

Maternité pour autrui : du désir d'enfant à l'enfant à tout prix

Sandrine de Montgolfier
Maître de conférences en Epistémologie et Histoire des Sciences
à l'IUFM/Université Paris 12 – IRIS*

Aude Mirkovic
Maître de conférences en droit privé à l'Université d'Evry
Codirectrice du master 2 Droit des biotechnologies

* Institut de Recherche Interdisciplinaire sur les enjeux Sociaux (Iris), INSERM, CNRS, EHESS, Université Paris 13, 74 rue Marcel Cachin, F-93017 Bobigny, France

Résumé :

La maternité pour autrui est interdite par la loi française. Alors que la Cour de cassation, le 17 décembre 2008¹, vient de refuser la transcription sur les registres français d'état civil des actes de naissance américains d'enfants nés d'une mère porteuse en Californie, certains réclament une intervention du législateur pour légaliser la pratique. Une telle revendication est pourtant loin de faire l'unanimité. Deux rapport successifs des instances législatives expriment ces avis opposés : celui d'un groupe de travail du Sénat et le rapport de l'Office Parlementaire des Choix Scientifiques et Technologiques. Nous nous proposons d'analyser les éléments qui s'opposent à une légalisation de cette pratique. La souffrance des couples sans enfants ni l'amour qu'ils souhaitent donner ne sont remis en cause. Si la maternité pour autrui est interdite, c'est en raison des difficultés multiples qu'elle entraîne et que les meilleurs sentiments ne peuvent faire disparaître.

Summary :

Surrogacy is prohibited by French law. On December 17th 2008 the French Court of Cassation, has refused the transcription on the French register of civil status of U.S. birth certificates of children born to a surrogate mother in California. Some have been requesting that legislators amend current laws so as to legalize the practice. Such a claim is far from unanimous. Two successive reports of the French Parliament have underlined their opposition to such modifications: the first report has been delivered by a working group of the Senate and the second by the Parliamentary Office for Scientific and Technological Choices. We propose to analyze the elements that are opposed to the legalization of the practice. We do not underestimate the suffering of couples without children or the love they want to give but if surrogacy is forbidden it is because of the numerous difficulties it entails and that can not be bypassed by sentimental considerations.

Introduction

¹ Cass. Civ. 1^{ère}, 17 décembre 2008, *La Semaine juridique (JCP)*, 2009, II, 10020, note Aude Mirkovic.

Le fait pour une femme, communément appelée mère porteuse, de porter un enfant pour le compte d'une autre est prohibé par le droit français. Cette pratique, dite aussi de la maternité pour autrui, a été d'abord condamnée par la jurisprudence en 1991², puis par la loi en 1994³ comme en 2004⁴. Aux termes de l'article 16-7 du Code civil, « toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle ». Le recours à la maternité pour autrui entraîne également des sanctions pénales, notamment parce qu'il constitue une provocation à l'abandon d'enfant (article 227-12 du code pénal). Quant à l'enfant né de cette pratique en violation de la loi, l'homme du couple demandeur peut le reconnaître, mais la femme demandeuse ne peut établir de lien de filiation à son égard puisque ce n'est pas elle qui l'a mis au monde. La Cour de cassation, dans un arrêt du 17 décembre 2008, vient de préciser la portée de la prohibition qui ne peut être contournée par le recours à une gestatrice étrangère. En effet, les actes de naissance américains d'enfants nés d'une mère porteuse californienne ne peuvent être transcrits, en raison de leur contrariété à l'ordre public français, sur les registres français d'état civil.

Un groupe de travail constitué au Sénat sur cette question a rendu en juin 2008 un rapport d'information favorable à la légalisation de la pratique dans un cadre légal strict (rappelons que ces groupes de travail internes au Sénat ont pour mission d'étudier un sujet relevant de la compétence de leur commission)⁵. L'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques⁶ vient, au contraire, d'émettre un avis défavorable à la légalisation de la pratique (l'OPECST a pour mission d'informer le Parlement, Sénat et Assemblée nationale) des conséquences des choix à caractère scientifique et technologique afin d'éclairer ses décisions). Son rapport dresse la liste des principales difficultés suscitées par la maternité pour autrui :

1. « La controverse médicale et scientifique porte sur les effets de la grossesse sur l'enfant à naître qui sera séparé de celle qui l'aura porté; l'accent est mis sur les liens mère-enfant qui s'établissent lors de la grossesse, le retentissement sur l'enfant à naître du comportement de la gestatrice, sur les dangers de la grossesse pour celle-ci et sa famille ».

2. « La controverse éthique et juridique porte notamment sur la fragmentation de la parenté et l'intérêt de l'enfant à naître, le risque d'exploitation des femmes, la marchandisation de leur corps, l'atteinte à leur dignité. Il s'agit de protéger l'enfant à naître et la gestatrice, perçue comme pouvant être exploitée »⁷.

² Cass. ass. plén., 31 mai 1991, D. 1991, p. 417, rapp. Y. Chartier, note D. Thouvenin ; Rev. crit. DIP. 1991, p. 712, note C. Labrusse-Riou ; JCP G 1991, II, 21752, comm. J. Bernard, concl. Dontenville, note F. Terré ; Defrénois 1991, p. 1267, obs. Aubert ; RTD civ. 1991, p. 517, obs. D. Huet-Weiller et 1992, p. 489, chron. M. Gobert. La solution a été reprise depuis par Cass. Ire civ., 9 déc. 2003 : D. 2004, p. 1998, note E. Poisson-Drocourt ; Dr. famille 2004, comm. 17 et nos obs. ; RTD civ. 2004, p. 75, obs. J. Hauser ; Defrénois 2004, art. 37926, n° 37, p. 592, obs. J. Massip.

³ Loi n° 94-654 du 29 juillet 1994, *relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal* (J.O., 30 juillet 1994, p. 11060).

⁴ Loi n° 2004-800 du 6 août 2004, *relative à la bioéthique* (J.O., 7 août 2004, p. 14040).

⁵ *Contribution à la réflexion sur la maternité pour autrui*, Rapport d'information de Mme Michèle ANDRÉ, MM. Alain MILON et Henri de RICHEMONT, fait au nom de la commission des lois et de la commission des affaires sociales, n° 421 (2007-2008) - 25 juin 2008. Pour un commentaire de ce rapport, voir Aude Mirkovic, « Le point sur... La maternité pour autrui (rapport d'information de la commission des lois du Sénat n° 421, 25 juin 2008) », *Recueil Dalloz*, 2008, n° 28, p. 1944.

⁶ Rapport de l'Office parlementaire des choix scientifiques et technologiques (OPECST), *sur l'évaluation de l'application de la loi du 6 août 2004 relative à la bioéthique*, 20 novembre 2008.

⁷ OPECST, *op. cit.*, p. 142 et 145

Après avoir défini les termes et la pratique en France et à l'international, nous nous proposons de reprendre quelques uns des ces éléments de débat et de les commenter.

Précisions sur le terme de « maternité pour autrui ». La maternité pour autrui, encore appelée maternité de substitution ou recours à une mère porteuse, est le fait, pour une femme, de porter et de mettre au monde un enfant pour le compte d'un tiers. On distingue deux types de mères pour autrui :

- 1) Lorsque l'ovocyte de la femme porteuse est fécondé par insémination artificielle ou naturelle, celle-ci est génitrice et gestatrice : on parle de procréation pour autrui.
- 2) Lorsque la femme porteuse reçoit un embryon fécondé *in vitro* qui lui est transféré, elle est uniquement gestatrice : on parle de gestation pour autrui (GPA).

Les demandeurs sont, en général, des couples qui ne peuvent avoir d'enfants car la femme souffre, parfois, d'une incapacité à concevoir un enfant et, dans tous les cas, à le porter (pour défaut d'utérus en raison de malformations congénitales ou suite à traitement chirurgical d'un cancer par exemple). Il peut s'agir aussi de couples homosexuels formés de deux hommes, ou d'hommes célibataires, hétéro- ou homosexuels. L'une des plus importantes sociétés aux Etats-Unis servant d'intermédiaire entre les mères porteuses et les familles est la société Circle Surrogacy. En 12 ans, cette société a réalisé une croissance de plus de 6000 % et espère encore doubler dans les trois prochaines années. Lorsque la société a été créée, 10% des clients étaient homosexuels. Ils représentent actuellement plus de 80% de la clientèle venant de 29 pays⁸.

Etat des lieux international. Depuis le début des années 1980, deux mouvements contradictoires peuvent être observés : certains Etats ont opté pour une prohibition stricte de la maternité pour autrui, à l'instar de l'Allemagne, de l'Espagne, de l'Italie, de la Suisse. D'autres la tolèrent ou ont décidé de l'encadrer, comme la Belgique, les Pays-Bas, la Grèce, le Royaume-Uni, l'Inde ou encore Israël. Le Japon est en cours de réflexion sur le sujet. Aux Etats-Unis et au Canada, les règles varient suivant les Etats fédérés ou les provinces. En Grande Bretagne, où l'encadrement législatif est relativement proche de celui proposé par le groupe de travail du Sénat, le nombre d'enfants nés par gestation pour autrui est compris entre soixante et cent par an⁹. Dans la moitié des cas, ce sont des tantes de l'enfant qui réalisent la gestation pour le compte de leur sœur. Aux USA, il semble qu'il y ait eu 1,000 naissances par gestation pour autrui en 2007, trois fois plus que l'année précédente. Le prix actuel d'une mère porteuse aux Etats Unis varie entre 10 000 et 75 000 dollars¹⁰.

Du désir d'enfant au droit à l'enfant. La maternité pour autrui peut être présentée comme un service généreusement rendu pour répondre au désir d'enfant des personnes qui en sont privées. Ce désir, légitime en soi, dégénère en une revendication d'un droit à l'enfant. Ce que la nature ne permet pas, on exige que la loi et la médecine le rende possible, et la prohibition légale est d'autant plus difficile à comprendre pour les

⁸ Agence France Presse, 12/05/2008, New-York et <http://www.genethique.org/revues/revues/2008/mai/20080507.1.asp>

⁹ Rapport Sénat, *op. cit.*, p. 34.

¹⁰ Freundlich, Madelyn. 2001. Adoption and ethics: Adoption and assisted reproduction. Washington, D.C.: Child Welfare League of America Press et LA FRANCE S'OUVRE AUX MÈRES PORTEUSES La Tribune de Genève, 26/06/2008.

couples concernés qu'ils n'ont, bien entendu, que des bonnes intentions à l'égard de l'enfant qu'ils désirent tant. « L'amour dont sera aimé l'enfant n'est pas en cause, mais les circonstances, objectives, qui lui sont imposées pour venir au monde »¹¹. Si l'amour promis à l'enfant peut aveugler le couple demandeur, le législateur lui ne peut se laisser emporter par la compassion suscitée par la souffrance, les espoirs ou les déceptions des uns et des autres. La loi ne peut organiser la conception d'un enfant à n'importe quel prix, surtout lorsque ce prix sera supporté par l'enfant lui-même. « Il est des couples que l'on souhaite aider mais la loi doit poser des limites »¹².

Les raisons qui ont conduit tant les juges que le législateur à interdire le recours à cette pratique, en 91, en 94 puis en 2004 sont toujours valables : protéger les enfants et les femmes sollicitées pour rendre ce « service ». Les dispositions légales 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 »¹³.

Les risques pour la femme portant l'enfant. « Les risques pour la mère porteuse sont d'ordre physique, liés à la procédure de fécondation *in vitro* et à toute grossesse, et d'ordre psychologique : ils ne sont pas anodins »¹⁴. Nous pouvons citer les travaux de l'équipe de Parkinson qui ont suivi 95 mère porteuses et comptabilisés les problèmes survenus au cours des grossesses¹⁵ : ces risques sont inhérents à toutes grossesses : fausse couche, grossesse extra-utérine, hypertension artérielle. Mais comme dans toute assistance médicale à la procréation, les risques de grossesses multiples et d'accouchements prématurés sont présents, sans compter la lourdeur technique de la préparation à la gestation.

La famille de la mère porteuse. Le rapport de l'OPECST s'interroge sur le retentissement de la GPA sur la famille de la gestatrice. Nous pouvons reprendre les interrogations de Mme Eliacheff et du Professeur Frydman : « Ses propres enfants devront intégrer l'idée que l'enfant qu'elle porte n'est pas un frère ni une sœur, qu'il n'a pas été conçu avec leur père et qu'il sera (aban)donné à une autre famille dès la naissance. La société peut-elle exposer de la sorte ces enfants au bon vouloir de leur mère ? Et le couple ? Et le mari ? »¹⁶

Les liens mère-enfant pendant la grossesse. Le rapport de l'OPECST ne s'y trompe pas, et JF Mattei souligne qu'« accepter la GPA, c'est ramener la grossesse, la gestation à une période neutre, impersonnelle, sans effet sur le devenir de l'enfant. C'est en définitive considérer que l'utérus n'est qu'un simple incubateur ». Or les découvertes récentes de l'influence environnementales sur le développement du fœtus tendent à prouver que la période gestationnelle est une période fondamentale dans le développement métabolique, épigénétique et psychologique de l'enfant à naître. Comme le souligne A. Kahn, « le contrat n'est pas de nature à modifier la caractéristique d'une

¹¹ Aude Mirkovic, « A propos de la maternité pour autrui », *Droit de la famille*, juin 2008, étude n° 15.

¹² OPECST, *op. cit.*, p.156.

¹³ *Id.*, p. 140.

¹⁴ *Id.*, p144

¹⁵ Judy Parkinson, Cuong Tran, Tih Tan, Jeffrey Nelson, Joel Batzofin and Paulo Serafini. Perinatal outcome after in-vitro fertilization-surrogacy. *Human Reproduction* vol.14 no.3 pp.671-676, 1998.

¹⁶ *Libération* 26 juin 2008

relation biologique. L'intimité profonde entre une femme et cet enfant qu'elle porte pendant neuf mois ne peut pas être annihilée derrière les termes d'un contrat »¹⁷.

Des arguments qui changent en fonction des besoins. Lors de la mise en place de l'assistance médicale à la procréation avec don de gamètes, les arguments utilisés se fondaient sur le lien affectif et gestationnel, à valoriser sur le lien génétique. On peut donc se demander comment l'argument inverse peut dès lors être soutenu. L'argument privilégié étant cette fois le lien génétique (on utilise les gamètes des futurs parents et on minimise le lien entre le fœtus et la mère porteuse), comment ne pas s'interroger sur ces arguments qui changent au gré des besoins simplement parce que les gamètes sont devenus accessibles ? La fréquence toujours plus élevée de l'utilisation de l'ICSI (injection intracytoplasmique de spermatozoïde) dans la pratique de l'AMP va également dans ce sens, malgré les risques inhérents également à cette pratique¹⁸.

La marchandisation de l'enfant et du corps de la femme. Qu'on le veuille ou non, « un encadrement de la GPA implique un contrat sur un enfant à naître »¹⁹. Il est nécessaire de prévoir un contrat qui porte, non sur des actes médicaux, mais sur l'enfant lui-même ! Le défraiement nécessaire de la mère porteuse, pour ne pas dire sa rémunération, ajoute au caractère malsain de ce contrat lequel, quand bien même il serait à titre totalement gratuit, n'en reste pas moins un contrat qui a pour objet... un enfant. La légalisation éventuelle de la gestation pour autrui « est un cas très grave de l'extension du marché à toute chose, quelle qu'elle soit. [...] La gestation autorisée sera certainement rémunérée, faisant du ventre des femmes un instrument de production et de l'enfant lui-même une marchandise » (Mme Sylvianne Agacinski, Libération 26 juin 2008). L'utérus de cette femme peut d'ailleurs être qualifié par les deux parties au contrat de « simple four »²⁰. Mme Gaumont-Pratt observe qu'aux Etats-Unis, « on peut passer un contrat avec une mère porteuse, en prenant une assurance. C'est un acte de cession de l'enfant qui sera envisagé puisqu'il y a contrat, livraison, acte de cession ». Comme conclut JF Mattéi, « Je n'ignore pas la pression des praticiens et des couples en quête d'enfants mais jamais aucune technique d'AMP n'a autant justifié pour moi l'ambiguïté entre enfant sujet et enfant objet »²¹.

Maternité indéterminée. La maternité pour autrui « remet 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 », et la « multiplication des acteurs dans le processus de la procréation conduit à une dissociation de la sexualité, du biologique, et du social, comme c'est le cas dans l'AMP, mais aussi à une fragmentation de la parenté »²². Dans le système d'encadrement strict de la pratique, tel que proposé par le groupe de travail du Sénat, les intervenants seraient mis en contact par des associations à but non lucratif, agréées par l'Agence de la biomédecine. Une décision du juge autoriserait le transfert d'embryons. Seule la gestatrice prendrait les décisions relatives à

¹⁷ JF Mattéi et A. Kahn, OPECST, *op. cit.*, p. 143.

¹⁸ René Frydman. La recherche. Juin 2008. N°420, p56

¹⁹ OPECST, *op. cit.*, p. 156.

²⁰ OPECST, *op. cit.*, p. 143

²¹ *Id.*, p. 146 et p. 143

²² *Id.*, p. 138 et Mme Gaumont Pratt p. 146

la grossesse, notamment une interruption de celle-ci. La gestatrice aurait trois jours après l'accouchement pour déclarer être la mère légale de l'enfant.

L'enfant se trouverait ainsi dans une situation incertaine puisqu'on ne pourrait répondre à une question pourtant simple : qui est sa mère ? La femme du couple demandeur, qui le désire et en est, dans la mesure du possible, la mère génétique ? La mère porteuse qui peut décider d'interrompre ou non la grossesse, et décider le considérer comme sien dans les premiers jours de sa vie ? Il est difficile de prétendre considérer la gestation comme secondaire et donner autant de droit à la mère porteuse !

Inversement si la mère porteuse est la mère de l'enfant, comment la loi pourrait-elle l'autoriser à convenir par contrat, et dès la conception, de l'abandon de son enfant ?

L'enfant en situation précaire. On peut se demander quel sera le sort de l'enfant si le couple demandeur renonce à son projet (suite à une séparation, un décès dans le couple, une situation économique compliquée etc.), ou si l'enfant est porteur d'un handicap et que la mère porteuse refuse d'avorter alors que le couple demandeur le souhaite ? Même si on peut espérer que ces cas demeureront rares, chaque recours à une mère porteuse reviendra à prendre le risque qu'une telle situation se produise.

Conclusion. Avec les rapporteurs de l'OPECST, on ne peut que constater que « les propositions visant à lever la prohibition de la gestation pour autrui en l'encadrant strictement ne lèvent pas les objections de fond qui entachent cette technique »²³. Il faut chercher d'autres façons de répondre aux attentes des couples et accepter que la loi ne puisse remédier à toutes les souffrances, surtout si cela oblige à en susciter d'autres. Nous considérons que les raisons pour lesquelles tant la jurisprudence que le législateur se sont opposés aux maternités pour autrui restent toujours valables. Un coup de baguette magique ne peut transformer une pratique en soi irrespectueuse de l'enfant et dangereuse pour lui en cadre propice pour sa venue au monde. Si l'on a pu, dans un élan de compassion envers les couples sans enfants, envisager la légalisation, on ne peut finalement que renoncer à la légalisation d'une pratique qui suscite bien plus de difficultés qu'elle ne peut en résoudre. S'il faut compenser et réparer au mieux les maux que la vie impose aux enfants abandonnés, comment imaginer de leur imposer ces mêmes maux de façon délibérée et institutionnalisée ?

²³ OPECST, *op. cit.*, p. 156