

Contribution à la réflexion sur la maternité pour autrui

Rapport d'information
d'Alain Milon, sénateur du Vaucluse (UMP)
et de Henri de Richemont, sénateur de la Charente (UMP)
au nom du groupe de travail
de la commission des affaires sociales et de la commission des lois du Sénat
présidé par Michèle André, sénatrice du Puy-de-Dôme (Soc.)
sur la maternité pour autrui

La maternité pour autrui est une pratique séculaire pour remédier à l'infertilité d'une femme.

Longtemps tolérée, cette pratique contredit cependant une règle fondamentale du droit de la filiation de la plupart des Etats occidentaux, selon laquelle la maternité légale résulte de l'accouchement.

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. Les spermatozoïdes peuvent quant à eux provenir soit de l'homme avec lequel cette femme souhaite avoir un enfant, soit d'un tiers donneur.

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. Cette prohibition est toutefois contournée grâce à la diversité des législations nationales. Elle est également contestée car ses fondements paraissent fragiles.

Après avoir organisé une cinquantaine d'auditions et effectué un déplacement au Royaume-Uni, le groupe de travail préconise d'autoriser, sous des conditions strictes, la gestation pour autrui.



De g. à d. : Henri de Richemont, Michèle André
et Alain Milon, à Londres

➤ Une prohibition stricte de la maternité pour autrui

. Les sanctions civiles

L'illicéité de la maternité pour autrui et des associations concourant à sa mise en œuvre a d'abord été affirmée par la jurisprudence (*Cour de cassation, 13 décembre 1989, 31 mai 1991*).

Elle a été confirmée par la loi de bioéthique du 29 juillet 1994 sur le respect du corps humain, qui a prévu la nullité de toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui (*article 16-7 du code civil*). Cette nullité est d'ordre public (*article 16-9 du code civil*).

. Les sanctions pénales

L'article 227-13 du code pénal punit de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende la substitution volontaire, la simulation ou dissimulation ayant entraîné une atteinte à l'état civil d'un enfant ainsi que leur tentative.

L'article 227-12 du même code punit d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros 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 », ces peines étant doublées lorsque les faits ont été commis à titre habituel ou dans un but lucratif.

Des sanctions pénales sont également encourues au titre des délits de provocation à l'abandon d'enfant né ou à naître et de faux en écritures publiques.

➤ **Une prohibition inégalement partagée**

La maternité pour autrui est prohibée dans une majorité d'Etats européens, notamment l'Allemagne, l'Espagne, l'Italie, l'Autriche et la Suisse.

Elle est tolérée en Belgique et aux Pays-Bas, autorisée et encadrée au Royaume-Uni et en Grèce.

Aux Etats-Unis et au Canada, les règles varient suivant les Etats fédérés et les territoires ou provinces.

. **Les règles applicables au Royaume-Uni**

La loi du 16 juillet 1985 modifiée le 1^{er} novembre 1990 autorise les conventions de maternité pour autrui, exclusivement pour des raisons médicales et au seul bénéfice de couples mariés dont l'un des deux membres au moins est domicilié sur le territoire national. L'embryon doit avoir été conçu avec les gamètes de l'un des deux époux au moins. La mère de substitution ne peut être rémunérée mais ses frais doivent lui être remboursés dans la limite d'un « dédommagement raisonnable ». Lors de la naissance, la mère légale est celle qui a accouché de l'enfant. L'acte de naissance est ensuite annulé par une décision de justice établissant la filiation de l'enfant à l'égard de ses parents intentionnels. A défaut, l'enfant peut être adopté.

. **Les règles applicables en Grèce**

La loi du 19 décembre 2002 complétée le 27 janvier 2005 permet à la femme qui, mariée ou vivant en concubinage, âgée de moins de cinquante ans et domiciliée en Grèce, ne peut assumer la gestation d'un enfant de demander à bénéficier d'une assistance médicale à la procréation et de faire appel à une mère de substitution. Toute contrepartie pécuniaire est interdite, sauf le remboursement des frais de grossesse et d'accouchement ainsi que le versement d'une indemnité plafonnée correspondant aux salaires perdus par la mère de substitution. Le transfert d'embryon est autorisé par une décision judiciaire. En vertu de cette décision, la filiation de l'enfant à l'égard de ses parents intentionnels est présumée : leurs noms sont donc inscrits sur l'acte de naissance d'origine. Cette filiation peut être contestée à condition de prouver que la mère de substitution est la mère génétique.

➤ **Une prohibition contournée**

. **Un « tourisme » ou « exode » procréatif**

Bien des couples infertiles n'hésitent pas à se rendre à l'étranger, dans les pays où la maternité pour autrui est admise, pour y recourir.

Aucune estimation fiable de leur nombre n'a pu être fournie au groupe de travail. Ils pourraient être une centaine chaque année.

Ceux 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 établissant la filiation de l'enfant à leur égard. Les frais exposés seraient de l'ordre de 50 000 euros au total.

Les autres recourent aux services d'une mère de substitution sur le territoire français, contactée généralement par Internet : le traitement médical est pratiqué en Belgique, notamment, puis la mère de substitution accouche anonymement en France.



Entretiens à la Royal court of Justice, à Londres

. **Les sanctions encourues**

L'effectivité des sanctions pénales semble incertaine : les poursuites sont rares et, comme en atteste une affaire soumise au tribunal de grande instance de Créteil en 2004, débouchent sur un non-lieu lorsqu'elles concernent des faits commis à l'étranger.

Sur le plan civil, la prohibition de la maternité pour autrui entraîne l'impossibilité d'établir la filiation de l'enfant à l'égard de sa mère d'intention, que ce soit par la voie de l'adoption (*Cour de cassation, 31 mai 1991*), d'une reconnaissance (*cour d'appel de Rennes, 4 juillet 2002*) ou de la possession d'état (*tribunal de grande instance de Lille, 22 mars 2007*).

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.

La cour d'appel s'est fondée sur la conformité de ces actes à une décision de justice américaine et a invoqué l'intérêt supérieur des enfants à disposer d'actes de l'état civil indiquant leur lien de filiation.

Un pourvoi en cassation a été formé. Il eût été possible d'invoquer la contrariété de la décision étrangère à l'ordre public international français et la fraude aux règles de conflit de loi, ce que n'avait pas fait le ministère public en première instance puis en appel.



*M. Alain Grimfeld,
président du Comité consultatif national d'éthique*

. La vie quotidienne des couples ayant eu recours à la maternité pour autrui

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.

En outre, les actes de l'état civil étrangers font en principe foi en France.

Enfin, 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 séparation 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.

Toutefois, la loi 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 actuel a annoncé son intention de les renforcer davantage.

➤ Une prohibition contestée

. La maternité pour autrui, une pratique contraire à la dignité de la personne humaine ?

La protection de la dignité de la personne humaine passe par le respect de deux interdits : ne pas faire de l'homme une marchandise, ne pas le traiter comme une chose.

Pour la majorité des membres du groupe de travail, la maternité pour autrui, correctement encadrée, peut être un don réfléchi et limité dans le temps d'une partie de soi. En ce sens, elle est comparable au don de gamètes ou au don d'organes.

Elle peut donc être pratiquée sans qu'il y ait d'exploitation mercantile et d'instrumentalisation du corps des femmes.

. Une pratique contraire à l'intérêt de l'enfant ?

Pendant les neuf mois de la grossesse, l'enfant à naître est par nature dans un rapport fusionnel avec la femme qui le porte : il s'attache fortement à elle. Mais, aux yeux de la majorité des membres du groupe de travail, la maternité pour autrui n'est pas pour autant un abandon : à sa naissance, l'enfant est depuis longtemps désiré et attendu par ses parents intentionnels. Des contacts fréquents entre la mère de substitution et le couple demandeur peuvent établir une continuité pour l'enfant entre le temps de sa gestation et les premiers mois de sa vie.

Redevable de la vie à deux ou trois femmes qui peuvent toutes prétendre au titre de mère, l'enfant né d'une mère de substitution héritera d'une filiation complexe. Certains craignent que des troubles apparaissent, notamment à l'adolescence, lorsqu'il lui faudra se positionner par rapport à cet héritage. Pourtant, si son histoire lui est clairement expliquée par ses parents, rien ne s'oppose à ce que l'enfant s'approprie son passé et le transforme en une ressource lui permettant de s'épanouir.

. Une pratique contraire à l'intérêt général ?

La gestation pour autrui serait contraire à l'intérêt général car elle conduirait à une contractualisation de la filiation et à la reconnaissance d'un « droit à l'enfant ».

La filiation ne doit pas être contractualisée car elle est un bien commun qui permet à chacun de se situer par rapport aux autres et d'éprouver à la fois sa différence et sa similitude. La légalisation de la maternité pour autrui implique une dérogation au droit commun de la filiation, et non sa contractualisation. Le principe d'indisponibilité de l'état des personnes ne serait alors pas méconnu.

Pour la majorité des membres du groupe de travail, cette légalisation ne reviendrait pas à instituer un « droit à l'enfant ». Remède à une forme d'infertilité particulière, la maternité pour autrui pourrait en effet s'inscrire dans l'héritage des lois de bioéthique de 1994.

Les recommandations du groupe de travail : Autoriser et encadrer la gestation pour autrui

→ Des conditions d'éligibilité strictes

. Les conditions requises des bénéficiaires

- . obligation de 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
- . obligation, pour la femme, d'être 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
- . obligation, pour l'un des deux membres du couple au moins, d'être parent génétique de l'enfant

. Les conditions requises de la gestatrice

- . interdiction d'être la mère génétique de l'enfant
- . obligation d'avoir déjà eu au moins un enfant sans avoir rencontré de difficulté particulière pendant la grossesse

- . interdiction de mener plus de deux grossesses pour le compte d'autrui
- . interdiction, pour une mère, de porter un enfant pour le compte de sa fille
- . obligation d'être domiciliée en France

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

- . obligation, pour les couples demandeurs et les femmes prêtes à leur venir en aide, d'obtenir un agrément, après examen de leur état de santé physique et psychique, délivré par une commission pluridisciplinaire placée sous l'égide de l'Agence de la biomédecine
- . obligation, pour les praticiens et les centres de procréation médicalement assistée, d'obtenir une habilitation spécifique
- . interdiction, pour les praticiens concernés par une gestation pour autrui, de participer à la délivrance de ces agréments

→ Un régime légal, et non contractuel

. La mise en relation des couples demandeurs et des gestatrices

- . possibilité, pour des associations à but non lucratif agréées par l'Agence de la biomédecine, de mettre en relation les couples demandeurs et les gestatrices
- . interdiction de percevoir une rémunération pour ce rôle d'intermédiaire ou de faire de la publicité sur la gestation pour autrui
- . maintien des délits de provocation à l'abandon d'enfant et d'entremise en vue d'une gestation pour autrui en cas de violation de ces règles

. L'accompagnement de la gestation pour autrui

- . octroi à la gestatrice de tous les droits sociaux afférents à la maternité mais pas de droits supplémentaires à la retraite
- . octroi aux parents intentionnels de droits à congés pour l'accueil de l'enfant calqués sur les droits à congés en matière d'adoption
- . mise en place d'un accompagnement psychologique de la gestatrice et des parents intentionnels, pendant la grossesse et après l'accouchement
- . interdiction de rémunérer la gestatrice mais possibilité de prévoir un « dédommagement raisonnable », à la charge du couple bénéficiaire, afin de couvrir les frais qui ne seraient pas pris en charge par la sécurité sociale

. L'intervention du juge judiciaire

- . subordination du transfert d'embryon à une autorisation judiciaire (le magistrat vérifierait les agréments, recueillerait les consentements écrits des intéressés, les informerait sur les conséquences de leur engagement sur la filiation de l'enfant, fixerait et, le cas échéant, réviserait le montant du dédommagement de la gestatrice)

. Les règles relatives au déroulement de la grossesse

- . compétence de la seule gestatrice pour prendre les décisions afférentes au déroulement de la grossesse, notamment celle de demander son interruption

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

- . possibilité, pour la gestatrice, de devenir la mère légale de l'enfant, à condition d'en exprimer la volonté dans les trois jours suivant l'accouchement et application du droit commun de la filiation
- . à défaut, inscription automatique des noms des parents intentionnels sur les registres de l'état civil en exécution de la décision judiciaire ayant autorisé le transfert d'embryon
- . pour l'avenir, maintien de l'interdiction d'établir la filiation maternelle des enfants nés à l'étranger en violation des règles d'ordre public édictées par la loi française
- . pour le passé, possibilité d'établir la filiation maternelle d'un enfant né d'une maternité pour autrui si ses parents intentionnels remplissent les conditions d'éligibilité précitées