

Avis sur les problèmes éthiques nés des techniques de reproduction artificielle. Rapport.

N° 3 - 23 octobre 1984

Sommaire

Avis

Document de travail sur les problèmes éthiques posés par le recours aux "mères de substitution"

I. Quelles sont les personnes concernées ?

II. Est-il concevable que le problème se règle de lui-même ?

III. Peut-il être traité indépendamment du contexte d'ensemble des nouvelles techniques de reproduction artificielle ?

IV. Spécificité des problèmes suscités par le recours aux mères de substitution

Aspects juridiques de la maternité par substitution

I. Le contrat ou l'engagement de la mère

II. Les problèmes de filiation

Avis

Saisi de différentes questions éthiques nées du recours à certaines techniques de reproduction artificielle, le Comité consultatif national d'éthique a évoqué un ensemble de problèmes suscités par l'infécondité.

Les propositions qui suivent n'ont pas pour ambition de faire le tour de ces questions mais seulement de préciser quelques unes des données d'un débat scientifique et éthique encore à peine ébauché dans la société française. Le Comité a en outre jugé nécessaire et possible de prendre position sur un point précis et limité.

1. Dans les sociétés modernes, l'infécondité fait l'objet de thérapeutiques. Il n'est pas question, parce qu'il ne s'agit pas d'une maladie, de refuser le traitement ou de récuser le progrès. Ces patients ont le droit d'être traités et de demander l'entier concours de leur médecin. Mais ce concours implique dorénavant le recours de plus en plus fréquent à des techniques de reproduction artificielle.

2. Provoquer une naissance par ces techniques est un acte qui suscite des interrogations éthiques. Elles ne viennent pas d'un a priori à l'égard de ce qui est artificiel. Le fait nouveau, pour lequel la société n'a pas encore de réponse, est, qu'en dissociant différentes étapes du processus de reproduction, les nouvelles techniques obligent à considérer séparément l'intérêt des patients, parents potentiels, et celui du futur enfant.

Nos habitudes nous ont, jusqu'à présent, conduits à nous immiscer le moins possible dans cette liberté des libertés, qui est la décision d'un couple d'avoir ou non un enfant. Tout est organisé, pensé, comme si les parents, avec leur médecin pour les conseiller, étaient seuls face aux décisions à prendre.

Les nouvelles techniques ouvrent un champ inconnu. La procréation, acte complexe, est dissociée. Cet acte, jusqu'à maintenant décidé et accompli de concert par un homme et une femme, conduit à son terme par l'association de l'embryon et de cette femme, peut ne plus être décidé ensemble et en même temps. Des tiers interviennent: donneurs de sperme et d'ovocyte, femme qui se prête à la gestation de l'embryon, médecins et intermédiaires qui, à divers titres, suivent cette naissance pendant un temps parfois long.

C'est au médecin, le plus souvent, qu'est alors posée une question qu'il ne peut résoudre

seul. Il ne s'agit plus de soigner. Il s'agit de susciter une naissance. Est-ce que toute personne a le droit, à toute condition, d'avoir un enfant ?

L'intérêt de ce futur enfant est alors un des critères de réponse. Il conduit à s'interroger non seulement sur le droit des individus d'être parents, mais aussi sur les relations entre celui ou celle qui participe à la reproduction et ceux qui élèveront l'enfant. Jusqu'au moment où la question devient : a-t-on le droit de donner un enfant ? L'enfant ne risque-t-il pas d'être traité comme un moyen et non comme une fin en lui-même ?

En outre, l'embryon accède à une brève période d'existence pendant laquelle il n'a, jusqu'à présent, aucun statut.

3. La gravité des questions posées rappelle au Comité quel est le champ de sa mission. Elle a pour point d'appui la science et la recherche, et sa composition en fait une institution d'abord faite pour se prononcer sur des questions proprement scientifiques. L'expérience de ses membres ne l'habilite que partiellement à trancher les questions - où il n'y a encore que peu de recherche et, au contraire, beaucoup d'interrogations éthiques et sociales - qui viennent d'être évoquées. Ces interrogations mettent directement en cause la manière dont la société française conçoit le statut familial.

Le Comité d'éthique en est venu à penser que ce débat sur l'intérêt du futur enfant et le droit des parents devrait être mené selon une procédure plus ouverte et qui organise de façon plus solennelle la consultation et l'audition de tous les secteurs d'opinion. Les citoyens dans leur diversité devraient y être associés.

A l'image de ce qui a pu être fait à l'étranger, cette vaste consultation publique contribuerait à faire mûrir les idées sur le sujet, et cette ouverture répond à un souci d'éthique.

Elle demande, à l'évidence, des moyens administratifs d'une autre dimension que ceux auxquels le Comité a recouru jusqu'à présent. Si les moyens lui étaient donnés, le Comité serait prêt à assumer la charge d'organiser et d'animer cette consultation.

4. La société française se donnerait ainsi les moyens et le temps d'une réflexion nécessaire. Mais il est d'ores et déjà certain que les opérations et recherches qui découlent des techniques de reproduction artificielle ne doivent plus être menées qu'au sein d'équipes agréées, et sans but lucratif. Cet agrément devrait être délivré sur l'avis du Comité d'éthique compétent; il impliquerait aussi, en contrepartie, que les équipes contribuent à l'effort commun d'information scientifique et de recherche qu'entraîne le recours aux nouvelles techniques de reproduction artificielle.

5. Dans ce contexte qui devrait permettre à la société française d'aborder sereinement des problèmes qui divisent les consciences, la question qui a été posée au Comité à propos du recours aux "mères de substitution" appelle une réponse immédiate.

Ce terme, tout comme ceux de "mères porteuses" ou "prêt d'utérus", entend désigner, sans doute improprement, la pratique suivante: un couple qui désire un enfant s'adresse - le plus naturellement par l'intermédiaire d'une équipe médicale - à une femme qui accepte de concevoir un enfant par insémination artificielle du sperme du mari du couple stérile, de le porter et de le mettre au monde. Cette femme qui porte jusqu'à terme l'enfant issu de la fécondation d'un de ses ovules est naturellement la mère de cet enfant. Mais elle le donne, dès sa naissance, à ceux qui se définiront alors comme ses parents (1).

Cette solution au problème de l'infécondité n'est pas liée à des développements techniques nouveaux, mais, est nouveau le fait qu'interviennent des tiers: la femme qui se prête à l'opération; l'intermédiaire qui l'organise et la suit pendant plusieurs mois.

Le recours à cette pratique est, en l'état du droit, illicite. Elle réalise la cession d'un enfant. Un tel contrat ou engagement est nul par son objet, et est contracté en fraude à la loi relative à l'adoption: celle-ci suppose en effet une décision d'un juge, qui se prononce en

fonction de l'intérêt de l'enfant et qui apprécie l'opportunité de l'adoption après enquête, sous sa pleine responsabilité. Il ne serait donc pas tenu de faire droit à la demande d'adoption d'une femme qui souhaiterait élever un enfant conçu et porté par une autre femme.

De plus, l'intermédiaire, médical ou non, de l'opération pourrait, pour avoir provoqué l'abandon d'enfant, être jugé coupable du délit prévu par l'article 353-1 du code pénal.

Telle est la loi, et il ne faut pas la changer.

Le Comité souhaite, au contraire, persuader toutes les personnes qui ont manifesté leur intérêt pour cette méthode de ne pas chercher à y recourir.

En effet, la pratique qui vient d'être envisagée, s'agissant d'un acte grave qui consiste à susciter une naissance, entraîne des risques pour tous ceux qui, en toute bonne foi, y participent.

La femme qui envisage de donner son enfant peut être exploitée matériellement et psychologiquement. Il est déjà inacceptable qu'une telle opération puisse être lucrative. De plus, aucune règle d'organisation satisfaisante ne paraît de nature, même s'il n'était pas question d'argent, à garantir le sérieux des intermédiaires. Aucune sécurité sur la bonne fin de l'opération ne peut être assurée aux candidats parents.

Enfin, et en toute humilité devant un problème encore mal cerné par la science, il paraît clair que la question centrale, celle de l'intérêt de ce futur enfant, n'est pas résolue. Personne ne peut donner une assurance suffisante que l'idée de susciter une naissance avec, dès l'origine, l'intention de séparer l'enfant de la mère qui l'aura porté, de sa mère comme il a été dit, répond à l'intérêt de cet enfant. C'est tout autre chose que de trouver une famille pour un enfant abandonné : la société est alors placée devant un fait accompli sur lequel elle n'a pas à s'interroger. Elle accueille l'enfant, elle permet son adoption et on peut constater à l'expérience combien de problèmes ont été heureusement résolus et sont susceptibles de l'être mieux encore. L'enfant ainsi pris en charge a toutes ses chances.

Rien ne permet d'affirmer, en l'état de nos connaissances, qu'il en irait de même d'un enfant qui, de volonté délibérée, serait conçu dans le seul but d'être donné par sa mère dès sa naissance.

Le Comité propose, dans ces conditions, de continuer à appliquer la législation actuelle et donc de ne pas prendre les textes nécessaires pour rendre licite une manière de répondre à l'infécondité qui contient en puissance une insécurité pour l'enfant, pour les parents qui souhaitent une naissance, pour la femme qui met au monde l'enfant et pour les personnes qui s'entremettent dans ces opérations.

Document de travail sur les problèmes éthiques posés par le recours aux " mères de substitution "

Par le fait de développements récents de la science et des techniques, un champ nouveau s'est ouvert à l'intervention de l'être humain sur son environnement. Il concerne le processus de sa propre reproduction.

L'insémination artificielle permet qu'un enfant soit conçu sans que se rencontrent l'homme et la femme qui ont décidé de le mettre au monde. Le père génétique de cet enfant peut être celui qui l'élèvera, avec la mère qui l'aura porté: il peut être un donneur connu ou anonyme. De façon encore jusqu'à présent moins facile, moins courante, un ovocyte peut être prélevé sur une femme. Elle s'y prêtera aussi bien en vue du traitement immédiat de sa propre stérilité, que pour la sécurité accrue qu'apporte le prélèvement de plusieurs ovocytes. De là vient l'idée qu'il pourrait être fait don de ces ovocytes supplémentaires. Il importe de noter ici que l'intervention, bénigne d'ailleurs, fait place à des techniques certes

sophistiquées mais qui tendent à devenir moins agressives, beaucoup plus acceptables et donc virtuellement d'usage plus courant. En outre, il est devenu possible de prélever chez une femme, quelques jours après la fécondation, un embryon non encore dépendant de l'utérus maternel et de le réimplanter chez une autre femme.

La fécondation peut avoir lieu *in vitro* et l'embryon provenant de cette fécondation peut subsister, sans être dépendant d'une implantation dans l'utérus maternel, pendant quelques jours ; l'on s'accorde à admettre une durée maximale de deux semaines. Mais, comme toujours en biologie, il s'agit là d'une moyenne qui ne rend pas compte de tous les cas d'espèce.

Cet embryon peut être alors être implanté artificiellement dans l'utérus et subir une gestation normale, il en est ainsi grâce aux progrès de la connaissance des mécanismes hormonaux. Mais ces progrès n'ont pas encore, loin de là, permis de cerner la relation d'interdépendance qui naît entre l'embryon et la mère pendant cette période de gestation. Cette implantation se fait, dans le cas le plus courant, chez la mère génétique qui aura été affectée d'une stérilité faisant obstacle au passage de l'ovocyte par les trompes. Il peut être réimplanté chez une femme qui, dans l'incapacité de produire elle-même l'ovocyte, recevrait ce don et mènerait à terme la gestation. Il se peut enfin, qu'une femme inséminée artificiellement par un donneur anonyme ou bien acceptant que soit réimplanté chez elle un embryon résultant d'une fécondation *in vitro*, porte jusqu'à terme un enfant, destiné dès sa naissance à être élevé par d'autres parents, qu'il s'agisse du père génétique de l'enfant ou de toute autre personne.

A cela s'ajoutent les possibilités ouvertes par les procédés de conservation. Les banques de sperme permettent une conservation prolongée, de même qu'il est aussi possible de conserver l'embryon par congélation. Ces possibilités ont poussé au développement des techniques de reproduction artificielle, puisqu'elles permettent de surmonter les difficultés liées au fonctionnement des cycles hormonaux. Mais elles vont beaucoup plus loin, puisqu'un délai parfois important peut dorénavant intervenir entre la rencontre initiale du spermatozoïde et de l'ovule, et la gestation. Par ailleurs, elles sont la source de la mise en réserve d'embryons supplémentaires, utilisés ou utilisables aux mêmes fins que la fécondation initiale, mais qui peuvent aussi bien subsister en surnombre sans que leur destination soit décidée.

La recherche médicale et scientifique, qui se développe à l'occasion des thérapeutiques sur la stérilité, pourrait devenir alors l'objectif premier de la conservation de ces embryons en surnombre, et pourquoi pas, de leur constitution. Cette recherche demeure encore liée à l'objectif thérapeutique immédiat lorsqu'elle a pour objet d'analyser un embryon en surnombre pour mieux connaître le sort de l'embryon implanté, ou d'intervenir *in utero* pour réparer une malformation.

Elle s'en détache lorsque l'intérêt du chercheur le porte seulement à utiliser la brève période d'existence autonome de l'embryon pour trouver la réponse aux multiples questions scientifiques qu'il se pose. C'est alors que l'on évoque l'idée de comparer des embryons produits par clonage et bien d'autres perspectives dans lesquelles il est difficile de faire le départ entre la science et les fantasmes.

Cet état sommaire de la question ne doit pas faire illusion.

Les différentes techniques ont atteint sur le plan scientifique des degrés de maturation très différents. Il est donc très hasardeux d'anticiper sur les problèmes posés et très difficile d'en traiter en l'état actuel de leur impact sur les pratiques et les consciences, sans succomber aux tentations de l'amalgame ou de la science-fiction.

Dans ce qui a été décrit, deux techniques paraissent très simples, ou en tout cas leurs difficultés scientifiques ont été assez clairement cernées :

Il s'agit de l'insémination artificielle, et de façon plus surprenante, de la pratique dite des

"mères de substitution". Du moins pouvons-nous l'affirmer dans le cas qui semble devoir être le plus fréquemment évoqué, et le seul dont il a été vraiment question en France : il s'agit du cas où une femme porte à son terme un enfant issu d'un de ses ovules et conçu par insémination artificielle et le donne dès la naissance à un couple stérile. Le médical n'intervient que pour éviter toute rencontre entre le père et la mère naturelle de l'enfant qui n'a pas l'intention de l'élever.

Il n'y a ici plus guère de questions techniques, très peu de science et pas du tout de recherche. Du moins en première ligne, car on ne sait encore rien de l'évolution comparée des enfants nés par insémination artificielle et des autres, et il y a tout lieu de penser que les protocoles scientifiques qui permettraient de le savoir seront difficiles à imaginer. Par ailleurs, et nous y reviendrons, il existe encore un tel niveau d'ignorance sur ce qui se passe entre l'embryon et la mère au cours de la gestation et sur la portée physique et psychologique, pour le développement de l'enfant, d'une rupture avec sa mère naturelle, que la communauté scientifique n'évoque pratiquement pas les problèmes, vrais ou imaginaires, liés à la gestation.

Cette communauté scientifique est, au contraire, parfaitement alertée par les problèmes liés à la fécondation *in vitro*, à la survie de l'embryon et aux perspectives ainsi ouvertes à la recherche. Mais, si vastes que soient ces perspectives, les interventions ne se comptent encore, dans les laboratoires du monde industrialisé, que par quelques milliers. Et les difficultés liées au processus d'implantation sont loin d'être levées; il est impossible aujourd'hui de savoir si nous réfléchissons pour demain, ou pour dans dix ou vingt ans. Mais, paradoxalement, les précautions qui entourent les interventions conduisant à la naissance d'un enfant sont, aux yeux de beaucoup, moins paralysantes lorsqu'il s'agit de revendiquer pour le chercheur le droit de mieux connaître cet embryon de quelques jours, inutilisé ou conservé. On ne sait pas exactement pour quelle recherche, mais peu de scientifiques, de leur seul point de vue de techniciens, excluent a priori qu'un embryon non implanté soit sujet de recherche.

Quant aux préoccupations d'eugénisme qu'évoquent parfois certains, sachons que, pour le moment, on est très loin de savoir choisir un patrimoine génétique et que les candidats aux "enfants Nobel" devront encore un temps s'accommoder d'une insécurité peu différente de celle qu'apporte la nature.

Les mêmes disparités apparaissent dans les réponses apportées à toutes ces questions par les différents pays. En France, les banques de sperme se sont établies dans le cadre de tolérance consentie à des équipes bien définies et jugées dignes de confiance.

Elles ont fonctionné selon deux règles, l'exclusion du caractère lucratif et l'anonymat, et, manquant encore de donneurs, n'ont pas eu à porter sur la place publique les critères de fait qui les conduisent à admettre ou à refuser les demandes. Depuis peu, la volonté de fixer ce statut dans la loi s'est manifestée.

La fécondation *in vitro* se développe, dans le cadre exclusif des équipes thérapeutiques qui se consacrent au traitement de la stérilité. Mais, sous la poussée de l'actualité, elles ont à régler les problèmes nés de la conservation de l'embryon, posant par là même le problème des droits des donneurs, des receveurs et des chercheurs qui, à propos des banques de sperme, a été différé. Elles demandent d'elles-mêmes des directives.

Quant aux recours aux "mères de substitution", il est surprenant de constater que, bien que sur le plan technique cette solution soit simple, elle n'a pas été sérieusement envisagée dans la pratique des médecins qui s'occupent de la stérilité. Elle ne l'est en France que par deux initiatives, l'une d'origine médicale, l'autre émanant d'une association de femmes. Pourtant, elle était faisable depuis longtemps.

La comparaison avec l'expérience étrangère devrait, pensons-nous, sous réserve d'un approfondissement nécessaire, mettre en évidence deux points : l'éclairage change beaucoup selon que, dans le pays en cause, il est ou non admis que l'intervention,

impliquant comme on le voit l'être humain, puisse être lucrative. L'exemple des États-Unis, en pointe s'agissant de l'insémination artificielle et qui est certainement à l'origine d'un processus d'imitation pour les "mères de substitution", s'inscrit dans un cadre où il est admis que les nouvelles techniques donnent lieu à échange d'argent. En ce sens, il nous montre que ces évolutions, qui nous surprennent ou même nous choquent, ont des virtualités que nous ne soupçonnons pas ici. Il serait indispensable de faire le départ entre ce qui est source de profit ou de revenus et ce qui anticipe sur une évolution sociale que nous pourrions connaître en France.

Car un deuxième fait semble ressortir du constat publié en Grande-Bretagne par le Comité Warnock. Malgré la plus grande perméabilité de la société britannique aux influences d'outre atlantique, le Comité Warnock aboutit à la même description précautionneuse que celle que nous avons rapidement évoquée et insiste particulièrement sur le caractère évolutif des questions posées.

Nous sommes donc face à des virtualités et non pas encore à des pratiques. Par ailleurs, *il n'entre pas dans la mission d'un Comité d'éthique destiné à étudier les conditions du développement scientifique, d'aborder sa tâche avec un a priori de méfiance à l'égard de ce qui serait artificiel*, comme opposé aux lois de la nature. Il aura toujours, de par sa mission, à traiter de l'artifice, même si ses membres pris individuellement peuvent, pour leur compte, avoir des préférences ou des convictions contraires.

L'artifice vient ici de ce que la reproduction, processus complexe, est dissociée.

Accomplie et décidée de concert par un homme et une femme, menée à bien par l'association de l'embryon et de cette femme, elle peut ne plus être décidée, ensemble et en même temps. Elle peut être décidée, mais différée dans le temps. Les parents génétiques peuvent n'avoir aucune obligation à l'égard de l'enfant à naître; la mère peut limiter sa responsabilité à la gestation. Des enfants peuvent naître avec un seul parent; ils peuvent naître longtemps après la mort de leur père. Parenté génétique, parenté de gestation, parenté de l'éducation et de l'affection prennent des voies séparées. Ces virtualités vont donc plus loin que la maîtrise de la fécondité, qui existe depuis longtemps et qui s'est essentiellement employée à limiter les naissances. Elles évoquent le désir de l'être humain de maîtriser totalement la procréation, en suscitant des naissances dans un environnement et à des moments où elles ne se seraient pas produites.

Par ailleurs, comme un développement annexe de cette maîtrise de la procréation, apparaît la possibilité de disposer d'embryons dont les géniteurs n'ont pas envisagé ce qu'il adviendrait d'eux s'ils n'étaient pas nécessaires à une implantation.

C'est en ayant présentes à l'esprit ces considérations d'ordre général qu'il nous appartient maintenant de voir dans quelle problématique se situe le problème précis qui nous a été posé.

Le Ministre de la Santé, comme l'Ordre des médecins ont manifesté leur opposition à l'idée que des couples stériles puissent recourir au concours de " mères de substitution " qui, inséminées artificiellement, seraient prêtes à mener l'enfant à terme, pour en faire don à sa naissance aux parents décidés à l'élever.

Elle nous conduit à répondre à une série de questions.

- Quelles sont les personnes véritablement concernées par ce problème ?
- Est-il concevable qu'il se règle de lui-même ?
- Peut-il être traité indépendamment de l'ensemble des problèmes posés par les techniques nouvelles de reproduction ?
- Par quelles méthodes le Comité d'éthique doit-il intervenir dans le débat ?

I - Quelles sont les personnes concernées ?

Le problème précis dont nous traitons, il vient d'être dit, ne s'est posé que depuis peu, sans que ce mode de procréation soit la conséquence directe des développements techniques les plus récents: il n'est donc pas exclu que la centaine de demandes dont il est question dans les projets évoqués à Marseille et à Paris ne soit que le résultat d'un intérêt passager mobilisé par les média.

Pourtant, il faut, à notre avis, tabler sur la réalité d'une demande potentiellement forte et probablement difficile à analyser.

Des candidatures de parents se manifesteront dans ce domaine, comme pour toutes les techniques nouvelles, en raison du développement des thérapeutiques de lutte contre la stérilité.

Tous les praticiens insistent avec la plus grande force sur l'importance de cet aspect de la demande de santé. La détresse du couple stérile le poussera à faire les plus grands efforts pour trouver un remède, et la pratique des "mères de substitution" est un des remèdes ouverts à ceux pour lesquels on ne peut médicalement rien faire. Ce recours aux thérapeutiques de lutte contre la stérilité répond à un désir profond, persévérant; il est entretenu par l'aspect spectaculaire des découvertes et l'intérêt des médecins concernés par les perspectives de progrès nouveaux qui apparaissent. Il peut être alimenté par la levée de certains tabous. La "mère de substitution" apparaît à la fois comme un dernier recours lorsque tous les traitements ont échoué, et comme la solution la plus rapide et la moins astreignante pour le couple qui cherche un remède. Somme toute, il est possible d'avoir l'enfant de son mari ou de son compagnon sans traitement compliqué ou difficile; somme toute, il est possible d'adopter un enfant sans être aussi ignorant qu'à présent de son origine et des problèmes posés par son hérédité. Le nombre des candidatures à l'adoption insatisfaites (10 000 à 20 000 ?), le témoignage de ceux qui côtoient les patients en consultation, militent en faveur d'une évaluation forte de la demande.

Si nous sommes amenés à la qualifier de complexe, c'est qu'en la matière, on glisse assez facilement de la thérapeutique à l'acharnement thérapeutique et de la volonté de réparer les déficiences de l'organisme à celle de maîtriser la procréation.

Les demandeurs seront, pour une bonne part, des couples dont la femme n'aura pu surmonter la stérilité. Mais celle-ci pourra aussi être stérile parce que l'âge de la fécondité est dépassé. De même, aucun principe aujourd'hui posé ne réserve la possibilité de provoquer la naissance d'un enfant à un couple légitime, ou même à un couple. Une femme seule peut désirer élever un enfant, un homme peut imaginer cette éventualité, et elle répondra aux manières de voir de ceux qui voudraient une descendance en éliminant toute intervention de l'autre sexe ou toute association comportant pour eux des obligations.

Par comparaison avec l'ensemble des couples qui, dans leurs comportements dominants, retardent le mariage, limitent leur fécondité, choisissent d'avoir un ou au maximum deux enfants, le recours à ces techniques peut apparaître comme une solution à des personnes suffisamment aisées pour prendre en charge l'éducation d'un enfant, très motivées par l'arrivée de cet enfant dans leur foyer et revendiquant, presque pour chacun, le droit d'avoir un enfant. Elles envisageront peut-être de fonder des familles à une autre période de la vie que celle fixée par les normes habituelles, ou dans un autre contexte de relations. Sans porter le moindre jugement sur la légitimité de cette demande, notons que l'on n'évitera pas, à un moment quelconque, le problème du droit des personnes seules ou des couples du même sexe à recourir à de telles pratiques.

Certaines personnes auditionnées en Grande-Bretagne n'ont pas hésité à soutenir que les perspectives de libération de la femme, ouvertes par une insémination artificielle permise à toute demanderesse ou par l'association avec une " mère de substitution" devraient aller aussi loin que la révolution de la contraception.

Il n'y a là, dans le contexte français, que des hypothèses, qui obligent à traiter le problème

du droit des demandeurs sans que l'on sache l'ampleur réelle des difficultés. Ces problèmes font partie d'un ensemble commun à tous les couples qui recourent aux techniques nouvelles ; mais ils se posent plus vite dans le cas de mères de substitution en raison de l'obligation de définir ouvertement les relations entre les parents potentiels et la mère qui porte l'enfant.

De même, et malgré l'absence de référence pratique, il est probable que ces candidats parents pourraient trouver des femmes qui se prêteraient à l'expérience.

Il y en a déjà quelques unes, et leur démarche n'a pas été tellement critiquée par l'opinion. Nous pouvons nous en étonner, mais il n'est pas du tout exclu que des femmes qui abordent tout autrement leur rôle dans la reproduction préfèrent mener un enfant à terme et le donner plutôt que d'interrompre leur grossesse. Elles peuvent être motivées par une certaine joie de vivre, le désir de prouver leur fécondité ; en substituant au terme "abandon" celui de "don d'enfant", les protagonistes de ces expériences ont vu assez juste, et peuvent trouver un écho réel dans la générosité non conformiste de femmes de la jeune génération, ou d'autres d'ailleurs.

Ce n'est pas nécessairement une perspective plus négative que d'autres que de passer neuf mois à porter un enfant, la personne qui souhaite élever cet enfant assurant inévitablement l'entretien de la mère pendant la grossesse. L'intervention de la "mère de substitution" entraîne, si l'on en croit la presse, des rémunérations substantielles aux Etats-Unis.

Et si les initiateurs de ces formules en France récusent le terme de rémunération, ils admettent le principe soit d'une cotisation, soit d'une indemnisation.

Donc, une demande et une offre peuvent coexister, auquel cas il suffit d'un intermédiaire pour organiser leur rencontre. Cet intermédiaire, qui plus est, est nécessaire à la réalisation de l'opération. Son rôle est de s'assurer que l'enfant sera donné aux parents candidats, donc de couper les liens avec la mère naturelle. A lui également de faire que se concilient, lorsque tout se passe normalement ou en cas de difficultés, le désir d'enfant des uns et la protection de l'autre. L'opération ne peut se faire sans intermédiaire, point sur lequel nous reviendrons au moment de nous prononcer sur le principe de l'intervention de la collectivité.

Mais cette rencontre a pour objet de provoquer volontairement la naissance d'un enfant. Or, de même que l'intérêt de l'enfant est le seul motif qui justifie l'intervention de la collectivité dans le cas où l'autorité parentale est défaillante, de même que la législation de l'aide à l'enfance et de l'adoption prend appui sur l'intérêt de l'enfant, il est une personne, l'enfant, qui est concernée au premier chef par un processus qui conduit à la fois à sa naissance et à sa séparation, dès sa naissance, de sa mère naturelle. Cet enfant à naître, qui n'est pas représenté dans le débat, doit l'être et il nous apparaît très vite, dès cette toute première analyse, que les problèmes éthiques naissent justement du fait que, revendiquant un droit à l'enfant ou à la libre disposition de leur corps, les personnes en jeu doivent composer avec l'intérêt de cet enfant futur.

Et s'il y a lieu de choisir, et que le choix incombe à la société, celle-ci ne peut que mettre en avant et en première ligne l'intérêt de l'enfant.

Pour en terminer avec ce tour d'horizon des personnes concernées, un fait s'impose à l'évidence. La consultation de lutte contre la stérilité est le lieu où l'opération prend son départ. Mais le thérapeute est assez peu concerné: son patient recourt à une solution où la technique médicale a peu de place. S'il est apparu parfois comme un protagoniste, c'est plutôt parce que, sortant de son rôle, il prend sur lui celui d'intermédiaire. Cette femme enceinte n'a rien de particulier (2), et, seul, le médecin de l'enfant ou le psychologue pourra avoir à faire le bilan des conséquences. Mais le chercheur n'apparaît pas du tout, et c'est donc un paradoxe que le Comité soit entraîné à traiter d'une question qui peut heurter beaucoup de sensibilités, alors que l'expérience de ses membres ne lui est pas d'un grand secours et qu'il pourrait même lui être fait reproche de s'écarter de son mandat.

II. Est-il concevable que le problème se règle de lui-même ?

III. Peut-il être traité indépendamment du contexte d'ensemble des nouvelles techniques de reproduction artificielle ?

Aucune indication liée aux impératifs de la recherche ne pousse le Comité à formuler des règles éthiques pour encadrer cette pratique. De plus, il doit, à notre sens, surtout lorsqu'est en jeu à ce point l'intimité de chacun, résolument se demander s'il doit vraiment se prononcer.

La réponse nous paraît, après mûre réflexion, devoir être positive car les problèmes posés ne se régleront pas d'eux-mêmes. Et si la collectivité est appelée à prendre position, *elle mettra en jeu des questions éthiques dont la réponse importe au Comité et peut retentir fortement sur l'ensemble du contexte dans lequel se déploient les nouvelles techniques de reproduction*. En fait, les réponses aux questions 2 et 3 sont liées. On ne peut se dispenser d'avoir une opinion sur le recours aux mères de substitution parce que, comme tous les problèmes liés à la fécondation artificielle, celui-ci naît dans un même lieu, et au même moment.

Le contexte commun est celui du traitement de la stérilité. Le recours aux mères de substitution apparaît comme une des solutions à un problème thérapeutique, qui naît dans les consultations de lutte contre la stérilité.

Or, dans son ensemble, ce problème thérapeutique a des implications éthiques auxquelles la société française n'a pas encore répondu. Après les avoir rapidement évoquées, nous verrons que le recours aux mères de substitution y ajoute des difficultés propres auxquelles il n'est pas possible de parer de façon à satisfaire tous les points de vue en présence.

Un principe doit être retenu au point de départ du raisonnement, et il est satisfaisant de constater que la commission britannique présidée par Dame Mary Warnock en fait aussi une pierre angulaire de ses propositions: *il faut tenir pour acquis que la stérilité fait l'objet dans les sociétés modernes de thérapeutiques, et tenter le plus longtemps possible de traiter du problème comme de toute thérapeutique*.

Il ne saurait donc être question, parce qu'il s'agit du problème particulier de la stérilité, de s'opposer au progrès et de refuser de soigner. Il faut tenter le plus longtemps possible de faire trancher les problèmes par le libre choix des consciences et dans la relation discrète qui lie les patients au médecin. L'accès aux possibilités nouvelles et leur libre choix doivent être admis avec pour première préoccupation l'intérêt du patient.

Jusqu'à présent, en raison même du développement limité des techniques, cela a été possible.

Tant que don de sperme ou d'ovocyte, fécondation *in vitro*, implantation sont reliés au traitement direct de la stérilité d'un couple, les règles éthiques sont celles de toute thérapeutique. Elles impliquent essentiellement des garanties techniques, et se règlent entre le médecin et ses patients. Apparemment, le médecin fait tout ce qu'il faut faire, avec pour seule limite, l'intérêt de ses patients.

Il n'a pas été obligatoire, pour lui, de dire si et dans quel cas, il juge le traitement peu judicieux. Cette abstention ne lui sera en tout cas pas reprochée, compte tenu de l'aléa qui tient à des techniques qui sont encore d'avant-garde. Il est certain, cependant, que tous les patients n'ont pas un égal accès à toutes les techniques, même les mieux éprouvées comme

l'insémination artificielle. Mais la collectivité n'en est pas suffisamment choquée pour réclamer avec insistance une définition juridique du statut de ces services. Toujours dans cette optique thérapeutique, il n'a pas été, jusqu'à présent, indispensable de donner un statut à l'embryon pendant les quelques jours qui séparent conception et implantation. Si cette implantation n'est pas faite, il ne se développe pas, et l'interruption de son développement n'est qu'un aspect de la stérilité de sa mère. L'échec d'une thérapeutique n'apparaît pas comme un problème éthique.

Les choses n'en resteront pas là pour deux raisons essentielles qui conduisent le Comité d'éthique à suggérer que dès à présent *les thérapeutiques modernes de la fécondation in vitro ne puissent être pratiquées que par des équipes agréées et sans but lucratif*.

Tout d'abord, le passage de la thérapeutique à la recherche, cheminement tout naturel de l'esprit du savant, pose très vite des problèmes éthiques. En outre, la société doit combler le vide juridique qui concerne la filiation des enfants nés par les procédés de fécondation artificielle, le statut de l'embryon et les droits des parents qui recourent à ces diverses techniques.

Ce sont des questions redoutables qui ne peuvent pas mûrir uniquement au sein d'un Comité d'éthique à vocation d'abord scientifique, et appellent, comme il en a été dans d'autres pays, une vaste consultation de l'opinion.

On se bornera à en évoquer quelques aspects.

S'il ne s'agissait que de l'insémination artificielle, on aurait pu imaginer que le problème d'une réglementation mette encore quelque temps à mûrir dans les esprits. Mais, dès le moment où est pratiquée la fécondation *in vitro*, les problèmes s'accumulent. Pour s'en tenir au contexte discret de la thérapeutique, on aurait pu, d'ores et déjà, renoncer à mettre en réserve le ou les embryons supplémentaires qui actuellement assurent plus de chances aux interventions. On aurait ainsi fait échec, pour le moment, à la tentation de pratiquer des recherches sur cet être, selon des critères distincts de ceux de l'intervention sur l'homme.

La possibilité de conserver l'embryon oblige, au contraire, à définir son statut par rapport aux personnes qui ont provoqué sa conception, qui le détiennent, et peuvent l'implanter chez sa mère génétique ou chez une autre mère, mettre fin à sa conservation ou le mettre à la disposition des chercheurs.

Cette personne humaine potentielle, quelles que soient les conceptions sur le moment où elle naîtra à la conscience, mérite, en tant qu'élément du patrimoine humain, le respect. Ceci signifie que l'on ne peut laisser faire. Déjà, si l'acte d'implantation est différé, il importe de savoir comment se détermine le consentement des parents. Or, si la conservation devait se prolonger longtemps, il serait très difficile de s'assurer du consentement des deux parents qui ont, à l'origine, voulu traiter une stérilité. Une chose apparaît, ici, paradoxale: alors que les relations entre l'embryon et sa mère, après implantation, sont telles que l'interruption de grossesse est une décision de la femme, celle-ci n'a pas, a priori, de droits aussi étendus sur un embryon qui n'est pas implanté. Du moins en est-il ainsi, si le père revendique sa paternité.

Donc, des obligations naissent au profit des parents de l'embryon, qui ne peuvent être organisées qu'autant qu'une limite est mise à la conservation de cet embryon.

Mais c'est une question ouverte que de savoir s'il suffit de définir ces droits des parents, ou si ceux-ci ne sont pas eux-mêmes limités, au nom de principes supérieurs, par une situation juridique de l'embryon qui reste à définir.

Personne ne soutient qu'il soit possible de tourner ce droit des parents pour entreprendre des recherches sur l'embryon. Mais, ici encore, la question primaire, celle du principe de telles recherches, suscitera sans doute des oppositions passionnées entre ceux qui voudraient rendre les recherches impossibles et ceux qui n'ont aucune objection à ce

qu'elles soient menées avec l'accord des personnes qui ont donné vie à l'embryon, par des équipes connues et sérieuses qui en garantiraient la destination.

Par ailleurs, il ne saurait être question de refuser un statut juridique aux enfants nés d'une fécondation artificielle. Tout pousse à le rapprocher au maximum du statut des naissances naturelles. Mais, quel que soit le désir de ne pas s'immiscer dans cette liberté des libertés, qu'est le droit d'avoir un enfant, la société est inévitablement conduite à traiter du droit des parents. Est-elle prête à affirmer que toute personne a le droit d'être parent, qu'elle fasse partie d'un couple ou qu'elle vive seule, sans condition touchant à sa capacité d'élever l'enfant ? On sent bien que la nécessité de parler au nom de l'enfant s'impose, mais la distinction entre l'intérêt d'un enfant futur et celui de ses parents est tellement grave que la plupart de ceux qui se sont posé ces problèmes en diffèrent la solution.

Ces considérations justifient largement que, *premièrement, les techniques nouvelles de fécondation ne puissent être pratiquées qu'au sein d'équipes agréées, et sans but lucratif et qu'en second lieu une vaste consultation organisée et structurée s'ouvre sur les problèmes de société qu'implique la fécondation artificielle.*

Ces propositions devraient permettre à la société française de ne pas être placée devant des faits accomplis, et de mesurer combien ces progrès posent de questions sur le statut de la famille, des parents et de l'enfant. Elles devraient permettre aussi de ne pas dramatiser ces questions.

D'une part, au fur et à mesure des avancées techniques, les équipes poseront des problèmes éthiques précis à propos de cas ou de projets réels. On évitera d'ouvrir, sous la pression des candidats parents, une brèche dans le principe selon lequel en France, les dons de sang et d'organes ne sont pas source de profit.

D'autre part, une consultation solennelle obligerait les différents porte-parole de l'opinion à formuler des avis structurés, pesant les différentes considérations en présence, écrits qui les engageront clairement devant les personnes qu'ils entendent représenter.

IV. Spécificité des problèmes suscités par le recours aux mères de substitution

Dans ce contexte, il est apparu sage au Comité, après mûre réflexion, de dissuader les personnes concernées, de recourir au concours de mères de substitution.

Cette forme particulière de réponse à l'infécondité apporte, en effet, à un contexte déjà très difficile *les aléas supplémentaires qui viennent du recours à des tiers.* Et aucun argument tenant à l'intérêt de l'enfant ne conduit à proposer de faire l'effort juridique et social qui serait nécessaire pour les surmonter.

Il ne suffit pas que candidats parents et mère de substitution se rencontrent. Déjà, une rencontre aussi simple que l'insémination artificielle suppose l'existence d'intermédiaires qui supervisent la sécurité technique de la banque de sperme, et assurent, par l'anonymat des donneurs, la coupure entre le couple qui bénéficie de l'insémination et le père génétique de l'enfant. Par ailleurs, le principe, qui est en France fortement reconnu, que l'utilisation de produits du corps humain ne peut avoir un caractère lucratif, conduit à réserver à certaines personnes le droit d'être intermédiaires. Ici les choses vont beaucoup plus loin puisque l'intervention de la "mère de substitution" suppose une insémination artificielle, acte simple, mais suivi d'une gestation qui dure de nombreux mois. C'est pendant cette longue période que devrait s'exercer la responsabilité de l'intermédiaire. Ensuite, à la naissance, la séparation d'avec la mère naturelle implique de nombreux aléas, soit qu'elle désire le conserver, soit que le couple d'accueil le refuse, soit que la mère naturelle refuse de se désintéresser de l'avenir de l'enfant et prétende manifester sa présence aux parents d'accueil.

Cette séparation implique un contrat, qui n'est pas licite en l'état actuel du droit, et un secret qui est beaucoup plus difficile à assurer que dans le cas de l'insémination artificielle. Par ailleurs, la mère doit vivre pendant les neuf mois de la grossesse et même si l'on devait exclure sa rémunération, le problème de son entretien, qui conditionne le bon développement de l'enfant, est posé.

Pour rapprocher, puis séparer les parties à cette naissance, pour assurer les responsabilités nécessaires pendant neuf mois, un rôle d'intermédiaire doit être assumé. Or, cet intermédiaire peut, s'il n'est pas une personne de confiance, faire courir de grands risques, soit aux mères, qui seraient exploitées, soit aux candidats parents, qui pourraient ne pas se retrouver avec l'enfant attendu ou être placés dans des situations personnelles ou juridiques déplorable. L'intermédiaire peut enfin se retrouver en charge d'enfants dont personne ne veut.

Pas plus que l'abandon d'enfant, cette opération ne peut rester ignorée de la collectivité. Mais si celle-ci envisage d'agréer des intermédiaires, non seulement elle se trouve confrontée à une liste impressionnante de problèmes à résoudre, mais surtout elle doit fonder ses réponses sur des critères qui la conduisent à légitimer l'opération.

Cette opération se ferait actuellement dans une situation de totale insécurité juridique. Au regard du droit des contrats, le contrat est, sans aucun doute, contraire à l'ordre public. Il est donc nul. Au regard du droit de la filiation, l'enfant est adultérin dans le cas le plus courant. Il peut être reconnu par son père mais sa mère d'accueil doit compter sur l'appréciation des tribunaux civils pour que ceux-ci en prononcent l'adoption. Ils ne sont nullement obligés de se prononcer dans le sens souhaité par les parties. Rien enfin n'empêche la mère naturelle de reconnaître l'enfant et aucun contrat ne lui permettrait de renoncer à ce droit. Quant à l'intermédiaire, son activité pourrait tomber sous le coup de dispositions pénales, celles de l'article 353-1 du code qui punit les actions susceptibles de provoquer l'abandon d'un enfant.

Les candidats parents comptent bien sur le secret de la naissance, mais il a pour seul point d'appui le secret entourant l'accouchement. Or, ni la mère qui met au monde l'enfant, ni l'intermédiaire ne sont juridiquement tenus au secret. Et, s'il devait être envisagé de légiférer pour donner une base juridique à cette obligation, cette démarche irait à contre courant de l'évolution qui conduit l'enfant véritablement abandonné à réclamer le droit de connaître ses origines, et, notamment, d'avoir la possibilité de connaître, grâce à cela, certains éléments de son patrimoine génétique. De plus, ce que l'on sait des influences réciproques de la mère et de l'embryon pendant la période de gestation laisse penser qu'il est particulièrement léger d'envisager une coupure systématique entre l'enfant et celle qui l'a porté. Enfin, cet enfant qui comme tout enfant adopté aura probablement à connaître, en vertu des idées actuelles, la vérité de sa naissance, devra s'accommoder de l'idée que sa mère l'aura porté pour le donner, ou se séparer de lui. Ici encore, les recherches psychologiques ne sont pas à la hauteur des questions que l'on peut imaginer, notamment en cas de difficultés ultérieures de cet enfant dans ses rapports avec les parents qui l'auront élevé.

Certes, il suffirait d'une loi pour lever ces obstacles juridiques et organiser le recours aux "mères de substitution" en interdisant notamment qu'il prenne un caractère lucratif et en exigeant certaines garanties des intermédiaires. Mais, si elle devait être un jour rédigée, il serait difficile de passer sous silence les problèmes liés à l'entretien de la femme pendant la grossesse, et de légitimer le contrat sans qu'il soit, à aucun moment, question d'argent.

Qui peut bien être cet intermédiaire qui par hypothèse ne tire aucun profit de l'opération ? Certains médecins se voient dans ce rôle : mais ils n'ont à aucun moment envisagé les soucis que causerait l'échec de tel ou tel placement. Par ailleurs, le don d'une femme à une autre est, dans l'esprit de certains, un acte respectable. Mais les réactions sociales risquent d'être plus réservées à l'égard de celles qui renouvelleraient plusieurs fois ce don d'enfant.

On sent bien que l'exploitation, sinon matérielle, du moins psychologique, de ces femmes n'est pas une hypothèse d'école.

On voit donc bien comment, alors qu'il est souhaitable que le désir d'enfant soit traité dans l'intimité d'un couple, le thérapeute s'en tenant à son rôle, cette formule oblige la société à définir les nouvelles activités des tiers impliqués dans l'opération.

Ceci nous mène à la question primaire : est-il judicieux, non plus, comme la nécessité l'a toujours impliqué, de recueillir des enfants abandonnés par leur mère, mais de susciter des naissances en acceptant, par avance, délibérément, la rupture de l'enfant avec sa mère ? Nous ne méconnaissons pas, dans l'extrême diversité des situations familiales créées par le changement des mœurs, le divorce et le remariage, les extraordinaires capacités d'adaptation des enfants. Mais au nom de l'intérêt de l'enfant futur, nous ne pouvons non plus nous résoudre, pour rendre possibles de telles décisions, à les encourager.

Cette question prend le pas sur les autres, qui concernent la vocation des parents à accueillir cet enfant. Cette vocation peut difficilement être discutée s'agissant du père génétique de l'enfant. Mais l'intermédiaire serait-il tenu de donner suite à toutes les demandes, ou devrait-il, comme lorsque l'enfant est placé en vue d'adoption, s'assurer de la capacité d'accueil de la famille ? Serait-il libre de laisser partir l'enfant chez n'importe quel couple, de n'importe quel âge, ou chez une femme ou un homme seul ?

Il nous paraît donc que cette manière de répondre au désir d'enfant n'est pas, dans son principe même, susceptible de garantir les intérêts de l'enfant futur, et que toute mesure qui cherche à résoudre les problèmes intermédiaires laisse entière la difficulté de principe devant laquelle l'éthique ne peut qu'être très réservée.

Faut-il alors, à l'inverse, aller jusqu'à proposer une législation spécifique pour interdire le recours aux "mères de substitution", en renforçant le Code pénal pour traiter non seulement de l'abandon d'un enfant mais aussi du "don d'enfant" ?

La réponse paraît devoir être, en l'état de la question, négative. Les obstacles qui, de toutes façons, rendent le contrat juridiquement nul, en l'état du droit, constituent une dissuasion suffisante. L'opinion peut, en outre, être heurtée par les formules coercitives, parce qu'elle mesure très bien que la question est évolutive, et que le progrès technique peut très vite priver cette procédure complexe de tout intérêt pour les couples qui auraient accès à d'autres procédés. Une maturation des esprits est nécessaire et toutes les personnes concernées par la lutte contre la stérilité n'ont rien à gagner à voir le problème abordé au Parlement par son aspect le plus controversé. Mieux vaut consacrer plus de moyens à la recherche sur l'infécondité pour que les couples stériles aient à leur disposition des solutions moins hasardeuses.

Une prise de position réservée ou négative du Comité d'éthique à l'égard du recours aux mères de substitution ne saurait toutefois être envisagée sans réflexion sur ses conséquences.

Elle pourrait, parce qu'elle serait la première à se mêler à ce qui touche de si près à l'intimité, heurter les esprits, et parce qu'elle aurait été insensible à certains traits de leur évolution, être plus provocante que convaincante. Elle peut aussi trancher par avance, ou paraître trancher, à partir d'un cas très particulier et donc dans un contexte orienté, des problèmes communs à toutes les techniques nouvelles de reproduction.

Poser en principe, comme nous sommes très naturellement conduits à le faire, que la priorité est l'intérêt de l'enfant futur, revient forcément à évoquer une limite au droit de chacun d'avoir un enfant par le recours à toutes les facilités de la technique. Or, tout le monde est néanmoins prêt à convenir qu'il en sera de l'infécondité, comme de tout état qui fait l'objet de possibilités thérapeutiques: l'accès à ces possibilités, leur libre choix, sont admis dans le seul intérêt du patient, et dans la seule limite de cet intérêt. En outre, dès que le Comité évoquera, ne serait-ce que pour en débattre, les conditions de cet accès et

les droits des parents potentiels, il va cristalliser les réactions d'inquiétude ou d'hostilité, partant du mouvement d'idées qui conduit aujourd'hui à revendiquer la libre disposition par chacun, de son corps, de sa sexualité et une maîtrise de sa fécondité. Cette maîtrise s'est manifestée négativement; dorénavant, elle pourra être positive.

Le Comité ne devrait donc pas exprimer des réserves sur cet à côté des nouvelles techniques de reproduction, qu'en acceptant aussi de reconnaître les inquiétudes que cette attitude peut susciter. Il doit simultanément poser en principe qu'il n'est pas question de se refuser à traiter l'infécondité, ou de faire un sort particulier à ces thérapeutiques pour en limiter l'usage ou le développement. Il doit inviter les Pouvoirs publics à organiser une consultation sur les problèmes de société que suscite, bien au delà de l'éthique de la recherche, cet aspect du progrès scientifique.

Aspects juridiques de la maternité par substitution

I Le contrat ou l'engagement de la mère

1. Le contrat passé entre le couple dont la femme est stérile, et la mère, est nul en ce qu'il porte sur un objet illicite. Réalisant une cession d'enfant ou ayant pour objet l'engagement de concevoir et de porter un enfant pour le compte d'autrui, un tel accord ne peut, en aucun cas, avoir une valeur juridique, donc être susceptible d'exécution forcée, qu'il soit conclu à titre gratuit ou à titre onéreux (article 1128 - Code civil).

2. L'intervention d'un tiers visant:

a) à provoquer les parents ou l'un d'eux à abandonner leur enfant né ou à naître,

b) à faire souscrire par les futurs parents ou l'un d'eux, un acte par lequel ils s'engagent à abandonner l'enfant à naître, à détenir un tel acte ou à en faire usage,

c) à apporter, dans un esprit de lucre, son entremise pour faire recueillir ou adopter un enfant, constitue un délit sanctionné par l'article 353-1 - Code pénal.

A supposer qu'un tel délit ne soit pas constitué, compte tenu des circonstances de chaque espèce, le seul procédé juridiquement valable pour réaliser une cession d'enfant, si ce dernier est effectivement abandonné par la mère, est l'adoption. Or celle-ci est subordonnée:

1) à la remise de l'enfant au service de l'aide sociale s'il a moins de deux ans; (article 348-5 - Code civil),

2) en tout état de cause, à l'appréciation judiciaire de l'opportunité de l'adoption dans l'intérêt de l'enfant.

En conséquence, le procédé de la maternité par substitution est illicite par son objet et sa cause. Il réalise en outre une fraude à la loi sur l'adoption.

II Les problèmes de filiation

On peut imaginer toutes sortes de situations selon l'attitude adoptée par la mère ou le couple et selon la situation matrimoniale de la mère et du couple.

1. Le procédé imaginé par les associations constituées à cette fin, ou par de simples particuliers, ne peut être efficace que si :

a) l'exécution volontaire de l'accord par les deux parties ne suscite aucune difficulté,

b) le juge prononce l'adoption.

Même dans un tel cas, ce procédé peut paraître discutable car il repose sur des bases contestées.

En effet:

a) l'accouchement de la mère sans révélation de son identité, qu'admet le Code de la famille et de l'aide sociale, est une particularité du Droit français, qu'un courant important conteste au nom du droit de l'enfant à la connaissance de ses origines,

b) la reconnaissance de l'enfant par son père, nécessaire pour établir la paternité, implique, si elle a lieu avant la naissance, la désignation de la mère. Le secret ne pourra pas être gardé quant à la filiation maternelle. Juridiquement, l'enfant est un enfant naturel du père (adultérin, si le père est marié); la reconnaissance est irrévocable sauf contestation judiciaire de sa véracité, si l'enfant n'est pas biologiquement celui de l'auteur de la reconnaissance. Si bien que, au cas où la mère refuse de remettre l'enfant, par ailleurs reconnu par son père, la filiation paternelle naturelle sera définitivement établie et l'adoption sera impossible, faute d'un abandon maternel.

2. Aux cas où le montage imaginé ne fonctionne pas il faut distinguer plusieurs hypothèses:

a) la femme stérile déclare à l'état civil l'enfant comme né d'elle (ce qui suppose que la mère véritable ne revendique pas l'enfant) afin d'éviter les aléas de la procédure d'adoption; il y a alors "supposition d'enfant", crime puni par l'article 345 - Code pénal (réclusion criminelle à temps 5 à 10 ans).

B) la mère véritable refuse de remettre l'enfant

Elle en a le droit, nul ne pouvant la contraindre à l'abandon. Même si elle accouche sans révélation de son identité, elle peut toujours établir sa maternité tant que l'enfant n'a pas été placé en vue de l'adoption, et ce placement ne peut être effectué tant que court le délai de rétractation de l'abandon.

Dans un tel cas, *la mère, si elle est célibataire*, est totalement libre de reconnaître cet enfant comme le sien et elle détient sur lui la plénitude de l'autorité parentale.

Si la mère est mariée, l'enfant sera l'objet d'un conflit de paternité entre le mari de la mère, juridiquement présumé être le père, et le père véritable si ce dernier a effectivement reconnu l'enfant. La solution d'un tel conflit peut être extrêmement complexe en droit si le mari de la mère ne désavoue pas l'enfant dans les 6 mois de la naissance.

Si la mère et son mari décident de garder l'enfant, la reconnaissance d'enfant naturel par le véritable père sera considérée comme nulle (article 334-9 - Code civil).

A supposer qu'une action en justice soit ouverte en vue de faire trancher le conflit de paternité, la solution dépendra de la preuve de la paternité biologique. La validité de la reconnaissance d'enfant naturel, contestable par tout intéressé, suppose que l'enfant soit bien celui de l'homme par lequel la mère a été inséminée.

Si la mère a, pendant la période légale de la conception, des rapports avec d'autres individus, elle pourra toujours prétendre que l'enfant doit être rattaché à un autre homme en contestant la reconnaissance.

C) le couple dont la femme est stérile n'est pas marié.

Lorsque la maternité par substitution est prétendue au profit d'un couple de concubins, l'adoption plénière de l'enfant par la femme stérile est possible, mais elle aura pour effet d'entraîner la rupture des liens de filiation à l'égard du père concubin, car il ne peut s'agir ici

de l'adoption de l'enfant du conjoint, qui seule maintient des liens de filiation envers ce dernier (article 356 - Code civil).

De plus, si l'enfant n'est pas celui du concubin, l'adoption par le couple non marié est impossible, nul ne pouvant être adopté par plusieurs personnes si ce n'est par deux époux (article 346 - Code civil).

D) les solutions sont les mêmes en cas de "don" ou "prêt d'utérus" par une femme au profit d'une mère génétique, si l'embryon conçu à partir de l'ovule d'une femme A est implanté chez une femme B s'engageant à rendre l'enfant à sa naissance. Le Droit civil ne connaît qu'une seule mère, la femme qui accouche. On n' a jamais imaginé que celle qui accouche ne soit pas en même temps la mère génétique. Faut-il le faire si la possibilité technique est ouverte ? L'adage " *materna semper certa est* " n'a pas une valeur seulement juridique, mais une valeur psychologique et sociale, qu'on ne saurait ébranler sans la plus grande circonspection.

Notes

1. 3 agents interviennent dans le processus de reproduction : un ovule, un spermatozoïde, un utérus. Dans le cas ici en cause, qu'il conviendrait d'appeler "mère donneuse", le spermatozoïde vient du mari du couple stérile, l'ovule et l'utérus sont ceux de la mère donneuse.

Cette situation est toute différente de celle où le spermatozoïde vient du mari du couple stérile, l'ovule de l'épouse du couple stérile qui ne peut porter un enfant, et où seul l'utérus appartient à la femme extérieure au couple : il y a alors réimplantation, chez la femme extérieure au couple, d'un embryon dont le patrimoine génétique est entièrement celui du couple stérile.

Dans le premier cas, l'enfant a une seule mère, celle qui est qualifiée de mère donneuse. Dans le second cas, l'enfant a une mère ovulaire et une mère utérine.

Le présent avis n'entend se prononcer que sur le premier cas. Le second, qui ne s'est pas encore présenté en pratique en France, doit être envisagé avec l'ensemble des problèmes liés à la fécondation in vitro selon la procédure prévue au paragraphe 3.

2. Les conséquences d'un accident ou d'une maladie affectant "la mère de substitution" ne doivent cependant pas rester ignorées de ceux qui entendent organiser ses relations avec l'intermédiaire, ou le couple d'accueil.