

Commission Internationale de l'Etat Civil (CIEC) - Secrétariat Général

3, Place Arnold - F- 67000 STRASBOURG Tél. +33 (0) 388 61 18 62 Fax +33 (0) 388 60 58 79

e-mail : ciec-sg@ciec1.org Site Internet : www.ciec1.org

**L'ETABLISSEMENT DE LA FILIATION MATERNELLE ET
LES MATERNITES DE SUBSTITUTION
DANS LES ETATS DE LA CIEC**

NOTE DE SYNTHÈSE

*rédigée par Madame Frédérique GRANET,
Professeur à l'Université Robert Schuman de Strasbourg,
et le Secrétariat Général de la CIEC*

avec mise à jour au 20 février 2003

L'ETABLISSEMENT DE LA FILIATION MATERNELLE ET LES MATERNITES DE SUBSTITUTION DANS LES ETATS DE LA CIEC ¹

NOTE DE SYNTHÈSE

L'établissement légal de la filiation maternelle obéit à des règles qui ont été élaborées dans la perspective de la procréation naturelle. Les techniques diverses de procréation médicalement assistée sont venues susciter des problèmes juridiques nouveaux dès lors qu'à l'origine de la conception de l'enfant, il y a un don de gamètes ou un don d'embryon, ces techniques-là étant généralement regardées avec bienveillance par les législateurs européens au contraire des maternités de substitution car celles-ci échappent aux modes classiques de pensée du droit de la filiation. L'étude des modalités de l'établissement de la filiation maternelle des enfants conçus par procréation naturelle (I) mérite ainsi d'être confrontée aux situations de maternités de substitution (II).

I. Les modalités de l'établissement de la filiation maternelle des enfants conçus par procréation naturelle

Dans les Etats de la C.I.E.C. en matière de procréation naturelle, toutes les législations, à l'exception de trois d'entre elles, (France, Italie et Luxembourg) prévoient que le nom de la femme qui est accouchée de l'enfant doit être obligatoirement déclaré à l'officier de l'état civil et inscrit dans l'acte de naissance. L'indication du nom de la mère dans l'acte suffit à établir la filiation maternelle de l'enfant (A). Dans trois Etats cependant, la législation n'impose pas au déclarant de désigner la mère. L'indication de l'identité de la mère dans le registre des naissances ne suffit pas dans tous les cas à établir la filiation de l'enfant à son égard et elle n'y est même pas toujours inscrite (B).

A- Le principe de l'établissement de la filiation maternelle par l'indication obligatoire du nom de la mère dans l'acte de naissance

En Allemagne (§ 1591 B.G.B. et § 16 et 21 PStG), en Autriche (art. 19 et 33 PStG), en Belgique (art. 312 C.c.), en Croatie (art. 52 OZ), en Espagne (art. 120 C.c.), en Hongrie, en Pologne, au Portugal, au Royaume-Uni, en Suisse (art. 252 C.c.) et en Turquie (art. 282 nouveau code civil turc), sous réserve des cas exceptionnels d'enfants trouvés et dont on ignore l'identité des parents de naissance, l'indication du nom de la mère lors de la déclaration de la naissance faite dans le délai légal est obligatoire et suffit en principe à établir la filiation maternelle de l'enfant à l'égard de cette femme, qu'elle soit ou non mariée.

¹ La Commission Internationale de l'Etat Civil (CIEC) est un organisme intergouvernemental dont font actuellement partie 16 Etats: l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, la Croatie, l'Espagne, la France, la Grèce, la Hongrie, l'Italie, le Luxembourg, les Pays-Bas, la Pologne, le Portugal, le Royaume-Uni, la Suisse et la Turquie. Son siège est fixé à Strasbourg (France), 3 place Arnold, où sont installés les locaux du Secrétariat Général de la Commission.

Il convient de préciser qu'au Portugal, l'indication du nom de la mère dans l'acte de naissance suffit à établir la filiation si la déclaration a été faite dans l'année de la naissance. De plus, quand la déclaration n'est pas faite par la mère elle-même ou par son mari, les indications portées par l'officier de l'état civil dans l'acte doivent être notifiées à la mère, ce qui donne lieu à une mention marginale (art. 1804 C.c. et art. 113 CRC). Dans l'hypothèse où l'accouchement a eu lieu plus d'un an auparavant, la filiation maternelle est établie si la naissance est déclarée par la mère ou en sa présence, ou si elle est représentée par un mandataire muni d'une procuration lors de la déclaration de la naissance à l'état civil ; en dehors de ces conditions, la déclaration de naissance doit être notifiée à celle qui est désignée comme la mère et qui a un délai de quinze jours pour confirmer ou infirmer sa maternité, son silence étant interprété comme une confirmation (art. 1805 C.c. et art. 114 CRC).

En ce qui concerne un enfant né dans le mariage, l'établissement de la filiation maternelle ne suscite guère de difficultés mais à défaut d'indication du nom de la mère dans l'acte de naissance d'un enfant né hors mariage, il faut savoir quels pourraient être les modes d'établissement de la filiation maternelle de l'intéressé. La plupart de ces législations ne connaissent pas la notion de reconnaissance maternelle, sauf en Belgique (art. 313 C.c.), en Croatie (art. 54 OZ), en Espagne et au Portugal (où il s'agit d'une « déclaration de maternité » : art. 1806 et 1847 C.c.).

En Belgique, toute femme, même une mineure, peut reconnaître son enfant, si elle a un discernement suffisant ; mais une majeure frappée d'interdiction légale ne le pourrait pas en raison de son défaut de capacité juridique.

En Croatie, la mère doit en principe être majeure ; cependant, quand elle est frappée d'incapacité partielle, elle peut reconnaître son enfant si la décision d'incapacité ne l'en empêche. Quant à une mineure, elle doit avoir seize ans révolus et un discernement suffisant (art. 56 OZ). Pour qu'une reconnaissance maternelle soit inscrite dans l'acte de naissance, il faut que l'enfant, s'il est âgé de quatorze ans et suffisamment discernant, ait consenti à être ainsi reconnu et que le centre d'aide sociale ait autorisé la reconnaissance (art. 58 OZ).

En Espagne, une femme majeure ou une mineure émancipée peut reconnaître son enfant. Une incapable mineure ou majeure doit obtenir une autorisation judiciaire, donnée après audition du Parquet (art. 121 C.c.). Si l'enfant est mineur, il faut aussi le consentement du père ou du représentant légal de l'enfant, ou une autorisation judiciaire (art. 124 C.c.).

Au Portugal, la mère doit avoir une capacité de discernement suffisante pour comprendre la portée de son acte (art. 1806 et 1847 C.c.).

Quant à la possession d'état, les droits allemand, autrichien, croate, grec, hongrois, néerlandais, polonais, anglais, suisse et turc ne connaissent pas cette notion.

Au Portugal, c'est une notion connue mais qui n'est pas un mode autonome et suffisant d'établissement de la maternité. Une action en recherche de maternité peut être exercée lorsque la filiation n'est pas établie par l'indication de la mère dans l'acte de naissance ni par une reconnaissance et la possession d'état fait alors présumer la filiation revendiquée.

Enfin, dans l'hypothèse où la filiation maternelle ne serait pas établie par l'acte de naissance, elle pourrait l'être par un jugement rendu à l'issue d'une action judiciaire en recherche de maternité en Belgique, en Croatie (art. 70 et s. OZ) et au Portugal (art. 1814 et 1869 C.c. et art. 125 et 129 CRC). En revanche, ce n'est pas le cas en Allemagne et en Autriche. En Suisse, la doctrine admet qu'à défaut d'acte de naissance désignant la mère et établissant ainsi la filiation envers elle, la constatation de la filiation maternelle serait possible par jugement ; mais il n'y a pas de jurisprudence sur ce point. De même en Hongrie, la constatation de la filiation maternelle

pourrait résulter d'un jugement qui serait transcrit dans le registre des naissances (art. 40 Csjt).

Dans tous ces Etats qui exigent en principe que le nom de la femme accouchée soit inscrit dans le registre des naissances, l'accouchement sous X n'est pas permis. Toutefois, ces derniers temps, une réflexion a été engagée dans plusieurs Etats en raison de la nécessité de protéger le nouveau-né contre les risques liés à un accouchement en dehors d'un établissement de santé. En Autriche, le décret du 27 juin 2001 relatif à l'accouchement anonyme (n° JMZ 4600/42-I 1/2001) prévoit déjà que si le nouveau-né était déposé dans une « boîte à bébés » (« Babyklappe ») et si la femme qui lui a donné naissance venait à être connue, elle n'encourrait pas de sanctions pénales, la vie de l'enfant n'ayant pas été mise en danger. En Espagne, on a modifié les textes applicables en la matière après le revirement de jurisprudence opéré par le Tribunal Suprême dans une décision du 21 septembre 1999 : les Résolutions de la Direction générale des registres du 12 juillet et du 24 octobre 2000 ainsi que du 17 mars 2001 ont été prises pour mettre les règles relatives à l'enregistrement des naissances et à l'état civil en harmonie avec cette décision. Désormais, l'indication du nom de la mère dans l'acte de naissance est obligatoire et suffit à établir la filiation maternelle en mariage comme hors mariage. Dans l'hypothèse où un acte de naissance aurait été dressé dans le passé et où il n'indiquerait pas la mère, la filiation maternelle hors mariage pourrait être établie par une reconnaissance maternelle volontaire faite par cette femme, ou à défaut par une décision judiciaire. En revanche, en Allemagne et en Belgique, le débat n'est pas clos et aucune loi n'a été votée jusqu'à présent.

B- Les modes d'établissement de la filiation maternelle dans les législations où la désignation de la mère dans l'acte de naissance n'est pas exigée

Cette solution n'est admise qu'au Luxembourg (avec des nuances toutefois), en Italie et en France, ce qui représente donc une nette minorité d'Etats.

Au Luxembourg, il convient d'abord de relever que, comme dans le premier groupe d'Etats, la filiation maternelle est établie par l'indication du nom de la mère dans l'acte de naissance, qu'elle soit mariée ou non (art. 57, al. 1, et 319 C.c. si la mère est mariée ; art. 57, al. 1, et 334 C.c. si elle n'est pas mariée). Cependant, en l'absence d'acte de naissance désignant la mère, qu'elle soit mariée (art. 320 C.c.) ou non (art. 334 C.c.), la possession d'état continue de l'enfant à son égard suffit à établir sa filiation. La loi ne prévoit pas de document tendant à prouver la possession d'état ; celle-ci pourrait être prouvée en justice et constatée dans un jugement qui serait mentionné en marge de l'acte de naissance, mais il n'y a guère de jurisprudence. D'ailleurs, de façon générale, lorsque la mère est mariée, l'établissement de la filiation de l'enfant à son égard ne suscite aucune difficulté particulière et il n'y a donc pas de jurisprudence.

Quand la mère n'est pas mariée, l'indication de son nom dans le registre des naissances n'est pas obligatoire (art. 57, al. 3, C.c.) : là est la différence avec les législations des Etats du premier groupe. Une femme a ainsi la possibilité d'accoucher dans l'anonymat, encore qu'une telle hypothèse semble demeurer très rare. Lorsque le nom de la mère ne figure pas dans l'acte, elle peut établir la filiation de l'enfant par une reconnaissance ; elle peut librement reconnaître son enfant, même si elle est mineure ou majeure en tutelle ou en curatelle. La filiation peut aussi se trouver établie par la possession d'état continue de l'enfant naturel envers sa mère (art. 334 C.c.). En l'absence de reconnaissance ou de possession d'état, la filiation peut être déclarée en justice, lors d'une action en recherche de maternité naturelle (art. 334 C.c.) ; en cas d'accouchement sous X, l'action en recherche ne serait pas de ce fait irrecevable, mais bien sûr la preuve par l'enfant de sa filiation prétendue serait particulièrement difficile à rapporter.

En Italie, une femme n'est pas tenue de divulguer son identité lorsqu'elle accouche et l'indication de son nom dans l'acte de naissance est subordonnée à son consentement (art. 30 et 42 OStC).

Quand la mère est mariée, la filiation de l'enfant est établie envers elle par l'indication de son nom, suivie de la mention « épouse de » dans l'acte de naissance. A défaut, la filiation légitime peut être établie par la possession d'état d'enfant légitime (art. 236 C.c.); la possession d'état peut être constatée par une décision judiciaire dont mention est portée en marge de l'acte de naissance (art. 49 OStC).

Quant à l'enfant naturel, sa filiation peut être établie par une reconnaissance de la mère, que celle-ci peut faire dès l'âge de seize ans révolus (art. 250 C.c. et art. 102 Dir. Fam.), soit dans l'acte de naissance, soit dans un acte distinct dressé par un officier de l'état civil, soit encore dans un acte publié ou un testament. Pour reconnaître son enfant, une mineure de moins de seize ans ou une majeure incapable doit être représentée par son tuteur ou par son curateur.

A défaut de reconnaissance, la maternité peut être établie au moyen d'une action en déclaration de maternité naturelle (art. 269 et s. C.c. et art. 113 Dir. Fam.); en cas d'accouchement sous X, comme au Luxembourg, cette action ne serait pas irrecevable, mais l'enfant se heurterait à de très graves difficultés de preuve de sa filiation.

Enfin en France, la désignation dans l'acte de naissance de la femme qui accouche de l'enfant n'est pas obligatoire et l'accouchement sous X est permis (art. 57 C.c.)

Si son nom est inscrit dans l'acte, cela suffit à établir la filiation maternelle lorsqu'il s'agit d'une femme mariée (art. 319 C.c.), quand bien même on se trouverait dans un cas où la présomption de paternité du mari est écartée par la loi (art. 313, al. 1, art. 313-1 et art. 313-2, al. 2, C.c.)

Si la mère n'est pas mariée, l'indication de son nom dans l'acte de naissance ne suffit pas à établir la filiation de l'enfant envers elle. Il faut qu'elle le reconnaisse (art. 335 C.c.), ou qu'elle lui confère la possession d'état d'enfant naturel (art. 334-8 C.c.); la maternité peut encore se trouver légalement établie lorsque la mère est désignée dans la reconnaissance faite par le père et que cette indication est corroborée par un aveu de sa maternité par l'intéressée (art. 336 C.c., interprété a contrario). L'article 337 du Code civil prévoit encore que la filiation maternelle naturelle peut être établie par l'indication de la mère dans l'acte de naissance si elle est corroborée par la possession d'état; mais depuis qu'une loi du 25 juin 1982 a fait de la possession d'état (art. 334-8 C.c., précité) un mode autonome d'établissement de la filiation naturelle, l'article 337 n'a pas plus guère d'utilité pratique, même s'il n'est pas abrogé.

Cependant, dans le cas où une femme, mariée ou non, veut conserver l'anonymat lorsqu'elle accouche, la loi le lui permet. Dans ces circonstances, l'article 341-1 du Code civil élève une fin de non-recevoir à une action de l'enfant en recherche de maternité naturelle, ce qui constitue une profonde différence avec le droit luxembourgeois ou italien. La mère de naissance sera néanmoins invitée à laisser des informations destinées à l'enfant, et notamment son nom et celui du géniteur, selon une loi du 22 janvier 2002 relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'état; mais elle n'y sera pas obligée. Ces informations seront tenues secrètes et conservées sous la responsabilité du président du Conseil Général et sous l'autorité du Conseil National d'accès aux origines personnelles. Elles ne seront communiquées à l'enfant que sur sa demande et avec le consentement de la mère de naissance; en pareille hypothèse, l'accès de l'enfant à ses origines serait "sans effet sur l'état civil et la filiation" (art. L. 147-7, Code de l'action sociale et des familles).

II. Les maternités de substitution

Dans tous les Etats de la CIEC, sous réserve de l'hypothèse d'un accouchement dans l'anonymat dans les Etats où elle est possible, c'est la femme qui est accouchée de l'enfant qui est inscrite dans l'acte de naissance comme étant la mère légale selon l'adage *Mater semper certa est*. Dès lors, comment est appréhendé le phénomène des maternités de substitution ?

Cette expression mérite d'être employée au pluriel car elle peut viser en fait plusieurs situations : un enfant peut être conçu par fécondation *in vitro* suivie d'un transfert de l'embryon dans l'utérus de la mère de substitution, qui s'engage à assumer la grossesse et à remettre le nouveau-né au couple dont les gamètes ont été utilisés pour sa conception. L'enfant est génétiquement issu des deux membres du couple auquel il est remis par la mère porteuse en exécution de la convention conclue entre elle et le couple.

Par ailleurs, on peut imaginer une hypothèse différente, où une femme accepte d'assumer la gestation d'un enfant conçu par insémination artificielle ou par fécondation *in vitro*, réalisée avec un de ses ovocytes et le sperme d'un homme qui peut être soit l'un des membres du couple ayant commandé l'enfant, soit un donneur.

Plusieurs aspects méritent d'être abordés : en premier lieu bien sûr, il s'agit de s'interroger sur la licéité ou l'illicéité des conventions de maternité pour autrui et sur les conséquences à en tirer, notamment quant aux sanctions applicables le cas échéant (A). En deuxième lieu, pour le cas où une telle convention serait passée puis mise à exécution, il faut savoir en ce qui concerne l'enfant quelles seraient les modalités de son enregistrement à l'état civil et quelle serait légalement sa filiation (B).

A - La licéité ou l'illicéité des conventions de maternité de substitution

On peut distinguer trois groupes d'Etats.

1 - Certains Etats se sont dotés d'une législation civile spécifique qui, hormis celle de la Grèce et du Royaume-Uni, prohibe de façon absolue toutes les formes de maternité de substitution. Ces législations sont celles de l'Allemagne avec la loi de 1990 sur la protection de l'embryon humain ; de l'Espagne avec la loi n°35/1988 du 22 novembre 1988 relative aux techniques de procréation assistée ; de la France avec la loi n°94-653 du 29 juillet 1994 relative au corps humain ; de la Grèce avec la loi 3089/2002 du 19 décembre 2002 sur l'assistance médicale à la procréation humaine ; du Royaume-Uni avec la loi de 1985 relative à la maternité de substitution [*Surrogacy Arrangements Act, 1985*] et la loi de 1990 relative à la fertilisation humaine et à l'embryologie humaine [*Human Fertilisation and Embryology Act, 1990*], toutes deux applicables en Angleterre, en Ecosse, au Pays de Galles et en Irlande du Nord, c'est à dire à l'ensemble du Royaume-Uni ; et de la Suisse avec l'article 2 de la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée [LPMA] et l'article 119, alinéa 2, lettrine d de la Constitution fédérale .

En Allemagne, la loi de 1990 (art. 1^{er}) prohibe de façon générale les maternités de substitution, sans distinguer selon que la mère porteuse a fourni ou non ses ovocytes en vue de la conception de l'enfant. Au regard des sanctions civiles, un contrat de mère porteuse est nul car il est contraire aux bonnes mœurs (§ 138 BGB) et à l'ordre public. En outre, au regard des sanctions pénales, toute personne qui participe à une maternité de substitution, par insémination artificielle ou par implantation d'un ovocyte ou d'un embryon provenant d'un don commet une infraction et est passible d'une peine allant jusqu'à trois ans d'emprisonnement. La même peine est applicable, selon la loi de 1989 sur les intermédiaires en vue de l'adoption, à celui qui se rendrait coupable de mise en relation avec une mère porteuse (art. 13 c et 14 b). En revanche, la

mère porteuse elle-même ainsi que la personne désireuse de se faire remettre l'enfant et de l'accueillir de façon définitive n'encourent aucune pénalité.

En Espagne, est aussi réputé nul de plein droit le contrat par lequel une femme s'engagerait, moyennant rémunération ou non, à assumer la gestation d'un enfant pour le compte d'autrui (art. 10-1 de la loi de 1988).

En France, la question a été traitée dans l'une des lois de bioéthique de juillet 1994 (loi n° 94-653 du 29 juillet 1994), qui a ajouté dans le Code civil un article 16-7, d'ordre public, énonçant que : « Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle ». Cette disposition est venue consacrer la solution qui avait été retenue dans un arrêt de principe rendu par la Cour de cassation dans sa formation la plus solennelle, en Assemblée plénière, le 31 mai 1991, selon lequel : « 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 » (Bull. civ. Ass. Plén. n°4).

En Grèce, un jugement avait prononcé l'adoption par des époux d'un enfant conçu par fécondation *in vitro* réalisée avec leurs gamètes, la gestation et l'accouchement ayant été assumés par une mère porteuse (Tribunal de grande instance d'Héraklion 176/1999). Désormais, la loi permet la maternité de substitution après autorisation judiciaire et à condition qu'un contrat soit passé entre la mère porteuse et une femme placée dans l'impossibilité d'assumer elle-même la gestation d'un enfant conçu avec les gamètes du couple commanditaire; l'enfant est remis à celle-ci lors de la naissance et elle est légalement désignée comme la mère dans l'acte de naissance. La loi grecque est la première en Europe à dissocier ainsi la notion de maternité légale du fait de l'accouchement.

Au Royaume-Uni, les contrats de mère porteuse, conclus sur le territoire ou à l'étranger, sont réputés nuls en tant que tels par la loi de 1985, modifiée par celle de 1990; sont ainsi 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 et sous le contrôle de l'Autorité pour l'embryologie. Celle-ci délivre un "*parental order*" (décision parentale), qui est inscrit dans un registre spécial. L'acte de naissance originnaire, qui indiquait pour mère la femme ayant accouché de l'enfant et donc la mère porteuse, est alors annulé et un nouvel acte est dressé; il désigne comme la mère la femme à laquelle le nouveau-né devait être remis.

En Suisse, l'article 2 de la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée 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 l'accouchement. L'article 119, alinéa 2, lettrine d de la Constitution fédérale prohibe toute forme de maternité de substitution en énonçant que « le don d'embryons et toutes les formes de maternité de substitution sont interdits ». Aucune jurisprudence n'est connue sur ce point. Si une violation de ces textes venait à être commise et décelée, les contrevenants s'exposeraient à des pénalités pouvant aller jusqu'à l'emprisonnement (art. 31 LPMA). Quant au contrat de mère porteuse, s'il était conclu en Suisse, il serait nul en vertu de l'article 20 du Code des obligations; et s'il était conclu à l'étranger, ses effets ne seraient pas reconnus en Suisse en raison de sa contrariété à l'ordre public sur le fondement de l'article 27 de la Loi fédérale sur le droit international privé.

Présentement, il n'existe une législation spéciale que dans ces Etats.

2- Dans d'autres Etats comme la Hongrie, l'Italie, les Pays-Bas ou la Turquie, la situation n'est pas celle d'un désintérêt total du législateur pour les procréations assistées mais tout simplement, il n'y a pas de législation civile spécifique applicable aux maternités pour autrui à l'heure actuelle.

En Italie, des travaux législatifs ont été entrepris mais ils n'ont pas encore abouti, de sorte qu'il n'y a pas présentement de loi spécifique aux procréations médicalement assistées. On doit toutefois mentionner l'existence de l'article 42 du Code de Déontologie médicale de la Fédération des médecins chirurgiens et des chirurgiens dentistes, qui interdit les maternités de substitution, l'insémination artificielle pour des couples non hétérosexuels et n'ayant pas de vie commune stable, ainsi que la fécondation de la femme survivante après le décès de son mari ou de son compagnon grâce à des paillettes de sperme congelé et la fécondation d'une femme atteinte de ménopause non précoce (c'est à dire au-delà de 50 ans en moyenne).

Aux Pays-Bas, le code pénal (art. 151b et 151c) réprime les conventions de maternité de substitution conclues dans un but lucratif. En l'absence de disposition spécifique dans le code civil, on peut toutefois penser qu'un tel contrat serait considéré comme contraire à l'ordre public néerlandais, de sorte que l'exécution ne pourrait pas en être réclamée en justice. Quant à un contrat conclu dans un Etat étranger, sa validité ne serait sans doute pas non plus reconnue aux Pays-Bas.

En Turquie, le nouveau code civil du 22 novembre 2001, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2002, ne prévoit dans son article 23 relatif à la protection de la personnalité, que la licéité de l'insémination artificielle réalisée grâce à un don de gamètes, tout en précisant que la promesse de don non tenue ne saurait donner lieu à exécution forcée ni à indemnisation ; mais il ne traite pas des maternités de substitution.

On signalera qu'en Hongrie, il n'y a pas présentement de législation spécifique. Certes, lors de sa publication officielle, la loi n° CLIV de 1997 sur la santé, dont l'entrée en vigueur avait été fixée au 1^{er} janvier 2000, contenait bien des dispositions réglementant la procréation médicalement assistée et notamment des règles spéciales interdisant les maternités de substitution. Les dispositions permettant l'insémination artificielle, le cas échéant avec don de gamètes (ovocyte ou sperme), ainsi que le don d'embryons et les techniques de fertilisation des ovocytes (§ 166 du Code de la santé, dans sa rédaction prévue par la loi de 1997) sont entrées en vigueur. En revanche, parce qu'elles étaient susceptibles de créer des difficultés en matière de filiation, les règles relatives aux maternités de substitution ont été supprimées par la loi n° CXIX de 1999, avant même d'avoir pu recevoir application. Il reste qu'à l'heure actuelle, un contrat de mère porteuse conclu en Hongrie est nul comme contraire aux lois et aux bonnes mœurs selon l'article 200 du code civil. S'il était conclu dans un Etat étranger, il serait aussi nul en Hongrie où il serait contraire à l'ordre public hongrois en application du § 7 du décret-loi de 1979 sur le droit international privé.

De plus, le § 193 du code pénal (issu de la loi n° IV de 1978) serait applicable ; il prévoit que « le crime d'atteinte à l'état civil, réalisé notamment par la substitution volontaire d'un enfant ou la remise volontaire clandestine dans une autre famille, est puni de trois ans d'emprisonnement. Le crime est puni d'un à cinq ans d'emprisonnement s'il est commis par un employé de l'établissement de santé ou par une personne chargée de la surveillance de l'enfant. Si le délit est commis par négligence par un employé d'un établissement de santé, il est puni d'un an d'emprisonnement, d'un travail d'intérêt général ou d'une amende ».

3- Enfin, dans d'autres Etats comme la Belgique et le Luxembourg, il n'y a pas non plus de législation spéciale relativement aux maternités de substitution et aucun projet n'est annoncé,

contrairement à ce qui se passe en Grèce. Il faut aussi noter qu'à l'exception du Luxembourg où les juridictions n'ont encore jamais été saisies de problèmes juridiques en la matière, il existe quelques décisions de jurisprudence, peu nombreuses il est vrai, en Belgique et en Grèce.

Au Luxembourg, en l'absence de droit positif, on peut penser qu'un contrat de mère porteuse, conclu dans ce pays ou à l'étranger, serait entaché d'une cause de nullité absolue comme étant contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs (art. 6 et 1128 C.c.). On signalera d'ailleurs que dans un avis rendu public au début de l'année 2002, la Commission Nationale d'Éthique pour les Sciences de la Vie et de la Santé vient de déconseiller le recours à la pratique des maternités de substitution.

En Belgique, selon une nette majorité de la doctrine, un contrat de gestation pour le compte d'autrui serait contraire aux articles 6 et 1128 du code civil. L'article 6 interdit de déroger par convention privée aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. Et l'article 1128 prévoit que seules les choses qui sont dans le commerce juridique peuvent faire l'objet de conventions, ce qui n'est pas le cas des gamètes, des embryons ou des fonctions reproductrices d'une femme. L'illicéité des contrats de mère porteuse pourrait reposer sur plusieurs considérations : le défaut de consentement éclairé de la gestatrice et la contrariété aux principes d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes. En conséquence, le contrat serait entaché d'une cause de nullité absolue et corrélativement, il ne pourrait pas donner lieu à exécution forcée, ni pour ce qui touche à la remise de l'enfant au couple commanditaire, ni pour ce qui tient au paiement de la rémunération promise à la mère porteuse.

Quant aux juridictions du fond, on peut distinguer deux tendances, encore qu'il y ait fort peu de décisions rendues jusqu'à présent. Lorsqu'elles sont saisies, elles sont partagées par deux préoccupations opposées: d'une part, préserver l'intérêt de l'enfant conçu et né en de telles circonstances ; d'autre part, veiller au respect des articles 6 et 1128 du code civil.

Dans ce contexte, plusieurs décisions ont été rendues : dans un arrêt du 16 janvier 1989 (T.G.R. 1989, p. 52), la Cour d'appel de Gand a jugé qu'au travers des règles existantes, le législateur n'entendait pas permettre la commande d'un enfant à une mère porteuse.

En revanche, deux autres décisions sont favorables à l'adoption d'un enfant conçu avec les gamètes des parents adoptifs mariés ensemble puis porté et mis au monde par la sœur d'un des époux sans aucune rémunération versée à celle-ci ; ces circonstances sont reprises dans la motivation de ces jugements. L'un, en date du 4 octobre 2000, émane du Tribunal de première instance de Turnhout, qui juge que si la mère porteuse ne perçoit aucun gain, la convention n'est pas contraire à l'ordre public et que l'adoption par le couple commanditaire est conforme à l'intérêt de l'enfant conçu par fécondation *in vitro* avec les gamètes des deux adoptants, ainsi parents « sociaux-génétiques », seuls la gestation et l'accouchement ayant été assumés par une tierce personne proche d'eux (Tribunal de la jeunesse de Turnhout, 4 oct. 2001, R.W. 2001, n°6 du 6 oct.2001). L'autre est un jugement du Tribunal de la jeunesse de Bruxelles, du 4 juin 1996 qui a aussi homologué l'adoption plénière par des époux d'un enfant conçu par fécondation *in vitro* réalisée avec les gamètes du mari et de son épouse et porté par la sœur de celle-ci, tel étant l'intérêt de l'enfant (Tribunal de la jeunesse de Bruxelles, 4 juin 1996, J.L.M.B. 1996, p.1182 et Revue du Droit de la santé 1997, p.124).

En définitive, on constate qu'hormis quelques décisions rendues en faveur d'un couple commanditaire d'un enfant à une mère porteuse, l'enfant ayant été conçu avec les gamètes de ce couple puis parfois porté par une proche parente de l'un des deux membres de ce couple, les conventions de mère porteuse sont considérées comme nulles en raison de leur contrariété à l'ordre public dans les Etats de la CIEC, sauf en Grèce et au Royaume-Uni si toutefois les

conditions prévues par la loi sont respectées. Dans les autres Etats, les conventions de mère porteuse sont interdites, sans distinguer selon que le commanditaire est une personne célibataire ou un couple, hétérosexuel ou homosexuel. Il reste alors à préciser quelles sont les indications portées dans les registres de l'état civil et quelle est la filiation d'un enfant conçu et mis au monde en exécution d'une convention de maternité de substitution.

B- L'état civil et la filiation de l'enfant

Lorsque l'enfant naît dans l'un des Etats de la C.I.E.C., on retrouve partout les mêmes principes, à savoir que c'est la femme qui en est accouchée 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. 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 ne l'est pas, l'établissement de la filiation paternelle est régi par les règles générales applicables à la paternité hors mariage.

Mais on peut aussi envisager que la naissance ait lieu à l'étranger, dans un Etat où les maternités de substitution sont licites et couramment pratiquées (par exemple, dans certains Etats des Etats-Unis d'Amérique). Le phénomène est connu et il existe des cas concrets.

Ces situations suscitent plusieurs questions : quelles sont les indications portées dans l'acte de naissance dressé à l'étranger pour l'enfant qui y est né ? Quels sont les effets et la valeur de cet acte dans un des Etats de la C.I.E.C. où il serait invoqué ?

Il convient enfin de se demander en toute occurrence si la femme ou le couple commanditaire pourrait obtenir l'adoption de l'enfant.

En droit allemand, dans le cas où la naissance aurait eu lieu à l'étranger et où le couple commanditaire demanderait l'enregistrement de la naissance à un officier de l'état civil allemand, la mère porteuse serait en principe réputée la mère légale et inscrite pour telle, les dispositions relatives à l'établissement de la filiation maternelle étant d'ordre public. Néanmoins, la nullité du contrat conclu entre la mère porteuse et un couple marié n'exclut pas l'adoption de l'enfant par les époux si c'est son intérêt, notamment lorsqu'il est élevé et vit auprès d'eux depuis un certain temps. Mais l'adoption par une personne seule, qui est théoriquement possible, est rarement prononcée par les juridictions allemandes, de sorte qu'une personne seule, commanditaire d'un enfant à une mère porteuse, aurait peu de chances d'obtenir l'adoption de celui-ci. Il convient tout de même de préciser qu'un acte de naissance dressé à l'étranger et indiquant pour mère la femme commanditaire pourrait produire des effets en Allemagne si l'officier de l'état civil n'était pas en mesure de déceler le défaut d'accouchement de celle-ci.

En Belgique, dans le cas d'un accouchement à l'étranger, l'acte de naissance ne ferait pas nécessairement apparaître la convention illicite de mère porteuse, de sorte que l'acte serait alors reconnu.

Si l'enfant naît en Espagne, la mère porteuse doit être désignée pour mère dans l'acte de naissance et les règles du droit commun régissent l'établissement de la paternité (art. 7-1 de la loi de 1988), comme dans les autres Etats de la C.I.E.C. Toutefois, la femme commanditaire de l'enfant peut demander à adopter et elle obtiendra satisfaction si toutes les conditions requises sont respectées, notamment l'intervention de l'organisme public compétent ; mais elle ne bénéficie d'aucune préférence. Si la naissance d'un Espagnol survient à l'étranger, l'acte de naissance pourrait désigner pour mère une autre femme que celle qui est accouchée 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 accouchée de l'enfant et considérée comme la véritable mère (art. 92 L.R.C.).

En France, 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 obtient la radiation de cette transcription et l'annulation de la reconnaissance maternelle comme contraire à des dispositions d'ordre public (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).

En Italie, en l'état actuel du droit positif, la déclaration de la naissance d'un enfant survenue à l'étranger doit être faite conformément à la loi étrangère du lieu de naissance. Si l'acte alors dressé ne révèle pas l'existence du contrat de mère porteuse et si la mère biologique, dont les gamètes ont été utilisés pour la conception de l'enfant, déclare en Italie cet enfant comme né d'elle, elle s'expose théoriquement aux pénalités sanctionnant un délit de falsification d'état civil (qui peuvent aller jusqu'à quinze ans de réclusion). Il reste que si l'officier de l'état civil italien n'est pas en mesure de détecter les faits constitutifs de l'infraction, il ne peut évidemment pas les communiquer au Procureur de la République aux fins de poursuites et l'acte établi à l'étranger produira ses effets en Italie.

Selon le droit grec, si la naissance a eu lieu à l'étranger et si l'acte y a été dressé, il est en principe reconnu comme tel en Grèce. Avant la loi 3089/2002, l'enfant né d'une mère porteuse pouvait être adopté par des époux grecs si les circonstances de la conception et de la naissance n'étaient pas révélées au tribunal. Un seul jugement avait été rendu sur ce point, par le Tribunal de grande instance d'Héraklion (n° 176/1999) qui avait prononcé l'adoption d'un enfant conçu avec les gamètes des époux adoptants. Désormais, un couple grec peut conclure une convention de mère porteuse en Grèce dans le respect des conditions imparties par la loi. Si la convention était passée à l'étranger et si l'acte y était dressé, il serait en principe reconnu en Grèce et il pourrait arriver qu'il désigne le couple grec comme père et mère de naissance.

Selon le droit hongrois, les naissances des citoyens hongrois survenues à l'étranger sont enregistrées dans un registre spécial, tenu par le service de l'état civil de la mairie de Budapest sur présentation d'une traduction authentifiée de l'acte étranger et en conformité avec le droit hongrois. Par conséquent, les maternités de substitution étant contraires à l'ordre public hongrois et seule la mère porteuse étant réputée la mère légale du fait de l'accouchement, une inscription de l'enfant dans ce registre comme né du couple hongrois commanditaire ne serait pas admise. Si tel était son intérêt, l'enfant pourrait néanmoins être adopté par la femme ou le couple commanditaire, les circonstances de la conception ne rendant pas impossible une telle adoption. Il faut toutefois relever que l'existence de la convention de maternité pour autrui ne transparaîtra pas nécessairement dans l'acte dressé à l'étranger, de sorte qu'il n'y aura pas alors d'obstacle à l'inscription de celui-ci dans le registre spécial et que la femme commanditaire y sera désignée comme la mère légale. Dans ce cas, en vertu de l'article 40 de la loi n° IV de 1952 portant code de la famille, l'enfant, ou ses descendants après son décès, ou encore la mère porteuse pourrait intenter sans condition de délai une action judiciaire tendant à établir légalement sa maternité. De plus, l'atteinte à l'état civil ainsi portée pour désignation inexacte d'une femme en qualité de mère dans l'acte de naissance, même si elle a été commise à l'étranger par un Hongrois, serait passible d'une sanction pénale (§ 3 du code pénal/Loi n° IV de 1978).

Au Luxembourg, aucun cas concret n'a été signalé. Mais il est probable que s'il était saisi d'une demande d'inscription au Luxembourg d'un acte de naissance dressé à l'étranger, l'officier de l'état civil luxembourgeois en informerait le Parquet, lequel lui interdirait d'y procéder. Il est encore vraisemblable qu'une adoption par un couple luxembourgeois de l'enfant né d'une mère de substitution ne serait pas prononcée en raison de la contrariété du contrat de mère porteuse avec l'ordre public.

Aux Pays-Bas, lorsque l'accouchement y a eu lieu, la mère porteuse doit être désignée comme la mère dans l'acte de naissance, mais elle pourrait renoncer à l'enfant ; l'adoption de celui-ci par une autre femme deviendrait alors possible et elle pourrait être prononcée par le juge. Si l'acte de naissance était dressé à l'étranger et indiquait pour mère la femme commanditaire, l'officier de l'état civil refuserait de l'inscrire dans ses registres dans l'hypothèse où il serait en mesure de percevoir les circonstances.

Au Royaume-Uni, l'officier de l'état civil britannique doit enregistrer la naissance quand elle a eu lieu au Royaume-Uni, conformément à la loi de 1990 qui énonce des définitions spéciales du père et de la mère en cas de procréation assistée. Dans le cas d'une convention de mère porteuse, c'est celle-ci qui est toujours enregistrée comme la mère dans l'acte de naissance. Cet acte est ensuite annulé; un nouvel acte est dressé dans le registre des "décisions parentales" et la femme qui a commandé l'enfant est désignée comme mère. Mais une naissance à l'étranger ne peut pas être enregistrée au Royaume-Uni. Si l'enfant est né à l'étranger d'une femme britannique, sa naissance peut être enregistrée auprès d'un consulat général britannique de la Haute Commission britannique, sans toutefois qu'une telle démarche soit obligatoire. A noter que la femme commanditaire de l'enfant pourrait l'adopter.

En Suisse, l'acte de naissance désignera comme la mère la femme qui est accouchée de l'enfant dans cet Etat. Mais la femme commanditaire pourrait demander à l'adopter et l'adoption pourrait être prononcée si c'était l'intérêt de l'enfant (art. 264 C.c.). Dans l'hypothèse où l'acte de naissance aurait été dressé dans l'Etat étranger de la naissance, la contrariété de la convention de maternité de substitution à l'ordre public suisse ferait obstacle à la reconnaissance et à la transcription de cet acte dans les registres helvétiques, les lois ordinairement désignées par les règles de conflits de lois de la Loi sur le droit international privé étant alors mises hors jeu (art. 68 et suivants de cette loi).
