

GESTATION POUR AUTRUI :
SURROGATE MOTHERHOOD

COLLECTION COLLOQUES VOLUME 14

Soutien :

Laboratoire Droit de la santé
Université Paris VIII

**GESTATION POUR AUTRUI :
SURROGATE MOTHERHOOD**

XVIII^e Congrès, Washington D.C., les 25-31 juillet 2010 /
XVIII^e Congress, Washington D.C., 25-31 July 2010

Sous la direction de
Françoise MONÉGER

LEX MULTIPLEX

JUS UNUM
SOCIÉTÉ DE
LÉGISLATION
COMPARÉE

Le Code de propriété intellectuelle n'autorisant, aux termes de l'article L. 122-5, 2° et 3° a), d'une part, que les « copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective » et, d'autre part, que les analyses et les courtes citations dans un but d'exemple et d'illustration, « toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite » (art. L. 122-4).

Cette représentation ou reproduction, par quelque procédé que ce soit, constitue donc une contrefaçon sanctionnée par les articles L. 335-2 et suivants du Code de propriété intellectuelle.

TABLE DES MATIÈRES

Préface	
Françoise MONÉGER.....	VII
Rapport de synthèse	
Françoise MONÉGER.....	9
Allemagne	
Andreas SPICKHOFF	27
Angleterre: Maternité pour le compte d'autrui entre prohibition et permission	
Eva STEINER	39
Argentine	
Augusto BELLUSCIO	47
Belgique : La gestation pour autrui en droit international privé	
Caroline HENRICOT	49
Canada : Vers la reconnaissance juridique de la pratique des mères porteuses : état du droit canadien et québécois	
Louise LANGEVIN	85
Corée : Surrogate Motherhood : Legislative Theoretical Research	
Dong-Jin PARK	109
Danemark	
Janne Rothmar HERRMANN	127
Espagne	
Marina PÉREZ MONGE.....	129
France	
Françoise MONÉGER.....	157

Grèce : Le don d’utérus et le droit hellénique	
Athanasios C. PAPACHRISTOS.....	169
Irlande	
Maebh HARDING	173
Israël	
Carmel SHALEV	179
Italie	
Antonello MIRANDA.....	187
Macao : Rapport pour la Région Administrative Spéciale de Macao de la République Populaire de Chine	
Paula NUNES CORREIA	199
Norvège	
John ASLAND	201
Pays Bas : Maternity for another : A Double Dutch Approach	
Machteld J. VONK.....	205
Pologne : Contract on surrogate motherhood in polish law	
Mirosław NESTEROWICZ et Monika WAŁACHOWSKA	221
Portugal	
Vera LÚCIA RAPOSO et Guilherme de OLIVEIRA.....	225
Serbie	
Olga CEVJIĆ JANČIĆ.....	231
Taiwan : A Long Way to go for Surrogate Mothering in Taiwan	
Shu-Chin Grace KUO	243
Artificial Reproduction Act	250
U.S.A.	
Carla SPIVACK	257

PRÉFACE

Le 18^e congrès de l'Académie internationale de droit comparé a eu lieu à Washington du 25 au 31 juillet 2010. La gestation pour autrui (Surrogate motherhood) était l'un des sujets traités lors de ce congrès et j'avais accepté d'être rapporteur général sur ce thème.

J'avais donc établi un questionnaire qui figure en annexe de mon rapport de synthèse, et les rapporteurs nationaux devaient répondre aux questions posées, soit en français, soit en anglais, qui sont les deux langues de l'Académie.

Cet ouvrage reprend l'ensemble des rapports nationaux reçus avant la tenue du congrès, auxquels s'ajoutent les rapports américain et italien dont je n'avais pas eu connaissance à ce moment là, un rapport israélien réalisé après le congrès, et enfin un article sur le droit belge qui n'a pas été écrit pour le congrès et est centré sur le droit international privé. En tel domaine, les questions de droit international privé vont en effet devenir essentielles.

Le rapport de synthèse que j'avais rédigé pour Washington est donc légèrement modifié afin de prendre en compte ces nouveaux apports. De plus, certains rapports nationaux ont été, eux-aussi, complétés et actualisés.

Cet ouvrage n'aurait pas pu être réalisé sans l'aide d'Aliette Voïnesson et d'Emmanuelle Bouvier qui œuvrent l'une et l'autre à la Société de législation comparée. Aliette a tout de suite accepté le projet et s'est lancée dans l'aventure, entraînant Emmanuelle qui a géré les relations avec les rapporteurs. Je souhaite remercier la Société de législation comparée, et plus particulièrement, son Président, Emmanuel Piwnica, et son Secrétaire général, Bénédicte Fauvarque-Cosson, pour son soutien.

Je tiens également à remercier M. Lamanda, Premier Président de la Cour de cassation, qui m'a grandement facilité mon déplacement à Washington, ainsi que Hélène Gaumont-Prat, Professeur à l'Université de Paris 8 et Pascal Binczak, Président de l'Université de Paris 8 pour le financement d'une partie des frais de publication de l'ouvrage.

Françoise MONÉGER

RAPPORT DE SYNTHÈSE

Françoise MONÉGER*

Ce rapport a été complété après le congrès de Washington. D'abord parce que nous avons pris connaissance à Washington du rapport américain que nous n'avions pas reçu¹, ainsi que du rapport italien, ensuite parce qu'il est apparu lors des discussions, qu'il était dommage que certains pays soient absents. Nous avons ainsi sollicité un rapport pour Israël², pays qui a règlementé la gestation pour autrui dès 1996 et accepté une contribution belge évoquant les questions de droit international privé qui deviennent essentielles dans un tel domaine.

En dépit de plusieurs relances, nous n'avons en effet reçu pour le congrès que 17 rapports sur les 27 promis, nous ferons référence dans cette synthèse, à ces seuls rapports³, auxquels il convient d'ajouter les rapports américain, belge, israélien et italien. Il aurait été regrettable de ne pas prendre en considération la situation des États-Unis d'Amérique, qui est un condensé de toutes les situations des autres pays puisque comme l'explique Carla Spivack, certains États interdisent la pratique des mères porteuses, d'autres la réglementent, d'autres enfin, reconnaissent les parents d'intention. Ces rapports sont de tailles très inégales, il y a des études très complètes en particulier pour le Canada, la Corée, l'Espagne, les États-Unis, les Pays-Bas et le Royaume-Uni, d'autres beaucoup plus courtes qui répondent aux questions par oui et par non sans plus d'explications. Certains rapports répondent aux questions posées⁴, d'autres s'en éloignent, en privilégiant un angle d'attaque particulier comme la contribution belge déjà citée.

* Conseiller à la Cour de cassation en service extraordinaire.

¹ Rapport publié dans l'*AJCL*, vol. 58, p. 97.

² Merci à Talia Einhorn de nous avoir mis en contact avec Carmel Shalev qui a accepté de faire le rapport dans un délai très court.

³ Allemagne, Angleterre, Argentine, Canada, Corée du Sud, Danemark, Espagne, France, Grèce, Irlande, Macao, Norvège, Pays-Bas, Pologne, Portugal, Serbie, Taïwan.

⁴ V. le questionnaire en annexe.

Les réponses sont en général neutres mais quelquefois les rapporteurs prennent position pour ou contre la gestation pour autrui. C'est ainsi que le rapporteur canadien semble défavorable, le rapporteur polonais, à l'inverse, y est très favorable, de même que le rapporteur serbe, avec un petit peu moins de fermeté.

Beaucoup constatent qu'en tout état de cause la pratique de la gestation pour autrui existe et qu'il suffit de consulter les offres et les demandes via internet pour en être convaincu. C'est pourquoi les questions 1 et 2 qui paraissaient assez simples (« Est-ce que votre droit accepte la gestation pour autrui » et « si oui, quel est le régime juridique ») sont difficiles à synthétiser, puisque la réponse à la question 1, est souvent « non », le droit ne l'accepte pas, mais qu'en réalité, la pratique existe et que le droit doit régler les conséquences de cette pratique quant au statut de l'enfant qui naît et à la protection de la femme qui a mis au monde cet enfant.

Les rapports soulèvent également des problèmes de définition. Nous aurions dû mieux préciser ce qu'il fallait entendre par gestation pour autrui. Dans la terminologie française, l'on distingue en principe la procréation pour autrui, hypothèse où la mère porteuse est à la fois génitrice et gestatrice et la gestation pour autrui où la mère porteuse n'est que gestatrice, l'article 16-7 du Code civil français assimilant d'ailleurs les deux hypothèses pour les interdire⁵. Le terme français « gestation pour autrui » (et non maternité pour autrui) utilisé dans le questionnaire en français est donc plus réducteur que le terme « maternity for another » utilisé dans le questionnaire en anglais. Cette différence terminologique a conduit certains rapporteurs à aborder la maternité pour autrui sous l'angle de l'adoption lorsque la femme remet à la naissance l'enfant qu'elle vient de porter, à un couple qui l'adopte, mais sans que cet enfant n'ait été conçu pour eux. Ce qui est une toute autre problématique⁶. D'autres présentent tout le droit des procréations médicalement assistées, ce qui là encore, déborde la question posée⁷. De plus, certains droits acceptent seulement la gestation pour autrui et refusent la procréation pour autrui.

Les réponses obtenues nous conduisent à concentrer cette synthèse, sur quelques points seulement : les pays qui acceptent la maternité pour autrui et ceux qui l'interdisent, le tourisme procréatif et la tendance dans les projets en cours.

⁵ Art. 16-7 : « Toute convention portant sur la procréation pour autrui ou la gestation pour autrui est nulle ».

⁶ C'est semble-t-il une des approches du rapport allemand qui envisage l'adoption comme l'une des hypothèses de la « surrogate mother » (rapport, p. 1).

⁷ Il en est par exemple ainsi du rapport italien qui présente le texte voté en Italie en 2004 sur l'insémination artificielle et les embryons.

I. LES PAYS QUI ACCEPTENT LA GESTATION POUR AUTRUI

Parmi les droits qui acceptent la pratique, il convient de distinguer deux catégories de pays. Dans la première, il y a ceux qui ont réglementé la maternité pour autrui, dans la seconde, ceux qui n'ont pas légiféré, mais qui ont accepté la pratique et gèrent, à travers leur jurisprudence, les conséquences des naissances.

Il est difficile de placer les États-Unis dans l'une ou l'autre catégories. Comme l'explique le rapporteur, les instances fédérales comme « the National Conference of Commissioners on Uniform State Laws (NCCUSL) », et l'« American Bar Association » (ABA) n'ont pas été capables de trouver un consensus et de proposer un modèle unique. La première propose une alternative : la validité ou la nullité des contrats, la seconde retient la validité des contrats en distinguant deux hypothèses selon qu'un tribunal intervient ou non.

A. – *Les pays ayant élaboré des textes*

Ces pays sont peu nombreux : le Canada (quelques provinces), la Grèce, Israël, les Pays-Bas et le Royaume-Uni, et quelques États aux États-Unis qui ont légiféré sur les contrats. Les dispositions sont contenues à l'intérieur de textes sur les procréations médicament assistées (ci-après PMA), la gestation pour autrui étant une des voies offertes en cas d'impossibilité pour une femme, de porter un enfant. En France, la commission mise en place au Sénat pour réfléchir sur la maternité pour autrui avait proposé que cette pratique soit au service exclusif de la lutte contre l'infertilité et soit encadrée comme technique de PMA.

1. Les provinces canadiennes de common law d'Alberta, de Nouvelle Écosse, de Terre Neuve et du Labrador⁸

Les soins de santé étant de compétence provinciale, l'Alberta a édicté des dispositions législatives visant directement les contrats de mère porteuse gestationnelle (avec implantation d'un embryon fécondé). La « Family Law Act » de 2003 encadre ces contrats. Selon la « Loi fédérale sur la procréation assistée », seuls les contrats altruistes sont visés, cette loi prévoit dans son article 12 qu'un juge peut déclarer que la mère génétique de l'enfant est la seule mère légale de celui-ci lorsque la mère porteuse y consent. La loi énonce que les contrats ne peuvent pas faire l'objet d'une

⁸ V. le rapport canadien présenté par L. LANGEVIN.

exécution forcée et que l'existence d'un contrat ne présume pas du consentement de la femme qui accouche pour l'établissement de la filiation de l'enfant.

La Nouvelle Écosse a adopté un règlement en vertu de la « *Vital Statistics Act* » du 20 septembre 2007 qui permet au juge, dans le cadre d'une ordonnance d'adoption, d'établir la filiation d'un enfant né à la suite d'une convention de maternité de substitution. Un des deux parents doit avoir un lien génétique avec l'enfant, et la mère porteuse doit consentir à renoncer à ses droits à l'égard de l'enfant.

En Terre Neuve et au Labrador, selon la « *Vital Statistic Act* » de 2009, le directeur de l'état civil pourra inscrire les parents intentionnels, comme parents d'un enfant né à la suite d'une convention de mère porteuse si une ordonnance d'adoption a été émise par le tribunal.

2. La Grèce⁹

La loi n° 3089 de 2002 sur la procréation médicalement assistée contient des dispositions à la fois sur les techniques de PMA et sur les conséquences pour la filiation des enfants, dispositions qui ont été incorporées dans le Code civil.

La loi permet toutes les méthodes de PMA, sauf le clonage reproductif. Le recours à ces méthodes est possible lorsqu'une procréation naturelle n'est pas possible ou qu'il y a un risque de transmission d'une maladie grave à l'enfant à naître. Les femmes peuvent y recourir jusqu'à l'âge de 50 ans. La PMA est ouverte aux couples de sexe différent, mariés ou vivant en union libre et aux femmes célibataires.

En ce qui concerne spécifiquement la gestation pour autrui, il faut une autorisation judiciaire et après avis médical sur l'impossibilité de la femme à mener à bien une grossesse. M. Papachristos fait état d'une décision récente du tribunal d'Athènes¹⁰ qui a permis à un homme célibataire d'avoir recours aux services d'une mère porteuse, au nom de l'égalité des sexes.

Le contrat doit être conclu entre les parents d'intention et la mère porteuse. Les ovules doivent provenir soit de la mère d'intention soit d'une autre femme, mais pas de la mère porteuse. Celle-ci ne doit pas être rémunérée, elle peut seulement être indemnisée pour ses frais et son manque à gagner, le plafond de cette indemnité étant fixé à 10 000 euros.

Pour éviter le « tourisme procréatif », la loi exige que les deux femmes (mère d'intention et mère porteuse) aient leur domicile en Grèce. Toutefois, le rapporteur remarque que la mère porteuse est souvent une étrangère

⁹ V. le rapport établi par A. C. PAPACHRISTOS.

¹⁰ N° 2827/2008.

domiciliée en Grèce, « ce qui suscite, écrit-il, des doutes sur la gratuité de l'offre ».

L'enfant qui naît est automatiquement rattaché à sa mère d'intention sauf si, en dépit de la loi, l'enfant est né des ovules de la femme qui l'a porté qui peut alors contester la maternité.

3. Israël¹¹

C'est en Israël une loi de 1996 qui a organisé la maternité pour autrui (*The Surrogate Mother Agreements*). Il y a deux stades dans le processus, le premier est contractuel, le second est juridictionnel. Tout ce qui concerne l'accord entre les parties, entre la femme qui va porter l'enfant et les parents d'intention demeure contractuel, les textes posant des conditions relativement strictes concernant les uns et les autres contrôlées par un comité mis en place par la loi. La mère porteuse ne doit pas être mariée, ni avoir de lien de parenté avec les parents d'intention, elle doit avoir la même religion que la mère d'intention, elle ne peut pas être la mère génétique et le sperme doit être celui du père d'intention. Seules les personnes résidant en Israël, de sexe différent, et n'ayant pas atteint un certain âge peuvent recourir à ce type de procréation. Le contrat peut prévoir une indemnisation de la mère porteuse.

Le statut de l'enfant, la situation de la femme qui a accouché, la filiation de l'enfant par rapport aux parents d'intention est déterminée par une décision de justice qui est d'une nature comparable à un jugement d'adoption pour les parents d'intention.

4. Les Pays-Bas¹²

Le droit hollandais accepte la maternité pour autrui mais en entourant la pratique de conditions très strictes depuis 1997 dans le cadre des textes sur la fécondation *in vitro* et de la réglementation des établissements qui pratiquent ce type de fécondation (*in Vitro Fertilisation, IVF*).

C'est une décision judiciaire qui peut seulement transférer des droits de la mère porteuse (et éventuellement de son mari) aux parents d'intention.

Il y a beaucoup de discussions aux Pays-Bas pour savoir si l'on peut admettre en dehors du système de la FIV, que des contrats purement privés soient passés entre des particuliers afin d'organiser les relations entre la mère porteuse et le couple demandeur. Certains estiment que ces contrats n'ont aucune force obligatoire et sont donc nuls, d'autres considèrent qu'ils peuvent être mis en œuvre pour transférer les droits sur l'enfant. Il semble

¹¹ Rapport établi par C. SHALEV.

¹² Rapport établi par M. VONK.

que ces contrats qui sont contraires aux dispositions d'ordre public des textes sur la FIV, peuvent avoir une certaine utilité dans un processus d'adoption.

Selon l'article 198 du Code civil, la femme qui porte l'enfant est la mère sans que le texte distingue selon qu'elle a donné ses ovules ou non.

5. *Le Royaume-Uni*¹³

En droit anglais, la maternité pour autrui est régie par deux textes : le « Surrogacy Arrangements Act » de 1985 (SAA) et le « Human Fertilisation and Embryology Act » de 2008 (HFEA). Ces textes visent à la fois le cas de la mère porteuse génitrice, et celui de l'implantation dans son utérus d'un embryon conçu *in vitro*.

D'après l'article 1 de l'Acte de 1985, aucun contrat de mère par substitution ne peut donner lieu à exécution forcée en cas de conflits entre les parties : la mère porteuse ne pourra pas être contrainte à remettre l'enfant au couple commanditaire. Le rapporteur cite le cas d'une femme devenue stérile à la suite d'une négligence médicale et qui réclamait des dommages et intérêts afin de couvrir les frais d'une mère porteuse. Le juge de la High Court a refusé au motif que des dommages et intérêts ne peuvent être alloués afin de permettre la conclusion d'un contrat dont l'exécution n'était pas autorisée par la loi.

L'article 2 du SAA punit le fait de servir d'intermédiaire rémunéré pour une négociation de contrat de mère par substitution. Mais depuis la réforme de 2008, les organisations à but non lucratif peuvent proposer des services aux candidats potentiels à ce type de contrats.

De plus, lorsque la mère porteuse y consent, le couple commanditaire peut saisir le juge dans les six mois de la naissance de l'enfant pour obtenir un « parental order » (ordonnance relative à l'autorité parentale) afin d'être considéré comme les parents de l'enfant, ce qui aura pour effet de faire cesser la parenté à l'égard de la mère.

Nous évoquerons pour conclure ce paragraphe, la situation aux États-Unis qui apparaît assez confuse selon le rapporteur lui-même. Parmi les États qui ont pris en considération dans leur législation, les contrats de mère porteuse, six ont refusé de valider les contrats lorsque la femme était rémunérée pour ses services¹⁴, cinq ont expressément exigé que pour être valable, le contrat ne doit pas être rémunéré¹⁵, ce qui revient à peu près au même résultat. Ainsi, la plupart des États n'ont pas de réglementations, et dans ces États, les couples concluent des contrats de ce type avec le risque

¹³ Rapport établi par E. STEINER.

¹⁴ Kentucky, Louisiane, Nebraska, New-York, Caroline du Nord et Washington.

¹⁵ Floride, Nevada, New Hampshire, Nouveau Mexique et Virginie.

qu'un tribunal refuse ensuite de le valider pour des raisons d'ordre constitutionnel ou de contrariété à l'ordre public, lorsque par exemple, la femme qui a mis l'enfant au monde refuse de le restituer aux parents d'intention. La liste de ces États est longue¹⁶.

B. – *Les pays qui acceptent la pratique*

Au Canada, en droit fédéral, la loi sur les PMA de 2004, a interdit et criminalisé les contrats de mères porteuses avec rémunération, sans se prononcer sur les contrats dits altruistes. Les tribunaux, dans les provinces de common law ont ainsi, indirectement, reconnu la validité de tels contrats¹⁷. Il en est de même aux États-Unis, dans beaucoup d'États, comme nous venons de le remarquer.

En Corée, il apparaît que la pratique est courante depuis des années¹⁸. Dans un sondage réalisé en 2004 par un chercheur, plus de 80 % des personnes interrogées sont toutefois hostiles à la pratique, qu'il s'agisse de contrats rémunérés ou altruistes. Et pourtant, 66 % considèrent qu'il faudrait élaborer des textes sur la maternité pour autrui, 37 % préférant le recours à une mère porteuse, plutôt que l'adoption d'un enfant.

Le rapporteur mentionne la tendance des coréens à éviter les procès et les tribunaux afin de régler par la médiation les questions d'ordre familial et relève la césure entre les spécialistes de droit de la famille qui affirment la nullité des contrats de mère porteuse, et les spécialistes du droit des contrats qui cherchent au contraire des moyens de valider ce type d'engagement.

En Irlande, il n'y a aucun texte, et il semble que la pratique soit vue avec une certaine faveur¹⁹. Les conflits éventuels seraient soumis aux juges qui statueraient selon le bien être des enfants.

À Taïwan, l'« Artificial Reproduction Act » (ARA) promulgué en 2007 n'a pas réglementé la gestation pour autrui²⁰ pour plusieurs raisons explicitées dans le rapport, et qui tiennent à la fois aux traditions familiales et au débat entre féministes. Cette absence de réglementation a semble-t-il favorisé un marché potentiel qui attire les sociétés étrangères, en particulier thaïlandaises, qui ont des filiales au Vietnam et au Cambodge et recherchent des parents intéressés par le service de mères porteuses. Un projet établi en 2009 propose un texte sur les mères de substitution, assez restrictif puisque seuls des couples mariés pourraient recourir aux services d'une mère

¹⁶ V. cette liste dans la note 15 du rapport de C. SPIVCACK.

¹⁷ Par ex., dans l'Ontario et la Colombie britannique.

¹⁸ Rapport établi par D.-J. PARK.

¹⁹ Rapport établi par Dr M. HARDING.

²⁰ Rapport établi par S.-C. G. KUO, qui a mis en annexe du rapport le texte de 2007.

porteuse qui devrait être de nationalité taïwanaise, âgée de 20 ans au moins et ayant déjà eu des enfants.

De même, la loi italienne de 2004 sur l'assistance à la procréation et les embryons, finalement adoptée après quinze années de discussion, n'a pas abordé la question de la gestation pour autrui, et le rapporteur écrit dans la première phrase de son rapport que la pratique est tolérée plutôt que permise²¹.

II. LES PAYS QUI REFUSENT LA GESTATION POUR AUTRUI

Certains pays ont légiféré pour interdire la maternité pour autrui, le plus souvent lors de la mise en place de textes sur les PMA, d'autres n'ont pas légiféré mais les juges ont fondé l'interdiction sur les principes généraux du droit des contrats.

A. – *Les pays qui ont élaboré des textes*

1. En Allemagne²², il résulte à la fois de la loi sur la protection de l'embryon et de la loi sur la médiation en matière d'adoption que la pratique des mères porteuses est interdite. Aucune distinction n'est faite selon que la mère porteuse a ou non fourni ses ovocytes pour la conception de l'enfant. Le contrat de mère porteuse est nul comme contraire aux bonnes mœurs et à l'ordre public (art. 134 et 138 du BGB).

2. Au Canada, la loi fédérale sur la procréation assistée de 2004 a interdit la rétribution à la fois des mères porteuses et des intermédiaires et punit le fait d'induire une femme de moins de 21 ans à devenir mère porteuse, ce qui laisse, nous l'avons déjà relevé, le champ libre aux contrats altruistes. De même aux États-Unis dans certains États déjà cités, des lois ont interdit les contrats rémunérés, ce qui laisse la place aux contrats dits altruistes.

En revanche, dans une section du Code civil intitulée « De la filiation des enfants nés d'une procréation assistée », le Québec déclare nul de nullité absolue les contrats de mère porteuse, qu'ils soient à titre onéreux ou gratuit²³. Le rapporteur mentionne que même sans texte spécifique, la convention qui porte atteinte à la dignité de la femme et de l'enfant aurait

²¹ Rapport établi par A. MIRANDA.

²² Rapport établi par A. SPICKHOFF.

²³ Art. 541 : « Toute convention par laquelle une femme s'engage à procréer et porter un enfant pour le compte d'autrui est nulle d'une nullité absolue ».

été interdite au nom de l'ordre public. L'effet de l'article 541 du Code civil est d'empêcher toute possibilité de demander l'exécution forcée d'un tel contrat devant un tribunal. Il n'y a toutefois aucune sanction civile ou pénale pour les intermédiaires. De même, le Code civil ne prévoit pas les conséquences d'un contrat clandestin au regard de l'établissement de la filiation de l'enfant, la filiation sera donc déterminée selon le droit commun, et éventuellement par les règles de l'adoption. De récentes décisions jurisprudentielles ont permis l'adoption d'enfants issus de la pratique de la maternité de substitution.

3. Au Danemark, la loi sur la procréation assistée (« Artificial Fertilisation Act » de 2006) ne contient pas de dispositions interdisant spécifiquement le contrat de mère porteuse, mais contient plusieurs dispositions qui conduisent à empêcher de tels arrangements²⁴. Il en est de même dans la loi sur l'adoption de 2004.

4. En Espagne, l'article 10 de la loi 4/2006 sur les PMA²⁵ énonce que le contrat de gestation pour autrui est nul, et que la maternité est déterminée par la naissance de l'enfant.

5. Il en est de même en France²⁶. Depuis, la loi bioéthique n° 94-653 du 29 juillet 1994, la nullité du contrat figure dans le Code civil à l'article 16-7, la réforme en 2006 des lois bioéthiques a maintenu le texte.

6. Il semble que Macao²⁷ ait également élaboré des textes qui figurent dans le Code civil interdisant ce type de contrat et prévoyant des sanctions civiles (art. 1726 du Code civil).

7. Au Portugal²⁸, l'article 8 de la loi sur les PMA du 26 juillet 2006 interdit la gestation pour autrui, que le contrat soit à titre gratuit ou à titre onéreux, la mère étant toujours la femme qui porte l'enfant.

8. Enfin, la Serbie a également interdit le recours à des mères porteuses, dans l'article 56 d'une loi de 2009 relative au traitement des infertilités et à l'assistance à la procréation²⁹. Le rapporteur se demande si une telle interdiction n'est pas contraire à la Constitution serbe de 2006 qui énonce dans son article 63, la liberté de procréer³⁰. Est-ce que la liberté de procréer pour une femme, peut aller jusqu'à lui permettre de procréer pour un autre couple, telle est toutefois la question qu'il faut se poser dans les cas des maternités pour autrui.

²⁴ Rapport établi par PhD J. R. HERMANN.

²⁵ Rapport établi par M. PEREZ MONGE.

²⁶ Rapport établi par F. MONÉGER.

²⁷ Rapport établi par P. NUNES CORREIA.

²⁸ Rapport établi par G. de OLIVEIRA.

²⁹ Rapport établi par Dr O. CVEJIĆ JANČIĆ.

³⁰ « Toute personne doit librement décider si elle procrée ou non ».

B. – *D'autres pays n'ont pas élaboré de textes spécifiques mais le principe de la nullité du contrat se trouve dans le Code civil*

1. Il en est par exemple ainsi en Argentine³¹ : l'article 242 du Code civil précise que la maternité est établie par la preuve de la naissance et l'article 953 définit l'objet des actes juridiques. Un contrat qui porterait sur le corps humain, puis sur l'enfant né, serait donc nul.

La jurisprudence française avait adopté la même approche, en se référant aux articles du Code civil sur les obligations avant que le législateur intervienne en 1994³².

2. Il en est de même de la Pologne³³ où il est admis en doctrine que le contrat de mère porteuse serait nul car contraire à l'ordre public en application de l'article 58 §2 du Code civil polonais. De plus l'article 61 de ce code énonce que la mère est la femme qui donne naissance à l'enfant, ce qui ne permettrait pas à la femme qui a donné ses gamètes de faire reconnaître sa maternité.

C. – Il est intéressant de comparer les différents droits quant *aux sanctions*. Alors que certains ne prévoient que des sanctions civiles, la nullité du contrat et l'impossibilité de le faire exécuter, ainsi le Québec, Macao, la Norvège, d'autres y ajoutent des sanctions pénales qui peuvent toucher à la fois les protagonistes (le couple d'intention et la mère porteuse) et les intermédiaires. C'est par exemple le cas de la France et de l'Espagne, dont les droits sur la question paraissent très proches, également de la Norvège et du Portugal. En Allemagne, les sanctions pénales ne concernent que les intermédiaires et les médecins.

D. – De plus, après la naissance des enfants, les approches jurisprudentielles sont également très différentes. Des juges, au nom de l'intérêt de l'enfant, tentent de régler leur situation en recourant à l'adoption : la femme qui a porté l'enfant consentant à son adoption au profit des parents d'intention. Des exemples de ce type sont cités dans le rapport allemand, canadien, hollandais et polonais. La contribution belge

³¹ Rapport établi par A. BELLUSCIO.

³² Arrêt d'Assemblée plénière du 31 mai 1991 qui a énoncé que la convention par laquelle la femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes. L'arrêt vise les articles 6 (ordre public et bonnes mœurs) et 1128 (choses dans le commerce) du Code civil.

³³ Rapport établi par M. NESTEROWICZ.

mentionne un arrêt très récent de la Cour d'appel de Liège du 6 septembre 2010 qui a accepté de reconnaître les actes de naissance d'un enfant né en Californie. Les parents d'intention étaient deux hommes et la filiation paternelle a été admise à l'égard de l'un d'eux.

Il y a également beaucoup de jurisprudence citée dans le rapport américain, puisque, en l'absence de dispositions légales, ce sont finalement les juges qui vont régler le sort des contrats et répondre à la question de savoir si la femme qui a accouché peut être contrainte de laisser l'enfant aux parents d'intention et si elle peut recevoir ou non une compensation financière pour la grossesse et la naissance. Le rapporteur fait état de plusieurs théories utilisées par les juridictions américaines pour répondre à ces questions : rechercher l'intention des parties au moment du contrat, respecter les termes du contrat, faire prévaloir la génétique, faire prévaloir la gestation et enfin chercher l'intérêt supérieur de l'enfant.

Il y a au contraire des juges qui ont refusé le contournement des règles mises en place par le législateur. Un jugement de la Cour de Québec (chambre de la jeunesse) du 6 janvier 2009³⁴ a « refusé d'entériner la pratique qui consiste à manipuler la finalité des règles du consentement spécial à l'adoption pour contourner les règles de filiation s'appliquant aux contrats de mère porteuse ». Deux autres jugements par la suite ont permis l'adoption au nom du meilleur intérêt de l'enfant.

La jurisprudence française est aussi en ce sens. La Cour de cassation a très clairement énoncé que « la maternité pour autrui, dont le caractère illicite se déduit des principes généraux du Code civil et aujourd'hui de son article 16-7, réalise un détournement de l'adoption »³⁵, qui ne peut donc pas être prononcée au profit des parents d'intention. Seule la filiation paternelle de l'enfant peut être établie (lorsque le mari ou le concubin a donné son sperme) mais ensuite l'adoption de l'enfant par son épouse ou compagne sera refusée, même si elle est la mère génétique de l'enfant.

Une telle position peut paraître extrêmement sévère par rapport aux solutions jurisprudentielles exposées dans les autres rapports.

III. LE TOURISME PROCRÉATIF

Nous n'avons pas utilisé cette expression dans le questionnaire, mais le tourisme procréatif était indirectement visé dans la question relative aux mères porteuses étrangères et aux enfants qui naissent à l'étranger. Comme plusieurs rapporteurs l'ont souligné, cette question pose de délicats

³⁴ Cité dans la note (2) du rapport.

³⁵ Cass. civ. 1^{ère} 9 déc. 2003.

problèmes de droit international privé³⁶.

Lorsque les États ont mis en place des textes interdisant et sanctionnant pénalement la maternité pour autrui, la question se pose de savoir à quoi servent de tels textes, s'il suffit pour les couples demandeurs, de se rendre à l'étranger, dans un pays permissif pour revenir avec un enfant dont ils demandent ensuite une reconnaissance juridique.

Les pays qui ont légiféré ont d'ailleurs pris en compte le phénomène, comme c'est le cas du droit grec qui exige que la mère porteuse et la mère d'intention soient toutes deux domiciliées en Grèce, du droit israélien qui pose les mêmes exigences en limitant le champ d'application des textes au territoire d'Israël. Cela n'empêche pas les juges israéliens d'être confrontés à des naissances d'enfants nés de mères porteuses à l'étranger³⁷. Dans la proposition de loi déposée en France, devant le Sénat, il est exigé de même que le couple d'intention et la mère porteuse, soient tous domiciliés en France.

Il est également certain que les pays qui acceptent le recours à des mères porteuses, sont beaucoup plus enclins à reconnaître des situations créées à l'étranger, que ceux qui l'interdisent et qui invoquent alors leur ordre public pour refuser l'établissement de la filiation de l'enfant vis à vis des parents d'intention. De même, on ne peut s'empêcher de constater que les pays de common law, sont beaucoup plus « conciliants » que les pays de droit civil, les juges appréciant, cas après cas la situation des enfants sans opposer a priori des principes fondés sur l'ordre public et la fraude.

Le rapport anglais fait état d'une décision de 2008 où un couple d'anglais était allé en Ukraine où la gestation pour autrui contre rémunération est permise. Selon la loi anglaise, la mère porteuse était la mère, alors qu'elle ne l'était pas en droit ukrainien. Le juge Hedley de la High Court, prenant en considération l'intérêt de l'enfant décida, sur la demande des époux commanditaires de prononcer un « parental order » à leur profit, même si, comme l'a constaté le juge, l'ordre public anglais est opposé à la commercialisation de la gestation pour autrui.

En comparaison, la jurisprudence française, s'est montrée dans l'ensemble très stricte. Cette jurisprudence est exposée dans le rapport français. Avant comme après la réforme de 1994, les juges ont refusé le détournement des institutions et l'adoption de l'enfant par la mère d'intention que celle-ci soit génitrice ou non. Si la solution est certaine dans des hypothèses internes, la question est en suspend devant la Cour de

³⁶ Problèmes évoqués par exemple dans les rapports allemand, canadien, espagnol, français, hollandais, et très développé dans la contribution belge centrée sur les questions de droit international privé.

³⁷ Le rapporteur israélien cite un cas de mai 2010, d'un couple formé de deux hommes ayant eu recours à une mère indienne.

cassation pour le cas d'enfants nés à l'étranger selon le droit étranger et ayant un acte d'état civil étranger. Un pourvoi actuellement pendant concerne par exemple un enfant né au Minnesota à la suite d'un contrat de mère porteuse et adopté par un couple de Français. La cour d'appel de Paris a refusé la transcription de l'acte de naissance de l'enfant sur les registres français au nom de l'ordre public international³⁸.

La même cour d'appel a annulé la transcription sur les registres d'état civil français des actes de naissance établis en Californie et qui désignent la mère d'intention, comme mère des enfants (des jumelles). La cour précise que « l'absence de transcription n'a pas pour effet de priver les deux enfants de leur état civil américain et de remettre en cause le lien de filiation qui leur est reconnu à l'égard des époux M. par le droit californien »³⁹.

Le rapport espagnol fait état d'un cas similaire mais qui concerne deux hommes mariés en Espagne et qui ont eu recours aux services d'une mère porteuse en Californie. Le droit espagnol, à la différence du droit français, permet que les couples de même sexe adoptent un enfant⁴⁰. Le tribunal compétent en matière d'état civil a écarté l'article 10 de la loi espagnole qui interdit le contrat de mère porteuse puisque l'enfant est né en Californie et a permis la transcription des actes américains sur les actes d'état civil espagnol, invoquant l'article 3-1 de la Convention de New York sur les droits de l'enfant⁴¹.

Le rapporteur fait état des critiques à l'encontre d'une telle décision qui favorise une violation de l'article 10, il suffit en effet d'aller en Californie, ou dans n'importe quel pays qui accepte la maternité pour autrui pour contourner l'interdiction du droit espagnol.

De même, le rapport canadien cite une décision d'août 2009 de la chambre d'adoption du Québec qui concerne également un enfant né en Californie. Dans cette affaire, un couple gay a contracté avec une agence californienne pour retenir les services d'une mère porteuse qui a été inséminée avec le sperme d'un des hommes du couple. Elle a accouché au Québec. Le juge constate que de telles conventions sont légales en Californie. Ensuite, le nom de la mère porteuse apparaît dans le certificat de naissance québécois de l'enfant. Les parties n'ont pas essayé de camoufler leur projet. Enfin, le meilleur intérêt de l'enfant dicte la voie à suivre au juge : les circonstances de naissance de l'enfant ne peuvent être sources de discrimination (art. 523 C.c.Q.). Le juge considère que si le législateur avait

³⁸ Cour d'appel de Paris, 26 févr. 2009, 1^{ère} chambre C.

³⁹ Cour d'appel de Paris, 18 mars 2010, 1^{ère} chambre pôle 1.

⁴⁰ Le droit français ouvre l'adoption aux couples mariés et aux personnes seules, mariées ou non.

⁴¹ General Directorate for Registries and Public Notaries, Resolution of the 18th of February, 2009.

voulu interdire le présent projet parental (un couple gay qui fait affaire avec une mère porteuse), il l'aurait clairement exprimé puisqu'il permet à des couples de même sexe d'adopter (art. 539.1 et 578.1 C.c.Q.).

IV. LES PROJETS EN COURS

Nous avons posé cette dernière question afin de voir la tendance des législations : vers la légalisation, vers l'interdiction ?

Les réponses sont assez décevantes. Comme nous l'avons relevé, les dispositions sur la maternité pour autrui, qu'il s'agisse de prohibition, ou d'acceptation, figurent dans les législations sur les PMA, ce sont des textes récents qui viennent d'être élaborés. En Israël, où un texte existe depuis 1996, le rapporteur évoque les débats actuels sur l'ouverture de la maternité pour autrui, aux couples de même sexe.

La question est actuellement posée en France où une réforme des lois bioéthiques de 2006, est en cours. Alors qu'une commission mise en place par le Sénat proposait de légiférer et d'accepter dans des conditions très limitées le contrat de mère porteuse, toutes les autres instances sont d'une opinion contraire, en particulier le Conseil d'État. Et il est fort probable que le droit restera en l'état.

Le rapporteur taïwanais fait état d'un projet en 2009 de réglementation de la maternité pour autrui. Le projet pose des conditions très restrictives, à la fois pour la femme qui porte l'enfant et pour les couples demandeurs. Le rapporteur doute qu'un tel texte puisse être adopté avant longtemps.

Quelle conclusion en tirer ?

Aucun des rapports reçus n'a présenté une législation très libérale de la gestation pour autrui. Nous n'avons pas eu de rapport venant d'Inde ou d'Ukraine, qui semblent être aujourd'hui deux des pays où un marché des mères porteuses est organisé, avec des agences faisant de la publicité sur internet. Tous les textes présentés dans ces rapports apparaissent très restrictifs. Ils entourent la gestation pour autrui de conditions extrêmement strictes, tant du côté de la femme qui va porter l'enfant, que de celui des parents d'intention, il en va par exemple ainsi en Israël, dernier rapport que nous ayons reçu. Nous avons donc une vue assez partielle des choses, des législations très restrictives qui donnent le plus souvent la préférence à la femme qui a porté l'enfant et qui ne peut pas recevoir de rémunération, où les parents d'intention doivent être des couples hétérosexuels. De telles législations ne vont pas empêcher, dans les pays qui les mettent en place, le tourisme procréatif, et les juges continueront à être confrontés à la situation de ces enfants nés « hors normes », mais nés quand même.

Peut-on admettre un « marché » des mères porteuses et des enfants ? Jusqu'où peut aller le désir d'enfant ? La gestation pour autrui peut-elle être une technique de procréation médicalement assistée comme une autre, alors qu'une femme participe directement à la procréation ? Une législation prohibitive peut-elle avoir un impact sur la pratique des mères porteuses ? Autant de questions auxquelles il est très difficile de répondre.