capitant, F. Terré, Y Lequette – *Les grands arrêts de la jurisprudence civile* – Tome 1 – Dalloz 12<sup>ème</sup> édition – page 353.

<sup>2</sup> Article 17 de la loi n° 67-523 du 3 juillet 1967 relative à la Cour de cassation : « Si le procureur général près la Cour de cassation apprend qu'il a été rendu, en matière civile, une décision contraire aux lois, aux règlements ou aux formes de procéder, contre laquelle cependant aucune des parties n'a réclamé dans le délai fixé, ou qui a été exécutée, il en saisit la Cour de cassation après l'expiration du délai ou après l'exécution. Si une cassation intervient, les parties ne peuvent s'en prévaloir pour éluder les dispositions de la décision cassée. »

<sup>3</sup> Assemblée plénière de la Cour de cassation, 31 mai 1991.

Les sanctions prévues sont fortes. Etant d'ordre public, la nullité de la convention de maternité pour autrui est absolue. Jusqu'à une date récente, elle était invocable pendant trente ans, par tout intéressé ainsi que par le ministère public<sup>1</sup>. Enfin, elle ne peut faire l'objet d'une confirmation.

### 3. L'encadrement strict de l'assistance médicale à la procréation

Si la maternité pour autrui est ainsi fermement condamnée, **le législateur admet d'autres formes d'assistance médicale à la procréation, en les encadrant strictement.**

L'assistance médicale à la procréation regroupe « *les pratiques cliniques et biologiques permettant la conception in vitro, le transfert d'embryons et l'insémination artificielle, ainsi que toute technique d'effet équivalent permettant la procréation en dehors du processus naturel (...)*<sup>2</sup> ».

- *Les finalités de l'assistance médicale à la procréation*

« Destinée à répondre à la demande parentale d'un couple », elle peut avoir deux objets<sup>3</sup> :

– « *remédier à l'infertilité dont le caractère pathologique a été médicalement diagnostiqué* » ;

– ou « *éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité* ».

Le législateur a ainsi voulu écarter les dérives possibles, comme celle consistant à sélectionner un embryon afin que l'enfant présente telle ou telle caractéristique souhaitée par les parents.

- *Les bénéficiaires de l'assistance médicale à la procréation*

#### **Ces pratiques sont réservées aux couples de sexe différent.**

L'homme et la femme doivent être mariés ou en mesure d'apporter la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans<sup>4</sup>.

Ils doivent être **vivants et unis** : depuis la loi du 6 août 2004 précitée, l'insémination ou le transfert d'embryon n'est plus possible en cas de décès de l'un d'entre eux<sup>5</sup>, de dépôt d'une requête en divorce ou en séparation de corps, de cessation de la vie commune ou de révocation écrite de son consentement par l'un ou l'autre.

---

<sup>1</sup> La loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription matière civile a toutefois supprimé le délai trentenaire de prescription de droit commun au profit d'un délai de cinq ans courant à compter de la découverte des faits, le délai de droit commun des actions en justice en matière de filiation étant de dix ans.

<sup>2</sup> Article L. 2141-1 du code de la santé publique.

<sup>3</sup> Article L. 2141-2 du code de la santé publique.

<sup>4</sup> Article L. 2141-2 du code de la santé publique.

<sup>5</sup> Cette précision vise à interdire la procréation post mortem qui avait donné lieu à des jugements contradictoires.

Les deux membres du couple doivent également être **en âge de procréer** : le législateur a ainsi voulu éviter les demandes émanant de couples trop âgés, sans toutefois fixer d'âge limite afin de laisser une liberté d'appréciation aux médecins. Aux yeux de la sécurité sociale, l'âge limite de procréation est, pour la femme, de quarante-trois ans, aucun âge limite n'étant fixé pour l'homme.

**La conception *in vitro* d'un embryon doit être réalisée avec les gamètes d'au moins l'un des deux membres du couple.** Le double don de gamètes par des tiers est ainsi en principe interdit et **le don est anonyme.**

- *La procédure à suivre*

Préalablement à l'assistance médicale à la procréation, l'équipe médicale doit procéder à des **entretiens avec le couple demandeur**<sup>1</sup>, afin de vérifier sa motivation, de l'informer des possibilités d'échec ou de réussite, des risques à court et à long terme, de la pénibilité et des contraintes techniques, et de lui rappeler les règles légales. La demande du couple doit être confirmée, par écrit, à l'expiration d'un délai de réflexion d'un mois à compter du dernier entretien.

A ces règles, communes à toutes les techniques d'assistance médicale à la procréation, s'ajoutent des **dispositions particulières aux techniques de procréation exogène.**

En cas d'implantation avec tiers donneur, le couple doit ainsi exprimer son consentement par acte authentique, devant le président du tribunal de grande instance ou devant notaire ; le juge ou le notaire doit informer les demandeurs des conséquences de leur engagement, notamment de l'interdiction de contester ultérieurement la filiation.

L'accueil d'un embryon par un couple, qui déroge au principe de l'interdiction du double don de gamètes, est subordonné à une décision de l'autorité judiciaire après réception du consentement écrit du couple demandeur<sup>2</sup> : le juge doit s'assurer que le couple remplit toutes les conditions légales et fait procéder à une enquête permettant d'apprécier les conditions d'accueil de l'enfant sur les plans familial, éducatif et psychologique. Cette procédure s'inspire de l'enquête qui conditionne la délivrance de l'agrément pour l'adoption.

Le consentement peut être révoqué par écrit par l'un ou l'autre membre du couple, et devient caduc en cas de décès, de dépôt d'une requête en divorce ou en séparation de corps, ou de cessation de la vie commune.

---

<sup>1</sup> Article L. 2141-10 du code de la santé publique.

<sup>2</sup> Article L. 2141-6 du code de la santé publique.

- *Les conséquences sur la filiation de l'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur*

Les techniques de procréation médicalement assistée sont régies par le code de la santé publique. Le code civil ne traite de cette question que dans le cas de la procréation avec tiers donneur, qui introduit un hiatus entre filiation biologique et filiation juridique.

Dans ce cas, « **aucun lien de filiation ne peut être établi entre l'auteur du don et l'enfant issu de la procréation** » et « *aucune action en responsabilité ne peut être exercée à l'encontre du donneur*<sup>1</sup> ».

Bien plus, **l'enfant ainsi conçu aura une filiation incontestable** car le consentement donné à une procréation médicalement assistée a pour effet d'interdire toute action en contestation de la filiation ou en réclamation d'état<sup>2</sup>.

Si le couple est marié, la présomption de paternité s'applique<sup>3</sup> ; s'il vit en concubinage, le « père » qui ne reconnaîtrait pas l'enfant issu de la procréation assistée à laquelle il a consenti engagerait sa responsabilité envers la mère et envers l'enfant. Sa paternité pourrait être judiciairement déclarée.

La France n'est pas la seule à avoir édicté des règles aussi strictes.

## II. UNE PROHIBITION INÉGALEMENT PARTAGÉE : LES LEÇONS DU DROIT COMPARÉ

L'étude de législation comparée réalisée par le service des études juridiques du Sénat<sup>4</sup>, à la demande de la commission des affaires sociales, les documents communiqués au groupe de travail par le ministère de la justice et les informations que lui a fournies Frédérique Granet, professeur de droit privé à l'université Robert Schuman de Strasbourg, directrice du centre de droit privé fondamental, montrent que la législation française n'est pas isolée mais que la maternité pour autrui ne fait pas non plus l'objet d'une interdiction universelle.

Depuis le début des années 1980, deux mouvements contradictoires et équilibrés peuvent être observés : certains Etats ont également opté pour une prohibition stricte de la maternité pour autrui, à l'instar de l'Allemagne, de l'Espagne, de l'Italie ou de la Suisse ; d'autres la tolèrent ou ont décidé de l'encadrer, comme la Belgique, les Pays-Bas, la Grèce, le Royaume-Uni ou encore Israël. Aux Etats-Unis et au Canada, les règles varient suivant les Etats fédérés ou les provinces.

---

<sup>1</sup> Article 311-19 du code civil.

<sup>2</sup> Article 311-20 du code civil.

<sup>3</sup> Cf A du III.

<sup>4</sup> *La gestation pour autrui – Etude de législation comparée n° 182 – 30 janvier 2008.*  
<http://www.senat.fr/noticerap/2007/lc182-notice.html>

## ***A. UNE PRATIQUE INTERDITE DANS UNE MAJORITÉ D'ÉTATS***

S'il est impossible de présenter l'ensemble des législations prohibant la maternité pour autrui, il est intéressant de relever que certaines d'entre elles sont récentes.

### **1. Les règles édictées en Allemagne, en Espagne, en Italie et en Suisse**

Selon Frédérique Granet, une nette majorité d'Etats de l'Union européenne interdisent les conventions de maternité pour autrui. Il en va notamment ainsi en Allemagne, en Espagne, en Italie et en Suisse.

- *L'Allemagne*

En Allemagne, la prohibition de la maternité pour autrui résulte à la fois d'une loi sur la médiation en matière d'adoption de 1989, d'une loi de 1990 sur la protection de l'embryon et du code civil.

La **loi sur la médiation en matière d'adoption de 1989** définit et interdit la maternité de substitution. Elle prohibe également la mise en relation d'une mère de substitution avec un couple demandeur et le fait de favoriser un tel rapprochement. Les intermédiaires sont passibles de un à trois ans de prison ; aucune peine n'est en revanche prévue ni pour les membres du couple demandeur, ni pour la mère de substitution.

La **loi de 1990 sur la protection de l'embryon** prohibe toute insémination artificielle ainsi que tout transfert d'embryon sur une femme prête à remettre à des tiers l'enfant à naître. L'interdiction est assortie d'une peine pouvant atteindre trois ans d'emprisonnement.

Enfin, une convention de gestation pour autrui est nulle au regard du **code civil**, car contraire aux bonnes mœurs.

S'il n'existe aucune donnée chiffrée, il semblerait que des couples allemands désirant recourir à une mère de substitution se rendent à l'étranger, notamment dans des pays d'Europe de l'Est.

En 2000, lors des consultations préparatoires à la rédaction du projet de loi sur la reproduction médicalement assistée, **les associations de médecins concernées s'étaient prononcées en faveur d'une légalisation de la gestation pour autrui dans certains cas exceptionnels**, comme la gestation par une femme de l'enfant de sa fille en cas de malformation congénitale des organes génitaux de cette dernière.

Les débats actuels portent toutefois davantage sur le don d'ovules, également interdit, que sur la gestation pour autrui.

- *L'Espagne*

En Espagne, l'**interdiction de la maternité pour autrui** a été posée par une loi du 22 novembre 1988 relative aux techniques de procréation médicalement assistée, et **confirmée par la loi n°14 du 26 mai 2006**, aux termes de laquelle :

« 1. Sera nul de plein droit le contrat par lequel est convenue la gestation, à titre onéreux ou gratuit, d'une femme qui renoncera à la filiation maternelle en faveur du cocontractant ou d'un tiers.

« 2. La filiation des enfants nés à l'issue d'une maternité de substitution sera déterminée par l'accouchement.

« 3. Le père biologique conserve la possibilité de revendiquer la paternité, conformément aux règles de droit commun. »

La maternité pour autrui est sanctionnée par une peine d'amende de 10 000 à 1 million d'euros et peut entraîner la fermeture du centre médical ou des services de procréation médicalement assistée qui y ont concouru.

**Plusieurs membres de la Commission nationale pour la reproduction médicalement assistée ont affiché leur désaccord avec cette interdiction** et préconisent l'ouverture légale de la gestation pour autrui aux femmes qui ne pourraient porter d'enfants pour des raisons physiologiques.

Pour la contourner, certains couples espagnols se rendraient à l'étranger, notamment en Amérique latine.

Selon les informations fournies par Frédérique Granet, dans le cas où l'acte de naissance étranger désignerait pour mère la femme commanditaire de l'enfant et non celle qui en est accouchée, sa transcription sur les registres de l'état civil espagnols serait possible. Cependant, la désignation de la mère pourrait donner lieu à une décision judiciaire de rectification sur la preuve de l'identité de la mère de naissance, l'accouchement constituant l'unique fondement légal de la maternité en dehors de l'adoption.

- *L'Italie*

En Italie, la **législation en matière de procréation médicalement assistée est particulièrement restrictive** : elle prohibe en effet non seulement la maternité pour autrui mais également le don de gamètes.

**La loi n° 40 du 19 février 2004 sur la procréation médicalement assistée prohibe ainsi la pratique et l'organisation de toute forme de maternité de substitution, ainsi que toute publicité à cet effet.** Les sanctions encourues sont une peine de trois mois à deux ans de réclusion et une amende de 600 000 à un million d'euros. Les médecins encourrent quant à eux une suspension professionnelle d'un à trois ans.

**Toute maternité pour autrui pratiquée sans recourir à l'assistance médicale à la procréation est indirectement prohibée par la loi sur l'adoption** qui prévoit en effet une peine de prison, comprise entre un et

trois ans, pour toute personne qui remettrait à un tiers un enfant en dehors des procédures officielles d'adoption.

Si la prohibition du don de gamètes est actuellement critiquée, celle de la maternité pour autrui ne semble guère susciter de débats.

- *La Suisse*

En Suisse, le don d'ovules, le don d'embryon et la maternité pour autrui sont interdits.

**La prohibition de la maternité pour autrui résulte à la fois de la Constitution fédérale et de la loi fédérale du 18 décembre 1998 sur la procréation médicalement assistée :**

– la première interdit « *toutes les formes de maternité de substitution* » par un article intitulé « *Procréation médicalement assistée et génie génétique dans le domaine humain* » ;

– la seconde, entrée en vigueur en 2001, prévoit des sanctions pénales à l'encontre de toute personne qui « *applique une méthode de procréation médicalement assistée à une mère de substitution* » ou qui « *sert d'intermédiaire à une maternité de substitution* ».

Certains couples se rendraient à l'étranger pour recourir aux services d'une mère de substitution. Les tribunaux suisses n'ont pas encore eu à se prononcer sur la filiation maternelle des enfants.

Comme en Italie, si la prohibition du don de gamètes est actuellement critiquée, celle de la maternité pour autrui ne semble guère susciter de débats.

## **2. Les règles édictées dans quelques Etats des Etats-Unis et au Québec**

Aux Etats-Unis, la maternité pour autrui ne fait l'objet d'aucune législation fédérale, si bien que chaque État applique ses propres règles. La situation juridique y est parfois incertaine.

Au Canada, la loi fédérale du 29 mars 2004 sur la procréation assistée interdit la gestation pour autrui à titre onéreux mais autorise implicitement les contrats de gestation pour autrui à titre gratuit. Elle ne se prononce ni sur la validité du contrat de gestation pour autrui, ni sur la filiation, ces deux questions relevant de la compétence des provinces et territoires.

- *Les règles applicables dans certains Etats des Etats-Unis*

**La maternité pour autrui est formellement prohibée dans plusieurs Etats des Etats-Unis.**

Ainsi, les contrats ayant pour objet de l'organiser sont tenus pour nuls au Kentucky, dans l'Indiana, en Louisiane et dans le Nebraska.

Des sanctions pénales sont prévues en Arizona, dans l'Etat de New York, au Nouveau Mexique, dans l'Utah et dans le Michigan.

Dans le district de Columbia, la loi prévoit que « *les conventions de mère porteuse sont interdites et inapplicables sur le district. Toute personne ou institution qui s'engagerait, ou induirait, arrangerait ou prendrait part à une convention de mère porteuse pour une somme, une compensation, une rémunération et violerait [la loi] pourrait être sujette à une amende n'excédant pas 10 000 dollars, à une peine d'emprisonnement d'un an, ou aux deux* ».

- *Les règles applicables au Québec*

Au **Québec**, l'article 541 du code civil dispose que « *toute convention par laquelle une femme s'engage à procréer ou à porter un enfant pour le compte d'autrui est nulle de nullité absolue.* »

**Dans la plupart des provinces, la situation juridique est incertaine** du fait de l'absence de loi visant expressément le contrat de maternité pour autrui.

## ***B. UNE PRATIQUE AUTORISÉE OU TOLÉRÉE DANS PLUSIEURS ETATS***

Si certains Etats ont récemment décidé d'interdire la maternité pour autrui, d'autres la tolèrent ou ont choisi de l'encadrer. Une fois encore, toutes les législations étrangères n'ont pu être évoquées dans le cadre de ce rapport.

### **1. Une pratique tolérée en Belgique et aux Pays-Bas, encadrée en Grèce et au Royaume-Uni**

En Europe, la maternité pour autrui est tolérée dans certains Etats comme la Belgique et les Pays-Bas, et explicitement autorisée en Grèce et au Royaume-Uni.

- *La Belgique*

En Belgique, **la maternité pour autrui n'est prévue par aucun texte. Elle se pratique donc en dehors de tout cadre juridique explicite.**

**Les cas de maternité pour autrui semblent être rares.** Il n'existe toutefois aucune donnée chiffrée sur celles qui sont pratiquées sans fécondation *in vitro*, sur la base de conventions dépourvues de valeur juridique, et qui se concluent parfois par des accouchements anonymes en France. Par ailleurs, plusieurs centres de procréation médicalement assistée réalisent des fécondations *in vitro* en liaison avec des gestations pour autrui, semble-t-il exclusivement en cas d'impossibilité médicalement constatée, pour une femme, de porter un enfant mais pas de le concevoir.

**Le droit de la filiation constitue toutefois un obstacle au développement de la maternité pour autrui.** En effet, la femme qui accouche d'un enfant, que celui-ci soit ou non issu de ses propres gamètes, est juridiquement considérée comme sa mère. Quant à la filiation paternelle, elle dépend de l'état civil de la mère de substitution. Si celle-ci n'est pas mariée, le père intentionnel peut reconnaître l'enfant, le cas échéant avec l'accord de son épouse qui peut ensuite l'adopter si la mère porteuse y consent ; le couple demandeur a également la possibilité de demander une adoption conjointe. Si la mère de substitution est mariée, son conjoint est considéré comme le père de l'enfant et le père intentionnel ne peut contester cette paternité que si la naissance résulte d'une assistance médicale à la procréation à laquelle le conjoint de la mère de substitution n'a pas donné son accord. Ces dispositions obligent donc les parents commanditaires à demander l'adoption de l'enfant, mais la loi prévoit que la mère ne peut consentir à l'adoption que deux mois après la naissance de l'enfant.

**Des tribunaux ont déjà été saisis** de demandes d'homologation d'adoptions consécutives à des maternités pour autrui. Peu nombreuses, les décisions sont partagées entre le souci de respecter le code civil et celui de préserver l'intérêt de l'enfant qui, dans certains cas, justifie la suppression de tout lien de filiation entre ce dernier et la femme qui l'a mis au monde.

S'il est admis que la question de la filiation des enfants nés d'une maternité pour autrui doit être réglée par la loi, celle du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes ne l'a pas traitée.

Plusieurs **propositions de loi** ont été déposées au cours des dernières années : les unes préconisent l'interdiction totale de la maternité pour autrui, assortie de sanctions pénales, tandis que les autres suggèrent, d'une part, de limiter cette pratique aux cas où la femme qui souhaite devenir mère ne peut pas mener à terme une grossesse, d'autre part, de l'encadrer très strictement.

En 2004, le **Comité consultatif de bioéthique** avait suggéré l'introduction d'une déclaration de pré-adoption, permettant à la future mère de substitution de manifester son accord pour mener une grossesse au profit des parents intentionnels, l'interdiction de toute commercialisation, l'indemnisation des mères de substitution et la limitation des possibilités de maternité pour autrui aux seuls cas médicalement justifiés.

- *Les Pays-Bas*

Aux Pays-Bas, la maternité pour autrui est également tolérée lorsqu'elle ne donne pas lieu à une contrepartie financière.

**Deux voies coexistent : une voie très encadrée qui passe par la fécondation *in vitro* et une autre voie plus libérale** qui s'appuie sur le droit reconnu à toute mère de confier son enfant à un couple tiers.

**Un règlement du 1<sup>er</sup> avril 1998 relatif aux établissements qui pratiquent la fécondation *in vitro*** n'autorise la gestation pour autrui au moyen d'une fécondation *in vitro* que si elle constitue la seule possibilité pour sa bénéficiaire de devenir mère et si la gestatrice a déjà eu au moins un enfant. De plus, l'intervention doit être réalisée dans le respect des conditions médicales et psychologiques définies par les directives de l'Association néerlandaise d'obstétrique et de gynécologie. A titre d'exemple, le nombre d'embryons implantés chez la gestatrice doit être limité à deux, afin de réduire les risques de grossesse multiples, et les intéressés doivent bénéficier d'un accompagnement psychologique pendant et après la procédure. Lorsque cette procédure est suivie, l'adoption peut être prononcée assez rapidement, car les parents ne font pas l'objet d'une enquête approfondie.

Entre le 1<sup>er</sup> juillet 2004 et le 30 mars 2006, aucun établissement ne pratiquait plus de gestation pour autrui. Depuis le 30 mars 2006, un seul établissement d'Amsterdam la pratique à nouveau, mais dans des conditions très strictes s'ajoutant à celles de l'Association néerlandaise d'obstétrique et de gynécologie : ce centre exige en effet que les intéressés aient la nationalité néerlandaise, maîtrisent la langue, résident aux Pays-Bas et signent une convention écrite, bien que le code civil dénie à celle-ci toute valeur juridique, par laquelle les parties doivent régler à l'avance tous les problèmes susceptibles d'apparaître pendant la grossesse et se mettre d'accord sur les responsabilités des uns et des autres après la naissance.

Pour faire établir la filiation de l'enfant à leur égard, les couples ayant fait appel à une mère de substitution sans fécondation *in vitro* peuvent **utiliser le droit commun de l'adoption**, en vertu duquel une mère peut renoncer à son autorité sur un enfant au profit d'un couple tiers.

La procédure est cependant assez lourde. Les parents intentionnels doivent signaler la situation à la municipalité de leur domicile, qui saisit alors le conseil de protection de l'enfance aux fins d'enquête sociale. Si celui-ci valide la demande des parents, ceux-ci peuvent, s'ils ont vécu ensemble pendant trois ans et gardé l'enfant pendant un an, entamer une procédure d'adoption et solliciter la déchéance de l'autorité parentale de la mère de substitution.

Dans un arrêt du 21 août 1998, la cour d'appel de La Haye a admis que le souhait clairement exprimé de la mère de substitution de confier son enfant à un couple tiers puisse constituer un motif suffisant pour lui retirer l'autorité parentale.

Particulièrement libérale, cette deuxième possibilité reste **très peu utilisée**, sans doute parce que le résultat reste malgré tout, en l'absence de législation spécifique, suspendu à la décision du juge.

Enfin, si les Pays-Bas acceptent la gestation pour autrui, ils interdisent strictement et **sanctionnent pénalement toute activité de mise en relation d'un couple avec une mère de substitution**, passible de peines pouvant atteindre un an de réclusion et 16 750 euros d'amende.

- *La Grèce*

En Grèce, les maternités de substitution ont été autorisées par la **loi n° 3089/2002 du 19 décembre 2002** sur l'assistance médicale à la procréation, complétée par la loi n° 3305/2005 du 27 janvier 2005.

Toute assistance médicale à la procréation et la maternité de substitution supposent une **autorisation judiciaire**.

La loi de 2002 a, dans l'article 1458 du code civil, posé en principe que **dans le cas où il est médicalement établi qu'une femme, mariée ou vivant en concubinage, ne peut assumer la gestation d'un enfant**, elle peut demander à bénéficier d'une assistance médicale à la procréation.

Le transfert dans le corps d'une femme d'embryons qui lui sont étrangers puis la gestation par elle peuvent ainsi être autorisés en vertu d'une décision judiciaire rendue avant le transfert si les **conditions** suivantes sont réunies :

- il faut tout d'abord qu'un **accord soit passé par écrit** entre les personnes qui désirent un enfant et la femme qui lui donnera naissance, le consentement du mari de celle-ci étant également requis quand il s'agit d'une femme mariée ;

- ensuite, **toute contrepartie pécuniaire est interdite, excepté le remboursement des frais** de grossesse et d'accouchement ainsi que, le cas échéant, le versement d'une **indemnité correspondant aux salaires perdus** par la mère porteuse durant la grossesse à concurrence d'un maximum évalué par une autorité indépendante ;

- enfin, le consentement doit avoir été donné de façon libre et éclairée et une **limite d'âge** est fixée à cinquante ans pour la femme commanditaire et la gestatrice.

Toute infraction à la loi est pénalement sanctionnée par une peine privative de liberté d'au moins deux ans et par une amende d'au moins 1 500 euros. Les mêmes peines sont applicables aux intermédiaires.

**L'originalité de la législation grecque tient aux règles relatives à la filiation de l'enfant** conçu et né dans ces circonstances. Portant exception au principe général « *mater semper certa est* », qui gouverne le droit commun de la filiation, **la femme bénéficiaire de l'autorisation judiciaire est réputée être la mère légale de l'enfant et doit être inscrite comme telle dans l'acte de naissance dès l'origine.**

En outre, toute action en contestation de ce lien de filiation est irrecevable, sauf si elle est exercée dans les six mois de la naissance par la mère présumée ou par la gestatrice et s'il est prouvé que l'enfant a été conçu avec un ovocyte de la mère porteuse en violation de la loi ; quand il y est fait droit, la filiation est rétroactivement établie envers la gestatrice.

La paternité du mari est présumée en application du droit commun, dès lors que la naissance a eu lieu durant le mariage ou dans les trois cents jours suivant sa dissolution ou son annulation. Dans un couple non marié, le concubin doit exprimer par acte notarié son consentement à l'assistance médicale à la procréation réalisée grâce à une mère porteuse, ce qui vaut reconnaissance volontaire de paternité. Que le couple bénéficiaire soit marié ou non, la filiation paternelle est ainsi inscrite dans l'acte de naissance.

Enfin, la législation grecque n'est applicable qu'au profit d'une femme domiciliée en Grèce et à condition que la gestatrice le soit elle aussi.

- *Le Royaume-Uni*

Au Royaume-Uni, la maternité pour autrui est encadrée par deux lois datant respectivement de 1985 et 1990.

La **loi de 1985** fut adoptée à la suite de l'affaire Kim Cotton, une jeune anglaise qui mit au monde un enfant, surnommé Baby Cotton par la presse, conçu par insémination artificielle avec le sperme d'un citoyen américain. Jugeant que Kim Cotton avait volontairement renoncé à ses droits parentaux, le tribunal pour enfants de Londres établit la filiation de l'enfant à l'égard de ses parents intentionnels. La rencontre entre Kim Cotton et les parents avait été organisée par la succursale anglaise d'une agence américaine, basée dans le comté de Surrey au sud de Londres. Kim Cotton avait reçu 6 500 dollars pour la transaction. L'affaire émut l'opinion publique britannique, qui craignit le développement d'une industrie de l'enfantement et une marchandisation progressive du corps humain.

Votée en urgence, la loi de 1985 pose les principes généraux qui encadrent la maternité pour autrui au Royaume-Uni. Elle prévoit d'abord que **les conventions de maternité pour autrui ne sont pas exécutoires : la mère de substitution est toujours la mère légale de l'enfant, et ce n'est qu'ensuite, avec son accord, que la filiation peut être modifiée.** Elle interdit ensuite toute publicité et toute rémunération des intermédiaires, que ce soit pour la mise en relation, le conseil juridique ou la gestion des listes de volontaires. Enfin, des amendes s'élevant jusqu'à 5 000 livres (environ 3 500 euros) et une peine d'au plus trois mois de prison sont prévues pour les auteurs des infractions.

Dans ce cadre assez libéral, des personnes résidant légalement au Royaume-Uni peuvent passer un accord en vertu duquel une femme s'engage gratuitement à porter un enfant qu'elle remettra au couple demandeur après la naissance. Même si cet accord n'a aucune force exécutoire, rien n'empêche ensuite, si la mère de substitution ne change pas d'avis, les parents de demander et d'obtenir l'adoption de l'enfant.

Gwen Skinner, *senior executive officer* au ministère de la santé, chargée notamment des questions relatives à la maternité pour autrui, a affirmé à la délégation du groupe de travail qui s'est rendue à Londres qu'il était très difficile de savoir combien de personnes s'engageaient chaque année dans

cette voie. Si elle laisse une très grande liberté aux individus, elle n'apporte en revanche aucune protection ou garantie, ni à la mère porteuse, ni au couple demandeur.

**Des règles plus strictes ont été définies par la loi sur la fertilisation humaine et l'embryologie de 1990 à l'égard des maternités pour autrui pratiquées dans des établissements de santé : le principe est qu'en contrepartie du respect de conditions médicales et juridiques plus rigoureuses, s'ajoutant aux règles de droit commun précitées, les parents intentionnels peuvent faire établir la filiation de l'enfant à leur égard plus rapidement, sans passer par la procédure de l'adoption, en obtenant du tribunal une décision appelée « *parental order* ».**

Les **conditions** d'obtention de cette décision sont les suivantes :

- le couple doit être marié ;
- l'un de ses membres doit être le parent génétique de l'enfant ;
- l'un de ses membres doit être domicilié au Royaume-Uni ;
- tous deux doivent être âgés de plus de dix-huit ans ;
- le domicile de l'enfant doit être le même que celui du couple ;
- la demande doit être formulée dans les six mois suivant la naissance ;
- l'accord de la mère de substitution doit être donné plus de six semaines après la naissance ;
- le couple ne doit pas avoir rémunéré la mère de substitution, le « *dédommagement raisonnable* » des frais engagés par celle-ci pour mener à bien la grossesse étant toutefois admis.

Les établissements de santé vérifient en outre l'état de santé physique et psychique de la mère de substitution et exigent généralement, d'une part, qu'elle ne soit pas âgée de plus de trente-cinq ans, d'autre part, qu'elle ait déjà eu des enfants.

Rien n'interdit en revanche que la mère de substitution fournisse ses propres ovocytes ni qu'elle soit parente du couple commanditaire.

La délégation du groupe de travail qui s'est rendue à Londres a ainsi rencontré la responsable de l'agence Surrogacy UK, Carol O'Reilly, qui a elle-même mis au monde huit enfants dont cinq pour autrui : chacun de ces cinq enfants a été conçu avec ses propres ovocytes, pour le compte de quatre couples différents.

La **question du « *dédommagement raisonnable* »** a également longuement été évoquée lors des auditions réalisées à Londres. Il doit simplement couvrir les frais liés à la grossesse, comme les frais médicaux, l'alimentation, le soutien psychologique et la compensation éventuelle d'une perte de salaire. Ceci étant, son montant n'est pas fixe et le tribunal l'apprécie

en fonction notamment de la situation sociale de la mère de substitution : une femme percevant un salaire important pourrait ainsi être davantage dédommée qu'une femme exerçant un travail peu rémunéré. En règle générale, les sommes versées sont comprises entre 7 000 et 15 000 livres (soit entre 5 000 et 10 000 euros). Eleanor King, magistrate à la *High Court family division*, a déclaré au groupe de travail que le caractère « raisonnable » du dédommagement faisait l'objet d'une appréciation très souple par les tribunaux. Depuis 1990, seuls deux couples n'ont pas obtenu le « *parental order* » en raison d'un dédommagement trop généreux ; ils ont été contraints de passer par la voie longue de l'adoption mais la transaction n'a pas été annulée.

Lors de ces auditions, la délégation du groupe de travail a également appris avec surprise que les couples ayant eu recours à une maternité pour autrui omettaient parfois de solliciter l'obtention du « *parental order* ».

Au total, il semblerait qu'entre soixante et cent couples recourent chaque année aux services d'une mère de substitution avec procréation médicalement assistée dans un établissement de santé.

Trois grandes agences se sont spécialisées dans la mise en relation de ces couples et des mères de substitution. Conformément à la loi de 1985, elles ne doivent pas avoir de but lucratif et ne peuvent faire de publicité.

Un projet de loi relatif à la révision de la loi sur l'assistance médicale à la procréation, en cours de discussion au Parlement, tend toutefois à autoriser ces agences à être payées en contrepartie de la prise de contact et du recueil des informations nécessaires à la mise en relation des intéressés ainsi qu'à faire de la publicité, contrairement aux mères de substitution. Il tend également à ouvrir le bénéfice de la maternité pour autrui aux couples non mariés et non liés par un partenariat civil, quelle que soit leur orientation sexuelle.

## **2. Une pratique admise dans quelques Etats des Etats-Unis, dans quelques provinces du Canada et en Israël**

La maternité pour autrui est également admise dans certaines provinces du Canada, quelques Etats des Etats-Unis et en Israël.

- *Le Canada*

En **Alberta**, une loi de 2003 relative à la famille prévoit que les contrats de gestation pour autrui ne sont pas exécutoires et ne peuvent pas permettre de prouver que la gestatrice consent à se séparer de l'enfant qu'elle a mis au monde. Toutefois, le juge peut, à la demande de la mère génétique et si la gestatrice en est d'accord, déclarer que la mère génétique est la mère légale de l'enfant. La requête ne peut pas être introduite moins de quatorze jours après la naissance de l'enfant.

De même, **en Nouvelle-Écosse**, le règlement sur l'enregistrement des naissances permet au juge d'établir la filiation de l'enfant à l'égard de ses parents intentionnels lorsque certaines conditions sont remplies. Il faut en particulier que l'accord entre la mère de substitution et le couple soit antérieur à la conception et que l'enfant soit génétiquement celui de l'un au moins des deux membres du couple.

Dans la plupart des autres provinces, la situation juridique est plus incertaine du fait de l'absence de loi visant expressément le contrat de maternité pour autrui.

S'agissant de l'établissement de la filiation en général, les lois provinciales protègent la femme qui accouche : elle seule a le droit de décider si elle garde ou non l'enfant. Toutefois, la jurisprudence prend parfois en compte les arguments des parents intentionnels. Ainsi, en 2003, en Colombie-Britannique, dans une affaire où les parents génétiques demandaient leur inscription en qualité de parents légaux sur le registre des naissances à la place de la mère de substitution, la justice a accédé à leur demande en invoquant l'intérêt supérieur de l'enfant.

- *Les Etats-Unis*

Une trentaine d'États des Etats-Unis n'ont pas légiféré, de sorte que la maternité pour autrui n'est véritablement admise que dans moins d'une dizaine d'Etats.

Dans l'**Illinois** par exemple, la loi relative à la maternité pour autrui entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2005 prévoit qu'un contrat doit être conclu par écrit et attesté par deux témoins, chaque partie étant représentée par un conseiller juridique indépendant. La compensation financière éventuelle attribuée à la mère de substitution doit être remise à un tiers indépendant. Les parties doivent également avoir subi un bilan psychologique. La mère de substitution doit être âgée d'au moins vingt-et-un ans, avoir déjà donné naissance à un enfant, avoir subi un examen médical et être titulaire d'un contrat d'assurance santé qui couvre les principaux frais médicaux et hospitaliers. L'un des deux parents intentionnels au moins doit être le parent génétique de l'enfant. Une attestation médicale doit certifier que la maternité pour autrui constitue l'ultime recours pour avoir un enfant. L'établissement de la filiation est largement facilité, puisque les parents intentionnels ne sont pas contraints de saisir la justice pour obtenir la modification de l'acte de naissance. En effet, dès lors que la procédure est respectée, leurs noms sont portés sur l'acte de naissance d'origine.

En **Arkansas**, la maternité pour autrui est encadrée par une loi qui favorise le transfert de filiation. Après la naissance, les parents intentionnels peuvent obtenir une décision judiciaire permettant l'établissement d'un nouvel acte de naissance établissant la filiation avec l'enfant.

Dans d'autres Etats, la maternité pour autrui a pu se développer grâce à la jurisprudence.

Ainsi, en **Californie**, la Cour suprême a, dans son arrêt *Johnson v. Calvert*, rendu en 1993, considéré que les parents légaux d'un enfant étaient ceux qui avaient l'intention de l'être dès la conception de l'enfant. Selon la loi californienne, la maternité est prouvée soit par l'accouchement, soit par un test génétique. En l'espèce, la génitrice et la gestatrice pouvaient donc toutes deux prétendre à être la mère légale. Pour établir la filiation, la Cour suprême a estimé qu'il fallait se placer au moment de la conception de l'enfant, date à laquelle seule la mère génétique avait l'intention de devenir mère. Cette jurisprudence est désormais établie. Si la gestatrice et son conjoint en sont d'accord, les parents intentionnels peuvent demander au tribunal qu'il rende, avant la naissance, une décision en vertu de laquelle ils sont considérés comme les parents légaux de l'enfant à naître et ont le droit de lui donner un prénom. La gestatrice et son conjoint n'ont alors ni droit, ni responsabilité légale à l'égard de l'enfant, et l'établissement où a lieu l'accouchement doit porter le nom des parents intentionnels sur la déclaration de naissance.

Actuellement, sur l'ensemble des Etats-Unis, on estime à environ un millier le nombre annuel d'enfants naissant d'une gestation pour autrui.

Apparue à la fin des années 1970, l'activité d'intermédiaire s'est fortement développée en raison de son attrait financier : le prix d'une gestation pour autrui s'élève en moyenne à 60 000 dollars (un peu moins de 41 000 euros), mais peut dépasser 100 000 dollars (un peu moins de 68 000 euros).

Préoccupés par la disparité des règles applicables, dont les agences jouent pour attirer les couples, certains juristes de la Conférence nationale des délégués pour l'harmonisation des lois des Etats ont proposé l'adoption de dispositions communes sur l'établissement de la filiation des enfants nés à la suite d'un contrat de maternité pour autrui.

- *Israël*

Selon les données parcellaires collectées par le groupe de travail, **seule la gestation pour autrui serait autorisée**, depuis 1996, en Israël.

En effet, le père devrait fournir les spermatozoïdes et l'ovule devrait provenir soit de la mère bénéficiaire soit d'une donneuse mais pas de la mère de substitution.

La gestatrice devrait être une résidente israélienne. En principe, elle ne devrait pas non plus être mariée mais des dérogations pourraient être accordées.

L'accord entre la gestatrice et les parents bénéficiaires devrait être entériné par un comité de sept membres comprenant des médecins, un psychologue, un assistant social, un juriste et un représentant de la religion des parties concernées. Le comité approuverait après vérification, d'une part, que les parties ont pris leur décision librement et en connaissance de cause, d'autre part, que la santé de la mère et du bébé ne sont pas en danger.

Après l'accouchement, l'enfant serait placé sous la tutelle d'un assistant social représentant l'Etat, depuis sa naissance jusqu'à l'aboutissement d'une procédure d'adoption.

La gestatrice serait remboursée de ses dépenses légales et d'assurance et recevrait une compensation pour le temps de la grossesse, la perte de revenu et la douleur.

### **III. UNE PROHIBITION CONTOURNÉE : LES DIFFICULTÉS NÉES DES VIOLATIONS DÉLIBÉRÉES DE LA LOI FRANÇAISE**

Malgré les sanctions civiles et pénales auxquelles ils s'exposent, **bien des couples infertiles n'hésitent pas à faire appel à des mères de substitution**. Comme les médecins français refusent à bon droit de leur prêter assistance, ils doivent se rendre à l'étranger, dans les pays où cette pratique est légale ou tolérée, sauf à se passer d'une intervention médicale.

**Aucune estimation fiable de leur nombre n'a pu être fournie au groupe de travail**. Selon Dominique et Sylvie Mennesson, présidents fondateurs de l'association Clara<sup>1</sup>, une centaine de couples français se rendraient chaque année à l'étranger depuis 1991. Cette évaluation correspond au nombre annuel, qui oscille entre soixante et cent, des maternités pour autrui pratiquées au Royaume-Uni, pays dont la population est comparable en nombre à celle de la France.

**Les couples qui en ont le temps et les moyens financiers se rendent de préférence aux Etats-Unis et au Canada, où des agences les mettent en relation avec des mères de substitution et où ils peuvent obtenir des actes de l'état civil locaux établissant la filiation de l'enfant à leur égard**. Plusieurs séjours sur place sont nécessaires pour rencontrer la mère de substitution, subir les interventions médicales, suivre autant que possible le déroulement de la grossesse, assister à l'accouchement, recevoir l'enfant puis faire établir un acte de naissance et un passeport. Dominique et Sylvie Mennesson ont ainsi indiqué qu'ils avaient pour leur part effectué douze aller et retour, pendant deux ans et demi, et dépensé 12 000 dollars. Selon Laure Camborieux, présidente de l'association Maïa, les frais exposés seraient généralement plutôt de l'ordre de **50 000 euros** au total.

**Ceux qui ne disposent ni du temps ni des moyens pour se rendre à l'étranger recourent aux services d'une mère de substitution sur le territoire français, généralement par Internet : le traitement médical est pratiqué en Belgique puis la mère de substitution accouche anonymement en France**. Plusieurs gynécologues et psychanalystes entendus par le groupe de travail ont ainsi déclaré avoir assisté à des accouchements de mères de substitution, les parents intentionnels attendant dans les couloirs de l'hôpital ou de la clinique de pouvoir recevoir l'enfant.

---

<sup>1</sup> *Comité de soutien pour la légalisation de la GPA et la reproduction assistée.*

**Une fois l'enfant venu au monde, les parents intentionnels essaient de se prévaloir des règles de droit interne ou des règles de droit international privé pour faire établir ou reconnaître sa filiation à leur égard.** Dans la mesure où le père intentionnel est également le plus souvent le père génétique, les difficultés qu'ils rencontrent concernent pratiquement exclusivement la filiation maternelle.

#### **A. LES TENTATIVES D'UTILISATION DES RÈGLES DE DROIT INTERNE**

Les modes d'établissement non contentieux de la filiation sont le titre –acte de naissance ou reconnaissance– et la possession d'état. L'adoption permet quant elle un transfert de filiation. Les couples ayant eu recours à une mère de substitution ont tenté et tentent parfois encore d'emprunter ces différentes voies, même si elles ont été fermées par la jurisprudence.

##### **1. L'harmonisation et la simplification récentes du droit de la filiation**

Comme l'a rappelé Frédérique Granet, professeur de droit privé à l'université Robert Schuman de Strasbourg, directrice du centre de droit privé fondamental, lors de son audition, toutes les législations européennes posent le principe que **la maternité résulte de l'accouchement**, selon la règle « *mater semper certa est* ».

Le code civil français fait ainsi obligation à l'enfant qui engage une action en recherche de maternité de « *prouver qu'il est celui dont la mère prétendue a accouché*<sup>1</sup> » et à celui qui conteste une maternité de « *rappporter la preuve que la mère n'a pas accouché de l'enfant*<sup>2</sup> ».

Si l'accouchement constitue un événement devant être déclaré aux services de l'état civil<sup>3</sup>, à peine de contravention, **l'indication du nom de la mère dans l'acte de naissance de l'enfant** n'a jamais été considérée comme obligatoire en France. Dans le prolongement de la tradition administrative ancienne d'abandon organisé d'enfants nouveau-nés<sup>4</sup>, le droit à l'anonymat de la mère a été consacré par la loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 relative à l'état

---

<sup>1</sup> Article 325 du code civil.

<sup>2</sup> Article 332 du code civil.

<sup>3</sup> La déclaration de naissance doit être effectuée dans les trois jours à l'officier de l'état civil du lieu de naissance lorsque celle-ci survient en France. En cas de naissance à l'étranger, la déclaration doit être effectuée auprès de l'agent diplomatique ou consulaire dans un délai de quinze jours en principe. A défaut, un jugement déclaratif de naissance devra être rendu par le tribunal de grande instance (article 55 du code civil).

<sup>4</sup> Au XVII<sup>ème</sup> siècle, Saint Vincent de Paul introduisit l'usage du tour, sorte de tourniquet placé dans le mur d'un hospice : la mère y déposait l'enfant puis sonnait une cloche ; à ce signal, de l'autre côté du mur, quelqu'un faisait basculer le tour et recueillait le nourrisson. Un décret-loi du 2 septembre 1941 organisa l'accouchement anonyme et la prise en charge gratuite de la femme enceinte pendant le mois qui précède et le mois qui suit l'accouchement dans un établissement hospitalier public. Ce texte fut abrogé et son contenu repris après la guerre.

civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales, qui a fait de l'accouchement dit « sous X » une fin de non-recevoir à l'action judiciaire en recherche de maternité<sup>1</sup>.

- *Les modes d'établissement non contentieux de la filiation*

Jusqu'à l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, l'indication de la femme mariée dans l'acte de naissance suffisait à établir la filiation dite « légitime » de l'enfant à son égard, tandis qu'en cas de naissance hors mariage, la mère dite « naturelle » devait en outre reconnaître l'enfant devant l'officier de l'état civil.

Historiquement, il s'agissait d'éviter d'imposer à une célibataire une filiation qu'elle n'aurait pas voulu assumer.

Depuis lors, cette discrimination jugée contraire à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales<sup>2</sup> a cessé, et l'indication du nom de la mère dans l'acte de naissance suffit à établir la filiation de l'enfant à son égard, qu'elle soit mariée ou non.

La **reconnaissance de maternité** reste possible pour l'hypothèse où le nom de la mère ne figurerait pas sur l'acte de naissance de l'enfant, soit par inadvertance, soit par volonté délibérée. Dans ce dernier cas, la femme ayant décidé d'accoucher sous X doit en effet pouvoir se raviser et demander la restitution de son enfant dans le délai légal de deux mois à compter de son recueil par le service de l'aide sociale à l'enfance<sup>3</sup>, ce qui lui impose de le reconnaître<sup>4</sup>.

Lorsque l'acte de naissance de l'enfant désigne la mère et qu'il s'agit d'une femme mariée, **la paternité du mari est présumée**, selon le vieil adage : « *pater is est quem nuptiae demonstrant* ». En cas de naissance hors mariage, l'établissement du lien de filiation paternel nécessite une **reconnaissance** devant l'officier de l'état civil. Jusqu'à la loi n° 72-3 du 3 janvier 1972 sur la filiation, la reconnaissance était impossible lorsque l'enfant était adultérin. Depuis l'ordonnance du 4 juillet 2005, le seul obstacle à une reconnaissance est l'existence d'une filiation déjà établie.

---

<sup>1</sup> Lors de l'examen en première lecture du projet de loi ratifiant l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation et modifiant ou abrogeant diverses dispositions relatives à la filiation, le 15 janvier 2008, le Sénat a supprimé cette fin de non-recevoir, pour prévenir tout risque de condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme, sans pour autant remettre en cause la possibilité pour une femme d'accoucher sous X.

<sup>2</sup> Cour européenne des droits de l'homme - 13 juin 1979 – *Marckx c/ Belgique*.

<sup>3</sup> Article 351 du code civil.

<sup>4</sup> Première chambre civile de la Cour de cassation, 6 avril 2004.

Depuis 1804 pour la filiation légitime<sup>1</sup> et depuis 1972<sup>2</sup> pour la filiation naturelle, la filiation d'un enfant peut également être établie de manière autonome par la **possession d'état**, c'est-à-dire « *par une réunion suffisante de faits qui indiquent le rapport de filiation et de parenté entre un individu et la famille à laquelle il est dit appartenir*<sup>3</sup> ».

Il s'agit principalement du fait d'avoir traité un enfant comme le sien et d'être considéré par celui-ci comme son parent (*tractatus*), de la réputation (*fama*) et du nom (*nomen*). Pour produire ses effets, la possession d'état doit être continue, paisible, publique et non équivoque<sup>4</sup>.

Depuis l'ordonnance précitée du 4 juillet 2005, elle doit également nécessairement être attestée par un acte de notoriété, délivré par le juge d'instance, à défaut d'avoir été constatée par le tribunal de grande instance dans un cadre contentieux.

- *Les possibilités de contestation en justice des filiations ainsi établies*

**Les filiations ainsi établies peuvent être contestées en justice**, selon des règles qui ont été considérablement simplifiées par l'ordonnance du 4 juillet 2005.

En cas de titre et de possession d'état conforme, l'action n'est ouverte qu'à l'enfant, à ses père et mère ou à celui qui se prétend le parent véritable, qui peuvent agir dans un délai de cinq ans à compter de la cessation de la possession d'état. La filiation ne peut toutefois plus être contestée lorsque la possession d'état conforme au titre a duré au moins cinq ans depuis la naissance ou la reconnaissance, si elle a été faite ultérieurement.

Lorsque le titre n'est pas corroboré par la possession d'état, l'action peut être exercée par tout intéressé dans un délai de dix ans à compter de l'établissement de la filiation.

Enfin, la filiation établie par la seule possession d'état peut être contestée dans un délai de dix ans à compter du jugement l'ayant constatée, par la voie de la tierce opposition de ceux qui n'ont pas été parties à la procédure, ou dans un délai de cinq ans à compter de la délivrance de l'acte de notoriété qui l'a constatée<sup>5</sup>. Il appartient au requérant d'établir soit que les éléments constitutifs de la possession d'état ne sont pas réunis, soit qu'elle est viciée, soit que la filiation ainsi établie n'est pas conforme à la réalité biologique.

---

<sup>1</sup> Article 320 du code civil : « à défaut de titre, la possession d'état d'enfant légitime suffit ».

<sup>2</sup> La rédaction retenue par le législateur en 1972 ayant donné lieu à des hésitations jurisprudentielles, cette possibilité a été réaffirmée par la loi n° 82-536 du 25 juin 1982.

<sup>3</sup> Article 311-1 du code civil.

<sup>4</sup> Article 311-2 du code civil.

<sup>5</sup> Lors de l'examen en première lecture du projet de loi précité, le Sénat a aligné le délai de contestation de la filiation établie par la possession d'état constatée par un acte de notoriété, fixé à cinq ans, sur celui de la contestation, par la voie de la tierce opposition, de la filiation établie par la possession d'état constatée par un jugement, qui est de dix ans.

Le **ministère public** peut agir dans le délai décennal de droit commun dans deux hypothèses<sup>1</sup> :

– lorsque des indices tirés des actes eux-mêmes rendent invraisemblable le lien de filiation légalement établi, par exemple en présence d’une trop faible différence d’âge entre le parent et l’enfant ;

– lorsque la filiation a été établie en fraude à la loi, la rédaction retenue étant plus large que celle de l’ancien article 339 du code civil qui visait exclusivement une reconnaissance destinée à frauder les règles relatives à l’adoption.

- *Le transfert de filiation que constitue l’adoption*

Prononcée par le tribunal de grande instance, l’**adoption** permet la création d’un lien de filiation entre l’adopté et une ou plusieurs personnes qui ne sont pas ses parents par le sang. Elle ne constitue donc pas un mode d’établissement mais opère un transfert de la filiation.

Ouverte soit aux couples mariés non séparés de corps depuis plus de deux ans ou âgés l’un et l’autre de plus de vingt-huit ans<sup>2</sup>, soit à une personne seule âgée de plus de vingt-huit ans<sup>3</sup>, elle peut revêtir deux formes.

L’**adoption plénière**, qui ne peut en principe concerner qu’un mineur de quinze ans<sup>4</sup>, rompt tous les liens de filiation avec la famille d’origine et donne lieu à établissement d’un nouvel acte de naissance après annulation de l’acte initial. L’adopté prend le nom que lui donnent ses parents adoptifs et peut également changer de prénom. S’il est étranger, il acquiert de plein droit la nationalité française.

L’**adoption simple**, permise quel que soit l’âge de l’adopté, crée un lien avec le ou les adoptants tout en laissant subsister ceux qui existent entre l’adopté et sa famille d’origine -l’adopté peut ainsi hériter dans les deux familles et ajoute à son nom celui de l’adoptant<sup>5</sup>. Elle ne confère pas de plein droit la nationalité française à l’adopté étranger mais lui permet de l’acquérir par simple déclaration devant le juge d’instance durant sa minorité.

---

<sup>1</sup> Lors de l’examen en première lecture du projet de loi précité, le Sénat a rendu inopposable au ministère public la fin de non-recevoir selon laquelle nul ne peut contester la filiation lorsque la possession d’état conforme au titre a duré cinq ans depuis la naissance ou la reconnaissance, afin de lui permettre de lutter contre les fraudes dans le délai de droit commun de dix ans.

<sup>2</sup> Article 343 du code civil.

<sup>3</sup> Article 344 du code civil.

<sup>4</sup> Article 345 du code civil. L’expression signifie que l’adopté doit être âgé de moins de seize ans.

<sup>5</sup> Le tribunal peut décider, sur demande de l’adoptant, que l’adopté ne portera que le nom de l’adoptant.

## 2. Les tentatives d'établissement de la filiation d'un enfant né d'une mère de substitution par un titre, par l'adoption ou par la possession d'état

- *La supposition d'enfant : une voie abandonnée*

Pendant longtemps, les **couples mariés** ayant eu recours à une mère de substitution n'ont eu d'autre solution, pour faire établir la filiation de l'enfant à leur égard, que de mentir sur l'identité de l'accouchée.

Pendant longtemps également, ils ont pu jouir d'une grande impunité en raison du caractère très restrictif des règles relatives à la recevabilité des actions judiciaires en contestation de la filiation légitime.

En effet, pour préserver la « paix des familles », le code civil de 1804 interdisait toute contestation d'une filiation légitime dès lors que l'enfant avait une possession d'état conforme à son titre de naissance<sup>1</sup>.

Marcela Iacub, chercheuse au CNRS, a relevé que les juges ont eu une conception extrêmement restrictive de la recevabilité de l'action en justice jusqu'après la première guerre mondiale, refusant de laisser à toute personne qui contestait une filiation légitime la possibilité d'administrer la preuve de la supposition d'enfant dès lors que les conditions légales étaient réunies pour rendre la filiation inattaquable<sup>2</sup>.

L'un des exemples cités à l'appui de cette assertion concerne une « *malveillante marâtre* » qui, à la mort de son époux en 1857, voulut éliminer de la succession le seul enfant de celui-ci, né d'une précédente union. Elle tenta de faire valoir que le défunt et sa première épouse, stérile et âgée de quarante-cinq ans au moment de la naissance de l'enfant, se seraient installés dans le village de Bagnères-de-Bigorre en 1835 en attendant l'arrivée d'une jeune femme enceinte puis, après l'accouchement de cette dernière, auraient déclaré l'enfant comme né de leur union. Constatant que ce dernier avait bénéficié d'une possession d'état conforme à son titre de naissance pendant ces vingt-deux années, le tribunal civil de Bordeaux déclara la requérante irrecevable en sa demande d'administrer la preuve de la supposition d'enfant<sup>3</sup>.

Dans le même but de préservation de la paix des familles, le code civil instituait une question préjudicielle à la mise en œuvre de l'action publique destinée à sanctionner pénalement le crime de supposition d'enfant<sup>4</sup> : l'action ne pouvait être engagée, à peine de nullité de la procédure, qu'après une décision définitive des juges civils sur la question d'état<sup>5</sup>. Or le refus de ces derniers de remettre en cause les filiations légitimes interdisait au ministère public d'engager des poursuites pénales.

---

<sup>1</sup> Article 322 du code civil de 1804.

<sup>2</sup> « *L'empire du ventre – pour une autre histoire de la maternité* » – Fayard 2004 – pages 82 et suivantes.

<sup>3</sup> Tribunal civil de Bordeaux. 20 janvier 1857. Sirey, 58.2.2002.

<sup>4</sup> Articles 326 et 327 du code civil de 1804.

<sup>5</sup> Chambre criminelle de la Cour de cassation, 16 février 1854.

Sur le plan civil, l'affaire « Godeville-Blanchet<sup>1</sup> » a marqué une évolution de la jurisprudence relative à la recevabilité des actions en contestation de la filiation légitime. Comme l'a relevé Marcela Iacub, cette fois, les juges ne se contentèrent plus de présumer l'accouchement de la mère à partir de l'acte de naissance et de la possession d'état mais firent de la vérité de l'accouchement une condition de validité de la possession d'état elle-même.

Cette évolution a ensuite été consacrée par la loi n° 72-3 du 3 janvier 1972 sur la filiation, qui a inséré un article 322-1 dans le code civil, aujourd'hui abrogé, admettant la contestation de la filiation légitime établie par un titre de naissance corroboré par la possession d'état en cas de supposition ou de substitution d'enfant.

Sur le plan pénal, la loi du 3 janvier 1972 précitée a permis au parquet d'intenter l'action publique sans attendre la décision définitive des juges civils : en remplaçant la question préjudicielle par une exception préjudicielle, elle a seulement maintenu l'exclusivité de la compétence du tribunal de grande instance en matière de filiation.

Les liens de filiation établis par le mariage étant indivisibles, l'annulation de la filiation maternelle de l'enfant entraîne celle de sa filiation paternelle, quand bien même son père intentionnel serait son père génétique. Dans cette hypothèse, celui-ci dispose toutefois de la possibilité de reconnaître l'enfant devant un officier de l'état civil et, en cas de contestation, la preuve de sa paternité peut être établie par une expertise génétique, en principe de droit<sup>2</sup>.

Les **suppositions d'enfant réalisées hors mariage**, par le biais d'une reconnaissance de maternité mensongère, sont d'abord restées rares en raison de l'opprobre dans laquelle étaient tenues les mères célibataires.

---

<sup>1</sup> Opérée en 1901, Marguerite Godeville avait perdu tout espoir de maternité. Avec la complicité de son époux, Jean-Baptiste Blanchet, elle supposa un enfant qu'ils firent inscrire sous une fausse filiation en 1907. Entre 1907 et 1908, l'enfant vécut dans une maison où il fut, semble-t-il, allaité par la femme qui l'avait mis au monde.

Comme Marguerite Blanchet était très riche et, de surcroît, promise à recevoir un héritage paternel très important, son frère, Paul Godeville, commanda une enquête à des détectives privés afin d'établir que sa sœur n'avait pas accouché.

Marguerite Blanchet mourut en 1911. Peu après, son père et son frère contestèrent la filiation de l'enfant. Ils affirmèrent non seulement que la prétendue mère n'avait jamais accouché de l'enfant mais que celui-ci, de surcroît, n'avait pas de possession d'état d'enfant légitime.

La bataille judiciaire dura treize ans, période au cours de laquelle la Cour de cassation se prononça deux fois : en 1922, elle jugea qu'il n'était pas indispensable que la possession d'état existât depuis la naissance ; en 1926, elle laissa aux juges du fond toute latitude pour apprécier la possession d'état, sans se prononcer sur le point de savoir si l'article 322 du code civil interdisait ou non d'invoquer des faits relatifs à l'accouchement lui-même. Au terme de cette bataille judiciaire, l'enfant fut déchu de sa filiation légitime.

Source : Marcela Iacub – « L'empire du ventre – pour une autre histoire de la maternité » – Fayard – pages 136 à 141.

<sup>2</sup> Première chambre civile de la Cour de cassation, 28 mars 2000.

Elles le sont restées par la suite, malgré l'acceptation sociale progressive et le développement croissant du nombre des naissances hors mariage à partir des années 1970, en raison de la facilité avec laquelle des poursuites pouvaient être engagées contre leurs auteurs.

Sur le plan civil, jusqu'à l'ordonnance du 4 juillet 2005 précitée, la reconnaissance de maternité ou de paternité pouvait être contestée par tout intéressé pendant une période de trente ans.

Sur le plan pénal, aucune exception ni question préjudicielle ne pouvait faire obstacle à l'engagement des poursuites par le ministère public.

Dans un arrêt rendu le 4 juillet 2002, la cour d'appel de Rennes a ainsi fait droit à la demande formulée par le procureur de la République près le tribunal de grande instance de Nantes tendant à l'annulation de la reconnaissance de maternité effectuée en France par une femme ayant fait appel à une mère de substitution en Californie<sup>1</sup>.

La filiation hors mariage étant divisible, l'annulation de la filiation de la reconnaissance de maternité n'entraîne pas *ipso facto* celle de la reconnaissance de paternité. Celle-ci doit faire l'objet d'une contestation, rare en pratique dans la mesure où le père intentionnel de l'enfant est le plus souvent son père génétique. En cas d'action judiciaire, l'expertise génétique serait de droit et aboutirait à la confirmation de la validité de la reconnaissance.

- *La reconnaissance paternelle d'un enfant dont la filiation maternelle n'est pas établie suivie, le cas échéant, d'une demande d'adoption par l'épouse de l'auteur de la reconnaissance : une voie encore pratiquée*

Compte tenu des difficultés pratiques, liées au fait que les accouchements n'ont plus lieu à domicile mais à l'hôpital ou dans une clinique, et des risques juridiques de la supposition d'enfant, les couples ayant eu recours à une mère de substitution ont tenté et tentent sans doute encore **d'utiliser les règles relatives à l'adoption pour faire établir la filiation maternelle de l'enfant.**

**Cette voie n'est ouverte qu'aux couples mariés**, puisque l'adoption par des concubins demeure interdite : dans sa rédaction actuelle, l'article 345 du code civil autorise expressément l'adoption plénière de l'enfant du conjoint lorsque l'enfant n'a de filiation légalement établie qu'à l'égard de ce conjoint<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> La demande du ministère public fut jugée recevable sur le fondement de l'article 423 du nouveau code de procédure civile qui lui permet d'agir pour la défense de l'ordre public à l'occasion des faits qui portent atteinte à celui-ci.

<sup>2</sup> Après une adoption plénière, le parent adoptif partage l'exercice de l'autorité parentale avec son conjoint qui était déjà le parent légal. En effet, en application de l'article 356 du code civil, l'adoption plénière laisse dans ce cas subsister la filiation d'origine à l'égard du parent biologique et produit, pour le surplus, les effets d'une adoption par deux époux.

Elle peut être empruntée depuis que la loi n° 72-3 du 3 janvier 1972 sur la filiation a autorisé la reconnaissance d'un enfant adultérin.

Elle constituait d'ailleurs la solution proposée par les associations Alma Mater, les Cigognes et Sainte Sarah dans les années 1980 : arrivée à terme, la mère de substitution accouchait sans laisser apparaître son nom dans l'acte de naissance ; le père intentionnel, qui était aussi le plus souvent le père génétique, reconnaissait l'enfant ; par la suite, son épouse demandait l'adoption plénière.

Cette voie a cependant été **fermée par la jurisprudence de la Cour de cassation** : dans son arrêt d'assemblée plénière du 31 mai 1991 précité, celle-ci a considéré que cette adoption plénière « *n'était que l'ultime phase d'un processus d'ensemble destiné à permettre à un couple l'accueil à son foyer d'un enfant, conçu en exécution d'un contrat tendant à l'abandon à sa naissance par sa mère, et que, portant atteinte aux principes de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes, ce processus constituait un détournement de l'institution de l'adoption*<sup>1</sup>. » Cette position a été maintenue jusqu'à présent<sup>2</sup> et étendue à l'adoption simple<sup>3</sup>.

Lors de son audition, Frédérique Bozzi, conseiller à la cour d'appel de Paris, a relevé que les juridictions du fond n'hésitaient pas à refuser de faire droit à des demandes d'adoption plénière en cas de maternité pour autrui mais que les apparences étaient parfois trompeuses.

Lorsque la procédure d'adoption est mise en œuvre fort longtemps après la naissance, a-t-elle souligné, il convient de se pencher avec soin sur les circonstances de la cause. Ainsi, dans une affaire jugée par le tribunal de grande instance de Paris, l'épouse avait accepté d'accueillir dans son foyer l'enfant né de l'adultère de son mari mais ne s'était décidée à l'adopter que quatorze ans plus tard, alors qu'elle était atteinte d'un cancer. En l'espèce, le tribunal de grande instance a jugé qu'il ne s'agissait pas d'une affaire de maternité pour autrui.

La tentative de détournement de l'institution de l'adoption paraît plus évidente lorsque la procédure d'adoption est lancée quelques jours après que l'enfant né sous X a été reconnu par son père dans l'acte de naissance<sup>4</sup> et accueilli au foyer des époux dès sa sortie de l'hôpital ou de la clinique.

---

<sup>1</sup> Assemblée plénière de la Cour de cassation, 31 mai 1991.

<sup>2</sup> Première chambre civile de la Cour de cassation, 9 décembre 2003.

<sup>3</sup> Première chambre civile de la Cour de cassation, 1<sup>er</sup> juin 1994.

<sup>4</sup> L'affaire « Benjamin », jugée par la première chambre civile de la Cour de cassation le 7 avril 2006, atteste en effet de la difficulté pour le père d'un enfant né sous X de savoir où et quand la mère a accouché lorsqu'il ne s'agit pas d'une maternité de substitution.

- *L'invocation de la possession d'état : une voie récemment fermée*

La voie de l'adoption ayant été fermée par la jurisprudence, **certains auteurs s'étaient interrogés sur la possibilité d'invoquer la possession d'état**, « *patiente, plus humble, moins arrogante*<sup>1</sup> », pour permettre l'établissement de la filiation maternelle de l'enfant né d'une mère de substitution à l'égard de sa mère d'intention.

Très favorable à cette solution, Xavier Labbé, professeur de droit et d'éthique médicale à l'université de Lille 2, a fait valoir lors de son audition qu'elle permettrait aux parents intentionnels de « *faire leurs preuves* ».

Toutefois, on peut également considérer qu'**une possession d'état ainsi établie en fraude à la loi serait viciée**.

A cet égard, en exigeant non plus seulement que la possession d'état soit continue mais aussi qu'elle soit paisible, publique et non équivoque, l'ordonnance du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation n'a fait que conforter des solutions déjà dégagées par la jurisprudence, comme en atteste l'affaire Godeville-Blanchet.

La circulaire du 30 mai 2006 prise pour son application précise que : « *Le caractère équivoque peut notamment résulter d'une fraude ou d'une violation de la loi. Il peut en être ainsi lorsque la possession d'état est invoquée pour contourner les règles régissant l'adoption, l'interdiction d'établir la filiation incestueuse ou la gestation pour le compte d'autrui.* »

Le tribunal de grande instance de Lille a décidé, le 22 mars 2007, que la possession d'état invoquée par un couple ayant eu recours à une mère de substitution était viciée, dès lors qu'elle était établie en fraude à la loi, et ne pouvait permettre l'établissement de la filiation de l'enfant à l'égard de sa mère d'intention. L'affaire est actuellement en appel.

Approuvant la décision du tribunal de grande instance de Lille, Pierre Murat, professeur de droit privé à l'université de Grenoble 2, a écrit que : « *lorsqu'il s'agit d'établir la filiation en l'absence de titre préalable, la possession d'état est alors avant tout une présomption simple du lien biologique : le comportement laisse simplement présumer l'engendrement (...) il n'est pas dans la nature de la possession d'état de se substituer aux procédures d'adoption qui constituent des vérifications sociales de l'opportunité d'un transfert de filiation (...) L'adoption constitue la seule voie correcte d'organisation des transferts de filiation*<sup>2</sup> ».

---

<sup>1</sup> Droit de la famille, Gérard Cornu, 463.

<sup>2</sup> Droit de la famille – Revue mensuelle Lexisnexis Jurisclasseur – juin 2007 – pages 29 à 31.

### 3. Les conséquences résultant de l'échec de ces tentatives

De l'aveu même de Laure Camborieux, présidente de l'association Maïa, association d'aide aux couples infertiles, **les couples ayant eu recours à la maternité pour autrui ne rencontrent pas de difficulté particulière dans leur vie quotidienne.**

Les enfants dont seule la filiation paternelle est établie sur les registres de l'état civil français peuvent en effet être rattachés au régime de sécurité sociale de leur père et être inscrits en crèche puis à l'école. Ils peuvent également obtenir une carte d'identité ou un passeport.

De surcroît, jamais un couple dont la demande d'établissement de la filiation maternelle a été refusée ne s'est ensuite vu retirer l'enfant.

Des difficultés peuvent se présenter en cas de rupture du couple ou de décès de l'un de ses membres, dans la mesure où la mère intentionnelle est considérée comme un tiers à l'égard de l'enfant, comme le sont d'ailleurs les beaux-parents dans les familles recomposées.

Toutefois, **la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale a étendu les droits des tiers qui partagent ou ont partagé la vie d'un enfant et ont des liens affectifs forts avec lui**, et le Gouvernement de M. François Fillon a annoncé son intention de les renforcer davantage.

Tant que les deux membres du couple sont en vie et unis, le père a la possibilité, « *lorsque les circonstances l'exigent* », de saisir le juge en vue de déléguer l'exercice de son autorité parentale à un tiers<sup>1</sup>. La délégation peut être partielle, auquel cas seuls certains droits comme celui de garde et de surveillance sont transférés, ou totale, auquel cas seul le droit de consentir à l'adoption du mineur n'est pas transféré<sup>2</sup>.

Surtout, un partage de l'autorité parentale peut être décidé « *pour les besoins de l'éducation de l'enfant* »<sup>3</sup>. Ce partage s'avère plus souple et plus intéressant que la délégation dans la mesure où les conditions dans lesquelles il peut être décidé semblent moins restrictives et n'impliquent pas la perte d'une partie des droits du délégant au profit du délégataire.

Sans doute la crainte de voir la maternité pour autrui découverte par le juge aux affaires familiales dissuade-t-elle les couples concernés d'avoir recours à ces dispositions.

En cas de séparation du couple, le juge aux affaires familiales peut décider de confier l'enfant à sa mère d'intention. Celle-ci accomplira alors tous les actes usuels relatifs à sa surveillance et à son éducation, tandis que l'autorité parentale continuera d'être exercée par son père<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Article 377 du code civil.

<sup>2</sup> Articles 377-2 et 377-3 du code civil.

<sup>3</sup> Article 377-1 du code civil.

<sup>4</sup> Article 373-4 du code civil.

En cas de prédécès du père, le juge aux affaires familiales peut confier provisoirement l'enfant à sa mère d'intention, à condition de requérir l'ouverture d'une tutelle<sup>1</sup>. Or le code civil reconnaît au dernier mourant des père et mère « *le droit individuel de choisir un tuteur, parent ou non* », par testament ou dans une déclaration spéciale devant notaire<sup>2</sup>. A défaut, la tutelle de l'enfant doit être déferée à celui des ascendants qui est du degré le plus rapproché<sup>3</sup>.

Lors du décès de la mère d'intention, il est vrai que l'enfant n'a pas la qualité d'héritier réservataire et ne peut bénéficier des avantages fiscaux qui s'y attachent.

Pour renforcer les droits des tiers à l'égard des enfants qu'ils ont élevés, et hostile à la légalisation de la gestation pour autrui, la **mission d'information de l'Assemblée nationale sur la famille et les droits des enfants** a préconisé, en janvier 2006<sup>4</sup> :

– d'ouvrir aux parents la possibilité de donner à un tiers une « *délégation de responsabilité parentale* » pour les actes usuels de la vie de l'enfant, soit par acte authentique devant notaire et directement exécutoire, soit par acte sous seing privé homologué par le juge ;

– d'autoriser le tiers qui élève l'enfant à demander au juge de le lui confier en cas de décès du parent, alors qu'il doit actuellement passer par l'intermédiaire du ministère public ;

– à défaut de désignation d'un tuteur par les parents, de prévoir l'attribution de la tutelle aux ascendants, sauf si le conseil de famille estime que l'intérêt de l'enfant justifie de désigner comme tuteur le tiers qui l'élève.

Elle aussi hostile à la légalisation de la gestation pour autrui, Dominique Versini, **Défenseure des enfants**, a suggéré lors de son audition de permettre aux mères d'intention de bénéficier du statut des tiers qui partagent ou ont partagé la vie d'un enfant et ont des liens affectifs forts avec lui, qu'elle a proposé en novembre 2006<sup>5</sup>.

Ce statut s'articulerait essentiellement autour de la création d'un « *mandat d'éducation* » ponctuel, de l'institution d'une convention de partage de l'exercice de l'autorité parentale et de la consécration du droit de l'enfant à entretenir des relations personnelles avec un tiers qui a partagé sa vie quotidienne et avec lequel il a noué des liens affectifs étroits.

---

<sup>1</sup> Article 373-5 du code civil.

<sup>2</sup> Articles 397 et 398 du code civil.

<sup>3</sup> Article 402 du code civil.

<sup>4</sup> Rapport n° 2832 (Assemblée nationale, douzième législature) de Valérie Pécresse au nom de la mission d'information présidée par Patrick Bloche, pages 182, 263 et 266.

<sup>5</sup> « *L'enfant au cœur des nouvelles parentalités - Pour un statut des tiers qui partagent ou ont partagé la vie d'un enfant et ont des liens affectifs forts avec lui* » - Rapport annuel de 2006.

Ce statut du tiers ne peut cependant constituer qu'un pis-aller pour les mères d'intention des enfants nés d'une maternité pour autrui qui, à la différence des beaux-parents par exemple, sont à l'initiative de la conception de l'enfant, prennent soin de lui et l'élevé depuis sa naissance et lui ont parfois transmis leurs gènes. Il peut sembler contestable car il interdit d'établir un lien de filiation entre une mère et un enfant qui se considèrent comme tels.

## ***B. L'INVOCATION DES RÈGLES DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ***

Lorsque la maternité pour autrui a été pratiquée dans un pays où elle est légale, les couples français tentent de se prévaloir des règles de droit international privé pour lui permettre de produire des effets en droit interne.

### **1. L'inefficacité des sanctions pénales lorsque la maternité pour autrui est pratiquée à l'étranger conformément aux lois du pays**

Le recours à une mère de substitution dans les pays où cette pratique est légale permet tout d'abord aux couples français d'échapper au risque de sanctions pénales.

En effet, la loi pénale française est applicable :

– aux infractions commises sur le territoire de la République, une infraction étant réputée commise sur ce territoire dès lors qu'un de ses faits constitutifs y a eu lieu<sup>1</sup> ;

– à tout crime commis par un Français hors du territoire de la République<sup>2</sup> ;

– aux délits commis par des Français hors du territoire de la République si les faits sont punis par la législation du pays où ils ont été commis<sup>3</sup> ;

– à tout crime, ainsi qu'à tout délit puni d'emprisonnement, commis par un Français ou par un étranger hors du territoire de la République lorsque la victime est de nationalité française au moment de l'infraction<sup>4</sup>.

Compte tenu de ces règles, **les couples ayant eu recours à une mère de substitution dans un pays où cette pratique est légale ne peuvent être poursuivis à leur retour en France, pour délits de supposition d'enfant, de provocation à l'abandon d'enfant ou d'entremise en vue d'une gestation pour autrui, que si l'un des faits constitutifs de cette infraction a eu lieu sur le territoire de la République.**

---

<sup>1</sup> Article 113-2 du code pénal.

<sup>2</sup> Article 113-6 du code pénal.

<sup>3</sup> Article 113-6 du code pénal.

<sup>4</sup> Article 113-7 du code pénal.

Il peut en être ainsi quand l'enfant est né en France ou quand il a été introduit secrètement sur le territoire national. Ont ainsi été condamnés à trois ans d'emprisonnement avec sursis, sur le fondement de l'article 227-13 du code pénal, deux époux qui avaient introduit clandestinement en France un nouveau-né originaire du Brésil et l'avaient faussement déclaré à l'état civil après avoir simulé un accouchement en 1993<sup>1</sup>.

A l'inverse, **si tous les faits se sont produits à l'étranger, aucune poursuite ne peut aboutir**. Dans l'affaire jugée par la cour d'appel de Paris le 25 octobre 2007, évoquée en introduction, le procureur de la République près le tribunal de grande instance de Créteil avait ainsi délivré à l'encontre de Dominique et Sylvie Mennesson un réquisitoire introductif visant les articles 227-12 et 227-13 du code pénal. Comme toutes les démarches du couple avaient été entreprises sur le sol américain, depuis la prise de contact avec la mère de substitution jusqu'à la demande de transcription des actes de naissance des jumelles sur les registres de l'état civil consulaires, une ordonnance de non-lieu fut rendue le 30 septembre 2004.

## **2. Le principe de la validité en France des actes de l'état civil étrangers**

Le recours à une mère de substitution dans les pays où cette pratique est légale permet aussi aux couples français de disposer d'actes de naissance étrangers. Or, en vertu des principes de confiance et de réciprocité sur lesquels se fondent les relations internationales, **les actes de l'état civil étrangers régulièrement établis font foi en France en l'absence de transcription sur les registres de l'état civil français**, à l'exception des actes de mariage concernant des Français<sup>2</sup>.

L'article 47 du code civil, modifié en dernier lieu par la loi n° 2006-1376 du 14 novembre 2006 relative au contrôle de la validité des mariages, dispose ainsi que : *« Tout acte de l'état civil des Français et des étrangers fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays fait foi, sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité. »*

---

<sup>1</sup> *Chambre criminelle de la Cour de cassation, 12 janvier 2000 (rejet des pourvois formés contre un arrêt de la cour d'appel de Paris du 19 mars 1999).*

<sup>2</sup> *Aux termes de l'article 171-5 du code civil, inséré par la loi n° 2006-1376 du 14 novembre 2006 relative au contrôle de la validité des mariages : « Pour être opposable aux tiers en France, l'acte de mariage d'un Français célébré par une autorité étrangère doit être transcrit sur les registres de l'état civil français. En l'absence de transcription, le mariage d'un Français, valablement célébré par une autorité étrangère, produit ses effets civils en France à l'égard des époux et des enfants. »*

Pour produire leurs effets de plein droit en France, les actes de l'état civil étrangers, qu'ils concernent des Français ou des étrangers, doivent non seulement avoir été **établis conformément à la loi locale**, mais également avoir été **traduits** et **authentifiés**. En revanche, ils ne peuvent être mentionnés en marge d'un acte français qu'avec l'autorisation du procureur de la République territorialement compétent.

La preuve du respect de la loi locale incombe à la personne qui produit une copie ou un extrait de l'acte étranger. Elle est le plus souvent établie par un certificat de coutume, attestation délivrée par toute personne paraissant posséder une connaissance juridique suffisante.

Pour éviter des frais de traduction qui peuvent être lourds, la France est liée à de nombreux pays européens par une convention prévoyant l'utilisation d'extraits plurilingues.

Quant à l'authentification d'un acte étranger, elle suppose en principe sa légalisation par le consul français territorialement compétent ou le consul du pays concerné en France : celui-ci vérifie que le document émane bien d'une autorité qualifiée et que la signature qui y figure est bien la sienne ; en revanche, il ne contrôle pas la véracité des faits énoncés dans l'extrait ou la copie.

La convention de La Haye du 5 octobre 1961 a instauré entre les Etats qui l'ont ratifiée un régime simplifié d'authentification, appelé l'apostille. Celle-ci est délivrée par une autorité du pays où le document a été établi, plus proche de l'usager que les autorités françaises. Par ailleurs, de nombreuses conventions entre la France et différents pays étrangers dont les services de l'état civil ont été jugés suffisamment fiables ont prévu la dispense de toute légalisation et même de toute apostille.

Pour autant, **l'acte de l'état civil étranger n'a pas une valeur absolue** : il ne fait foi que jusqu'à preuve contraire. Ce principe, d'abord dégagé par la jurisprudence, a été consacré dans le code civil par la loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité.

Le développement de la fraude documentaire a en outre conduit le législateur à prévoir, par la loi n° 2006-1376 du 14 novembre 2006 relative au contrôle de la validité des mariages, qu'en cas de doute sur l'authenticité ou l'exactitude d'un acte de l'état civil étranger, l'autorité administrative française saisie d'une demande d'établissement ou de délivrance d'un acte ou d'un titre doit procéder ou faire procéder aux vérifications utiles auprès de l'autorité étrangère compétente et en informer l'intéressé dans un délai de deux mois. Son silence gardé pendant huit mois vaut décision de rejet et le requérant doit alors saisir le juge administratif.

Les couples peuvent ainsi produire, selon les cas, une copie ou un extrait d'acte de naissance étranger dans leurs relations avec les administrations et les entreprises. Le plus souvent, les agents des administrations concernées accèdent à leur demande sans difficulté : confrontés à des actes provenant le plus souvent de pays occidentaux où l'état civil est jugé fiable, ils ne nourrissent pas le moindre soupçon de maternité pour autrui.

Toutefois, en cas de doute, le parquet du tribunal de grande instance de Nantes peut être saisi aux fins de vérification et la filiation des enfants peut être contestée selon la procédure suivante : le parquet devrait tout d'abord faire transcrire les actes de l'état civil étrangers sur les registres de l'état civil consulaires pour ensuite en demander l'annulation, non pas sur le fondement de leur irrégularité ou de l'inexactitude des faits qui y sont relatés<sup>1</sup> mais sur celui de la fraude aux règles d'ordre public édictées par la loi française.

### **3. La question de la légalité de la transcription sur les registres de l'état civil de décisions étrangères contraires à l'ordre public international français**

La **transcription** d'un acte étranger concernant un Français sur les registres de l'état civil consulaires n'est **pas obligatoire**. Elle présente cependant l'intérêt d'éviter à l'intéressé de devoir s'adresser aux autorités ayant établi l'acte pour en obtenir un extrait ou une copie, de supporter des démarches plus ou moins longues et difficiles et de s'exposer éventuellement à des frais de traduction.

L'acte étranger se trouve « transformé » en acte français et il devient possible d'en obtenir une copie ou un extrait, ainsi que la délivrance ou la mise à jour d'un livret de famille, auprès du consulat français ou du service central d'état civil, installé à Nantes.

**La transcription peut être réalisée d'office**, sur les instructions du procureur de la République, lorsque l'ordre public est intéressé, **ou à la demande de la personne concernée**, sans qu'aucune condition de délai lui soit opposable ; l'accord du ministère public est alors requis.

Comme l'a souligné lors de son audition Françoise Moneger, conseiller à la première chambre civile de la Cour de cassation, **quand un acte de l'état civil étranger est dressé en exécution d'un jugement étranger, il en est indissociable et les magistrats doivent vérifier que les conditions de la régularité internationale de ce jugement sont remplies** : compétence du juge, absence de contrariété du jugement avec l'ordre public international français et absence de fraude.

---

<sup>1</sup> A titre d'exemple, l'acte de naissance américain d'un enfant né d'une gestation pour autrui désigne la mère d'intention en qualité de mère légale sans affirmer qu'elle a accouché de l'enfant. En conséquence, ses mentions ne sont pas contraires à la réalité.

### **Les règles du droit international privé en matière de filiation**

Si la filiation est en principe régie par la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant<sup>1</sup>, c'est-à-dire celle de la femme qui a porté l'enfant en cas de maternité pour autrui, la loi étrangère peut être écartée parce qu'elle est contraire à l'ordre public du juge saisi ou parce qu'il y a eu fraude dans la mise en œuvre de la règle de conflit.

L'**exception d'ordre public** est par nature contingente, comme en témoigne l'évolution de la jurisprudence et de la législation relatives au divorce par consentement mutuel.

Ce n'est pas seulement le contenu de la loi étrangère qui conduit à l'écarter, ce sont aussi les conséquences de son application à une espèce donnée. Interviennent ainsi aujourd'hui, dans la mise en œuvre de l'ordre public, le statut personnel des parties, le lieu de leur résidence, en d'autres termes la proximité de la situation avec le lieu du for, c'est-à-dire de saisine de la juridiction. Cette notion d'ordre public de proximité est récente ; elle a conduit la première chambre civile de la Cour de cassation, dans un arrêt du 10 mai 2006, à considérer que, lorsqu'une mère de nationalité algérienne réside avec l'enfant en Algérie, la loi algérienne qui ne permet pas d'exercer contre le prétendu père une action en recherche de paternité naturelle n'est pas contraire à l'ordre public français, même si le défendeur est français.

Enfin, l'ordre public opposé à une loi étrangère n'a pas la même intensité selon qu'il s'agit de faire acquérir un droit en France selon la loi étrangère concernée ou simplement de reconnaître un droit acquis à l'étranger selon cette même loi. Son effet peut être atténué. Dans un arrêt Rivière, rendu le 17 avril 1953 à propos d'un divorce par consentement mutuel prononcé à l'étranger, la Cour de cassation a ainsi affirmé que « *la réaction à l'encontre d'une disposition contraire à l'ordre public n'est pas la même suivant qu'elle met obstacle à l'acquisition d'un droit en France ou suivant qu'il s'agit de laisser se produire en France les effets d'un droit acquis, sans fraude, à l'étranger et en conformité de la loi ayant compétence en vertu du droit international privé français* ». A titre d'exemple, alors qu'un mariage polygamique ne peut pas être célébré en France même s'il est conforme aux statuts personnels des époux, ce mariage célébré à l'étranger pourrait être reconnu en France et y produire des effets<sup>2</sup>.

La **fraude à la loi** consiste à changer l'élément de rattachement de la règle de conflit pour faire varier la loi applicable. Il y a fraude lorsque le changement a été motivé par la volonté d'échapper aux dispositions de la loi compétente.

La théorie de la fraude à la loi a été fondée, en jurisprudence, par l'arrêt « Princesse de Bauffremont » rendu par la Cour de cassation le 18 mars 1878 : la princesse de Bauffremont, devenue française par son mariage, avait demandé et obtenu la nationalité allemande pour faire convertir la séparation de corps obtenue devant une juridiction française en divorce et se remarier avec un autre prince, roumain cette fois. La Cour a jugé que « *la demanderesse avait sollicité et obtenu cette nationalité nouvelle non pas pour exercer les droits et accomplir les devoirs qui en découlent mais dans le seul but d'échapper aux prohibitions de la loi française* ». La sanction de la fraude est l'inopposabilité.

Source : Droit international privé – Françoise Moneger – 4ème édition – Litec.

<sup>1</sup> Article 311-4 du code civil.

<sup>2</sup> La France a signé avec certains Etats autorisant la polygamie, des conventions internationales réglementant des questions relatives à la sécurité sociale, ce qui a permis de reconnaître certains effets aux mariages polygamiques sur le territoire français.

Lors de son audition, Pierre Lecat, vice-procureur chargé du service de l'état civil au parquet du tribunal de grande instance de Nantes, a indiqué que les **affaires de maternité pour autrui** représentaient une **part minime de l'activité du parquet du tribunal de grande instance de Nantes**, autorité de tutelle du service central d'état civil et des officiers de l'état civil consulaires. Depuis 2000, seuls **quinze dossiers** ont été recensés, la plupart transmis par les consulats de France à San Francisco et Los Angeles.

L'explication en est double : d'abord, la transcription n'est pas obligatoire et les couples concernés hésitent sans doute à la solliciter par peur des contrôles ; ensuite, les officiers de l'état civil consulaires et le parquet du tribunal de grande instance de Nantes ne disposent pas toujours des éléments leur permettant de soupçonner une maternité de substitution puis d'en établir la preuve.

Les voyages effectués par la mère française constituent un premier indice : généralement, les compagnies aériennes refusent d'admettre à bord de leurs avions des femmes dont la grossesse est très avancée ; dès lors, un déplacement réalisé entre la France et les Etats-Unis quelques jours avant la date de l'accouchement laisse supposer une gestation pour autrui, à plus forte raison s'il a été précédé d'un autre voyage neuf mois auparavant.

S'il nourrit un soupçon, l'officier de l'état civil consulaire demande aux parents français de produire un certificat d'accouchement et, à défaut, que la femme se soumette à un examen médical. En cas de refus, il les informe de sa décision de surseoir à la transcription des actes de naissance étrangers dans l'attente des instructions du parquet du tribunal de grande instance de Nantes. Parfois, par naïveté, les parents intentionnels révèlent d'eux même au consulat l'existence d'une convention de mère porteuse.

De l'aveu de Pierre Lecat, ces entretiens sont généralement extrêmement tendus : les parents intentionnels sont sur le point de rentrer en France et paniquent à l'idée que la transcription leur soit refusée.

Lorsque les couples français vivent depuis longtemps à l'étranger, la transcription peut également être refusée, mais l'officier de l'état civil a peu de chances de découvrir l'existence d'une convention de maternité pour autrui.

Lorsqu'il est saisi d'une affaire de gestation pour autrui par les officiers de l'état civil consulaires, le parquet du tribunal de grande instance de Nantes confirme le sursis à transcription de l'acte de l'état civil étranger, le temps d'examiner les éléments du dossier qui lui ont été transmis et dans l'attente d'éventuelles instructions ministérielles. Si des contacts informels entre collègues ont toujours lieu, la chancellerie n'a jamais adressé aucune instruction écrite au tribunal de grande instance de Nantes pour lui indiquer la conduite à tenir.

Le parquet du tribunal de grande instance a ainsi été conduit à élaborer sa propre « jurisprudence », s'il est possible d'employer ce terme compte tenu du faible nombre des dossiers traités, avec pour principal critère la vérité de l'accouchement.

Sur les quinze affaires dont il a été saisi, sept concernaient des hommes célibataires, dont la paternité était établie. Dans la mesure où les actes de naissance des enfants désignaient la femme ayant porté l'enfant en qualité de mère, le parquet n'avait pas de raison de s'opposer à leur transcription sur les registres de l'état civil français.

Huit affaires concernaient des couples de sexe différent. La mention de la maternité de la mère intentionnelle sur les registres de l'état civil français étant impossible car contraire à l'ordre public, il leur fut proposé de faire désigner la mère porteuse étrangère en qualité de mère. En cas d'acceptation, la transcription a été réalisée et aucune action judiciaire n'a été engagée. En cas de refus, la transcription a été réalisée, avec mention de la mère intentionnelle en qualité de mère, mais aux seules fins de permettre au parquet territorialement compétent d'engager une action en contestation d'état.

**A la différence des cours d'appel, la Cour de cassation n'a encore jamais eu à statuer sur une affaire dans laquelle la maternité pour autrui s'était déroulée à l'étranger.**

Dans un arrêt du 15 juin 1990, la cour d'appel de Paris a validé une adoption intervenue en France après une maternité pour autrui pratiquée aux Etats-Unis. Le ministère public n'a pas formé de pourvoi en cassation contre cet arrêt, alors qu'il en avait formé un contre un arrêt rendu à la même époque dans une affaire intéressant une gestation pour autrui qui s'était déroulée en France.

Dans une affaire jugée le 1<sup>er</sup> février 2001 par le tribunal de grande instance de Nantes puis le 4 juillet 2002 par la cour d'appel de Rennes, le ministère public a obtenu l'annulation de la transcription des actes de naissance américains de jumelles nées en Californie et celle de la reconnaissance de maternité effectuée en France par la mère intentionnelle en raison de la prohibition d'ordre public de la gestation et de la procréation pour autrui. Le pourvoi en cassation formé par le couple a été déclaré irrecevable parce que le jugement de la cour d'appel leur avait été signifié quatre ans après avoir été rendu. Or, en application de l'article 528-1 du code de procédure civile : *« Si le jugement n'a pas été notifié dans le délai de deux ans de son prononcé, la partie qui a comparu n'est plus recevable à exercer un recours à titre principal après l'expiration dudit délai. »*

Enfin, dans une affaire jugée le 13 décembre 2005 par le tribunal de grande instance de Créteil puis le 25 octobre 2007 par la cour d'appel de Paris, le ministère public a été débouté de sa demande d'annulation de la transcription sur les registres du service central d'état civil des actes de naissance de jumelles dressés aux Etats-Unis après une gestation pour autrui pratiquée en Californie pour le compte de Dominique et Sylvie Mennesson.

Un pourvoi a été formé. La Cour de cassation devrait statuer avant la fin de l'année 2008.

Dans cette affaire, qui a eu un grand retentissement médiatique, la cour d'appel de Paris a constaté que le ministère public s'était borné à solliciter l'annulation de la transcription des actes de naissance des jumelles en excipant de leur contrariété à l'ordre public mais n'avait contesté ni l'opposabilité en France du jugement américain, ni la foi à accorder, au sens de l'article 47 du code civil, aux actes dressés en Californie dans les formes usitées dans cet Etat.

Elle a considéré, d'une part, qu'il était donc irrecevable, au regard de l'ordre public international, à solliciter l'annulation des actes transcrits sur les registres du service central d'état civil de Nantes, d'autre part, que « *la non transcription des actes de naissance aurait des conséquences contraires à l'intérêt supérieur des enfants qui, au regard du droit français, se verraient priver d'actes d'état civil indiquant leur lien de filiation, y compris à l'égard de leur père biologique* ».

**Si la Cour de cassation suivait la cour d'appel de Paris, la prohibition des conventions de gestation ou de procréation pour autrui pourrait être contournée en se rendant à l'étranger et ne concernerait donc plus que les couples respectueux de la loi française ou peu fortunés.**

Frédérique Bozzi, conseiller à la cour d'appel de Paris, a toutefois fait valoir lors de son audition que la **portée de l'arrêt de la cour d'appel de Paris** était **sans doute limitée** en raison des nombreuses erreurs stratégiques commises par le ministère public :

– seul le parquet du tribunal de grande instance de Nantes et non celui du tribunal de grande instance de Créteil avait compétence pour demander l'annulation des actes dressés sur les registres du service central d'état civil<sup>1</sup> ;

– dans la mesure où la licéité du contrat de gestation pour autrui était contestée, il eût mieux valu faire valoir l'inopposabilité à l'ordre juridique français du jugement californien plutôt que d'invoquer les préconisations de l'instruction générale relative à l'état civil, simple circulaire inopposable aux juges du fond ;

– la conformité des actes de naissance américains à la réalité aurait pu être contestée, en application de l'article 47 du code civil, ce qui n'a pas été le cas ;

– le choix de solliciter l'annulation des actes de naissance des jumelles, au risque de les priver de tout acte de naissance français et de toute filiation alors que leur filiation paternelle était établie, plutôt que d'engager une action d'état en contestation de leur filiation maternelle exclusivement

---

<sup>1</sup> Article 1048 du code de procédure civile. A l'inverse, le parquet du tribunal de grande instance de Nantes est incompétent pour engager une action d'état, sauf si l'une au moins des personnes concernées réside dans le ressort du tribunal.

n'était guère pertinent. Sans doute la cour n'a-t-elle pas voulu priver des enfants français de tout acte de l'état civil français, d'où le recours à la convention de New York sur les droits de l'enfant et à la notion, mal définie, de l'intérêt supérieur de l'enfant.

Frédérique Bozzi a relevé à cet égard que le tribunal de grande instance de Paris, dans un arrêt rendu le 9 octobre 2007 et non publié, avait accédé à la demande du ministère public tendant à obtenir non pas l'annulation de l'acte de naissance d'un enfant né en application d'une convention de maternité pour autrui aux Etats-Unis mais sa rectification par ablation des mentions relatives à la filiation maternelle.

Le tribunal de grande instance a ainsi considéré que :

– le parquet pouvait agir pour la défense de l'ordre public, sur le fondement de l'article 336 du code civil issu de l'ordonnance du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation ;

– la prohibition édictée par l'article 16-7 du code civil était d'ordre public ;

– la convention de maternité pour autrui était contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes et constituait un détournement de la procédure de l'adoption ;

– l'intérêt de l'enfant, en particulier son droit d'avoir une famille tel qu'il résulte des articles 8 et 12 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, impliquait qu'il fût particulièrement veillé à sa protection et, notamment, que fût observée une totale transparence sur les conditions de sa venue au monde, l'établissement de sa filiation ne devant pas procéder de la transgression de principes fondamentaux.

Contrairement à la cour d'appel de Paris, le tribunal de grande instance a ainsi adopté une position très légaliste ainsi qu'une approche différente de ce qui constitue l'intérêt de l'enfant, au regard des conditions de sa procréation.

Alors que les règles édictées par la loi française sont expressément d'ordre public et que les couples français se rendent à l'étranger pour les contourner, les hésitations de la jurisprudence constituent une source d'insécurité juridique regrettable.

Le groupe de travail considère qu'**il appartient au seul législateur, et non aux juges, de lever la prohibition de la maternité pour autrui.**

## IV. UNE PROHIBITION CONTESTÉE : LES ÉLÉMENTS DU DÉBAT

La maternité pour autrui est actuellement prohibée au motif qu'elle serait contraire au principe de la dignité de la personne humaine, incarnée dans la mère de substitution, à l'intérêt de l'enfant à naître et, plus généralement, à l'intérêt de la société tout entière. Les arguments avancés au soutien de cette thèse s'avèrent toutefois fragiles. Telle est sans doute la raison pour laquelle ils sont vivement contestés.

### A. UNE PRATIQUE CONTRAIRE AU PRINCIPE DE LA DIGNITÉ DE LA PERSONNE HUMAINE ?

Pour les tenants du maintien d'une prohibition stricte, la maternité pour autrui porterait atteinte au principe de la dignité de la personne humaine car elle reviendrait à instrumentaliser le corps des femmes, à en faire un objet marchand, disponible à la location pour un temps déterminé.

#### 1. La valeur essentielle du principe de la dignité de la personne humaine

- *La valeur du principe de dignité de la personne humaine*

Le principe de la dignité de la personne humaine constitue l'un des principes les plus essentiels de la civilisation occidentale moderne : il permet à la fois de fonder la différence de l'homme dans la nature et d'instituer l'homme comme sujet de droit.

Dire que l'homme a une dignité, c'est dire qu'il est différent des autres êtres vivants, qu'il dispose de droits inaliénables et qu'il est à ce titre égal à tous les autres hommes. En refusant de reconnaître la dignité d'un homme, on refuse de reconnaître son appartenance à l'humanité. Remettre en cause le principe de dignité, c'est donc, comme l'a rappelé lors de son audition Sylviane Agacinski, philosophe, remettre en cause la civilisation occidentale elle-même.

- *Le contenu du principe de dignité de la personne humaine*

Nombre de personnes entendues par le groupe de travail n'ont pas manqué de se référer à Emmanuel Kant pour rappeler que le respect de la dignité de l'homme ne peut être assuré que par deux interdits absolus :

– d'une part, de considérer qu'une personne, en elle-même, a un prix. « *Ce qui est supérieur à tout prix et, par suite, n'admet pas d'équivalent, c'est ce qui a une dignité*<sup>1</sup> ». L'homme a une valeur absolue et non relative. Il ne peut pas être acheté et devenir la propriété d'un autre homme ;

---

<sup>1</sup> Emmanuel Kant, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, II<sup>ème</sup> section, page 301. Œuvres philosophiques, tome 2, La Pléiade, Gallimard, 1985.

– d’autre part, de traiter l’homme comme une chose. Sujet capable de moralité, l’homme doit se donner et s’appliquer des règles spécifiques. C’est ce qui justifie par exemple, du point de vue du droit, la différence entre le régime des personnes et le régime des biens.

- *La portée constitutionnelle du principe de dignité de la personne humaine*

Dans sa décision n° 94-343/344 du 27 juillet 1994, le Conseil constitutionnel a consacré le caractère constitutionnel du principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine.

Il a considéré que la primauté de la personne humaine, le respect de l’être humain dès le commencement de la vie, l’inviolabilité, l’intégrité et l’absence de caractère patrimonial du corps humain ainsi que l’intégrité de l’espèce humaine tendaient à en assurer le respect.

## **2. L’ambivalence du statut du corps humain**

Si le principe de la dignité de la personne humaine est au fondement de la civilisation occidentale et, à ce titre, jamais remis en cause dans le débat sur la maternité pour autrui, la question de ses conséquences sur la protection du corps humain suscite en revanche davantage de discussions.

- *L’ambivalence du statut du corps humain dans la culture occidentale*

En Occident, le regard porté sur le corps humain est ambivalent : on considère tantôt qu’il est toute la personne, tantôt qu’il en est distinct, que la personne ne se réduit pas à son corps.

L’origine de cette ambivalence est la conception dualiste de l’homme, composé d’une âme et d’un corps, qui remonte à la philosophie platonicienne. La Modernité reprendra la distinction via la conception cartésienne du corps comme machine soumise à des lois mécaniques et séparée de l’âme<sup>1</sup>.

Cette conception dualiste de la personne, plus ou moins consciente et marquée dans les représentations, domine encore en Occident.

- *La traduction juridique de cette ambivalence*

L’ambiguïté du statut philosophique du corps se répercute directement dans son statut juridique, issu des lois de bioéthique du 29 juillet 1994 et fixé aux articles 16-1 à 16-9 du code civil.

---

<sup>1</sup> Voir notamment Maria Michela Marzano-Parisoli, « Corps, normativité et corps », in *Dictionnaire d’éthique et de philosophie morale*, sous la direction de Monique Canto-Sperber, Quadrige, PUF, 2004.

Le corps humain est **inviolable**<sup>1</sup>. Il peut cependant être porté atteinte à son intégrité en cas de nécessité médicale pour la personne ou, à titre exceptionnel, dans l'intérêt thérapeutique d'autrui<sup>2</sup>.

Si « *le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial* »<sup>3</sup>, le don est admis, dans les conditions prévues par le code de la santé publique<sup>4</sup>, dès lors qu'« *aucune rémunération ne peut être allouée à celui qui se prête à une expérimentation sur sa personne, au prélèvement d'éléments de son corps ou à la collecte des produits de celui-ci* »<sup>5</sup>. » Le corps humain se trouve ainsi exclu de la sphère marchande, mais pas de tout commerce juridique.

Ni le législateur, ni le Conseil constitutionnel n'ont souhaité consacrer le principe d'indisponibilité du corps humain, énoncé par la Cour de cassation en 1991, tant les exceptions à ce principe sont nombreuses : sont ainsi admis le don de lait, de sang, d'organes, de gamètes...

Ce principe ne saurait donc fonder l'interdiction de la maternité pour autrui d'autant que, comme l'a souligné Frédérique Dreifuss-Netter, professeur de droit à l'université de Paris 5, directrice du centre de recherches en droit médical, il n'existe pas une différence de nature mais une différence de degré entre la gestation pour autrui et le don d'ovocytes. Cette différence n'est toutefois pas anodine : un fossé sépare en effet un don d'ovocytes, certes douloureux mais ponctuel, et une gestation de neuf mois.

**Si la maternité pour autrui ne semble donc pas en elle-même contraire au principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine, il importe de veiller aux conditions dans lesquelles elle pourrait être pratiquée.**

### 3. La maternité pour autrui et le don de soi

La maternité pour autrui a été condamnée en raison du « *risque d'exploitation des femmes démunies* », mis en exergue tant par le Comité consultatif national d'éthique<sup>6</sup> que par notre ancien collègue Guy Cabanel<sup>7</sup> lors de l'examen par le Sénat de la loi du 29 juillet 1994 relative au corps humain, et de la crainte qu'elle ne serve des intérêts mercantiles.

C'est toutefois méconnaître qu'en s'inscrivant dans l'héritage des lois de 1994, la gestation pour autrui peut aussi constituer comme une forme de don et qu'il est possible d'éviter à la fois la marchandisation et l'instrumentalisation du corps humain.

---

<sup>1</sup> Article 16-1 du code civil.

<sup>2</sup> Article 16-3 du code civil.

<sup>3</sup> Article 16-7 du code civil.

<sup>4</sup> C'est l'objet de l'ensemble du livre deuxième du code de la santé publique.

<sup>5</sup> Article 16-6 du code civil.

<sup>6</sup> Avis n° 3 du 23 octobre 1984. Avis n° 90 du 24 novembre 2005.

<sup>7</sup> Rapport n°230 (Sénat, deuxième session extraordinaire de 1993-1994).

- *L'obligation de gratuité interdirait la marchandisation*

La notion de don coupe court à l'idée d'une marchandisation du corps humain puisque, par définition, le don implique la gratuité.

Pour pouvoir être autorisée, **la maternité pour autrui ne doit pas être rémunérée**, sauf à remettre en cause l'absence de caractère patrimonial du corps humain qui constitue l'un des éléments constitutifs du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine.

Sans doute l'interdiction légale des rétributions financières ou en nature n'empêchera-t-elle jamais les arrangements entre individus, et donc une marchandisation de fait du corps humain. Le cas de la petite Donna, conçue par insémination artificielle en 2004 pour le compte d'un couple belge mais cédée dès sa naissance en 2005 par sa mère porteuse à un couple néerlandais après une annonce sur Internet, illustre ces risques de dérive<sup>1</sup>.

Cette remarque est incontestable. Elle appelle néanmoins deux réponses :

– d'une part, si le législateur devait attendre de contrôler parfaitement les comportements privés pour légiférer, il ne légifèrerait jamais. C'est la grandeur et la faiblesse des sociétés libérales d'encadrer les comportements des individus sans chercher à les contrôler entièrement ;

– d'autre part, et comme le révèle l'expérience des pays dans lesquels la maternité pour autrui est autorisée, les parents intentionnels cherchent, dans la très grande majorité des cas, à bien connaître et à nouer une relation de qualité avec la femme qui va porter l'enfant<sup>2</sup>. On peut donc supposer qu'ils éprouveraient quelques réticences, dans leur propre intérêt, à faire appel à une femme qui ne manifesterait qu'un esprit de lucre.

---

<sup>1</sup> Moyennant 10 000 euros, la mère de substitution avait fait l'objet d'une insémination artificielle avec le sperme du mari d'un couple belge en avril 2004. Pendant sa grossesse, elle tenta de trouver des candidats plus offrants, sur Internet. L'enfant fut ainsi remis en février 2005, pour 15 000 euros, à un couple néerlandais qui entama une procédure d'adoption. Saisie sur le fondement de la loi réprimant le trafic des êtres humains, la justice belge décida le 29 juin 2005 que Donna devait revenir en Belgique et être placée sous la responsabilité des services de protection de l'enfance de la région flamande. En octobre 2007, le tribunal d'Utrecht, aux Pays-Bas, jugea au contraire que la petite fille devait rester auprès du couple néerlandais et, en mai 2008, fit droit à sa demande d'adoption.

<sup>2</sup> C'est notamment ce qu'indique le résultat d'une étude publiée en 2003 dans la revue « *Human Reproduction* » de l'Université d'Oxford. L'étude a été réalisée à partir de quarante-deux entretiens avec des couples élevant un enfant d'un an et né d'une mère de substitution. Elle révèle que, lorsque le couple ne connaît pas la mère de substitution, un délai de dix-sept semaines en moyenne s'écoule avant que les intéressés ne concluent un accord. 95 % des mères intentionnelles et 86 % des pères intentionnels déclarent également avoir eu des relations « harmonieuses » avec la mère de substitution. Enfin, après la naissance, 76 % des mères intentionnelles et des enfants, ainsi que 60 % des pères intentionnels continuent de voir la mère de substitution au moins une fois tous les deux mois : « *Surrogacy : the experience of commissioning couples* », Fiona MacCallum, Emma Lycett, Claire Murray, Vasanti Jadv, Susan Golombok, *Human Reproduction*, volume 18, n°6, pages 1334-1342, 2003.

**Si la maternité pour autrui n'est pas rémunérée, quelle peut être alors la motivation des femmes qui acceptent de porter un enfant pour autrui ?**

Peut-on se contenter de la version irénique selon laquelle ces femmes apprécieraient d'être enceintes, auraient été confrontées à la stérilité dans leur entourage ou auraient été adoptées et désireraient donc simplement venir en aide à leurs prochains ? Selon trois études réalisées au Royaume-Uni, la grande majorité d'entre elles disent ainsi aimer être enceintes et apprécier ce que la grossesse apporte à leur vie<sup>1</sup> : confiance en elles, échanges avec la mère intentionnelle...

Ne peut-on cependant redouter qu'elles ne soient poussées par d'autres raisons, conscientes ou inconscientes, qui ne se révéleront que plus tard, au moment de la grossesse ou de la naissance, et dont les conséquences pourront être très douloureuses ?

Lors de son audition, Elisabeth Badinter, philosophe, s'est déclarée favorable à la légalisation de la maternité pour autrui mais a avoué ses interrogations sur les motivations de celles qui se déclarent prêtes à porter un enfant pour autrui.

**Ces interrogations légitimes ne semblent pas, elles non plus, devoir conduire à une condamnation pure et simple de la maternité pour autrui mais invitent au contraire à examiner les conditions dans lesquelles elle pourrait être pratiquée avec succès.** A cet égard, l'exigence d'un agrément délivré après des entretiens avec une équipe médico-psychologique permettrait de s'assurer des motivations des femmes qui se déclarent prêtes à porter un enfant pour autrui.

- *La démarche du don empêcherait l'instrumentalisation*

Si le don fait obstacle à la marchandisation du corps de la femme, évite-t-il pour autant sa réification et son instrumentalisation ?

Ceux qui évoquent une instrumentalisation considèrent que la maternité pour autrui consiste à transformer l'utérus en une « machine prestataire de services », ces services fussent-ils gratuits. Lors de son audition, Sylviane Agacinski, philosophe, a estimé qu'il s'agissait d'**une forme d'aliénation moderne, obligeant les femmes à considérer leur grossesse comme un travail artisanal et non comme un événement impliquant leur existence même.** Qu'elles en aient conscience ou non, les mères de substitution s'installeraient dans un rapport d'extériorité à elles-mêmes, devenant de simples instruments loués par les parents intentionnels.

---

<sup>1</sup> H. Ragone – *Surrogate Motherhood : Conception in the Heart*. Westview Press, Boulder, CO, USA, 2004 ; Blyth E : « I wanted to be interesting. I wanted to be able to say "I've done something interesting in my life". Interviews with surrogate mothers in Britain. *Journal of Reproductive and Infant Psychology* n°12, pages 189-198, 1994. Van der Akker OBA (2003), *Genetic and gestational surrogate mother's experience of surrogacy. Journal of Reproductive and Infant Psychology* n°21, pages 145-161, 2003.

Cette manière de considérer la maternité pour autrui, si réfléchie soit-elle, semble **négliger la façon dont les mères de substitution elles-mêmes ressentent la gestation pour autrui**. Les témoignages que le groupe de travail a pu recueillir et les études précitées révèlent en effet que les mères porteuses, loin de se sentir séparées de leur propre corps, s'investissent au contraire dans leur grossesse.

Pour des raisons qui leur sont personnelles, certaines femmes peuvent donc souhaiter porter un enfant pour un autre couple, tout en prenant soin d'elles et de l'embryon en gestation.

**La maternité pour autrui n'est donc pas en elle-même contraire au principe de dignité de la personne humaine et devrait pouvoir être admise dès lors qu'aucune transaction financière ne serait autorisée et qu'elle serait vécue comme un don réfléchi et limité dans le temps d'une partie de soi**, ce qui éviterait la réification, l'instrumentalisation et la marchandisation du corps de la femme.

## ***B. UNE PRATIQUE CONTRAIRE À L'INTÉRÊT DE L'ENFANT ?***

La deuxième série d'objections à la légalisation de la maternité pour autrui repose sur l'intérêt de l'enfant. Celui-ci exigerait le maintien de la prohibition pour deux raisons : la maternité pour autrui serait vécue par l'enfant comme un abandon à la naissance et compromettrait donc son épanouissement ; en dissociant les figures maternelles, elle introduirait un brouillage dans la filiation, dont les conséquences pourraient être graves.

### **1. La question de l'abandon par la mère de substitution**

- *La thèse suivant laquelle la maternité pour autrui serait un abandon*

Comme l'a fait remarquer lors de son audition Claude Sureau, professeur honoraire de gynécologie obstétrique à l'université Paris 5, président honoraire de l'Académie nationale de médecine, membre du Comité consultatif national d'éthique, l'existence d'échanges intra-utérins entre la femme enceinte et l'embryon n'est plus contestée. L'ensemble des personnes entendues par le groupe de travail l'a admise.

L'enfant à naître est nécessairement dans un rapport fusionnel avec celle qui le porte : il s'habitue à son corps, à son odeur, à sa voix et à la présence des personnes qu'elle fréquente. Toutefois, **si la réalité des échanges embryo- et foeto-maternels pendant les neuf mois de grossesse est avérée, leurs effets demeurent incertains**.

De ce constat unanimement partagé, d'aucuns tirent la conclusion, à l'instar de Myriam Szejer, pédopsychiatre, présidente de l'association « La cause des bébés », que **la maternité pour autrui est un abandon**. Puisque l'enfant à naître noue une relation avec celle qui le porte dans son ventre, puisque ces neuf mois de grossesse ont de l'importance pour lui, il ressentira naturellement, après sa naissance, l'absence de cette femme comme un abandon. L'enfant cherchera en vain les repères sensoriels auxquels il s'était habitué et ne pourra qu'être marqué négativement par cette expérience. La blessure infantile pourra peser sur lui toute sa vie, puisque c'est à la naissance et dans les premiers mois d'existence que se construisent les fondements de la confiance en soi.

Cette thèse est loin d'être défendue par l'ensemble des psychanalystes. Elisabeth Roudinesco, par exemple, soutient que les échanges intra-utérins ne sont pas déterminants au point que l'enfant aurait besoin, sous peine de traumatisme grave, de rester en contact intime avec la femme qui l'a porté. En réalité, **il s'avère très difficile de construire une théorie solide sur l'influence et la nature des échanges prénatals, tant ils dépendent de chaque femme et apparaissent singuliers**. La clinique révèle une multitude infinie de cas : certaines femmes s'attachent à l'enfant uniquement durant la grossesse, d'autres ne supportent pas la gestation et n'aiment leur enfant qu'une fois né, d'autres encore n'ont pas de rapport problématique à la grossesse... Pour Marcela Iacub, chercheuse au CNRS, ces observations prouvent bien que la grossesse ne fait pas la mère.

Cependant, deux nouvelles objections sont formulées par les opposants à la maternité pour autrui.

D'abord, s'il est possible à la femme qui porte l'enfant de ne pas s'attacher à lui, **il est en revanche impossible à l'enfant de ne pas « investir » la mère de substitution** : comment ne développerait-il pas des liens profonds et sans doute ineffaçables avec celle qui l'a porté pendant neuf mois et lui a donné la vie ?

Ensuite, que les échanges prénatals entre la mère et le fœtus soient importants ou non, on ne peut raisonnablement souhaiter à un futur enfant que sa mère, porteuse ou pas, soit indifférente à son égard.

C'est ce que dénonce l'Union nationale des familles de France : **la maternité pour autrui ferait passer l'intérêt des adultes avant ceux de l'enfant, puisqu'elle consiste à demander à la mère de substitution, dans l'intérêt des parents intentionnels, de ne pas aimer l'enfant qu'elle porte**, l'intérêt de l'enfant étant au contraire justement d'être « investi » par sa mère, porteuse ou pas, dès sa conception. La maternité pour autrui serait donc l'inverse de l'adoption, puisqu'au lieu de réparer le préjudice subi par un enfant abandonné en permettant son adoption, on réparerait le préjudice de parents sans enfant en organisant par avance un abandon.

- *Une thèse qui paraît fragile*

Si argumentée qu'elle puisse paraître, la théorie de l'abandon s'avère pourtant fragile.

La rupture dont souffrirait l'enfant, en ne retrouvant pas à la naissance les sons, les odeurs et les repères qu'il avait dans le ventre maternel, est toute relative.

Les expériences des pays étrangers révèlent que les parents intentionnels rendent très régulièrement visite à la mère de substitution. Ils passent souvent de longues heures ensemble, qui permettent à l'enfant à naître de se familiariser avec eux : à sa naissance, il pourra reconnaître des voix et des sons déjà entendus.

Par ailleurs, **il ne s'agit pas de sommer la mère de substitution de se désintéresser de l'enfant qu'elle porte, mais de lui demander de ne pas « investir » cet enfant comme le sien.**

Plusieurs personnes entendues par le groupe de travail ont cependant fait remarquer que la mère de substitution n'était pas libre de contrôler ses sentiments une fois enceinte. Elisabeth Badinter, philosophe, a notamment souligné que les sentiments d'une femme à l'égard de l'enfant qu'elle porte évoluent pendant la grossesse : personne ne peut prédire et encore moins maîtriser la relation qui va se nouer, et personne ne peut interdire à une femme d'aimer finalement l'enfant qu'elle a porté. Parce qu'une relation d'amour maternel peut jaillir pendant la grossesse, il paraît inenvisageable d'interdire à la mère de substitution de garder l'enfant si elle le souhaite.

**La maternité pour autrui ne constitue donc pas un abandon, puisque l'enfant, loin d'être brutalement et tragiquement délaissé par ses parents, est au contraire fortement désiré dès sa conception, et accueilli par ses parents intentionnels dès sa naissance.**

## **2. La question du brouillage de la perception de sa filiation par l'enfant**

L'intérêt de l'enfant commanderait également le maintien de l'interdiction de la maternité pour autrui en raison des lourds problèmes de filiation qu'elle implique : confronté à plusieurs figures maternelles, l'enfant ne pourrait qu'éprouver de grandes difficultés à résoudre les conflits potentiels résultant de cette situation et il lui faudrait beaucoup d'énergie et de résilience pour s'épanouir.

- *Le rapport à la mère de substitution*

Selon Myriam Szejer, pédopsychiatre, présidente de l'association « La cause des bébés », **un enfant né d'une mère porteuse devra surmonter, notamment à l'adolescence, un conflit interne très violent** : il ressentira nécessairement une double loyauté contradictoire à l'égard, d'une part, de la femme qui l'a mis au monde, d'autre part, de ses parents intentionnels qui l'ont désiré et le considèrent comme leur enfant.

Pour Marcel Rufo, professeur des universités, pédopsychiatre, chef de service de l'unité d'adolescents « Espace Arthur » au centre hospitalier universitaire Sainte-Marguerite à Marseille, ce conflit risque d'être d'autant plus violent que l'enfant ne pourra pas, contrairement aux enfants abandonnés, considérer que la femme qui l'a porté l'a remis à ses parents intentionnels par amour. Les enfants abandonnés soignent en effet souvent la blessure de l'abandon en considérant, lorsque cela est possible, qu'ils ont été abandonnés par amour, que leurs parents espéraient leur préparer un meilleur destin en les confiant à d'autres adultes auxquels la vie a réservé un sort plus clément. Dans les cas d'enfants nés d'une maternité pour autrui, **ce ressort psychique ne peut jouer**, puisque la mère de substitution remet l'enfant en vertu d'un simple accord passé avec les parents intentionnels, et non par amour.

Dès lors, il faut s'attendre à ce que ces enfants présentent de graves troubles au moment où ils devront assumer consciemment leur filiation.

- *Le pouvoir de la parole*

**Ces arguments relatifs à la filiation apparaissent cependant trop déterministes.** En effet, ils semblent condamner l'enfant à une adolescence difficile, comme si les premières années de son existence n'avaient aucune influence, comme si l'attitude des parents intentionnels ne comptait pas. Certes, l'enfant hérite d'une filiation complexe. Pour autant, cette histoire et les conflits potentiels qui en résultent ne sont-ils pas surmontables, comme les autres difficultés de la vie ? Surtout, ne peut-on envisager que les parents intentionnels, en ne cachant rien à l'enfant, en lui racontant simplement son histoire, puissent largement prévenir les problèmes de filiation ?

Selon Geneviève Delaisi de Parseval, psychanalyste, deux conditions doivent être réunies pour éviter de brouiller la perception par l'enfant de sa filiation. En premier lieu, **il doit absolument connaître la vérité.** Cacher son origine entraînerait inévitablement de lourdes complications, car ce serait le priver d'une part de lui-même. La part dérobée de son histoire se manifesterait de toute façon d'une manière ou d'une autre, et il ne pourra se l'approprier que s'il peut la mettre en parole. **La capacité de l'homme à assumer un roman familial complexe est immense, mais elle est fortement réduite dès lors qu'un événement ou un morceau de l'histoire reste dissimulé.** Telle est la raison pour laquelle **la mère de substitution devrait également dire la vérité à ses propres enfants**, afin d'éviter qu'ils ne s'identifient à l'enfant porté et craignent que leur mère envisage de les donner eux aussi. En second lieu, il est **indispensable d'éviter que la gestatrice soit également la génitrice**, c'est-à-dire que l'enfant soit conçu avec ses ovocytes. Cette exigence est partagée par l'ensemble des psychanalystes entendus par le groupe de travail et favorables à la légalisation de la maternité pour autrui.

### **C. UNE PRATIQUE CONTRAIRE À L'INTÉRÊT GÉNÉRAL ?**

Plusieurs personnes entendues par le groupe de travail ont mis en avant l'intérêt général de la société pour justifier le maintien de l'interdiction de la maternité pour autrui. Celle-ci y porterait atteinte au motif qu'elle entraînerait une contractualisation du droit de la filiation et représenterait un pas de plus vers la consécration d'un « droit à l'enfant », en transformant ce dernier en un simple produit du désir.

#### **1. La crainte d'une contractualisation de la filiation**

- *Le droit de la filiation, un bien commun*

S'appuyant sur les travaux du professeur Pierre Legendre<sup>1</sup>, Pierre Lévy-Soussan, psychiatre, a expliqué lors de son audition que **le droit de la filiation joue, dans les sociétés occidentales, la fonction de référence non négociable grâce à laquelle chaque individu peut se situer par rapport aux autres**. Il permet en effet à chacun d'éprouver à la fois sa différence, puisque tout individu a ses propres parents, et son appartenance à une communauté qui l'englobe, puisque sa différence même est établie en application de règles communes à tous. Le droit de la filiation instaure ainsi un cadre « *permettant à l'individu de trouver sa place dans une filiation où il ne peut jamais se désigner comme sa propre origine, mais en référence à celle-ci* ». Une société qui remettrait ce cadre en cause ne serait bientôt plus qu'un agrégat d'individus étrangers les uns aux autres, puisque ces individus n'auraient plus de loi commune s'imposant à eux et leur permettant de se définir les uns par rapport aux autres.

Plusieurs personnes entendues par le groupe de travail ont rappelé que la Cour de cassation avait à plusieurs reprises invoqué **le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes** pour déclarer illégale la maternité pour autrui. Or, ce principe ne vise-t-il pas à empêcher la contractualisation de la filiation, en s'opposant à toute convention consistant à attribuer à un enfant un état qui ne correspond pas à sa filiation réelle ?

- *Légalisation de la maternité pour autrui ne rime pas avec contractualisation de la filiation*

Il ne saurait être question de remettre en cause le principe d'un droit de la filiation non négociable, s'imposant à tous et distinct du droit des obligations.

---

<sup>1</sup> Pierre Legendre, *Leçons IV, L'inestimable objet de transmission, Etude sur le principe généalogique en Occident*, Paris, Fayard, 1985.

En revanche, il est **difficile d'admettre que toute légalisation de la maternité pour autrui, par son objet même, conduirait obligatoirement à contractualiser la filiation**. En effet, il est tout à fait possible d'envisager, dans le prolongement des lois de bioéthique de 1994, une dérogation au droit commun de la filiation, qui encadrerait par la loi la maternité pour autrui et n'abandonnerait pas la filiation à la volonté des parties.

De même, comme l'a souligné lors de son audition François Terré, président de l'Académie des sciences morales et politiques, professeur émérite de l'université Paris 2, le principe d'indisponibilité de l'état des personnes est remis en cause lorsque les personnes elles-mêmes choisissent librement et sans contrainte de disposer de l'état de l'enfant, en lui attribuant une filiation comme bon leur semble. Mais, **dès lors que cette filiation est fixée par la loi et que les individus ne peuvent s'y soustraire sous peine de sanction, le principe est préservé** : l'enfant reçoit bien une filiation légalement imposée par la loi, indépendante de la volonté des individus, et donc indisponible.

Il s'avère donc tout à fait **possible de légaliser la maternité pour autrui sans contractualiser le droit de la filiation et sans porter atteinte au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes**.

## 2. Le spectre d'un « droit à l'enfant »

- *La reconnaissance d'un « droit à l'enfant » serait dangereuse*

Plusieurs personnes entendues par le groupe de travail se sont interrogées sur la raison profonde d'une éventuelle légalisation de la maternité pour autrui et ont cru l'identifier en y voyant **un pas supplémentaire vers la consécration d'un « droit à l'enfant »**.

Une telle consécration serait une perversion de la notion de droits subjectifs. Elle reviendrait à considérer que tout désir crée un droit, alors que la fonction de la loi consiste au contraire à fixer une limite au désir. Un tel droit conduirait également à **la déresponsabilisation des individus**, qui ne se sentiraient plus tenus d'assumer ou d'affronter leur désir et ses tensions mais se tourneraient vers l'Etat pour qu'il y réponde. Enfin, le droit à l'enfant aboutirait inévitablement **à réifier l'enfant**, à le transformer en un simple objet auquel chacun aurait droit, fourni par l'Etat et destiné à soulager la souffrance des adultes.

- *La légalisation de la maternité pour autrui n'implique pas nécessairement la reconnaissance d'un « droit à l'enfant »*

Depuis les lois de bioéthique de 1994, le législateur est régulièrement suspecté de préparer peu à peu la reconnaissance du droit à l'enfant. Cependant, de tels soupçons ne sont pas de nature à justifier le maintien de la prohibition de la maternité pour autrui.

En effet, il faut ne connaître ni les textes de 1994, ni les débats parlementaires qui ont présidé à leur adoption, pour prêter au législateur une telle intention.

Lors de son audition, notre ancien collègue Claude Huriet, professeur de médecine, président de l'Institut Curie, a souligné au contraire qu'en 1994 le législateur avait souhaité privilégier l'intérêt de l'enfant à naître, plutôt que le « droit à l'enfant », et cherché à « *donner à l'enfant à naître le plus de chances d'épanouissement possible* », en posant des conditions d'ordre médical et social à la mise en œuvre d'une procréation médicalement assistée.

**Ainsi, la procréation médicalement assistée n'a jamais été conçue comme le support d'un nouveau droit universel à l'enfant, mais toujours comme un moyen de lutte contre la stérilité médicale des couples.**

Elle constitue, selon le mot du doyen Jean Carbonnier, « *l'ultime remède<sup>1</sup>* », comme en témoigne la rédaction de l'article L. 2141-2 du code de la santé publique : « *L'assistance médicale à la procréation est destinée à répondre à la demande parentale d'un couple. Elle a pour objet de remédier à l'infertilité dont le caractère pathologique a été médicalement diagnostiqué ou d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité* ».

La maternité pour autrui peut tout à fait s'inscrire dans ce cadre.

## **V. UNE PROHIBITION À LEVER : LES RECOMMANDATIONS DU GROUPE DE TRAVAIL SUR LA MATERNITÉ POUR AUTRUI**

Les membres du groupe de travail sont convaincus, dans leur grande majorité, de la nécessité de lever l'interdiction de la maternité pour autrui, à condition de n'autoriser que la gestation pour autrui, à l'exclusion de la procréation pour autrui, et de l'encadrer strictement.

### **A. AUTORISER LA GESTATION POUR AUTRUI**

Le groupe de travail considère que la maternité pour autrui ne peut être légalisée qu'en tant qu'instrument au service de la lutte contre l'infertilité, au même titre que les autres techniques d'assistance médicale à la procréation, auxquelles l'adoption ne constitue pas une véritable alternative.

Il se refuse, en revanche, à accorder à tout individu ayant un projet parental un droit à l'enfant, porteur de dérives, et n'entend pas non plus céder à la pression du fait accompli : la libre circulation des personnes ne saurait conduire à un alignement de la législation française sur les lois étrangères les plus permissives et les moins respectueuses du principe de dignité de la personne humaine, sauf à abdiquer toute compétence normative.

---

<sup>1</sup> Jean Carbonnier, *Droit civil, tome 2, La famille, l'enfant, le couple*, page 235. *Thémis*, PUF, 21<sup>ème</sup> édition, 2002

## 1. Une pratique au service exclusif de la lutte contre l'infertilité

Les membres du groupe de travail, dans leur grande majorité, ont été sensibles à l'argument suivant lequel **l'impossibilité de porter un enfant**, pour des raisons médicales telles qu'une absence, une malformation ou des lésions de l'utérus, **constitue la seule forme d'infertilité féminine à laquelle la loi interdit actuellement de remédier**.

Selon l'Agence de la biomédecine, un couple sur sept est conduit à consulter un médecin au moins une fois pour une infertilité supposée et un couple sur dix suit des traitements pour remédier à son infertilité.

**Les techniques d'assistance médicale à la procréation sont de plus en plus utilisées.** En 2005, elles ont permis à 19 026 enfants de voir le jour, soit 2,4 % des naissances enregistrées en France par l'Insee. Un peu moins de 5 000 enfants sont nés à la suite d'une insémination artificielle intraconjugale, les chances de grossesse par insémination étant de 11 % en moyenne. Environ 13 000 enfants sont nés après une fécondation *in vitro* intraconjugale<sup>1</sup>, les chances de grossesse étant d'environ 23 %. Enfin, 1 293 enfants sont nés à la suite d'un don de gamètes.

**Il peut paraître singulier que l'accès à ces techniques soit ouvert à la femme privée de la possibilité de concevoir mais pas de porter un enfant et refusé à la femme privée de la possibilité de porter mais pas de concevoir un enfant.**

Pour la première, le remède consiste à transférer dans son utérus un embryon conçu *in vitro* avec les spermatozoïdes de l'homme avec lequel elle vit et les ovocytes d'une autre femme. Pour la seconde, il consisterait à autoriser le transfert dans l'utérus d'une autre femme d'un embryon conçu avec ses propres gamètes et celles de l'homme avec lequel elle vit.

Dans les deux cas, l'assistance médicale à la procréation implique une dissociation entre la gestatrice et la génitrice de l'enfant, qui remet en cause la validité de l'adage « *mater semper certa est* » et invite à s'interroger sur les fondements de la maternité.

Sans doute est-il impossible de porter remède à toutes les souffrances humaines. Sans doute la volonté de les soulager ne peut-elle être l'unique guide du législateur, même s'il doit s'y efforcer dans la mesure du possible. Sans doute ne faut-il pas non plus négliger la force de l'être humain face à l'adversité : Sophie Marinopoulos, psychanalyste au centre hospitalier universitaire de Nantes, a ainsi rappelé lors de son audition « *qu'un couple sans enfant de chair est capable d'une fécondité psychique autre le conduisant dans des créativités multiples, faisant office d'enfant. Enfant papier (Marguerite Yourcenar), enfant étoffe (Coco Chanel)...* ».

---

<sup>1</sup> 4 313 sont nés après une fécondation *in vitro* stricto sensu, 6 675 après une ICSI et 1 768 après un transfert d'embryon congelé.

La souffrance qu'endurent les couples confrontés à l'infertilité est intense, indicible, inconcevable pour ceux qu'elle épargne. Dominique Mehl, sociologue, écrit ainsi que : « *Si la médecine a, depuis le premier bébé né par fécondation in vitro, réalisé des pas gigantesques en permettant l'arrivée d'enfants inconcevables, la société semble en revanche quelque peu à la traîne. La stérilité demeure relativement taboue. Et les couples affectés le vivent mal, ils se sentent incompris dans l'intensité de leur douleur et dans leur acharnement à procréer malgré tout, ils se replient sur eux. Stérilité rime souvent avec solitude<sup>1</sup>* ».

Il convient à tout le moins d'éviter d'aggraver cette souffrance en donnant le sentiment à ceux qu'elle frappe que toutes les causes de l'infertilité ne méritent pas la même considération, en maintenant une prohibition stricte de la maternité pour autrui alors qu'un encadrement idoine permettrait de dissiper les craintes légitimes qu'elle suscite.

## **2. Une pratique qui ne saurait être mise au service d'un « droit à l'enfant »**

**Les membres du groupe de travail, dans leur grande majorité, ne sont en revanche pas favorables à la proposition de l'Association des parents gays et lesbiens, présentée lors de leur audition par Marie-Pierre Micoud, co-présidente, et Sylvain Rolland, secrétaire général, d'ouvrir l'accès à la gestation pour autrui à toute personne et tout couple au sens de l'article 515-8 du code civil<sup>2</sup> ayant un projet parental construit et cohérent.**

Ouvrir aussi largement l'accès à la gestation pour autrui reviendrait en effet à consacrer un **droit à l'enfant, dont vos rapporteurs ont déjà présenté tous les risques qu'il comporte.**

**Cela reviendrait sans doute aussi à admettre que l'on puisse recourir à la maternité pour autrui pour de simples raisons de convenance, ce que le groupe de travail juge inacceptable.**

Sans doute l'adoption plénière par une personne seule est-elle admise depuis 1966. Toutefois, l'adoption consiste à pourvoir de parents un enfant qui existe d'ores et déjà et il est considéré de l'intérêt de cet enfant d'avoir au moins un parent plutôt que de n'en avoir aucun. L'assistance médicale à la procréation consiste quant à elle à faire venir au monde un enfant dans l'intérêt des adultes car il est difficile d'invoquer l'intérêt d'une personne qui n'existe pas : à cet égard, est-il souhaitable de multiplier la venue au monde d'enfants volontairement et définitivement privés de filiation maternelle ou paternelle ?

---

<sup>1</sup> « *Enfants du don – procréation médicalement assistée : parents et enfants témoignent* » – Robert Laffont – page 55.

<sup>2</sup> Article 515-8 du code civil : « *Le concubinage est une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple.* »

La maternité pour autrui constitue incontestablement un moyen, pour les couples homosexuels masculins, d'avoir des enfants<sup>1</sup>. Toutefois, avant de songer à l'autoriser dans cette hypothèse, il convient de mener une réflexion autonome sur le principe même de l'homoparentalité, dont la légalisation suppose de modifier en profondeur le droit de la filiation.

### **3. Une pratique qui ne saurait être légalisée sous la seule pression du fait accompli**

Les membres du groupe de travail ont pleinement conscience qu'**un encadrement strict de la maternité pour autrui conduira celles et ceux qui ne rempliront pas les conditions posées par la loi française à se rendre à l'étranger**, dans les pays à la législation plus permissive, et qu'à leur retour en France, la question de la filiation de l'enfant se posera dans les mêmes termes qu'aujourd'hui.

L'existence d'un véritable « **marché du droit** », d'un « forum shopping », est incontestable, dans le domaine de l'assistance médicale à la procréation comme dans bien d'autres domaines. Les entretiens réalisés par Dominique Mehl, sociologue, auprès de différentes personnes ayant eu recours à l'assistance médicale à la procréation sont édifiants à cet égard<sup>2</sup>. Alors même qu'il pourrait bénéficier en France d'une insémination artificielle ou d'une fécondation *in vitro* avec tiers donneur, tel ou tel couple préférera se rendre en Espagne ou en Belgique parce que les délais d'attente sont plus courts ou parce que le don de gamètes n'y est pas anonyme.

**La question de la filiation maternelle des enfants nés en violation de la loi française, qui a guidé les réflexions du groupe de travail, continuerait donc à se poser après la légalisation de la maternité pour autrui, même si elle concernerait sans doute un nombre très limité d'enfants.**

Lors de son audition, Xavier Labbé, professeur de droit et d'éthique médicale à l'université de Lille 2, a observé que les enfants nés à la suite d'une convention de maternité pour autrui se trouvaient dans la même situation que les enfants adultérins avant 1972, à propos desquels Jean Foyer, alors garde des sceaux, ministre de la justice, avait déclaré en s'inspirant de la sentence du prophète Ezéchiel<sup>3</sup> : « *ce n'est pas parce que les parents ont mangé le raisin vert que les enfants doivent avoir les dents agacées.* » Effectivement, si leurs parents ont fraudé la loi française, eux n'y sont pour rien.

---

<sup>1</sup> Les couples de lesbiennes peuvent recourir, à l'étranger mais pas en France, à une insémination artificielle avec tiers donneur.

<sup>2</sup> « *Enfants du don – procréation médicalement assistée : parents et enfants témoignent* » – Robert Laffont.

<sup>3</sup> « *Les pères ont mangé du raisin vert et les dents des fils ont été agacées.* » (Ez 18,2).

Pour sortir de cette impasse, **d'aucuns ont suggéré d'autoriser l'adoption simple des enfants nés d'une gestation pour autrui par leur mère d'intention**, ce qui présenterait l'avantage de préserver leur lien de filiation originel.

**Ce serait cependant céder à la pression du fait accompli**, admettre les formes les plus dégradantes de maternité pour autrui dès lors qu'elles seraient légalement pratiquées à l'étranger, renoncer à ce que notre droit de la famille puisse obéir à des règles d'ordre public, dont il est pourtant fortement imprégné.

**La question se pose d'ailleurs dans des termes analogues pour les adoptions internationales.** Selon les informations recueillies l'an dernier par nos collègues Christian Cointat, Richard Yung et Yves Détraigne<sup>1</sup>, le parquet du tribunal de grande instance de Nantes examine chaque année environ 2 000 jugements étrangers d'adoption ; il refuse leur transcription dans environ 15 % des cas, soit parce que l'adoption ne produit pas les effets d'une adoption plénière (10 %), soit en raison de l'irrégularité de la procédure (5 %).

Les motifs de l'irrégularité d'une adoption sont multiples. Il peut s'agir de la violation de la loi locale<sup>2</sup>, de l'absence de consentement libre et éclairé des parents biologiques ou encore d'une tentative de fraude aux règles relatives à l'entrée et au séjour en France ou à l'acquisition de la nationalité française.

Les refus de transcription sont bien évidemment très mal vécus par les familles, d'autant que ces refus interviennent au terme d'un long processus et alors que l'enfant vit parfois déjà sur le territoire national.

Pour autant, peut-on admettre de valider une adoption étrangère aux seuls motifs, souvent invoqués devant le parquet du tribunal de grande instance de Nantes, que « *l'enfant vit déjà en France avec ses parents adoptifs et que c'est son intérêt de rester avec eux quel que soit le processus qui a conduit à l'adoption, compte tenu de la misère dans laquelle il vivait dans son pays d'origine*<sup>3</sup> » ?

---

<sup>1</sup> Rapport n° 469 (2006-2007) de la mission d'information de la commission des lois du Sénat sur l'état civil des Français nés, résidant ou ayant vécu à l'étranger, pages 43 à 48.

<sup>2</sup> Dans certains pays, notamment ceux de droit musulman comme le Maroc et l'Algérie, l'adoption, même simple, est interdite. Le recueil légal de droit musulman dit « kafala » ne peut être assimilé tout au plus qu'à une tutelle ou à une délégation d'autorité parentale qui cesse à la majorité de l'enfant. Le droit international privé français, respectueux des législations étrangères et soucieux d'éviter que des décisions françaises puissent conférer à des étrangers un statut non susceptible d'être reconnu dans leur pays d'origine, s'oppose à l'adoption en France d'enfants dont la loi nationale interdit l'adoption (La Cour de cassation l'a encore rappelé à propos de la kafala dans un arrêt de sa première chambre civile du 10 octobre 2006). Une seule exception est prévue si le mineur étranger est né et réside habituellement en France.

<sup>3</sup> Rapport n° 469 (2006-2007) de la mission d'information de la commission des lois du Sénat sur l'état civil des Français nés, résidant ou ayant vécu à l'étranger, pages 43 à 48.

**De même, peut-on admettre de reconnaître la validité d'une maternité pour autrui pratiquée à l'étranger au mépris de règles destinées à assurer le respect du principe de dignité de la personne humaine ?**

**Le groupe de travail ne le pense pas.** Malheureusement, l'interdiction d'établir la filiation d'un enfant né en violation de la législation française demeure sans doute la sanction la plus dissuasive à l'égard de celles et ceux qu'un désir irréprensible d'enfant conduit parfois à l'aveuglement.

Les règles relatives aux droits des tiers qui partagent ou ont partagé la vie d'un enfant et ont des liens affectifs forts avec lui, en cours de rénovation, continueront de s'appliquer aux femmes, sans doute peu nombreuses, qui auront eu recours à une mère de substitution en violation des règles posées par la législation française.

Les enfants nés à la suite d'une convention de maternité pour autrui à l'étranger disposeront bien d'un état civil, conformément à la convention de New York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant, mais les registres français ne pourront désigner la mère d'intention en qualité de mère.

**S'agissant des enfants nés d'une maternité pour autrui avant l'entrée en vigueur de la réforme qu'il préconise, le groupe de travail estime que leur lien de filiation maternelle devrait pouvoir être établi si leurs parents intentionnels remplissaient les conditions qu'il propose d'instituer pour pouvoir recourir à la gestation pour autrui.**

#### **4. Une pratique à laquelle l'adoption ne constitue pas une véritable alternative**

L'adoption ne constitue pas une véritable alternative à la maternité pour autrui pour deux raisons essentielles.

La première tient au fait que **les personnes souhaitant adopter un enfant sont de plus en plus nombreuses en France tandis qu'à l'inverse, le nombre d'enfants adoptables** nés sur le territoire de la République diminue et les adoptions internationales ont connu une forte **baisse** depuis deux ans.

Selon une étude réalisée en 2005 par l'Institut national d'études démographiques (INED), le nombre de personnes qui déposent une demande pour adopter un enfant a presque doublé en quinze ans et dépasse aujourd'hui 10 000 par an. Sur ce nombre, 8 000 obtiennent l'agrément d'un président de conseil général, tandis que les autres renoncent à leur projet au cours de la procédure ou se voient opposer un refus. La validité de l'agrément étant de cinq ans, 25 000 candidats agréés étaient dans l'attente d'un enfant en 2003.

Le nombre des enfants adoptables en France a connu une forte baisse au cours des dernières années, du fait de la diminution à la fois du nombre des pupilles de l'Etat, passé de 7 693 à 2 504 entre 1987 et 2005, et du nombre des

pupilles de l'Etat présentés à l'adoption, passé de 1 424 à 841 au cours de cette période<sup>1</sup>.

Selon le rapport sur l'adoption de la mission confiée à Jean-Marie Colombani : « *La situation de l'adoption nationale est d'abord la résultante d'une évolution heureuse, conforme à la convention internationale des droits de l'enfant, qui a permis des progrès dans la contraception, un accompagnement et un soutien des parents en difficulté, une vigilance extrême aux traumatismes des séparations familiales. Elle est également due à une moindre stigmatisation de la situation des femmes seules. Elle est aussi fortement liée à une représentation de la famille, spécifique à la France, qui marque les cultures et les pratiques tant des magistrats que des travailleurs sociaux et éclaire les évolutions législatives observées depuis quarante ans*<sup>2</sup>. »

Sans doute le nombre annuel des adoptions internationales a-t-il connu une forte croissance depuis les années 1980, passant de 17 000 à 40 000 aujourd'hui. Sans doute les Français ont-ils bénéficié de cette évolution, puisqu'ils avaient adopté 960 enfants à l'étranger en 1980 et en ont adopté 4 136 en 2005. Depuis lors cependant, l'ensemble des pays d'accueil enregistre une baisse des adoptions internationales, particulièrement sensible en France où leur nombre a chuté à 3 160 en 2007.

Le rapport précité ne fournit guère d'explication à cette baisse générale, si ce n'est le constat de la volonté de certains pays, comme la Chine ou la Russie, de privilégier les adoptions nationales. Il ajoute que « *selon le secrétaire général de la Convention de La Haye, les mouvements observés depuis deux ans ne doivent pas occulter la progression de long terme des adoptions internationales et le fait que le nombre d'enfants encore délaissés dans les pays émergents reste important*<sup>3</sup>. »

Dénonçant en revanche le manque d'efficacité et de lisibilité de l'organisation et de l'action de la France, il contient trente-deux propositions pour les améliorer.

**La seconde raison pour laquelle l'adoption ne constitue pas une véritable alternative à la maternité pour autrui tient au fait que certains couples n'y sont pas prêts.**

Or, comme l'a souligné lors de son audition Mme Marie-Christine Le Boursicot, magistrate, membre du Conseil supérieur de l'adoption, le désir d'enfant ne doit pas être forcé, ni même orienté : « *L'adoption constitue une alchimie délicate, elle ne doit pas être un pis-aller pour les parents mais doit d'abord répondre à l'attente et au désir d'un enfant qui n'a pas de famille. Cet enfant n'a pas besoin de parents, ne serait-ce qu'un tant soit peu réticents à l'idée de faire leur un enfant qui ne leur est pas relié biologiquement.* »

---

<sup>1</sup> Ce sont essentiellement l'âge des pupilles, leur état de santé ou leur handicap, ou encore leur situation en fratrie qui expliquent aujourd'hui leur non-placement en vue de l'adoption.

<sup>2</sup> Rapport sur l'adoption de la mission confiée par le président de la République et le Premier ministre à Jean-Marie Colombani – La Documentation française – 2008 – page 49.

<sup>3</sup> Rapport précité – page 21.

Sans doute la « course à l'enfant génétique », dénoncée lors de son audition par René Frydman, chef de service de gynécologie-obstétrique à l'hôpital Antoine-Béclère à Clamart, ne doit-elle pas être encouragée.

Force est cependant de constater que le désir d'enfant est souvent lié, chez l'individu, à la prise de conscience de sa propre finitude et à la volonté de se perpétuer au-delà de la mort. A tort ou à raison, d'aucuns estiment que cette perpétuation implique de transmettre leurs gènes à leur enfant.

Notre droit de la filiation est fortement marqué par cette tension, pour ne pas dire cette contradiction, entre la vérité dite « affective » et la vérité dite « biologique ». Si la possession d'état peut ainsi établir à elle seule la filiation d'un enfant à l'égard de celui ou celle qui l'élève et en prend soin, l'expertise génétique est en principe de droit, en cas de conflit de filiation, lorsqu'elle est demandée au juge<sup>1</sup>.

## ***B. ENCADRER LA GESTATION POUR AUTRUI***

Le régime juridique préconisé par le groupe de travail se rapproche autant que possible de celui de l'assistance médicale à la procréation. Sa rigueur est destinée à garantir que la gestation pour autrui se déroule conformément au principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine.

### **1. L'exigence d'un agrément sous des conditions strictes des bénéficiaires de la gestation pour autrui et des gestatrices**

Les bénéficiaires de la gestation pour autrui et les gestatrices seraient soumis à des conditions d'éligibilité strictes et devraient faire l'objet d'un agrément délivré par une commission pluridisciplinaire placée sous l'égide de l'Agence de la biomédecine.

- *Les conditions requises des bénéficiaires de la gestation pour autrui*

Le groupe de travail préconise en premier lieu de **n'ouvrir le bénéfice de la gestation pour autrui qu'aux couples composés de personnes de sexe différent, mariées ou en mesure de justifier d'une vie commune d'au moins deux années, et en âge de procréer**. Cette exigence est destinée à assurer une certaine cohérence dans le droit de la procréation médicalement assistée et à écarter tout droit à l'enfant.

En deuxième lieu, la gestation pour autrui ne serait autorisée que dans l'hypothèse où **la femme ne pourrait mener une grossesse à terme ou ne pourrait la mener sans danger pour sa santé ou pour celle de l'enfant à naître**.

---

<sup>1</sup> Première chambre civile de la Cour de cassation, 28 mars 2000.

Les gestations pour autrui dites de « convenance », qui iraient à l'encontre des règles posées par les lois de bioéthique, seraient ainsi écartées. Plusieurs personnes entendues par le groupe de travail, parmi lesquelles Sylvie Mennesson, co-présidente fondatrice de l'association Clara, ou Marcela Iacub, chercheuse au CNRS, ont toutefois souligné que les femmes ayant fait appel à une mère de substitution auraient infiniment préféré porter elle-même l'enfant.

Comme l'a relevé lors de son audition Jean-Luc Pouly, responsable du centre d'assistance médicale à la procréation du centre hospitalier universitaire de Clermont-Ferrand, **les indications médicales pour lesquelles une femme ne peut porter un enfant ne peuvent être définies avec précision.**

Certaines de ces indications tiennent à l'absence, à une malformation ou à des lésions de l'utérus, congénitales<sup>1</sup> ou pathologiques<sup>2</sup>. Il est également possible de considérer qu'une femme ayant effectué en vain plusieurs tentatives de fécondation *in vitro* ne peut porter d'enfant, même si les raisons de ces échecs ne sont pas toujours physiologiques. Enfin, il est des cas où une grossesse représenterait un risque pour la santé de la femme, alors même qu'elle ne souffrirait d'aucune lésion utérine, par exemple en raison d'une insuffisance cardiaque, pulmonaire ou rénale, ou de troubles de la coagulation.

**La gestation pour autrui doit également pouvoir être autorisée en cas de risque pour la santé de l'enfant à naître.** Il en va ainsi par exemple, comme l'a indiqué lors de son audition Jean-Luc Pouly, en cas de béance du col de l'utérus ou de troubles graves de la coagulation.

La diversité des cas dans lesquels une gestation pour autrui peut se justifier et la difficulté de les apprécier militent en faveur de la mise en place d'une commission pluridisciplinaire chargée de l'agrément des couples demandeurs.

Le groupe de travail considère en troisième lieu qu'**au moins l'un des deux membres du couple demandeur d'une gestation pour autrui devrait être le parent génétique de l'enfant.**

Cette solution a été retenue par la législation britannique relative à la gestation pour autrui et par la législation de l'Etat de l'Illinois, aux Etats-Unis. Elle présenterait l'intérêt d'assurer une certaine cohérence dans le droit de la procréation médicalement assistée qui interdit seulement, en principe, le double don de gamètes<sup>3</sup>.

Exiger que la mère intentionnelle soit systématiquement la mère génétique de l'enfant permettrait sans doute de donner une assise solide à la maternité et d'éviter une dissociation trop importante des figures maternelles mais présenterait l'inconvénient de priver de l'assistance médicale à la procréation les femmes qui n'ont ni ovule ni utérus.

---

<sup>1</sup> Il s'agit du syndrome de Mayer Rokitansky Kuster Hauser (MRKH), qui toucherait une femme sur 4 000 à la naissance.

<sup>2</sup> Fibromes, cancer, syndrome distilbène, accident obstétrical...

<sup>3</sup> Article L. 2141-3 du code de la santé publique.

Enfin, **les deux membres du couple demandeur devraient être domiciliés en France**, afin d'éviter ce que l'on a coutume d'appeler péjorativement le « tourisme procréatif ». Telle est d'ailleurs la solution retenue par les législations grecque et britannique.

- *Les conditions requises de la gestatrice*

Les **conditions requises pour permettre à une femme de porter un enfant pour le compte d'autrui** seraient elles aussi nombreuses et strictes.

En premier lieu, **la gestatrice ne devrait pas être la mère génétique de l'enfant**, afin de prévenir les conflits de filiation en facilitant son « désinvestissement affectif » lors de la grossesse, pour reprendre des termes employés par des psychanalystes. L'ovocyte devrait ainsi provenir de la mère d'intention ou, à défaut, d'une tierce donneuse.

Cette solution est retenue en Grèce mais pas au Royaume-Uni. Elle a recueilli l'assentiment de la plupart des personnes qui, lors de leur audition, se sont déclarées favorables à la légalisation de la maternité pour autrui.

En deuxième lieu, **la gestatrice devrait avoir déjà eu au moins un enfant sans avoir rencontré de difficulté particulière pendant la grossesse**.

Il s'agit de faciliter non seulement son « désinvestissement affectif » à l'égard de l'enfant qu'elle porte, mais également de prévenir les risques d'accident durant la grossesse ou l'accouchement et d'éviter que la gestatrice puisse se trouver privée de toute descendance dans l'hypothèse où un tel accident surviendrait et la rendrait stérile.

Cette solution a été retenue par la législation de l'Etat de l'Illinois, aux Etats-Unis. Le code de la santé publique français exige également que les donneurs de gamètes aient déjà procréé<sup>1</sup>.

En troisième lieu, **une même femme ne pourrait mener plus de deux grossesses pour le compte d'autrui**, afin d'éviter qu'elle n'en fasse une profession, même si le groupe de travail préconise par ailleurs d'interdire la rémunération des gestatrices.

**La gestatrice pourrait-elle être parente des membres du couple demandeur ?**

Rien ne s'y oppose, a estimé Anne Cadoret, ethnologue, chargée de recherche au CNRS, membre du groupe de recherche et d'analyse du social et de la sociabilité, qui a rappelé lors de son audition que la maternité pour autrui était souvent pratiquée entre sœurs.

---

<sup>1</sup> Article L. 1244-2 du code de la santé publique.

Toutes les psychanalystes favorables à la légalisation de la gestation pour autrui entendues par le groupe de travail, qu'il s'agisse de Geneviève Delaisi de Parseval, d'Elisabeth Roudinesco ou de Sophie Marinopoulos, ont au contraire jugé impératif d'interdire tout lien de parenté entre la gestatrice et le couple d'intention, afin d'éviter des pressions et des conflits familiaux ainsi qu'un brouillage de la généalogie de l'enfant. Elisabeth Roudinesco a notamment rappelé l'importance de l'interdit de l'inceste dans nos sociétés.

Après en avoir longuement débattu, les membres du groupe de travail préconisent, dans leur majorité, d'**interdire à une mère de porter un enfant pour le compte de sa fille** mais de laisser à la commission chargée de l'agrément des gestatrices le soin d'apprécier au cas par cas si telle ou telle femme doit être habilitée à porter un enfant pour le compte de sa sœur ou de sa cousine.

Enfin, **la gestatrice devrait être domiciliée en France**, afin d'assurer un suivi médical de qualité. Cette condition de domicile figure ainsi dans la loi grecque.

- *L'exigence d'un agrément délivré sous l'autorité de l'Agence de la biomédecine*

Le groupe de travail juge nécessaire de **prévoir**, en sus de ces conditions légales, **un agrément des couples demandant à bénéficier d'une gestation pour autrui et des femmes prêtes à leur venir en aide**.

Cet agrément pourrait être délivré selon la procédure préconisée par Israël Nisand, chef du service de gynécologie-obstétrique au centre médicochirurgical et obstétrical de Strasbourg, et Sophie Marinopoulos, psychanalyste au centre hospitalier universitaire de Nantes :

– les demandes seraient d'abord examinées par une équipe médico-psychologique qui s'assurerait de l'état de santé physique et psychique du couple demandeur et de la gestatrice ;

– en cas d'accord de cette équipe, le dossier serait transmis à une commission d'éthique indépendante composée de juristes, de psychanalystes, de médecins et de philosophes, qui statuerait au cas par cas et dont le caractère national permettrait d'assurer une plus grande équité dans les décisions.

Cette **commission pluridisciplinaire** pourrait être **placée sous l'égide de l'Agence de la biomédecine** –Carine Camby, directrice générale de l'Agence s'y est déclarée favorable lors de son audition.

Enfin, comme la suggéré Jean-Luc Pouly, responsable du centre d'assistance médicale à la procréation du centre hospitalier universitaire de Clermont-Ferrand, **les praticiens appelés à apporter leur concours à une gestation pour autrui ne pourraient siéger au sein de la commission chargée de la délivrance de ces agréments**.

Le groupe de travail considère en outre qu'**une habilitation spécifique devrait être exigée des praticiens et des centres de procréation médicalement assistée**, selon les procédures en vigueur définies par deux décrets du 22 décembre 2006 et du 4 avril 2008, **pour pratiquer la gestation pour autrui**.

Les centres de procréation médicalement assistée sont autorisés par la commission exécutive de l'agence régionale de l'hospitalisation après avis du comité régional de l'organisation sanitaire et de l'Agence de la biomédecine. Il en existe actuellement une centaine. Ils sont composés d'équipes pluridisciplinaires comportant notamment des cliniciens gynécologues-obstétriciens, des urologues, des biologistes et des psychologues.

L'agrément des praticiens pour exercer une ou plusieurs activités cliniques ou biologiques d'assistance médicale à la procréation est quant à lui délivré par l'Agence de la biomédecine, pour une durée de cinq ans.

## **2. La définition d'un régime légal, et non contractuel**

Le groupe de travail est hostile à une contractualisation de la gestation pour autrui, d'autant que le droit commun des obligations serait inapplicable en l'espèce. Ainsi, les conventions souscrites par les parties au Royaume-Uni constituent en réalité des déclarations d'intention dépourvues de toute force exécutoire. Aussi est-il préconisé de définir dans la loi et de préciser par décret l'ensemble des règles applicables, comme en matière d'adoption par exemple.

- *La mise en relation des couples demandeurs et des gestatrices*

**Les couples demandeurs et les gestatrices pourraient être mis en relation par des associations à but non lucratif**, qui devraient être **agrées par l'Agence de la biomédecine**.

En aucun cas, **cette prestation ne pourrait donner lieu à rémunération, ni à publicité**, comme le prévoit actuellement la loi britannique.

Les associations agréées qui respecteraient ces règles ne pourraient être sanctionnées pour les délits de provocation à l'abandon d'enfant et d'entremise en vue d'une gestation pour autrui, prévus par l'article 227-12 du code pénal, qui resteraient applicables dans le cas contraire.

Les couples demandeurs pourraient également obtenir des renseignements auprès des centres de procréation médicalement assistée habilités.

- *L'accompagnement de la gestation pour autrui*

La gestatrice devrait bénéficier de tous les **droits sociaux** afférents à la maternité –droits à congé, protection du contrat de travail, prestations sociales– mais pas de droits supplémentaires à la retraite.

Les parents d'intention devraient bénéficier de droits à congés pour l'accueil de l'enfant calqués sur les droits à congés en matière d'adoption, c'est-à-dire des congés post-naissance.

Un **accompagnement psychologique** devrait leur être proposé pendant la grossesse et après l'accouchement.

Conformément au principe de la gratuité du don, qui constitue l'un des fondements des lois de bioéthique, **la gestation pour autrui ne pourrait donner lieu à rémunération mais à un « dédommagement raisonnable »**, comme au Royaume-Uni.

Ce dédommagement, à la charge du couple demandeur, serait destiné à couvrir les frais qui ne seraient pas pris en charge par la sécurité sociale, par exemple, des frais de garde-robe, de garde d'enfants...

- *L'intervention du juge judiciaire*

**La gestation pour autrui serait subordonnée, pour les couples et les gestatrices agréés, à une décision du juge judiciaire.**

Le magistrat devrait :

- vérifier leurs agréments ;
- recueillir leurs consentements écrits, ainsi que celui du conjoint, du partenaire d'un pacte civil de solidarité ou du concubin de la gestatrice ;
- les informer des conséquences de leur engagement au regard notamment du droit de la filiation ;
- fixer le montant du dédommagement raisonnable devant être versé par le couple bénéficiaire à la gestatrice, ce montant pouvant le cas échéant être révisé en cas d'évènement imprévu au cours de la grossesse.

Ces dispositions s'inspirent des règles prévues par le code de la santé publique en cas de procréation médicalement assistée exogène.

- *Les règles relatives au déroulement de la grossesse*

**Il appartiendrait à la gestatrice, et à elle seule, de prendre les décisions afférentes au déroulement de la grossesse, notamment de demander son interruption.**

- *Les règles relatives à l'établissement de la filiation de l'enfant*

Si cruel cela puisse paraître pour les parents intentionnels et comme vos rapporteurs l'ont déjà indiqué, **il est essentiel que la gestatrice puisse devenir la mère légale de l'enfant si elle le souhaite.**

Lui dénier ce droit reviendrait à admettre une forme d'asservissement d'un être humain par un autre. Dans l'hypothèse où la gestatrice déciderait d'exercer ce droit, elle ne serait nullement tenue de verser des dommages et intérêts au couple demandeur puisqu'il n'y aurait pas de contrat.

Les règles préconisées par le groupe de travail ont pour objet d'assurer le respect de cet impératif tout en évitant les incertitudes juridiques auxquelles peut donner lieu la législation britannique.

**La gestatrice qui désirerait devenir la mère légale de l'enfant devrait en exprimer la volonté dans le délai légal de la déclaration de naissance, soit trois jours à compter de l'accouchement.** Son nom figurerait alors dans l'acte de naissance et **les règles du droit commun de la filiation s'appliqueraient.**

Si la gestatrice n'était pas mariée ou si, étant mariée, son époux ne souhaitait pas être le père légal de l'enfant, le père intentionnel pourrait en devenir le père légal en le reconnaissant devant l'officier de l'état civil.

Si la gestatrice était mariée et si son époux en était d'accord, le nom de ce dernier figurerait également dans l'acte de naissance et la présomption « *pater is est* » jouerait, à moins que le père intentionnel n'ait reconnu l'enfant avant sa naissance. Dans cette hypothèse, le conflit de filiation paternelle serait tranché par le tribunal de grande instance, au profit du père génétique. A défaut d'avoir effectué une reconnaissance prénatale, le père intentionnel conserverait la possibilité de saisir le tribunal de grande instance pour contester la paternité du mari de la gestatrice et faire établir la sienne, dès lors qu'il serait le père génétique de l'enfant.

Dans cette hypothèse, il appartiendrait, le cas échéant, au juge de déterminer les modalités de garde de l'enfant.

Le déséquilibre entre le père et la mère intentionnels que ces règles semblent entraîner ne constitue que la conséquence de l'application du droit commun de la filiation : la preuve de la maternité résulte de l'accouchement ; celle de la paternité se fait par tous moyens, le plus employé étant l'expertise génétique.

L'application de ces règles de droit commun permettrait au couple ayant demandé la gestation pour autrui de ne pas être privé de tout lien avec l'enfant.

Enfin, une telle hypothèse devrait être rarissime compte tenu des précautions prises pour éviter qu'une femme s'engage inconsidérément dans une grossesse pour autrui. Selon les indications recueillies par la délégation du groupe de travail qui s'est rendue au Royaume-Uni, où ces précautions sont nettement moindres, les cas où la mère de substitution aurait décidé de garder l'enfant seraient extrêmement rares.

**Dans l'hypothèse, la plus probable, où la gestatrice n'aurait pas exprimé le souhait de devenir la mère légale de l'enfant dans les trois jours suivant l'accouchement, les noms des parents intentionnels devraient être inscrits sur les registres de l'état civil en exécution de la décision judiciaire ayant autorisé le transfert d'embryon et sur présentation de celle-ci par toute personne intéressée.**

**Ainsi, l'enfant ne pourrait être privé de filiation et les bénéficiaires de la gestation pour autrui ne pourraient se rétracter au dernier moment, au motif par exemple qu'ils se seraient séparés ou que l'enfant serait handicapé, pour se soustraire à leurs obligations légales de parents.**

### **3. Le maintien en l'état des règles relatives à l'adoption et à l'assistance médicale à la procréation**

Plusieurs personnes entendues par le groupe de travail se sont inquiétées des répercussions de la légalisation de la maternité pour autrui sur les règles relatives à l'assistance médicale à la procréation et à l'adoption.

- *Les répercussions de la légalisation de la maternité pour autrui sur les règles relatives à l'assistance médicale à la procréation*

Lors de son audition, Jean Hauser, professeur de droit, directeur du Centre européen de recherche sur la famille et les personnes de l'université Montesquieu – Bordeaux 4, a estimé que la légalisation de la maternité pour autrui impliquerait de revoir l'ensemble des lois de bioéthique. En fait, **la principale question concerne le principe de l'anonymat des donneurs de gamètes.**

Par la force des choses, **la gestatrice ne pourrait être anonyme.** La plupart des psychanalystes entendus par le groupe de travail estiment d'ailleurs qu'il serait préférable, pour l'enfant, qu'il la connaisse et puisse entretenir des relations avec elle, la comparaison avec une nourrice étant souvent effectuée. Lors de son audition, Marie-Christine Le Boursicot, magistrate, membre du Conseil supérieur de l'adoption, a estimé pour sa part qu'un secret relatif devrait être organisé pour la protéger : son identité serait consignée sur un registre spécial et accessible à l'enfant s'il en manifestait la volonté. Ce secret relatif ne vaudrait dans l'avenir que pour les tiers.

Pour autant, **la légalisation de la maternité pour autrui implique-t-elle inéluctablement la levée de l'anonymat des donneurs de gamètes ?**

Dans sa contribution écrite, Françoise Dekeuwer-Défossez, professeure émérite à l'université de Lille 2, fait observer que : « *Les enfants nés d'une insémination artificielle avec donneur, qui ne peuvent connaître le nom de leur géniteur, auront beau jeu de s'estimer discriminés dans la mesure où les enfants nés d'une gestation pour autrui auront accès à leurs origines.* »

Le don de gamètes et le don de gestation ne peuvent cependant être traités de manière identique, ce qu'illustrent les particularités du régime préconisé pour encadrer la gestation pour autrui.

Le groupe de travail considère donc que **la question de la levée de l'anonymat des donneurs de gamètes peut et doit faire l'objet d'une réflexion et d'un débat spécifiques dans le cadre de la révision en préparation des lois de bioéthique.**

- *Les répercussions de la légalisation de la maternité pour autrui sur les règles relatives à l'adoption*

Lors de son audition, Jean Hauser a estimé que la légalisation de la maternité pour autrui aurait également des répercussions sur le droit de l'adoption : « *Comment interdire le contrat anticipé d'adoption, passé avec une mère qui doit accoucher, si l'on admet par ailleurs le contrat de mère de substitution même si elle est la mère biologique ? Comment continuer à réserver l'adoption plénière aux couples mariés ?* »

Ces interrogations sont partagées par Françoise Dekeuwer-Défossez, qui fait valoir dans sa contribution écrite que : « *Les risques de déstabilisation de l'adoption ne sont pas moindres. Actuellement, une frontière étanche sépare la famille qui abandonne l'enfant de celle qui l'adopte. Il n'est pas question en France d'« open adoption » et le passage obligatoire par l'aide sociale à l'enfance (ou par une œuvre d'adoption), en empêchant toute communication, prémunit contre nombre de dérives, sentimentales ou financières. Or, la tentation existe bel et bien, aussi bien chez les adoptants que chez les mères qui ne peuvent pas assumer leur enfant, de rechercher un arrangement direct. Evidemment, la prohibition de l'article 348-5 du code civil serait fort affaiblie par l'admission de la gestation pour autrui qui repose nécessairement sur un arrangement direct entre la mère qui accouche et la famille qui élèvera l'enfant.* »

Ces inquiétudes sont tout à fait légitimes. Toutefois, d'ores et déjà les règles d'accès à l'adoption et à l'assistance médicale à la procréation sont différentes et tous les couples désireux d'adopter ne rempliraient pas les conditions requises pour pouvoir bénéficier d'une gestation pour autrui. En outre, tous les couples désireux de recourir à une gestation pour autrui ne sont pas prêts à entreprendre une démarche en vue de l'adoption, et réciproquement.

Dès lors, le groupe de travail considère qu'**il est possible de légaliser la gestation pour autrui sans nécessairement revoir l'ensemble des règles relatives à l'adoption.**

\* \* \*

**Lors d'une réunion conjointe qui s'est tenue le mercredi 25 juin 2008, la commission des affaires sociales et la commission des lois du Sénat ont autorisé la publication du rapport du groupe de travail commun sur la maternité pour autrui, en rappelant que ses recommandations constituent une contribution à la réflexion en cours n'engageant ni les deux commissions ni, a fortiori, le Sénat tout entier.**



## **CONTRIBUTION DE GILBERT BARBIER, SÉNATEUR DU JURA**

Faut-il ou non autoriser les « mères porteuses », pour reprendre la terminologie plus triviale que la « maternité pour autrui » ?

Alors que cette pratique est interdite en France depuis 1994, la question a récemment rejailli dans le débat public à la faveur d'une récente décision de la cour d'appel de Paris, qui a reconnu la filiation entre un couple français et des jumelles nées d'une mère porteuse américaine.

Plusieurs instances, dont le Sénat, ont décidé de se saisir du problème, notamment dans la perspective de la révision des lois de bioéthique l'année prochaine.

Le groupe de travail sur la maternité pour autrui a mené de nombreuses auditions. A l'issue de ses travaux, il apparaît que certains éléments peuvent plaider en faveur d'une évolution de la législation.

Les pratiques de PMA et l'adoption ne répondent pas à toutes les situations, à tous les désirs d'enfant. Certains couples n'hésitent pas à se rendre à l'étranger où la loi est plus souple ou inexistante sur le recours à la « mère porteuse ».

Ce tourisme procréatif, favorisé par l'accès à l'information via Internet, se développe dans des conditions médicales ou juridiques parfois précaires. De surcroît, les familles se retrouvent à leur retour en France dans un imbroglio juridique dont les enfants sont les premières victimes.

La demande de ces couples, souvent en détresse, doit certes être entendue. Mais, les exemples étrangers ne sauraient conduire à plébisciter « le moins-disant éthique ».

Plutôt qu'une légalisation du recours à la maternité pour autrui, une exception à l'interdiction, sur le modèle du donneur vivant pour le don d'organe, serait envisageable.

A titre personnel, la seule exception qui me paraît devoir être retenue concerne les couples hétérosexuels mariés ou pacsés, lorsque la femme est dans l'impossibilité de porter un enfant, soit par malformation utérine reconnue ou à la suite d'une hystérectomie, soit en raison d'une pathologie grave mettant en danger son pronostic vital ou celui de l'enfant (diabète, problème cardiovasculaire, maladies infectieuses chroniques, etc ...).

Dans ce cas, le recours à une telle pratique peut être légitime, à la condition néanmoins que l'enfant soit conçu à partir des seuls gamètes (sperme et ovocytes) du couple, afin d'éviter une parentalité fragmentée.

L'autorisation serait accordée par une commission ad hoc, chargée d'apprécier la demande et de vérifier le consentement éclairé de la « mère porteuse ».

En tout état de cause, une possible évolution de la loi en ce sens ne pourra se faire qu'avec beaucoup de précaution. Elle devra surtout être suffisamment précise pour encadrer juridiquement et scientifiquement cette pratique.

Car, une telle réforme pose de multiples questions. Que se passera-t-il notamment si la « mère porteuse » perd l'enfant et que les parents intentionnels estiment que son comportement en est la cause ? En cas de handicap lourd décelé avant terme, ces derniers pourront-ils exiger une interruption volontaire de grossesse, avec les risques que cela comporte pour l'intéressée ? Enfin, comment éviter la non remise de l'enfant après accouchement ?

Toutes ces questions, non exhaustives, devront être réglées.

Un certain nombre de conflits seraient sans doute évités si la filiation légale est établie dès le début de la gestation, la « mère porteuse » renonçant formellement à tout droit sur l'enfant à naître et, parallèlement, le couple intentionnel s'engageant à l'accueillir quels que soient les aléas.

En toute hypothèse, la nouvelle loi devrait être applicable pour une durée limitée de cinq à sept ans dans un premier temps et faire l'objet d'un bilan avant prorogation.

## **CONTRIBUTION DE NICOLE BORVO COHEN-SEAT, SÉNATRICE DE PARIS**

Ce groupe de travail, présidé par Michèle André, a travaillé très sérieusement et a auditionné un nombre satisfaisant de personnalités qualifiées et de représentants d'organismes et associations reconnus pour une compétence en la matière.

A l'issue de ces auditions, le groupe, à une large majorité, propose « d'autoriser la gestation pour autrui en l'encadrant ».

Ne partageant pas, à titre strictement personnel, cette décision, je tiens à en donner les raisons.

Il est tout à fait évident que la question est posée aujourd'hui, d'une part parce que les possibilités techniques (comme pour la PMA) existent ; d'autre part parce que si la France interdit la gestation pour autrui, quelques pays en Europe (et outre atlantique) l'autorisent et des situations concrètes se présentent : celles des couples français ayant eu recours à la gestation pour autrui à l'étranger, qui souhaitent que la filiation maternelle de leur enfant soit reconnue en France.

Je considère néanmoins que la décision de légaliser la gestation pour autrui en France ne peut se justifier par le fait qu'il y ait une demande.

La gestation pour autrui soulève, en soi, des problèmes graves et complexes, qui ne sauraient être résolus par l'encadrement proposé par le groupe de travail.

Je les résumerai en deux catégories :

### **1) La femme « gestatrice »**

Accepter qu'une femme puisse porter un enfant pour une autre, c'est inévitablement accepter une marchandisation du corps humain. Ce que je refuse.

Les arguments développés par ceux qui y sont favorables pour assimiler la gestation pour autrui à un « don » (don d'organe ou don de soi) sont à mon avis inappropriés.

Porter un enfant pendant 9 mois pour le remettre à une autre personne est très différent du don d'un rein (ou autre) pour sauver une personne en danger de mort. Qui, en effet, fera croire que le lien entre une femme et l'enfant qu'elle porte est le même que le lien entre un individu et son rein !

Quant au don de soi en la matière, par générosité, il existe sans doute, mais il nie la « tierce personne », à savoir l'enfant qui naît, sur lequel je reviendrai.

Mais surtout, il est vain de vouloir nier la réalité, à savoir l'échange marchand.

Dès lors qu'un contrat est possible entre deux parties – la gestatrice et un couple – quelles que soient les limites fixées, elles sont illusoires. Elles sont fonction de l'offre et de la demande. Les couples ne pouvant accéder à une gestatrice sans rémunération (un simple dédommagement) chercheront par tous les moyens à conclure, officiellement ou officieusement, un contrat prévoyant une rémunération pour la gestatrice.

On connaît les dérives insensées aux Etats-Unis où le marché sans limite est lucratif. Il le sera en Europe et je considère à ce propos que les pays qui, comme la France, n'ont pas légalisé la gestation pour autrui, devraient, plutôt que de s'aligner sur ceux qui l'ont fait, essayer de réfléchir ensemble et organiser le débat sur cette question.

Certains évoquent une proximité avec les nourrices d'antan ! Si proximité il y a, elle montre à l'évidence que des femmes pauvres et/ou de pays pauvres acceptent ce rôle de substitution pour des couples aisés, par « nécessité ».

Le consentement des personnes contractantes est bien inégal !

Chacun sait que le sort des nourrices n'était guère enviable et il me paraît peu « progressiste » d'aller dans cette voie.

D'autres problèmes se posent concernant la femme gestatrice, qui ont été évoqués en cours d'audition et que je partage :

Leur lien futur avec l'enfant à naître ? Leur situation si l'enfant naît handicapé ? Si le couple le refuse ?

Les questions que ne peuvent manquer de se poser leurs propres enfants, du fait que leur mère est enceinte mais que l'enfant à naître ne sera pas leur frère ou sœur : eux-mêmes n'auraient-ils pas pu être donnés – vendus – à quelqu'un d'autre ? Les effets sur son couple, si couple il y a ?....

## **2) L'enfant à naître**

Le désir d'enfant, absolument légitime et douloureux quand il ne peut être satisfait, ne saurait se confondre avec un droit absolu à l'enfant, qui plus est par tous les moyens possibles.

L'enfant, pas plus que la gestatrice, n'est une marchandise, en l'occurrence « un objet » que l'on peut obtenir à tout prix.

Un enfant né de l'accouchement d'une autre femme que sa mère, se posera exactement les mêmes questions qu'un enfant adopté à un moment de sa vie et toute sa vie. Le fait que la mère gestatrice ne soit pas la mère génétique n'y changera rien.

Il est largement prouvé que ce questionnement est douloureux, difficile, lié à l'abandon, moment indélébile dans l'histoire de l'individu. Or, dans le cas de l'adoption, l'enfant a été abandonné et la société lui donne la possibilité d'avoir une mère, des parents. Dans le cas de la gestation pour autrui, la société organise l'abandon de l'enfant par la femme qui l'a porté, après avoir organisé un rapport marchand entre celle-ci et les futurs parents !

Sauf à nier le lien singulier – pourtant depuis longtemps analysé par la médecine et la psychanalyse entre la femme et l'enfant qu'elle porte – ou entre l'enfant et ses parents (qui ont payé une femme pour sa venue au monde), on ne peut pas « banaliser » cet acte.

Pour ces deux raisons, je considère que les conclusions du groupe de travail sont pour le moins hâtives et imprudentes. Il y aurait lieu de pousser réflexion et débat public plus avant et de ne pas envisager de légiférer de façon précipitée.

Je considère bien entendu que la situation des enfants nés de mères gestatrices à l'étranger, puisque hélas des pays l'autorisent, doit trouver des solutions dans l'intérêt de l'enfant qui ne saurait être considéré comme responsable des actes des adultes.

Les possibilités juridiques peuvent être améliorées ou facilitées.

L'objection « d'hypocrisie » ne me paraît pas satisfaisante.

Les avancées fulgurantes des biotechnologies nous posent de très graves questions sur le plan éthique et donc tout simplement humain.

La marchandisation de toutes les sphères de la société pose aussi de graves problèmes.

Je crois qu'il n'est pas critiquable de vouloir y réfléchir avec la plus grande prudence.



## CONTRIBUTION DE MARIE-THÉRÈSE HERMANGE, SÉNATEUR DE PARIS

### La gestation pour autrui : malaise dans la civilisation

#### *La filiation saisie par la technique : femme-médicament et bébé sur ordonnance*

#### *Plan détaillé*

### **I- Faut-il que le Sénat consente à légaliser la maternité pour autrui ?**

1. Très peu d'enfants nés d'une mère porteuse à l'étranger sont privés de filiation maternelle
2. Des solutions existent déjà pour établir un lien juridique entre ces enfants et leur mère
3. Aucune législation ne pourra résoudre tous les problèmes de filiation des enfants nés d'une mère porteuse à l'étranger

### **II- Quelles seraient les implications d'une telle légalisation par le Sénat ?**

#### A. Les conséquences juridiques

1. La remise en cause de catégories juridiques fondamentales
  - > Le principe *Mater semper certa est*
  - > L'indisponibilité du corps humain
2. L'abandon légalisé

#### B. Les conséquences anthropologiques

1. La filiation bouleversée
  - > Désormais elle est un droit octroyé :
  - > Une filiation fragmentée ...
  - > ... et amputée
2. La réification de la femme et le bébé sur ordonnance
  - > Un corps devenant médicament
  - > Un corps exploité
  - > Le bébé sur ordonnance :

#### C. Les conséquences médicales

1. Risques médicaux
2. Risques psychiques
3. Une construction identitaire mise à mal

*« Les générations qui nous ont précédé  
ont cru qu'elles avaient à refaire le monde,  
la nôtre devrait se contenter d'une mission :  
éviter que le monde ne se défasse. »*

Camus

Au moment où le groupe de travail apporte à la commission des affaires sociales et à la commission des lois du Sénat ses conclusions sur l'opportunité éventuelle de légaliser la gestation pour autrui (GPA), il me paraît opportun, au regard des difficultés juridiques, médicales et anthropologiques d'un tel procédé, de nous poser deux questions :

- Faut-il consentir à légaliser la maternité pour autrui ? (I)
- Quelles seraient les implications d'une telle légalisation par le Sénat ? (II)

A la première question ma réponse est non, car la seconde question nous conduit à mesurer que la légalisation aboutirait :

- du point de vue juridique, à la remise en cause de nos catégories fondamentales **(A)** ;
- du point de vue anthropologique, à une filiation fragmentée et amputée et à une réification de la femme aboutissant à une « femme-médicament » et à une exploitation de son corps **(B)** ;
- enfin, du point de vue médical, à occulter des aspects médicaux et biologiques de la gestation qui jouent pourtant un rôle fondamental dans la construction psychique de l'enfant **(C)**.

\*\*\*\*\*

## **I - Faut-il que le Sénat consente à légaliser la maternité pour autrui ?**

Il me semble inopportun de consentir à la légalisation de la maternité pour autrui pour trois raisons : d'abord, très peu d'enfants nés d'une mère porteuse à l'étranger sont privés de filiation maternelle ; ensuite, il existe déjà des solutions permettant d'établir un lien juridique entre ces enfants et leur mère ; enfin, aucune législation ne pourra résoudre tous les problèmes de filiation des enfants nés d'une mère porteuse à l'étranger, sauf à considérer que la France doit s'aligner systématiquement sur le moins-disant éthique.

### **1. Très peu d'enfants nés d'une mère porteuse à l'étranger sont privés de filiation maternelle**

**Il faut d'abord souligner qu'un enfant né d'une mère porteuse à l'étranger n'est jamais privé de filiation, ni maternelle, ni paternelle :**

– il dispose, dans tous les cas et sans exception, **des actes de naissance étrangers qui établissent sa filiation aussi bien à l'égard de sa mère intentionnelle que de son père intentionnel ;**

– ces actes sont souvent transcrits à la demande des parents par l'officier français de l'état civil consulaire, qui dresse alors un acte de naissance français établissant la filiation de l'enfant à l'égard des deux parents ;

– si les parents ne souhaitent pas, par peur d'être découverts, faire transcrire les actes de naissance étrangers, **ils peuvent de toute façon obtenir tous les papiers d'identité français (passeport ou carte d'identité) pour leurs enfants en vertu de l'article 47 du code civil.**

Selon les associations, une centaine de couples vont chaque année à l'étranger depuis 2000. Il y aurait donc eu 700 cas entre 2000 et 2007. Or, le vice-procureur du TGI de Nantes nous a indiqué que, pour la même période, le TGI avait eu connaissance de quinze cas, ce qui signifie que **seulement 2 % des couples rencontrent un problème juridique.**

### **2. Des solutions existent déjà pour établir un lien juridique entre ces enfants et leur mère**

Lorsque le juge a annulé la filiation maternelle de la mère intentionnelle vis-à-vis à l'enfant, ce qui encore une fois ne représente qu'une toute petite minorité des cas, la mère intentionnelle peut :

– obtenir des **droits vis-à-vis de l'enfant**, au travers du **partage de l'exercice de l'autorité parentale** (*article 377-1 alinéa 2 du code civil*),

– accomplir les actes usuels relatifs à la surveillance et à l'éducation de l'enfant,

– bénéficier du **tutorat en cas de décès du père** (*articles 397 et 404 du code civil*).

En cas de rupture du couple, le juge pourra organiser les relations entre la femme et l'enfant (*article 371-4 alinéa 2 du code civil*) allant même jusqu'à le lui confier (*article 373-3 alinéa 2 du code civil*).

De plus, elle pourra sans doute, à l'occasion d'un prochain texte législatif, bénéficier du **statut de beau-parent**.

### **3. Aucune législation ne pourra résoudre tous les problèmes de filiation des enfants nés d'une mère porteuse à l'étranger**

Si la France se dotait d'un régime légal encadrant la GPA en présupposant les bonnes indications thérapeutiques, il n'en reste pas moins vrai que, par déduction, il resterait de mauvaises indications thérapeutiques, donnant donc naissance à des enfants non qualifiés à naître sur notre territoire. Celles et ceux qui se trouvent dans ce cas pratiqueront donc **le tourisme procréatif**, pour tous les cas autres non prévus dans la loi, et il **ne serait donc nullement éradiqué** : les difficultés juridiques actuelles qui lui sont liées ne seraient nullement résolues : quand ces cas se présenteront, il faudra soit refuser la filiation, soit changer à nouveau la loi.

Quelle sera par exemple, la situation d'une femme de cinquante ans souffrant de ne pas être grand-mère et qui a imaginé de concevoir et d'implanter un embryon conçu à partir de gamètes de son enfant unique trisomique dans la matrice d'une mère porteuse ?

**Si les cas de souffrance liés à la filiation sont infinis, va-t-on imposer à un enfant une telle conception pour répondre au désir des adultes ?**

## **II - Quelles seraient les implications d'une telle légalisation par le Sénat ?**

Si le Sénat consent à légaliser la GPA, nous nous devons d'en mesurer les conséquences sur nos concepts juridiques (A) ainsi que du point de vue anthropologique (B) et médical (C).

### **A. Les conséquences juridiques**

D'un point de vue juridique, la légalisation reviendrait, d'une part, à remettre en cause nos catégories juridiques fondamentales et, d'autre part, aboutirait à légaliser l'abandon.

#### **1. La remise en cause de catégories juridiques fondamentales**

- *Le principe Mater semper certa est*

**Le principe *Mater semper certa est*** (*articles 325 et 332 du code civil*), récemment consacré par l'ordonnance de 2005 qui l'a généralisé en l'étendant à la filiation hors mariage, **garantit à l'enfant la solidité et surtout l'évidence de sa filiation maternelle.**

Faut-il pour quelques cas remettre en cause ce socle et introduire l'instabilité au cœur de ce qui fonde la stabilité de la filiation à savoir la maternité, « *il est quand même curieux qu'à peine la loi française vient-elle d'entériner l'arrêt Marks, à savoir que le nom de la femme qui a accouché sur l'acte de naissance suffit à établir la maternité, ce principe apparaisse tout à coup si peu évident... L'accouchement deviendrait-il une présomption de maternité aussi précaire et discutable que la présomption de paternité légitime ?* »<sup>1</sup>

- ***L'indisponibilité du corps humain***

Selon le principe d'ordre public d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes, toute convention qui a pour objet le corps humain est nulle (*article 16-7 du code civil*).<sup>2</sup>

Si le consentement de la gestatrice est un élément décisif, il n'en reste pas moins vrai que toute forme de dédommagement fait de la maternité un service à la personne, entrant dans le secteur tertiaire, impliquant un **échange marchand**, et faisant **entrer le droit des contrats dans le droit de la filiation**. Or, c'est indirectement considérer que **l'être humain est une chose** puisqu'**« il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui peuvent faire l'objet des conventions »** (*article 1128 du code civil* – Interdiction confirmée par la loi en 1994).

C'est aussi poser plusieurs questions :

- Quel sera l'**objet** du contrat ? L'enfant ?
- **Comment sera-t-il résilié ?**
- **Qu'advient-il de la qualité du produit négocié dans le contrat** lorsque celui-ci ne répondra pas au désir des commanditaires, en cas de handicap par exemple<sup>3</sup>?
- Que fera-t-on par exemple quand la discorde s'installera chez les époux qui ont commandé l'enfant et qui n'en veulent plus ainsi que la mère porteuse ?
- Que fera-t-on quand la mère biologique sanctionnera le père biologique ?

---

<sup>1</sup> Florence Laroche-Giserot, « La gestation pour autrui à l'étranger », in *L'identité génétique de la personne, entre transparence et opacité*, dir. P. Bloch et V. Depadt-Sebag, Dalloz, 2007, p. 145.

<sup>2</sup> Cf. arrêt *Alma Mater*, Cour de cassation, 31 mai 1991.

<sup>3</sup> Lors de son intervention devant la Cour de cassation lors de l'affaire *Alma Mater*, le professeur Jean Bernard a donné l'exemple, survenu aux Etats-Unis, d'un couple de milliardaires ayant conclu un contrat avec une mère de substitution. Pour 15 000 \$, la femme accepte de recevoir le sperme du milliardaire. Neuf mois plus tard naît un enfant mal formé. Les milliardaires déclarent qu'ils n'en veulent pas. La mère de substitution allègue son bon droit, et réclame ses 15 000 \$. Un procès a lieu. Les magistrats américains nomment des experts. L'étude des groupes sanguins révèle que l'enfant mal formé n'est pas le fils du milliardaire mais le fils du mari de la mère de substitution qui n'avait pas observé une chasteté suffisante pendant les jours entourant l'insémination.

Ainsi, l'acte de renoncer à un enfant et de le céder contre rétribution le fait basculer dans le monde des choses, appropriables et disponibles, à l'inverse de la personne, radicalement indisponible.

## 2. L'abandon légalisé

Si les situations de gestation pour autrui et de maternité pour autrui sont différentes<sup>1</sup>, dans les deux cas, l'enfant né après une GPA est un **bébé abandonné par sa gestatrice, puisqu'en vertu du principe « mater semper certa est »**, la mère d'intention ne deviendra légale qu'après **une procédure d'abandon à la naissance. L'ordonnance de GPA équivaut donc à une « ordonnance d'abandon »**. D'ailleurs dans l'éventualité où une mère porteuse ne voudrait plus livrer l'enfant commandé, le juge français donnerait raison à sa revendication<sup>2</sup>. Les médecins sont dans une position étrange : **prescrire l'abandon sur ordonnance**. Autorisera-t-on les équipes médicales à refuser de participer à cette démarche ?

**Nous sommes face à l'aporie suivante au regard de la filiation du bébé :**

– soit nous considérons que l'enfant est celui « des commanditaires » et nous transformons alors la mère porteuse en un sac ;

– soit nous disons que l'enfant est celui de la mère porteuse et, en légalisant **la société se fait « père » et « mère » anonymes de ces enfants tout en se défaussant de sa responsabilité en matière de filiation**, puisque la mère porteuse sera amenée à dire : « *C'est mon enfant mais je le donne* ». Mère porteuse, elle est toute seule à prendre la responsabilité de cette charge. Et que dire de sa vulnérabilité, d'autant que trois études américaines<sup>3</sup> indiquent que si certaines femmes ont une motivation financière, d'autres ont besoin de **gratification et de reconnaissance** ?

---

<sup>1</sup> La GPA ou prêt d'utérus nécessite une fécondation in vitro d'un embryon (technique médicalisée où certains parlent de don gestationnel à l'instar du don de gamètes) et la gestation de la mère porteuse. Cela implique nécessairement trois acteurs : la mère porteuse et le couple destinataire.

- La conception pour autrui suivie de gestation pour autrui, peut se décliner de plusieurs manières :

- insémination artificielle de la mère porteuse par les gamètes du conjoint demandeur, situation à trois acteurs ;

- fécondation in vitro d'un embryon issu des gamètes d'un tiers donneur qui féconde l'ovocyte de la mère porteuse ou de la conjointe destinataire, situation à quatre acteurs ;

- fécondation in vitro d'un embryon issu des gamètes d'un tiers donneur qui féconde l'ovocyte d'une tiers donneuse, en cas d'une double incapacité de procréer du couple demandeur, situation à cinq acteurs.

<sup>2</sup> Cf. arrêt de la cour de Bordeaux du 23 novembre 1988 où le couple commanditaire est contraint de remettre l'enfant à sa mère biologique et légale qui l'a reconnu à la naissance et a décidé de récupérer l'enfant quelques semaines après et a obtenu l'autorité parentale et le droit de résidence, contre le père biologique, époux de la femme stérile.

<sup>3</sup> Van den Akker, *Psychosocial aspects of surrogative motherhood*, Human reproduction Update, Vol 13, n°1, pp. 53-62, 2007.

Par voie de conséquence en créant le droit à l'abandon nous instituerions un nouveau droit exceptionnel : le droit au remords, analogue avec le délai de rétraction inhérent au droit des contrats.

=> **Ainsi avec la remise en cause des principes fondamentaux et la légalisation de l'abandon, la loi pourra alors contraindre une femme à abandonner l'enfant qu'elle met au monde.**

## **B. Les conséquences anthropologiques**

D'un point de vue anthropologique, cela reviendrait d'une part à bouleverser la filiation (1), d'autre part à consentir à la réification de la femme (2).

### **1. La filiation bouleversée**

#### **> Désormais elle est un droit octroyé :**

La filiation qui désigne un lien de parenté unissant des générations entre elles se réfère à **trois axes : biologique, juridique et psychique**. Chacune de ces données est essentielle non seulement à la construction de l'enfant, mais aussi rend possible le jeu des identifications au niveau individuel comme au niveau sociétal.

Avec ce nouveau processus de « taylorisation » de la production d'humains, de la conception à la mise au monde, le cadre naturel de la filiation est bouleversé puisqu'il devient un **droit octroyé qui aboutit à une filiation fragmentée et amputée**.

#### **> Une filiation fragmentée ...**

La GPA induit une filiation fragmentée puisque, même si elle était limitée dans un premier temps, peuvent intervenir jusqu'à cinq personnes dans la conception d'un enfant : une mère biologique + un père biologique + une mère porteuse + une mère sociale + un père social. Or, si **le biologique n'a jamais été de taille à épuiser le symbolique des rapports de filiation qui sont toujours l'objet d'une construction personnelle**, rien ne pourra effacer les différentes mères dans la conscience ou l'inconscient de chacun des protagonistes. **Pourtant, ces cinq personnes peuvent aussi aboutir à avoir des enfants sans père ou sans mère** si par exemple parents de désir et mère gestatrice n'en veulent plus. Filiation fragmentée qui peut induire des orphelins, et de toute façon conduit à une filiation amputée.

#### **> ... et amputée**

Le droit au savoir est un élément décisif dans la construction de sa personnalité, ici accrue pour les enfants issus de la GPA. Faute d'information identifiante, l'enfant ne réclamera-t-il pas des retrouvailles ? Comment concilier cette exigence avec l'anonymat des donneurs ? « *Pour être dans mon identité, je dépends entièrement des autres* » disait Hannah Arendt. Or la GPA fonctionne comme une amputation bilatérale du « Moi », tant du côté de la

gestatrice que de l'enfant. Sylviane Agacinski précise que là où le droit autorise la GPA, on signale des cas dans lesquels la mère de substitution refuse de donner l'enfant après l'accouchement, ou bien revendique un statut spécial ou un droit de visite.

**=> Si le droit au savoir sur ses origines est un événement décisif dans la construction de toute personnalité, la GPA conduit à amputer l'enfant de sa filiation originelle.**

## **2. La réification de la femme et le bébé sur ordonnance**

### **> Un corps devenant médicament**

**Le corps est partie intégrante de la personne elle-même et participe de sa dignité.** Or, dans la GPA, c'est bien **son corps que la femme porteuse subordonne à la technique.** Comme le souligne Sylviane Agacinski, la question philosophique qui se pose, concernant la grossesse, est de **savoir si elle appartient au domaine de l'avoir, à celui du faire ou à celui de l'être ?**<sup>1</sup> Elle y répond : « *La gestation relève de l'existence, donc de l'être de chacun.* »

Or la GPA, par l'intermédiaire de l'assistance médicale à la procréation fait entrer la reproduction dans le cadre d'un procédé de production du vivant et de « *dissociation en dissociation, c'est la notion par essence globale et multidimensionnelle de l'être humain qui va finir par éclater, se dissoudre et disparaître.* »<sup>2</sup>

Par là même, c'est la conception même de son **rôle qui est transformée et qui aboutit à faire de la femme une « femme-médicament ».** On procède donc ici à une extension de la définition du médicament dans laquelle est comprise la femme. L'autorisation de mise sur le marché, après procédure de certification et d'expertise (les conditions pour devenir mère porteuse), consiste en l'ordonnance délivrée par le médecin, qui se concrétise par le contrat passé entre la mère porteuse et les parents commanditaires et la remise du produit fini, l'enfant.

**L'évaluation du bénéfice thérapeutique se fera selon les mêmes critères que pour le médicament :** sa qualité, sa sécurité et son efficacité. En l'espèce, si la « qualité » de l'enfant à naître n'est pas appréciée par les parents pour cause de handicap ou autres, sera-t-il supprimé du marché ? La sécurité de la mère porteuse et de l'enfant n'est pas garantie au regard des risques liés à la grossesse, à la FIV et au choc de la séparation ; enfin, peut-on vraiment penser que la GPA est le seul remède efficace à la stérilité ?

---

<sup>1</sup> Audition de Sylviane Agacinski au Sénat le 1<sup>er</sup> avril 2008.

<sup>2</sup> Anne-Marie de Vilaine, « *L'homme machine, la femme cobaye, les bébés éprouvettes et les enfants de la science* », in *Colloque génétique, procréation et droit.*

**Le continuum de la vie<sup>1</sup> est segmenté**, éclaté entre différents agents, et finalement à bien y regarder de près, par l'intermédiaire du pouvoir médical, est relativisée la part des femmes dans la reproduction pour fabriquer dans l'éprouvette un nouveau concept de mère : des **femmes-médicaments**, ou des mères outils de production, des sacs a-t-on même pu entendre de la part d'une mère porteuse<sup>2</sup>.

> **Un corps exploité**

**Autoriser la maternité de substitution peut aussi conduire à exploiter la misère humaine.** Affirmer qu'il ne peut y avoir que compensation ou dédommagement, c'est se cacher derrière des mots qui ne freineront pas le développement du marché, ni le prix que l'on veut bien mettre pour acquérir un « bien » non-vendable<sup>3</sup>. Est-il possible de croire que des femmes en situation de vulnérabilité et de difficultés de tous ordres donneront **leur consentement librement** ? Pourquoi des **réseaux de femmes** de toutes nationalités qui louent leur corps pour soulager la détresse des couples infertiles se développent-ils ? Et si toutefois, il n'y avait pas dédommagement, comment imaginer que la filiation saisie par la technique ne serait pas conduite à exploiter la misère psychologique de certaines femmes, avec toutes ses conséquences pour le devenir de l'enfant. Ainsi quoiqu'il en soit, la GPA porte en ce sens une atteinte grave au principe de **non patrimonialité du corps humain**.

> **Le bébé sur ordonnance :**

Tout enfant est le fruit du désir de ses parents mais on ne peut négliger la dérive contenue dans la GPA. Elle ouvre en fait la possibilité de choix d'un enfant sur commande devenu objet d'un échange nécessairement marchand et donc lui-même réifié.

**=> En devenant mère porteuse, la femme se trouve réifiée en femme-médicament, et l'enfant, en bébé sur ordonnance.**

---

<sup>1</sup> Cf. Maurice Auroux, *De l'embryon à la personne, 2006 : Le développement de la personne résulte d'un continuum qui empêche la biologie de repérer un stade du développement prénatal où le conceptus serait à coup sûr, partiellement humain avant, totalement humain après. L'auteur met en exergue dans son ouvrage l'influence mêlée des gènes et de l'environnement, de l'inné et de l'acquis, sur la constitution de la personne, et ce, du stade embryonnaire au stade adulte.*

<sup>2</sup> Audition par l'Académie Nationale de Médecine de Myriam Szejer, pédopsychiatre et psychanalyste à la maternité Antoine-Béclère : elle cite une mère porteuse qui se voit refuser par le couple adoptant la prise en charge de frais de baby sitting alors que son état de grossesse l'empêche de s'occuper de ses propres enfants.

<sup>3</sup> Pour preuve, en mai 2008, le tribunal d'Utrecht a validé la vente de la petite Donna, née d'une mère porteuse belge qui l'avait revendue pour 15 000 euros à un couple de Néerlandais, après l'avoir promise pour 8 000 euros à un couple belge dont l'homme est le père biologique. Il s'agit bien de commercialisation du corps humain.

### **C. Les conséquences médicales**

D'un point de vue médical, il convient de ne pas occulter des risques médicaux et psychiques de toute gestation qui jouent pourtant un rôle fondamental pendant la grossesse d'une part pour la femme, et d'autre part pour la construction psychique de l'enfant.

#### **1. Risques médicaux**

On présente la GPA comme une solution technique sans danger au résultat garanti. Si les plans de périnatalité ont permis de diminuer la mortalité périnatale, il n'en reste pas moins vrai que **les grossesses GPA ne font pas l'économie des risques de toute grossesse :**

- 2 % de grossesses extra-utérines,
- 11 % de fausses couches,
- entre 15 et 20 % de césariennes,
- 3 % de complications liées au risque d'anesthésie à l'issue d'une césarienne, au diabète, à l'hyper tension,
- à l'hystérectomie,
- voire à une hémorragie de la délivrance entraînant le décès.

#### **Pour l'enfant peuvent survenir des problèmes liés :**

- à la prématurité (7 %),
- à un placenta prævia,
- à un faible poids (9 %),
- à un très faible poids, c'est-à-dire moins de 1800 g (3 %),
- ou à un cordon mal placé entraînant une anoxie,
- à des pathologies survenant à la naissance ou après la naissance (pathologies neurologiques par exemple).

De plus, comme dans le cadre de toute fécondation *in vitro* (FIV), **avant la conception, la gestatrice devra subir des traitements hormonaux**, non sans incidence sur sa santé, pour préparer sa matrice à recevoir l'embryon. Mais il y a aussi des risques de santé pour l'enfant du fait des manipulations prénatales.<sup>1</sup>

#### **2. Risques psychiques**

**Quant aux risques psychiques, ils sont bien présents pour la gestatrice<sup>2</sup>**, notamment au moment de la naissance de l'enfant lorsque celui-ci lui est enlevé : *« Il reviendra ultérieurement aux psychanalystes d'analyser les fantasmes et les projections de la mère gestatrice qui a porté et nourri un*

---

<sup>1</sup> « De l'embryon à la personne » Maurice Auroux 2006.

<sup>2</sup> Audition de l'UNAF au Sénat le 19 février 2008.

*fœtus pendant neuf mois et a eu avec lui des échanges variés, tant physiologiques que psychologiques. »<sup>1</sup>*

**Mais ils le sont surtout pour l'enfant dont la vie intra-utérine conditionne le développement ultérieur.** La GPA est une « *pratique qui méconnaît les liens qui se créent entre une mère et son enfant au cours de la grossesse et qui instrumentalise le corps de la femme* »<sup>2</sup>. La vie anténatale a des conséquences, tant sur le corps que sur le psychisme de l'enfant, et à vouloir l'ignorer on risque des conduites dont les enfants seraient les victimes à leur insu<sup>3</sup>.

**Ainsi, entre la gestatrice et l'embryon puis le fœtus circulent des cellules embryonnaires et fœtales.**<sup>4</sup> Plus tard, l'enfant peut être affecté au **niveau psychique** dans son développement par l'indifférence que lui aurait témoignée la femme qui le porte durant sa grossesse.<sup>5</sup> Nous ne pouvons donc faire comme si la vie intra-utérine n'influaient pas sur le comportement futur de l'enfant : au sein de la mère, il est **influencé par son environnement**. C'est *in utero* que se développent les **fonctions sensorielles et émotionnelles**.

### **3. Une construction identitaire mise à mal**

Si le don de sperme, d'ovule, d'embryon est rigoureusement **anonyme, la GPA ne peut pas l'être. Or les inconvénients de l'absence d'anonymat sont rigoureusement identiques, et les risques juridiques, psychologiques et autres qu'évite normalement l'anonymat vont se produire en matière de GPA.** On peut parfaitement imaginer que l'enfant devenu adulte, rejette sa famille d'adoption et entende exercer des droits à l'égard de sa mère de naissance.

La séparation de la mère gestatrice et de l'enfant laisse une trace qui peut ressurgir même vingt ans plus tard. Le fait d'être porté par une autre femme que celle qui sera sa mère lui rend délicat le fait de se situer par rapport à ses origines et au sein de la famille<sup>6</sup> et augmentera un peu plus ses difficultés à maîtriser le réel<sup>7</sup>. La vie prénatale est une période d'apprentissage des repères sensoriels et émotionnels qui vont servir de fil conducteur pour le nouveau-né. Si le bébé change de mère à la naissance, il perd tous les repères

---

<sup>1</sup> *Les Cahiers du C.C.N.E. n°46, 2006 « La gestation pour autrui peut-elle devenir une indication d'assistance médicale à la procréation ? » de Geneviève Delaisi de Parseval, psychanalyste, et de Valérie Depadt-Sebag, maître de conférences à l'université de droit de l'Université Paris 13.*

<sup>2</sup> *Audition de Chantal Lebatard le 13 décembre 2005 pour la mission d'information sur la famille et les droits des enfants présidée par P. Bloche et rapportée par V. Péresse – p.179.*

<sup>3</sup> *Audition par l'Académie Nationale de Médecine de Myriam Szejer, pédopsychiatre et psychanalyste à la maternité Antoine-Béclère.*

<sup>4</sup> *C'est de la sécrétion de sérotonine maternelle que dépend le contrôle de la morphogénèse du cerveau de l'embryon car ce dernier ne la sécrète pas encore et pourtant elle est nécessaire au développement neuronal. Les cellules fœtales restent présentes dans le sang maternel au moins 27 ans après la naissance.*

<sup>5</sup> *Audition de François Terré au Sénat le 22 janvier 2008.*

<sup>6</sup> *Note d'Aude Mirkovic, Maître de conférences en droit privé à l'Université d'Evry Val d'Essonne, Codirectrice du Master 2 Droit des biotechnologies.*

<sup>7</sup> *Audition de Paul Yonnet au Sénat le 5 février 2008.*

sensoriels, communicatifs et affectifs acquis durant la gestation. N'oublions donc pas que les aspects biologiques jouent un rôle fondamental dans la construction psychique de l'enfant et que « *l'identité généalogique est fondamentale, structurante pour tout être humain.* »<sup>1</sup>

**=> Outre les risques médicaux pour la mère porteuse, la GPA a des effets psychiques pour l'enfant dans la construction de son identité.**

\*\*\*\*\*

La légalisation de la gestation pour autrui induit des conséquences juridiques, anthropologiques et médicales incontournables, dont le législateur aura à répondre puisqu'elle **remet en cause des principes juridiques fondamentaux, puisqu'elle légalise l'abandon, puisqu'elle bouleverse la filiation, puisqu'elle réifie la femme, puisqu'elle contribue à l'exploitation de la misère humaine, puisqu'elle comporte des risques pour la santé de la mère et qu'elle fragilise la construction identitaire de l'enfant.**

Au terme d'une longue réflexion et de mois d'auditions, il apparaît donc que la légalisation de la GPA est une mauvaise réponse à une question mal posée et les raisons pour lesquelles la jurisprudence et le législateur se sont opposés aux maternités de substitution apparaissent valables. Comme l'a noté Hélène Gaumont-Prat lors de l'audition publique de l'OPECST<sup>2</sup> du 29 novembre 2007 : « *il y a une différence éthique entre accompagner des situations en permettant l'établissement juridique de la filiation dans certains cas spécifiques, et institutionnaliser une pratique qui reste d'exception* ». Ce n'est pas l'amour dont sera aimé l'enfant qui est en cause mais les circonstances objectives qui lui sont imposées pour venir au monde.

C'est pourquoi pour répondre à la souffrance des couples stériles, il m'apparaît opportun, d'une part, de demander une véritable **politique de la recherche** sur la stérilité avec un financement à la hauteur des espoirs placés en elle et d'autre part, **de réformer les règles relatives à l'adoption qui reste l'alternative incontournable (qu'a-t-on fait du rapport Colombani, remis au Président de la République au mois de mars ?).**

**Marie-Thérèse Hermange,**

Sénateur de Paris

Membre du Comité consultatif national d'éthique

Membre correspondant de l'Académie nationale de médecine

---

<sup>1</sup> Catherine Labrousse-Riou, professeur de droit (Université Paris I).

<sup>2</sup> Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques.

## ANNEXE 1

### LISTE DES PERSONNES ENTENDUES

#### Ministère de la justice

**Mme Pascale Fombeur**, directrice des affaires civiles et du sceau

#### Ministère de la santé, de la jeunesse, des sports et de la vie associative

**Mme Sophie Delaporte**, directrice adjointe de la direction générale de la santé

#### Juridictions judiciaires

##### *Cour de cassation*

**Mme Françoise Moneger**, conseiller à la première chambre civile

**M. Jean-Dominique Sarcelet**, avocat général à la première chambre civile

##### *Cour d'appel de Paris*

**Mme Frédérique Bozzi**, conseiller

##### *Tribunal de grande instance de Nantes*

**M. Pierre Lecat**, vice-procureur chargé du service de l'état civil

#### Défenseur des enfants

**Mme Dominique Versini**, Défenseure des enfants

#### Comité consultatif national d'éthique (CCNE)

**Pr Alain Grimfeld**, président

#### Agence de la biomédecine

**Mme Carine Camby**, directrice générale

#### Académie des sciences morales et politiques

**M. François Terré**, président, professeur émérite de l'université Paris 2

#### Avocats

**Me Odile Belinga**, membre du Conseil national des barreaux

**Me Florence Achache**, membre du conseil de l'ordre des avocats de Paris

**Me Françoise Le Tallec**, membre du Bureau de la Conférence des bâtonniers

#### Philosophes

**Mme Sylviane Agacinski**, philosophe, professeur à l'école des hautes études en sciences sociales

**Mme Elisabeth Badinter**, philosophe

### Sociologues

**Mme Irène Théry**, sociologue

**Mme Anne Cadoret**, ethnologue, chargée de recherche au CNRS, membre du groupe de recherche et d'analyse du social et de la sociabilité (GRASS)

**Mme Marcela Iacub**, chercheuse au CNRS

**M. Paul Yonnet**, sociologue

### Psychiatres et psychanalystes

**Mme Geneviève Delaisi de Parseval**, psychanalyste

**Mme Sophie Marinopoulos**, psychanalyste et psychologue clinicienne au CHU de Nantes

**Mme Elisabeth Roudinesco**, psychanalyste et historienne

**M. Marcel Rufo**, professeur des universités, pédopsychiatre, chef de service de l'unité d'adolescents « Espace Arthur » au CHU Sainte-Marguerite à Marseille

**M. Pierre Lévy-Soussan**, psychiatre

Contribution écrite de **M. Bernard Golse**, chef du service de pédopsychiatrie à l'Hôpital Necker

### Médecins

**M. Claude Sureau**, professeur honoraire de gynécologie-obstétrique à l'université Paris 5, président honoraire de l'Académie nationale de médecine, membre du Comité consultatif national d'éthique

**M. Claude Huriet**, professeur de médecine, président de l'Institut Curie, ancien sénateur

**M. Axel Kahn**, président de l'université Paris 5-Descartes, président de l'Institut Cochin

**M. Israël Nisand**, chef de service de gynécologie-obstétrique au centre médico-chirurgical et obstétrical (SIHCUS-CMCO) de Strasbourg

**M. René Frydman**, chef de service de gynécologie-obstétrique à l'hôpital Antoine-Béclère à Clamart

**M. Jean-Louis Leroy**, professeur de gynécologie obstétrique à la faculté de médecine de Lille, consultant de gynécologie à l'hôpital de Tourcoing

**Mme Maryse Leroy**, gynécologue à l'hôpital Jeanne-de-Flandre de Lille

**M. Jean-Luc Pouly**, gynécologue au CHU de Clermont-Ferrand

**M. Maurice Auroux**, embryologiste

## Associations

### *Association Clara*

**M. Dominique Mennesson**, co-président  
**Mme Sylvie Mennesson**, co-présidente  
**Mme Nathalie Boudjerada**, avocate

### *Association Maïa*

**Mme Laure Camborieux**, présidente  
**Mme Sandra Saint-Laurent**, membre

### *Association des parents gays et lesbiens (APGL)*

**M. Sylvain Rolland**, secrétaire général  
**Mme Marie-Pierre Micoud**, vice-présidente

### *Familles de France*

**M. Henri Joyeux**, président  
**Mme Christiane Therry**, déléguée générale

### *Union nationale des associations familiales (UNAF)*

**Mme Chantal Lebatard**, administratrice  
**Mme Sophie Maggiani**, chargée de mission

### *Confédération nationale des associations familiales catholiques*

**Mme Clothilde Brunetti**, responsable du secteur juridique  
**Mme Emmanuelle Brunelle**, membre de la commission juridique

### *Association « La cause des bébés »*

**Mme Myriam Szejer**, pédopsychiatre, présidente

## Professeurs de droit

**M. Jean Hauser**, professeur de droit, directeur du Centre européen de recherche sur la famille et les personnes de l'université Montesquieu-Bordeaux 4

**Mme Frédérique Granet**, professeur de droit privé à l'université Robert Schuman de Strasbourg, directrice du centre de droit privé fondamental

**M. Pierre Murat**, professeur de droit privé à l'université Grenoble 2

**Mme Frédérique Dreifuss-Netter**, professeur de droit à l'université Paris 5, directrice du centre de recherches en droit médical

**Mme Hélène Gaumont-Prat**, professeur à l'université Paris 8, directrice du laboratoire de droit médical et de droit de la santé

**M. Xavier Labbé**, professeur de droit et d'éthique médicale à l'université Lille 2

Contribution écrite de **Mme Françoise Dekeuwer-Defossez**, professeure émérite de l'université de Lille 2

Représentants de cultes et d'associations philosophiques

**M. Jean-Pierre Pilorge**, grand secrétaire de la Grande Loge Nationale Française

**M. Bernard Cohen-Hadad**, conseiller de l'ordre, grand trésorier adjoint du Grand Orient de France

**Pasteur Louis Schweitzer**, professeur d'éthique à la Faculté théologique Evangélique de Vaux sur Seine, ancien secrétaire général de la Fédération protestante de France

**Monseigneur Michel Aupetit**, vicaire général du diocèse de Paris

**M. Daniel Dahan**, grand rabbin de Nancy

**M. Mohamed Aiouaz**, représentant du culte musulman

Personnalité qualifiée

**Mme Marie-Christine Le Boursicot**, magistrate, membre du Conseil supérieur de l'adoption

## ANNEXE 2

### DÉPLACEMENT À LONDRES

---

**Membres de la délégation : Mme Michèle André, présidente, M. Alain Milon, M. Henri de Richemont, rapporteurs, Mme Marie-Thérèse Hermange, vice-présidente, M. Jean-Pierre Michel, vice-président, M. François Autain, Mme Alima Boumediene-Thiery, M. Yves Détraigne, Mme Muguette Dini et Mme Catherine Troendle.**

Jeudi 15 mai 2008

- Entretien avec **Mme Gwen Skinner**, senior executive officer au ministère de la santé, chargé notamment des questions relatives à l'infertilité, la gestation pour autrui, la fécondation *in vitro*
- Vidéoconférence avec **Mme Lucy Taylor**, avocate au cabinet « Young and Lee » à Birmingham, spécialiste du droit de la famille et de la filiation
- Entretien avec **Mme Françoise Shenfield**, médecin des hôpitaux à l'University College de Londres, spécialiste de la stérilité, membre du comité d'éthique de l'ESHRE (société européenne de reproduction) et de la FIGO (International Federation of Gynecology and Obstetrics), ancien membre de la HFEA (Human Fertilisation and Embryology Authority)
- Entretien avec **M. Robin Carter**, co-fondateur de l'agence de mise en relation « COTS », ainsi que **Mme Carol O'Reilly**, responsable de l'agence Surrogacy UK et elle-même mère de substitution
- Entretien avec des juges et des experts :
  - **The Rt. Hon Lord Justice Thorpe**, Head of International Family Justice for England and Wales
  - **Mme Eleanor King**, High Court family division, magistrate
  - **M. Peter Jackson**, Queen's Counsel, avocat spécialisé en droit de la famille
  - **Mme Janet Bazley**, Queen's Counsel, avocate spécialisée en droit de la famille
  - **Mme Emily Jackson**, professeur de droit, membre de la HFEA



### ANNEXE 3

## COMPTE RENDU DE LA RÉUNION CONJOINTE DE LA COMMISSION DES AFFAIRES SOCIALES ET DE LA COMMISSION DES LOIS DU 25 JUIN 2008

Les commissions des lois et des affaires sociales ont entendu la présentation par **MM. Henri de Richemont** et **Alain Milon** du **rapport d'information** du **groupe de travail** créé en commun **sur la maternité pour autrui**.

**M. Jean-Jacques Hyst**, **président de la commission des lois**, a souligné que la maternité pour autrui soulève des questions relevant des lois de bioéthique et du droit de la filiation, complexes, délicates et fortement médiatisées. Il s'est réjoui de la constitution d'un groupe de travail commun aux deux commissions et a salué la qualité de la réflexion menée par ses seize membres.

A son tour, **M. Nicolas About**, **président de la commission des affaires sociales**, a confirmé la très grande qualité des travaux conduits sur ce thème difficile et humainement délicat.

A titre liminaire, **Mme Michèle André**, **présidente du groupe de travail**, a souligné la qualité des échanges entre les membres du groupe de travail et a jugé très enrichissante la confrontation des approches différentes des commissions des lois et des affaires sociales. Elle a précisé qu'elle s'était efforcée, tout au long de ces travaux, de permettre à l'ensemble des points de vue de s'exprimer.

Avant de formuler ses recommandations, le groupe de travail a organisé une cinquantaine d'auditions afin de recueillir les observations et l'expérience de celles et ceux qui, philosophes, sociologues, ethnologues, médecins, psychiatres, psychanalystes, professeurs de droit, magistrats, avocats, représentants d'associations, d'administrations ou d'organismes publics, s'intéressent de longue date à ce sujet sensible. Une délégation de dix sénateurs s'est en outre rendue au Royaume-Uni, où la maternité pour autrui est autorisée, afin de tenter de tirer les leçons de l'application d'une législation vieille de plus de vingt ans.

Laissant aux deux rapporteurs le soin de présenter le contenu des recommandations adoptées la veille par une majorité de membres du groupe de travail, elle a sollicité, en leur nom, l'autorisation de publier leur rapport.

**M. Alain Milon, corapporteur du groupe de travail**, a d'abord fait valoir que le législateur ne doit pas être en retard par rapport à la science. Il est donc urgent qu'il réfléchisse à la maternité pour autrui qui se développe déjà depuis une vingtaine d'années, y compris en France mais de manière illégale.

La maternité pour autrui est une expression générique qui recouvre deux situations : la procréation pour autrui et la gestation pour autrui. Lorsque la femme qui porte l'enfant est sa mère génétique et que le père génétique de l'enfant est son père intentionnel ou un tiers donneur, on parle de procréation pour autrui. Lorsque la mère génétique de l'enfant n'est pas la femme qui le porte, mais sa mère d'intention ou une tierce donneuse, et que le père génétique de l'enfant est son père intentionnel, on parle de gestation pour autrui.

**M. Henri de Richemont, corapporteur du groupe de travail**, a indiqué que la gestation et la procréation pour autrui sont strictement prohibées en France et passibles de sanctions civiles et pénales mais que cette prohibition est contournée grâce à la diversité des législations nationales. De nombreux couples stériles n'hésitent donc pas à se rendre à l'étranger, dans les pays où la maternité pour autrui est légale ou tolérée - Etats-Unis, Canada, Royaume-Uni ou Belgique par exemple. A leur retour en France, ils ne font généralement pas l'objet de poursuites pénales mais ne peuvent en principe faire établir la filiation de l'enfant à l'égard de sa mère d'intention. Toutefois, en octobre 2007, la cour d'appel de Paris a validé la transcription sur les registres de l'état civil français des actes de naissance américains de jumelles nées d'une gestation pour autrui en Californie.

Or, il n'appartient pas aux juges, mais au législateur, de lever l'interdiction de la maternité pour autrui, et il serait hypocrite et discriminatoire de maintenir en France l'interdiction des maternités pour autrui tout en reconnaissant la validité de celles qui sont pratiquées légalement à l'étranger : seuls les couples aisés pourraient ainsi en bénéficier, dans des conditions qui pourraient parfois être jugées contraires au principe de dignité de la personne humaine. En outre, il est à son sens injuste que l'accès aux techniques de procréation médicalement assistée soit ouvert à la femme privée de la possibilité de concevoir mais pas de porter un enfant et refusé à la femme privée de la possibilité de porter mais pas de concevoir un enfant.

Pour ces raisons, le groupe de travail a préconisé d'autoriser et d'encadrer la gestation pour autrui en la soumettant à un régime légal, et non contractuel.

Le transfert d'embryon serait subordonné à une décision du juge judiciaire, qui devrait vérifier les agréments, recueillir les consentements écrits des parents intentionnels et de la gestatrice ainsi que, le cas échéant, celui du conjoint, du concubin ou du partenaire de Pacs de cette dernière, les informer des conséquences de leur engagement au regard notamment du droit de la filiation, fixer le montant du dédommagement devant être versé par le couple bénéficiaire à la gestatrice, ce montant pouvant être révisé en cas d'évènement imprévu au cours de la grossesse.

Présentant les règles relatives à l'établissement de la filiation de l'enfant, **M. Henri de Richemont, corapporteur du groupe de travail**, a indiqué que la gestatrice se verrait reconnaître un « droit de repentir » : si elle désirait devenir la mère légale de l'enfant, elle devrait en exprimer la volonté dans le délai de la déclaration de naissance, soit trois jours à compter de l'accouchement ; son nom figurerait alors dans l'acte de naissance et les règles du droit commun de la filiation s'appliqueraient. Dans l'hypothèse la plus probable où la gestatrice n'aurait pas exprimé le souhait de devenir la mère légale de l'enfant dans ce délai, les noms des parents intentionnels seraient automatiquement inscrits sur les registres de l'état civil en exécution de la décision judiciaire ayant autorisé le transfert d'embryon et sur présentation de celle-ci par toute personne intéressée, notamment le représentant du ministère public ; ainsi, l'enfant ne pourrait être privé de filiation et les bénéficiaires

de la gestation pour autrui ne pourraient se rétracter au dernier moment, au motif par exemple qu'ils se seraient séparés ou que l'enfant serait handicapé, pour se soustraire à leurs obligations légales de parent.

Enfin, l'interdiction d'établir la filiation maternelle des enfants nés de maternités pour autrui pratiquées à l'étranger en violation des règles d'ordre public édictées par la loi française serait maintenue, ce caractère d'ordre public étant destiné à éviter de reconnaître les effets en France de pratiques contraires au principe de dignité de la personne humaine. En revanche, à titre transitoire, la filiation maternelle d'un enfant né d'une maternité pour autrui avant l'entrée en vigueur de la réforme pourrait être établie si ses parents intentionnels remplissent les conditions d'éligibilité prévues par le groupe de travail.

**M. Jean-Jacques Hyst, président de la commission des lois**, a indiqué que l'objet de la réunion était d'informer les commissions des lois et des affaires sociales des conclusions adoptées par le groupe de travail qu'elles ont constitué, et de solliciter leur autorisation de publier le rapport qu'il a établi, sans être aucunement engagées par ses recommandations.

Après avoir elle aussi affirmé que les recommandations formulées par la majorité des membres du groupe de travail n'engageraient ni la commission des lois ni la commission des affaires sociales, **Mme Michèle André, présidente du groupe de travail**, a fait observer que le législateur ne pouvait feindre d'ignorer le développement de pratiques clandestines sur le territoire national, abondamment évoqué dans la presse.

**M. Paul Blanc** s'est déclaré perplexe sur la portée de l'autorisation de publication : dès lors que les médias ont déjà révélé les grandes lignes du rapport, les commissaires sont contraints, de fait, d'autoriser sa publication, ce qui revient, pour l'opinion publique, à en valider les conclusions. Or, il est pour sa part résolument opposé à légaliser la maternité pour autrui.

**M. Nicolas About, président de la commission des affaires sociales,** a rappelé qu'un groupe de travail, une fois ses recommandations arrêtées, se charge d'en faire connaître les conclusions. C'est précisément ce que M. Paul Blanc lui-même avait fait, à juste titre, lorsqu'il était en charge du rapport d'information sur la compensation du handicap. Cependant, il est singulier que des informations essentielles aient été divulguées dans la presse bien avant la publication, alors même que les orientations du rapport n'avaient pas encore été fixées. L'objet de cette réunion, toutefois, n'est pas d'adopter une loi, mais de décider si les travaux du groupe de travail doivent être rendus publics.

Puis **M. Alain Milon, corapporteur du groupe de travail,** a présenté les arguments invoqués par les opposants à la maternité pour autrui. Elle serait contraire aux principes de la dignité humaine car elle consisterait à faire du corps des femmes une marchandise, une machine à enfanter disponible à la location. La Cour de cassation considère même que la gestation pour autrui est contraire aux principes de l'indisponibilité du corps humain et de l'indisponibilité de l'état des personnes. Enfin, il existerait une grande incertitude sur les conséquences sanitaires et psychologiques pour l'enfant qui va naître et la femme qui l'a porté.

Après cinq mois de réflexion, le groupe de travail a considéré que la maternité pour autrui ne viole pas la dignité de la personne humaine, dès lors qu'elle constitue un don réfléchi et limité dans le temps d'une partie de soi, au même titre qu'avec le don de gamètes ou le don d'organes. La maternité pour autrui n'est pas non plus contraire à l'intérêt de l'enfant puisque celui-ci est longtemps désiré et attendu par ses parents intentionnels. Enfin, la légalisation de la maternité pour autrui n'implique, dans l'esprit du groupe de travail, ni une contractualisation de la filiation, ni la reconnaissance d'un droit à l'enfant.

Il a ensuite précisé les conditions d'éligibilité strictes des éventuels bénéficiaires de la gestation pour autrui telles qu'envisagées par le groupe de travail. Ceux-ci devraient former un couple composé de personnes de sexe différent, mariés ou en mesure de justifier d'une vie commune d'au moins deux années, en âge de procréer et domiciliés en France. La femme devrait se trouver dans l'impossibilité de mener une grossesse à terme ou de la mener sans danger pour sa santé ou celle de

l'enfant à naître. L'un des deux membres du couple, au moins, devrait être le parent génétique de l'enfant.

La gestatrice ne pourrait pas être la mère génétique de l'enfant. Elle devrait déjà avoir eu au moins un enfant, sans avoir rencontré de difficultés particulières pendant la grossesse. Une même femme ne pourrait mener plus de deux grossesses pour le compte d'autrui. Une mère ne pourrait pas porter un enfant pour sa fille, mais la gestation pour une sœur ou une cousine ne serait pas interdite : elle relèverait de l'appréciation d'une commission pluridisciplinaire placée sous l'égide de l'agence de la biomédecine. La gestatrice devrait enfin être domiciliée en France.

Enfin, les couples et les mères porteuses devraient faire l'objet d'un agrément, destiné à vérifier leur état de santé physique et psychique et qui serait délivré par la même commission pluridisciplinaire. Une habilitation spécifique pour pratiquer la gestation pour autrui devrait être exigée des praticiens et des centres de procréation médicalement assistée. Les médecins appelés à apporter leur concours à une gestation pour autrui ne pourraient siéger au sein de ladite commission.

**Mme Isabelle Debré** s'est interrogée sur les effets potentiellement angoissants de la gestation pour autrui sur les propres enfants de la mère porteuse : ne vont-ils pas s'inquiéter du sort réservé à l'enfant porté par leur mère ainsi que de leur propre sort en la voyant le remettre au couple intentionnel ?

**M. Alain Milon, corapporteur du groupe de travail**, a répondu que, selon l'avis même de psychanalystes entendus par le groupe de travail, les enfants peuvent surmonter cette crainte, à partir du moment où la situation leur est clairement expliquée par leur mère.

Répondant à une question de **M. Louis Souvet**, il a déclaré que les estimations disponibles laissent penser que quatre cents couples français recourent chaque année aux services d'une mère de substitution, sur le territoire national ou à l'étranger. Grâce à Internet, il est aujourd'hui très facile de contacter une femme acceptant d'être mère porteuse.

**M. Henri de Richemont, corapporteur du groupe de travail**, a fait observer que les magistrats britanniques rencontrés à Londres ont manifesté un grand intérêt pour les recommandations susceptibles d'être présentées par le groupe de travail, en estimant que le cadre défini par les lois de 1985 et 1990 n'était peut-être pas assez strict. Il a ajouté que nombre de couples infertiles français prennent contact par Internet avec des femmes prêtes à porter un enfant pour le compte d'autrui puis se rendent avec elles en Belgique pour y bénéficier d'une intervention médicale.

Rappelant que plusieurs pays ont autorisé ou tolèrent la maternité pour autrui, **Mme Michèle André, présidente du groupe de travail**, a insisté sur le fait que les recommandations du groupe de travail sont le fruit d'une longue réflexion et tentent de trouver un point d'équilibre entre des positions opposées. Chaque membre du groupe a d'ailleurs eu la possibilité de fournir une contribution personnelle écrite annexée au rapport.

**M. Jean-Jacques Hyst, président de la commission des lois**, a constaté l'utilité de l'information apportée aux membres de la commission des lois et de la commission des affaires sociales sur la teneur du rapport de leur groupe de travail commun. Il a en outre rappelé que l'ensemble des sénateurs des deux commissions avaient eu la possibilité d'assister aux auditions organisées par le groupe.

**Mme Michèle André, présidente du groupe de travail**, a estimé qu'il faut faire œuvre de pédagogie pour que chacun comprenne ce qu'est un groupe de travail et qu'avant de pouvoir recevoir une traduction législative, les recommandations formulées dans un rapport d'information doivent d'abord faire l'objet d'une proposition de loi. Cette proposition de loi peut ensuite être examinée par les commissions et adoptée par les deux assemblées.

Constatant que la maternité pour autrui suscite un important débat de société, elle a jugé essentiel que les parlementaires s'en saisissent et sachent ouvrir des voies d'avenir. Le groupe de travail a organisé de très nombreuses auditions, entendant des personnes aux points de vue variés, et ces auditions ont conduit plusieurs sénateurs à évoluer dans leur réflexion.

**Mme Sylvie Desmarescaux** a souhaité savoir s'il est possible, dans le cadre d'une gestation pour autrui, de connaître les parents, et notamment le père, avec certitude : l'implantation d'embryon du couple intentionnel empêche-t-elle qu'un ovule de la mère porteuse soit fécondé naturellement par un spermatozoïde de son mari et que l'enfant qui naît soit en réalité issu de leurs propres gamètes ?

**M. Nicolas About, président de la commission des affaires sociales,** a fait remarquer que, contrairement à sa filiation maternelle, la filiation paternelle d'un enfant a, jusqu'à la découverte des tests génétiques, toujours été incertaine.

**M. Alain Milon, corapporteur du groupe de travail,** a expliqué que les cas de surfécondation sont extrêmement rares et que l'implantation d'un œuf exclut, dans la quasi-totalité des cas, la création d'un deuxième embryon.

**M. Henri de Richemont, corapporteur du groupe de travail,** a précisé qu'aux Etats-Unis, les gestatrices s'engagent à ne pas avoir de rapports sexuels non protégés pendant la période entourant l'insémination artificielle ou le transfert d'embryon.

**Mme Marie-Thérèse Hermange** a rappelé l'histoire tragique, connue sous le nom de l'affaire « Alma Mater », d'un couple américain ayant loué les services d'une mère porteuse pour 15 000 dollars et qui n'avait pas voulu de l'enfant une fois né, en raison de son handicap. Ce refus avait conduit la mère porteuse à intenter un procès révélant, par l'étude des groupes sanguins, que l'enfant était en réalité celui de la mère porteuse et de son mari.

Cette affaire montre bien les dangers susceptibles de survenir en cas de gestation pour autrui. Celle-ci ne doit pas être légalisée, à son sens, pour trois raisons : d'abord, un enfant, né d'une mère porteuse à l'étranger, n'est jamais privé de filiation, ni maternelle, ni paternelle : il dispose, dans tous les cas et sans exception, des actes de naissance étrangers qui établissent sa filiation, aussi bien à l'égard de sa mère intentionnelle que de son père intentionnel. Ces actes sont souvent transcrits à la demande des parents par l'officier français de l'état civil consulaire qui dresse alors un acte de naissance français établissant la filiation de l'enfant à l'égard

des deux parents. Si les parents ne souhaitent pas, par peur d'être découverts, faire transcrire les actes de naissance étrangers, ils peuvent de toute façon obtenir tous les papiers d'identité français (passeport ou carte d'identité) pour leur enfant en vertu de l'article 47 du code civil. Selon les associations, une centaine de couples vont chaque année à l'étranger depuis 2000. Il y aurait donc eu sept cents cas entre 2000 et 2007. Or, le vice-procureur du TGI de Nantes a indiqué que, pour la même période, le TGI avait eu connaissance de quinze cas, ce qui signifie que seulement 2 % des couples rencontrent un problème juridique.

Ensuite, la gestation pour autrui est un abandon d'enfant puisqu'elle consiste à autoriser une mère à donner consciemment son enfant à un autre couple. L'enfant aura une filiation très compliquée qui ne pourra que lui poser des problèmes psychiques lourds : comment fera-t-il, à l'adolescence et à l'âge adulte, pour se positionner par rapport à ses quatre parents potentiels ? Par ailleurs, quelle sera sa situation si ses parents intentionnels meurent, par exemple dans un accident de voiture avant sa naissance ? Que se passera-t-il si la mère porteuse est atteinte du VIH lors de la grossesse ?

Enfin, la légalisation des femmes porteuses revient à transformer le corps des femmes en médicament : celui-ci devient le remède par lequel la société apporte une solution aux problèmes de stérilité de certains couples.

**M. Nicolas About, président de la commission des affaires sociales,** a fait valoir que la tragédie de l'affaire « Alma Mater » est largement due au fait que la mère porteuse était également la mère génitrice, ce que les rapporteurs préconisent justement d'interdire. Par ailleurs, la gestation pour autrui n'est pas, à son sens, un droit à abandonner l'enfant, mais un don de soi qui permet de donner la vie. En cela, elle se rapproche du don d'organes, bien qu'elle représente un sacrifice moins important, puisque la donneuse ne se sépare pas définitivement d'une partie d'elle-même. Enfin, le premier droit de l'enfant est d'être désiré et aimé et, dans le cadre d'une gestation pour autrui, il est incontestable que ce droit est respecté.

**M. Alain Milon, corapporteur du groupe de travail**, a précisé que, dès lors qu'elle n'en est pas la mère génétique, la mère porteuse ne pourra pas transmettre de maladie génétique à l'enfant qu'elle porte. De plus, l'objet de l'agrément sera justement de vérifier, dans la mesure du possible, sa santé physique et mentale.

**M. Henri de Richemont, corapporteur du groupe de travail**, a déclaré que les recommandations du groupe de travail sont précisément guidées par le souci de l'intérêt de l'enfant, en permettant aux enfants nés d'une gestation pour autrui d'avoir une filiation maternelle. Il a estimé que ces enfants ne seront pas brutalement abandonnés mais au contraire profondément et longuement désirés.

**M. Alain Vasselle**, a considéré que la possibilité d'un « dédommagement raisonnable » ouvre la porte à une rémunération déguisée. Par ailleurs, le législateur n'a jamais voulu, au nom du respect de la vie privée, rendre obligatoire le test VIH : ne serait-on pas obligé de franchir cette limite dans le cas de la gestation pour autrui ? Etant donné la sensibilité du sujet traité par le rapport, il est d'avis qu'il vaudrait mieux surseoir à statuer sur la publication du rapport et reprendre le problème au moment de l'examen d'un futur projet de loi de réforme des lois de bioéthique.

**M. Louis Souvet** a indiqué qu'il soutenait la position de Marie-Thérèse Hermange, et s'est déclaré hostile à l'autorisation de publication, car celle-ci serait interprétée comme une approbation des recommandations du rapport par le Sénat tout entier. Les conclusions du rapport sont, à son sens, très contestables : la légalisation de la gestation pour autrui va créer d'immenses frustrations, chacun considérant désormais qu'il existe un « droit à l'enfant ». De plus, affirmer qu'il faut légaliser puisque la pratique existe déjà est absurde et choquant : pourquoi ne pas autoriser alors les ventes d'armes ou les trafics d'organes ? Le rôle du législateur n'est pas de légaliser tout ce qui existe, mais de dire, au nom de l'intérêt général, ce que la société accepte ou n'accepte pas. En l'espèce, le ventre d'une femme n'est pas un coffre à louer pendant neuf mois. En outre, plusieurs questions se posent : en cas d'interversion accidentelle d'embryons, qui sera responsable et qui seront les parents de l'enfant une fois né ? Quelle sera la législation applicable aux personnes

transsexuelles ? Cette nouvelle technique ne risque-t-elle pas de favoriser la consanguinité ? Ne va-t-elle pas devenir, pour certaines femmes, le moyen d'avoir des enfants en s'épargnant les inconvénients d'une grossesse ?

**M. Nicolas About, président de la commission des affaires sociales,** a fait observer que toutes ces critiques sont en réalité opposables à l'ensemble du dispositif de procréation médicalement assistée, et qu'en bonne logique, elles devraient conduire à interdire toutes les techniques médicales de lutte contre la stérilité et à revenir sur l'ensemble des lois de bioéthique précédemment adoptées par le Parlement.

**M. Michel Esneu** s'est demandé si toute avancée de la science est un progrès humain. Ce qui n'est aujourd'hui conçu que comme un remède à la stérilité ne deviendra-t-il pas, demain, un droit à l'enfant ouvert à tous ? Par ailleurs, si l'enfant naît handicapé et que les parents intentionnels n'en veulent pas, quelle sera sa situation juridique ? Que se passera-t-il si la mère porteuse rencontre des problèmes de santé pendant la grossesse ? Enfin, il est naïf de penser qu'il n'y aura pas, au moins de fait, de rémunération de la mère porteuse, et donc marchandisation du corps humain et exploitation des femmes les plus fragiles.

**M. André Lardeux,** a déclaré qu'il ne voterait pas l'autorisation de publication, car il estime que la légalisation de la gestation pour autrui n'est pas souhaitable. Celle-ci transforme à ses yeux l'enfant en un simple objet de satisfaction des parents, et ne le respecte pas comme sujet. Elle revient à encourager une femme à ne pas s'attacher à l'enfant qu'elle porte, ce qui prouve bien que l'enfant est secondaire dans le processus. Elle risque également de favoriser une dérive vers des pratiques eugéniques. En outre, elle constitue un dévoiement supplémentaire de la procréation médicalement assistée, qui n'est déjà plus, dans la majorité des cas, un remède à la stérilité médicale absolue de certains couples. Le désir d'enfant est tout à fait légitime, mais la société doit d'abord favoriser l'adoption d'enfants abandonnés, notamment en réformant l'agence française de l'adoption, dont chacun sait qu'elle fonctionne très mal.

**M. Bernard Seillier**, a observé que l'enjeu éthique principal du problème est de savoir si la gestation pour autrui respecte le principe de dignité de la personne humaine.

**M. Alain Milon, corapporteur du groupe de travail**, a répondu que cette question est examinée en détail dans le rapport, et que l'analyse conclut que, sous certaines conditions précisées par le groupe de travail, la gestation pour autrui n'est pas contraire à ce principe.

**Mme Bernadette Dupont** s'est à son tour prononcée contre la publication du rapport. Reprenant à son compte les critiques formulées par André Lardeux, elle a fait valoir que l'enfant, dans une gestation pour autrui, serait réduit au statut d'objet. De plus, toute extension de la procréation médicalement assistée doit être examinée attentivement, car les enfants issus de ces techniques souffrent souvent de lourds problèmes, et notamment de handicaps, comme pourraient en témoigner tous les directeurs des centres d'action médico-sociale précoce (Camps).

**M. Gilbert Barbier** s'est déclaré favorable à la publication du rapport car il a été confronté à la situation tragique de certains couples, dont la femme était privée d'utérus à la naissance ou à la suite d'un problème médical. Il est normal que le législateur réfléchisse à des solutions possibles. Cependant, deux recommandations du rapport lui paraissent contestables : il serait préférable, à son avis, d'éviter de trop fragmenter la parentalité, et donc d'interdire, dans le cadre d'une gestation pour autrui, le don de gamètes ; il paraît dangereux de laisser à la mère porteuse le droit de garder l'enfant dès lors qu'elle connaissait, à l'origine, l'étendue de son engagement.

**Mme Alima Boumediene-Thiery** a rappelé que les discussions ne portent pas sur une proposition de loi à adopter mais simplement sur la publication d'un rapport d'information. Chacun pourra ultérieurement amender un éventuel texte de loi sans être lié par les recommandations du groupe de travail. Estimant que ces recommandations sont très attendues par la presse et que le rapport est plus nuancé, car plus détaillé, elle a jugé nécessaire d'autoriser leur publication sous peine de

susciter des fantasmes injustifiés et s'est opposée au principe même d'une censure de la contribution du groupe de travail à la réflexion sur la maternité pour autrui.

**M. Paul Blanc** a proposé de considérer le rapport comme un premier élément de réflexion dans le cadre de la révision des lois de bioéthique et de ne pas le publier tout de suite.

**M. Robert Badinter** a rappelé que la seule question posée aux deux commissions porte sur le point de savoir s'il convient ou non d'autoriser la publication du rapport du groupe de travail. Il a estimé évident d'apporter une réponse positive à cette question : un refus de publication serait bien pire qu'une autorisation pour ceux qui déclarent s'opposer à ses conclusions puisqu'il donnerait le sentiment d'un contenu sulfureux. Citant les propos célèbres prêtés à Voltaire : « Je ne suis pas d'accord avec ce que vous dites, mais je me battrais jusqu'à la mort pour que vous ayez le droit de le dire », il s'est dit opposé à la censure du rapport du groupe de travail, en soulignant qu'elle constituerait un précédent très fâcheux.

**M. Jean-Jacques Hyest, président de la commission des lois**, a formé le vœu que le rapport présente de manière complète et objective les arguments contre et pour la levée de l'interdiction de la maternité pour autrui. Il s'est déclaré favorable à sa publication s'il est clairement rappelé que ses recommandations constituent une contribution à la réflexion en cours, n'engageant ni les deux commissions ni, a fortiori, le Sénat tout entier.

**M. Nicolas About, président de la commission des affaires sociales**, a proposé que l'expression « recommandations du groupe de travail » soit remplacée par celle de « contribution du groupe de travail », afin de bien faire valoir que les orientations du rapport n'engagent pas les deux commissions.

**M. Laurent Béteille** s'est déclaré en accord avec cette précision utile.

A l'issue de ce débat, les commissions ont **autorisé la publication du rapport du groupe de travail consacré à la maternité pour autrui**.