



Repères juridiques¹ sur la gestation pour autrui

La gestation pour autrui (GPA) :

Ce terme est synonyme de « maternité pour autrui », « maternité de substitution », et remplace l'ancien terme de « mère porteuse » (qui est à proscrire , car il comporte une connotation dégradante pour les « mères de substitution »)

Cette pratique est interdite en France la Loi dite de « Bioéthique » n°94-653 du 29 juillet 1994.

Le code civil précise en son article 16-7 : *« toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle ».*

Le code pénal indique (section IV : des atteintes à la filiation) : article 227-12 : *« le fait de provoquer soit dans un but lucratif , soit par don , promesse , menace ou abus d'autorité , les parents ou l'un d'entre eux à abandonner un enfant né ou à naître est puni de six mois d'emprisonnement et de 7500 € d'amende ...Le fait , dans un but lucratif de s'entremettre entre une personne désireuse d'adopter un enfant et un parent désireux d'abandonner son enfant né ou à naître est puni d'un an d'emprisonnement et de 15000 € d'amende .Est puni des peines prévues au deuxième alinéa le fait de s'entremettre entre une personne ou un couple désireux d'accueillir un enfant et une femme acceptant de porter en elle cet enfant en vue de le leur remettre .Lorsque ces faits ont été commis à titre habituel ou lucratif les peines sont portées au double. La tentative des infractions prévues par les deuxièmes et troisièmes alinéas ».*

Ces dispositions ne valent évidemment que sur le territoire national français et ne sont pas partagées par de nombreux pays . La « maternité pour autrui » est pratiquée dans de nombreux pays étrangers en toute légalité .

Une ordonnance de non lieu du Tribunal de Grande Instance de CRETEIL en date du 30 septembre 2004 (Recueil Dalloz 2005 , n°7 , p.476) a confirmé que : *« les faits visés à l'encontre de deux époux, reconnaissant s'être rendus en Californie afin d'avoir recours*

¹ Vous consultez un document élaboré dans un cadre privé associatif, indépendant de tout organisme officiel. Il ne saurait se substituer à une consultation auprès de professionnels du droit..
Les textes ou informations de nature juridique présentés ici le sont à titre informatif et malgré le soin apporté à leur reproduction et leur mise à jour, nous ne pouvons garantir ni leur parfaite exactitude ni leur validité. Il vous appartient donc de vérifier qu'il s'agit bien de dispositions applicables avant d'en faire usage ou de prendre une décision.

De même, les opinions, conseils ou éventuelles recommandations formulées dans ces pages ne sont que le reflet de leur(s) auteur(s) et ne sauraient engager la responsabilité de l'APGL en tant que personne morale.

à une mère pour autrui" avec don d'ovocytes, prohibé en France mais autorisé aux Etats-Unis, sous les qualifications. d'entremise en vue de gestation pour le compte d'autrui, de simulation ou de tentative de simulation ayant entraîné une atteinte à l'état civil d'enfants, ne constituent pas des délits punissables sur le territoire national ».

Toutefois , la jurisprudence française traditionnelle n'est pas tendre à l'égard des maternités pour autrui :

Le 13 décembre 1989, la première chambre civile s'est fondée sur l'article 1128 du Code civil afin de déclarer illicite l'association *Alma Mater*, dont l'objet consistait à rapprocher les couples demandeurs des femmes candidates à la maternité de substitution.

Le 31 mai 1991, l'assemblée plénière vise ensemble les articles 6, 1128 et 353 du même code afin de condamner l'adoption lorsqu'elle est envisagée comme la dernière étape du processus permettant à une femme de devenir la mère de l'enfant conçu et porté par une autre en exécution d'un contrat de maternité pour autrui . Dans le dispositif de la décision, les juges, afin de condamner la maternité de substitution, s'en réfèrent au principe de l'indisponibilité du corps humain Cette affaire concernait un couple hétérosexuel, mais il ne fait aucun doute que la solution donnée par la Cour de cassation eût été similaire, s'il s'était agi d'un couple de personnes de même sexe. Un couple hétérosexuel dont l'épouse était stérile avait trouvé une femme qui acceptait de porter un enfant conçu par IAD et d'accoucher sous X. La femme volontaire fut inséminée avec le sperme du mari. Le père biologique reconnut l'enfant tandis que la mère biologique accouchait sous x. L'épouse stérile du mari, père de l'enfant, introduisit alors une requête à fin d'adoption plénière de l'enfant. Le tribunal de grande instance de Paris a d'abord rejeté la demande d'adoption puis la cour d'appel de Paris a infirmé le jugement et s'est prononcée en faveur de l'adoption. Le procureur général près de la Cour de cassation a alors formé un pourvoi dans l'intérêt de la loi. La Cour de cassation, dans un arrêt de principe, a jugé que « *la convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et 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 des personnes* ». Elle condamne l'adoption dans ce cadre, c'est-à-dire en tant qu'« ultime phase d'un processus d'ensemble destiné à permettre à un couple l'accueil à son foyer d'un enfant conçu en exécution d'un contrat tendant à l'abandon à sa naissance par la mère . Elle conclut en condamnant ce processus qui constitue « un détournement de l'institution de l'adoption » : « *Qu'en statuant ainsi, alors que cette adoption n'était que l'ultime phase d'un processus d'ensemble destiné à permettre à un couple l'accueil à son foyer d'un enfant, conçu en exécution d'un contrat tendant à l'abandon à sa naissance par sa mère, et que, portant atteinte aux principes de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes, ce processus constituait un détournement de l'institution de l'adoption, la cour d'appel a violé les textes susvisés.* " .

La Cour de cassation s'est encore récemment prononcée de manière identique (Cass. civ. 1 ", 9 décembre 2003, *AJ Famille*, n° 2/2004, p. 62 ; *Droit de la famille*, février

2004, p. 21. ; Cass. civ. 1 ère, 29 juin 1994, D. 1994, jur. 581, note Y. CHARTIER; *:.c.P., 1995*, II, 22362, note J. RUBELLIN-DEVICHI ; Rennes, 4 juillet 2002, D. 2002, comm. 2902, par F. GRANET. / Ass. plén., 31 mai 1991 :).

Analysés dans le contexte de ces décisions, les deux principes de l'illicéité des conventions et de l'indisponibilité du corps humain expriment une même idée: la condamnation d'une convention qui porte sur le corps humain, celui de l'enfant à naître et celui de la femme qui l'a conçu et porté.

L'illicéité des conventions, telle qu'elle est comprise dans l'arrêt de 1989, concerne les accords litigieux, qu'ils soient gratuits ou onéreux. Sur ce point, la Cour de cassation, en visant les conventions qui « *portent tout à la fois sur la mise à la disposition des demandeurs des fonctions reproductrices de la mère et sur l'enfant à naître* », a entériné la position de la cour d'appel de Paris pour laquelle « *ni l'altruisme du comportement de la mère de substitution, ni le caractère désintéressé des activités de l'association ne sont propres à faire disparaître l'illicéité qui frappe l'accord litigieux* ».

D'après cette jurisprudence, le corps humain est donc hors commerce, c'est-à-dire hors du marché, mais également hors de toute transaction .

Or ce principe ne peut être soutenu au regard de l'admission des multiples conventions qui portent sur le corps humain. On relève d'ailleurs qu'au terme des articles 16-1, alinéa 3, 16-5 et 16-6 du Code civil , seules les conventions qui confèrent une valeur patrimoniale au corps humain, à ses éléments ou ses produits sont interdites (en ce sens : article de Valérie DEPADT-SEBAG : « De la nécessité d'une réforme de l'article 16-7 du code civil » , *Revue Générale de Droit médical* 2004, n°12 , p.135 et suiv.) .

Du fait que les législations de certains États permettent de recourir aux techniques interdites par le droit français, on assiste, depuis quelques années, à une sorte d'exode procréatif facilité par le développement des moyens de communication et d'information, essentiellement de l'Internet . Cependant, les tribunaux français refusent de régulariser l'état civil des enfants nés d'une maternité ou d'une gestation pour autrui. La disparité des règles nationales crée donc une véritable insécurité pour ces enfants, dont le nombre est pourtant en constante augmentation. Des arrêts récemment rendus par la cour de Rennes le 4 juillet 2002 (*Dalloz* 2002 , comm. 2902 et d'Aix-en-Provence, 12 mars 2002, (*Juris-data*, n°2002-190443) illustrent ce danger. Dans l'affaire portée devant la cour d'appel de Rennes, un couple, dont la femme ne peut assurer la gestation en raison d'une malformation congénitale, se rend en Californie où il conclut une convention portant sur la gestation d'un embryon issu de ses propres gamètes. Des jumelles naissent de cette convention. Le droit californien faisant abstraction du défaut d'accouchement, la concubine est inscrite comme mère dans les registres de naissance de Californie. Quelques semaines plus tard, elle et son compagnon reconnaissent les enfants en France. Après avoir été averti de la situation par le consulat général de France à San Francisco, le parquet de Nantes conteste la filiation. Le Tribunal de grande instance fait droit à cette demande. Le 4 juillet 2002, la Cour d'Appel de Rennes confirme cette décision sur le fondement de l'article 423 du Nouveau Code de

procédure pénale. (Un arrêt allant dans le même sens a été rendu par la Cour d'Appel de ROUEN au cours de la même année).

Toutefois , paradoxalement , dans la situation d'un père gay ou d'un couple gay (dont un seul membre est déclaré père génétique par définition) et la situation est plus « facile », puisque le problème de la substitution de la mère ne se pose pas .

En revanche le compagnon du père ne pourrait pas non plus adopter l'enfant , à l'instar de la mère intentionnelle dans un couple hétérosexuel .

Par ailleurs , l'article 227-13 du code pénal ajoute : « *la substitution volontaire , la simulation , ou dissimulation ayant entraîné une atteinte à l'état civil d'un enfant est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45000 € d'amende . La tentative est punie des mêmes peines .* ».

Ces dispositions peuvent concerner les couples hétérosexuels , quand l'épouse se déclare mère de l'enfant , en lieu et place de la « mère de substitution » (qui a porté l'enfant) . Mais tel n'est pas le cas , par définition , pour les couples homosexuels , dont un des partenaires est le père biologique de l'enfant et dont la mère ne peut être que « la mère de substitution » .

Pour les couples homosexuels la « maternité pour autrui » se pratique essentiellement aux Etats-Unis , dans les états qui l'autorisent , car sur un plan légal , la pratique est par ailleurs assez strictement encadrée dans le monde (et concerne essentiellement les couples hétérosexuels dont l'épouse ne peut mettre au monde un enfant , même si l'enfant peut le cas échéant être conçu à partir de ses ovocytes dans le cadre d'une « Fécondation in Vitro ») . Il est également possible pour un père gay d'avoir recours à une « gestation pour autrui » en Russie .

La « gestation pour autrui » était à l'ordre du jour de la Mission d'Information Parlementaire sur La Famille du 09 novembre 2005 (table ronde sur « les progrès médicaux et la filiation ») .

A ce sujet l'APGL a formulé les propositions suivantes :

L'article 16-7 du Code Civil doit être complété de la façon suivante : « *toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle, si elle n'est pas encadrée par les autorités légales habilitées à le faire et désignée dans l'article* » (article à créer qui reprendrait les conditions citées ci-après) :

- Le(s) parent(s) intentionnel(s) doi(ven)t être majeur(s) marié(s) ou non, sans discrimination liée à l'orientation sexuelle , et en âge de procréer.
- La gestation pour autrui ferait l'objet d'une « autorisation » délivrée par l'autorité administrative (DDASS , ASE ...), entérinée le cas échéant, par un Comité de la Procréation Assistée - à créer - comme c'est le cas dans de nombreux pays (ex . Canada).

- La personne candidate pour porter un enfant pourra avoir été présentée par le(s) demandeur(s), soit s'être proposée pour ce type de gestation sans connaître à priori le(s) futur(s) parent(s) mais par sa simple volonté d'aider un couple ou une personne désireux(se) d'avoir un enfant.
- L'accès aux origines de l'enfant doit toujours être garanti.
- La « mère pour autrui » doit déjà être mère, et avoir le cas échéant le consentement de son mari pour porter l'enfant d'un autre couple ou personne. Elle aura à subir tous les tests, examens physiologiques ou psychologiques, permettant d'établir ses capacités de reproduction dans des conditions favorables, et sans danger pour elle et pour l'enfant à naître.
- La « mère pour autrui » ne doit recevoir aucune rétribution d'ordre commercial ; seul le remboursement des frais liés à la grossesse doit être garanti, ainsi que la prise en charge d'une éventuelle perte de salaire par le(s) parent(s) demandeur(s) durant la période légale de grossesse (et le cas échéant une indemnité à titre de dédommagement compensant les « sujétions » liées à la grossesse, dont les modalités pourraient être encadrées par Décret ou Arrêté ministériel).
- afin d'éviter les éventuelles « dérives », après le troisième mois de grossesse issue du « projet parental » autorisé par les autorités administratives, le(s) parent(s) demandeur(s) doit(vent) faire établir la filiation juridique du futur enfant par leur engagement parental.

En conséquence, toutes les sanctions pénales prises à l'égard des « mères pour autrui », des parents demandeurs et des médecins permettant la conception de ces enfants doivent être supprimées du code pénal (modification des articles L 227-12 et L 227-13).

Malheureusement , le rapport de la Mission Parlementaire , rendu public le 26 janvier 2006 ne propose aucune évolution en la matière .

Pourtant , le Conseil de l'Europe avait par ailleurs examiné en commission le 16 septembre 2005 un rapport du parlementaire Michael Hancock qui préconisait une dépénalisation de la "*gestation pour autrui*". Ce dernier souhaite qu'un débat s'engage sur les « mères pour autrui » dans tous les pays européens. Il estime que ces pratiques sont légitimes dès lors qu'elles respectent les intérêts du couple, de l'enfant à naître et de la mère de substitution. Pour lui, il ne peut s'agir que d'un "*dernier recours*" quand la procréation médicalement assistée et l'adoption ne sont pas envisageables.

Ce rapport préconise de mettre en place des mesures pour une protection et un suivi de la mère biologique, une adaptation des législations civiles et sociales et une réflexion sur le droit de l'enfant à connaître ses origines (sources : Le Quotidien du Médecin , 14 septembre 2005).