

"Établissement de la filiation et maternités de substitution dans certains États membres de la CIEC"

Chantal NAST, Directrice administrative, CIEC

En 2003, la CIEC a élaboré une note de synthèse sur l'établissement de la filiation maternelle et sur les maternités de substitution dans les Etats de la CIEC, qui a été publiée sur le site Internet de la CIEC. Quelques Etats ont depuis lors adopté une législation spécifique, d'autres ont complété ou précisé une législation déjà existante, mais la teneur de l'étude de 2003 reste pour l'essentiel d'actualité.

Les règles légales d'établissement de la filiation ont toutes été élaborées à l'origine dans la perspective d'une procréation naturelle. L'évolution des techniques scientifiques et le recours plus fréquent à la procréation médicalement assistée (PMA) que celles-ci permettent ont cependant suscité des problèmes juridiques nouveaux. Or, si les techniques permettant de remédier à l'infertilité pathologique sont généralement regardées avec bienveillance par la majorité des législateurs européens, il n'en est pas de même des maternités de substitution qui ne sont spécifiquement autorisées que dans peu de législations.

Dans une maternité de substitution, une femme accepte, sur la base d'une convention, de porter un enfant conçu par une méthode de procréation médicalement assistée et de le remettre définitivement à des tiers après la naissance. En matière de gestation pour autrui, se pose donc la question de la licéité ou de l'illicéité des conventions de mère porteuse et, dans l'hypothèse où une telle convention serait passée puis mise à exécution, des conséquences sur les modalités d'établissement de la filiation de l'enfant ainsi né.

Parmi les Etats membres de la CIEC, certains n'ont pas de législation spécifique ou d'interdiction légale de la maternité de substitution; la question est alors soumise aux dispositions générales sur les contrats et l'on considérerait que les conventions de mère porteuse sont entachées de nullité absolue car contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs. D'autres Etats se sont dotés d'une législation civile spécifique qui prohibe de façon absolue toutes les formes de maternité de substitution, à l'exception de la Grèce et du Royaume-Uni qui l'autorisent.¹

De manière générale, lorsqu'un enfant naît dans l'un des Etats de la CIEC, on retrouve partout les mêmes principes, à savoir que c'est la femme qui accouche qui doit être inscrite comme la mère dans le registre des naissances, hormis le cas où elle accoucherait dans l'anonymat dans un Etat où cela est permis. On rappellera à cet égard que l'indication du nom de la mère dans l'acte de naissance suffit en principe à établir la filiation maternelle de l'enfant à l'égard de la femme qui a accouché, qu'elle soit ou non mariée.²

¹ Allemagne: loi du 13.12.1990 sur la protection de l'embryon humain; Autriche: loi du 14.05.1992 sur la procréation médicalement assistée; Belgique: projet de loi du 15.03.2007 relatif à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes, encore soumis à sanction royale; Espagne: loi n°14/2006 du 26.05.2006 relative aux techniques de procréation assistée; France: loi n°94-653 du 29.12.1994 relative au corps humain; Grèce: loi 3089/2002 du 19.12.2002 sur l'assistance médicale à la procréation humaine et loi 3305/2005 du 27.01.2005 sur l'application des méthodes de reproduction médicalement assistée; Italie: loi du 19.12.2004, n° 40 portant normes en matière de procréation médicalement assistée; Royaume-Uni: loi de 1985 relative à la maternité de substitution [Surrogacy Arrangements Act, 1985] et loi de 1990 relative à la fertilisation humaine et à l'embryologie humaine [Human Fertilisation and Embryology Act, 1990]; Suisse: la loi fédérale du 18.12.1998 sur la procréation médicalement assistée [LPMA] et article 119, alinéa 2, lettrine d de la Constitution fédérale; Turquie: Uremeye yardimci tedavi merkezleri yönetmeliği, 31.03.2001, n° 24359.

² Allemagne: § 1591 Bürgerliches Gesetzbuch [BGB] et §§ 16 et 21 Personenstandsgesetz [PStG]; Autriche: §§ 19 et 33 Personenstandsgesetz [PStG]; Belgique: art. 312 Code civil; Croatie: art. 52 Obiteljski zakon [OZ]; Espagne: art. 120 Code civil; France: art. 311-25 Code civil; Grèce: art. 1463 § 2 Code civil; Luxembourg: art. 57 Code civil; Pays-Bas: art. 198 Code civil [BW], livre 1; Pologne: art. 40 Loi sur les actes de l'état civil [PASC]; Portugal: art. 1804 Code civil; Angleterre et Pays de Galles: 1987 Regulations & Children Act 1989, Ecosse: 1997 Regulations & Children (Scotland) Act 1995, s. 3; Suisse: art. 252 Code civil; Turquie: art. 282 Code civil.

On notera que depuis le 1^{er} juillet 2006, date à laquelle est entrée en vigueur en France l'Ordonnance 759-2005 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, il n'y a guère qu'en Italie qu'une reconnaissance de maternité est encore nécessaire pour l'enfant naturel, même si la mère est nommée dans l'acte. En outre, l'obligation pour la mère d'être nommée dans l'acte de naissance existe, elle aussi, dans la quasi-totalité des législations des Etats membres de la CIEC, puisque seuls la France, l'Italie et le Luxembourg autorisent encore l'accouchement sous X, qui permet à la femme qui accouche de ne pas divulguer son identité.³

En cas de maternité de substitution, la mère porteuse doit donc en principe être désignée en qualité de mère légale et si elle est mariée, la paternité de son conjoint est en principe présumée selon le droit commun ; si elle n'est pas mariée, l'établissement de la filiation paternelle est régi par les règles générales applicables à la paternité hors mariage.

Après ces indications générales, je vais présenter plus particulièrement les législations de quatre pays, qui sont tous dotés d'une législation en matière de procréation médicalement assistée. Deux d'entre eux - l'Espagne et la France - prohibent la maternité pour autrui (1) alors que les deux autres - le Royaume-Uni et la Grèce - l'autorisent (2).

1. Les dispositions espagnoles et françaises

1.1. Dès 1988, l'Espagne a autorisé - avec la loi n°35/1988 du 22 novembre 1988 relative aux techniques de reproduction assistée [*ley sobre Tecnicas de reproducción asistida*] - la conception d'un enfant avec don de gamètes ou d'embryon et offert cette possibilité à un couple, marié ou non. La loi de 1988 a été abrogée par la loi n°14/2006 du 26 mai 2006, qui est entrée en vigueur le 28 mai 2006.

S'agissant des maternités de substitution, la loi de 2006 reprend à l'article 10 l'interdiction qui était déjà prévue dans la loi de 1988. Les articles 27 et 28 précisent les différentes infractions et sanctions encourues pour la pratique de toute technique non incluse dans l'annexe A de la loi, et la gestation pour autrui n'y figure pas. Sont prévues une amende pouvant aller de 10.000 euros à 1 million d'euros ainsi que la fermeture du centre médical ou des services de procréation médicalement assistée.

Le paragraphe 1^{er} de l'article 10 dispose que "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" et le paragraphe 2 précise que "la filiation des enfants nés d'une gestation de substitution sera déterminée par l'accouchement". En ce qui concerne la filiation paternelle, le paragraphe 3 de l'article 10 précise que le père biologique "peut revendiquer la paternité conformément aux règles de droit commun". Le recours à une mère porteuse est donc formellement interdit en Espagne, et la filiation maternelle d'un enfant né d'une gestation pour autrui sera légalement établie à l'égard de la femme qui l'a mis au monde et non pas à l'égard de la mère demandeuse.

Si la naissance survient à l'étranger, l'acte de naissance pourrait désigner pour mère une autre femme que celle qui a accouché et il paraîtrait difficile de refuser de le transcrire dans les registres espagnols. Le nom de la mère pourrait cependant être ensuite rectifié judiciairement sur preuve de l'identité de la femme qui a accouché de l'enfant et considérée comme la véritable mère (art. 92 Loi sur le Registre Civil).

1.2. En France, la législation prohibe également les maternités de substitution. La question a été traitée dans la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, complétée depuis lors, qui a ajouté dans le Code civil l'article 16-7 énonçant que « toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le

³ France : art. 57 Code civil ; Italie : art. 29 et 30 DPR 3 novembre 2000, n° 396 ; Luxembourg : art. 57 al. 1 et 9 Code civil, la faculté n'étant cependant donnée qu'à la mère non mariée.

compte d'autrui est nulle ». Cette disposition consacre la solution qui avait été retenue dans un arrêt de principe rendu par la Cour de Cassation en 1991⁴ au motif qu'« il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet de conventions » et que « la convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes». En outre, cette interdiction est assortie d'une sanction pénale pouvant aller jusqu'à un an d'emprisonnement et 15.000 euros d'amende pour celui qui s'entremet ou tente 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. Lorsque ces faits ont été commis à titre habituel ou dans un but lucratif, les peines sont portées au double.⁵

En pratique, l'adoption plénière pourrait cependant constituer l'ultime phase du processus utilisé par un couple marié désireux d'accueillir un enfant né en France d'une mère porteuse qui a accouché sous X. Il y a des exemples où l'époux a reconnu cet enfant et l'a élevé avec son épouse, celle-ci ayant ensuite demandé l'adoption de l'enfant de son conjoint. Mais si le juge a eu connaissance de l'accord initialement passé entre la mère biologique de l'enfant et le couple, il refusera de prononcer l'adoption au motif 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'institution de l'adoption ».⁶

Enfin, lorsque des Français ont recours à une mère porteuse dans un pays étranger qui autorise la gestation pour autrui, le couple risque de se heurter à d'importantes difficultés lorsqu'il rentre en France. Par exemple, des juges ont été saisis dans une affaire où des concubins avaient conclu une convention de mère porteuse en Californie. Deux enfants conçus avec les gamètes du couple commanditaire sont nés et les actes de naissance dressés en Californie désignent les concubins comme père et mère. Ces derniers reconnaissent les enfants en France et demandent la transcription des actes de naissance dans les registres du Consulat français à San Francisco, qui y procède. Le Parquet de Nantes a cependant obtenu la radiation de cette transcription et l'annulation de la reconnaissance maternelle comme contraire à des dispositions d'ordre public. C'est en tout cas le jugement rendu par le tribunal de grande instance de Nantes en février 2001 et confirmé par la cour d'appel en juillet 2002.⁷

[2. Les dispositions britanniques et grecques](#)

2.1. Au Royaume-Uni, la matière est règlementée par la loi du 16 juillet 1985 relative à la maternité de substitution [*Surrogacy Arrangements Act, 1985*] et par la loi du 1^{er} novembre 1990 relative à la fertilisation humaine et l'embryologie humaine [*Human Fertilisation and Embryology Act, 1990*], applicables toutes deux à l'ensemble du Royaume-Uni.

Selon la loi de 1985, les contrats de mère porteuse, conclus sur le territoire ou à l'étranger, sont nuls dès lors qu'ils sont établis sur une base commerciale en sorte que sont prohibés les contrats privés passés entre un couple et une mère porteuse moyennant une rémunération de celle-ci en contrepartie de la gestation et de l'accouchement. En revanche, la pratique des maternités de substitution est permise dès lors qu'elle a lieu dans le respect des conditions imparties par la loi de 1990 et sous le contrôle de l'Autorité pour l'embryologie.

⁴ Cour de cassation, assemblée plénière, 31 mai 1991.

⁵ Article 227-12 du Code pénal, inséré par la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994.

⁶ Voir par exemple, Cour de Cassation, Chambre civile 1, 9 décembre 2003.

⁷ Jugement du Tribunal de grande instance de Nantes du 1^{er} février 2001, confirmé par l'arrêt de la Cour d'Appel de Rennes le 4 juillet 2002.

Selon la loi de 1990, la mère légale d'un enfant est exclusivement la femme qui porte ou a porté l'enfant, que l'assistance médicale à la procréation ait été réalisée au Royaume-Uni ou à l'étranger. C'est donc le nom de la femme qui a accouché qui est inscrit dans l'acte de naissance. Le père légal d'un enfant conçu avec donneur est le mari de la femme qui a bénéficié du traitement médical, sauf s'il est prouvé qu'il n'a pas consenti au traitement.⁸

Pour l'établissement de la parenté légale d'un "couple mandant" à l'égard d'un enfant né d'une femme ayant subi une implantation d'embryon, un transfert de gamètes ou une insémination artificielle, à la suite d'une convention de mère porteuse, la loi de 1990 a créé une décision judiciaire, appelée "*parental order*". Ces "décisions parentales" sont soumises à un certain nombre de conditions précisées dans l'article 30 de la loi de 1990. Ainsi, le "couple mandant" doit notamment être marié et l'embryon doit avoir été conçu avec les gamètes de l'un au moins des deux époux. La demande doit être introduite dans les six mois suivant la naissance de l'enfant. La mère porteuse (et le cas échéant son mari) doit avoir consenti, sans conditions, à l'engagement de l'instance. L'enfant doit résider avec les requérants, et l'un au moins d'entre eux doit avoir son domicile dans une partie du Royaume-Uni. Au moment de la décision, les conjoints doivent être âgés de 18 ans. Enfin, la Cour doit avoir la garantie que, à l'exception des frais habituels, aucune somme d'argent ni aucune rémunération n'a été versée ou reçue.

Si toutes ces conditions sont satisfaites, la Cour délivre un "*parental order*". Cette décision est inscrite dans un registre spécial et l'acte de naissance original qui indiquait pour mère la femme ayant accouché de l'enfant, et donc la mère porteuse, est annulé. Un nouvel acte de naissance est dressé. La femme commanditaire est alors désignée comme étant la mère. Dans la pratique, les modalités suivies en Angleterre et en Ecosse peuvent être un peu divergentes, notamment en ce qui concerne l'indication du père dans l'acte original, qui peut tantôt être le nom du mari de la mère porteuse tantôt le nom du père commanditaire.

Enfin, on signalera encore que des propositions visant à réviser la loi de 1990 ont été présentées au Parlement britannique en décembre 2006. Les propositions veulent prendre en considération l'évolution des techniques scientifiques et les modifications intervenues depuis cette date en matière de droit de la famille. Le projet prévoit notamment d'étendre les différentes dispositions à des personnes non mariées et aux partenaires civils.

2.2. En Grèce, les maternités de substitution ont été autorisées par la loi n° 3089 du 19 décembre 2002 sur l'assistance médicale à la procréation humaine, entrée en vigueur le 23 décembre 2002, qui a inséré dans le Code civil grec des articles spécifiques (art. 1455 à 1460) et modifié la rédaction des articles 1461 à 1484 relatifs à la parenté. Ces dispositions ont été précisées et complétées par la loi n° 3305/2005 du 27 janvier 2005 sur la mise en œuvre des méthodes de reproduction médicalement assistée, qui est entrée en vigueur le 27 février 2005.

La maternité de substitution, tout comme l'aide médicale à la procréation, est toujours soumise à une autorisation judiciaire. L'article 1458 du Code civil, introduit par la loi n° 3089/2002, dispose ainsi que "le transfert dans le corps d'une autre femme d'embryons, qui lui sont étrangers, et la gestation par elle, sont permis par une autorisation judiciaire accordée avant le transfert, s'il existe un accord écrit et sans contrepartie financière entre les personnes qui désirent un enfant et la femme qui accouchera ainsi que le mari de cette dernière, si elle est mariée. L'autorisation judiciaire est accordée sur requête de la femme qui désire avoir un enfant s'il est médicalement établi qu'elle ne peut assumer elle-même la gestation de l'enfant et que la femme qui se prête à la gestation y est apte."

⁸ Human Fertilisation and Embryology Act, 1990, Sections 27 et 28.

La loi de 2005 donne des précisions sur l'obtention du consentement libre et éclairé et fixe à 50 ans l'âge des femmes dans une PMA. Elle précise aussi que ne sont pas considérés comme une rémunération interdite par la loi, certains frais pris en charge par les parents commanditaires (comme, par exemple, les frais de l'aide médicale liés à la grossesse ou l'accouchement, ainsi que le versement d'une indemnité couvrant les salaires perdues par la femme porteuse du fait de la grossesse) et qu'il reviendra à une autorité indépendante d'en fixer un plafond. Elle prévoit aussi des sanctions pour quiconque participe à une gestation pour autrui en contrevenant aux dispositions : au moins deux ans de peine privative de liberté et une amende minimum de 1.500 euros. Les mêmes sanctions sont aussi prévues pour les intermédiaires et ceux qui incitent à une gestation pour autrui (articles 13 et 28 de la Loi 3305/2005).

Dans la pratique, il peut arriver que la mère porteuse soit la sœur de la femme qui souhaite l'enfant (et une décision a même autorisé la gestation par la mère de la femme: Tribunal de grande instance de Lefkade 452/2006), mais les décisions autorisant des gestations pour autrui concernent le plus souvent des cas où la mère porteuse n'a pas de liens familiaux avec la femme qui recourt à ses services.

Les parents demandeurs peuvent être des conjoints ou des concubins. Pour l'établissement de la filiation de l'enfant, le législateur grec, contrairement au législateur britannique, a dérogé au principe "*mater semper certa est*". Si l'article 1463 du Code civil grec prévoit toujours que "la parenté d'une personne avec sa mère et les parents de celle-ci se déduit de la naissance", l'article 1464 dispose par contre, qu'"en cas de procréation artificielle, et de gestation par une autre femme selon l'article 1458, est présumée mère de l'enfant la femme à laquelle a été accordée l'autorisation judiciaire". C'est donc la femme qui a obtenu l'autorisation judiciaire de recourir à une mère porteuse qui est légalement présumée être la mère de l'enfant et cette filiation maternelle ne peut pas être contestée, sauf si, en violation de la loi, l'enfant a été conçu avec un ovule de la mère porteuse (article 1464 du Code civil). En ce qui concerne la paternité, l'article 1465 dispose que le mari de la mère commanditaire est présumé être le père de l'enfant selon les règles de droit commun et l'article 1475 précise que le consentement notarié du compagnon de la mère vaut reconnaissance paternelle.

Enfin, l'article 8 de la loi du 19 décembre 2002 dispose que les articles 1458 et 1464 ne s'appliquent que si la femme demandeuse et la mère porteuse ont leur domicile en Grèce, en sorte qu'une femme de nationalité hellénique domiciliée à l'étranger en est exclue, tandis qu'une femme de nationalité étrangère peut avoir recours à une mère porteuse si son domicile se trouve en Grèce. Dans ce dernier cas, la maternité de la femme étrangère, qui a obtenu l'autorisation judiciaire d'avoir recours à une femme porteuse, ne sera cependant pas établie, si la loi applicable est la loi de sa nationalité et si cette loi ne reconnaît pas ou interdit le prêt d'utérus. En revanche, si la loi applicable est la loi de la résidence habituelle de l'enfant, la maternité de la femme demandeuse sera établie et cela même si sa loi nationale interdit la gestation pour autrui (par ex., cas d'une Allemande domiciliée en Grèce : cf. § 19, 1), 1 et 2 de la loi d'introduction du Code civil allemand).
