

**CERTAINS ASPECTS JURIDIQUES CONCERNANT
LA “MÈRE PORTEUSE”**

Maître de conférences Gabriela LUPȘAN
Université "Danubius" de Galati

Rezumat: *Maternitatea de substituție a fost creată ca un mijloc nenatural de a permite unei femei de a deveni mamă, nefiind decât o altă tehnică de procreare medical asistată, care implică participarea a trei subiecți: soțul și soția care doresc să devină părinți și femeia care acceptă să poartă sarcina și să nască petru acest cuplu. Din punct de vedere juridic, filiația copilului astfel conceput, se stabilește, indiferent de materialul genetic care a stat la baza concepției, față de femeia care a purtat sarcina și a născut, importanță juridică având faptul nașterii. Considerăm că, de lege lata, orice convenție care are drept obiect stabilirea maternității copilului față de o altă femeie decât aceea care l-a născut este lovită de nulitate absolută.*

Cuvinte-cheie: *procreare medical asistată, mamă purtătoare, filiație, adopție, transferal filiației*

Abstract: *The maternity substitution was created as an unnatural means to allow a woman to become a parent, being nothing else but a technical procreation medically assisted, that involves the participation of three subjects: the husband and the wife wanting to become parents and the woman who agrees to bear the child and to give birth to it, for that couple. In legal terms, the legal parentage or filiation of the child so conceived is established, regardless the genetic material that was the basis of conception, to the woman who carried the child and gave birth to it, legal importance having the fact of birth. We consider that, by lex lata (law as it is) any convention whose object is to establish the maternity of the child to a woman other than the one that gave birth to it, is absolutely null and void.*

Keywords: *medically assisted procreation, surrogate mother, filiation, adoption, transfer of filiation*

I. Précisions préalables concernant la filiation résultée de la reproduction médicalement assistée

L'évolution spectaculaire des dernières deux décennies de la recherche médicale et génétique a conduit à l'apparition d'un nouveau type de filiation, à la base de laquelle se trouve la reproduction médicalement assistée. Ayant comme point de départ le souhait des couples de devenir parents et l'infertilité de l'un d'entre eux, les chercheurs ont découvert et ont perfectionné plusieurs techniques, par l'intermédiaire desquelles, en ayant recours aux gamètes étrangers au couple, on intervient avec succès dans le miraculeux processus de la reproduction¹. Ces techniques de reproduction médicalement assistée² mettent en scène, selon le cas, un quartette, formé de la mère, du père, de l'enfant et du tiers, même un quintette, formé de la mère, du père, de l'enfant, des tiers donateurs - membres d'un autre couple - la famille traditionnelle, créée aux liaisons de sang, étant remplacée par une famille artificielle, construite à l'aide des gamètes des tiers anonymes.

Tandis que la maternité est liée au fait de la naissance, la filiation envers ce parent est sûre. En ce qui concerne la paternité, sa détermination envers l'enfant résulté par RMA est incertaine. Même si aujourd'hui il y a des moyens scientifiques, qui permettent la détermination de la vérité biologique concernant la paternité d'un enfant (tel le cas de l'expertise de l'empreinte biologique), la loi continue à préférer et à mettre à la base de la filiation, sous certaines conditions, la volonté de ceux qui souhaitent devenir parents, autrement dit, la liaison volitive et affective.

1. Le développement de la médecine a permis autant la limitation des naissances, par contraception et par avortement, et aussi l'éradication de la stérilité masculine ou féminine, par l'application de diverses techniques de reproduction médicalement assistée

2. Ces techniques de reproduction médicalement assistée peuvent être ainsi classifiées: l'insémination artificielle, qui permet à une femme de rester enceinte avec le sperme de son mari, de son concubin ou d'un tiers anonyme; la fécondation in vitro, qui suppose le transfert d'embryons réalisés dans le laboratoire soit avec les gamètes du couple, soit avec de gamètes étrangers (l'ovocyte d'une autre femme ou/et les spermatozoïdes d'un tiers); le "louage" de l'utérus, qui suppose l'intervention d'une "mère reproductive" ou d'une "mère de substitution". Dans la présente étude, les mentions à la reproduction médicalement assistée seront faites, *brevitas causa*, par l'abréviation RMA.

Les normes de droit existantes dans les législations des Etats ont été dans l'impossibilité de faire face aux situations juridiques issues de l'application des techniques de reproduction médicalement assistée, pour lesquelles le législateur n'a pas été préparé; la science et la technique, alliées même en ce qui concerne la question de la dignité de la personne physique, semblent être entrées en conflit avec les principes juridiques bien établis, comme il résulte de certaines pratiques biomédicales. C'est la raison pour laquelle, grâce à l'application des techniques de

reproduction médicalement assistée et de la naissance des enfants ainsi conçus, l'intervention du législateur dans la matière de la filiation était indispensable et, en même temps, délicate, puisqu'elle a dû réaliser un compromis entre l'affirmation des règles éthiques visant la garantie du respect de la personne humaine, d'une part, et la nécessité de ne pas représenter un obstacle dans la voie du progrès scientifique, susceptible d'éradiquer une maladie, une souffrance ou un handicap, de l'autre part.

II. Clarifications terminologiques concernant "la mère porteuse"

Les problèmes juridiques spéciaux apparaissent au cas de la "mère porteuse"⁵³. Le fait de porter une gestation, à la base d'une convention entre une femme et un couple qui ne peut pas avoir d'enfants, l'accouchement de l'enfant, la renonciation à celui-ci et le transfert de l'enfant au couple qui a "commandé" la grossesse, voilà un comportement choquant pour la civilisation du XX -ème siècle et le début du XXI -ème siècle.

Il y a une diversité de mots dénommant la "mère reproductive", à savoir: "mère de substitution", surrogate mother, mère porteuse, le louage de l'utérus:

- *la mère porteuse classique*, celle qui accepte d'être inséminée avec la sperme du conjoint de la femme infertile, assurant la grossesse d'un enfant, qui, de point de vue génétique, est à lui, et que, après la naissance, remet au couple qui souhaite un enfant. Par conséquent, la mère porteuse pas seulement emprunte son utérus pour porter la grossesse, mais offert, en même temps, ses ovocytes aussi. Autrement dit, elle cumule le rôle de mère géniteur et celle de mère gestatoire. Ce procédé s'appelle aussi "la gestation pour autrui";

- *la mère porteuse par fécondation "in vitro"* est la femme, dans l'utérus de laquelle on implante un ou plusieurs embryons obtenus par la fécondation in vitro, partant des ovocytes et des spermatozoïdes du couple sollicitant. Donc, la mère porteuse "prête" seulement son utérus, elle étant seulement mère gestatoire. Dans la littérature de spécialité, on affirme que cette hypothèse représente le vrai type de "mère porteuse".

Essayant une définition, on peut affirmer que, par "mère porteuse", on comprend la femme qui accepte de porter une gestation, réalisée soit par insémination avec le sperme du conjoint de celle qui souhaite devenir mère, soit par l'implantation de l'embryon obtenu dans le laboratoire avec les gamètes du couple, à la place d'une autre femme, et donne naissance à l'enfant pour cette dernière⁵⁴.

⁵³ Dans la littérature de spécialité, concernant la situation de la "mère reproductive", voir Avram, M., *Filiația. Adopția națională și internațională*, București, Editura All Beck, 2001, pp. 34-35; Dobozi, V., Lupșan, G., Apetrei, I., (II), "La filiation dans le cadre de l'assistance médicale de la procréation", dans le *Dreptul* no. 9/2001, pp. 41-57; Lupșan, G., *Dreptul familiei*, Iași, Editura Junimea, 2001, pp. 186-197.

⁵⁴ Scripcaru, Gheorghe, Ciucă, Aurora, Astărăstoae, Vasile, Scripcaru, Călin, *Bioetica, științele vieții și drepturile omului*, Iași, Editura Polirom, 1998, p. 122.

D'un point de vue **biologique**, la mère de l'enfant peut être:

- la femme porteuse, lorsque celle-ci a été inséminée avec le sperme du conjoint de la femme qui souhaite avoir un enfant, ce qui signifie que cette dernière, même si elle accepte de porter une gestation, est infertile;

- l'épouse, lorsque celle-ci, bien qu'infertile, est inapte, de point de vue médical, de porter une grossesse, et la conception a été réalisée par fécondation *in vitro* de son ovule avec le sperme de son époux. L'épouse, qui souhaite devenir mère, a seulement le rôle de donateur, puisqu'elle transmet seulement les gamètes à l'aide desquels RMA se réalise. Ainsi, ne participant pas à la gestation, son intervention génétique reste sans influence sur la filiation de l'enfant.

D'un point de vue juridique, quel que soit le patrimoine génétique de l'enfant, la femme qui donne naissance devient mère et, dans notre cas, il s'agit toujours de la "mère porteuse". Autrement dit, la participation génétique à la gestation d'une femme étrangère au couple et qui donne naissance à l'enfant pour ce couple, représente un obstacle juridique à la constitution d'une autre liaison de filiation, puisqu'aucune autre femme que celle qui donne naissance ne pourrait être déclarée mère.

Ainsi, il nous apparaît comme évident que la maternité de substitution représente un moyen non naturel par l'intermédiaire duquel une femme peut devenir mère. Cette maternité de substitution n'est qu'une autre technique de reproduction médicalement assistée qui implique la participation de trois sujets⁵⁵, à savoir: l'époux et l'épouse qui souhaitent devenir parents, et la femme qui accepte de porter la grossesse et donner naissance pour ce couple. Habituellement, la "mère porteuse" est le résultat d'une convention entre les deux parties, les conjoints, comme membres du couple, d'un côté, et la femme qui va porter la grossesse, de l'autre côté.

Le recours à la "mère porteuse" est fait seulement dans l'intérêt de devenir mère, de l'autre femme, non porteuse de grossesse, puisqu'elle se trouve soit dans l'impossibilité de rester enceinte, soit puisque porter la grossesse, lui est, pour des raisons médicales, totalement interdit.

III. La maternité de substitution dans certaines législations européennes

1) **Précisions préalables.** L'interdiction de toute forme de maternité de substitution n'est pas unanime dans les pays occidentaux. Pendant que la législation des Etats comme la France, la Suisse, l'Espagne, la Suède, la Norvège, le Canada, l'Australie interdit la possibilité d'utiliser "une mère porteuse", d'autres Etats américains, où la loi prévoit l'obligation de la gratuité du contrat entre la "mère

⁵⁵ On n'exclut pas la possibilité qu'une femme célibataire ait recours à cette technique de RMA, auquel cas l'insémination de la femme porteuse se réalise avec le sperme d'un tiers donateur, connu ou anonyme.

porteuse” et le couple, laquelle prévision, dans la pratique, n’est pas toujours respectée. Au cas où un tel contrat est licite, “la mère porteuse” a les mêmes droits sur l’enfant que les donateurs, à condition d’introduire une stipulation expresse dans le contrat.

Par la suite, on s’est proposé de présenter l’évolution de la jurisprudence et de la législation de trois Etats européens dans la matière de la “mère porteuse”, à savoir, la France, l’Allemagne et la Grande Bretagne.

On n’exclut pas la possibilité qu’une femme célibataire ait recours à cette technique de RMA, auquel cas l’insémination de la femme porteuse se réalise avec le sperme d’un tiers donateur, connu ou anonyme.

En France, au début, la maternité de substitution a été permise, puisque ultérieurement, la jurisprudence la considère contraire à l’ordre public, et, finalement, par les dispositions de la Loi no. 94-654 concernant la donation et l’utilisation des éléments et produits du corps humain, la RMA et le diagnostic prénatal, à partir de 29 juillet 1994⁵⁶, celle-ci a été expressément interdite. La position du législateur français a été conforme à la Résolution du Parlement de l’Europe du 19 mars 1989, qui a prévu que toute forme de maternité de substitution doit être, généralement, rejetée, et l’activité commerciale qui vise la reproduction pour une mère de substitution, doit être interdite.

Le législateur allemand s’oppose seulement à ces techniques de reproduction qui créent une dissociation entre la maternité génétique et la maternité gestationnelle.

En Grande Bretagne, grâce à la modalité juridique trouvée par le législateur, par laquelle on transmet la liaison de filiation entre l’enfant né par la “mère porteuse” et le couple qui a commandé la grossesse, on observe que, par les conditions imposées, le législateur tend à transformer la maternité de substitution dans une institution très proche de celle de l’adoption. Après le contrôle et la décision de l’instance judiciaire, la qualité de parents d’un enfant né grâce à la science médicale est transférée aux membres du couple marié et stérile.

1) **France.** Au milieu des années ’80 du siècle passé, le recours à une mère porteuse” par les couples a déterminé l’apparition de certains litiges, qui ont obligé les instances judiciaires françaises à se prononcer, au cadre des demandes d’adoption des enfants ainsi nés, sur le caractère licite de la convention se trouvant à la base de la maternité de substitution.

Ainsi, par exemple, le 15 juin 1990, la Cour d’Appel de Paris s’est prononcée sur l’espèce suivante: une femme célibataire a été d’accord à être inséminée avec le sperme d’un homme marié, qui, ultérieurement, a reconnu l’enfant.

⁵⁶ Salat-Baroux, Fr., *Les lois de bioéthique*, Paris, Dalloz, 1998; Buffelan-Lanore, Y., *Droit civil*, Paris, Masson Armand Colin, 1998, pp. 385-400.

En l'absence de la filiation maternelle⁵⁷, l'épouse a sollicité l'adoption de l'enfant de son mari. L'instance judiciaire a été d'accord avec l'adoption sollicitée et a considéré la convention de maternité de substitution comme licite et conforme à l'ordre public, puisqu'elle représentait une manifestation de la liberté et de la responsabilité individuelle des parties contractantes. Cette décision judiciaire, qui, à la base de l'exercice du droit naturel de toute personne physique, soutenait la maternité de substitution, a provoqué une acerbe controverse parmi les théoriciens, praticiens et même l'opinion publique, ce qui a finalement conduit à la promotion d'un recours à l'intérêt de la loi par le Ministère Public.

Le 31 mai 1991, la Cour de Cassation de France se prononce sur cette question dans les termes suivants: "la convention par laquelle une femme s'engage, même à titre gratuit, de concevoir et de porter un enfant, afin de l'abandonner à sa naissance, contrevient tant au principe d'ordre public et d'indisponibilité du corps humain, qu'au principe concernant l'état civil de la personne physique;... Cette adoption (autorisée par l'instance inférieure) ne représente que la dernière phase d'un procès destiné à permettre à un couple d'avoir un enfant, conçu en vue de l'exécution d'un contrat, qui prévoit l'abandon de l'enfant après la naissance par sa mère,...., ce procédé constituant un détournement de l'institution de l'adoption"⁵⁸.

On peut facilement observer que la maternité de substitution et l'adoption se réalisent à des moments différents et ont des buts différents. Si la première est accomplie antérieurement à la naissance de l'enfant et concerne seulement la satisfaction de l'intérêt des parents, qui est celui d'avoir un descendant, l'adoption, institution juridique généreuse, a toujours lieu après la naissance de l'enfant, le seul intérêt supérieur de l'enfant étant poursuivi, qui est celui d'avoir un foyer et une famille. Dans une formulation plus simple, on peut affirmer qu'on recourt à la « mère porteuse », même afin de concevoir et donner naissance à un enfant pour une certaine famille, pendant que l'adoption va offrir une famille convenable d'un point de vue matériel et moral à un enfant trouvé en difficulté⁵⁹.

La décision de l'instance suprême française a influencé, dans une grande mesure, la décision du législateur de compléter les dispositions légales dans ce sens. Ainsi, dans les actes normatifs existants à cette date, ont été introduits les textes suivants:

- l'art. 16-7 du Code civil, qui prévoit que toute convention, portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle;

⁵⁷ Dans le droit français (l'art. 341-1 du Code civil), la future mère peut déclarer qu'elle souhaite donner naissance sous anonymat, de sorte que l'enfant se trouve dans la situation juridique d'un enfant trouvé, né de parents inconnus. En liaison avec la naissance sous "X", voir Malaurie, Ph., *Cours de droit civil, La famille*, Paris, Editions Cujas, 1998, pp. 267-268.

⁵⁸ La décision de l'instance française est présentée et commentée par Heut-Weiller, D., in *Revue trimestrielle de droit civil*, no. 4/1991, pag. 517.

⁵⁹ Art. 1 alinéa 1 de la Convention O.N.U. concernant les droits de l'enfant, conclue à New York au 29 janvier 1990, proclame le principe de la réalisation de l'adoption seulement dans l'intérêt supérieur de l'enfant.

- l'art. 227-12 du Code pénal, qui prévoit qu'on punit le fait d'intervenir entre une personne et un couple souhaitant avoir un enfant et une femme qui accepte porter cet enfant, afin de le confier, ultérieurement à sa naissance, à la personne ou au couple. Lorsque ces faits ont été commis habituellement ou pour des avantages matériels, on double la punition.

Nonobstant ce, pour les couples français, il reste la possibilité de recourir à la maternité de substitution à l'étranger.

Pour éviter que la loi française soit fraudée par l'action de reconnaissance de la paternité de l'enfant, suivie par l'adoption de cet enfant par l'épouse de l'homme qui a fait la reconnaissance, le législateur a modifié l'art. 339 du Code civil par la loi du 5 juillet 1996 connue sous le nom de la Loi Mattei, accordant le droit au Ministère Public de contester la reconnaissance de paternité, et d'annuler, par voie de conséquence, l'adoption permise.

Une espèce récente de la Cour d'Appel de Paris⁶⁰ a remis sur le tapis la question de la maternité de substitution. Ainsi, le 7 août 1989, est né en Brazzaville un enfant dont la naissance, déclarée par un citoyen français, M. P., qui reconnaît sa paternité, est inscrite dans le registre d'état civil au Consulat de la France en Congo. Ultérieurement, le 6 février 1990, l'enfant est reconnu par la mère, T. T., citoyen français, et, par le mariage conclu entre les parents- M P et T.T., le 5 novembre 1997, l'enfant devient, comme effet de la légitimation dans les conditions de l'art. 331 alinéa 1 du Code civil, enfant du mariage.

Le Tribunal de Paris a été investi avec une action d'annulation de la reconnaissance de la maternité et de détermination de la vraie filiation maternelle par la mère biologique de l'enfant. Dans la défense, les parents accusés ont soutenu que la plaignante, la mère biologique, a exprimé son consentement à la reconnaissance fictive, valable selon la loi congolaise. L'instance judiciaire a admis l'action et a annulé autant la reconnaissance de la maternité que la légitimation.

Cette décision est maintenue par la Cour d'Appel de Paris avec la motivation que toute reconnaissance fictive est frappée de nullité, en l'espèce s'agissant de la conclusion d'une convention concernant la maternité de substitution.

2) **Allemagne.** Une particularité de la législation allemande dans cette matière fait référence au fait que les dispositions concernant RMA ont été incluses dans la loi civile, tel qu'on la rencontre dans la majorité des législations européennes, mais dans la loi pénale.

Cela étant, on sanctionne pénalement les techniques de RMA qui permettent la dissociation entre la maternité génétique et celle gestationnelle, puisque le législateur allemand a voulu éviter la situation où la liaison de l'enfant avec sa mère, qui a toujours été la relation familiale la plus stable, *mater semper certa est*, soit irrémédiablement rompue.

⁶⁰ Décision no. 319/8 novembre 2001 publiée en *Revue trimestrielle de droit civil* no. 1/2002, pag. 85, no. 22

A cette fin, par les dispositions de la loi pénale, ont été interdites les opérations suivantes:

- le transfert d'une femme, qui souhaite devenir mère, des ovules provenus d'une autre femme
- la fécondation *in vitro* d'un ovocyte provenu d'une autre femme, la gestation étant portée par la femme qui souhaite devenir mère
- le prélèvement d'un embryon d'une femme, avant la fin de la nidation, afin d'être transféré à une femme
- l'insémination artificielle ou le transfert de l'embryon d'une femme prête à céder définitivement, après la naissance, son enfant à un tiers («la mère porteuse»).

La loi du 27 novembre 1989 concernant l'adoption, même si elle sanctionne pénalement toute activité visant l'encouragement ou la facilitation de la conclusion des conventions qui ont comme objet la maternité de substitution, n'interdit pas expressément la conclusion de telles conventions. Les femmes, qui sont parties d'un éventuel contrat de substitution, sont passibles de sanctions pénales.

Finalement, la loi garantit le libre consentement des donateurs de gamètes, en ce qui concerne la conception d'enfants⁶¹ et sanctionne pénalement le fait de procéder à la fécondation *in vitro* d'un ovocyte, sans que la femme dont l'ovule est fécondé et l'homme dont le spermatozoïde est utilisé pour la fécondation, aient exprimé leur consentement. Le transfert d'un embryon à une femme sans son consentement préalable est, également, interdit.

3) La Grande Bretagne

A. Le cadre législatif de la maternité de substitution. Initialement, en Grande Bretagne⁶², en 1985, la loi spéciale dans cette matière, Surrogacy Arrangements Act, a prévu des sanctions pour les intermédiaires impliqués dans la réalisation de la maternité de substitution et a interdit à l'instance judiciaire d'offrir force exécutoire à la convention conclue entre «une mère porteuse» et un couple souhaitant des enfants⁶³.

Plus tard, par la loi du 1 novembre 1990, intitulée Acte Human Fertilisation and Embriology, il a été conféré à l'enfant né à la suite de la maternité de substitution un statut juridique spécifique. De cette manière, la maternité de substitution, utilisée seulement comme une dernière solution, au cas où la mère génétique ne peut pas, par raisons médicales, porter une grossesse, acquiert une place spéciale parmi les institutions juridiques de Grande Bretagne.

⁶¹ Furkel, Fr., Jung, H., "De l'anonymat du donneur en matière d'insémination artificielle" in *Bioéthique et droit de l'homme*, Cologne, 1993; Giesen, D., *Familienrecht*, Tübingen, 1997, p. 279.

⁶² Flauss-Diem, J., "Maternité de substitution et transfert de parenté en Angleterre" in *Revue internationale de droit comparé*, no. 4/1996, pp. 855-864.

⁶³ Klein, Meulders, "Le droit de l'enfant face au droit à l'enfant et les procréations médicalement assistées", in *Revue trimestrielle de droit civil*, no. 4/1987, p. 645.

En vue de la détermination de la filiation entre l'enfant né par la « mère porteuse » et les deux époux, le législateur anglais a choisi une solution originale, créant une nouvelle procédure, nommée transfert de filiation, qui permet la relation juridique de l'enfant de ceux qui souhaitent devenir ses parents. Comme on va voir par la suite, la procédure de transfert de filiation, pareille à celle de l'adoption, est le résultat d'une combinaison surprenante entre la filiation de sang et celle affective, puisque l'une des conditions imposées par le législateur pour la maternité de substitution est l'existence d'une liaison génétique entre le futur enfant et au moins l'un des futurs parents. Autrement dit, l'enfant pour lequel on sollicite par voie judiciaire le transfert de filiation, doit posséder les gènes d'au moins l'un des membres du couple sollicitant.

B. Les conditions des participants à la maternité de substitution. Pour que la maternité de substitution soit admise, et le transfert de la filiation soit approuvé par l'instance judiciaire, le législateur anglais impose quelques conditions spécifiques, à savoir:

a) les membres du couple sollicitant doivent être mariés entre eux, étant exclus, ainsi, autant les couples de homosexuels et aussi les couples de concubins;

b) les deux époux doivent avoir l'âge d'au moins 18 ans, et leur domicile doit se trouver sur le territoire de la Grande Bretagne;

c) l'exclusion de toute relation intime entre l'homme marié et la «mère porteuse» puisque l'enfant résulté de RMA ne peut être qu'un «enfant d'éprouvette» et pas d'alcôve. La technique médicale utilisée pour la réalisation de la reproduction n'a pas d'importance: l'insémination artificielle avec le sperme de l'époux, l'implantation de gamètes, provenus soit des époux, soit de l'un d'entre eux, ou le transfert d'un embryon conçu avec les gamètes de ceux-ci ou, partiellement, avec les gamètes du couple sollicitant⁶⁴;

d) la condition *sine qua non* de la maternité de substitution est la liaison génétique de l'enfant avec au moins l'un des futurs parents, les membres du couple. La filiation acquise à la suite de la procédure de transfert de filiation n'est pas en totalité fictive, puisque, bien que le résultat d'un moyen artificiel de reproduction, l'enfant a une liaison biologique avec au moins un parent. Cette condition de l'indispensable liaison génétique élimine du bénéfice de la nouvelle procédure de transfert de filiation, les enfants conçus entièrement avec les gamètes des tiers. Pour ceux-ci et pour les parents qui ont souhaité un tel enfant, la seule voie légale est l'adoption;

e) le statut juridique de l'enfant né à la suite de la maternité de substitution - l'enfant de mariage ou en dehors du mariage - s'établit en fonction des règles de la filiation applicable au cas de RMA et des combinaisons génétiques possibles.

⁶⁴ La maternité de substitution dont le résultat est l'enfant, peut être de 3 sortes: la femme qui donne naissance, "la mère porteuse", peut participer à la reproduction, donnant son matériel génétique, ou, au contraire, elle n'est qu'un récepteur permanent pour le développement du fœtus, qui lui est, de point de vue génétique étranger, étant le résultat de l'apport génétique des deux époux sollicitant.

Si la «mère porteuse» est mariée et son époux a consenti a RMA, l'enfant qui est né est légitime, étant lié de point de vue juridique de la femme qui lui a donné naissance et de son époux. Au contraire, si la «mère porteuse» est célibataire, l'enfant est en dehors du mariage, étant lié juridique seulement à la femme qui lui a donné naissance⁶⁵.

Il existe la possibilité que, dans cette dernière hypothèse, la filiation de l'enfant en dehors du mariage soit établie autant envers la mère, par le fait de la naissance, et aussi envers le père, par la reconnaissance de la paternité faite, selon le cas, par le concubin de la mère porteuse⁶⁶ ou par le mari de la future mère non porteuse⁶⁷ :

La règle juridique conformément à laquelle la femme qui donne naissance est la mère de l'enfant, même si cela correspond à l'esprit RMA, est totalement opposée à l'objectif poursuivi par la maternité de substitution, au cas où l'épouse peut procréer, mais se trouve dans l'impossibilité de porter la gestation. A l'exception de l'adoption, la mère génitrice ne dispose d'aucun moyen légal afin de créer une liaison juridique entre elle et son enfant, ce qui n'est pas le cas de son mari. La décision judiciaire de transfert de filiation représente le moyen juridique par lequel on éloigne cette inégalité entre la femme, qui désire devenir mère, et son époux, qui devient le père du même enfant ;

f) Le consentement des participants a RMA. En fonction du statut juridique de l'enfant né à la suite de la maternité de substitution, le législateur impose, pour la réalisation du transfert de filiation, la manifestation du consentement de certaines personnes, à savoir:

- la mère de l'enfant («la mère porteuse»). Le consentement de la mère porteuse. Le consentement de la mère juridique, c'est-à-dire de la femme qui a donné naissance, ne peut être exprimé qu'après un délai de 6 semaines de la date de la naissance de l'enfant. Durant cette période, la mère doit clarifier ses options en ce qui concerne son enfant, comprenant le fait que, une fois le consentement exprimé pour le transfert de filiation, si la demande du couple sollicitant sera admise par l'instance judiciaire, elle n'aura plus, de point de vue juridique, aucun droit et

⁶⁵ Ce cas correspond à la situation où l'homme du couple sollicitant est stérile, ce qui détermine l'appel à une fécondation in vitro de l'ovule de sa femme avec le sperme d'un tiers donateur, suivie du transfert, dans l'utérus de la «mère porteuse», de l'embryon ainsi obtenu.

⁶⁶ Compte tenu de la condition de la liaison génétique de l'enfant avec au moins l'un des futurs parents, pour l'approbation par l'instance du jugement du transfert de filiation, on impose que RMA soit réalisée par le transfert, dans l'utérus de la mère porteuse, de l'embryon obtenu in vitro soit avec le matériel génétique des membres du couple sollicitant, auquel cas l'enfant a des liaisons biologiques avec les deux parents, soit l'ovule de l'épouse du couple est fertilisé avec le sperme du concubin de la femme porteuse, auquel cas la liaison biologique de l'enfant est seulement avec la future mère, non porteuse de gestation.

⁶⁷ La même condition de la liaison génétique de l'enfant avec au moins l'un d'entre les futurs parents impose que RMA réalise par l'insémination de la «mère porteuse» avec le sperme du mari ou par transfère d'un embryon obtenu in vitro avec le matériel génétique du mari ou de tous les deux époux.

aucune liaison avec l'enfant, même si elle est la mère biologique de celui-ci. La renonciation de ses droits sur l'enfant doit représenter la libre volonté de la mère.

Au cas où «la mère porteuse» refuse d'exprimer son consentement, transgressant de cette manière la convention qui a eu comme objet la maternité de substitution, le transfert de la filiation vers le couple sollicitant ne peut plus être réalisé. Pour la même situation, le législateur anglais a prévu une autre solution au cas de l'adoption. Ainsi, le juge a le droit d'approuver la demande d'adoption formulée, même en l'absence du consentement à l'adoption des parents naturels de l'enfant, lorsqu'il apprécie que le refus de ceux-ci témoigne d'un manque de raison et contraire aux intérêts du mineur.

On peut considérer que, par l'acceptation de la révocation ad mutum du consentement de la «mère porteuse», on se trouve devant un indice de la désapprobation du législateur anglais pour le procédé de la maternité de substitution. Autrement dit, même si le législateur accepte la convention qui a comme objet la maternité de substitution, il ne crée aussi des voies juridiques par lesquelles les parties contractantes soient contraintes à exécuter leurs obligations assumées par cette convention.

- Le père de l'enfant. Le problème de la détermination du père de l'enfant né par la «mère porteuse» a été mis dans une espèce célèbre, connue sous le nom **L'espèce *Re Q.***

Une femme célibataire a accepté de porter la gestation pour une autre femme, dont l'ovule a été fécondé in vitro avec le sperme d'un donneur anonyme puisque le mari de celle-ci était stérile. Le dernier ne pouvait pas être considéré le concubin de la femme «reproductive», puisque l'insémination a été réalisée avec le tiers donneur. Cela étant, le mari stérile ne pouvait pas acquérir, en vertu des dispositions générales de RMA, le statut d'un père naturel, puisque la loi spécifie le fait que, n'étant pas le géniteur de cet enfant, on ne pouvait pas lui attribuer la qualité de père. L'enfant de l'espèce n'était qu'un enfant qui, d'un point de vue juridique, n'a pas de père, catégorie créée au cas de RMA, par la loi Act l'Humain Fertilisation and Embriology. Le seul parent de cet enfant ne peut être que la «mère reproductive» qui est en droit de consentir au transfert de filiation.

En conclusion, si la mère reproductive est mariée, son mari est de droit le père de l'enfant (art. 28 alinéa 3 de la Loi Act l'Humain Fertilisation and Embriology), devant exprimer son consentement au transfert de filiation.

Le législateur anglais prévoit dans quelles conditions on peut accorder les dispenses de consentement. Le consentement de « parents » ne peut pas être requis, si la personne ne peut pas être déterminée ou si la personne n'a pas la capacité de consentir. Cette disposition semble viser le cas du donneur anonyme de sperme ou d'ovules, comme celui du donneur connu mais qui, en vertu de l'écran créé par l'aide médicale à la procréation, a perdu la qualité juridique de parent et, de ce fait, il n'a pas le pouvoir d'y consentir;

g) L'enfant doit être confié volontairement par la mère reproductive au couple sollicitant. Autrement dit, la renonciation de la mère à l'enfant est réalisée par le fait qu'elle confie l'enfant aux futurs parents. Même si cet abandon peut intervenir immédiatement après la naissance de l'enfant, sa confirmation juridique ne peut pas avoir lieu avant que le mineur accomplisse 6 semaines puisque la mère acquiert le droit de consentir à la renonciation de l'enfant seulement après l'expiration de ce terme.

Là où en sont les choses, la demande des époux afin d'obtenir le transfert de la filiation doit être introduite dans la période comprise entre 6 semaines et 6 mois de la naissance de l'enfant, le but de cela étant celui de clarifier le plus rapidement possible le statut juridique de l'enfant et d'éviter les éventuels traumatismes psychologiques pour le nouveau-né et pour les futurs parents de celui-ci.

C. La procédure de transfert de la filiation. La procédure de la filiation de la «mère porteuse» au couple sollicitant est presque identique à celle de la matière de l'adoption, auxquelles font référence, expressément, les dispositions de l'article 30 de la loi Act l'Humain Fertilisation and Embriology.

La compétence appartient à l'instance de litiges familiaux de la race de la localité du domicile de l'enfant, les dossiers difficiles pouvant être transférés à la Family Division de High Court de Londres. La séance de jugement assure l'anonymat des parties, et le juge peut restreindre, s'il est nécessaire, la publicité de la décision judiciaire.

La saisie de l'instance de jugement avec la demande de transfert de la filiation déclenche la phase de protection de l'enfant trouvé au domicile des plaignants, les futurs parents de celui-ci. Ceci étant, les services sociaux et «la mère porteuse», qui a renoncé aux droits envers l'enfant, ne peuvent recevoir de nouveau l'enfant qu'en vertu d'une décision judiciaire.

Le juge investi avec la demande de transfert de la filiation a l'attribution de vérifier la légalité et l'opportunité de la requête. Le contrôle de légalité suppose, tout spécialement, la vérification si la maternité de substitution n'a pas été une opération mercantile pour la «mère porteuse». Cette interdiction ne concerne pas les frais raisonnables faites par la «mère porteuse» pendant la grossesse ou immédiatement après la naissance, tel que, par exemple, l'achat des articles de vêtements spéciaux pour les gravides, d'un berceau, des layettes, médicaments et aliments pour le nouveau-né, frais qui peuvent être remboursés à la mère par le couple sollicitant. Le remboursement de ces frais ne peut être autorisé par l'instance judiciaire qu'au moment où le transfert de la filiation de la «mère porteuse» au couple sollicitant se prononce.

En dépit de la liaison de sang existante entre l'enfant et au moins l'un des plaignants, le contrôle de l'opportunité de la demande de transfert de la filiation par l'instance judiciaire suppose, comme dans le cas de l'adoption, la vérification de l'aptitude des plaignants d'être parents.

La publicité de la décision judiciaire de transfert de la filiation est garantie par les registres d'état civil. Ainsi, à la Greffe Centrale, a été créé un nouveau registre de naissances pour qu'y soient consignées toutes les indications reçues de l'instance judiciaire et qui constitueront le nouvel acte de naissance de l'enfant.

Devenu majeur, l'enfant a le droit d'obtenir, comme dans le cas de l'adoption avec effets entiers, une copie certifiée de l'acte original de naissance, mais, en préalable, il faut qu'il soit préparé de point de vue psychologique.

Si les personnes indiquées par l'acte original de naissance ne sont pas ses parents biologiques, l'hypothèse possible le plus de fois, puisque la maternité de substitution a été réalisée dans le cadre de RMA, et par voie de conséquence, la filiation établie est, de point de vue juridique fictive, l'enfant qui souhaite trouver ses origines, a un long chemin à parcourir. Ainsi, il doit s'adresser aussi à l'Autorité pour l'Embryologie, qui lui offre les circonstances dans lesquelles il a été créé, mais qui, au stade actuel de la législation anglaise, ne peut pas lui dévoiler les éléments d'identification pour le deuxième géniteur.

D. Les effets de la décision judiciaire de transfert de la filiation.

Comme dans le cas de la procédure, les effets de la décision judiciaire de transfert de la filiation sont identiques à celles de la matière de l'adoption. Ainsi, la décision judiciaire détermine la perte des droits et des obligations parentales concernant l'enfant en cause par ceux qui, à la base du fait de la naissance, ont détenu jusqu'à ce moment, et l'assignation de celles-ci aux membres du couple sollicitant, qui acquièrent le statut de parents de l'enfant. Ainsi étant, l'adoption et le transfert de la filiation constituent deux moyens juridiques à la base desquels ceux qui ont acquis, par le fait de la naissance, la protection parentale concernant un enfant, la perdent en totalité.

Même si débutant comme une nouvelle technique d'assistance médicale de la reproduction pour les époux qui se trouvent dans l'impossibilité médicale d'avoir un enfant, la nécessité de l'existence d'une liaison génétique de l'enfant avec au moins l'un des parents, transforme la maternité de substitution dans une adoption de l'enfant de l'autre conjoint. On y peut conclure que par l'acquisition d'un statut assimilé à celui de l'enfant adopté, le législateur anglais a créé à l'enfant né par la maternité de substitution, un statut juridique privilégié par rapport aux autres enfants résultés par d'autres techniques de RMA.

IV. La situation de la «mère porteuse» dans le droit roumain

On considère que dans le droit roumain, *de lege data*, toute convention qui a comme objet la détermination de la maternité de l'enfant envers une autre femme que celle qui lui a donné naissance, est frappée de nullité absolue.

Catégoriquement, indépendamment du matériel génétique qui a été à la base de la conception, la filiation de l'enfant ainsi conçu s'établit envers la femme qui a porté la gestation et qui a donné naissance. Autrement dit, ce qui représente

importance juridique pour la détermination de la filiation envers la mère et le fait matériel de la naissance, la femme qui donne naissance devenant, d'un point de vue juridique, la mère de l'enfant⁶⁸. Si la mère «porteuse» est mariée ou se marie jusqu'à l'accouchement, son mari devient le père de l'enfant, en vertu de la présomption de paternité (art. 53 alinéa 1 Code de la famille) et si celle-ci est célibataire, on établit à l'enfant seulement la filiation maternelle, il pouvant être reconnu, en vertu des dispositions de l'art. 57 du Code de la famille, par tout homme, inclusivement par le tiers donneur.

En vue de l'accomplissement du but pour lequel a été réalisée «la maternité de substitution», ultérieurement à la naissance de l'enfant, la «mère porteuse» cède l'enfant, par l'intermédiaire de l'adoption, au couple qui a «commandé» la gestation. Ainsi étant, dans l'actuelle réglementation de Roumanie, l'adoption est le seul moyen juridique par lequel on peut concrétiser «l'accord» qui a été à la base de la réalisation de la maternité de substitution, par le transfert de la filiation de la mère de substitution à la mère substituée. On sous-entend que l'adoption de cet enfant par la mère génétique ne se réalise que si la mère juridique (celle qui a donné naissance) exprime, dans la forme et dans le délai expressément prévus par la loi⁶⁹, le consentement à l'adoption. Au cas où celle-ci est mariée, il est nécessaire aussi le consentement du père.

Si ultérieurement à la naissance de l'enfant, «la mère porteuse» refuse d'exprimer son consentement à l'adoption, le couple n'a aucune possibilité légale de rompre les liaisons de filiation entre l'enfant et la femme qui lui a donné naissance, une éventuelle convention entre les parties ne pouvant pas représenter une source de droits et d'obligations. Aussi, en l'absence d'une réglementation juridique, la «mère porteuse» peut exprimer son consentement à l'adoption de son enfant par un autre couple que celui qui a contribué génétiquement, totalement ou partiellement, à la procréation de celui qui va être adopté.

Par la sentence civile no. 112 du 12 mars 2001²¹, prononcée par le Tribunal de Iasi par décision civile no. 1760/2001, on a admis la demande formulée par l'épouse par laquelle on sollicite l'accord à l'adoption de l'enfant de son époux. L'instance judiciaire a retenu le fait que la plaignante se trouve dans l'impossibilité biologique d'avoir des enfants, et au 23 juin 2000, sa soeur, célibataire, a donné naissance à un enfant, M. C., qui a été reconnu avec l'enregistrement de la naissance par son beau-frère, respectivement l'époux de la femme qui a adopté l'enfant.

⁶⁸ Concernant la filiation envers la mère, voir Filipescu, I. P., Filipescu, A. I., *Tratat de dreptul familiei*, București, Editura All Beck, 2001, pp. 280-300.

⁶⁹ Le consentement des parents naturels peut être exprimé en forme authentique seulement après le délai de 45 jours de la naissance de l'enfant, devenant irrévocable à l'accomplissement du terme de 30 jours de la date de son expression (art. 8 de l'Ordonnance d'urgence du Gouvernement no. 25/1997 concernant le régime juridique de l'adoption, publiée dans le Journal Officiel de Roumanie, partie I, no. 120/1998, approuvée avec modifications et compléments par la Loi no. 87/1998, publiée dans le Journal Officiel de Roumanie, partie I, no. 168/1998.

substitution, le rôle de la femme célibataire étant celui de “mère porteuse”, et l’adoption a représenté la seule possibilité légale de créer de liaisons de filiation avec la femme stérile. En ce qui concerne la filiation envers le père, celle-ci est établie envers le père biologique par reconnaissance.

Comme on l’a montré dans notre littérature récente⁷⁰, *de lege ferenda*, on pourrait réglementer qu’ultérieurement à la naissance de l’enfant, on passe de la maternité biologique à la maternité juridique, par exemple, par adoption ou par une autre opération juridique⁷¹, comme on transfère la filiation de la mère de substitution à la mère substitutive.

Toute action en justice pour la contestation de la maternité suppose la confirmation du fait que la “mère porteuse” ne lui a pas donné naissance et du fait qu’il n’y a pas une identité entre l’enfant qu’on prétend être à la mère et l’enfant auquel la femme a donné naissance. Mais, cette preuve est impossible à réaliser, puisque, par tout moyen de preuve, on prouve le contraire, ce qui signifie que le juge repousse une telle action de contestation de la filiation envers la mère.

En conclusion, l’adjonction romaine *mater semper certa est* s’oppose encore à la dissociation d’entre la mère génitrice et “la mère porteuse” qui donne naissance à l’enfant. *De lege data* et *de lege ferenda*, les normes juridiques désignent comme mère la femme qui donne naissance, ce qui signifie qu’on éloigne de la sphère du juridique la femme donatrice, si celle-ci n’a pas donné naissance, ou, au contraire, si elle donne naissance, on interdit la détermination de la filiation envers une autre femme.

⁷⁰ Voir, dans ce sens, M. Avram, op. cit., pag. 35.

⁷¹ Tel que, comme déjà vu, en Grande Bretagne, où le législateur a créé une nouvelle procédure, nommée transfert de parenté, qui permet l’engagement juridique de l’enfant né par «une mère porteuse» par les deux enfants qui ont souhaité cet enfant.