

Dossiers de l'Institut Européen de Bioéthique

Les conventions de « mère porteuse »

ACTUALITÉ 23 mai 2005 : Un cas de mère porteuse en Belgique illustre les dérives de la maternité de substitution.

La presse révèle qu'une femme a offert son futur bébé en vente sur Internet et a trouvé acheteur. Il y a plus d'un an, elle a proposé à un couple d'être la mère porteuse de leur enfant, par insémination du sperme du mari, pour une somme d'environ 10.000 euros. Une fois en possession de la somme, elle leur a fait croire qu'elle avait fait une fausse couche, et a proposé son futur bébé sur un forum Internet, quelques mois avant la naissance.

Un couple intéressé n'ayant pas accepté de payer 15.000 euros pour le bébé, elle le propose, après l'accouchement, à un couple Néerlandais, pour la même somme.

Pour la loi belge, où la maternité de substitution n'est pas reconnue, mais non interdite expressément, la mère légale est celle qui accouche. Aucun recours n'est donc possible pour le couple qui a « passé la commande ». Les contrats conclus entre les parents potentiels et les mères porteuses n'ont aucune valeur juridique.

Le couple des Pays-Bas refuse de rendre l'enfant. Une procédure d'adoption serait en cours.

La question de la responsabilité des intermédiaires est posée : le gynécologue et le service d'adoption. Le parquet d'Audenaerde et le Conseil néerlandais pour la Protection de l'enfance ont ouvert une enquête pour trafic d'êtres humains.

La maternité pour autrui couvre deux hypothèses distinctes

Premier cas de figure : l'insémination artificielle

La mère de substitution accepte d'être inséminée artificiellement par le sperme de l'époux (ou du concubin) d'une autre femme, de porter l'enfant conçu et de le remettre à sa naissance au couple demandeur. Selon le Code civil, la femme qui accouche est la mère de l'enfant : il y a donc coïncidence entre la maternité légale et la maternité génétique. L'enfant sera inscrit à l'état civil sous le seul nom de sa mère, reconnu par son père et adopté par l'épouse de ce dernier. Au terme de l'opération, celle qui est biologiquement sa mère aura cessé de l'être sur le plan juridique.

Second cas de figure : la FIVETE

La mère de substitution accepte seulement de porter l'enfant fécondé *in vitro* à partir des gamètes provenant du couple demandeur et de le remettre à sa naissance à ce dernier. L'opération est volontiers qualifiée de « location d'utérus ». Cette appellation est néanmoins contestable (voir ci-après). Ici la maternité est dédoublée : l'enfant aura une mère génétique et une mère utérine (qui a aussi la qualité de mère aux yeux du droit). Après l'adoption, la maternité génétique et la maternité légale seront réconciliées dans le chef de l'adoptante.

Est-il correct de parler d'un « vide juridique » ?

C'est une erreur fréquente d'identifier le droit (*ius*) et la loi (*lex*). Le droit ne se réduit pas à la loi écrite et promulguée par l'autorité légitime. Tout le droit n'est pas *formellement* contenu dans les lois. Ses sources sont multiples : la coutume, la doctrine juridique, les décisions des cours et tribunaux, les principes généraux déduits de l'économie des textes de loi, etc.

Certes, la Belgique ne dispose pas d'une loi-cadre visant à baliser la pratique des procréations médicalement assistées. Sur le plan pénal, la gestation pour autrui ne fait l'objet d'aucune incrimination *spécifique*. Pour autant, tout n'est pas nécessairement permis. Ainsi, invoque-t-on, notamment, une éventuelle violation de l'article 417*bis* du Code pénal, qui réprime les traitements inhumains et dégradants.

Le recours à la maternité de substitution est loin de recevoir l'aval de tous les juristes. *Par application des principes généraux du Code civil*, elle est déclarée contraire à l'ordre public par une doctrine juridique imposante. On ne saurait affirmer à la légère que le recours à la maternité de substitution est libre dès lors qu'aucun texte de loi ne la prohibe *expressément*. La question de la licéité du contrat de mère porteuse mérite d'être posée.

La pratique de la maternité pour autrui est-elle légitime ?

La maternité de substitution induit un dangereux affaiblissement de la distinction entre les personnes et les choses dès lors que s'y opère une réification non seulement de l'enfant, mais aussi de la mère. Toute notre tradition philosophique s'accorde à reconnaître que le sujet humain possède des caractéristiques particulières, qui le distinguent radicalement des choses (objets inanimés) et l'élèvent, en outre, au-dessus des autres êtres vivants (du monde végétal et animal). Ces caractéristiques – notamment, la rationalité (conception des Anciens) et la liberté (davantage soulignée par les Modernes) – lui confèrent une spéciale excellence, une dignité propre, qui lui valent de recevoir un nom spécial, celui de « personne ». La dignité de la personne impose un respect particulier, qui s'oppose à toute forme d'utilisation : chaque personne est une fin-en-soi et doit être traitée comme telle, et jamais seulement comme un moyen ou un instrument au service des propres fins d'un autre.

On peut se demander si la mère de substitution n'assume pas des obligations qui, par leur nature, sont peu compatibles avec la dignité humaine. Même si elle prête volontairement ses services, avec générosité et désintéressement, ne se trouve-t-elle pas, *objectivement*, réduite à jouer un rôle purement instrumental ?

Peut-on affirmer que la situation envisagée est, somme toute, analogue à toutes celles où une femme (ou un homme) s'engage, contre rémunération, à accomplir un travail, fût-il pénible, au profit d'un tiers? Il est permis d'hésiter.

Lorsqu'un sujet met sa force de travail au service d'autrui, il le fait, en principe, en tant que personne¹, alors que la mère porteuse semble *disposer* d'elle-même, en mettant sa capacité gestationnelle – soit un attribut éminemment intime de son *être*, qui la distingue en tant que femme – au service du couple demandeur. D'un autre côté, en disposant de son état de mère – qui est *d'ordre ontologique* – par la remise de l'enfant dont elle a accouché, ne renonce-t-elle pas pareillement à ce qu'elle *est* ? Ce faisant, ne se nie-t-elle pas, en quelque sorte, en tant que personne ? Il est permis de le penser, déjà dans le cas où elle *est* uniquement la mère gestatrice (ou utérine) de l'enfant (hypothèse de la Fivete), et plus encore, lorsqu'elle *est*, de surcroît, sa mère génétique (hypothèse de l'insémination). Bref, la mère de substitution s'engage dans une opération qui frise l'aliénation et ne se compare à nulle autre prestation de travail.

Elle s'engage, par ailleurs, à *céder* l'enfant qu'elle aura porté, soit à poser un acte de *disposition* relatif à une *personne*. Il s'en suit une réification de l'enfant, traité non comme *sujet* de droit, mais comme *objet* d'un droit de créance ou, selon le point de vue, comme une chose due en vertu du contrat.

Au-delà, comme l'ont bien montré X. Dijon et J.-P. Masson, la maternité de substitution met à mal l'unité de la personne, qui est toujours indissociablement corps et esprit, être charnel et spirituel. La technique entraîne, en effet, une dissociation à un double niveau : l'échange des corps se trouve déconnecté du lien affectif et spirituel unissant les époux entre eux, d'une part, à l'enfant, d'autre part. « En rendant le corps et l'état civil l'un et l'autre indisponible, n'est-ce pas en effet cette conjonction du vécu corporel et du lien social noué chez les humains par la parole et dans la durée que le droit a voulu défendre ? »

Enfin, dans un autre registre, il ne faut pas perdre de vue les divers conflits qui peuvent surgir entre les deux « mères » participant à l'opération : ainsi, il se peut qu'aucune des deux n'accepte finalement l'enfant ou, à l'inverse, qu'elles « se l'arrachent », la mère porteuse refusant de le « livrer » à la commanditaire. Sans compter tous les facteurs d'ordre psychologique susceptibles de peser négativement sur l'épanouissement de l'enfant, ou encore les recours de convenance à cette pratique en vue de se décharger sur une autre femme des contraintes de la grossesse... On songe aussi à l'hypothèse où un enfant est conçu par insémination artificielle et porté par une proche parente (la sœur, par exemple) de la requérante. En pareil cas, on peut imaginer les possibles troubles psychologiques pour un enfant qui sera nécessairement amené à découvrir que celle qu'il croyait être sa mère est en réalité sa tante et que celle qu'il croyait être sa tante est sa mère génétique (pour un tel cas, voy. le jugement du tribunal de grande instance d'Aix-en-Provence (4^e ch.), 5 déc. 1984, *J.C.P.*, 1986, II, 20561).

Autant d'éléments qui ne plaident pas en faveur de la maternité pour autrui.

¹ Toutefois, il n'est pas exclu que certaines conditions de travail puissent être dégradantes et, partant, contraires à la dignité humaine. La légitime protestation élevée alors contre cette déchéance ne doit-elle pas retentir également dans notre hypothèse ?

Le contrat de mère porteuse est-il valide ?

A défaut de législation spécifique réglant cette question en droit belge, il y a lieu de se référer aux principes de droit commun. Le contrat de mère porteuse heurte de front, et à un double titre, le principe de l'indisponibilité du corps humain. Sous cet angle, c'est l'illicéité de l'objet de la convention qui est en cause.

L'obligation de la mère porteuse a, en réalité, un double objet. Cette dernière s'engage, d'une part, à une prestation qui concerne son propre corps – porter l'enfant et en accoucher –, d'autre part, à remettre ce dernier au couple demandeur en vue de son adoption.

La licéité de la première prestation est pour le moins discutable. En effet, elle s'analyse en un *acte de disposition* d'une *personne*, la mère porteuse, ce qui est directement contraire au principe d'indisponibilité du corps humain (cf. article 1128 du Code civil).

Pareille convention peut-elle être regardée comme une « location d'utérus »? Cette qualification est inappropriée. Faut-il rappeler que le contrat de location a pour objet de permettre, « moyennant un certain prix », l'usage et la jouissance d'une « chose » (article 1709 du Code civil)? Or, l'engagement porte ici sur les propres fonctions reproductrices de la mère porteuse, soit un aspect essentiel de l'*être* même d'une personne, et non pas sur une « chose » qui relève de son *avoir*. Par ailleurs, la maternité de substitution dépasse la simple « location » car elle absorbe entièrement – corps et esprit – la personne qui s'y prête, jour et nuit, pendant neuf mois. A ce titre, la maternité pour autrui ressortit plutôt au domaine de la *disposition* qu'à un simple acte de « gestion courante du corps » (cf. R. Andorno, p. 271).

Quant à la seconde prestation, elle est indubitablement illicite étant donné qu'elle a pour objet la cession, non pas d'une chose voire d'un élément du corps, mais d'une personne, l'enfant. Il est à noter que l'illicéité réside dans la circonstance qu'il y a acte de disposition et pas uniquement parce que l'on a affaire à une convention portant sur une personne.

Notons que le principe d'indisponibilité du corps humain renvoie à la *summa divisio* entre les choses et les personnes. Renoncer à cette distinction radicale entre les choses (appropriables et disponibles) et les personnes (inappropriables et indisponibles) reviendrait à permettre de traiter les personnes comme des choses, permission qui traduirait une régression aux effets pervers insoupçonnés.

L'ensemble de ces considérations permet de conclure à la nullité du contrat de mère porteuse en raison de l'illicéité de son *objet*. On aurait pu s'interroger aussi sur sa validité au regard du principe de l'indisponibilité de l'état des personnes. Observons simplement que les contrats de maternité pour autrui semblent heurter également ce second principe en ce qu'ils ont « pour but de faire venir au monde un enfant dont l'état ne correspondra pas à sa filiation réelle au moyen d'une renonciation et d'une cession, également prohibées, des droits reconnus par la loi à la future mère » (Cass. fr., 13 déc. 1989, *J.C.P.*, 1990, II, 21526). Il est ici question de la *cause* du contrat, c'est-à-dire du mobile déterminant des parties. Dans la mesure où le but recherché par les parties est de disposer de l'état de l'enfant (et de celui de la

mère de substitution), on peut penser que le contrat a une cause illicite et est donc nul (pour une analyse plus fouillée, voy. A. Sériaux, obs. sous Cass. fr., 13 déc. 1989, précité).

Conclusion

Le législateur ne doit pas se sentir obligé d'avaliser tout ce qui est techniquement possible.

La pratique des mères porteuses contredit gravement l'essence de la maternité, qui est *une* et incessible; elle conduit à la chosification de la mère et, plus encore, de l'enfant. Sur le plan du droit civil, l'opération est clairement illicite étant donné que le corps humain est indisponible. De surcroît, la gestation pour autrui pourrait bien être pénalement répréhensible.

Ce qu'en pense le Comité consultatif de Bioéthique de Belgique

Dans un avis rendu en 2004, le **Comité consultatif de Bioéthique** prône une régulation de la maternité pour autrui. Il propose l'établissement d'un règlement cadre pour la pré-adoption dans laquelle la future mère porteuse se déclare prête à prendre en charge la grossesse au profit de parents demandeurs. Enfin, si le Comité se déclare opposé à la commercialisation du phénomène (la commercialisation doit être légalement interdite, dit-il), il estime qu'on peut accepter une indemnité de compensation pour la mère porteuse.

Qu'en est-il des autres pays ?

Le recours aux mères porteuses a été condamné en **France** par un arrêt de la Cour de Cassation du 31 mai 1991, confirmé par la suite. Les lois de bioéthique de 1994 renforcent l'interdiction (cf. l'article 16-7 du Code civil). L'**Allemagne**, la **Suisse** et l'**Autriche** prohibent pareillement le recours aux mères porteuses. En **Espagne**, un projet de nouvelle loi sur les techniques de procréation assistée, actuellement en discussion au Parlement, va dans le même sens. En revanche, plusieurs pays ont légalisé le recours aux mères porteuses, comme la **Grande-Bretagne**, les **Pays-Bas**, **Israël**... (*Libération*, Blandine Grosjean, 13/01/03 www.genethique.org)

Aux **États-Unis**, il existe 70 agences qui exercent, dans les États où la pratique est autorisée, le recrutement de mères porteuses « idéales ». Elles servent d'intermédiaires entre les couples stériles et les mères porteuses et assurent le suivi médical de la grossesse.

Tout est clair : le contrat, l'existence de l'agence, mais il n'existe aucun contrôle d'aucune sorte sur ce type d'activités. C'est un juge qui officialise que les parents adoptifs sont les parents qui doivent figurer dans l'acte de naissance. L'hôpital est obligé de suivre la décision du tribunal.

Moins de 20 % des mères porteuses acceptent de donner leurs propres ovocytes car elles ressentent un sentiment d'abandon plus fort puisque l'enfant est de leur sang.

Le prix de leurs services s'élève en général à 50 000 euros, frais médicaux et juridiques compris, un tiers environ revenant à la mère porteuse.

Ce qu'ils en disent dans la presse ...

« Je suis réticent à la location d'utérus. »

Le Dr Roegiers, pédopsychiatre à l'UCL, se dit « inquiet par rapport à cette pratique », car « certaines valeurs risquent de passer à la trappe, notamment la valeur relationnelle de la grossesse. (...) Cela revient un peu à dire que l'on peut somme toute séparer l'acte de porter de la maternité. Or, selon moi, on ne peut qu'a posteriori, quand les choses sont impossibles, décider que l'adoption est la moins mauvaise solution. En revanche, anticiper cet acte et ouvrir de manière légale la pratique des mères porteuses, c'est quelque part écrire symboliquement qu'il est permis de délibérément opter pour un projet de grossesse sans accueillir l'enfant, pour s'en séparer à la naissance. Cela signifierait que la grossesse ne fait pas partie de l'entité relationnelle, de l'histoire maternelle ou parentale. (...) Il y a aussi le danger d'instrumentalisation de la femme car elle serait « réduite à une fonction biologique et de porteuse ». (*La Libre Belgique*, 24 mai 2005)

« Je suis contre les mères porteuses », affirme le professeur Yvon Englert, chef du service de gynécologie-obstétrique à l'hôpital Erasme. « Cette procédure porte en elle le germe du conflit (...) » (*Le Soir*, 24 mai 2005)

« J'aimerais, en effet, qu'on légifère, mais pour interdire cette pratique », affirme Clotilde Nyssens, Sénatrice et membre cdH du groupe de travail bioéthique du Sénat. « Après plusieurs auditions au sein du groupe de bioéthique du Sénat, je suis définitivement convaincue qu'il s'agit d'une mise au monde qui nie l'importance de la grossesse, moment privilégié pour la construction du lien entre la mère et l'enfant. C'est essentiellement l'enfant qui en subit le préjudice. Je ne retiendrais aucune exception comme celle d'un problème insolvable de stérilité au sein du couple demandeur (...) » (*La Libre Belgique*, 24 mai 2005)

« Pas de loi, car tout cela relève des relations entre les personnes », estime Philippe Mahoux, Sénateur PS, chef de groupe au Sénat. « Je constate surtout les difficultés techniques qu'il y aurait à imposer un contrat lors de la fécondation de la mère porteuse. C'est impossible, si engagement il doit y avoir, il ne peut être que d'ordre moral : l'embryon ne peut pas faire l'objet d'un contrat de nature commerciale. Sur le principe même, je n'y suis pas totalement opposé (...) » (*La Libre Belgique*, 24 mai 2005)

Rebondissant sur l'actualité, des propositions de lois (re)font surface...

En décembre 2003, la chef de groupe MR au Sénat Christine Defraigne déposait une proposition de loi érigeant en principe l'interdiction des mères porteuses, mais prévoyant des exceptions pour les couples stériles ou pour les cas où une grossesse risque de mettre en danger la santé de la mère ou de l'enfant. La technique de la gestation pour autrui serait exclusivement limitée à des situations exceptionnelles : des couples désespérés de ne pouvoir concevoir un enfant eux-mêmes et qui n'ont plus d'autre solution que de recourir à une mère porteuse. La proposition de loi insiste sur le caractère non lucratif de l'opération. « La maternité ne constitue pas un métier dans l'exercice duquel la femme disposerait commercialement de son corps. De plus, le recours aux mères porteuses sans conditions précises aboutirait à la banalisation et à l'instrumentalisation de la grossesse ».

Le sénateur Patrik Vankrunkelsven (**VLD**) a également annoncé une proposition de loi qui permettrait le recours aux mères porteuses. Son texte consiste à prévoir un contrat qui lierait les parties (le couple et la mère porteuse) en dehors de la sphère commerciale. Le **SP.A** a, lui aussi, annoncé un texte qui ouvre la porte à une autorisation légale. Il vise à réduire au maximum les risques de confrontation entre mère porteuse et parents, et surtout, à prendre en compte l'intérêt de l'enfant.

(cf. *Le Soir*, 24 mai 2005)

Du côté francophone, le **PS**, contacté par téléphone (25 mai 2005), affirme n'être pas absolument opposé à la pratique des mères porteuses. Il souhaite, lors d'une réunion de travail, fixée à demain, « réfléchir à un système bien cadré et à une solution qui éviterait les abus de telles pratiques »

Un communiqué de presse du 24 mai 2005 introduit la proposition de loi du **cdH**, mettant l'accent sur le fait que « la grossesse est essentiellement relationnelle. C'est pendant celle-ci que se construit un lien fondamental entre la mère, l'enfant et son entourage. On ne peut séparer l'acte de porter un enfant de la maternité. »

Proposition de loi interdisant la maternité de substitution et le recours aux mères porteuses, déposée par Clotilde Nyssens (cdH) le 24 mai 2005

(...)

Article 3

Le recours aux mères de substitution et aux mères porteuses est interdit, pour quelle que cause que ce soit.

Article 4

§ 1er. Toute convention expresse ou tacite ayant pour but ou pour effet direct ou indirect de réaliser une gestation pour le compte d'autrui est nulle et non avenue.

§ 2. Toute rétribution d'une femme pour servir de mère de substitution ou de mère porteuse est également interdite.

§ 3. Il est également interdit de servir d'intermédiaire, de faire appel à un intermédiaire, ou de rétribuer une personne sous quelle que forme que ce soit, en vue de conclure pareille convention.

Article 5

Quiconque aura commis ou facilité des infractions aux articles 3 à 5 sera puni d'un emprisonnement de 3 à 5 ans et d'une amende de 1000 à 20.000 euros ou d'une de ces peines seulement.

Article 6

Sans préjudice de l'article 6, toute condamnation pour des faits visés aux articles 3 à 5 peut comporter pour une durée de 5 ans l'interdiction d'exercer toute activité médicale ou de recherche.

Repères bibliographiques

R. ANDORNO, *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles*, Paris, L.G.D.J., 1996.

C. ATIAS, « Le contrat de substitution de mère », *D.S.*, 1986, chron. IX.

H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, vol. 2, 4^e éd. par J.-P. MASSON, Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 933, n° 967 et p. 935, n° 971.

X. DIJON et J.-P. MASSON, note sous Cass. fr. (ass. plén.), 31 mai 1991, *J.T.*, 1991, pp. 767-771.

M.-T. MEULDERS-KLEIN, « Le droit de l'enfant face au droit à l'enfant et les procréations médicalement assistées », *R.T.D.Civ.*, 1988, pp. 645 et s., spéc. pp. 657 et s.

H. NYS, *La médecine et le droit*, Bruxelles, Kluwer, 1995, p. 161, n° 381.

J. RUBELIN-DEVICHI, « La gestation pour le compte d'autrui », *D.S.*, 1987, 1, chron. XXVI, pp. 147-154.

A. SERIAUX, obs. sous Cass. fr., 13 déc. 1989, *J.C.P.*, 1990, II, 21526.

* * *

Certains passages de ce dossier sont extraits d'une étude du professeur E. Montero (« L'adoption consécutive à un contrat de mère porteuse », note sous Trib. Jeun. Bruxelles, 4 juin 1996, Rev.Dr.Santé, 1997-1998, pp. 124-128). Nous le remercions d'en avoir autorisé la reproduction.