



LES DOCUMENTS DE TRAVAIL DU SÉNAT

Série LÉGISLATION COMPARÉE

LA GESTATION POUR AUTRUI

n° LC 182

Janvier 2008

LA GESTATION POUR AUTRUI

Sommaire

	Pages
NOTE DE SYNTHÈSE	5
DISPOSITIONS NATIONALES	
Allemagne	11
Belgique	13
Danemark	17
Espagne	19
Italie	21
Pays-Bas	23
Royaume-Uni	27
Suisse	31
Canada.....	33
États-Unis	37
LISTE DES PRINCIPAUX TEXTES ANALYSÉS	41

LA GESTATION POUR AUTRUI

En France, la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain interdit explicitement la gestation pour autrui.

En introduisant dans le **code civil l'article 16-7**, selon lequel « *toute convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui est nulle* », cette loi a confirmé la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation. Elle a par ailleurs ajouté au **code pénal l'article 227-12**, qui sanctionne d'une peine de six mois d'emprisonnement et de 7 500 € d'amende « *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* ».

Pour contourner cette interdiction, certains couples se rendent dans les pays étrangers où la gestation pour autrui est autorisée. Cependant, à leur retour, ils rencontrent parfois des difficultés pour obtenir la transcription sur les registres français de l'état civil des actes de naissance rédigés à l'étranger et donc pour faire reconnaître la filiation des enfants nés de la gestation pour autrui.

Ainsi, la presse s'est récemment fait l'écho d'une affaire qui opposait, d'une part, un couple français ayant eu recours en 2000, conformément au droit de l'État de Californie, aux services d'une mère porteuse et, d'autre part, le ministère public. La mère porteuse avait mis au monde deux enfants issus d'une fécondation *in vitro* réalisée avec les gamètes du couple commanditaire, et la Cour suprême de Californie avait définitivement conféré aux deux Français la qualité de mère et père de ces enfants. Le ministère public arguait de l'atteinte à l'ordre public pour demander l'annulation de la transcription sur les registres français de l'état civil des actes de naissance des enfants. La validité de ces actes – conformes au jugement de la Cour suprême de Californie – n'était pas contestée. Dans son arrêt du 25 octobre 2007, la cour d'appel de Paris a confirmé le jugement rendu en première instance en déclarant que la demande du ministère public était irrecevable et a indiqué « *qu'au demeurant, 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 privés d'acte civil indiquant leur lien de filiation, y compris à l'égard de leur père biologique ».

Dans cet arrêt, qui fait actuellement l'objet d'un pourvoi en cassation, la cour d'appel de Paris ne s'est véritablement prononcée ni sur la gestation pour autrui, ni sur le lien de filiation des enfants ainsi nés. Toutefois, cette décision a fait ressurgir le débat autour de la gestation pour autrui, alors que la révision des lois de bioéthique est prévue pour 2009.

L'arrêt de la cour d'appel de Paris conduit ainsi à s'interroger sur la pratique de la gestation pour autrui à l'étranger, non seulement en Europe, mais aussi en Amérique du Nord. Dans cette perspective, les dix pays suivants ont été retenus : **l'Allemagne, la Belgique, le Danemark, l'Espagne, l'Italie, les Pays-Bas, le Royaume-Uni, la Suisse, le Canada et les États-Unis.**

Pour chacun d'eux, les règles juridiques relatives à la gestation pour autrui, qu'elles soient législatives, réglementaires ou jurisprudentielles, ont été analysées. Ensuite, un bref état de la pratique et, le cas échéant, du débat en cours dans la société a été dressé. Le cas particulier des couples homosexuels n'a pas été pris en compte, car il pose non seulement le problème de la gestation pour autrui, mais aussi celui de l'homoparentalité.

Dans la suite du texte, l'adjectif « commanditaire » est utilisé pour qualifier les personnes qui recourent aux services d'une mère porteuse.

L'examen de la situation à l'étranger montre que :

– **comme la France, l'Allemagne, l'Espagne, l'Italie et la Suisse prohibent la gestation pour autrui ;**

– **en Belgique et au Danemark, la gestation pour autrui n'est pas interdite ;**

– **aux Pays-Bas, la gestation pour autrui est admise par le droit médical dans des conditions très strictes, mais n'est pas reconnue par le droit civil ;**

– **au Royaume-Uni, la loi prévoit la gestation pour autrui pratiquée à titre gratuit et le droit de la filiation a été aménagé en conséquence ;**

– **au Canada, les règles varient d'une province à l'autre et aux États-Unis d'un État à l'autre.**

1) La gestation pour autrui est prohibée en Allemagne, en Espagne, en Italie et en Suisse

En Suisse, la constitution fédérale, qui comprend un article relatif à la procréation médicalement assistée, condamne « *toutes les formes de maternité de substitution* ». Cette interdiction est développée par la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée. De même, en Espagne et en Italie, c'est la loi sur la procréation médicalement assistée qui interdit la gestation pour autrui. En revanche, en Allemagne, qui n'a pas encore adopté de loi générale sur la reproduction médicalement assistée, cette interdiction figure dans la loi sur la protection de l'embryon ainsi que dans la loi sur la médiation en matière d'adoption.

Dans aucun de ces quatre pays, l'interdiction de la gestation pour autrui ne suscite de réels débats. Encore convient-il de préciser que trois de ces quatre pays, l'Allemagne, l'Italie et la Suisse, ont adopté une législation restrictive sur la procréation médicalement assistée. Par conséquent, c'est plutôt l'interdiction générale du don de gamètes en Italie et l'interdiction du don d'ovules en Allemagne ainsi qu'en Suisse qui est en cause.

2) En Belgique et au Danemark, la gestation pour autrui n'est pas interdite

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

Au Danemark, où la gestation pour autrui est évoquée par plusieurs lois, les règles sont rédigées de façon, d'une part, à **empêcher sa réalisation à titre onéreux** et, d'autre part, à **ne pas la favoriser**, mais elles n'empêchent pas qu'une personne qui souhaite devenir parent et qui ne le peut pas recoure à une femme de son entourage, celle-ci pouvant même bénéficier d'une insémination artificielle dans certains établissements.

Dans ces deux pays cependant, **le droit civil gêne le développement de la gestation pour autrui**, car le changement de filiation requiert une adoption. Pour cette raison, il est admis que le législateur belge doit se prononcer sur la filiation des enfants nés d'une gestation pour autrui. Du reste, en 2004, le Comité consultatif de bioéthique de Belgique avait suggéré l'adoption de diverses mesures législatives encadrant la gestation pour autrui, parmi lesquelles l'introduction d'une déclaration de pré-adoption.

3) Aux Pays-Bas, la gestation pour autrui est admise par le droit médical dans des conditions restrictives, mais n'est pas reconnue par le droit civil

Comme en Belgique et au Danemark, aux Pays-Bas, une personne qui souhaite devenir parent peut demander à une femme de son entourage de mener à bien une grossesse pour son compte, car **le code pénal ne punit que les conventions de gestation pour autrui conclues à titre onéreux.**

Par ailleurs, **le droit médical néerlandais reconnaît la gestation pour autrui.** En effet, si celle-ci ne fait l'objet d'aucun texte spécifique, le règlement de 1998 relatif aux établissements qui pratiquent la fécondation *in vitro* détermine explicitement les conditions dans lesquelles cet acte médical peut être réalisé en liaison avec une gestation pour autrui. Il faut en particulier que la gestation pour autrui constitue la seule possibilité pour une femme de devenir mère. De plus, l'opération doit être réalisée conformément aux **directives**, extrêmement détaillées, **de l'Association néerlandaise d'obstétrique et de gynécologie.** Outre ces directives, le seul établissement qui réalise actuellement de telles opérations applique son propre protocole, qui prévoit des conditions supplémentaires. Même si le droit civil ignore la gestation pour autrui, la procédure d'adoption a été assouplie pour les enfants ainsi nés, la mère porteuse pouvant toutefois décider de garder l'enfant qu'elle a mis au monde.

4) Au Royaume-Uni, la loi prévoit la gestation pour autrui à titre gratuit et le droit de la filiation a été aménagé en conséquence

La loi de 1985 relative à la maternité de substitution autorise la gestation pour autrui, mais de façon indirecte. En effet, elle dispose que **les conventions de gestation pour autrui ne sont pas exécutoires.** Par ailleurs, **elle interdit aux intermédiaires de recevoir une quelconque rémunération** ainsi que de faire de la publicité. Les agences qui se sont spécialisées dans la mise en relation des parents commanditaires et des mères de substitution ne peuvent donc pas avoir de but lucratif.

En outre, la loi de 1990 sur l'assistance médicale à la procréation comporte un article sur **l'état civil des enfants issus d'une gestation pour autrui et nés grâce à l'assistance médicale à la procréation.** Pour éviter aux parents commanditaires d'avoir à adopter l'enfant, cette loi leur permet de demander au tribunal une décision les reconnaissant comme parents. Il faut pour cela que certaines conditions soient remplies, en particulier que le couple soit marié et que l'enfant soit génétiquement issu d'au moins un des deux membres du couple. La requête est introduite après la naissance et la mère porteuse ne peut pas donner son consentement dans les six premières semaines qui suivent la naissance. En cas d'accord de la mère porteuse, un **nouvel acte de naissance** est établi.

Le Parlement examine actuellement un **projet de loi relatif à la révision de la loi de 1990 sur l'assistance médicale à la procréation**. Ce texte prévoit notamment d'**assouplir les dispositions applicables à la gestation pour autrui** : les agences spécialisées pourraient désormais, tout en conservant leur vocation d'établissement non lucratif, recevoir de l'argent en contrepartie de certaines prestations et faire de la publicité.

5) Au Canada, les règles varient d'une province à l'autre et aux États-Unis d'un État à l'autre

En effet, **la loi fédérale canadienne sur la procréation assistée interdit la gestation pour autrui à titre onéreux ainsi que toute activité d'intermédiaire**. En revanche, elle **ne se prononce ni sur la validité des contrats de gestation pour autrui, ni sur la filiation, car ces deux questions relèvent de la compétence des provinces et territoires**.

Si le code civil québécois condamne les conventions de gestation pour autrui, la situation juridique est plus incertaine dans les provinces anglophones. Le droit civil y a parfois été adapté pour permettre au juge d'attribuer la filiation aux parents commanditaires, mais la plupart des lois provinciales protègent la mère porteuse.

Aux **États-Unis**, il n'existe **aucune législation fédérale** sur ce sujet et **les États acceptant la gestation pour autrui constituent une minorité**. La **Californie** en fait partie : la jurisprudence de cet État attribue en effet la filiation maternelle à la mère génétique même si elle n'a pas porté l'enfant. De plus, elle permet aux parents commanditaires d'obtenir avant la naissance une décision judiciaire leur attribuant la filiation lorsqu'ils ont un lien générique avec l'enfant. Dans les autres États, la situation juridique est souvent incertaine parce que la législation est fragmentaire et que la jurisprudence n'est pas confirmée.

* *

*

L'examen des dispositions juridiques et des pratiques étrangères fait apparaître, outre la grande diversité des approches, la circonspection des pays européens à l'égard de la gestation pour autrui.

LA GESTATION POUR AUTRUI

ALLEMAGNE

La gestation pour autrui est interdite par la loi sur la médiation en matière d'adoption ainsi que par la loi sur la protection de l'embryon.

1) Le cadre juridique

Deux lois mentionnent explicitement la gestation pour autrui : la loi sur la médiation en matière d'adoption et la loi sur la protection de l'embryon.

Depuis 1989, **la loi sur la médiation en matière d'adoption** définit la « mère de substitution » comme la femme qui, sur le fondement d'une convention, est prête soit à se soumettre à une insémination, naturelle ou artificielle, soit à accepter le transfert d'un embryon ne provenant pas de ses propres ovocytes, puis à remettre à autrui l'enfant qu'elle a porté.

Cette loi interdit aussi la mise en relation d'une mère porteuse avec des parents commanditaires ainsi que le fait de favoriser un tel rapprochement, et punit les intermédiaires. La sanction consiste en une amende ou en une peine de prison dont la durée maximale varie : un an pour une médiation effectuée à titre gratuit, deux ans pour une médiation réalisée à titre onéreux et trois ans lorsque le coupable agit de façon professionnelle. En revanche, aucune peine n'est prévue ni pour les parents commanditaires ni pour la mère porteuse.

La loi de 1990 sur la protection de l'embryon punit d'une amende ou d'une peine de prison dont la durée peut atteindre trois ans quiconque pratique une insémination artificielle ou un transfert d'embryon sur une femme prête à remettre à des tiers l'enfant à naître.

Elle prévoit les mêmes peines pour les auteurs d'autres actes susceptibles d'être entrepris pour réaliser une gestation pour autrui : l'implantation chez une femme d'un ovule non fécondé provenant d'une autre femme, la fécondation d'un ovule dans un but autre que celui consistant à provoquer une grossesse chez la femme dont l'ovule est issu et le prélèvement, avant la nidation, d'un embryon afin de l'implanter chez une autre femme.

Ces dispositions, conformes aux règles morales édictées en 1985 par la commission Benda (1), visent donc les équipes médicales, mais ni les mères porteuses, ni les couples commanditaires.

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

2) La pratique et le débat

Compte tenu de l'interdiction de la gestation pour autrui, les couples qui souhaitent recourir aux services d'une mère porteuse se rendent à l'étranger, notamment en Europe de l'Est. Ces opérations se déroulent dans la plus grande discrétion, de sorte qu'**aucune donnée n'est disponible**.

La reproduction médicalement assistée reste un **sujet tabou** dans la société allemande. Une étude réalisée par l'université de Leipzig en 2004 intitulée « *L'attitude des Allemands à l'égard de la médecine reproductive et du diagnostic préimplantatoire* » révélait que 10 % des personnes interrogées étaient favorables à une autorisation générale de la gestation pour autrui, 28 % à une autorisation pour raisons médicales, et 44 % au maintien de l'interdiction.

En 2000, à l'occasion de consultations préparatoires à la rédaction du projet de loi sur la reproduction médicalement assistée, les associations de médecins concernées se sont exprimées pour le maintien de l'interdiction de la gestation pour autrui, sous réserve de certaines exceptions, comme la gestation par une femme de l'enfant de sa fille en cas de malformation congénitale des organes génitaux de cette dernière.

Actuellement, la plupart des professionnels réclament l'adoption d'une loi générale sur la reproduction médicalement assistée, qui assouplirait la loi sur la protection de l'embryon. Toutefois, les débats portent davantage sur le don d'ovules, également interdit, que sur la gestation pour autrui.

(1) Du nom du président du groupe de travail constitué par les deux ministères de la recherche et de la justice et dont le rapport, publié en 1985, a servi de référence lors de l'élaboration de la loi de 1990 sur la protection de l'embryon.

LA GESTATION POUR AUTRUI

BELGIQUE

La gestation pour autrui n'est prévue par aucun texte. Elle se pratique en dehors de tout cadre juridique explicite.

1) Le cadre juridique

La gestation pour autrui n'est prévue par aucun texte : elle n'est donc ni interdite ni subordonnée au respect de certaines conditions.

2) La pratique et le débat

Il est généralement admis que **les cas de gestation pour autrui restent rares**. Il n'existe toutefois aucune donnée chiffrée sur les gestations pour autrui sans fécondation *in vitro*, qui se pratiquent 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. Il semble que ces opérations soient toujours entreprises en réponse à des problèmes médicaux, qui empêchent certaines femmes de porter un enfant, mais pas de le concevoir.

Ainsi, à Bruxelles, le centre hospitalo-universitaire Saint-Pierre a mis en place une équipe pluridisciplinaire rassemblant des médecins, des conseillers sociaux, des psychologues et des juristes pour traiter les demandes particulières de procréation médicalement assistée, parmi lesquelles les demandes de gestation pour autrui. Les parents commanditaires doivent présenter une mère porteuse, à laquelle ils sont liés par un rapport affectif (amie du couple, sœur ou belle-sœur de la mère génétique par exemple). La limite d'âge admise pour la mère génétique est de 43 ans et, pour la mère porteuse, elle varie entre 40 et 45 ans, selon le bilan de santé de l'intéressée. En 2004,

l'un des responsables de cet établissement, auditionné par le Sénat belge, faisait état d'une dizaine de demandes de gestation pour autrui depuis 1999, la plupart émanant de couples étrangers. Cinq de ces demandes avaient été acceptées.

Le droit de la filiation constitue un obstacle au développement de la gestation 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 la mère.

Quant à la filiation paternelle, elle dépend de l'état civil de la mère porteuse. Si celle-ci n'est pas mariée, le père commanditaire peut reconnaître l'enfant, le cas échéant avec l'accord de son épouse. Celle-ci peut ensuite adopter l'enfant si la mère porteuse y consent. Il est également possible au couple commanditaire de demander une adoption conjointe.

Si la mère porteuse est mariée, c'est son conjoint qui est considéré comme le père de l'enfant et le père commanditaire ne peut faire établir sa paternité que dans une seule hypothèse. Il ne peut en effet contester la paternité du conjoint de la mère porteuse que si la naissance résulte d'une assistance médicale à la procréation à laquelle ce dernier n'a pas donné son accord, car l'action en contestation de paternité est réservée à chacun des époux et à l'enfant, qui doit l'exercer après sa majorité, mais avant d'avoir atteint l'âge de 22 ans.

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 été saisis à plusieurs reprises de demandes d'homologation pour des adoptions consécutives à des gestations pour autrui. Les décisions sont peu nombreuses. Elles 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 mère porteuse.

Il est toutefois admis que la question de la filiation des enfants nés d'une gestation pour autrui doit être réglée par la loi. La loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes ne traite pas cette question (2).

* *

*

Plusieurs **propositions de loi** ont été déposées au cours des dernières années : les unes préconisent l'interdiction totale de la gestation pour autrui, assortie de sanctions pénales, tandis que les autres suggèrent, d'une part, de

(2) Cette loi résulte d'une proposition de loi d'origine sénatoriale. Auparavant, le Sénat avait créé, au sein de sa commission des affaires sociales, un groupe de travail sur les questions de bioéthique. Ce groupe de travail a organisé de nombreuses auditions, notamment sur la gestation pour autrui, mais il a décidé de disjoindre les problèmes ainsi posés des questions liées à la procréation médicalement assistée stricto sensu.

limiter cette pratique aux cas où la femme qui souhaite devenir mère ne peut pas mener à bien une grossesse et, d'autre part, de l'encadrer très strictement (interdiction de tout intermédiaire, âge maximal de la mère porteuse, convention signée devant notaire entre la mère porteuse et le couple commanditaire, etc.).

En 2004, le **Comité consultatif de bioéthique** avait émis un avis sur la gestation pour autrui. Il suggérait l'introduction d'une **déclaration de pré-adoption**, permettant à la future mère porteuse de manifester son accord pour mener une grossesse au profit des parents commanditaires. Il préconisait également l'interdiction de toute commercialisation, l'indemnisation des mères porteuses et la limitation des possibilités de gestation pour autrui aux seuls cas médicalement justifiés.

LA GESTATION POUR AUTRUI

DANEMARK

La gestation pour autrui n'est pas interdite, à moins qu'elle ne donne lieu à une contrepartie financière.

1) Le cadre juridique

Trois lois mentionnent explicitement la gestation pour autrui : la loi sur l'adoption, la loi sur la procréation médicalement assistée et la loi sur l'enfant.

La loi sur l'adoption interdit toute forme d'entremise entre une femme et une autre personne qui souhaiterait devenir le parent d'un enfant mis au monde par cette femme. Elle condamne également le fait de favoriser une telle médiation, par exemple par voie d'annonces. Ces deux infractions sont punies d'une amende ou d'une peine de prison dont la durée maximale s'établit à quatre mois. Par ailleurs, la loi dispose qu'aucune adoption ne peut être prononcée si une personne dont l'accord préalable est nécessaire a donné ou reçu de l'argent.

La loi sur l'assistance médicale à la procréation interdit qu'une femme qui a conclu une convention de gestation pour autrui afin de mettre au monde un enfant pour le compte d'une autre personne puisse bénéficier d'une assistance médicale à la procréation. Toutefois, cette loi ne s'applique qu'aux traitements réalisés par un médecin ou sous la responsabilité d'un médecin, de sorte que les autres professionnels qui peuvent pratiquer des inséminations artificielles – en particulier les sages-femmes – ne sont pas soumis à l'interdiction et peuvent exploiter cette possibilité.

D'après **la loi sur l'enfant**, les conventions de gestation pour autrui sont nulles. Une femme ne peut donc pas conclure un accord selon lequel elle s'engage à remettre l'enfant qu'elle porte.

2) La pratique et le débat

Les règles sont conçues de façon à ne pas favoriser la gestation pour autrui, mais elles n'empêchent pas qu'une personne qui souhaite devenir parent et qui ne le peut pas recoure à une sœur ou à une amie.

La gestation pour autrui est entourée d'une grande **incertitude juridique**. En effet, juridiquement, l'enfant qui naît est l'enfant de la femme qui l'a porté et de son conjoint, à moins que celui qui souhaite devenir père ne soit déclaré comme tel au moment de la naissance. La mère porteuse doit ensuite demander le transfert de l'autorité parentale au père, afin que l'épouse de ce dernier puisse demander l'adoption de l'enfant de son conjoint.

LA GESTATION POUR AUTRUI

ESPAGNE

La loi n° 14 du 26 mai 2006 sur les techniques de reproduction assistée interdit explicitement la gestation pour autrui.

1) Le cadre juridique

La loi n° 14 du 26 mai 2006 sur les techniques de reproduction médicalement assistée comprend un article intitulé « *Maternité de substitution* », qui énonce :

« 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 loi précédente, adoptée en 1988, comportait exactement la même interdiction. Ni l'exposé des motifs de la loi de 2006 ni celui de la loi de 1988, pourtant fort détaillés, ne précisent les raisons de cette interdiction.

2) La pratique et le débat

Certains, parmi lesquels plusieurs membres de la Commission nationale pour la reproduction médicalement assistée (3), préconisent la légalisation de la gestation pour autrui pour les femmes que des raisons physiologiques empêchent de porter des enfants.

Il semble que la plupart des couples espagnols qui souhaitent recourir à la gestation pour autrui passent des accords avec des femmes étrangères, de préférence originaires d'Amérique latine. Les diverses opérations préalables à la grossesse se déroulent dans le pays d'origine de la mère porteuse, dans l'utérus de laquelle est transféré un embryon résultant des gamètes du couple commanditaire. L'enfant est parfois directement enregistré comme étant celui du couple, de sorte que les autorités espagnoles ont beaucoup de difficultés à cerner l'ampleur du phénomène.

(3) Cette commission créée en vertu de la loi de 1988, fixe les règles générales applicables aux diverses opérations de reproduction médicalement assistée.

LA GESTATION POUR AUTRUI

ITALIE

La gestation pour autrui est interdite par la loi sur la procréation médicalement assistée.

1) Le cadre juridique

La loi sur la procréation médicalement assistée mentionne la gestation pour autrui, qu'elle interdit explicitement. Par ailleurs, la loi sur l'adoption l'interdit implicitement.

La loi n° 40 du 19 février 2004 sur la procréation médicalement assistée interdit la pratique et l'organisation de toute forme de maternité de substitution, ainsi que toute publicité à cet effet. Cette disposition vise tous les participants aux diverses opérations liées à la gestation pour autrui, y compris la mère porteuse et les parents commanditaires. La loi prévoit une peine de prison de trois mois à deux ans ainsi qu'une amende comprise entre 600 000 et 1 000 000 €. De plus, les médecins sont passibles d'une suspension professionnelle d'un à trois ans.

La loi sur la procréation médicalement assistée comprend d'autres dispositions qui empêchent la gestation pour autrui. Elle interdit en particulier toute procréation médicalement assistée hétérologue, c'est-à-dire toute méthode qui requiert un don de gamètes, et précise que tout enfant né – malgré cette interdiction – à la suite d'un don de gamètes est juridiquement considéré comme l'enfant de la femme qui l'a porté et de son conjoint, celui-ci ne pouvant pas contester sa paternité.

Les travaux préparatoires justifient l'interdiction de la gestation pour autrui par la nécessité de garantir à l'enfant « *des droits de nature sociale et psychologique* ».

Depuis 1995, le code de déontologie médicale comprend une interdiction générale de la gestation pour autrui.

Ces diverses dispositions sont conformes à l'avis que le Comité national de bioéthique a rendu en 1994 sur les techniques de procréation médicalement assistée.

Par ailleurs, **toute gestation pour autrui réalisée sans le recours à la procréation médicalement assistée est indirectement prohibée par la loi sur l'adoption**. Celle-ci 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.

2) La pratique et le débat

Si certaines dispositions de la loi de 2004 sur la procréation médicalement assistée – par exemple l'impossibilité de recourir à un don de gamètes – sont critiquées, il n'en va pas de même de **l'interdiction de la gestation pour autrui, qui ne suscite guère de débats**. Les propositions de loi les plus récentes sur la procréation médicalement assistée n'évoquent pas toutes la gestation pour autrui. Celles qui abordent ce sujet prévoient le maintien de l'interdiction, sauf, le cas échéant, dans des cas très particuliers.

La loi a comblé le vide juridique, grâce auquel un couple avait, en 2000, obtenu de l'autorité judiciaire le droit de faire implanter chez une mère porteuse un embryon congelé (4).

Elle a également prohibé certaines pratiques, en particulier celle qui consistait à exporter des embryons dans les pays acceptant la gestation pour autrui, tels les États-Unis. Du reste, avant même l'adoption de la loi, le ministre de la santé avait, pour empêcher cette pratique, signé un arrêté relatif à l'interdiction de l'exportation des gamètes et des embryons humains.

(4) Dans cette affaire, la femme, privée d'utérus, ne pouvait pas porter d'enfant. En 1995, des embryons furent produits avec les gamètes de chacun des deux membres du couple. En l'absence de mère porteuse, les embryons furent congelés. En 1999, le couple trouva une mère porteuse, mais le médecin, s'appuyant sur le code de déontologie médicale, refusa de procéder au transfert des embryons. Le couple saisit alors la justice. La décision du tribunal civil de Rome, de février 2000, fut confirmée quelques semaines plus tard, après que le ministère public eut fait appel : les juges autorisèrent le recours à une mère porteuse.

LA GESTATION POUR AUTRUI

PAYS-BAS

La gestation pour autrui est tolérée lorsqu'elle ne donne pas lieu à une contrepartie financière.

Bien que la gestation pour autrui ne fasse l'objet d'aucun texte spécifique, le règlement du 1^{er} avril 1998 relatif aux établissements qui pratiquent la fécondation *in vitro* (document n° 1) détermine explicitement les conditions dans lesquelles une femme peut bénéficier d'une fécondation *in vitro* en liaison avec une gestation pour autrui.

1) Le cadre juridique

Deux textes mentionnent explicitement la gestation pour autrui : le code pénal et le règlement du 1^{er} avril 1998 relatif aux établissements qui pratiquent la fécondation *in vitro*.

Le code pénal comporte deux articles applicables à la gestation pour autrui.

Le premier, qui définit le terme « mère porteuse » (5), érige en infraction le fait de provoquer ou de favoriser, dans l'exercice d'une activité professionnelle, le rapprochement, direct ou non, entre, d'une part, une mère porteuse ou une femme qui souhaite le devenir et, d'autre part, une autre personne. L'auteur d'une telle infraction encourt une peine de prison d'au plus un an ou une amende de quatrième catégorie, c'est-à-dire une amende dont le montant est compris entre 6 701 et 16 750 €.

(5) Est considérée comme telle la femme qui est devenue enceinte dans l'intention de mettre au monde un enfant au profit d'une autre personne, laquelle souhaite obtenir l'autorité parentale et s'occuper durablement de l'enfant.

Le second article du code pénal qui peut s'appliquer à la gestation pour autrui, mais sans la mentionner, punit quiconque provoque ou favorise, dans le cadre de ses activités professionnelles, le fait qu'une mère se mette d'accord, directement ou non, avec une autre personne pour lui remettre son enfant, afin que cette dernière s'en occupe de manière durable. L'auteur de cette infraction encourt une peine de prison d'au plus six mois ou une amende de troisième catégorie, c'est-à-dire une amende dont le montant est compris entre 3 351 et 6 700 €

Le règlement du 1^{er} avril 1998 relatif aux établissements qui pratiquent la fécondation *in vitro* prévoit explicitement le cas des gestations pour autrui.

Ce texte précise qu'une fécondation *in vitro* réalisée en liaison avec une gestation pour autrui ne peut avoir lieu que si le médecin responsable de l'opération atteste que la gestation pour autrui constitue la seule possibilité pour l'intéressée de devenir mère, par exemple parce qu'elle n'a pas d'utérus ou parce que tous les autres moyens susceptibles de provoquer une grossesse ont échoué, et si la femme dans le corps de laquelle un embryon est transféré a déjà eu au moins un enfant. En revanche, il n'est pas nécessaire que la femme qui souhaite devenir mère soit mariée (6). L'opération doit être réalisée conformément aux **directives de l'Association néerlandaise d'obstétrique et de gynécologie** (document n° 2).

Celles-ci précisent en particulier que :

- la mère porteuse ne doit pas avoir plus de 44 ans ;
- la mère génétique ne doit pas avoir plus de 40 ans ;
- si cette dernière a plus de 36 ans, une interruption de grossesse consécutive à un diagnostic prénatal peut être décidée par l'équipe médicale ;
- afin de réduire le risque d'une grossesse multiple, il faut limiter à deux le nombre d'embryons implantés chez la mère porteuse ;
- l'ensemble de l'opération doit faire l'objet d'un protocole ;
- tous les intéressés, c'est-à-dire les parents commanditaires, la mère porteuse, ainsi que, le cas échéant, son conjoint (6), doivent être informés par écrit et par oral de toutes les conséquences possibles de l'opération, sur le plan médical, psychologique et juridique ;
- pendant et après la procédure, les intéressés doivent bénéficier d'un accompagnement psychologique ;

(6) Ces directives assimilent au mariage toute forme de vie commune et au conjoint le compagnon, quel que soit son statut juridique.

– les parents commanditaires doivent être informés du fait que la mère porteuse, qui, juridiquement, est la mère de l'enfant, peut décider de garder celui-ci.

2) La pratique et le débat

Les dispositions du code pénal visent à empêcher les conventions de gestation pour autrui conclues à titre onéreux, mais elles n'empêchent pas qu'une personne qui souhaite devenir parent demande à une femme de son entourage de mener à bien une grossesse pour son compte.

Si **le droit médical reconnaît la gestation pour autrui**, il n'existe **pas de législation civile spécifique** à la gestation pour autrui, de sorte que le transfert des droits parentaux requiert une adoption. Juridiquement, l'enfant qui naît est en effet l'enfant de la femme qui l'a porté et de son éventuel conjoint. Les parents commanditaires, même s'ils sont les parents génétiques, doivent donc demander l'adoption de l'enfant, selon la procédure de droit commun. L'adoption peut toutefois être prononcée assez rapidement. En effet, les parents demandeurs ne font pas l'objet d'une enquête approfondie, compte tenu des nombreuses conditions qu'ils doivent remplir pour que la gestation pour autrui ait lieu.

Entre le 1^{er} juillet 2004 et le 30 mars 2006, il n'a pas été possible de recourir à la gestation pour autrui en liaison avec une fécondation *in vitro*, car aucun établissement ne pratiquait plus cette opération. Depuis le 30 mars 2006, un établissement d'Amsterdam le fait à nouveau, mais dans des conditions très restrictives : outre les critères imposés par les directives 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, compte tenu de la teneur de l'accord conclu, qui est contraire aux bonnes mœurs et à l'ordre public. Dans cette convention, les parties se mettent d'accord sur plusieurs dizaines de points, afin de régler par avance tous les problèmes susceptibles d'apparaître pendant la grossesse et de se mettre d'accord sur les responsabilités des uns et des autres après la naissance.

LA GESTATION POUR AUTRUI

ROYAUME-UNI

Depuis 1985 (document n° 3) la gestation pour autrui est encadrée par la loi. Par ailleurs, la loi de 1990 sur l'assistance médicale à la procréation (document n° 4) comporte des dispositions spécifiques sur l'état civil des enfants issus d'une gestation pour autrui.

Une révision de la loi de 1990 est actuellement en préparation : les nouvelles dispositions devraient notamment élargir la possibilité de recourir à la gestation pour autrui à d'autres couples que les couples hétérosexuels mariés.

1) Le cadre juridique

La loi de 1985 relative à la maternité de substitution définit la mère de substitution comme la femme qui porte un enfant à la suite d'un accord conclu avant le début de la grossesse et qui a pour objet la remise de l'enfant à une ou plusieurs autres personnes appelées à exercer l'autorité parentale.

Cette loi dispose que les accords ainsi conclus ne sont pas exécutoires (7) et interdit aux intermédiaires de se faire rémunérer, quel que soit le rôle qu'ils jouent (mise en relation, conseil juridique, gestion de listes de volontaires, etc.). Elle prohibe également toute publicité pour la gestation pour autrui. Les auteurs de ces infractions encourent une amende dont le montant maximal s'élève à 5 000 £ (soit environ 3 500 €), ou une peine de prison d'au plus trois mois. En revanche, ni la mère de substitution ni les parents commanditaires ne se rendent coupables d'aucune infraction.

(7) Cette disposition résulte d'une modification apportée par la loi de 1990 sur l'assistance médicale à la procréation.

La loi de 1985 relative à la maternité de substitution autorise donc implicitement les conventions de gestation pour autrui conclues à titre gratuit.

Par ailleurs, **la loi de 1990 sur l'assistance médicale à la procréation**, dite « loi sur la fertilisation humaine et l'embryologie », qui encadre notamment toutes les activités liées à la fécondation *in vitro*, **comporte un article sur l'état civil des enfants issus d'une gestation pour autrui et nés grâce à l'assistance médicale à la procréation.** Cette disposition a été adoptée pour éviter au couple commanditaire d'avoir à adopter l'enfant. En effet, en principe, l'enfant, même si sa conception résulte de l'implantation d'un embryon ou d'un ovule, ou d'une insémination artificielle, a pour mère la femme qui l'a porté et pour père le compagnon de celle-ci, à moins que cet homme n'ait explicitement renoncé à la paternité. Dans ce cas, c'est le père génétique qui est juridiquement reconnu comme père.

D'après la loi de 1990 sur l'assistance médicale à la procréation, les parents commanditaires peuvent demander au tribunal une décision aux termes de laquelle l'enfant est juridiquement le leur si les conditions suivantes sont remplies :

- le couple est marié ;
- sur le plan génétique, l'enfant est celui d'au moins un des deux membres du couple ;
- la demande est faite dans les six mois qui suivent la naissance ;
- au moins un des deux membres du couple est domicilié au Royaume-Uni ;
- chacun des deux membres du couple a dépassé l'âge de 18 ans ;
- le domicile de l'enfant est le même que celui du couple ;
- l'accord de la mère de substitution est donné plus de six semaines après la naissance ;
- le couple commanditaire n'a pas rémunéré la mère de substitution, le remboursement « *raisonnable* » des frais engagés par celle-ci pour mener à bien la grossesse étant toutefois admis. En règle générale, les tribunaux acceptent le versement d'une somme comprise entre 7 000 et 15 000 £ (c'est-à-dire entre 5 000 et 10 000 €).

Cette procédure, qui évite au couple commanditaire de demander l'adoption de l'enfant, se termine en principe – mais rien n'empêche la mère de substitution de revenir sur sa décision et de garder l'enfant – par l'établissement d'un nouvel acte de naissance, sur lequel la mère commanditaire est désignée

comme mère. Chaque année, une cinquantaine de décisions de ce type, permettent à des couples commanditaires de devenir parents d'enfants nés d'une gestation pour autrui.

Lorsque les diverses conditions nécessaires pour que de telles décisions soient prises ne sont pas remplies, les parents commanditaires doivent demander l'adoption ou l'attribution de l'autorité parentale.

Par ailleurs, conformément aux dispositions générales de la loi de 1990 sur l'assistance médicale à la procréation, à l'âge de dix-huit ans, toute personne peut s'adresser à la HFEA (*Human Fertilisation and Embryology Authority*), qui est l'autorité indépendante mise en place par la loi de 1990 sur l'assistance médicale à la procréation, pour savoir si sa naissance résulte d'une procréation médicalement assistée.

En cas de réponse positive, les demandeurs obtiennent des renseignements ne leur permettant pas d'identifier les donneurs (taille, poids, couleur des yeux, appartenance ethnique, etc.). Toutefois, les règles ont récemment changé : depuis le 1^{er} avril 2005, les dons ne sont plus anonymes, de sorte qu'il sera possible d'obtenir l'identité des donneurs à partir de 2023. De plus, les donneurs enregistrés avant la date du 1^{er} avril 2005 ont eu la possibilité de modifier les informations les concernant pour que leur identité puisse, le cas échéant, être communiquée.

2) La pratique et le débat

a) *Les agences de gestation pour autrui*

Plusieurs **agences** se sont spécialisées dans la mise en relation des parents commanditaires et des mères de substitution. Elles exercent leur activité dans le cadre de la loi de 1985 sur la maternité de substitution, ce qui exclut notamment qu'elles aient un but lucratif et qu'elles fassent de la publicité pour leur activité. On estime que le nombre annuel de gestation pour autrui est compris entre 50 et 80.

L'une d'elles, COTS, a été fondée en 1988 par Kim Cotton (8). COTS déclare avoir été à l'origine de plus de 500 naissances entre 1988 et 2004. Dans 70 % des cas, la mère de substitution était aussi la mère génétique.

L'activité de ces agences ne fait l'objet d'aucun contrôle spécifique, en particulier lorsque la gestation pour autrui résulte d'une simple insémination, qui peut avoir lieu à domicile. En revanche, les gestations pour autrui obtenues grâce à une fécondation *in vitro* doivent respecter les procédures mises en place dans les établissements habilités par la HFEA à effectuer de tels actes. Chaque cas est

(8) *Kim Cotton est la jeune Anglaise qui, recrutée par une agence américaine, a mis au monde Baby Cotton, conçu par insémination artificielle. Son cas a ému le pays et a été à l'origine de la loi de 1985 sur la maternité de substitution.*

donc examiné par le comité d'éthique de l'établissement, qui prend sa décision au cas par cas en fonction de critères qui lui sont propres. En pratique, ces comités vérifient que la gestation pour autrui est médicalement justifiée, que toutes les personnes concernées ont été informées, que la mère de substitution remplit certaines conditions – elle doit notamment déjà avoir accouché, ne pas avoir dépassé un certain âge, souvent fixé autour de 35 ans – et que la mère commanditaire a également moins de 35 ans.

Le projet de loi relatif à la révision de la loi sur l'assistance médicale à la procréation, qui est actuellement soumis au Parlement, comprend un article portant sur les agences de gestation pour autrui. Il ne modifie pas les dispositions interdisant que l'activité d'intermédiaire soit réalisée par un établissement à but lucratif. Cependant, les agences spécialisées pourraient désormais, tout en conservant leur vocation d'établissement non lucratif, **recevoir de l'argent en contrepartie de certaines prestations.**

Seules, les prestations suivantes seraient susceptibles d'être rémunérées : la prise de contact et le recueil des informations nécessaires à la mise en relation des intéressés. Ainsi, le fait de mettre un local à la disposition des intéressés pour qu'ils puissent se rencontrer et la tenue de listes de femmes volontaires pour devenir mères de substitution pourraient être payés, mais pas la participation aux négociations, la fourniture d'informations sur les établissements médicaux spécialisés dans l'assistance médicale à la procréation.

Le projet de loi prévoit également d'autoriser ces agences à faire de la publicité. En revanche, les mères de substitution n'auraient pas cette possibilité.

Le gouvernement n'a pas retenu les propositions qui avaient été émises en 1997 par le groupe de travail sur la gestation pour autrui institué par le ministère de la santé et qui ont été reprises en 2005 par la commission de la Chambre des communes pour la science. Ce groupe de travail préconisait en particulier :

– la création d'un fichier des agences de gestation pour autrui, géré par le ministère de la santé ;

– l'élaboration d'un code de bonne conduite, que ces agences auraient eu l'obligation de respecter.

b) L'état civil des enfants issus d'une gestation pour autrui

Le projet de loi relatif à la révision de la loi sur l'assistance médicale à la procréation doit notamment modifier les dispositions relatives à la gestation pour autrui afin de permettre à des couples non mariés, d'avoir accès à la gestation pour autrui, indépendamment de l'orientation sexuelle des intéressés et sans que cette possibilité soit réservée aux personnes liées par un partenariat civil.

LA GESTATION POUR AUTRUI

SUISSE

La gestation pour autrui est interdite par la constitution fédérale ainsi que par loi fédérale sur la procréation médicalement assistée.

1) Le cadre juridique

L'article de la **constitution fédérale** intitulé « Procréation médicalement assistée et génie génétique dans le domaine humain » interdit « *toutes les formes de maternité de substitution* ».

La loi fédérale du 18 décembre 1998 sur la procréation médicalement assistée est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2001. Elle définit une mère de substitution comme « *une femme qui accepte de porter un enfant conçu au moyen d'une méthode de procréation médicalement assistée et de le remettre définitivement à des tiers après accouchement* » **et reprend l'interdiction de principe** de la gestation pour autrui posée par la constitution. Elle prévoit de surcroît 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* ».

Cette loi érige également en contravention le don d'ovules et d'embryons, nécessaires lorsque la gestation pour autrui ne consiste pas en la simple remise au couple commanditaire d'un enfant conçu avec les gamètes de la mère porteuse.

2) La pratique et le débat

Il semble que certains couples se rendent à l'étranger pour bénéficier de dispositions moins restrictives que celles qui sont en vigueur en Suisse. Toutefois, les tribunaux suisses n'ont pas encore eu à se prononcer sur la filiation maternelle des enfants ainsi nés.

L'interdiction de la gestation pour autrui ne suscite guère de débats, à la différence de l'interdiction du don d'ovules. Celle-ci a, lors des débats parlementaires préalables à l'adoption de la loi sur la procréation médicalement assistée, été justifiée par la nécessité de ne pas dissocier la mère génétique et la mère qui porte l'enfant, afin d'éviter toute discussion sur la filiation maternelle. Elle est toutefois contestée par certains, au motif que la stérilité féminine n'est pas traitée de la même façon que la stérilité masculine, à laquelle le don de sperme permet de remédier.

LA GESTATION POUR AUTRUI

CANADA

La loi du 29 mars 2004 (document n °5) sur la procréation assistée interdit la gestation pour autrui à titre onéreux, mais 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.

1) Le cadre juridique

a) La loi fédérale sur la procréation assistée

La loi du 29 mars 2004 sur la procréation assistée interdit la gestation pour autrui à titre onéreux ainsi que toute activité d'intermédiaire, mais autorise implicitement les contrats de gestation pour autrui à titre gratuit.

Cette loi définit la mère porteuse comme « une personne de sexe féminin qui porte un embryon ou un fœtus issu d'une technique de procréation médicalement assistée et provenant des gènes d'un ou plusieurs donneurs, avec l'intention de remettre l'enfant à un donneur ou à une autre personne à la naissance ».

Dans la partie de la loi consacrée aux actes interdits, l'article 6 traite de la gestation pour autrui. Les trois premiers alinéas de cet article **interdisent la gestation pour autrui à titre onéreux ainsi que toute activité d'intermédiaire**. D'après le premier alinéa, *« il est interdit de rétribuer une personne de sexe féminin pour qu'elle agisse à titre de mère porteuse, d'offrir de verser la rétribution ou de faire de la publicité pour le versement d'une telle rétribution »*. L'alinéa 2 prohibe toute activité d'intermédiaire. L'alinéa 3 interdit le fait de rétribuer un intermédiaire quelle que soit sa prestation.

Toute personne qui contrevient à ces interdictions encourt une amende maximale de 500 000 dollars canadiens (soit environ 340 000 €) et un emprisonnement maximal de dix ans, ou l'une de ces peines.

La loi du 29 mars 2004 sur la procréation assistée autorise implicitement les contrats de gestation pour autrui à titre gratuit.

En effet, l'alinéa 4 de l'article 6 fixe **l'âge minimum de la mère porteuse à 21 ans** : « *Nul ne peut induire une personne de sexe féminin à devenir mère porteuse, ni lui conseiller de le devenir, ni pratiquer un acte médical pour aider une personne de sexe féminin à devenir mère porteuse, s'il sait ou s'il a des motifs de croire qu'elle a moins de vingt et un ans.* »

De plus, l'alinéa 5 énonce : « *Le présent article ne porte pas atteinte, à la validité, en vertu du droit provincial, de toute entente aux termes de laquelle une personne accepte d'être mère porteuse.* »

Par ailleurs, l'article 12 interdit de rembourser les frais supportés par une mère porteuse, sauf si le remboursement est autorisé et conforme à un règlement, qui n'a pas été publié à ce jour.

Afin d'élaborer ce dernier, le ministère fédéral canadien de la santé a procédé à une consultation publique entre le 9 août 2007 et le 14 septembre 2007 : il proposait de rembourser à la mère porteuse les frais de déplacement, de soins de santé et de médicaments, de vêtements de maternité, de baby-sitting de ses propres enfants, de conseils juridiques et psychologiques, et posait aussi la question du remboursement de la perte des revenus du travail subie par la mère porteuse du fait de sa grossesse.

b) Les lois provinciales

La validité d'une convention de gestation pour autrui à titre gratuit et la filiation d'un enfant né dans ces circonstances relèvent du droit provincial.

Au **Québec**, l'article 541 du code civil déclare : « *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.* »

En **Alberta**, la 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 mère porteuse 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 mère porteuse 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'attribuer la filiation juridique aux parents commanditaires lorsque certaines conditions sont remplies. Il faut en particulier que l'accord entre la mère porteuse 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 gestation 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 commanditaires. Ainsi, en 2003, en Colombie-Britannique, la justice, saisie d'une affaire dans laquelle les parents génétiques demandaient leur inscription en qualité de parents légaux sur le registre des naissances à la place de la mère porteuse, a accédé à la demande des parents génétiques en invoquant l'intérêt supérieur de l'enfant.

2) La pratique et le débat

Le débat autour de la gestation pour autrui existe depuis de nombreuses années au Canada. En 1993 déjà, le rapport de la Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction préconisait l'interdiction de la commercialisation de la maternité de substitution. Jusqu'à l'adoption de la loi de 2004 sur la procréation assistée, les établissements appliquaient leur propre code de conduite et la mère porteuse était le plus souvent rétribuée par le couple commanditaire, en moyenne entre 10 000 et 18 000 dollars canadiens (soit entre 6 600 € et 12 000 €).

Le nombre exact de gestations pour autrui n'est pas connu, mais semble peu élevé. À la fin des années 90, IVF Canada, une des plus importantes cliniques privées de fécondation *in vitro* du pays traitait annuellement cinq ou six cas résultant de contrats de gestation pour autrui.

Les couples rencontrent beaucoup de difficultés pour trouver une mère porteuse, qu'ils doivent recruter eux-mêmes et qu'ils ne peuvent pas rémunérer. Ils procèdent par voie d'annonces, le plus souvent sur Internet, et sont tentés de la rémunérer en espèces sans établir de contrat ou de se rendre aux États-Unis, où ils font appel à des agences commerciales spécialisées.

LA GESTATION POUR AUTRUI

ÉTATS-UNIS

La gestation pour autrui ne fait l'objet d'**aucune législation fédérale**, si bien que chaque État applique ses propres règles.

Une minorité d'États autorise la gestation pour autrui et, parmi ceux-ci, beaucoup interdisent la rémunération de la mère porteuse.

1) Le cadre juridique

Il n'existe pas de loi fédérale sur la gestation pour autrui et une trentaine d'États n'ont pas légiféré sur ce point. Parmi ceux-ci, seule la Californie (9) dispose d'une jurisprudence confirmée reconnaissant la gestation pour autrui. Dans les États qui ont adopté des dispositions législatives, la situation juridique est parfois incertaine.

a) La jurisprudence californienne

C'est dans sa décision Johnson v. Calvert (document n° 6), **rendue en 1993, que la Cour suprême de Californie a établi pour la première fois que les parents légaux d'un enfant étaient ceux qui avaient l'intention de l'être dès la conception.**

Dans cette affaire, où la mère porteuse et la mère génétique se contestaient mutuellement la filiation maternelle, la Cour suprême a considéré qu'elles étaient toutes deux les mères « naturelles » de l'enfant, puisque, selon la loi californienne, la maternité est prouvée soit par l'accouchement soit par un test génétique. Pour établir la filiation juridique, il fallait, selon la Cour suprême, se placer au moment de la conception. À cette date, seule la mère biologique avait

(9) La Californie est l'État le plus peuplé, elle rassemble plus de 10 % de la population américaine.

l'intention d'être la mère de l'enfant. Par conséquent, c'est elle qui a été reconnue comme la mère légale de l'enfant.

Par ailleurs, les tribunaux ont progressivement admis que **les parents commanditaires peuvent, s'ils sont les parents génétiques de l'enfant à naître, obtenir avant la naissance une décision judiciaire leur attribuant la filiation.**

Ils peuvent en effet, par une procédure à laquelle la mère porteuse et son éventuel conjoint doivent consentir, demander au tribunal qu'il rende, avant la naissance, une décision selon laquelle :

– ils sont les parents légaux de l'enfant et ont le droit de lui donner un prénom ;

– la mère porteuse et son conjoint n'ont pas de droit ni de responsabilité légale à l'égard de l'enfant ;

– le personnel de l'établissement où l'accouchement a lieu doit porter le nom des parents commanditaires sur la déclaration de naissance.

b) Les législations des autres États

Dans les États où il existe des dispositions législatives, celles-ci sont extrêmement variées et la situation juridique est parfois incertaine, par exemple parce que le texte applicable ne traite qu'un aspect de la question ou laisse place à diverses interprétations qui n'ont pas été tranchées par la jurisprudence.

Moins d'une dizaine d'États reconnaissent la gestation pour autrui et autorisent les contrats de gestation pour autrui, le plus souvent sans contrepartie financière autre que le remboursement des frais « *raisonnables* » engagés et non couverts par une assurance santé.

• Les contrats de gestation pour autrui

Les lois adoptées précisent les conditions – notamment d'état civil – que la mère porteuse et les futurs parents doivent remplir, ainsi que les conditions de fond et de forme que le contrat de gestation pour autrui doit respecter.

Dans **l'Illinois** par exemple, la loi relative à la gestation pour autrui, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2005 (document n° 7), prévoit que la mère porteuse doit avoir au moins 21 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. De son côté, le(s) parent(s) commanditaire(s) doi(ven)t avoir fourni au moins un des gamètes ayant permis la formation de l'embryon et prouver que la gestation pour autrui constitue une nécessité, l'attestation médicale devant être annexée au contrat de gestation pour

autrui. En outre, les deux parties doivent avoir subi un bilan psychologique et bénéficié d'une consultation juridique portant sur les termes du contrat de gestation pour autrui et ses conséquences juridiques possibles. Cette loi prévoit également que le contrat de gestation pour autrui doit, avant le commencement de toute procédure médicale, être conclu par écrit et attesté par deux témoins, chaque partie étant représentée par un conseiller juridique indépendant. Par ailleurs, l'éventuelle compensation financière attribuée à la mère porteuse doit être remise à un tiers indépendant, également avant que tout acte médical soit entrepris. La loi dresse aussi la liste des engagements de chacune des parties, la mère porteuse devant en particulier confier l'enfant aux parents commanditaires immédiatement après la naissance et ceux-ci devant accepter la garde de l'enfant aussitôt après sa naissance.

Parmi les États qui ne sont pas favorables à la gestation pour autrui, certains (Kentucky, Indiana, Louisiane et Nebraska) déclarent les contrats de gestation pour autrui nuls, tandis que d'autres (New York, Michigan et Washington) érigent en plus la gestation pour autrui à titre onéreux en infraction pénale. Les peines applicables (amende et/ou emprisonnement) diffèrent selon qu'il s'agit de sanctionner les parties au contrat ou les entremetteurs.

- La filiation

Certains des États qui reconnaissent la validité des contrats de gestation pour autrui ont prévu des dispositifs visant à faciliter l'établissement de la filiation des enfants nés d'une gestation pour autrui et donc à éviter le recours à une procédure d'adoption lorsque les parents commanditaires ont un lien génétique avec l'enfant.

Ainsi, en Arkansas, les parents commanditaires peuvent, après la naissance, obtenir une décision judiciaire permettant l'établissement d'un nouvel acte de naissance qui se substitue à celui établi après l'accouchement et mentionnant la mère porteuse comme mère légitime. Au Texas, le nom des parents commanditaires peut être mentionné sur l'acte de naissance initial, mais à condition qu'ils aient obtenu l'accord d'un juge avant la naissance. Dans d'autres États, l'acte de naissance n'est établi qu'après l'écoulement d'un certain délai après la naissance. Selon les cas, ce délai permet à la mère porteuse de se rétracter ou à un juge de confirmer la filiation.

Il semble que **l'Illinois** soit **l'un des États les plus libéraux en la matière**, puisqu'il dispense les parents commanditaires de saisir la justice pour obtenir la correction de l'acte de naissance. En effet, si la procédure prévue par la loi est respectée, ce sont les noms des parents commanditaires qui sont portés sur l'acte de naissance d'origine, et non ceux de la mère porteuse et de son éventuel conjoint.

2) La pratique et le débat

La commercialisation de la gestation pour autrui est apparue à la fin des années 70. Depuis cette date, **l'activité d'intermédiaire** entre les couples désirant un enfant et les futures mères porteuses s'est beaucoup développée dans les États qui reconnaissent le contrat de gestation pour autrui, d'autant qu'elle **n'est pas réglementée** et semble très lucrative.

Ces agences et cabinets juridiques spécialisés utilisent notamment Internet pour attirer des clients à travers l'ensemble du territoire américain et au-delà. Ils jouent sur les disparités juridiques existant entre les États et font en sorte que le contrat de gestation pour autrui conclu à titre onéreux soit placé sous la loi d'un État qui y est favorable.

Actuellement, on estime à environ 1 000 pour l'ensemble des États-Unis le nombre annuel de naissances résultant d'une gestation pour autrui. Dans la plupart des cas, les parents commanditaires sont les parents génétiques du nouveau-né.

Le prix d'une gestation pour autrui s'élève en moyenne à 60 000 \$ (un peu moins de 41 000 €), mais peut dépasser 100 000 \$ (un peu moins de 68 000 €).

La disparité des règles applicables, notamment en matière de filiation, préoccupe certains juristes. Ainsi, la Conférence nationale des délégués pour l'harmonisation des lois des États (organisme non officiel composé de délégués de tous les États) a actualisé en 2002 son projet de loi relatif à la filiation, qu'elle propose aux États d'adopter. Ce document contient notamment des dispositions portant sur l'établissement la filiation des enfants nés à la suite d'un contrat de gestation pour autrui.

LA GESTATION POUR AUTRUI

LISTE DES PRINCIPAUX TEXTES ANALYSÉS

- Document n° 1** Pays-Bas – Règlement du 1^{er} avril 1998 relatif aux établissements qui pratiquent la fécondation *in vitro* (langue originale)
- Document n° 2** Pays-Bas – Directives de l'Association néerlandaise d'obstétrique et de gynécologie sur la maternité de substitution de « haute technologie » (langue originale)
- Document n° 3** Royaume-Uni – Loi de 1985 sur la maternité de substitution (langue originale)
- Document n° 4** Royaume-Uni – Article 30 de la loi de 1990 sur la fertilisation humaine et l'embryologie (langue originale)
- Document n° 5** Canada – Articles 6, 12 et 60 de la loi fédérale sur la procréation assistée
- Document n° 6** États-Unis – Décision Johnson v. Calvert rendue en 1993 par la Cour suprême de Californie (langue originale)
- Document n° 7** États-Unis – Loi de l'État de l'Illinois sur la gestation pour autrui (langue originale)

