

15 À propos de la maternité pour autrui

Aude MIRKOVIC,

maître de conférences en droit privé à
l'université d'Évry Val d'Essonne,
Centre Léon Duguit,
codirectrice du Master 2 Droit des biotechnologies

La décision de la cour d'appel de Paris du 25 octobre 2007¹ a relancé le débat sur la maternité pour autrui, lequel demeurerait quelque peu en retrait depuis la condamnation sans appel de cette pratique par la jurisprudence² puis par la loi (*C. civ.*, art. 16-7 et *C. pén.*, art. 227-12). La cour d'appel ne se prononce pas sur la pratique elle-même de la maternité pour autrui mais n'en relance pas moins le débat à partir d'une question cruciale : que faire des enfants nés de mères de substitution ? L'intérêt des enfants en cause est parfois invoqué pour réclamer du législateur qu'il intervienne pour autoriser et réglementer cette pratique³. Pourtant, on se permettra, dans ces quelques lignes, de proposer une autre perception des choses. Le cadre dans lequel cette réflexion intervient contraint à se prononcer *contre* la maternité pour autrui. Ce n'est en rien une fin en soi mais, plutôt, un moyen de préférer *pour* les femmes une société plus respectueuse de leur féminité et, *pour* les enfants, une façon de venir au monde plus conforme à leur dignité d'êtres humains.

1 - La maternité de substitution est présentée comme un service généreusement rendu pour répondre à la détresse des couples qui ne peuvent avoir d'enfants par leurs propres moyens, pas même en ayant recours à la procréation médicalement assistée. Il s'agit des couples dans lesquelles la femme souffre, parfois, d'une incapacité à concevoir un enfant et, dans tous les cas, à le porter (pour défaut d'utérus par exemple). On peut distinguer deux modalités de cette pratique. Ce qu'il est convenu d'appeler la **gestation pour autrui**, technique qui consiste dans la conception d'un embryon avec les gamètes du couple demandeur (ou de donneurs anonymes), suivie du transfert de l'embryon dans l'utérus de la gestatrice, de l'abandon de l'enfant par celle-ci à la naissance et de sa remise au couple demandeur. Ce qu'il est convenu d'appeler la pratique de la **mère porteuse**, qui consiste dans l'insémination (en général artificielle) de la mère porteuse avec le sperme de l'homme du couple demandeur, suivie de l'abandon de l'enfant à sa naissance par la mère porteuse et de sa remise au couple.

2 - En cas de recours à une mère porteuse, l'enfant est non seulement porté mais, encore, conçu par elle. La seule gestation pour autrui ne comporte pas cette difficulté, puisque l'enfant est conçu à partir des gamètes du couple commanditaire. L'enfant est donc, génétiquement, l'enfant de ce couple. Pour autant, sous ses deux modalités, la maternité de substitution ne constitue pas un cadre adéquat pour la conception et la venue au monde d'un enfant. Le légitime désir d'enfant des couples concernés ne peut être satisfait à n'importe quel prix, prix payé en premier lieu par l'enfant mais, également, par la femme gestatrice. La prohibition de la maternité pour autrui protège donc tant les femmes (1) que les enfants (2) et

la remise en cause de cette prohibition priverait les uns comme les autres de cette protection.

1. La prohibition de la maternité de substitution protège les femmes

3 - Comment ne pas voir que la maternité de substitution est une nouvelle forme d'exploitation de la femme ? S'il est vrai que cette pratique a toujours plus ou moins existé, « la généralisation que permettent les techniques d'AMP nous fait finalement tomber dans l'autre processus, celui de la marchandisation et de l'exploitation de cette femme »⁴. Ce danger apparaît clairement lorsque le « service » rendu est rémunéré (A) mais il demeure réel quand bien même il serait possible que la pratique soit totalement gratuite (B).

A. - Maternité de substitution et argent

4 - Dans la perspective de la légalisation de la maternité pour autrui, on a écrit que « l'élément décisif » serait le consentement de la gestatrice, « car lui seul permet d'exclure toute forme d'instrumentalisation, degré le plus bas de l'aliénation humaine, et de protéger la vraie générosité, forme la plus haute de la liberté »⁵. Ces préoccupations sont la preuve que, même pour les défenseurs de la maternité pour autrui, le risque d'instrumentalisation de la femme gestatrice, *degré le plus bas de l'aliénation humaine*, est bien réel. On ne peut nier le lien qui existe entre argent et maternité pour autrui, car on n'a jamais vu de femme aisée se proposer pour rendre ce « service » (sauf, éventuellement, dans le cadre familial). Or, la femme en difficulté qui accepte de devenir une « couveuse » en faveur d'une autre, est-elle libre ? On a même pu parler à ce sujet de prostitution⁶. Un « marché » s'était mis en place en France avant que la loi intervienne pour interdire cette pratique, et le « dédommagement des contraintes entraînées par le prêt d'utérus » était estimé à 50 000 F en 1987⁷. Le professeur Jean Bernard, président du Comité consultatif national d'éthique, entendu par la Cour de cassation avant le prononcé de son arrêt du

1. *CA Paris*, 1^{re} ch., sect. C, 25 oct. 2007, *Min. publ.* : *JurisData* n° 2007-344059 ; *JCP G* 2007, act. 547 ; *Dr. famille* 2007, alerte 87.

2. *Cass. ass. plén.*, 31 mai 1991 : *D.* 1991, p. 417, *rapp.* Y. Chartier, *note D. Thouvenin* ; *Rev. crit. DIP.* 1991, p. 712, *note C. Labrusse-Riou* ; *JCP G* 1991, II, 21752, *comm.* J. Bernard, *concl. Dontenville*, *note F. Terré* ; *Deffrénois* 1991, p. 1267, *obs. Aubert* ; *RTD civ.* 1991, p. 517, *obs. D. Huet-Weiller* et 1992, p. 489, *chron. M. Gobert*. – La solution a été reprise depuis par *Cass.* 1^{re} civ., 9 déc. 2003, n° 01-03.927, *F. P.* : *JurisData* n° 2003-021336 ; *D.* 2004, p. 1998, *note E. Poisson-Drocourt* ; *Dr. famille* 2004, *comm.* 17 et nos *obs.* ; *RTD civ.* 2004, p. 75, *obs. J. Hauser* ; *Deffrénois* 2004, art. 37926, n° 37, p. 592, *obs. J. Massip*.

3. M. Bandrac, G. Delaisi de Parseval, V. Depadt-Sebag, *Repenser la prohibition de la gestation pour autrui ? (à propos de l'arrêt rendu par CA Paris, 25 oct. 2007)* : *D.* 2008, p. 434.

4. H. Gaumont-Prat, *audition pour l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques* : *AN CR*, 29 nov. 2007, p. 52.

5. V. Depadt-Sebag, *op. cit.*, § 26.

6. C. Atias, *Le contrat de substitution de mère* : *D.* 1986, *chron.* p. 67.

7. F. Giraud, *Mère porteuse et droits de l'enfant* : Paris, Publisud 1987, p. 23.

31 mai 1991⁸, faisait état de l'intervention d'intermédiaires mercantiles, ce qui s'apparentait à un véritable courtage : le quart seulement des sommes encaissées par eux étaient reversées à la gestatrice. Qui ne voit qu'il y a là un risque tout à fait réel et non hypothétique d'une exploitation de la femme ? Comment s'imaginer qu'il suffise, pour contenir ce risque, que la loi interdise toute rémunération, et toute intervention d'un intermédiaire ?

5 - **La rémunération indirecte.** – Qu'on ne s'y trompe pas : la seule prise en charge des frais et le seul dédommagement de la femme s'apparentent très facilement à une rémunération. Là où le recours à la maternité pour autrui est autorisé, à titre gratuit, on constate que, en pratique, la femme peut recevoir un « cadeau » en remerciement. Il est évident que le cadeau en question (une voiture, un voyage) fait le plus souvent partie intégrante du contrat. La loi qui interdit la rémunération peut donc être très facilement contournée et n'est pas une garantie. C'est certes là la limite de toute loi, mais la prohibition présente un aspect dissuasif et il est clair que, une fois la pratique admise, elle se développera, légalement et illégalement, et que les hypothèses d'exploitation de la femme en seront multipliées.

6 - **Interdire toute rémunération : une illusion.** – Par ailleurs, le développement des maternités de substitution fondées sur la seule générosité ou sur une forme de solidarité des femmes entre elles est illusoire. L'exemple du don d'ovocyte permet de s'en convaincre facilement (*C. santé publ., art. L. 1211-4*). Le prélèvement des ovocytes nécessite une stimulation ovarienne et une intervention médicale qui dissuadent les femmes. Le don de gamètes pose, en lui-même, des questions, car la faculté d'engendrer est ainsi dissociée de toute responsabilité, ce qui ne va pas de soi. Mais ce n'est pas ce qui fait obstacle au don d'ovocytes puisque le don de sperme, qui suscite les mêmes réserves, est beaucoup plus répandu. C'est bien la contrainte que suppose le prélèvement d'ovocytes qui semble rédhibitoire. Pour remédier à la pénurie d'ovocytes, l'idée a été clairement évoquée au Parlement de rémunérer les « donneuses »⁹, comme c'est le cas en Belgique où les donneuses sont payées 1 000 € l'acte. Or, la « mère de substitution » devra se soumettre à un protocole médical lourd : insémination artificielle si elle fournit l'ovule, fécondation *in vitro* et transfert d'embryon dans le cas contraire. Quant à la grossesse, même si elle ne présente pas un profil pathologique, elle regroupe un ensemble de contraintes allant de la privation d'un certain nombre de plaisirs de l'existence (pratique sportive, voyages etc.) à l'obligation d'une surveillance médicale (*C. santé publ., art. L. 2122-1*), renforcée puisqu'elle est menée en exécution d'un contrat, jusqu'à l'accouchement qui n'est jamais un moment anodin. Par conséquent, par comparaison avec le « simple » don d'ovocytes, la maternité de substitution se présente comme une pratique plus lourde. Comment peut-on alors sérieusement croire à la faisabilité de ces pratiques si elles sont conduites à titre gratuit ? Cela semble pour le moins illusoire, de sorte que la reconnaissance juridique, directe ou indirecte, de ces pratiques devra nécessairement en passer par l'acceptation de leur caractère onéreux.

De toute façon, même si la « mère de substitution » n'est pas rémunérée, toute objection ne tombe pas pour autant.

B. - Maternité de substitution, même non rémunérée

7 - **La pression exercée sur la femme.** – Remarquons tout d'abord que, précisément, la gratuité peut avoir par elle-même des effets pervers. La diffusion de cette pratique, considérée comme un acte de générosité, risque de soumettre les proches parentes de la femme stérile (sœur, cousine) à de lourdes pressions de la part de

l'entourage familial pour porter un enfant à la place de celle-ci¹⁰. On objectera que le même type de pression pourrait s'exercer en faveur du don d'organe, et que ce n'est pas pour autant qu'il faut l'interdire. Mais, justement, la loi ne permet le don d'organe entre vifs que dans de conditions très restrictives, pour préserver la liberté du donneur potentiel. En outre, si la pression en faveur d'un acte considéré comme généreux existe déjà ailleurs, est-ce une raison pour en multiplier les hypothèses, alors que, dans le cas de la maternité pour autrui, la vie de personne n'est en jeu ?

8 - **La femme « outil de production ».** – La maternité de substitution entraîne un phénomène de réification de la mère. Celle qui accouche agit non pas comme une véritable mère mais, plutôt, comme une machine qui « fabrique » l'enfant pour le livrer ensuite au couple demandeur. La femme joue ici le rôle d'un « outil de production », en mettant au service de tierces personnes ce qu'elle a de plus intime à son être, ce qui la distingue en tant que femme : sa capacité gestationnelle.

9 - **Les risques physiques et psychiques.** – La femme ne s'engage pas seulement à rendre neuf mois de « services gestationnels », mais à livrer l'enfant qui en sera issu. Elle s'engage donc à accoucher de l'enfant en se désintéressant de son sort, ce qui va à l'encontre d'une idée bien ancrée dans notre civilisation selon laquelle « la maternité classique a toujours été à base de responsabilité »¹¹. En outre, le fait de devoir se défaire d'un enfant qu'elle a porté et qui, au moins dans le cas où il y a eu d'insémination artificielle, est biologiquement le sien, risque d'entraîner des risques psychiques liés à l'interaction mère-fœtus pendant la grossesse¹². La mère porteuse doit se convaincre que l'enfant qu'elle a dans son sein ne sera pas le sien. « Cette dissociation du somatique et du psychique peut aboutir à un avortement provoqué, un désir de garder l'enfant pour elle et son couple, ou à des chantages envers les demandeurs »¹³. Et, à tout cela, il faut ajouter les risques obstétricaux inhérents à toute grossesse.

10 - **De lourdes contraintes pour la femme gestatrice.** – La bonne exécution du contrat exige de la femme encore plus que ce qui vient d'être évoqué. Lors de son intervention devant la Cour de cassation, le professeur Bernard a donné l'exemple, survenu aux États-Unis, d'un couple de milliardaires ayant conclu un contrat avec une mère de substitution. Pour 15 000 \$, la femme accepte de recevoir le sperme du milliardaire. Neuf mois plus tard naît un enfant mal formé. Les milliardaires déclarent qu'ils n'en veulent pas. La mère de substitution allègue son bon droit, et réclame ses 15 000 \$. Un procès a lieu. L'étude des groupes sanguins révèle que l'enfant mal formé n'est pas le fils du milliardaire mais le fils du mari de la mère de substitution qui n'avait pas observé une chasteté suffisante pendant les jours entourant l'insémination. Il faudra donc que le contrat postule une période d'abstinence des rapports conjugaux pendant l'époque de l'insémination artificielle ! Cette « clause d'abstinence » n'est-elle pas nécessairement nulle en ce qu'elle est incompatible avec les obligations du mariage, sans compter qu'elle porte atteinte à la liberté de la femme et au respect de sa vie privée ? La femme devra également s'abstenir de tout comportement de nature à mettre en danger la vie de l'enfant ou sa santé. Risquera-t-elle de voir sa responsabilité engagée si elle contracte une maladie, si elle exerce une activité (sport) ou adopte un comportement (tabac, alcool par exemple) potentiellement dangereux pour l'enfant ? On a ici quelques illustrations des

8. Professeur Jean Bernard : *JCP G* 1991, II, 21752.

9. R. Frydmann, audition pour l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques : *AN CR*, 29 nov. 2007, p. 59.

10. R. Adorno, *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles* : *LGDJ* 1996, p. 264, n° 471.

11. J.-L. Baudouin et C. Labrusse-Riou, *Produire l'homme, de quel droit ?* : *PUF* 1987, p. 111.

12. Sur ces interactions qui ont également un support hormonal : sécrétion de la prolactine, V. les entretiens de mères porteuses réalisés par M.-A. d'Adler et M.-F. Teulade, *Les sorciers de la vie* : *Gallimard*, Paris, 1986 p. 163-186. – R. Dufour, *La face cachée des procréations médicalement assistées* : *Lettre du CCNE* n° 28, mai 1993, p. 15.

13. I. Arnoux, *Les droits de l'être humain sur son corps* : *Presses universitaires de Bordeaux*, 1995, p. 494.

nombreux problèmes que peut faire naître la gestation pour autrui et de l'asservissement auquel se trouve réduit celle qui porte un enfant pour le compte d'une autre.

La femme gestatrice ne serait pas la seule victime de l'admission de la pratique de la maternité de substitution. C'est l'enfant lui-même qui en paierait certainement le prix le plus lourd.

2. La prohibition de la maternité de substitution protège les enfants

11 - L'intérêt de l'enfant est invoqué pour réclamer l'organisation de la gestation pour autrui. Pourtant, si la loi interdit la maternité de substitution, c'est bien pour protéger l'enfant car ce n'est pas une pratique parmi d'autres. En particulier, elle n'est assimilable ni aux pratiques de procréation médicalement assistée ni à l'adoption (A). C'est pourquoi l'intérêt de l'enfant est bel et bien dans le maintien de cette protection et, donc, de la prohibition (B).

A. - La maternité de substitution n'est pas une pratique parmi d'autres

12 - Puisque la procréation médicalement assistée est autorisée par la loi, pourquoi la maternité pour autrui ne le serait pas ? (1°) La même question peut être posée concernant l'adoption (2°).

1° La maternité de substitution n'est pas une pratique de procréation médicalement assistée comme les autres

13 - **La difficulté pour l'enfant de trouver sa place au sein de la famille.** – Tout enfant, en grandissant, a un travail psychique à faire de construction de sa propre personnalité, qui comporte le fait de trouver sa propre place en se situant par rapport aux autres, en intégrant les liens qui le relient aux autres tout en le distinguant d'eux. Trouver sa place exige de comprendre d'où il vient et comment il se situe par rapport aux autres. Les aspects biologiques, en tant que fondement objectif de ces relations, jouent un rôle fondamental dans cette construction psychique de l'enfant. Le fait d'avoir été conçu en dehors de l'acte d'engendrement qui est une relation sexuelle entre ses parents peut présenter une difficulté psychologique pour l'enfant. Cette difficulté est encore plus évidente lorsque l'enfant a été conçu *in vitro*, en dehors du corps de sa mère, *a fortiori* s'il a été conçu avec les gamètes d'un donneur, puisqu'il doit alors se situer par rapport à ses parents sans être l'enfant biologique de l'un, de l'autre ou des deux. Ces difficultés sont objectives et identifiées. C'est pourquoi, d'ailleurs, le recours à la procréation médicalement assistée n'est possible qu'à défaut de possibilité de conception naturelle, car ce n'est pas le mode de conception idéal d'un enfant. La maternité de substitution ajoute une difficulté pour l'enfant car le fait d'être porté par une autre femme que celle qui sera sa mère lui rend délicat le fait de se situer par rapport à ses origines et au sein de la famille. En particulier, si, dans un premier élan, le geste de la femme qui accepte de porter l'enfant de sa fille ou de sa sœur peut être loué, peut-on nier qu'il y a là une situation objectivement délicate pour l'enfant pour identifier sa place et son identité dans la famille ? Et que dire de cette difficulté, sensiblement accrue, lorsque les gamètes ont été fournis par des donneurs ?

14 - **La remise de l'enfant au couple commanditaire.** – Ensuite, le processus de la maternité pour autrui ne concerne pas la seule conception de l'enfant, mais inclut la gestation, la naissance de l'enfant et, surtout, sa remise. Le processus n'est achevé qu'avec la remise de l'enfant au couple commanditaire. Quand bien même la gestatrice ne ferait que porter un embryon conçu *in vitro* avec les gamètes du couple commanditaire, on ne peut assimiler cette pratique avec une Fivete homologue « classique ». Le fait d'être porté par une autre femme, et « remis » à sa naissance à ses « parents biologiques » n'est en rien équivalent au fait d'être transféré dans l'utérus de sa mère, porté et mis au monde par elle. Dans les autres techniques de procréation médicalement assistée,

l'enfant est la finalité en vue de laquelle des contrats peuvent être conclus (entre le médecin et les parents par exemple). Dans la maternité pour autrui, l'enfant est l'objet même du contrat, contrat qui suppose une remise de l'enfant. Les meilleures intentions du monde ne peuvent changer ce qui est un fait : l'enfant, objet du contrat, est livré comme un objet, tout court.

15 - **Le lien entre l'enfant et la femme qui le porte.** – Par ailleurs, comment faire abstraction du lien qui unit l'enfant à la femme qui le porte pendant la grossesse ? Ce qui se vit pendant la grossesse n'est pas anodin pour l'enfant. Des chercheurs anglais viennent de constater un lien « très net » entre un deuil vécu au cours des trois premiers mois de la grossesse et un risque de schizophrénie chez l'enfant, puisque le risque de schizophrénie et de troubles associés est 67 % plus élevé chez les enfants des femmes ayant perdu un proche pendant le premier trimestre de la grossesse¹⁴. La grossesse n'est sans doute pas le tout de la maternité¹⁵, mais elle fait partie de ce processus et il est pour le moins hasardeux de priver délibérément l'enfant de cet aspect.

2° La maternité de substitution n'est pas équivalente à l'adoption

16 - Les enfants adoptés sont accueillis par des parents qui ne les ont ni conçus ni portés. Mais, justement, il y a là une source de souffrance pour les enfants concernés. Dans ce cas, on compense en offrant une famille à l'enfant qui est privé de sa famille biologique. Personne ne pense que ce soit une situation enviable pour un enfant. Alors, pourquoi la susciter délibérément ? La vie génère des situations difficiles pour les enfants, auxquelles la société doit remédier au mieux, notamment grâce à l'adoption. La maternité pour autrui revient, elle, non pas à compenser, mais à susciter ces difficultés lesquelles, si elles ne sont bien entendues pas voulues pour elles-mêmes, n'en sont pas moins acceptées de façon délibérée.

B. - L'intérêt de l'enfant est dans le maintien de la prohibition

17 - Que la pratique soit organisée ou interdite, des enfants viennent au monde *via* une mère de substitution. Il est vrai que leur filiation demeurera incomplète (1°). Pour autant, remettre en cause la prohibition légale ou même, seulement, permettre de la contourner, réduirait à néant la protection que la loi garantit à l'enfant contre cette pratique. C'est pourquoi l'intérêt de l'enfant n'est, contrairement aux apparences, ni dans la réglementation de la maternité de substitution (2°), ni même dans la « régularisation » de la situation des enfants ainsi nés (3°).

1° La filiation des enfants nés de mères de substitution est incomplète

18 - **La filiation paternelle peut être établie à l'égard de l'homme commanditaire.** – Les enfants nés de mères de substitution ne sont pas sans filiation. L'homme du couple commanditaire peut établir sa paternité en reconnaissant l'enfant. Si la femme qui a porté l'enfant est mariée, il faudra commencer par contester la paternité de son mari, ce qui suppose d'agir dans les délais pour le faire. Même si l'enfant est né à l'étranger d'une mère porteuse étrangère, l'homme peut toujours reconnaître l'enfant, à moins que ce dernier n'ait déjà une filiation paternelle qu'il faudrait là encore commencer par contester.

19 - **La filiation maternelle ne peut être établie qu'envers la femme gestatrice.** – La difficulté concerne seulement l'établissement de la maternité. En effet, pour le droit français, la mère est la femme qui met l'enfant au monde. Seule la femme qui a porté l'enfant peut établir un lien de filiation entre elle et l'enfant, et non la femme du couple commanditaire. La maternité à l'égard de cette

14. Dr G. Benzandon : *Le Quotidien du médecin*, 5 févr. 2008.
15. G. Delaisi de Parseval, *op. cit.*, § 10 et 11.

dernière ne peut être établie, par quelque moyen que ce soit, car cela reviendrait à donner effet à la convention de maternité pour autrui, privant ainsi la protection légale de toute efficacité. L'adoption de l'enfant par la femme commanditaire n'est pas admise par la jurisprudence, car elle constitue un détournement de l'institution de l'adoption¹⁶. L'adoption est en effet une institution prévue pour donner une famille à l'enfant qui est privé de la sienne, non pour organiser une telle situation. La filiation maternelle ne peut pas plus être établie par la possession d'état, laquelle serait dans ce cas viciée et ne pourrait emporter établissement de la filiation. En effet, le caractère équivoque de la possession d'état peut « résulter d'une fraude ou d'une violation de la loi. Il peut en être ainsi lorsque la possession d'état est invoquée pour contourner les règles régissant l'adoption, l'interdiction d'établir la filiation incestueuse ou la gestation pour le compte d'autrui »¹⁷. Ceci empêche que la possession d'état soit constatée et, dans le cas où elle aurait été constatée, qu'elle soit transcrite sur l'acte de naissance de l'enfant, emportant ainsi établissement de la filiation¹⁸. Une reconnaissance ne serait pas reçue non plus et, si elle était reçue, ne serait pas transcrite en marge de l'acte de naissance de l'enfant pour emporter établissement de la filiation, pour les mêmes raisons. Quant à la désignation, directement dans l'acte de naissance de l'enfant, de la femme en question en tant que mère, elle n'est pas envisageable car le fait de désigner dans l'acte de naissance une femme qui n'est pas celle qui a accouché est une supposition d'enfant (C. pén., art. 227-13).

20 - Les éléments juridiques permettant d'organiser la situation. – Comment la situation des enfants concernés peut-elle être alors organisée ? Il est envisageable de demander un partage de l'exercice de l'autorité parentale exercée par le père avec la femme qui élève l'enfant avec lui (C. civ., art. 377-1, al. 2). En cas de décès, le père peut désigner par testament la femme comme tuteur de l'enfant (C. civ., art. 397). Si le père n'a pas fait de testament, le conseil de famille qui désigne un tuteur pour l'enfant pourra désigner la femme en question (C. civ., art. 404)¹⁹. En cas de rupture du couple, le juge, qui peut organiser les relations de l'enfant avec un tiers, pourra organiser les relations de l'enfant avec la femme en question (C. civ., art. 371-4, al. 2). Le juge, qui peut même décider de confier l'enfant à un tiers, pourra le confier à la femme (C. civ., art. 373-3, al. 2). Enfin, l'adoption simple pourrait peut-être être envisagée, notamment une fois l'enfant devenu majeur, dans la mesure où, « conformément à ce qui est d'ailleurs souvent la vocation de l'adoption simple, l'adoption deviendrait alors la sanction *a posteriori* d'un lien affectif constaté, et non un passage en force destiné à imposer d'emblée à tous un lien construit sur des bases réprouvées par le droit français »²⁰. Il n'en reste pas moins que, même organisée, la situation de l'enfant demeure paradoxale. L'intérêt immédiat de l'enfant semble alors de lui donner cette filiation maternelle qui lui manque, soit en réglementant, c'est-à-dire en autorisant le recours aux mères de substitution soit, au moins,

en maintenant la prohibition mais en régularisant en permettant l'établissement de sa filiation maternelle. Mais il n'en est rien, tout d'abord parce qu'une réglementation de la maternité pour autrui ne réglerait pas le cas de tous ces enfants et que, ensuite, quand bien même tous les enfants ainsi nés seraient « régularisés », une telle régularisation ne servirait pas l'intérêt de l'enfant.

2° La réglementation de la maternité de substitution ne réglera pas la situation de tous les enfants concernés

21 - Le conflit entre la femme gestatrice et la femme commanditaire. – Tout d'abord, l'organisation de cette pratique ne pourra éviter les hypothèses de conflits entre la femme qui a porté l'enfant et refuse de le remettre et le couple commanditaire. Au contraire, ces hypothèses ne pourront qu'être multipliées avec la multiplication des hypothèses de recours à la maternité pour autrui. La loi pourrait bien prévoir un mode judiciaire d'établissement de la filiation, avant même la naissance de l'enfant. Mais que se passera-t-il lorsque la femme gestatrice voudra garder l'enfant ? Quel sera l'intérêt de l'enfant ici ? D'être arraché à celle-ci et remis au couple demandeur (qui sont peut-être ses parents biologiques), ou d'être laissé à la femme qui l'a porté ? Quelle que soit la solution adoptée, comment l'enfant va-t-il gérer ce conflit ayant entouré sa naissance ? Même si on peut espérer que ce type de conflit demeurerait rare, chaque recours à la maternité de substitution reviendrait à prendre le risque de faire supporter à l'enfant de faire l'objet de ce litige. Certes, encore une fois, l'enfant se trouve parfois au cœur de revendications concurrentes de filiation, lorsque deux hommes notamment revendiquent une paternité à son égard. Mais est-il responsable de susciter ces possibilités de conflits ?

22 - La maternité pour autrui illégale continuera de susciter des enfants sans filiation maternelle. – Ensuite, quand bien même la filiation des enfants conçus dans le respect de la loi serait, dans une certaine mesure (V. ce qui précède), réglée, il est évident que la maternité pour autrui sera pratiquée en marge de la loi. Elle l'est certes déjà aujourd'hui, mais le sera encore plus fréquemment, une fois la pratique répandue. Les tribunaux continueront donc d'être saisis de demandes d'établissement de la filiation pour des enfants pour lesquels aucune solution satisfaisante ne pourra être trouvée. Et que dire de l'hypothèse dans laquelle personne ne voudra de l'enfant, ni la femme qui l'a porté, ni le couple commanditaire, par exemple parce que l'enfant est handicapé ?

3° La « régularisation » de la situation des enfants nés de mères de substitution ne sert pas, contrairement aux apparences, l'intérêt de l'enfant

23 - La régularisation encourage la pratique. – Si, dans tel cas précis, on croit servir l'intérêt de l'enfant en « régularisant » sa situation au regard de la loi qui a pourtant été contournée pour permettre sa venue au monde, en fait on dessert l'intérêt de l'enfant en général en encourageant, en banalisant la violation des règles de fond de la loi française, qui sont posées justement pour le bien de l'enfant. Le prix « visible » payé par l'enfant est, en cas de recours à la maternité pour autrui, l'incongruité de son état civil. Mais le prix le plus cher n'est-il pas dans l'incongruité de sa génération ? C'est contre cela que la loi entend le protéger, et la régularisation de l'état civil empêche cette protection d'être effective puisque les conséquences de la violation de la loi ne sont plus dissuasives.

24 - Intérêt de l'enfant *in concreto* et généralité de la loi. – C'est l'intérêt *in concreto* d'un enfant particulier, celui qui est né d'une mère porteuse, qui est invoqué pour justifier de contourner la loi et de la mettre ainsi en échec. Or, la loi n'est-elle pas une norme générale et objective ? La protection assurée par la loi serait réduite à néant si la loi pouvait être contournée et les situations régularisées au nom de l'intérêt de tel enfant. Si l'on a pu écrire qu'« un pays civilisé ne saurait instituer le malheur d'un enfant comme procédé de contrainte à l'obéissance aux lois », un tel raisonne-

16. Cass. ass. plén., 31 mai 1991, préc. – Cass. 1^{re} civ., 9 déc. 2003, préc.

17. Circ. d'application de l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, ministère de la Justice, 30 juin 2006 CIV/13/06, NOR : JUS C0620513 C, p. 17.

18. TGI Lille, 22 mars 2007 : Dr. famille 2007, comm. 122, P. Murat ; D. 2007, p. 1251, note X. Labbé.

19. La loi donne, actuellement, une priorité aux ascendants pour exercer la tutelle, mais la Cour de cassation admet déjà que, même en présence d'ascendants, le conseil de famille et le juge ont la faculté de confier, dans l'intérêt du mineur, son éducation à un tiers (Cass. 1^{re} civ., 17 janv. 1995, n° 93-10.486, Jean-Pierre Y. et a. c/ A. et a. : JurisData n° 1995-000278 ; Bull. civ. 1995, I, n° 37 ; D. 1995, p. 639, note J. Massip). Cette priorité donnée aux ascendants sera supprimée à compter du 1^{er} janvier 2009 (L. n° 2007-308, 5 mars 2007 : JO 7 mars 2007, p. 4325).

20. P. Murat, L'enfant de mère porteuse : tentative d'établissement de la filiation par possession d'état : Dr. famille 2007, comm. 122. – Pour un refus d'adoption simple, Cass. 1^{re} civ., 29 juin 1994, n° 92-13.563, P. : Juris-Data n° 1994-001320 ; JCP G 1995, II, 22362, note J. Rubellin-Devichi ; D. 1994, p. 581, note Y. Chartier ; RTD civ. 1994, p. 842, obs. J. Hauser ; Defrénois 1995, art. 36024, n° 3, p. 315, obs. J. Massip.

ment imposerait d'écartier toutes les normes, dès lors qu'elles se heurtent, dans tel cas précis, à l'intérêt de tel enfant particulier. Les délais dans lesquels sont enfermés les actions en recherche et en contestation de paternité devraient être écartés par les tribunaux, au nom de l'intérêt de tel enfant précis, lequel veut faire établir sa filiation alors que le délai est expiré. L'interdiction d'établir la filiation incestueuse à l'égard des deux parents devrait être écartée au nom de l'intérêt de cet enfant né d'un inceste et qui ne peut hériter de son père. La filiation de cet enfant acheté à des parents en détresse dans un pays pauvre devrait finalement être établie à l'égard du couple français qui l'éduque depuis dix ans. On pourrait allonger la liste des exemples. Il n'est pas une règle concernant la filiation qui ne soit susceptible, dans tel cas concret, de se heurter à l'intérêt de tel enfant. La loi ne peut être fondée que sur l'intérêt de l'enfant en général, sous peine de perdre son caractère objectif et impersonnel et de cesser d'être la loi. Faire échec à la loi au nom de l'intérêt de tel enfant particulier dessert tous les autres, réduisant à néant la protection que la loi leur garantit.

25 - **La justice et le législateur mis devant le fait accompli.** – On a proposé une solution intermédiaire, qui consisterait à se contenter de prendre acte de ce qui a été décidé à l'étranger. C'est ce que fait la cour d'appel de Paris qui affirme se contenter de prendre acte de ce qui a été décidé par un jugement étranger. Une telle démarche serait justifiée par l'intérêt des enfants concernés, lié à la cohérence de leur situation individuelle. La justice française n'aurait donc pas le choix et ne pourrait que reconnaître ce qui a été décidé à l'étranger. Pourtant, le fait qu'une filiation soit établie à l'étranger n'oblige en rien la loi française à la reconnaître si les circonstances de son établissement sont contraires à l'ordre public français. C'est pourquoi le juge français peut refuser de donner effet, en France, à un jugement d'adoption prononcé à l'étranger au mépris des exigences d'ordre public françaises en la matière, par exemple si les parents biologiques de l'enfant n'ont pas donné leur consentement à l'adoption ou, même, s'ils n'ont seulement pas été informés du caractère irrévocable de l'adoption. Pourtant, une fois que l'enfant est en France, élevé depuis de nombreuses années par le couple français, son intérêt n'est-il pas que l'adoption prononcée à l'étranger soit reconnue en France ? Et comment ne pas voir qu'une telle reconnaissance ne pourrait qu'encourager les couples désireux d'avoir un enfant à s'accommoder de procédés troubles et peu respectueux des parents biologiques pour obtenir l'adoption d'un enfant à l'étranger ? On réglerait ainsi la situation de tel enfant précis, mais on porterait atteinte à l'intérêt de l'enfant en général que la loi entend protéger contre des pratiques qu'elle interdit. Comme cela a été dit, les « règles que les individus cherchent à transgresser en invoquant l'intérêt de l'enfant ont souvent justement été établies en fonction de cet objectif »²¹. Si la violation de la loi n'empêche pas, finalement, la régularisation, l'interdiction cesse d'être dissuasive et la protection assurée par la loi cesse d'être effective ! C'est pourquoi « la magie de l'intérêt supérieur de l'enfant peut apparaître bien noire, si elle n'est pas rapidement maîtrisée au nom de l'intérêt bien compris de tous et des enfants en particu-

lier »²². En outre, régulariser la situation de tels enfants nés à l'étranger ne résoudrait en rien la question de tous les enfants nés de mères porteuses car, dès lors que la mère porteuse sera française, on aura à nouveau des enfants sans filiation ou, plus exactement, dont seule la filiation paternelle pourra être établie.

26 - « **L'enfant ne doit pas payer le prix des actes des adultes** ». – Un argument mis en avant en faveur d'une réforme législative est qu'il est injuste que l'enfant paie le prix des actes des adultes. Il faudrait donc à tout prix régulariser sa situation. Mais, malheureusement, de nombreuses hypothèses existent dans lesquelles l'enfant paie le prix des actes des adultes : lorsque l'enfant naît de père inconnu, sans filiation paternelle, ou, encore, lorsque l'enfant apprend qui est son père alors qu'il est âgé de plus de vingt-huit ans et ne pourra donc plus agir en recherche de paternité etc. Les adultes qui ont eu recours à la maternité pour autrui, en dépit de l'interdiction légale, invoquent l'intérêt de l'enfant comme fondement de leurs requêtes. Mais peut-on sérieusement à la fois prendre le risque de concevoir un enfant dans des conditions qui présentent de forts risques psychologiques pour lui, en sachant que, juridiquement, on le place dans une situation confuse et, ensuite, se fonder sur l'intérêt de ce même enfant pour exiger de la justice qu'elle démêle la confusion que l'on a soi-même créée ?

27 - **Mater semper certa est.** – La reconnaissance et, donc, l'organisation par la loi de la maternité de substitution suppose de remettre en cause le principe selon lequel la mère est la femme qui accouche, lequel correspond pourtant à l'écrasante majorité des cas, y compris le cas des enfants issus de procréations médicalement assistées. Ce principe a été consacré par l'ordonnance de 2005 qui l'a généralisé, en l'étendant à la filiation hors mariage. Il garantit à l'enfant la solidité et, surtout, l'évidence de sa filiation maternelle. Faut-il, pour quelques cas, remettre en cause ce socle sur lequel repose la filiation et introduire, par conséquent, l'instabilité au cœur de ce qui fonde la stabilité de la filiation, à savoir la maternité ? Comme le remarque Florence Laroche-Gisserot, il « est quand même curieux qu'à peine la loi française vient-elle d'éteindre l'arrêt *Marks*, à savoir que le nom de la femme qui a accouché sur l'acte de naissance suffit à établir la maternité, ce principe apparaît tout à coup si peu évident... L'accouchement deviendrait-il une présomption de maternité aussi précaire et discutable que la présomption de paternité légitime ? »²³.

28 - Les raisons pour lesquelles tant la jurisprudence que le législateur se sont opposés aux maternités de substitution restent toujours valables. L'amour dont sera aimé l'enfant n'est pas en cause, mais les circonstances, objectives, qui lui sont imposées pour venir au monde. Pour satisfaire le désir d'enfant du couple commanditaire, va-t-on imposer à une enfant une telle conception, une telle gestation et une telle remise de sa propre personne ? Il faut compenser, réparer au mieux les maux que la vie impose aux enfants. Mais comment imaginer de leur imposer ces mêmes maux de façon délibérée ? ■

Mots-Clés : Filiation - Établissement - Mère porteuse

21. G. Kessler, *La consolidation de situations illicites dans l'intérêt de l'enfant* : Dr. famille 2005, étude 16.

22. M. Lamarche, *Intérêt supérieur de l'enfant : de l'admission des effets d'une convention de mère porteuse à la destruction du droit français de la filiation ?* : Dr. famille 2007, alerte 87.

23. Fl. Laroche-Gisserot, *La gestation pour autrui à l'étranger in L'identité génétique de la personne, entre transparence et opacité*, P. Bloch et V. Depadt-Sebag (ss dir.) : Dalloz, 2007, p. 145..