

UNIVERSITE PANTHEON-ASSAS (PARIS II)

DEA DROITS DE COMMON LAW

ANNEE 2002-2003

Les conventions de mères porteuses en droit
américain

Par Gille Goasguen

Sous la direction de Mme le Professeur Marie Goré.

Sommaire :

- Table des Matières : Page 3
- Mémoire : Page 7
- Annexes : Page 77
- Bibliographie : Page 88

« Les opinions exprimées dans ce mémoire sont propres à leur auteur et n'engage en rien la responsabilité de l'université Paris II Assas »

Table des matières :

Introduction

- **Le contrat : instrument nécessaire pour le recours à une mère porteuse -**

- **La convention de mère porteuse aux Etats unis : un enjeu économique important -**

- **La notion de conventions de mère porteuse à travers le monde -**
 - A/ L'acceptation de la maternité de substitution à travers le monde.
 - B/ Plusieurs pays rejettent catégoriquement cette démarche.
 - 1) *Le droit français en la matière*
 - 2) *Hors la France*

- **Plus qu'un débat juridique, un débat social. -**

- **Une discussion juridique qui entraîne une incontournable réflexion éthique -**

Chapitre I : Le cadre juridique de la Convention de Mère Porteuse.

Section I : La multitude de positions étatiques concernant le recours à une mère porteuse.

§ 1. Les états qui reconnaissent et acceptent les conventions de mères porteuses.

§ 2. Les états qui criminalisent la pratique de la mère porteuse.

**§ 3. Les états où les conventions de mère porteuse sont considérées comme
inapplicables.**

§ 4. Le cas Californien : le recours à la « Case Law ».

§ 5. Les autres états.

Section II : Les nombreuses questions constitutionnelles que soulèvent la pratique de la maternité de substitution.

§ 1. La Constitution : son utilisation pour une acceptation de principe.

A/ La « Due Process Clause », le droit à l'accès à tous types de techniques de procréation

B/ L'« Equal Protection Clause » ou l'égalité des sexes face à la procréation.

C/ Les théories économiques du droit pour justifier la possibilité de passer ce type de contrat.

§ 2. Les droits constitutionnels des parties dans le contrat.

A/ La mère porteuse au regard de la notion de maternité.

B/ Les droits de la mère porteuse protégés par la Constitution.

1) Le droit de la mère porteuse de procréer et d'avorter librement.

2) Le droit de contrôler le « Medical Care »

§ 3. Vers un projet d'uniformisation

A/ L'échec des tentatives d'uniformisation fédérale sur le sujet.

B/ Une proposition en faveur de l'acceptation des conventions de mère porteuse

Chapitre II : Le régime juridique de la Convention de Mère Porteuse

Section I : Le caractère contractuel de la démarche.

§ 1. Les dispositions classiques du contrat.

A/ Le contrat entre le couple demandeur et la mère porteuse.

B/ La convention de mère porteuse traditionnelle, le contrat entre le père biologique et la mère porteuse.

§ 2. Le juge étatique, créateur d'un droit des mères porteuses.

A/ Le droit de la famille comme base juridique à l'applicabilité de la convention de mère porteuse.

B/ Les lois relatives à l'adoption et à l'insémination artificielle pour préciser l'application pratique de la convention.

§ 3. Le juge étatique, garant de la protection de l'enfant, objet du contrat.

A/ La responsabilité du couple demandeur

B/ La bataille pour la garde de l'enfant : une solution en faveur du meilleur intérêt de l'enfant.

Section II : La convention de mère porteuse : une démarche ayant des implications éthiques et morales.

§ 1. La compensation au profit de la mère porteuse

A/ La rémunération de la mère porteuse ou la violation de l'ordre public étatique.

1) La violation des lois relatives à l'adoption

2) Une convention allant à l'encontre de l'ordre public étatique

3) Discussions sur le bien fondé de la référence à l'ordre public étatique.

B/ La compensation de la mère porteuse pour le service rendu.

§ 2. Un sujet qui ne s'arrête pas au droit : une pratique ayant des implications sociales, morales et religieuses.

A/ La convention de mère porteuse, le nouveau fer de lance de la lutte contre les formes de discrimination aux Etats-Unis

1) Un sujet de discorde pour les mouvements féministes américains

2) La convention de mère porteuse : davantage qu'un remède aux problèmes d'infertilité.

B/ Lorsque les convictions religieuses sont malmenées par les évolutions scientifiques.

Conclusion :

Introduction

Il faut remonter à l'ancien Testament pour trouver la première trace de conventions de mères porteuses.

En effet, l'homme de cette époque se devait d'être fécond et avait pour obligation morale de procréer¹. C'est pour cette raison que l'on trouve, dans l'Ancien testament, plusieurs cas qui relatent la pratique de la mère porteuse². Désireux d'avoir des héritiers alors que la femme semblait infertile, le couple n'hésitait pas à demander à leur servante de porter l'enfant à leur place. Abraham et Sarah ont eu recours à cette méthode. Cette dernière ne pouvant pas porter d'enfant, elle demanda à sa servante égyptienne, Hagar, de le porter à sa place. Le droit Mésopotamien autorisait cette démarche. Alors que Hagar était enceinte, Sarah, jalouse, la maltraita. Hagar finit par s'enfuir et donna naissance à un enfant, Ismaël.

L'enfant est au centre de cet arrangement, mais la mère porteuse ne veut pas toujours rendre l'enfant une fois né. C'est exactement le même genre de cas qui est soumis aux juges américains depuis presque 20 ans. Cette convention, comme ses conséquences, ont finalement très peu changé au fil des siècles.

La pratique de la mère porteuse, le recours à une mère de « substitution », doit être définie avant toute réflexion juridique.

On distingue deux types de mères porteuses, celle traditionnelle et celle gestationnelle.

La mère porteuse **traditionnelle** porte l'enfant issu de son propre ovocyte et du sperme du père demandeur. Elle est donc la mère biologique de l'enfant.

La mère porteuse **gestationnelle** porte l'enfant issu des gamètes (ovocytes et spermatozoïdes) du couple demandeur. Elle n'assure donc que la gestation. L'enfant n'aura aucun lien génétique avec elle.

Le recours à la mère porteuse est donc lié au fait que la femme demanderesse est dans l'incapacité de porter un enfant, voire de produire des ovocytes.

¹ : Gen. 2 :28

² : Gen. 16 :1-6 ; 30 :1-13

L'Assistance Médicale à la Procréation est, depuis les années 1978, un remède révolutionnaire aux problèmes d'infertilité. C'est cette année-là que naît Louise Brown grâce à la technique de la fécondation In Vitro. Le premier bébé éprouvette français, répondant au prénom d'Amandine, naît en 1982.

La Fécondation In Vitro (ou FIV) est une technique clinico-biologique qui consiste à assurer la rencontre entre l'ovocyte et les spermatozoïdes en dehors du corps humain. Une fois associés, on insémine l'embryon dans la cavité utérine de la femme. Cette technique a pour but de pallier les difficultés rencontrées par les couples pour avoir un enfant. Elle est proposée lorsque ceux-ci ne peuvent se rencontrer de manière naturelle ou lorsqu'on ignore s'ils se rencontrent, ou encore pourquoi leur rencontre n'aboutit pas à l'obtention d'un embryon. La Fécondation In Vitro est choisie en fonction d'une histoire médicale et pour répondre à un désir de grossesse.

La Fécondation In Vitro est donc la technique utilisée lorsqu'un couple veut avoir recours à une mère porteuse gestationnelle. Dans ce cas, le contact entre l'ovocyte et le spermatozoïde se fait en laboratoire, la mère porteuse doit subir pendant ce temps plusieurs tests et plusieurs injections hormonales avant et pendant la grossesse afin d'habituer son corps à la réception d'un corps étranger.

Dans le cas de la convention de mère porteuse traditionnelle, on use de la technique de l'insémination artificielle, on parle d'insémination « intra-utérine ». Les spermatozoïdes sont inséminés dans le corps de la femme. Cela permet de ne pas solliciter chez la femme le passage des spermatozoïdes par les trompes. Ces dernières, lorsqu'elles sont altérées, empêchent aux spermatozoïdes d'aller plus avant. Dans le cas de la pratique de la mère porteuse, l'insémination intra-utérine est détournée de son but initial. L'insémination artificielle n'est pas ici un moyen de pallier une difficulté ou impossibilité physique de la femme pour tomber enceinte mais seulement un moyen d'introduire le sperme du mari du couple demandeur.

Ces deux techniques sont regroupées dans ce que l'on nomme, en France, l'AMP, l'« Assistance Médicale à la Procréation ». On parle aussi des techniques de procréation médicalement assistée. Ces techniques sont encadrées par la loi n° 94-654 du 29 juillet 1994.

Bien que difficile à établir, il semblerait que le nombre de couples mariés touchés par des problèmes d'infertilité représente environ 7,1% des couples américains mariés en 1995³. Certains moyens de résoudre les problèmes de stérilité masculine furent trouvés. La banque de sperme et la possibilité de bénéficier du sperme d'un anonyme ont été une avancée capitale. Néanmoins, si le don de sperme est une technique connue et relativement ancienne, le couple dont la femme était infertile n'avait pas de moyen équivalent. La technique de la mère porteuse constitue donc un remède équivalent au don de sperme.

On dénombre à travers les Etats Unis, une quarantaine de cliniques ayant effectué dix ou plus Fécondation In Vitro destinées à une mère porteuse pour l'année 2000. La majorité d'entre elles se trouvent dans l'état de Californie. La pratique n'est donc pas nouvelle et les cliniques y trouvent un intérêt incontestablement financier.

Un couple dont la femme est infertile avait, avant l'existence de cette pratique, une seule possibilité d'avoir un enfant ; il devait avoir recours à l'adoption.

La procédure de l'adoption n'offre pas que des avantages. En effet, aux Etats-Unis, la procédure d'adoption est longue et coûteuse, elle peut durer plus de trois ans dans certains états. De plus, elle est onéreuse et n'est pas ouverte à tous les couples. Une enquête très scrupuleuse est effectuée sur le passé de l'homme et de la femme. Le contrôleur gouvernemental peut de plus continuer à vérifier, une fois le placement effectué, si l'enfant ne manque de rien. De ce fait les autorités évincent très facilement les couples qui ne seraient pas issus d'un milieu aisé. L'enfant doit pouvoir être accueilli dans de bonnes conditions pour que ces études se déroulent le mieux possible.

Il est évident que la convention de mère porteuse n'entraîne pas ces devoirs puisque le contrat est privé et non soumis à l'aval des autorités gouvernementales.

Enfin, l'adoption ne permet pas d'avoir un lien biologique avec l'enfant.

A l'inverse, le recours à une mère porteuse permet d'avoir ce lien biologique, soit par le biais de l'homme, soit par le biais des deux membres du couple dans le cadre d'une convention de mère porteuse gestationnelle. Ce lien du sang semble primordial dans la décision d'un couple. Davantage que la volonté de survivance patronymique, le désir de survivance de la famille par le sang est décisif. Cette volonté d'avoir un enfant qui ait le même sang ne résulte pas d'une

³ : selon le US Department of health

évolution moderne des mœurs. Elle se manifeste parce que les couples en ont, aujourd'hui, la possibilité.

L'autre grande différence avec l'adoption réside dans le fait que le couple demandeur a la possibilité de suivre la gestation de l'enfant. Le couple, en général, est très présent au côté de la mère porteuse durant toute la grossesse. Il apparaît en effet que la mère porteuse a d'autant plus besoin de soutien pendant sa grossesse qu'elle porte un enfant qui n'est pas le sien ou qui ne lui est pas destiné. Par ailleurs, le couple demandeur peut avoir la sensation de « vivre » la grossesse et ainsi de se sentir proche de leur enfant. Lors d'une adoption, bien que l'enfant soit désiré par les parents adoptifs, le lien tissé ne peut être le même.

Cette nouvelle technique de procréation ne résout pas tous les inconvénients de l'adoption. Ainsi, la procédure est tout aussi longue. De même, elle n'est pas accessible à tous les couples puisque ces derniers doivent faire face à des dépenses médicales, des frais d'avocats, des frais conséquents pour le bien être de la mère porteuse durant la grossesse et surtout la compensation à terme de la mère de substitution pour le service rendu. Enfin, elle crée de nouveaux problèmes, comme nous le verrons par la suite, et non des moindres.

- Le contrat : instrument nécessaire pour le recours à une mère porteuse -

L'objet du contrat est donc de permettre au couple demandeur d'avoir un enfant et d'être considéré comme ses parents légitimes. Le droit des contrats intervient donc dans un domaine qui semblerait normalement relever du droit de la famille. D'où la question suivante « Dans quelle mesure peut-on réglementer par contrat une pratique qui a des implications en droit de la famille ? ».

Au delà du droit des contrats, on peut légitimement se poser la question de savoir qui est la mère de l'enfant ? Peut-on considérer que la mère gestatrice a des droits ? Si oui, lesquels ?

Alors que le recours à cette démarche implique le plus généralement quatre personnes, les deux membres du couple demandeur, la mère porteuse et le mari de la mère porteuse, il peut arriver que plus de quatre personnes soient concernées.

Prenons l'exemple d'un couple qui contacte une personne susceptible d'être mère porteuse. Le couple précise que cette dernière n'aura pas à faire usage de son ovocyte, elle se fera implanter les spermatozoïdes du frère du demandeur et l'ovocyte de la sœur de la demanderesse. Dans ce cas de figure extrême, lorsque l'enfant naîtra, pas moins de cinq personnes pourront se prétendre le parent de l'enfant : le couple demandeur en vertu du

contrat, la mère porteuse du fait qu'elle l'a porté durant neuf mois et enfin le frère et la sœur du couple demandeur au titre du lien génétique qui les unit à l'enfant. Nous verrons comment les états ont tenté de résoudre ces questions.

Le cadre juridique de la convention de mère porteuse en droit américain est difficile à définir. En effet, faute d'une intervention du gouvernement fédéral, ce sujet ressort de la compétence des états. Il en résulte une grande diversité dans les méthodes du législateur et du juge étatique pour poser un cadre juridique strict.

- La convention de mère porteuse aux Etats unis : un enjeu économique important -

Une convention de mère porteuse aux Etats-Unis exige de la part de la mère porteuse un grand effort, voire pour certains un sacrifice : l'abandon de l'enfant à sa naissance. Le couple demandeur consent lui aussi un sacrifice, un sacrifice financier. En effet, la compensation pour le service rendu est de l'ordre de nos jours de 30000\$ (La somme n'a pas cessé d'évoluer ces dernières années, la demande étant toujours plus forte, alors que le nombre de mères porteuses reste finalement assez peu élevé pour le moment).

Le nombre d'organisations faisant office d'intermédiaires entre le couple demandeur et la mère porteuse est très important⁴. On en dénombre plus d'une cinquantaine.

Ces sociétés proposent d'être l'intermédiaire et le garant du bon déroulement de toute la procédure de maternité de substitution. Cela inclut en premier lieu le choix et la rencontre des parties à l'accord. Le couple demandeur peut en effet choisir sa mère porteuse selon des critères tels que le quotient intellectuel, la couleur de peau ou encore l'aspect physique de cette dernière. La société organise la rencontre des parties entre elles. Elles les orientent ensuite vers la clinique, le soutien psychologique et l'avocat adéquat. Ces sociétés s'engagent donc à être présentes pendant toute la durée de la grossesse. En contrepartie, leurs honoraires sont de l'ordre de 5000\$.

La multitude de ce type de sociétés qui proposent, d'une certaine manière un « tout en un », entraînent une forte concurrence⁵. En effet, il n'est pas rare qu'elles proposent des promotions, des cadeaux de bienvenue. Ces entreprises vont vanter leurs prix très bas.

⁴ : www.surrogacy.com/agencies/states

⁵ : voire entre autres www.surrogatecreations.com/, www.affordablesurrogacy.com, www.creatingfamilies.com, www.conceptualoptions.com

D'un autre côté, on ne peut s'empêcher de penser que toute est fait pour « appâter » le « client ». Le moyen le plus couramment utilisé est justement de laisser croire au client qu'il n'en est pas un, que la société qui traitera de la procédure n'est pas une simple société à but lucratif mais « œuvre pour la joie des couples » qui, peu de temps auparavant n'avaient aucun moyen d'avoir un enfant. Leurs slogans sont d'ailleurs évocateurs "Making Dreams Come True"⁶ ou encore "When your heart is open...all things are possible"⁷.

Enfin ces sociétés mettent systématiquement en avant leur expérience dans ce domaine, le processus qu'entraîne la maternité de substitution étant complexe et long. Elles soulignent la difficulté que rencontrerait un couple qui n'aurait pas recours à ce type de services. Ils jouent enfin sur la complexité du cadre et du régime juridiques de la convention de mère porteuse aux Etats-Unis.

Nous trouvons aussi des cabinets d'avocats qui se sont spécialisés dans le domaine de la convention de mère porteuse, allant du contrat à la question de garde de l'enfant en passant par l'adoption⁸. Ces cabinets parfois vont au delà du simple conseil juridique puisque certains organisent les rencontres du couple demandeur et de la mère porteuse avec les médecins et les psychologues.

On se trouve donc en présence d'un véritable marché économique. L'acceptation, au niveau juridique, de la convention de mère porteuse dans certains états a entraîné la création de très nombreuses sociétés. La concurrence y est féroce, la Californie à elle seule comprenant une vingtaine de sociétés faisant office d'intermédiaires. Il n'est pas seulement question de rendre « service », au sens noble du terme, il est véritablement question de profit. La détresse des couples infertiles est rentable à en juger à l'explosion du nombre d'infrastructures proposant ces services dans le cadre d'une maternité de substitution. Nous sommes ici face à ce qu'on voulus éviter les pays qui n'ont autorisé les conventions de mère porteuse que dans un seul but altruiste. Car la vraie question est de savoir si une surenchère de ces entreprises soumises à une forte concurrence n'entraînerait pas à terme une baisse de la qualité du service rendu.

- La notion de conventions de mère porteuse à travers le monde -

A/ L'acceptation de la maternité de substitution à travers le monde.

⁶ : « Faire d'un rêve une réalité » www.affordablesurrogacy.com

⁷ : « Lorsque votre cœur s'ouvre, tout devient alors possible » www.surromother.com

⁸ : www.surrogacy-solutions.com

Cette démarche est diversement admise dans les pays à travers le monde. Voici un tableau qui retrace l'état du droit dans divers pays au travers des cinq continents.

En Belgique	Possible (Pas de législation à ce sujet)
Au Canada	Possible mais il ne doit pas y avoir de rétribution de la mère gestationnelle
Au Danemark	Possible mais les mères de substitution ne doivent pas être rétribuées
En Finlande	Possible mais les mères de substitution ne doivent pas être rétribuées
En Grèce	Possible
Au Luxembourg	Possible dans un but altruiste
En Grande-Bretagne	Légalisé mais les mères porteuses ne doivent pas être rétribuées
En Hollande	Légalisé mais seulement dans un but altruiste
En Hongrie	Légalisé entre personnes de la même famille
En Russie	Légalisé depuis 1995. L'acte de naissance portera le nom des deux parents demandeurs
En Israël, en Argentine, en Australie, au Brésil, en Corée, en Inde, en Nouvelle-Zélande et au Vietnam.	Légalisé

9

Le commun dénominateur de ces divers pays qui reconnaissent l'existence de la maternité de substitution réside dans l'idée qu'une telle démarche ne doit se faire que dans un but altruiste.

⁹ : Informations recueillies sur le site de l'association MAIA, association française favorable à la reconnaissance et la réglementation en France des conventions de mères porteuses. www.ifrance.com/maia-asso/

Plusieurs de ces pays considèrent qu'à partir du moment où une quelconque rémunération aurait un lien avec la naissance de l'enfant, le procédé deviendrait alors inacceptable. La maternité de substitution est considérée comme un service rendu, non au sens juridique, pour que des couples dont la femme est infertile puissent connaître le bonheur d'avoir un enfant qui de surcroît serait biologiquement le leur. La Hongrie va même plus loin dans ce raisonnement puisqu'elle n'accepte le recours à une mère de substitution que si les parties au contrat sont de la même famille. Par exemple, si une femme se marie et découvre qu'elle est infertile, elle pourra demander à sa sœur de subir une insémination artificielle du sperme de son mari. La démarche est donc très personnelle

B/ Plusieurs pays rejettent catégoriquement cette démarche.

1) Le droit français en la matière

En France, le législateur dans la rédaction de la loi « Bioéthique » de 1994 a proné à l'égard des conventions de mères porteuses une interdiction absolue. Cette loi a inséré de nombreuses dispositions dans le code civil, le code pénal mais aussi le code de santé publique.

Cette intervention législative dans le domaine de la maternité de substitution est liée au détournement de plus en plus fréquent des lois sur l'accouchement sous X, du droit de la filiation et du droit relatif à l'adoption. En effet, le processus se déroulait en trois étapes. D'abord la mère porteuse accouchait anonymement. Ensuite, l'enfant né de mère inconnue était reconnu par son père fournisseur de sperme qui par ailleurs était marié. Enfin, l'épouse de ce dernier adoptait de manière plénière l'enfant. De plus l'état de mariage de la mère porteuse ne changeait rien puisque l'accouchement anonyme empêchait que le mari soit considéré comme père présumé.

Ce détournement est depuis 1994 plus difficile à mettre en œuvre, tant la loi s'est dotée de textes prohibitifs et limitatifs.

L'article fondamental est l'article 3 de la loi n°94-653 du 29 juillet 94. Il insère dans le code civil l'article 16-7 qui dispose que « Toute convention sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle ».

Aux termes de l'article L227-12 du code pénal «*Le fait de provoquer soit dans un but lucratif, soit par don, promesse, menace ou abus d'autorité, les parents ou l'un d'entre eux à abandonner un enfant né ou à naître est puni d'un an d'emprisonnement et de 7622 € d'amende.*

Le fait, dans un but lucratif, de s'entremettre entre une personne désireuse d'adopter un enfant et un parent désireux d'abandonner son enfant né ou à naître est puni d'un an d'emprisonnement et de 15244 € d'amende.

Est puni des peines prévues au deuxième alinéa le fait de s'entremettre entre une personne ou un couple désireux d'accueillir un enfant et une femme acceptant de porter en elle cet enfant en vue de le leur remettre. Lorsque ces faits ont été commis à titre habituel ou dans un but lucratif, les peines sont portées au double. ».

Le code de la santé publique se charge quant à lui de réprimer l'assistance médicale en vu du bon déroulement de cette démarche. En effet, l'article L.152-2 dispose « *L'assistance médicale à la procréation est destinée à répondre à la demande parentale d'un couple. Elle a pour objet de remédier à l'infertilité dont le caractère pathologique a été médicalement diagnostiqué. Elle peut aussi avoir pour objet d'éviter la transmission à l'enfant d'une maladie d'une particulière gravité. L'homme et la femme formant le couple doivent être vivants, en âge de procréer, mariés ou en mesure d'apporter la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans et consentants préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination.* ». Puis s'ensuit l'article L.152-14 « *Le fait de procéder à des activités d'assistance médicale à la procréation à des fins autres que celles définies à l'article L. 152-2 est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 76224 € d'amende* ».

La loi bioéthique n'est que l'aboutissement d'une réflexion juridique qui consistait dès 1991 à prohiber la maternité de substitution. L'interdiction a d'ailleurs été confirmée par un arrêt de la Cour de Cassation rendu en Assemblée plénière le 31 mai 1991¹⁰ : « *La convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes.* ».

Ainsi, la France a une position très ferme en la matière. En effet, la France interdit tous les types de conventions, mère porteuse traditionnelle ou gestationnelle, à titre onéreux comme gratuit. L'argument fondamental reste celui de l'indisponibilité du corps humain et de l'impossibilité d'une démarche contractuelle à but lucratif impliquant le corps humain.

La France n'est pas le seul pays à avoir pris une position négative et ferme à l'encontre de la pratique de la maternité de substitution.

¹⁰ : Cass. Ass. Plenn. 31 mai 1991, n°90-20.105

Elle a d'ailleurs demandé à la Communauté Européenne de légiférer en la matière afin d'harmoniser la position à l'échelle communautaire, et ce pour éviter le « tourisme médical » qui consisterait pour une femme désireuse d'avoir un enfant de se déplacer dans un pays dont la législation est moins rigide.

2) Hors la France

La Suisse interdit le recours à des mères porteuses en vertu de l'article 24 de la Constitution fédérale.

En Allemagne, la médiation de mères porteuses est punissable en vertu de la loi modifiée sur l'adoption du 27 novembre 1989.

La Norvège et l'Espagne ont également interdit la convention de mère porteuse sur leur territoire.

- Plus qu'un débat juridique, un débat social. -

La convention de mère porteuse, ou la maternité de substitution, présente cette particularité de dépasser largement les termes d'un débat juridique. On en veut pour preuve l'existence d'associations en France de défense de la femme, de la famille ou encore des libertés homosexuelles. Elles se font l'étendard le porte-parole de la pratique américaine, qui est, selon elles, le pays de l'ouverture sociale. Si la Californie est, en effet, très libérale, sur le sujet de la maternité de substitution, elle n'est pas pour autant le reflet de la mentalité américaine.

Le débat est présent en France pour une légalisation de la pratique et surtout l'assurance d'une réglementation qui aurait pour but de protéger les parties à ce contrat. L'association MAIA¹¹ a fait d'ailleurs des propositions à l'Assemblée Nationale¹².

Plusieurs associations de défense de la cause homosexuelle en France, notamment l'APGL¹³, voudraient, elles aussi, que la convention de mère porteuse soit autorisée, et ce pour plusieurs raisons.

¹¹ : Association d'aide aux couples infertiles pour un meilleur accès aux techniques artificielles de reproduction.

¹² : Voir annexe n°3

¹³ : « Association des parents gays et lesbiens »

D'une part, l'acceptation sur le territoire français de la démarche de la maternité de substitution leur ouvrirait une voie supplémentaire vers la possibilité pour des parents homosexuels d'adopter un enfant. En effet, si la loi bioéthique ne prohibait pas les conventions de mères porteuses, on peut penser que des mesures seraient prises pour que les couples homosexuels ne puissent avoir accès à cette pratique. Néanmoins, on sait que lorsque le droit entrouvre une porte, le PACS notamment, il est très difficilement compréhensible pour les citoyens qu'elle ne soit pas complètement ouverte ou complètement fermée. Le droit peut difficilement rester dans la demi-mesure et il est vraisemblable que si une association de défense de la cause homosexuelle avancerait qu'ils ont désormais la possibilité de se marier, bientôt la possibilité d'adopter, dans ce cas pourquoi pas pouvoir avoir recours à une mère porteuse traditionnelle ?

D'autre part, force est de constater que les couples homosexuels ne se privent pas de recourir à cette pratique sans aucune sécurité juridique. Il est en effet de plus en plus fréquent qu'un couple homosexuel de sexe masculin s'organise avec un couple homosexuel féminin. L'homme A utilisera son sperme qui sera inséminé artificiellement chez la femme A. L'homme B utilisera son sperme inséminé lui aussi artificiellement chez la femme B. A l'issue de ces deux grossesses, l'un des deux enfants ira avec le couple masculin, l'autre restera avec le couple féminin. L'intérêt de cette pratique est que les deux enfants leur seront génétiquement liés quelque soit le giron familial dans lequel ils prendront place.

- Une discussion juridique qui entraîne une incontournable réflexion éthique -

On pourrait se poser la question de savoir quelles sont les limites de l'intervention du droit dans la société ? La maternité de substitution n'est elle pas un sujet qui pourrait permettre d'y répondre.

Le droit n'est pas une force omnipotente, il doit évoluer en fonction des besoins affichés des gens. Le législateur décide parfois d'intervenir de manière rigide, d'autre fois il interviendra de manière évolutive. Une certitude est que le droit doit prendre en compte les valeurs morales et éthiques des personnes envers qui il aura vocation à s'appliquer. La question de la compensation de la mère porteuse est la meilleure preuve de la nécessité de prendre en compte les valeurs éthiques et morales. Nous verrons en effet que plusieurs états ont condamné la maternité de substitution lucrative au motif que la somme que recevait la mère porteuse n'était autre que la location du ventre de cette dernière et donc l'achat de l'enfant qui

en résulterait. Le principal argument de ces états réfractaires réside dans l'interdiction faite sur le territoire américain du « baby selling ».

D'un autre côté, certains états ont accepté cette pratique sans pour autant ne occulter les problèmes éthiques que posent la question de la compensation. Il est intéressant de cerner le raisonnement juridique qui les a amenés à cette acceptation de la convention de mère porteuse à but lucratif.

Comme nous allons le voir par la suite, si la pratique est nouvelle et assez médiatisé, certains pays ont déjà prévenu ce qu'ils considéraient comme un danger en interdisant la maternité de substitution. D'autres ont accepté cette pratique soit dans un but uniquement altruiste, soit dans un but altruiste ou lucratif.

Cette diversité se retrouve aux Etats-Unis. En effet, les états ont de même soit interdit, soit légalisé la pratique de la mère porteuse. Entre deux, on retrouve une multitude de positions. Ces multitudes de positions contribuent à laissé ouverte la question d'une intervention fédérale en ce domaine ou de la cour suprême des Etats-Unis. Tout ceci permet d'établir un cadre juridique à la convention de mère porteuse sur le territoire américain (Chapitre I).

Au delà de ce cadre juridique non figé, il est intéressant de pénétrer à l'intérieur du contrat lui-même. Cette démarche, qui a des implications familiales, garde une coloration très contractuelle. Pour autant, les rédacteurs, comme les autorités du droit, ont bien pris soin de mettre en avant le fait qu'il ne s'agit pas d'un contrat comme les autres. C'est notamment un contrat qui pose des questions d'ordre éthique et morales. Nous tacherons de dresser le régime juridique de ce type de conventions. (Chapitre II).

Chapitre I : Le cadre juridique de la Convention de Mère Porteuse.

La convention de mère porteuse n'est pas, comme nous l'avons souligné auparavant, un thème qui suscite l'unanimité. De nombreux pays dans le monde la rejettent, d'autres l'acceptent mais en la soumettant à des conditions draconiennes. Les Etats-Unis sont le reflet de cette diversité. On pourrait d'ailleurs parler non pas du « cadre juridique » mais « des cadres juridiques » possibles à la convention de mère porteuse. Nous verrons ainsi l'extrême diversité des positions étatiques en la matière (Section I).

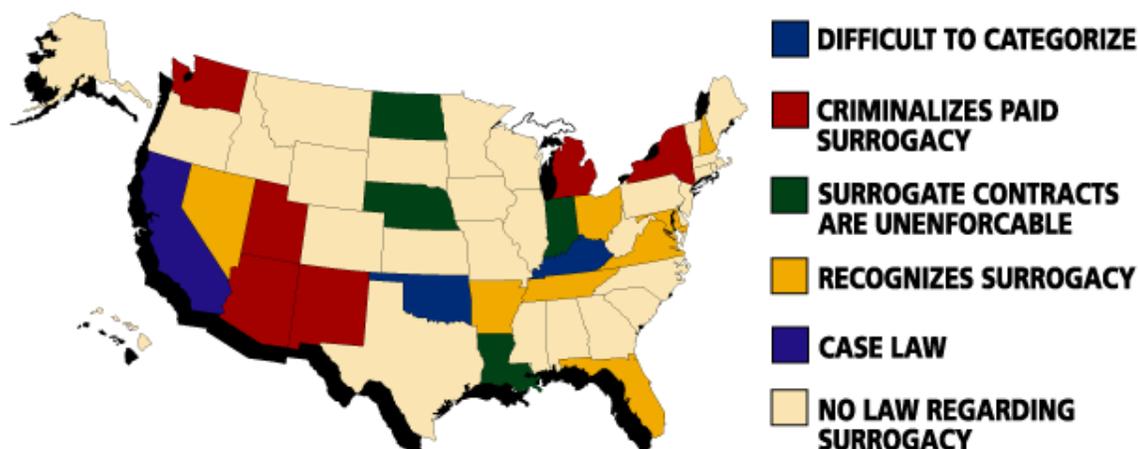
La Cour Suprême des Etats-Unis n'est pas encore intervenue sur ce sujet, et notamment sur la question de savoir si la convention de mère porteuse ne porte pas atteinte à certains droits constitutionnellement protégés. Il faut néanmoins souligner que les acteurs de cette convention, parties, juges, avocats, mettent en avant plusieurs violations des dispositions de la Constitution Fédérale. Nous en traiterons dans une seconde partie. (Section II)

Section I : La multitude de positions étatiques concernant le recours à une mère porteuse.

-Avant-propos : La convention de mère porteuse est un domaine réservé aux états. En effet, le gouvernement fédéral n'a qu'une compétence limitée. C'est l'article I section 8 de la Constitution qui énumère les différents thèmes dans lesquels le Congrès peut intervenir. Bien évidemment, il n'est pas nécessaire que cette section traite de la convention de mère porteuse pour que le Congrès soit compétent. Il suffirait par exemple que l'un de ses articles traite de la régulation des techniques de reproduction ou encore du domaine de l'adoption. Ce qui n'est pas le cas.

Bien sûr, la convention de mère porteuse est une pratique nouvelle qui n'existait pas à l'époque de la rédaction de cette Constitution. Mais l'on sait que le Congrès peut s'appropriier un domaine en théorie réservé aux états par le biais de la clause de commerce. L'usage de cette méthode pourrait être tout à fait recevable concernant la convention de mère porteuse qui est avant tout un contrat et qui peut toucher le commerce interétatique. Il faut donc trouver d'autres raisons à ce silence. En réalité, il semble que le gouvernement fédéral observe les différentes positions étatiques et attende les résultats et les implications de tels ou tels systèmes.

Legal Overview of Surrogacy Laws by State



© Copyright 2002, TASC: The American Surrogacy Center, Inc. / www.surrogacy.com

14

Ainsi que le montre cette carte, nous pouvons trouver six différents systèmes applicables sur le territoire américain. Nous verrons que les différences observées entre les états se doublent d'un cadre juridique qui peut différer totalement.

¹⁴ : www.surrogacy.com

§ 1. Les états qui reconnaissent et acceptent les conventions de mères porteuses.

On dénombre dans cette catégorie sept états : l'Arkansas, la Floride, le Nevada, l'Ohio, le Tennessee, le Vermont et la Virginie.

Plutôt que d'énoncer le cadre juridique élaboré par chaque état, nous tenterons de définir un tronc commun et d'analyser leurs caractéristiques respectives.

La grande spécificité de ces états est qu'ils ont tous légiféré en la matière. Plus ou moins distinctement, ils ont tous reconnu la possibilité pour un couple de passer contrat avec une mère porteuse, traditionnelle ou gestationnelle.

En **Arkansas**, le texte de loi¹⁵ prévoit que dans le cadre d'une convention de mère porteuse, l'enfant sera celui du père biologique, donc le mari dans le couple demandeur, et de la femme de ce dernier. Cet état a une position très originale. En effet, et nous aurons l'occasion de le voir plus tard, la majorité des états ne raisonne pas dans ce sens. La plupart du temps, ils considèrent que si une femme mariée a un enfant par le biais d'une insémination artificielle, elle sera considérée comme la mère de l'enfant et le père sera le mari de cette femme.

L'état d'Arkansas va encore plus loin puisqu'il prévoit que le certificat de naissance de l'enfant comportera les noms du couple demandeur comme père et mère de l'enfant. La mère porteuse traditionnelle, qui a donc fourni l'ovocyte, ne sera même pas citée sur le certificat de naissance de l'enfant.

Cet état ne distingue donc pas la mère porteuse traditionnelle de la mère porteuse gestationnelle. Dès lors que le couple demandeur est reconnu dès la naissance comme les parents de l'enfant, cela bloque toute possibilité pour la mère porteuse traditionnelle de contester la maternité de la femme du père biologique.

¹⁵ : section 9-10-201 du « Arkansas Code »

La **Floride** a elle aussi une législation très favorable relative au don d'ovocyte et au don de sperme et plus particulièrement à propos des conventions de mère porteuse, traditionnelle et gestationnelle.

La Floride distingue en effet ces deux types de conventions.

S'agissant de la convention de mère porteuse gestationnelle, le texte de loi prévoit les clauses devant être incluses pour que le contrat ait force obligatoire. Le contrat sera valide si le couple demandeur a plus de 18 ans et si un expert médical conclut à l'impossibilité pour la femme de mener une grossesse à terme ou aux graves dangers encourus par l'enfant. De son côté, la mère porteuse doit avoir plus de 18 ans et doit accepter de subir des tests divers avant la grossesse. Elle est la seule à donner un consentement valable concernant la gestion de sa grossesse et elle abandonne ses droits parentaux à la naissance de l'enfant tout en assistant le couple demandeur lors de la délivrance du certificat de naissance. Enfin le texte de loi exige que le couple demandeur assume la garde de l'enfant dès sa naissance, et ce malgré d'éventuelles troubles de l'enfant, physique ou psychologique.

La Floride est dotée du même système que l'Arkansas concernant le certificat de naissance. En effet, le couple demandeur sera inscrit comme les parents de l'enfant, et ce sans passer par une procédure d'adoption.

S'agissant maintenant de la convention mère porteuse traditionnelle, il faut se tourner vers le « Florida Statutes 63.212 ». Il est d'ailleurs intéressant de souligner que les autorités parlent de « Preplanned Adoption Agreements », c'est à dire des accords d'adoption d'enfant à naître, pour parler des conventions de mères porteuses.

Dans cet accord, une place beaucoup plus grande est faite au consentement de la mère porteuse. En effet, la question est de savoir si elle désirera laisser son enfant, biologiquement parlant, se faire adopter par la femme du couple demandeur. Le texte précise d'ailleurs que si le consentement de la mère porteuse intervient avant même le début de la grossesse, son accord n'aura force obligatoire que sept jours après la naissance de l'enfant. Le contrat doit prévoir, selon le texte de loi, les mêmes conditions que dans le cadre de l'autre convention (mère porteuse gestationnelle). Il rajoute néanmoins que la mère porteuse devra assumer la responsabilité de l'enfant si le couple demandeur met fin au contrat avant le transfert de la garde de l'enfant. De même, le père biologique, le mari du couple demandeur, devra assumer la responsabilité de l'enfant si une ou plusieurs des parties du contrat mettent fin au contrat. Enfin le couple demandeur devra accepter de ne pas assurer la garde et la responsabilité de l'enfant si la mère porteuse se rétracte avant le septième jour après la naissance de l'enfant.

Concernant la rémunération de la mère porteuse traditionnelle comme gestationnelle, l'état de Floride permet au couple demandeur de prendre à sa charge les dépenses médicales, légales et psychologiques ainsi qu'un montant raisonnable alloué à la mère porteuse pour subvenir à ses besoins. Cette disposition restant très vague, il n'est pas rare que ce soit devant la cour que le contrat soit validé, les juges appréciant librement ce que peut être un montant « raisonnable » sans que cela aille jusqu'à être considéré comme une « vente » d'enfant.

L'état du **Tennessee** n'a pas de loi spécifique traitant de la convention de mère porteuse. Celle-ci est pourtant mentionnée à la section 36-1-102 du TCA (Code relatif à l'adoption). Le texte précise que l'abandon de l'enfant par la femme qui l'a porté n'est pas nécessaire pour mettre fin à ses droits parentaux. De plus, l'adoption de l'enfant par les parents biologiques n'est pas nécessaire. Le texte précise ensuite qu'il ne pourra pas être interprété de manière à permettre la pratique des mères porteuses.

Ce texte est source d'ambiguïté pour la convention de mère porteuse traditionnelle. Eu égard à l'impossibilité pour la femme du couple demandeur d'établir un lien avec l'enfant, il semble difficile de passer outre la possibilité pour la mère porteuse d'abandonner ses droits parentaux et à la femme du couple demandeur d'adopter l'enfant.

Beaucoup plus simple est le raisonnement relativement au recours à une mère porteuse gestationnelle. En effet, la mère porteuse n'aura ici aucun lien biologique avec l'enfant. La reconnaissance des droits parentaux de la femme demanderesse est ainsi beaucoup plus facile à établir.

Concernant la rémunération, il convient avant tout de préciser que, comme dans beaucoup d'états, la vente d'enfant est considérée comme un crime. Ainsi, le paiement de la somme à la mère porteuse devra se faire pour des raisons valables. Ne sera pas une raison valable le fait de payer la mère porteuse afin qu'elle abandonne ses droits parentaux. Si cette mesure ne pose guère de problèmes dans le cadre d'une convention de mère porteuse gestationnelle, puisque cette dernière n'a pas de droit parental vis à vis de l'enfant, elle est source d'incertitudes dans le cadre de l'autre type de convention. Aussi, les parties doivent-elles être très vigilantes sur les justifications relatives à la rémunération de la mère porteuse.

Ces quelques exemples de cadres juridiques établis par les états nous donnent un aperçu des grandes différences qui peuvent régner dans l'application de ce type de conventions. Au delà

des conditions posées, il est intéressant de souligner que si ces états reconnaissent, par le biais d'une loi écrite, la convention de mère porteuse traditionnelle ou gestationnelle, certains vont y consacrer une loi spécifique alors que d'autres vont intégrer la démarche dans le domaine de l'adoption ou de l'insémination artificielle.

Le cadre juridique posé par l'état de Virginie reste l'un des plus complets et des plus simples mais, nous le verrons par la suite, il pose des questions notamment au regard de la Constitution et du « Bill Of Rights ». A contrario, si le système posé par l'état du Tennessee est ambiguë, il entre moins en conflit avec les droits fondamentaux de la mère porteuse et de l'enfant.

Alors que certains états acceptent cette pratique et légifèrent en la matière, d'autres légifèrent dans un tout autre but. Afin de criminaliser la pratique.

§ 2. Les états qui criminalisent la pratique de la mère porteuse.

On en dénombre six : l'Arizona, le Washington, New Mexico, l'Utah, le Michigan et enfin l'état de New York.

C'est en 1992 que le pouvoir législatif de l'état de **New York** a déclaré les conventions de mère porteuse nulles, inapplicables et contraires à l'ordre public étatique. Ce texte de loi n'est pas intervenu en raison d'une animosité particulière à l'égard des nouvelles techniques de reproduction. Le principal argument a été que, selon une cour de l'état, cette démarche favorisait le « trafic d'enfant ». Le législateur sanctionne les parties à ces contrats à but lucratif d'une amende d'au minimum 500\$. L'amende la plus sévère, 10000\$, est dirigée contre ceux qui arrangent ce type de contrat à but lucratif. La récidive expose l'auteur à une inculpation de crime. Il est cependant précisé que seules les conventions de mère porteuse entraînant une rémunération au profit de cette dernière sont concernées par ce texte de loi. Autrement dit, une convention de mère porteuse faite dans un but non lucratif n'est pas soumise à ces sanctions.

L'état de New York a précisé le cadre juridique de ces conventions non rémunérées. Il considère qu'un tel contrat devra être déclaré inapplicable par le juge si un conflit entre les parties s'élève. Néanmoins, il est prévu que si un litige concernant la garde de l'enfant

s'élève, le juge devra se référer au droit de la famille et non des contrats. Ainsi, on ne se référera qu'au standard du meilleur intérêt de l'enfant. Les clauses du contrat relatives à cette question seront sans valeur juridique. Ce dispositif ne permet pas de répondre à la question de savoir qui, de la gestatrice et de la mère génétique, sera considéré comme la mère légale de l'enfant. Les cours refusent d'y répondre, considérant que c'est au pouvoir législatif d'intervenir pour poser une règle précise. A défaut de réponses précises, il est considéré que la mère de l'enfant est celle qui lui a donné naissance.

Seule la cour d'appel de New York en 1994 n'a pas voulu attendre l'intervention du législateur, dont l'inaction est révélatrice de la volonté de ne pas donner de réponses précises, et a considéré, sur le modèle Californien, que si la femme qui donne naissance est une mère porteuse qui a reçu l'ovocyte d'une autre femme, alors cette dernière sera considérée comme la mère légale de l'enfant.

Aujourd'hui encore l'état de New York, et son pouvoir législatif, n'ont pas clarifié la situation.

L'état de **Washington** est doté depuis 1989 d'une législation sur les conventions de mère porteuse dans le « Revised Code of Washington » 26.26.210 et suivants.

Ce texte très rigoureux considère que les conventions de mère porteuse assorties d'une compensation au profit de cette dernière vont à l'encontre de l'ordre public de l'état de Washington. Personne, y compris les avocats, sociétés ou organisations, ne peut prendre part, fournir ou assister à la formation de ces conventions à but lucratif. La loi précise d'ailleurs ce qu'elle entend par compensation. Est considérée comme compensation le paiement d'argent, d'objets, de services ou tout autre chose ayant une valeur monétaire. Cela permet d'éviter la formation de conventions qui se prétendent à but non lucratif et qui par un moyen détourné compensent la mère porteuse. Ne sera pas considéré comme « compensation » le paiement de dépenses résultant de la grossesse et de toutes les dépenses médicales de la mère porteuse, ainsi que la dépense concernant la rédaction du contrat.

Ainsi, « toute convention de mère porteuse à but lucratif sera considéré comme nulle et inapplicable. Toute personne ou sociétés qui violeraient intentionnellement cette mesure se rendraient coupable de délit aggravé ».

La loi dispose de plus qu'« *Aucune personne, société ou organisation ne peut entrer, s'induire, assister ou prendre part dans la formation d'une convention de mère porteuse* ».

lorsque la mère porteuse est une mineure non émancipée, retardée mentalement, a une maladie mentale ou lorsque elle est handicapée physiquement . ».

Enfin, comme dans l'état de **New York**, le pouvoir législatif a prévu le cas où un conflit s'élèverait concernant le sort de l'enfant issu de ce type de conventions. Le texte de loi prévoit que dans ce cas, les juges devront se référer au droit de la famille et plus particulièrement au plan d'éducation des enfants¹⁶.

Ces deux états se sont dotés très rapidement d'une législation visant à interdire les conventions de mère porteuse. On peut d'ores et déjà s'étonner de la diversité des lois en vigueur entre états voisins. Alors que certains légifèrent pour donner un cadre juridique favorable à cette démarche, leurs voisins criminalisent la pratique.

Il faut souligner que ces états ont néanmoins eu conscience des risques que l'interdiction de ces conventions pouvait faire encourir à l'enfant issu de ce type de conventions. Pour que ces enfants ne soient pas les otages d'une politique législative, les états ont tout mis en œuvre pour que le meilleur intérêt de l'enfant soit préservé.

Voyons maintenant une autre forme d'interdiction qui consiste à rendre inapplicable ces conventions sans pour autant en criminaliser la pratique.

§ 3. Les états où les conventions de mère porteuse sont considérées comme inapplicables.

Nous trouvons parmi les états concernés L'Indiana, la Dakota du Nord ou encore le Nebraska. Comme nous l'avons, ils se distinguent des états précédemment cités du fait qu'ils n'ont pas criminalisés la pratique. La distinction est d'importance. La criminalisation de la pratique a pour conséquence qu'il semble difficile pour les autorités législatives de revenir en arrière à moins d'une intervention fédérale. Lorsque l'état ne fait que déclarer la convention de mère porteuse inapplicable, une évolution favorable reste néanmoins possible.

L'état du **Dakota du Nord** a donc légiféré de manière négative à propos des conventions de mère porteuse. Le texte de loi dispose que « Tout accord dans lequel une

¹⁶ : RCW 26.09.187(3) et 26.09.191

femme accepte de devenir mère porteuse ou d'abandonner ses droits parentaux et devoirs est nul. »¹⁷. Le législateur est allé plus loin qu'une interdiction stricte est formelle, il a prévu, dans le même article le sort de l'enfant. En effet, la suite de l'article dispose que « La mère porteuse, toutefois, est la mère de l'enfant à naître et la mari de cette dernière, si il est partie au contrat, est le père de l'enfant. Si le mari de la mère porteuse n'est pas partie à l'accord ou que la mère porteuse n'est pas marié, la paternité de l'enfant sera déterminé par le chapitre 14-17. ».

Un autre exemple topique est celui de la législation en vigueur dans l'état d'**Indiana**. En effet, cet état a promulgué une loi¹⁸ qui déclare que les conventions de mère porteuse vont à l'encontre de l'ordre public étatique. De plus, elle interdit aux cours de prendre en considération l'existence du contrat au cas où la mère porteuse refuserait d'abandonner l'enfant.

Deux raisons nous laissent à penser que cette loi est inefficace. D'abord, dans la majorité des cas, le couple demandeur et la mère porteuse ne sont pas résidents de l'état d'Indiana et ainsi la loi n'a pas vocation à s'appliquer. Ensuite, la convention est le plus souvent respectée par les parties, de telle sorte qu'il n'y a pas en pratique recours à un juge pour voir reconnaître le contrat applicable.

Sans discuter du bien fondé de la position de ces états, il convient néanmoins de souligner qu'en pratique, une telle législation n'empêche nullement les citoyens de cet état à conclure des conventions de mère porteuse dans les états voisins. L'état Californien est d'ailleurs le refuge de ces couples tant sa législation en la matière est libérale.

§ 4. Le cas Californien : le recours à la « Case Law ».

Le cadre juridique posé en Californie est unique à plusieurs titres. D'abord, parce que c'est le seul à avoir laissé les juges aller si loin dans l'interprétation du droit de la famille et du droit des contrats pour accepter tout type de convention de mère porteuse. Ensuite, la Californie est, en raison de sa position si favorable au couple demandeur d'une convention de mère porteuse,

¹⁷ : Article 14-18-05 du "Uniform Status of Children of Assisted Conception Act"

¹⁸ :I.C. 31-8-1-1 et suivants

l'endroit où se dirigent tous les couples du monde entier désireux d'user de cette technique de reproduction artificielle.

La raison de cette popularité réside dans la certitude que les intentions premières de la convention seront respectées par les juges californiens. C'est pour cela que toutes les parties à ce contrat se sentent protégées, le couple demandeur comme la mère porteuse.

Le cadre juridique de la convention de mère porteuse, traditionnelle et gestationnelle, a donc été élaboré par les cours. Il convient de mettre en avant le raisonnement des juges qui, par le biais de lois qui théoriquement n'étaient pas destinées à régler un conflit relatif à ce type de démarche, ont réussi à créer un cadre juridique clair et précis.

Les juges de la Cour Suprême Californienne ont eu l'occasion de se prononcer pour la première fois en 1993 dans une affaire qui concernait une convention de mère porteuse gestationnelle. Il s'agit de l'affaire « Johnson V. Calvert »¹⁹.

Anna Johnson avait signé avec les Calvert un contrat dont l'objet était qu'elle se fasse implanter le sperme et l'ovocyte réunis du couple. Une fois l'enfant né, Anna Johnson serait déchue de ses droits parentaux et les Calvert auraient la garde de l'enfant. Lors de la grossesse, les relations entre les deux parties se sont détériorées. La question qui fut finalement posée était celle de savoir qui, de la mère porteuse ou de la mère biologique, était la mère légale de l'enfant.

La Cour Suprême de Californie a considéré que la mère porteuse n'avait aucun droit parental à l'égard de l'enfant qu'elle avait mis au monde. Ce faisant, la cour a confirmé la solution rendue par une cour inférieure, à savoir que la convention de mère porteuse gestationnelle était légale et applicable.

En 1998, les juges ont repris le même raisonnement que dans l'affaire « Johnson V. Calvert », concernant une convention de mère porteuse gestationnelle où le couple demandeur avait fait appel à des donneurs anonymes de sperme et d'ovocyte. Il s'agit de l'affaire « Re Marriage of Buzzanca »²⁰.

En l'espèce, le mari du couple demandeur demanda le divorce six jours avant la naissance de l'enfant. Il affirma que puisqu'il n'était pas le père biologique de l'enfant, il ne pouvait pas être tenu de l'adopter. La cour en décida autrement et jugea que les parents légaux de l'enfant

¹⁹ : 5 Cal. 4th 84 (1993).

²⁰ : Re Marriage of Buzzanca March 10, 1998.

étaient le couple demandeur eu égard à leurs intentions contractuellement établies d'assumer l'enfant à naître et que le mari n'avait même pas à adopter l'enfant.

C'est en 1994 dans l'affaire « *Marriage of Moschetta* »²¹ que la Cour Suprême de Californie s'était exprimée au sujet de la convention de mère porteuse traditionnelle. Dans ce type de conventions, le couple demandeur devait adopter l'enfant une fois né. Ainsi, si la mère porteuse, qui est la mère biologique de l'enfant, change d'avis avant que la femme du couple demandeur n'adopte l'enfant, elle sera alors considérée comme la mère légale de l'enfant.

L'arrêt « *Buzzanca* » a, en ce domaine, changé la donne. En effet, la cour procède à une relecture de l'arrêt « *Moschetta* » et considère que la mère porteuse (gestationnelle, donc mère biologique) sera considérée comme la mère légale si, et seulement si, la femme du couple demandeur ne demande pas qu'on lui reconnaisse un lien de maternité avec l'enfant. A contrario, si la femme dans le couple demandeur fait cette demande, la mère porteuse n'aura aucun droit à agir pour que l'on reconnaisse sa maternité.

L'arrêt « *Buzzanca* » a encore bien d'autres implications. Il permettrait à un homme célibataire, à un couple non marié, voire à un couple homosexuel de recourir à cette technique de reproduction en toute légalité. Voilà pourquoi, l'état de Californie est si attractif.

Ces quatre premières catégories permettent une vision globale des différentes législations étatiques. On ne peut néanmoins s'arrêter là car les autres états doivent aussi avoir une politique juridique en ce domaine, parfois une politique de vide juridique, parfois une politique ambiguë.

§ 5. Les autres états.

Nous commencerons par traiter du cadre juridique établi par l'état du **New Jersey**. En effet, la cour suprême du New Jersey fut la première à se prononcer sur la question de la maternité de substitution. Il s'agit de la célèbre affaire « *Matter of Baby M.* »²². Les juges ont décidé que les conventions de mère porteuse étaient illégales et inapplicables parce que

²¹ : 25 Cal. App. 4th 1218 (1994)

²² : 109 N.J. 396, 537 A.2d 1227 (1988)

violait l'ordre public étatique. La cour considéra que la décision d'une femme d'abandonner son enfant avant sa naissance est infondée car elle est nécessairement dans l'ignorance du lien affectif qu'elle aurait pu créer avec l'enfant. La cour alla encore plus loin en annulant l'adoption de l'enfant par la femme dans le couple demandeur et redonna à la mère porteuse ses droits parentaux à l'égard de l'enfant. C'est le mari du couple demandeur qui a la garde de l'enfant, mais la mère porteuse dispose d'un droit de visite.

L'état du New Jersey n'a donc ni criminalisé la pratique, ni légiféré à son encontre. Elle considère simplement qu'une telle convention n'a aucune valeur ni force obligatoire devant une cour.

L'affaire « *Matter of Baby M.* » fut le premier et, à ce jour, le dernier développement juridique qu'a donné l'état du New Jersey à l'égard de la maternité de substitution.

La **Virginie de l'Ouest** est considérée comme un état favorable à la maternité de substitution. Elle tire son originalité du fait que le cadre juridique de ce type de conventions réside en une seule et unique ligne. En effet, le Code de la Virginie de l'Ouest interdit la vente d'enfant ou l'octroi de tout type de rémunération à des parents biologiques pour qu'ils consentent à l'adoption de leur enfant par autrui²³. Pourtant cette même section²⁴ comporte une atténuation : le texte dispose que « n'est pas interdit les dépenses incluses dans tout accord dans lequel une femme accepte de devenir une mère de substitution, une mère porteuse. ».

En **Illinois**, ni loi écrite, ni loi créée par le juge n'existent pour donner un cadre juridique à la convention de mère porteuse. Pourtant, après la célèbre affaire « *Matter of Baby M.* » rendue au New Jersey, trois propositions de lois avaient été faites. Deux en faveur de la maternité de substitution, une à son encontre. Aucune n'a abouti.

En l'absence de toute réglementation en la matière, la démarche semble possible mais le couple demandeur devra, à la naissance de l'enfant, l'adopter.

D'autres états ont une législation très stricte concernant les conventions de mère porteuse. Pourtant leurs législations se révèlent inapplicables pour des raisons diverses.

²³ : Section 48-4-16 du code de la Virginie de l'Ouest.

²⁴ : Section 48-4-16 (e)(3)

Prenons par exemple le **district of Columbia**. Le législateur définit d'abord ce qu'est une convention de mère porteuse²⁵ puis, à l'article suivant²⁶, dispose : « *Les conventions de mère porteuse sont interdites et rendues inapplicables sur le District. Toute personne ou institution qui s'engagerait, ou s'induirait, arrangerait ou prendraient part à une convention de mère porteuse pour une somme, une compensation, une rémunération et violerait cette article pourrait être sujette à une amende n'excédant pas 10000\$ ou à une peine d'emprisonnement d'un an, ou les deux.* ».

Si la réglementation est claire et stricte, elle laisse pourtant beaucoup de questions sans réponse. Elle est en pratique inapplicable et personne dans le District of Columbia n'a encore été poursuivi sur ce fondement. Cette interdiction si extrême a eu pour conséquence que les résidents de ce District désireux d'avoir recours à une maternité de substitution se sont tournés vers les états voisins. En effet, le Maryland, la Virginie et la Virginie de l'ouest n'interdisent pas cette convention.

Sans loi écrite ni recours à la « case law », certains états ont pourtant une politique très favorable concernant la maternité de substitution. L'état du **Maryland** considère que la seule réglementation à suivre est celle du contrat. Autrement dit, l'état se fie à l'autonomie de la volonté des parties et estime que les signataires de ce type de conventions doivent suivre de bout en bout les prévisions contractuelles. (Favorable aux résidents mais aussi aux non-résidents).

Enfin, certains états sont silencieux de bout en bout à propos des conventions de mère porteuse : pas de loi écrite, pas de « case law ». Ces états, lorsqu'ils sont « confrontés » à ce « problème » font le plus souvent référence aux lois relatives à l'adoption ou à la filiation. En pratique, eu égard à cette absence de cadre juridique, les parties à ce type d'accord se tournent vers d'autres états.

Parmi ces états silencieux, nous citerons le Minnesota, la Georgie, la Caroline du Nord (à vérifier) ou encore la Pennsylvanie²⁷.

²⁵ : section 16-401 du District of Columbia Code

²⁶ : section 16-402 du District of Columbia Code

²⁷ : Cet état a pourtant essayé à maintes reprises de faire adopter une loi. Toutes ont été refusées. H.B. 776, 170 1st Sess. 1987 pour permettre la reconnaissance et l'applicabilité d'une convention de mère porteuse. H.B. 570, 170 1st Sess. 1987 qui visait à intégrer dans le code pénal de l'état une interdiction absolue de ce type de contrat.

Ce bref aperçu des politiques juridiques étatiques relatives aux conventions de mère porteuse témoigne de la grande diversité qui règne aux Etats-Unis. Du nord au sud et d'est en Ouest, tous les types de cadres juridiques sont envisagés. De la criminalisation à la reconnaissance et à l'acceptation libérale de la pratique, nous trouvons des systèmes inapplicables ou ambigus. Cette diversité est révélatrice de la nouveauté de la démarche pour les juristes et les hommes politiques. Une autre raison réside dans ce que le gouvernement fédéral n'est pas encore intervenu en la matière et que la majorité des états, habitués à ce qu'une trop grande diversité sur un même sujet entraîne une intervention fédérale, attendent quelques éclaircissements, notamment au regard des nombreuses et complexes questions de droit constitutionnel que pose le recours à une maternité de substitution.

Section II : Les nombreuses questions constitutionnelles que soulèvent la pratique de la maternité de substitution.

Aux Etats-Unis, le droit peut évoluer sans l'aide du gouvernement fédéral. Pourtant, force est de constater que dans certains domaines qui concernent tous les américains, le Congrès a eu l'occasion d'intervenir. Si ce pays s'est construit grâce aux efforts conjugués de cinquante états, une certaine stabilité est pourtant nécessaire. C'est ce rôle que le Congrès doit remplir. Sa compétence est cependant limitée par la Constitution. En effet, elle est énoncée à l'article I section 8. Pourtant l'article 18 lui permet « *De faire toutes lois qui seront nécessaires et appropriées pour mettre à exécution les pouvoirs ci-dessus énumérés, et tous autres pouvoirs conférés par la présente Constitution au gouvernement des Etats-Unis, à l'un quelconque de ses départements ou de ses agents.* ». Cette clause confère une grande flexibilité au système, spécialement à la lumière des interprétations qu'en a donné la Cour Suprême. Elle a permis au pouvoir législatif de s'adapter au changement sans recourir à des amendements constitutionnels.

La Cour Suprême doit juger de la constitutionnalité d'une loi. Le pouvoir judiciaire a été très actif ses dernières années et les juges ont un rôle créateur de droit. On assiste depuis le début

des années 60 à une « révolution des droits » où l'accent a été mis dans la reconnaissance des droits individuels.

Cette période et l'avancée qu'elle a permis sont très importantes au regard de l'acceptation de la maternité de substitution sur le territoire américain. Les juristes ne se sont en effet pas privés de faire référence à la Constitution et au sens que lui donne la Cour Suprême pour argumenter en faveur ou à l'encontre des conventions de mère porteuse.

S'il est nécessaire de mettre en exergue les discussions basées sur la Constitution pour une acceptation de principe des conventions de mères porteuses (§1), il est tout aussi important de tenter d'établir les droits constitutionnels des parties dans le contrat (§2). Enfin si, ni la Cour suprême, ni le Congrès ne sont intervenus pour donner leur avis sur la maternité de substitution, certains projets d'uniformisation fédérale ont été proposés (§3).

§ 1. La Constitution : son utilisation pour une acceptation de principe.

En premier lieu, il convient de mettre en avant les informations utiles que peuvent offrir la Constitution et l'interprétation qui en est faite par la Cour Suprême.

Il faut, pour se rapprocher du thème qui nous intéresse, se tourner vers les droits individuels de l'individu (A) mais aussi vers le droit de contracter librement, en référence au principe de l'autonomie de la volonté (B)

A/ La « Due Process Clause », le droit à l'accès à tous types de techniques de procréation

La clause de « Due Process » est inscrite dans le XIV^{ème} amendement ajouté aux droits inscrits dans le Bill of Rights.

Cet amendement dispose à la section I que « Toutes personnes nées ou naturalisées aux Etats-Unis, et soumises à leur juridiction, sont citoyens des Etats-Unis et de l'état où elles résident. Aucun état ne fera ou n'appliquera de loi qui restreindrait les privilèges ou immunités des citoyens des Etats-Unis ; ni ne privera aucune personne de vie, de liberté ou de propriété sans le bénéfice des protections dues par le droit ; ni ne refusera à quiconque relève de sa juridiction l'égle protection des lois. »

La clause de « Due Process » recouvre la garantie suivante « *ni ne privera aucune personne de vie, de liberté ou de propriété sans le bénéfice des protections dues par le droit* ».

Cette disposition avait à l'origine un sens procédural mais au fil des interprétations des juges suprêmes et après l'arrêt « *Lochner V. New York* »²⁸ de 1905, la clause a pris un tout autre sens. On est passé du « Procedural Due Process » au « Substantive Due Process ».

Depuis les années 60, par l'influence de la cour Warren, cet article est le garant d'un droit à la vie privée des individus sans intrusion du gouvernement fédéral.

L'arrêt « *Griswold V. Connecticut* »²⁹ en est un exemple topique. Le Dr Estelle Griswold avait ouvert, en 1961, un centre de planning familial à New Haven. Elle avait été condamnée au pénal par les juridictions du Connecticut pour avoir violé la loi de l'état qui interdisait à quiconque d'utiliser des contraceptifs³⁰. La cour suprême invalida cette loi du Connecticut. Les juges ont reconnu, en se fondant sur le Bill of Rights, un droit individuel d'être libre de toute intrusion du gouvernement en matière de mariage, de procréation et d'éducation de l'enfant.

De même, l'arrêt « *Eisenstadt V. Baird* »³¹ étend ce droit au respect de la vie privée à toutes les personnes célibataires ou mariées.

Enfin, citons le célèbre arrêt « *Roe V. Wade* »³² où la cour décida que les lois pénales qui criminalisent l'avortement portaient indûment atteinte au droit à la vie privée.

C'est en se fondant sur cette clause et sur ces arrêts que plusieurs juristes, en faveur de l'acceptation de ce type de convention, ont développé leurs arguments. En effet, certains ont soutenu que « si le droit de procréer par relations sexuelles naturelles est protégé par la Constitution, alors l'usage des nouvelles techniques de reproduction artificielle, y compris le recours à la maternité de substitution, devraient être tout aussi constitutionnellement protégés. »³³. De même « La notion de liberté protégée par la Constitution ne change pas de sens en présence ou en l'absence de techniques de reproduction artificielle. »³⁴.

²⁸ : 198 U.S. 45 (1905)

²⁹ : 381 U.S. 479 (1965)

³⁰ : E. Zoller « Grands arrêts de la Cour Suprême des Etats-Unis », coll. Droit fondamental, Editions PUF

³¹ : 405 U.S. 438 (1972)

³² : 410 U.S. 113 (1973)

³³ : Eric A. Gordon "The aftermath of Johnson V. Calvert: Surrogacy law reflects a more liberal view of reproductive technology." St Thomas L. Rev. 191, 200 (1993)

³⁴ : Christine L. Kerian, « Surrogacy : a last resort alternative for infertile women or a commodification of women's body and children. » 12 Wis. Women's L.J. 113, 116-17 (1997).

La question est de savoir si l'individu est aussi libre d'avoir un enfant par le biais de techniques de reproduction artificielle que par la voie naturelle. La réponse semblerait être positive si on considère que la Cour Suprême ne s'est pas prononcée sur le sujet ou qu'elle n'ait pas jugé bon de le faire.

Pourtant, il est possible de tenir un raisonnement contraire par une interprétation des mêmes textes et références.

On peut soutenir en premier lieu que le texte de la Constitution fut rédigé à une époque où les techniques artificielles de reproduction n'existaient pas. Il en est de même concernant les arrêts précités. Comment donner un sens aussi large à un texte alors que ses rédacteurs n'avaient même pas pu entrevoir la question ? Les pères fondateurs auraient peut être pris en compte ces différences entre la reproduction naturelle et celle dite artificielle. Face à un tel doute, il est permis de penser que l'adage français « silence vaut acceptation » n'aurait pas lieu d'être en la circonstance, tant les conséquences d'une telle distinction sont d'importance. De plus, d'éminents juristes ont avancé que la liberté constitutionnellement protégée de procréer, telle qu'établie avec la jurisprudence « Griswold » et « Roe », s'applique exclusivement dans un cadre « d'intimité maritale et de stabilité sociale »³⁵. En effet, dans l'arrêt « Griswold », la cour voit le mariage comme « Une association...une harmonie de vie...une loyauté réciproque, et non un projet commercial et social. » ; le droit à la vie privée protégerait donc les relations intimes de couple mais non pas s'il s'exerce dans le cadre d'un projet commercial. Ainsi les moyens de reproduction sans relations sexuelles, qui impliquent une rémunération, sortiraient du domaine de cette protection constitutionnelle. Le facteur décisif serait la présence d'une tierce personne, la mère porteuse. Ces auteurs soutiennent³⁶ que la présence de la mère porteuse, puisqu'elle est intégrée à part entière dans ce processus de procréation, exclut toute justification portant sur l'idée « d'intimité maritale et de stabilité sociale ».

L'utilisation de la « Due Process Clause » pour justifier ou rejeter le principe de la convention de mère porteuse n'apporte pas de réponse décisive tant la cour suprême y a eu recours avec beaucoup de flexibilité au fil des décennies. Nous verrons du reste que la maternité de substitution soulève tellement de questions d'ordre constitutionnel que les autres fondements

³⁵ : Christine L. Kerian, « Surrogacy : a last resort alternative for infertile women or a commodification of women's body and children. » 12 Wis. Women's L.J. 121 (1997).

³⁶ : voir notamment Barbara L. Keller "Surrogate motherhood contracts in louisiana : to ban or to regulate?" 49 La L. Rev. 143, 179 (1988).

que l'on peut trouver à son acceptation ou à son rejet ne sont jamais en mesure d'offrir des certitudes en la matière.

B/L'« Equal Protection Clause » ou l'égalité des sexes face à la procréation.

La clause d' « Equal Protection » est, elle aussi, inscrite dans le XIV^{ème} amendement. On retrouve à la fin de la section I « ni ne refusera à quiconque relève de sa juridiction l'égle protection des lois. ».

Si le XIV^{ème} est destiné à garantir les droits individuels, la « Equal Protection Clause » permet de garantir l'égalité de traitement sans distinction d'âge, de race ou de sexe. Les américains sont d'ailleurs reconnus pour avoir poussé très loin le raisonnement juridique de l'égalité, entendue comme lutte contre tous types de discrimination, quelles qu'elles soient.

Prenons l'exemple des arrêts « *Plessy V. Fergusson* »³⁷ et « *Brown V. Board of Education of Topeka* »³⁸. Ces deux affaires ont pour point commun de traiter de la discrimination au regard de la race. Dans l'affaire « Plessy », les juges de la Cour Suprême entérinèrent une loi de l'état de Louisiane qui disposait que les blancs et les gens de couleur auraient, de manière égale, à disposition les transports ferroviaires, mais séparés. Pour justifier la constitutionnalité de la loi, la Cour se fonda sur la clause d' « Equal Protection » en considérant qu'à partir du moment où les hommes blancs et de couleurs pouvaient jouir des mêmes droits, de circuler d'un point à un autre, l'état pouvait organiser librement les transports publics dans son état. La Cour Suprême a donc entériné la doctrine dite « Séparés, mais égaux ».

L'arrêt « Brown » est lié au précédent. C'est en 1954 que la Cour Suprême considéra que la ségrégation raciale n'avait pas lieu d'être sur le territoire américain. Ce qu'il est intéressant de constater, c'est que la Cour Suprême a fondé sa décision, en partie³⁹, sur la clause d' « Equal Protection ». Ce qui témoigne, ici encore, des possibles évolutions d'interprétations de la Cour Suprême d'un article ou d'un amendement.

³⁷ : 163 U.S.537 (1896)

³⁸ : 347 U.S. 483 (1954)

³⁹ : Sur le fond, la cour Warren s'est fondée sur « la perception sociologique et psychologique de la nature et des effets de la ségrégation dans la société américaine. »

Bien que cette clause n'ait concerné que les questions de discrimination raciale, la Cour Suprême lui a donné un sens bien plus large, notamment comme garantie contre les discriminations liées au sexe⁴⁰.

C'est sur ce fondement que plusieurs arguments en faveur de l'acceptation de la maternité de substitution furent avancés.

En effet, face aux techniques de reproduction artificielle, l'homme et la femme ne seraient pas à égalité. Le couple dont l'un des deux membres est infertile peut recourir à l'adoption. L'homme seul peut de même recourir à une banque de sperme. Lorsque ce dernier est infertile, il peut se tourner avec beaucoup de facilité vers cette institution qui lui fournira, en fonction des critères de son choix, le sperme d'un homme anonyme. Le sperme est ensuite inséminé artificiellement dans le corps de la femme.

Quel pourrait être l'équivalent pour la femme de ce qu'est la banque de sperme pour l'homme ? La Fécondation In Vitro ne saurait être considérée comme équivalente puisque la technique consisterait à réunir en laboratoire le sperme et un ovule puis par la suite recourir à une insémination artificielle. Le procédé est différent dans la mesure où l'ovule de la femme serait viable mais qu'un dysfonctionnement dans le col de l'utérus ou dans les trompes empêcherait la rencontre des deux. La femme n'est donc pas à proprement parler stérile. De même, il existe le don d'ovule. Le recours à ce procédé impliquerait cette fois-ci que la femme soit réellement infertile. Néanmoins, ici encore, on peut trouver une rupture d'égalité. Alors que l'homme peut sans aucune contrainte physique recourir à un don de sperme anonyme, la femme infertile devra, dans le cadre d'un don d'ovule, subir un traitement hormonal très important avant, pendant et après la grossesse. A bien y réfléchir, la seule technique artificielle de procréation qui permette à la femme infertile d'avoir un enfant dans les « mêmes conditions » que l'homme serait le recours à la mère porteuse.

Si l'argument de la nécessité d'égalité de traitement entre l'homme et la femme peut tout à fait trouver comme fondement l'« Equal Protection Clause », le raisonnement occulte cette donnée importante que, dans tous les cas, une paternité n'aura jamais les mêmes implications qu'une maternité. L'homme ne porte pas l'enfant pendant neuf mois, la clause qui garantit l'égalité de traitement sans distinction de sexe ne peut rien contre ses différences naturelles. L'homme pourra toujours avoir recours à des techniques simples pour lutter contre

⁴⁰ : « Reed V. Reed » 401 U.S. 71 (1971) ou encore « Craig V. Boren » 429 U.S. 190 (1976)

son infertilité. L'infertilité de la femme sera, elle, toujours plus complexe à combattre dans les moyens mis en œuvre.

C/ Les théories économiques du droit pour justifier la possibilité de passer ce type de contrat.

Peut-on se référer aux théories économiques appliquées au droit pour justifier et accepter le recours à la convention de mère porteuse ?

Le Juge Posner l'a fait. Ce dernier n'est autre que le précurseur de cette matière qui prend une place de plus en plus importante aux Etats-Unis. Ces théories ont pour objet d'appréhender le comportement des gens et d'en développer un droit en se fondant sur des principes économiques.

Le juge Posner traite des conventions de mères porteuses en termes de liberté économique. Il considère que les parties sont dans une position de capacité de négociations égale. De plus, le contrat est bénéfique pour chacune des parties. Le couple demandeur aura un enfant. La mère porteuse aura droit à une rémunération pour le service rendu. Enfin, le juge Posner considère que les parties tierces, et notamment l'enfant au centre du contrat, ne souffrent pas de cet arrangement. En effet, s'il n'y avait pas rencontre de volontés entre le couple demandeur et la mère porteuse, l'enfant ne serait pas né.

Certains ont émis des critiques sur le fait de raisonner en terme de liberté économique plutôt qu'en terme de droit à la vie privée. Ils soutiennent que si les théories économiques appliquées au droit ont un réel potentiel d'efficacité dans certains domaines, ceux de la santé, de la famille et de la filiation devraient échapper à l'application de cette théorie⁴¹.

Toujours est-il que sur le territoire américain, le résident jouit d'une grande autonomie dans la possibilité de passer un contrat. En l'absence d'une législation en ce domaine ou d'une législation étatique mettant en avant la violation de l'ordre public étatique, une future mère porteuse a le droit de passer un contrat par lequel elle accepte de porter un enfant mais renonce au préalable à le nourrir et en avoir la garde.

⁴¹ : Ronald Bayer, Lawrence O. Gostin, & Devon C. McGraw, "Trades, AIDS, and the Public's Health: The Limits of Economic Analysis. Review of Private Choices and Public Health: The AIDS Epidemic in an Economic Perspective", by Tomas J. Philipson and Richard A. Posner, 83 Geo. L. J. 79 (1995).

La Cour Suprême a soutenu par le passé la possibilité de renoncer dans certains cas à un droit constitutionnellement protégé⁴². Le renoncement à un droit constitutionnel nécessite la démonstration « qu'il y a une renonciation intentionnelle ou un abandon d'un droit. ⁴³ ». Si tel est le cas, la mère porteuse aurait un droit à être partie à une convention de mère porteuse et l'arrangement serait alors applicable.

Néanmoins, les choses ne sauraient être aussi simples. Bien qu'il y ait un droit à contracter, cela n'implique pas forcément la légalité du contrat. C'est ainsi qu'il suffit à un pouvoir législatif étatique d'énoncer que ce type de conventions constitue un « troc d'enfant » et viole l'ordre public étatique. En pratique, beaucoup d'états, comme nous le verrons plus tard, ont eu recours à ce type d'arguments.

Comme nous venons de le voir, l'acceptation dans son principe de la convention de mère porteuse au regard de la Constitution et de la Cour Suprême ne coule pas de source. Nous allons maintenant constater à quel point il est difficile de définir les droits constitutionnels des parties dans l'exécution du contrat.

§ 2. Les droits constitutionnels des parties dans le contrat.

Avant de traiter des droits protégés par la Constitution de la mère porteuse (B/) et du couple demandeur (C/), il faut expliquer la « révolution » que provoque l'existence de la mère porteuse dans le cercle familial et au regard de la notion de maternité. (A/)

A/ La mère porteuse au regard de la notion de maternité.

La notion de maternité se définit comme un état, qualité de la mère. C'est aussi le fait de porter et de mettre au monde un enfant⁴⁴.

Au regard du droit, la maternité se définit comme le lien qui unit l'enfant à la mère⁴⁵.

⁴² : “Pierce v. Somerset Railway”, 171 U.S. 641, 648 (1898) ou encore “Brady v. U.S.”, 397 U.S. 742, 748 (1970)

⁴³ : Brookhart v. Janis, 384 U.S. 1, 4 (1966)

⁴⁴ : Le petit Robert

La notion de maternité ne soulevait, il y a quelques années, que peu d'interrogations. On parlait de mère biologique et de mère sociale. Dans la grande majorité des cas, la mère biologique est celle qui élève l'enfant, elle est une mère biologique et sociale. Ces deux types de maternité se distinguent dans le cas de l'adoption. Ici, la mère qui va élever l'enfant n'est pas sa mère biologique.

Le recours à la maternité de substitution change la donne. En effet, dans ce processus apparaît une troisième forme de maternité, la maternité de gestation. Des études scientifiques ont prouvé que le fœtus ressentait et était en mesure d'intégrer des informations. Il est sensible aux sons, à ce qui l'environne..... La mère porteuse ne peut donc être écartée aussi facilement du lien qu'elle a été en mesure de tisser avec l'enfant.

Revenons-en au droit. Le Congrès et la Cour Suprême ont eu l'occasion de se prononcer en matière de droit de la famille, à l'époque où le droit ne connaissait de distinction qu'entre mère biologique et mère sociale. Répondre à la question de savoir si la mère porteuse gestationnelle, celle qui n'a aucun lien génétique avec l'enfant, peut être considérée comme mère à part entière est d'importance. Prenons l'exemple du « Uniform Parentage Act » qui considère que la mère biologique est celle qui donne naissance à son enfant. Dans ce cas, la mère porteuse gestationnelle pourrait, et en pratique le fait très souvent, affirmer qu'elle est la mère de l'enfant. Ce texte, qui avait été rédigé à un moment où les techniques de maternité de substitution n'existaient pas, a fait l'objet de bien des interprétations de la part des juges étatiques pour se sortir d'une impasse, celle où l'enfant aurait deux mères biologiques au regard de la loi. Certains sont allés jusqu'à admettre que la mère porteuse gestationnelle est, comme la mère biologique de l'enfant, considérée aux yeux de la loi comme mère légale, et pour donner la garde à la mère biologique se sont référés aux intentions des parties dans le contrat⁴⁶.

Le statut de la mère porteuse gestationnelle pose donc de nombreux problèmes. La mère porteuse traditionnelle aura moins d'incertitudes sur son statut puisque elle sera gestatrice de l'enfant et surtout sa mère biologique.

C'est un nouveau lien de filiation qui apparaît avec la maternité de substitution. Pour des raisons morales, il est difficile de ne considérer la mère porteuse gestationnelle que comme un simple « ventre » ou encore un lieu de transit. Nous allons voir qu'au delà de la morale, les

⁴⁵ : Capitant, « Vocabulaire Juridique »

⁴⁶ : « Johnson V. Calvert », 5 Cal. 4th 84 (1993).

règles constitutionnelles ne permettent pas de considérer ces femmes comme un simple relais sans importance.

B/ Les droits de la mère porteuse protégés par la Constitution.

Les mesures et règles qui vont suivre s'appliquent aussi bien à la mère porteuse gestationnelle que traditionnelle. On prend en compte ici, non pas le lien qui pourrait unir l'enfant à la mère porteuse, mais la mère porteuse uniquement et le principe de libre disposition de son corps.

Le droit de jouir librement de son corps est très ancré dans la loi américaine. L'arrêt de la Cour Suprême des Etats-Unis « *Union Pacific V. Bostford* »⁴⁷ affirme : « Aucun droit n'est considéré comme plus sacré et est plus protégé dans la Common Law, que le droit de chaque individu d'avoir la possession et le contrôle de sa propre personne, libre de toutes contraintes ou d'interférences avec d'autres. »

1) Le droit de la mère porteuse de procréer et d'avorter librement.

Le fait qu'une femme puisse porter l'enfant d'un couple ne doit pas laisser croire à ce dernier qu'il a la disposition de la mère porteuse.

De plus, il est inconstitutionnel de contraindre la femme à avoir le consentement de son mari pour un avortement dans le premier trimestre de sa grossesse⁴⁸.

Ces arrêts sont d'importance car ils nous permettent de résoudre une question fondamentale lors de la grossesse de la mère porteuse. Peut-elle librement avorter ? Cette question pourrait soulever des difficultés. Dans le cadre d'une convention de mère porteuse gestationnelle, cette dernière n'est pas la mère biologique de cette enfant, elle n'en est que le « support ». Il semble néanmoins que la réponse soit simple. Aux yeux du principe de la libre disposition de son corps, elle aurait le droit d'avorter librement, et ce, nous aurons l'occasion de le voir plus tard, même si le contrat comporte une clause stipulant que la mère porteuse ne pourrait avorter qu'avec l'accord en dernier lieu du couple demandeur.

⁴⁷ : 141 U.S. 250, 251 (1891)

⁴⁸ : "Planned parenthood of central missouri V. Danforth" 428 U.S. 52

Le fait que le mari ne puisse pas donner son accord pour un avortement est foncé sur la liberté individuelle d'user de son corps sans aucune interférence. On peut donc raisonnablement penser que la mère porteuse pourrait avorter sans en référer au couple demandeur.

2) *Le droit de contrôler le « Medical Care »*

Nous traiterons ici du droit de la mère porteuse de contrôler librement son traitement médical lors de sa grossesse. Cela concerne des cas d'avortement thérapeutique, lorsque la femme, l'enfant ou les deux seraient en danger si ce dernier était mené à terme.

Prenons l'affaire *« Cruzan V. Missouri »*⁴⁹. Nancy Cruzan n'arrivant pas à prendre sa décision concernant un avortement thérapeutique, les juges devaient statuer sur la question de savoir si la décision pouvait être déléguée aux parents et à la famille. Le juge Rehnquist se refera aux droits individuels et souligna le fait qu'une femme devait être libre de prendre sa décision sans aucune interférence. Une femme ne peut être contrainte de faire ou de ne pas faire quelque chose simplement pour le bénéfice de son enfant non encore né.

Une autre affaire met en avant le même principe. Dans l'affaire *« Re Baby Boy Doe »*⁵⁰, une femme enceinte fut informée du fait que si une césarienne n'était pas effectuée rapidement, son enfant courrait le risque d'être mort-né ou retardé. La femme, pour des raisons religieuses liées au fait qu'elle désirait avoir un enfant de manière naturelle, refusa la césarienne. La cour n'eut rien à y redire « Le droit d'une femme de refuser un traitement médical de nature chirurgicale, dérive de son droit à la vie privée, d'intégrité de son corps et de la liberté de religion ne diminue pas pendant la grossesse. ». La cour soutint par la suite que « La femme n'a aucun devoir de garantir la santé mentale et physique de son enfant à la naissance, et ne peut être contrainte de faire ou de ne pas faire quelque chose simplement pour le bénéfice de son enfant à naître. » Ainsi, la libre disposition du corps de la femme enceinte et de ses décisions concernant sa santé va jusqu'à lui permettre d'occulter les conséquences sur le fœtus. Ceci pourrait paraître choquant. C'est pourtant nécessaire. Si la femme enceinte a une obligation morale de prendre soin de son corps pour que cela bénéficie à son enfant, ce n'est pas une obligation légale.

A cet égard, la mère porteuse n'a pas à être distinguée de la mère donnant naissance à son enfant naturellement. Elle peut donc prendre toutes les décisions qu'elle estime nécessaire

⁴⁹ : 497 U.S. 261 (1990)

⁵⁰ : 260 Ill. App. 3d at 393

pour le futur de ce qui n'est pas son enfant (s'agissant particulièrement de la mère porteuse gestationnelle).

Cette réflexion, concernant tant l'acceptation de la maternité de substitution dans son principe que l'énoncé des droits constitutionnels de la mère porteuse, appelle une remarque. Le pouvoir fédéral, judiciaire ou législatif, est muet sur ces questions. Bien que l'on puisse donner des éléments de réponse, avec plus ou moins d'aléa, par le biais d'interprétations, il est évident qu'une uniformisation, face aux différences étatiques, serait la bienvenue.

§ 3. Vers un projet d'uniformisation

Ce vide juridique au niveau fédéral en matière de convention de mère porteuse explique les positions étatiques disparates en la matière. Il en résulte que certains états sont de véritables refuges pour le recours à la maternité de substitution. Une législation fédérale permettrait d'assurer à tous les individus une opportunité égale s'ils sont désireux d'entrer en contrat avec une mère porteuse⁵¹.

A/ L'échec des tentatives d'uniformisation fédérale sur le sujet.

Depuis 1989, deux propositions ont été faites. Il y eut d'abord le « Surrogacy Arrangement Act of 1989 » qui fut introduit par le député Thomas A. Luken (D- Ohio). Ce texte imposait des sanctions criminelles contre toute personne qui « *sciemment, sur une base commerciale fait, s'engage ou négocie une convention de mère porteuse.* »⁵². De plus, ce projet voulait amender le « Federal Trade Commission Act » pour autoriser les sanctions criminelles à l'encontre de ceux qui auraient fait une quelconque publicité en faveur de ce type d'arrangement.

Ce projet ne passa pas le cap de la « House Committee on Energy and Commerce ».

⁵¹ : voir Todd M. Krim, "Beyond Baby M : International perspectives on gestational surrogacy and the demise of the unitary biological mother", 5 Annals Health L. 193, 210 (1996).

⁵² : H.R. 275, 101 Cong. 1989

La seconde proposition se nomme la « Anti-Surrogate Mother Act of 1989 ». Elle fut introduite par le député Robert K. Dorman (R-Cal)⁵³. Ce texte avait pour but de criminaliser toutes les activités en rapport avec la maternité de substitution, y compris l'assistance médicale et la publicité des services qu'offrent ce type d'arrangement. Ainsi, l'idée était de rendre nulles et non avenues les conventions de mères porteuses, qu'elles soient à but lucratif ou non. Ce projet connut le même sort que le précédent, cette fois-ci devant le « House Committee on the judiciary ».

Il convient de rappeler que ces deux projets sont allés devant le Congrès en 1989. Les conventions de mère porteuse et l'interprétation qu'en donnaient les cours étaient encore à leurs balbutiements. Aujourd'hui, plusieurs aspects juridiques de ces conventions sont clarifiés ou, tout du moins, ont eu le mérite d'être longuement débattus dans les cours de justice ou dans les parlements étatiques qui ont légiféré en la matière.

Plusieurs juristes ont traité de la nécessité de légiférer au niveau fédéral de manière positive envers les conventions de mère porteuse⁵⁴.

Ils avancent qu'une telle législation permettrait de cristalliser les droits individuels de chacune des parties. De façon plus pragmatique, ils considèrent que la pratique étant assez répandue, il vaut mieux légiférer en la matière pour son acceptation que de la refuser, sachant qu'il sera toujours possible pour des individus de s'arranger en contournant la loi mais sans bénéficier d'aucune protection, de part et d'autre.

Afin de trouver une base à un encadrement législatif, il semble que l'on puisse se tourner vers le modèle proposé par la « Ontario Law Reform Commission »⁵⁵. Ce modèle est d'ailleurs le même que l'on retrouve dans les états de Virginie et du New Hampshire.

B/ Une proposition en faveur de l'acceptation des conventions de mère porteuse

Calquée sur ce modèle, une loi fédérale autorisant les conventions de mère porteuse permettrait aux parties, avec l'assistance d'un avocat, d'établir un accord écrit qui indiquerait les besoins et objectifs à remplir pour une bonne exécution du contrat. Les parties devraient obligatoirement y ajouter une assurance maladie pour la mère porteuse.

⁵³ : H.R. 576, 101 Cong. 1989

⁵⁴ : Lisa Behm « Legal, moral and international perspectives on surrogate motherhood : the call for a uniform regulatory scheme in the united states. » 2 DePaul J. Health Care L. 557 (1999).

⁵⁵ : « Report on human and artificial reproduction and related matters 1 » 1985, Ontario Law Report.

L'accord préciserait les mesures à prendre en cas de divorce ou de décès du couple demandeur.

Surtout, l'accord devrait préciser que la mère porteuse abandonne l'enfant immédiatement après sa naissance. Le nom du couple demandeur serait apposé sur le certificat de naissance de l'enfant, uniquement dans le cadre d'une convention de mère porteuse gestationnelle.

Dans le cadre d'une convention de mère porteuse traditionnelle, cette dernière pourrait garder l'enfant quelques jours après sa naissance. La mère porteuse aurait la possibilité de faire un choix, soit de garder l'enfant, auquel cas le couple demandeur n'aurait aucune obligation à l'égard de l'enfant ; soit de donner cet enfant au couple demandeur, auquel cas elle abandonnerait définitivement tout droit parental à l'égard de l'enfant.

L'accord devrait enfin régler la question de la rémunération ou compensation pour le « service rendu ».

La loi dispose qu'il est nécessaire, avant même le début de la grossesse, d'avoir une autorisation judiciaire. Cela permet aux parties de prendre pleinement conscience de la gravité d'un tel procédé. Pour obtenir cet accord judiciaire, le juge doit considérer que :

- Les parties ont donné un consentement éclairé lors de la signature de l'accord.
- Un examen physique et psychologique des parties a été effectué
- Le contrat ne doit contenir aucune condition illégale.
- Aucune preuve d'exploitation ou de coercition à son égard ne doit pouvoir être rapporté.
- L'accord doit être fait au regard du meilleur intérêt de l'enfant.

Bien évidemment, un tel encadrement ne saurait être la panacée. Néanmoins il a le mérite d'être clair et précis et de mettre en avant la conscience des parties dans l'exécution d'un tel contrat. Le but est bien évidemment d'éviter les recours, de la mère porteuse en particulier pour récupérer l'enfant, qui, le plus souvent, invoque le fait qu'elle n'avait pas compris les enjeux d'un tel accord.

Les Etats-Unis ne sont pas encore prêts à se doter d'une législation fédérale. Comme nous me verrons par la suite, il semble que le Congrès attende une certaine maturité du débat. Les Etats-Unis se caractérisent aussi par leur capacité à être très différents les uns les autres. Certains appliquent la peine de mort, d'autres sont abolitionnistes, autant de différences qui peuvent être ressenties comme une faiblesse. C'est surtout une force car la discussion et la polémique ont le mérite de faire émerger tous les aspects d'un problème.

La convention de mère porteuse est en effet davantage qu'un problème de droit, qu'un problème d'application conjointe du droit de la famille et du droit des contrats. Elle pose des questions éthiques, elle déchaîne les passions au niveau des organisations religieuses ou des associations féministes.

Si elle est la source de grandes incertitudes quant à son acceptation de principe au regard de la Constitution, si son cadre juridique est difficile à établir, pose également problème le régime juridique de la convention de mère porteuse.

Chapitre II : Le régime juridique de la Convention de Mère Porteuse

La convention de mère porteuse est avant tout un contrat. Tout le problème est de concilier ce caractère contractuel avec une démarche dont l'aboutissement n'est pas l'exécution d'un service ni la construction d'une chose mais la naissance, la mise au monde d'un être humain. C'est pourquoi la notion d'éthique revient souvent dans les débats et conflits omniprésents concernant la maternité de substitution.

Associés à une réflexion morale, certains raisonnements juridiques, pourraient nous laisser penser qu'un contrat, par son caractère concret et précis, ne saurait être en mesure de régir tous les processus de la maternité de substitution.

Une pensée plus pragmatique soutient qu'il est nécessaire de contractualiser cette démarche puisque l'on n'empêchera pas, eu égard aux avancées technologiques, ce genre de pratique de s'exercer même hors la loi.

Si la convention de mère porteuse pose des questions éthiques et morales qu'il convient de ne pas occulter (Section II), il faut au préalable traiter des devoirs et obligations contenus dans ce contrat et voir comment les autorités du droit les interprètent (Section I).

Section I : Le caractère contractuel de la démarche.

Sir Henry Maine a écrit en 1884 : « La Société de nos jours est largement à distinguer de celle des générations précédentes de par l'importance que tient le contrat »⁵⁶. Emise à la fin du XIX^{ème} siècle, cette affirmation est aujourd'hui plus que jamais d'actualité. La convention qui nous intéresse est révélatrice de l'importance du « contrat » dans notre société.

⁵⁶ : "The society of our day is mainly distinguished from that of preceding generations by the largeness of the sphere which is occupied in it by Contract." H. MAINE, ANCIENT LAW, 179 (1939).

Pour mieux en cerner les tenants et les aboutissants, il conviendra de traiter en premier lieu des divers devoirs et obligations contenus dans un contrat-type (§ 1.). Nous traiterons en second lieu du travail des juges pour établir une base juridique à la convention de mère porteuse (§ 2.). Enfin, il faudra traiter du travail des juges pour régler les conséquences d'un contrat qui se trouve souvent être source de conflit (§ 3.).

§ 1. Les dispositions classiques du contrat.

Il convient de distinguer deux types de contrat : la convention de mère porteuse gestationnelle (A/) et la convention de mère porteuse traditionnelle (B/).

A/ Le contrat entre le couple demandeur et la mère porteuse.

Avant tout, il est intéressant de souligner que le contrat-type annexé⁵⁷ ci-après traite, non pas de la « mère porteuse » mais de « the carrier », c'est-à-dire la « porteuse » ou « transporteuse ». On exclut ainsi d'emblée tout lien maternel que celle-ci pourrait avoir avec l'enfant.

Le contrat commence par énoncer certaines conditions que l'on peut aussi retrouver dans ce contrat comme dans celui entre le père biologique et la mère porteuse traditionnelle. Ainsi, la femme dans le couple demandeur doit être incapable, médicalement parlant, de tomber enceinte. Il est par ailleurs précisé que toutes les parties au contrat doivent être majeures.

La clause stipule également que la « porteuse » devra, si elle tombe enceinte, « faire de son mieux pour porter l'enfant jusqu'à terme⁵⁸ ».

L'article 2 énonce les devoirs et obligations réciproques des parties. Ainsi, le couple demandeur s'engage à « prendre possession » de l'enfant dès lors qu'il sera capable de quitter la maternité et à supporter le coût et la responsabilité de la santé et de l'éducation de l'enfant.

⁵⁷ : Voir annexe 1, s'agit d'un contrat-type de l'état de Caroline du Nord.

⁵⁸ : Article 1

En contrepartie, la porteuse et son mari s'engagent à ne pas « chercher à obtenir la garde, une garde partagée ou un droit de visite de l'enfant ou tenter de créer un quelconque lien parental avec ce dernier ».

Le mari de la porteuse est cité à plusieurs reprises. D'ailleurs, on peut remarquer qu'il est signataire du contrat dans un « affidavit »⁵⁹ et qu'il s'engage à ne pas poursuivre le couple demandeur aux fins d'obtenir la garde de l'enfant.

Le contrat s'attache longuement à traiter de la rémunération de la porteuse et des sommes que le couple demandeur prendra à sa charge.

En premier lieu, il énonce les conditions de cette rémunération « pour le service rendu »⁶⁰, la somme (il s'agit en général d'un montant compris entre 20000\$ et 30000\$), les échéances de paiement⁶¹, la somme supplémentaire d'argent qui sera versée en cas de naissances multiples. Concernant cette dernière condition, il faut savoir qu'en règle générale, le couple demandeur stipule qu'il ne prendra pas en charge tout fœtus « surnuméraire ».

L'article 4 traite des sommes additionnelles à celle précédemment énoncée. Elles recouvrent :

- Toutes les dépenses incidentes
- Le paiement d'une police d'assurance vie pour une année
- Toutes dépenses médicales non couvertes par l'assurance maladie qu'a souscrit le couple demandeur pour la gestatrice.
- Les dépenses relatives aux frais que peut nécessiter le recours à un psychologue
- Une somme mensuelle pour les enfants de la mère porteuse si, et seulement si, un alitement lui est recommandé par un professionnel.
- La dépense que représente le recours à un avocat.

Enfin le contrat règle la compensation due à la porteuse si elle perd l'enfant en fonction de l'avancée de la grossesse (par tranche de trois mois)⁶².

Un article⁶³ est consacré aux obligations de la porteuse. Ces obligations sont nombreuses. Elle accepte implicitement dans le contrat que les noms du couple demandeur soient apposés sur le certificat de naissance. De plus, elle s'engage, afin d'assurer la meilleure santé de l'enfant, à

⁵⁹ : Fin du premier contrat-type, annexe 1, « Affidavit of the carrier's husband ».

⁶⁰ : Article 3

⁶¹ : Article 3 (B) et (C)

⁶² : Article 6

⁶³ : Article 12

ne pas fumer, ne pas boire d'alcool, ne pas utiliser de drogues, douces ou dures, et à suivre les indications des médecins et praticiens qui l'entourent durant toute la durée de la grossesse..

Dans le cas d'anormalité de l'enfant à naître, elle devra accepter un avortement à la demande du couple demandeur. Elle s'engage réduire, si nécessaire, le nombre de fœtus en cas de grossesse multiples. Elle devra s'abstenir de toute relations sexuelles durant la grossesse. Elle acceptera d'être suivie par le couple demandeur lors de ses visites chez le gynécologue ou devra transmettre toutes informations médicales relatives à l'enfant. Enfin, elle sera tenue à la confidentialité concernant l'identité du couple demandeur.

La porteuse aura néanmoins le droit d'avorter si la grossesse risque d'attenter à sa vie.

Le contrat prévoit, dans le but d'assurer le meilleur intérêt de l'enfant, le cas où le couple demandeur viendrait à décéder⁶⁴ ou si une procédure de divorce était entamée.

Pour finir, le contrat définit les conséquences financières en cas de rupture de contrat, d'un côté comme de l'autre. Dans certains états, en cas de rupture de contrat alors que la grossesse est entamée, il est prévu que l'enfant pourra être déposé dans un orphelinat.

B/ La convention de mère porteuse traditionnelle, le contrat entre le père biologique et la mère porteuse.

La convention de mère porteuse traditionnelle⁶⁵ ressemble fortement à la convention de mère porteuse gestationnelle. On retrouve les mêmes obligations de la mère porteuse et les mêmes conditions de rémunérations. Néanmoins les similitudes s'arrêtent là. Il est, en effet, nécessaire de prendre en compte le fait que la porteuse est également mère puisqu'elle fournit son ovocyte. Etant mère biologique de l'enfant, il semble difficile d'imposer certaines conditions par ailleurs contestables pour la mère porteuse gestationnelle.

Cette différence entre ces deux types de mère porteuse se ressent fortement dans le contrat. Certaines clauses sont d'ailleurs explicites. Ainsi « La mère porteuse doit comprendre qu'elle ne consent pas à mettre fin à ses droits parentaux en signant ce contrat, mais indique

⁶⁴ : Article 16

⁶⁵ : Voir annexe 2 « Contract between biological father and surrogate mother »

simplement son intention d'aider _____ afin d'acquérir la garde de l'enfant résultant du contrat. »⁶⁶.

Le contrat prévoit également le cas où le mari demandeur ne serait pas le père biologique de l'enfant à naître. En pratique, il est arrivé qu'on découvre que le père biologique n'était pas le mari dans le couple demandeur mais le mari de la mère porteuse⁶⁷.

La mère porteuse est donc bien considérée comme la mère de l'enfant, bien qu'elle consente dans le même temps à ne pas chercher à récupérer ses droits parentaux une fois qu'elle les a abandonnés.

Voici donc les clauses les plus importantes que l'on peut trouver dans ce type de contrat. En absence de législation fédérale, et souvent même étatique, ce type de contrat ne garantit aucunement qu'il sera déclaré applicable devant une cour. Néanmoins, cet accord entre les parties permet, en pratique, de fournir une preuve de l'intention des parties avant la conception. De plus, même si le contrat n'a pas a posteriori force obligatoire, il permet de cristalliser la relation entre les parties et de leur faire prendre conscience de l'importance et de la gravité de l'acte.

Le rôle du juge est donc primordial dans l'élaboration d'un droit en matière de mère porteuse. Sur quoi s'est fondé le juge créateur de droit alors que cette démarche était encore à ses balbutiements ?

§ 2. Le juge étatique, créateur d'un droit des mères porteuses.

Le juge étatique a eu, en effet, toutes les peines du monde à définir un régime juridique de la convention de mère porteuse lorsque la pratique entama sa vie judiciaire. Il s'est principalement au droit de la famille comme base juridique pour l'applicabilité de la convention de mère porteuse. (A/). Plus précisément, le juge a aussi attaché une grande importance aux lois relatives à l'adoption et à l'insémination artificielle pour préciser l'application pratique de la convention (B/).

⁶⁶ : Annexe 2 Section 3.

⁶⁷ : « Stiver v. Parker » 975 F. 2d 261, 263-64 (6th Cir. 1992)

A/ Le droit de la famille comme base juridique à l'applicabilité de la convention de mère porteuse.

Lorsque la convention de mère porteuse fut soumise aux tribunaux, rares furent les juges qui n'exprimèrent pas la complexité des problèmes que soulevait cette démarche.

La principale difficulté résidait dans l'absence de réglementation de la technique de procréation médicalement assistée. Il leur fallait trouver une base pour traiter juridiquement du problème. Ils se tournèrent vers le droit de la famille et en particulier vers les règles relatives à la filiation.

L'exemple topique est l'affaire *« Johnson V. Calvert »*⁶⁸. Il s'agissait ici d'une mère porteuse gestationnelle. On a vu précédemment que la cour californienne avait déclaré que la convention était légale et applicable et que la mère porteuse n'avait aucun droit parental à l'égard de cette enfant. Il est intéressant de reprendre le raisonnement qui a conduit le juge à rendre cette solution.

En effet, la cour se réfère, pour définir qui est la mère légale de l'enfant, au « California Family Code Law », la version californienne du « Uniform Parentage Act »⁶⁹. Il dispose qu'il existe deux moyens de prouver le lien entre l'enfant et la femme. Le premier consiste à prouver que l'on a donné naissance à l'enfant. Le second passe par le recours à un test sanguin⁷⁰. Ces procédés permettant de prouver l'existence d'un lien de filiation étaient en vigueur avant que la convention de mère porteuse ne soit soumise à l'appréciation des juges. En réalité, le premier de ces moyens était destiné à prouver le lien de filiation entre la mère et l'enfant, tandis que le second permettait de prouver le lien entre le père et l'enfant. La Cour, par analogie, a considéré que dans le cadre d'une convention de mère porteuse, ces deux moyens pouvaient être utilisés pour prouver la maternité légale d'une femme à l'égard de son enfant.

La conséquence de cette interprétation fut que Mme Johnson, mère porteuse, était en mesure de prouver qu'elle était la mère de l'enfant puisqu'elle lui avait donné naissance. De même, Mme Calvert prouva sur la base d'un test sanguin qu'elle était la mère biologique de l'enfant. L'enfant, « objet » du litige, avait, selon la loi Californienne, deux mères. Pour résoudre ce problème, les juges se sont référés à la convention et ont considéré que la mère légale de

⁶⁸ : 5 Cal. 4th 84 (1993).

⁶⁹ : A l'époque Cal. Civ. Code SS 7000-7021, aujourd'hui Cal. Fam. Code SS 7600-7730

⁷⁰ : Ces deux moyens de preuves étaient inscrits aux sections 7003(1) et 7015 du code civil californien, aujourd'hui respectivement les sections 7610(a) et 7650.

l'enfant était celle qui avait le plus clairement manifesté son intention d'élever l'enfant une fois né. Mme Calvert fut ainsi considérée comme la mère naturelle de l'enfant.

La solution retenue par la cour suprême de Californie a repris en partie le raisonnement avancé par la cour d'appel⁷¹. La différence a résidé dans la référence à l'intention des parties pour rendre sa décision. En effet, les juges de la cour d'appel avaient avancé qu'il ne pouvait y avoir, au regard du droit, deux mères naturelles pour le même enfant. Ils avaient statué en faveur de la femme dans le couple demandeur, la fournisseuse d'ovocyte, considérant que, au regard des deux moyens de prouver un lien avec l'enfant, celle qui prouvait qu'elle était la mère génétique était sa mère naturelle.

Les juges ne se sont pas contentés de se servir du droit de la famille pour soutenir l'applicabilité du contrat, ils y ont eu recours pour en définir les conditions pratiques d'application.

B/ Les lois relatives à l'adoption et à l'insémination artificielle pour préciser l'application pratique de la convention.

Les lois sur l'adoption supposent que les personnes désirant adopter n'aient pas de lien avec l'enfant. Bien qu'elles ne traitent évidemment pas de la relation entre le couple demandeur, la mère porteuse et l'enfant, les lois sur l'adoption paraissent un bon palliatif. Le raisonnement des juristes était qu'en faisant référence à ces lois, l'intérêt de l'enfant serait au premier plan. De plus, bien que le procédé du recours à la maternité de substitution soit plus complexe, il concerne, comme dans une adoption, la déchéance de droits parentaux en vue de laisser à l'enfant la possibilité d'appartenir à une nouvelle famille. Enfin, la loi sur l'adoption constitue une base de référence pour la définition de la responsabilité des parents adoptifs (le couple demandeur pour la convention de mère porteuse) et des règles relatives à la garde de l'enfant. Dans le cadre de la convention de mère porteuse traditionnelle, cette dernière est la mère biologique de l'enfant et nombre d'états ont considéré comme nécessaire que la femme du couple demandeur procède en bonne et due forme à une adoption de l'enfant. Mais le recours à ce fondement va trouver ses premières limites s'agissant des conventions de mère porteuse

⁷¹ : 286 Cal. Rptr. 369, 381 (Cal. Ct. App. 1991)

gestationnelle puisque cette dernière n'étant pas la mère biologique de l'enfant, il n'y aurait aucune raison que l'enfant soit adopté par sa mère génétique.

Les lois sur l'insémination artificielle permettent, quant à elles, de définir qui sera la mère naturelle de l'enfant.

Pour mieux comprendre le recours à ces lois, il convient de citer l'arrêt de la « Supreme Judicial Court » du Massachussets rendue le 22 juin 1998, « *RR v. MH* »⁷². Dans cette affaire, le plaignant est le père biologique et le défendeur, la mère biologique d'un enfant né le 15 août 1997. Le plaignant était marié avec une femme qui s'est révélée infertile. Ils tentèrent d'avoir recours à un don d'œufs et abandonnèrent car leur assurance ne couvrait pas cette opération. Ils considèrent, par ailleurs, que l'adoption n'était pas possible en raison de leur âge, chacun ayant quarante ans. Ils se tournèrent finalement vers une agence de mères porteuses⁷³ qui les mit en contact avec une mère porteuse potentielle. Cette dernière était marié et avait deux enfants⁷⁴. Les parties ont finalement conclu une convention de mère porteuse traditionnelle qui prévoyait « que la mère porteuse serait inséminée avec la semence du futur père biologique, qu'à la naissance du ou des enfants, le père biologique aurait les droits parentaux et que la mère porteuse permettrait à ce dernier de venir prendre l'enfant à la maternité pour le ramener chez lui et sa femme. ». Alors que le paiement à échéance se déroulait correctement, la mère porteuse renvoya un chèque en avançant qu'elle avait changé d'avis et désirait garder l'enfant.

La cour suprême de l'état considéra dans une décision unanime rendue par Herbert P. Wilkins que la convention n'était ni complètement illégale, ni totalement applicable.

La cour se fonde en premier lieu sur la loi relative à l'insémination artificielle⁷⁵. La loi dispose que « Tout enfant né d'une femme mariée grâce à une insémination artificielle avec le consentement de son mari, sera considéré comme l'enfant légitime de ce couple. ». Appliqué dans le cadre de la maternité de substitution, l'application de cette loi aboutirait à ce que la mère porteuse et son mari soient considérés comme les parents de l'enfant.⁷⁶

⁷² : « R.R. v. M.H. and another » 426 Mass. 501

⁷³ : la NESPA « New England Surrogate Parenting Advisors »

⁷⁴ : Le fait d'être marié et d'avoir des enfants sont des conditions nécessaires pour pouvoir se prétendre mère porteuse dans certains états qui ont accepté l'applicabilité de la convention.

⁷⁵ : M.G.L. c. 46, §4B

⁷⁶ : Voir aussi « In re Marriage of Buzzanca », 61 Cal App. 4th 1410, 1413 (4th Dist. 1998), il y est fait référence aux lois étatiques relatives à l'insémination artificielle, Family Code section 7613

Non satisfaite, la cour fait ensuite référence aux lois étatiques relatives à l'adoption⁷⁷. Elle considère que la convention ne peut avoir aucun effet si l'accord de la mère porteuse n'a pas été donné dans un délai raisonnable après la naissance de l'enfant. On entend par « délai raisonnable » jusqu'au quatrième jour après la naissance de l'enfant.

C'est donc sur le fondement de ces lois, interprétées de façon extensive pour fixer un régime juridique à la convention de mère porteuse, que la cour décide que l'accord donné par la mère porteuse pour laisser la garde de l'enfant à son père biologique et sa femme dès la naissance est ineffective et inapplicable.

Il est à souligner que l'arrêt ci-dessus fut rendu en 1998 et que la référence aux droit de la famille pour régler des conflits concernant les conventions de mère porteuse n'était pas seulement une solution de secours pour les juges. En l'absence d'une intervention législative étatique, les juges ont parfois créé un droit élaboré sur les conventions de mère porteuse par interprétation de plusieurs textes de lois.

Ce contrat, par ses implications, et par son objet qui est de concevoir un enfant, va plus loin qu'un simple contrat de service ou de fourniture. De plus, par sa nature, elle est source de conflit entre la mère porteuse et le couple demandeur. Les autorités doivent s'assurer de la sauvegarde de l'enfant à l'issue d'une bataille juridique qui peut entraîner la nullité de la convention.

§ 3. Le juge étatique, garant de la protection de l'enfant, objet du contrat.

Le juge ne peut se contenter de déclarer le contrat de mère porteuse inapplicable. Cette convention doit être maniée avec précaution en raison de la spécificité de son objet qui est la conception d'une enfant. Le juge étatique est donc très attaché à assurer la protection de l'enfant. Les arrêts qui font état de cette volonté sont légions, le juge cherchant « the best interest of the child »⁷⁸.

La recherche de la protection de l'enfant passe par l'engagement de la responsabilité du couple demandeur en tant que partie à l'accord. Il constitue également précieux recours

⁷⁷ : M.G.L. c. 210 et suivants

⁷⁸ : « Le meilleur intérêt pour l'enfant. »

s'agissant de la garde de l'enfant en cas de divorce des parents ou autres causes extérieures à la convention.

A/ La responsabilité du couple demandeur

Quelque soit le type de mère porteuse, traditionnelle ou gestationnelle, la responsabilité du couple demandeur doit pouvoir être mise en cause. Le fait d'établir un contrat entraîne des obligations pour les parties au contrat.

Certes, parmi ces obligations, on peut citer celles contractées à l'égard de la mère porteuse. Nous citerons bien évidemment l'obligation fondamentale du couple demandeur de servir une compensation à la mère porteuse pour le service rendu. Une autre obligation pourrait être celle de ne pas interférer dans les choix de la mère porteuse quand à l'éventualité d'un avortement. Le couple demandeur a aussi des devoirs vis à vis de l'enfant à naître.

L'état de Floride a promulgué une loi réglementant la pratique de la maternité de substitution⁷⁹. Un article de cette loi dispose que « le couple demandeur est d'accord pour accepter la garde et assumer entièrement les droits parentaux et la responsabilité de l'enfant immédiatement après sa naissance, sans tenir compte d'éventuels troubles mentaux ou moteurs de l'enfant. »⁸⁰. Ce texte de loi s'est avéré utile. En effet, dans une affaire de 1992 « *Stiver v. Parker* »⁸¹, une mère porteuse traditionnelle avait donné naissance à un enfant ayant des troubles mentaux et moteurs du fait du sperme du père de l'enfant. Le couple demandeur ne voulait dès lors plus assurer la garde de l'enfant. Bien que dans cette affaire, on se rendit compte que le père de l'enfant n'était autre que le mari de la mère porteuse, elle illustre au passage que ce n'est pas toujours la mère porteuse qui change d'avis⁸². La législation en la matière obligerait donc le couple demandeur à prendre en charge l'enfant. Certains pourront considérer que cette solution est loin d'être celle qui assurerait la meilleure protection de l'enfant. Il est évident que l'on ne peut forcer un couple à avoir un enfant qu'il ne désire puisque même une femme venant d'accoucher peut ne pas reconnaître l'enfant. Cela

⁷⁹ : Fla. Stat. ann. § 742.15

⁸⁰ : « The commissioning couple agrees to accept custody of and to assume full parental rights and responsibilities for the child immediately upon the child's birth, regardless of any impairment of the child » Fla. Stat. ann. § 742.15

⁸¹ : 975 F.2d 261, 263-64 (6th Cir. 1992)

⁸² : « Re Baby M. » 525 A.2d 1128, N.J. Supr. Court Ch. Div. 1987

permet néanmoins de faire prendre conscience au couple demandeur de l'étendue des conséquences d'une telle convention.

Les dispositions concernant la responsabilité des parties à l'égard de l'enfant ont finalement pour vertu de faire ressortir la tonalité bien particulière du contrat. Ce contrat n'est en effet pas classique, puisqu'il concerne la conception d'un enfant. Juridiquement, il ne semble pas que les responsabilités énoncées vis à vis de l'enfant aient une réelle valeur, mis à part les états⁸³ qui acceptent le principe de la convention et qui se fondent davantage sur l'existence d'un contrat que sur le droit de la famille pour son application.

La conscience des parties de leur engagement dans une telle procédure est sûrement l'argument le plus persuasif pour expliquer la présence de clauses traitant du rapport entre les parties et l'enfant qui n'est finalement, puisqu'à naître, qu'un tiers au contrat.

Ce tiers au contrat est néanmoins protégé par les autorités comme nous allons le voir par la suite.

B/ La bataille pour la garde de l'enfant : une solution en faveur du meilleur intérêt de l'enfant.

Selon le juriste H. Clarke⁸⁴, la garde « fait référence aux relations qu'entretiennent les parents et l'enfant dans une famille normale ». Evidemment, le recours par un couple à la maternité de substitution ne fait pas d'eux une famille normale.

Citons la première affaire, en 1988, qui posa la question de la garde de l'enfant dans le cadre d'une convention de mère porteuse traditionnelle. Il s'agit du premier arrêt traitant de cette pratique, l'affaire « *Re Baby M.* »⁸⁵.

En février 1985, William Stern et Mary Beth Whitehead passent un contrat. La femme de Mr Stern étant stérile, ce dernier veut que Mary Beth Whitehead soit inséminée artificiellement par son sperme.

Peu après la naissance de l'enfant, la mère porteuse fit savoir qu'elle ne désirait plus rendre l'enfant. Elle et son mari s'enfuirent avec l'enfant et ce n'est que trois mois plus tard que le couple Stern les retrouvèrent en Floride.

⁸³ : La Californie

⁸⁴ : Law Of Domestic Relations 573 (1968)

⁸⁵ : Baby M I, 217 N.J. Super. at 388-90, 525 A.2d at 1166; Baby M II, 109 N.J. at 453, 537 A.2d at 1256.

Une fois devant les tribunaux, le couple Stern demande l'exécution de la convention et que la garde de l'enfant leur soit délivrée. La Cour statue et considère que le contrat n'est pas valable car allant à l'encontre des lois relatives à l'adoption ainsi qu'à l'ordre public étatique. Mais dans le souci du meilleur intérêt de l'enfant, la cour attribua la garde à Mr Stern tout en laissant à Mary Beth Whitehead un droit de visite. Ceci eut pour conséquence d'empêcher Mme Stern d'adopter l'enfant.

Par quels moyens les juges établirent ce qui était le « meilleur intérêt de l'enfant » ?

La question que se pose la cour est de savoir qui, des deux parents biologiques de l'enfant, Mr Stern et Mme Beth Whitehead, aura la garde de l'enfant.

La Cour Suprême des Etats-Unis, dans une affaire « Santosky v. Kramer », avance qu'à défaut d'une preuve d'incapacité des parents biologiques, la garde leur sera attribuée⁸⁶. Ce principe ne fonctionne que lorsque parmi les deux parties en litige, on trouve un parent d'un côté et un non parent de l'autre. En l'espèce, ce principe ne saurait s'appliquer ici puisque Mary Beth Whitehead n'apparaît pas dans le litige comme simple mère porteuse mais comme mère biologique, le contrat ayant été déclaré inapplicable. Nous sommes donc dans un conflit classique opposant deux parents à ceci près que nous verrons que face au tribunal de première instance, ce litige opposant deux parents biologiques s'est mué en un litige concernant la mère biologique et Mme Stern.

Pour obtenir la garde de l'enfant dans un tel cas, il est nécessaire de prouver que l'autre parent est incapable⁸⁷ ou qu'il est irresponsable. Les juges ont développé deux types de tests. Le premier se charge de savoir si le parent aurait pu abandonner l'enfant ou être l'auteur de graves manquements afin de déterminer s'il est incapable ou pas. Dans le second test, appelé le « best interest test », le contrôle se fait sur le placement qui pourrait être le plus bénéfique pour l'enfant ou le moins désavantageux.

Le juge de première instance avait estimé que Mary Beth Whitehead n'était pas incapable mais qu'elle n'assurerait pas le meilleur intérêt de l'enfant à l'instar de Mme Stern. Les juges de la cour suprême étatique rappelèrent le principe énoncé précédemment selon lequel il convient de toujours considérer les parents biologiques comme les plus aptes à élever l'enfant dans son meilleur intérêt. Ils estimèrent que si l'incapacité de la mère légale n'était pas prouvé, il était impossible de la condamner à la déchéance de ses droits parentaux. Mais la garde fut attribuée à Mr Stern au nom du meilleur intérêt de l'enfant.

⁸⁶ : Santosky v. Kramer, 455 U.S. 745, 768-69 (1982)

⁸⁷ : La preuve de l'incapacité d'un parent est souvent établi par un organisme étatique, le « State Department of Human Services ».

Le système posé par les juges de la cour suprême du New Jersey n'aurait vocation à s'appliquer que lorsque la convention de mère porteuse n'est pas applicable. Dans l'état de Californie, nous nous souvenons que la cour, avec l'arrêt « *Johnson v. Calvert* »⁸⁸, a considéré que la femme du couple demandeur était la mère légale de l'enfant, se référant à l'intention des parties au contrat. Elle n'eut pas besoin de l'adopter, le certificat de naissance comportant les noms du couple demandeur. La cour a implicitement considéré que les dispositions du contrat permettait d'assurer le meilleur intérêt de l'enfant.

On peut se poser la question d'une rétractation de la mère porteuse dans le cadre d'une convention de mère porteuse traditionnelle. Celle-ci est donc la mère biologique de l'enfant. L'interprétation de l'arrêt « *Marriage of Moschetta* »⁸⁹ associée à « *Re Marriage of Buzzanca* »⁹⁰ nous laisse à penser que le principe posé par l'arrêt « *Santosky v. Kramer* » de la Cour Suprême des Etats-Unis est malmené puisque, c'est le couple demandeur, le père biologiquement relié à l'enfant et sa femme qui n'a aucun lien génétique avec ce dernier, qui aura la garde de l'enfant, à moins que la femme du couple demandeur fasse savoir qu'elle ne désire pas avoir la responsabilité de l'enfant, ce qui est très peu probable hormis cas de divorce. Ici, le meilleur intérêt de l'enfant est supposé être respecté par les intentions des contractants. La mère porteuse n'aura donc aucune chance d'avoir la garde de cet enfant, à moins, ce qui est paradoxal, de prouver l'incapacité de la mère légale de l'enfant.

Dans une convention de mère porteuse, et quel que soit l'état dans lequel se forme le contrat, le couple demandeur cherche à inclure trois dispositions cruciales qui permettront de se faciliter l'attribution de la garde de l'enfant.

En premier lieu, ils vont affirmer que la mère porteuse n'aura aucun lien avec l'enfant. Ensuite, il sera souligné que la mère porteuse renoncera à ses droits parentaux à l'égard de l'enfant à naître. Enfin le contrat stipulera le lien qui unira l'enfant au couple demandeur.

A l'issue de ces dispositions, et ce sans traiter de la dévolution de la garde, le contrat permet de sous-entendre que la mère de substitution ne désirera pas avoir la responsabilité de l'enfant.

⁸⁸ : 5 Cal. 4th 84 (1993).

⁸⁹ : 25 Cal. App. 4th 1218 (1994)

⁹⁰ : Re Marriage of Buzzanca March 10, 1998.

Bien évidemment, si un litige concernant ladite garde s'engage, les juges, de manière explicite ou officieuse, se référeront à ces données pour décider du meilleur intérêt de l'enfant. En pratique, la mère porteuse dans ce type de conflit aura très rarement le dernier mot. Les conditions d'attribution de la garde dans le cadre de ce type de conventions ne sont plus tout à fait les mêmes que celles employées dans le cadre d'un divorce par exemple.

Comme nous venons de le voir, tous les acteurs en relation avec la convention de mère porteuse sont conscients du caractère particulier que recouvre cette démarche. Cette prise en considération n'a d'égale que les débats successifs et nombreux qui traitent des implications juridiques et humaines d'une telle pratique. Des considérations éthiques, avancées par des praticiens de la médecine et du droit, mettent en évidence non pas le danger mais la particularité de la convention de mère porteuse.

Ethique et morale, le sujet fut médiatisé sur le territoire américain et plusieurs organisations et associations en ont profité pour émettre leur opinion sur la maternité de substitution. C'est une preuve supplémentaire de la révolution que constitue cette reconnaissance juridique au niveau de la notion de filiation et de la contractualisation des domaines les plus privés.

Section II : La convention de mère porteuse : une démarche ayant des implications éthiques et morales.

La convention de mère porteuse est une démarche qui bouscule les repères traditionnels. Elle entraîne une évolution juridique puisqu'elle permet de contractualiser à but lucratif une pratique qui, il y a peu de temps, aurait été inenvisageable. Elle suscite aussi des interrogations de nature sociale et morale puisqu'elle pose la question du statut de la mère et de la femme mais également des questions concernant l'Homme au sens générique et ses valeurs.

Nous verrons en premier lieu que les autorités du droit se sont penchées sur l'épineuse question de la rémunération de la mère porteuse (§ 1) puis nous traiterons des implications de la reconnaissance de cette pratique au niveau social, moral et religieux. (§ 2)

§ 1. La compensation au profit de la mère porteuse

On distingue deux types de conventions de mère porteuse. Celle qui est faite dans un but lucratif et l'autre, faite à titre gratuit. Sur le territoire américain, la majorité des conventions sont à but lucratif. La femme perçoit donc une somme d'argent. La question que l'on peut se poser est de savoir pour quels motifs la femme perçoit-elle cet argent. Il convient d'analyser les diverses propositions faites pour justifier du paiement d'une somme d'argent à la mère porteuse (A/) avant de traiter de l'interprétation des juges en ce domaine (B/)

A/ La rémunération de la mère porteuse ou la violation de l'ordre public étatique.

Les conventions de mères porteuses définissent le paiement de la somme d'argent comme la contrepartie du service rendu par la mère porteuse et non comme contrepartie de la délivrance d'un produit⁹¹. La raison en est qu'il faut éviter, devant les tribunaux, que le contrat puisse être annulé au motif que son objet serait la vente d'enfant (le « Baby Selling ») qui est prohibée. L'analyse des précédents et des interprétations des juges étatiques mettent en évidence la nécessité d'être très scrupuleux dans la rédaction des dispositions contractuelles relatives au paiement d'une somme d'argent.

Il convient de se fonder sur l'arrêt de la Cour Suprême du New Jersey « *Matter of Baby M.* »⁹².

Les juges ont considéré que le but premier, l'objet principal, de cette convention de mère porteuse était de permettre couple demandeur d'adopter l'enfant, et ce contre paiement d'une somme d'argent. Les juges soulignent que « l'usage d'argent dans ce but est illégal voire criminel ». La cour souligne d'ailleurs qu'il ne fait selon eux aucun doute que l'argent a servi

⁹¹ : Matter of Baby M, 109 NJ 396, 470-478, 537 A.2d 1128, 1265-69 (1988)

⁹² : Voir 89

à adopter l'enfant et non, comme l'affirmait le couple demandeur, les Stern, en compensation du service rendu par la mère porteuse, Mary Beth Whitehead.

1) La violation des lois relatives à l'adoption

Au vu de cette interprétation, la cour étaye son argumentation par le fait que le contrat va à l'encontre de la loi. En effet, l'état s'est doté d'un texte⁹³ qui prohibe l'usage d'argent en référence à l'adoption. La violation de cette règle de droit constitue un grave délit⁹⁴ pouvant entraîner une peine de trois à cinq ans de prison.

C'est donc en premier lieu par référence aux lois relatives à l'adoption que l'autorité judiciaire déclare la convention de mère porteuse inapplicable. Aujourd'hui, les juristes ont mis toute leur ingéniosité à justifier l'application de la convention sans référence à l'adoption.

2) Une convention allant à l'encontre de l'ordre public étatique

Toujours dans le cadre de l'affaire « *Matter of Baby M.* », la cour se réfère à son argument le plus lourd de conséquences, celui de l'ordre public.

En effet, l'ordre public de l'état de New Jersey n'est pas respecté pour plusieurs raisons. Toutes ces raisons tournent autour de la rémunération. Le paiement de cette somme d'argent n'apparaît pas, comme nous l'avons déjà dit, comme la compensation du service rendu. Le paiement de cet argent équivaut selon la cour au montant nécessaire pour effectuer l'échange de l'enfant.

La cour souligne la déshumanisation de l'enfant. Ce dernier n'est au centre du contrat qu'en tant que produit. L'ordre public est affecté lorsque le meilleur intérêt de l'enfant n'est pas préservé. L'état du New Jersey s'attache à la moralité de l'objet du contrat. La cour souligne le fait qu'en l'absence de rémunération, il semble que les deux parties n'auraient pas contracté. Bien que les interprétations puissent diverger, la cour considère que il s'agit, ni plus ni moins, d'une vente d'enfant.

L'ordre public étatique protège l'enfant de dérives contractuelles. Mais les juges vont plus loin et considèrent que même si la rémunération n'était pas convenue dans le but d'acheter l'enfant, les autres justifications possibles ne seraient pas davantage recevables.

⁹³ : N.J. Stat. Ann. 9:3-54a

⁹⁴ : N.J. Stat. Ann. 9:3-54c. Grave délit- « High Misdemenaor »

En effet, cette somme d'argent a aussi pour objectif de séparer définitivement la mère de son enfant. Comment l'état du New Jersey pourrait elle accepter cela alors qu'elle considère que le meilleur intérêt de l'enfant est, par principe, d'avoir pour parents ses parents génétiques. Dès lors, à moins bien évidemment de prouver l'incapacité de la mère, il n'est pas possible de l'exclure par principe contre une somme d'argent.

De même, la cour considère que l'argent ne peut acheter ou louer un corps, celui de la mère porteuse.

Le nécessaire respect de l'ordre public selon les juges de la Cour Suprême du New Jersey permet de justifier l'invalidation de ce type de contrats. Il sépare l'enfant de sa mère. Il ignore le meilleur intérêt de l'enfant. Il ne permet pas à la mère de se rétracter puisque le contrat est conclu avant la naissance de l'enfant. Et tout ceci étant sous-tendu par une rémunération.

3) Discussions sur le bien fondé de la référence à l'ordre public étatique.

A y regarder de plus près, on ne sait pas exactement ce que recouvre la notion d' « ordre public ». Elle se réfère bien évidemment à la loi en vigueur dans l'état mais pour autant, il faut souligner que l'argumentation va au delà d'un simple raisonnement juridique. L'ordre public social intègre les valeurs morales à sauvegarder dans cet état. Cela nous montre à quel point le juge américain est créateur de droits et garants des libertés et valeurs du citoyen de son état. Dans leur raisonnement, les juges n'hésitent pas à affirmer leurs opinions personnelles sans lien direct avec le droit. La latitude du juge a néanmoins des limites. En effet, si la loi en vigueur dans le New Jersey avait prévu de manière implicite l'application de la convention de mère porteuse, tout porte à croire que les juges n'auraient pu s'opposer à son applicabilité.

On peut se poser la question de savoir si la référence à l'ordre public n'est pas aussi un moyen simple et rapide de refuser la convention de mère porteuse. En effet, l'état du New Jersey n'est pas le seul à être doté d'un ordre public. Comment expliquer dans ce cas que la majorité des autres états ne se soient pas référés à la violation de l'ordre public pour déclarer inapplicable la convention de mère porteuse ? La rémunération de la mère porteuse n'est pas considérée dans tous les états comme allant à l'encontre de leur propre ordre public.

L'explication réside dans des considérations d'ordre politique et juridique. Politique d'abord puisque le juge est élu sur un programme et qu'il doit suivre la ligne de conduite dictée par les

citoyens et électeurs. Juridique ensuite car, comme nous allons le voir par la suite, la question de la rémunération de la mère porteuse peut être interprétée de manière très différente selon les juges pour cette raison qu'il y avait un vide juridique en la matière lorsque la convention de mère porteuse a fait son apparition.

Il convient maintenant de voir comment les juristes ont fini par distinguer les notions de rémunération et de compensation au profit de la mère porteuse.

B/ La compensation de la mère porteuse pour le service rendu.

Comme nous venons de le voir, l'acceptation par un juge du paiement de la somme d'argent à la mère porteuse est très aléatoire. Aujourd'hui, après plus de dix ans de discussions juridiques à ce propos, il semblerait qu'une sorte d'uniformisation se soit opérée à travers les Etats-Unis.

Dans l'arrêt « *RR. v. MH* »⁹⁵ rendu en 1998, la Cour Suprême de l'état du Massachusetts ne trouve rien à redire au paiement d'une somme d'argent à la mère porteuse traditionnelle. Le contrat dispose en effet que la mère porteuse recevra une « compensation pour les services rendus en matière de conception, de port et naissance de l'enfant ».

Cette qualification de « compensation » permet de contrer les critiques relatives au caractère déshumanisant de ce type de convention. On avance en effet que la convention de mère porteuse ne considérait la mère porteuse que comme un ventre et l'enfant à naître comme un produit qui sera échangé une fois fini. La compensation pour services rendus a le mérite de faire de la convention de mère porteuse un contrat de service ce qui, sans être la panacée, permet de mettre à mal ces arguments défavorables à la contractualisation de la maternité de substitution.

En parlant de « services rendus », on ne traite pas de la déchéance des droits parentaux de la mère porteuse traditionnelle, on n'évoque pas non plus le paiement d'une adoption ; on met en avant une juste compensation pour la douleur et la peine physique ressenties par la mère porteuse.

⁹⁵ : R.R. v. M.H. & another, 426 Mass. 501 (1998)

Quelque soit l'état du droit localement applicable, les rédacteurs des conventions de mère porteuse prennent grand soin à la rédaction de cette partie du contrat afin que la clause ne puisse être suspectée d'avoir un autre but que la compensation de la mère porteuse. En effet, quand bien même la loi étatique serait en faveur de la convention de mère porteuse, cela n'empêcherait pas un juge d'annuler le contrat si la rémunération s'apparentait à une contrepartie de vente d'enfant.

Pour éviter toute annulation au regard des motifs de la rémunération, la plupart des contrats pourraient prévoir aujourd'hui un paiement par échéance, voire un paiement mensuel. De cette manière, il deviendrait plus difficile de soutenir que la somme versée se fasse en échange de l'enfant dès lors qu'il est précisé que tel montant mensuel sera versé à la mère porteuse pour subvenir à ses besoins d'ordre médicaux, juridiques et pour pallier son impossibilité de suivre toute autre activité professionnelle.

Auparavant, si la mère porteuse recevait une certaine somme durant la grossesse, elle n'en recevait la plus grosse partie qu'une fois l'enfant né et en bonne santé. Bien entendu, ce système de paiement est risqué pour le couple demandeur, notamment si l'enfant est mort né, le couple demandeur pourrait-il avoir remboursement de toute ou partie de la somme versée ? La question est loin d'être évidente et une réponse affirmative aurait pour conséquence d'admettre que le couple demandeur verse cette somme d'argent dans le but d'avoir un enfant. Cette méthode est donc dangereuse pour le couple demandeur mais c'est encore le meilleur moyen d'être sur que le contrat ne sera pas annulé devant les tribunaux du fait des raisons de la rémunération.

La pratique nous prouve que les conventions de mère porteuse contiennent encore en règle générale cette obligation de résultat de la mère porteuse pour recevoir la somme convenue. La raison en est notamment que certains états, bien loin du raisonnement de la Cour Suprême du New Jersey, ont une politique très libérale en matière de maternité de substitution. La seule qualification de « compensation pour le service rendu » leur suffit pour ne pas voir de violation de leur ordre public. Force est de constater que le plus souvent il n'y a de différence entre la « compensation » et la « rémunération » que la notion et non les implications.

Comme nous venons de le voir, ce sujet de droit a une coloration morale et éthique. Le droit étatique en la matière se fonde sur des raisonnements autres que juridiques pour justifier ou

refuser l'applicabilité de la convention de mère porteuse. Il est intéressant de traiter de ces influences qui vont au delà du droit.

§ 2. Un sujet qui ne s'arrête pas au droit : une pratique ayant des implications sociales, morales et religieuses.

Nous allons voir l'étendue du problème que pose la convention de mère porteuse dans la société américaine. Elle ne pose pas simplement des problèmes de droit. Ainsi si cette pratique a pu entraîner des débats concernant le statut de la femme (A/), la convention de mère porteuse est aussi un thème qui pose la question de la coexistence d'évolutions scientifiques avec les convictions religieuses (B/)

A/ La convention de mère porteuse, le nouveau fer de lance de la lutte contre les formes de discrimination aux Etats-Unis

Il convient de traiter des réactions diverses et variées de la population à l'égard de cette pratique. Le système américain est très différent du système français au regard de la place que tient le droit dans la société. Si en France, la politique est techniquement lié au droit puisque ce sont les députés, élus sur leur programme qui font la loi, aux Etats-Unis, la politique et le droit sont indissociables l'un de l'autre. La vie de la cité est d'une certaine manière mieux représentée, pour le meilleur comme pour le pire, par ces groupes de pression que sont les « lobbies ». Ceux qui font la loi, les membres du Congrès comme les juges, eux aussi élus, sont « soumis » à ces groupes de pression. Les associations féministes, par exemple, sont, à la différence de la France, des organisations très puissantes. De même, la liberté de culte est très respectée aux Etats-Unis. Les hommes politiques sont donc tenus d'être à l'écoute et de représenter les courants majoritaires qui ressortent de leurs états.

1) Un sujet de discordance pour les mouvements féministes américains

Les associations féministes aux Etats-Unis sont si puissantes qu'il existe un droit féministe. On trouve plusieurs courants de pensée féministes relativement à la place que doit avoir la

femme dans la société. Si ces différents courants se retrouvent la plupart du temps solidaires pour certaines avancées du droit de la femme, il arrive que leurs avis soient différents voire opposés.

La question que se sont posée, les différentes associations féministes, qui ont élaboré un droit féministe, le droit de la protection de la femme, est de savoir si une mère porteuse traditionnelle peut durant la grossesse décider d'elle-même de mettre fin au contrat ou au contraire risquer devant les tribunaux que les juges lui demandent l'exécution en nature⁹⁶ du contrat, donc la délivrance à terme de l'enfant à naître ?

On peut distinguer quatre courants de pensée du féminisme aux Etats-Unis. La première, qui est la pensée majoritaire est celle dite de l' « égalité formelle ». Cette approche considère que l'homme et la femme doivent être intrinsèquement considérés de la même manière. La seconde est conduite par Catherine MacKinnon. Cette dernière soutient que la volonté d'établir une égalité formelle conduit la société, organisé par et pour les hommes, à créer d'une manière ou d'une autre une hiérarchie. Une égalité formelle conduit inévitablement à souligner les différences entre l'homme et la femme. Elle considère que seul l'attribution du pouvoir aux femmes permet d'assurer une égalité de traitement à long terme. Une autre école dont le porte-parole est Robin West a une vision hédoniste. Si elle reconnaît les vertus de la première école, elle considère que les souffrances propres à la femme ne sont pas prises en compte par la loi⁹⁷. Elle affirme qu'il est en effet difficile de traduire la peur que la femme a du viol en arguments qui pourraient être entendus devant une cour. Il y a une différence entre les souffrances et douleurs pouvant être vécues par la femme et celles pouvant être subies par l'homme. Enfin, Margaret Radin a développé un quatrième courant de pensée⁹⁸. Cette approche se veut pragmatique. Elle sous-entend qu'il ne sert à rien développer une théorie abstraite de l'évolution que doit prendre la place de la femme. Elle diffère des trois premières qui se fondent, l'une sur la notion d'égalité, l'autre sur celle de « pouvoir », la dernière sur la notion de bien-être de la femme. L'idée est que chaque proposition a des avantages et des inconvénients et qu'il convient de raisonner au cas par cas et de retenir celles qui paraissent les plus avantageuses pour la destinée de la femme.

⁹⁶ : Une « specific performance »

⁹⁷ : Robin L. West, *The Difference in Women's Hedonic Lives: A Phenomenological Critique of Feminist Legal Theory*, 3 *Wis. Women's L.J.* 81 (1987).

⁹⁸ : Margaret Jane Radin, *The Pragmatist and the Feminist*, 63 *S. Cal. L. Rev.* 1699 (1990).

Revenons à la convention de mère porteuse, chaque courant adressa son avis en ce domaine. La conception de l'égalité formelle, ou rigide, fait un parallélisme avec le donneur de sperme. Ce dernier signe un contrat pour une rémunération d'environ 50\$. Ce contrat est applicable aux yeux de la loi. De plus, le donneur de sperme ne peut avoir de droits parentaux à l'égard de l'enfant qui naîtra de sa semence. En suivant cette théorie, la mère porteuse traditionnelle, elle aussi aura le droit de signer un contrat, qui sera lui aussi applicable et elle ne pourra revendiquer un quelconque droit sur l'enfant.

Cette école effectue une autre analogie. Elle se fonde sur la sanction de l'exécution en nature d'un contrat lorsque l'objet de ce contrat est un bien unique. L'enfant étant un produit unique (sic)⁹⁹, une exécution en nature de la mère porteuse pourrait être demandée.

Bien évidemment, cette conception semble loin d'être satisfaisante. D'abord concernant, l'analogie avec le donneur de sperme. La durée, d'une part, et l'implication, d'autre part auquel s'astreint un homme désireux de donner son sperme n'a rien à voir avec la gestation d'un enfant pendant 9 mois. De plus, le lien particulier qu'entretiennent une femme et son fœtus n'a pas d'équivalent si on se tourne vers le sexe masculin.

Concernant l'analogie avec l'exécution en nature, elle est elle aussi faible. Il est toujours plus difficile pour une femme de se séparer de son enfant que pour le peintre de se séparer d'une œuvre commandée.

MacKinnon est contre l'applicabilité sur le territoire américain de la convention de mère porteuse à but lucratif. En effet, le fait de fixer par contrat que la mère de l'enfant devra abandonner son enfant au profit du père ne peut, selon elle, être acceptable. Ce serait un signe trop symbolique de l'infériorité de la femme sur l'homme. Elle va jusqu'à soutenir que la reconnaissance juridique d'une telle pratique n'est autre que la reconnaissance d'une forme de prostitution¹⁰⁰ puisque l'homme contrôle et achète le corps d'une femme pour son usage, quel qu'il soit.

Là encore il est permis de soutenir que la notion d'infériorité de la femme par rapport à l'homme est exagérée dans la mesure où la convention prévoit une compensation tout à fait substantielle qui pourrait être utile à la femme dans sa quête de domination.

⁹⁹ : Martha A. Field, *Surrogate Motherhood* 79-83 (1988) (discussing analogy to specific performance of finished goods).

¹⁰⁰ : Catharine A. MacKinnon, *Toward a Feminist Theory of the State* 246, 248 (1989).

Pour Elizabeth Kane¹⁰¹, sa prise de position ne peut être que mitigée. Elle souligne la nécessité de se baser sur les avantages et inconvénients que procure l'exécution de cette convention pour les mères porteuses. Il est nécessaire de faire une étude du nombre de mères de substitution qui retenteraient l'expérience, de celle qui en subiraient un traumatisme. Seul l'opinion de ces femmes peut révéler si cette pratique est néfaste. Son opinion nous laisse penser qu'elle n'est pas hostile à la possibilité d'avoir recours à une maternité de substitution, dès lors que la femme a le choix.

Enfin, le courant pragmatique souligne que l'applicabilité comme l'inapplicabilité d'une telle convention contient autant d'avantages que d'inconvénients. L'inapplicabilité empêchera certaines femmes de pouvoir s'enrichir, l'applicabilité, quant à elle, n'empêchera pas assez, d'éviter le sentiment que la femme vend son corps.

Ces quatre courants de pensée ne nous donne finalement aucune réponse précise sur la position des féministes en la matière. Les unes adhèrent, les autres s'y opposent. Pour autant, ces débats doctrinaux ont le mérite de créer une base de donnée très importante pour les autorités juridiques et permet aux autorités politiques de prendre en compte chacun des griefs exposés pour mieux réfléchir au régime juridique de la convention de mère porteuse la plus respectueuse du sexe féminin.

2) La convention de mère porteuse : davantage qu'un remède aux problèmes d'infertilité.

La convention de mère porteuse ne bénéficie pas qu'aux couples infertiles. Elle intéresse aussi d'autres types de demandeurs.

Si les féministes ont eu largement l'occasion de s'exprimer, d'autres groupements et associations en ont profité, il s'agit notamment des associations en faveur des homosexuels ainsi que celles luttant contre la discrimination de l'homme.

Nous ne nous tournerons que du côté de la Californie et du Maryland pour traiter de ce point. La Californie est comme nous n'avons cessé de la voir, l'état le plus favorable à cette convention. Au delà de l'originalité du raisonnement des juges Californiens pour déclarer le

¹⁰¹ : Elizabeth Kane, *Birth Mother: The Story of America's First Legal Surrogate Mother* (1988).

contrat applicable, cette état s'est aussi montré très libéral à l'égard des hommes célibataires et des couples homosexuels.

En effet, si la maternité de substitution fut conçue pour pallier les problèmes d'infertilité touchant certains couples, il faut considérer que les autorités californiennes en ont admis une application très extensive. Le couple homosexuel est incapable d'avoir un enfant s'il ne fait pas intervenir une tierce personne. Cela peut-il être considéré comme de l'infertilité ? Aux yeux de la Californie, il semble que oui puisque la convention de mère porteuse conclue entre un couple homosexuel et une femme fut considéré comme valide. L'interprétation de l'arrêt fondamental en la matière nous le laisse à penser. L'arrêt *« Re Marriage of Buzzanca »*¹⁰² interprété largement, laisse entendre que si la mère porteuse ne réclame pas la maternité de l'enfant, l'homme célibataire pourra élever seul l'enfant.

Concernant la possibilité pour un couple homosexuel d'avoir recours à cette procédure, il convient d'être plus prudent. Bien sûr, officieusement, si un homme célibataire peut avoir recours à cette procédure, il se peut qu'il vive avec un homme. Néanmoins la question est ici de savoir si il est possible qu'un contrat soit déclaré applicable alors que le couple demandeur est homosexuel. Le fondement reste le même que précédemment, on raisonne sur le même arrêt en l'associant avec un arrêt Californien rendu en 2000. Il s'agit de l'arrêt *« Dunkin v. Boskey »* qui affirme que dans le domaine de la procréation artificielle, le couple non marié devait être considéré de la même manière que le couple marié. Le couple homosexuel pourrait donc être déclaré comme les parents de l'enfant. Il convient néanmoins de souligner que les juges ne sont pas tous d'accord avec ce raisonnement, puisqu'il permettrait justement à un couple homosexuel d'avoir recours avec succès à une convention de mère porteuse.

L'état de Maryland est considéré, lui aussi, comme un état en faveur de la reconnaissance juridique de cette pratique. Cet état considère en effet, que seul le contrat est en mesure de réglementer une telle pratique qui concerne la vie privée des gens. On est ici bien loin des arguments d'autres états faisant référence à l'ordre public étatique pour refuser l'applicabilité d'une telle convention. L'état du Maryland a en effet rendu un arrêt qui permet aux couples non mariés ayant une relation stable d'adopter un enfant. Cela pourrait permettre à terme aux couples homosexuels, en ayant recours à cette pratique, de pouvoir être désignés comme les parents de l'enfant.

¹⁰² : March 10, 1998.

Sans aucune polémique, la convention de mère porteuse est, comme nous l'avons dit auparavant, détournée de son sens. A vouloir créer un moyen de lutter contre l'infertilité de la femme, on en arrive à permettre aux couples homosexuels d'envisager le recours à cette pratique. Le but recherché originellement n'aurait alors plus lieu d'être. La convention de mère porteuse deviendrait non pas un remède mais une autre manière d'avoir un enfant. Le recours à une maternité de substitution permettrait à un couple demandeur d'avoir un enfant. Dans ce cas, on peut légitimement se poser la question de savoir qui désirera dans le futur avoir recours à une adoption. Les deux procédures sont, toutes les deux longues mais l'une à un avantage que l'autre ne peut être en mesure de combler, le lien du sang.

En restant dans l'optique que la convention de mère porteuse est un remède à l'infertilité des couples, on trouve déjà des réactions qui soutiennent, soit l'immoralité de la pratique, soit son entrée en conflit avec les convictions religieuses.

B/ Lorsque les convictions religieuses sont malmenées par les évolutions scientifiques.

Depuis quelques années, la question se pose de faire coexister la foi et les convictions religieuses avec les évolutions scientifiques en matière de procréation. Les évolutions en matière de Fécondation In Vitro, d'assistance médicale à la procréation, de clonage et d'eugénisme ont poussé les représentants des diverses religions à prendre position. Ces évolutions, en effet, peuvent remettre en cause les croyances religieuses concernant les origines de la vie. Puisque l'homme en vient à savoir contrôler la vie, la foi et la croyance d'une puissance divine créatrice de toute vie pourraient être ébranlé. C'est pour cela que les différentes religions voient ces avancées scientifiques comme un danger sur le long terme.

Le droit se doit d'être très vigilant dans la prise en compte et l'acceptation de la convention de mère porteuse.

Pour les musulmans¹⁰³, la dichotomie de la maternité biologique et sociologique ne peut avoir qu'une influence néfaste. Le fait que l'on puisse lier un enfant à deux mères est inacceptable. Cela revient, d'une part, à concevoir la maternité et la grossesse hors du mariage. De plus, l'enfant devient un produit, une valeur marchande ce qui va est en complète contradiction

¹⁰³ : Voir notamment « www.islam-medecine.org »

avec le fait que l'enfant est un don de Dieu. On critique de même les problèmes que pourraient rencontrer l'enfant concernant ses origines. Le fait pour ce dernier de connaître la démarche utilisée pour sa conception n'aurait pour conséquence que de créer chez lui un doute et une perte de la foi.

Les représentants de la religion catholique vont plus loin et n'hésite pas à considérer que certains progrès de la science peuvent aller à l'encontre du bien de l'humanité.

Un comité conjoint de l'épiscopat de Grande-Bretagne, composé d'évêques et d'experts, déclarait au sujet des mères de substitution : « La maternité de substitution viole la dignité humaine..... ».

Les mêmes arguments énoncés précédemment ressurgissent. Le refus catégorique d'admettre la convention de mère porteuse se fonde sur l'idée que seul Dieu est créateur de vie. L'assistance médicale à la procréation est source de dangers, la convention de mère porteuse est, de son côté, encore plus critiquable selon eux puisque on permet à une femme d'abandonner son enfant contre une somme d'argent.

Les critiques s'adressent principalement aux lois étatiques favorables en matière de conventions de mère porteuse.

D'une part, les organisations religieuses critiquent le fait que les juristes s'attachent à légiférer positivement en matière de maternité de substitution sans prendre aucun compte des revendications basées sur la nécessité de respecter les valeurs morales et religieuses. Ils condamnent le fait que la prise en compte des évolutions scientifiques ne se fasse sans consultation préalable des différents groupements pouvant être concernés par ce type de législation.

D'autre part, si, dans l'ensemble, les autorités religieuses condamnent de manière absolue la reconnaissance juridique de la convention de mère porteuse, un certain courant moins « extrémiste » émet aussi une critique. En effet, si il est possible d'admettre la prise en compte juridique de ces évolutions scientifiques, il est nécessaire de ne pas intervenir juridiquement trop brutalement. Or, il est vrai que les états ayant admis favorablement la pratique de la maternité de substitution l'ont admis directement, sans étape préalable.

Conclusion :

Ce thème peut se targuer d'être un réel sujet de discussions et d'approfondissement, tant sur le plan juridique, économique, sociologique que morale.

Il ne fait que compliquer l'approche à avoir sur le thème de la reproduction artificielle, du clonage humain ou encore de l'eugénisme.

En effet, qu'est ce qui nous empêche de penser qu'une légalisation de la pratique de la convention de mère porteuse, combinée avec l'évolution en matière de recherche d'ADN, n'entraînera pas à terme la possibilité pour le couple demandeur de choisir non plus seulement la mère porteuse mais de choisir si l'enfant aura les yeux bleus ou verts, s'il sera blanc ou noir.

Le danger ne s'est certes pas encore manifesté mais il existe bien. Si l'eugénisme fait un jour son apparition dans notre société, le premier cadre juridique dans lequel il s'inscrira sera celui des techniques d'assistance médicale à la procréation, ce qui inclut la convention de mère porteuse.

Les Etats d'Amérique, comme nous l'avons vu, n'ont pas hésité à prendre des directions divergentes dans le sens de la légalisation ou de la prohibition des conventions de mères porteuses. Ceci n'est pourtant pas critiquable. En effet, d'une part, une législation en la matière était nécessaire, le droit se doit d'intervenir vite lorsqu'une pratique se développe sans aucune sécurité juridique. Autant dire que particulièrement en la matière, la protection de l'enfant est indispensable. D'autre part, le système fédéral qui est le leur révèle une grande qualité. Chaque état prend une direction, sans aucune interférence du gouvernement fédéral. Chacun y va de son interprétation des textes fédéraux les intéressant à propos de la maternité de substitution. Tout ceci nous donne un vaste terrain d'expérimentation sur la reconnaissance juridique d'une telle pratique. Le grand intérêt de ce système est de permettre de cerner les qualités et inconvénients de tel et tel système étatique et de pouvoir en tirer les leçons et les dangers une fois que les autorités fédérales désireront intervenir. Il est en effet difficilement concevable de laisser à long terme une telle diversité de législation sur le territoire américain. Bien que chaque état soit souverain et bien qu'il ne soit plus à démontrer que chaque état crée son droit en fonction des besoins et désirs des citoyens de l'état, certains thèmes ne peuvent rester un sujet simplement étatiques. Le gouvernement fédéral devrait donc intervenir d'une manière radicale par une loi fédérale sur les conventions de mère porteuse, plusieurs éminents

juristes s'y attendent. Il est aussi possible que la cour Suprême se saisisse du sujet et limite l'utilisation de cette convention sans toutefois pouvoir l'interdire semble t'il.

La convention de mère porteuse aux Etats-Unis n'en est qu'à ses débuts, si la prolifération de points de vue juridiques étatiques sur ce sujet est comme nous l'avons dit, bénéfique à long terme, il n'en reste pas moins qu'à court terme certains états voisins peuvent avoir une droit en la matière aux antipodes. La conséquence pratique est que les couples résidant dans un état défavorable à la maternité de substitution n'hésitent plus à aller dans un autre état pour négocier ce type de contrat.

Il est intéressant de souligner que les autorités dirigeantes étatiques ou fédérales ont politiquement une attitude « conservatrice progressiste ». Il s'agit d'un courant de pensée qui a déjà fait ses preuves aux Etats-Unis et dont les origines sont liées au puritanisme. L'idée est qu'il faut faire survivre un certain ordre moral. Pour autant, la protection d'un ordre moral aux Etats-Unis n'est pas synonyme d'immobilisme, au contraire. La conscience que l'ordre moral ne survit pas à l'inaction à pour conséquence qu'il est indispensable d'agir, d'accepter les changements et de légiférer en la matière. C'est d'une manière caricaturale ce qui explique que l'on ne puisse aux Etats-Unis distinguer une gauche d'une droite comme c'est le cas en France ou dans plusieurs pays européens.

La maternité de substitution n'a, originairement, qu'un seul but. Celui de pouvoir pallier la stérilité des couples et leur permettre d'avoir un enfant qui leur soit génétiquement lié soit par l'un des membres du couple ou par les deux. La pratique américaine va clairement plus loin. Au delà du fait que les sociétés chargées d'être l'intermédiaire entre le couple et la mère porteuse sont légions et que la concurrence qui s'opèrent sur ce marché est virulente, il est important de souligner que l'on voit apparaître déjà certaines « dérives ». Ainsi, la possibilité pour une personne célibataire de recourir à cette technique ou encore aux couples homosexuels d'avoir un enfant qui leur soit lié génétiquement. Il s'agit bien là d'une dérive par rapport au but premier de la maternité de substitution, pallier l'infertilité du couple. Le couple homosexuel n'a pas techniquement de « problèmes » d'infertilité, il lui est tout simplement impossible d'avoir des enfants entre eux ce qui est sensiblement différent. On observe que deux états aux Etats-Unis semblent prendre cette voie mais ne serait il pas encore trop tôt ?

Si la convention de mère porteuse est considérée comme une technique de reproduction artificielle, elle doit être distinguée des autres, ce qui accentue sa complexité.

D'une part, elle se distingue de l'insémination artificielle, de la fécondation In Vitro et autres procédés de procréation dans la mesure où elle implique bien plus qu'une simple technique ou opération médicale. Il s'agit ici d'une technique aboutissant à concevoir un enfant mais par le biais d'un autre humain. On n'hésite pas parfois à parler de « ventre » plutôt que de mère porteuse. Cette tierce personne doit avoir conscience qu'elle n'est finalement rien d'autre qu'un support.

D'autre part, la convention de mère porteuse se distingue des autres techniques de reproduction artificielle en ce que c'est le contrat privé qui gère toutes les étapes du procédé. L'état actuel du ou des droits américains en la matière nous laisse à penser que tout est permis dans une convention de mère porteuse si tant est que cette dernière n'agisse pas en annulation dudit contrat.

La maternité de substitution est de plus source d'interrogations au niveau médical. On ne sait pas encore de manière certaine quelle est l'influence de la gestatrice sur le fœtus. Le fœtus est-il en mesure durant les neuf mois de créer un lien avec la gestatrice. La question est d'importance pour le bien être de l'enfant. Ne risque-t'il pas de subir un traumatisme à quitter dès la conception la femme qui lui a donné naissance ? D'autre part, cette question revêt une réelle importance au niveau juridique. On discute souvent du fait de savoir si la mère porteuse gestationnelle n'a pas un droit à revendiquer la maternité de l'enfant. L'existence d'un lien entre l'enfant et la mère porteuse durant sa grossesse signifierait qu'il y aurait une troisième forme de parenté. Après celle génétique et celle sociale, il y aurait celle gestationnelle.

Quelles pourraient être les répercussions en France de la légalisation de la convention de mère porteuse aux Etats-Unis. Le sujet est d'actualité puisque les parlementaires français préparent une relecture des lois de bioéthiques. L'association MAIA représente les couples infertiles. A ce titre, elle propose toute une série d'amendements et notamment une révision de l'article 16-7 de code civil qui prohibe la « gestation pour autrui ». Les propositions d'amendements¹⁰⁴ en ce domaine visent à autoriser la maternité de substitution dans un unique but altruiste et sous le contrôle d'une autorité locale. Nous sommes encore bien évidemment loin des lois en vigueur dans certains états américains. Force est de constater néanmoins que le sujet a une réelle importance et que la légalisation de la gestation pour autrui répondrait à une véritable demande.

¹⁰⁴ : Voir Annexe n°3

Si l'influence américaine est certaine, on peut souligner que d'autres pays, notamment européen, n'y voient pas dans le système existant aux Etats-Unis une quelconque panacée. La gestation pour autrui à but non lucratif en France pourrait ainsi rester une aide à pallier l'infertilité des couples et non une occasion d'avoir un enfant...à n'importe quel prix.

Les Etats-Unis n'ont donc pas encore fait le tour de tous les problèmes que pourraient poser la convention de mère porteuse et il semble difficile de soutenir que cela sera un jour complètement acceptée par tous. Néanmoins, bien que la pratique n'appelle pas au consensus, elle permet à terme à des couples d'avoir un enfant qui est le leur génétiquement et socialement. La maternité de substitution a donc un but plus que louable. La convention de mère porteuse s'inscrit dans l'évolution de notre société et de sa capacité à savoir manipuler et recréer la vie. Face aux problèmes de clonage et d'eugénisme, la convention de mère porteuse ne paraît encore à ce stade qu'un moindre mal.

Annexe 1 : Contrat-type de mère porteuse gestationnelle.

GESTATIONAL SURROGACY AGREEMENT

THIS AGREEMENT by and between _____ and _____ hereinafter referred to as the "Biological Mother and Father" or collectively as the "Biological Parents") and _____ (hereinafter referred to as the "Carrier").

WHEREAS, Biological Mother and Father are over the age of 18 and will attempt to conceive a child(ren) by placement of their embryo conceived by in vitro fertilization (IVF) into an appropriate uterine host hereinafter referred to as the Carrier;

WHEREAS, Biological Mother is not medically able to maintain a pregnancy, and the Biological Parents are desirous of contracting with the Carrier for such services;

WHEREAS, the Carrier is over the age of 18 and is desirous of assisting the Biological Parents in having their own biological child(ren) and in contracting with the Biological Father and Mother to provide such services;

WHEREAS, the Biological Parents and the Carrier have requested _____ (the "IVF" Team) to assist them in carrying out the purpose of this Agreement.

NOW THEREFORE, in consideration of the mutual promises contained herein and with the intention of being legally bound hereby, the parties mutually agree as follows:

1. The Biological Father and Mother agree and understand that they are entering into this Agreement with the Carrier whereby the Biological Father and Mother agree to the placement of their embryo(s) conceived through IVF into the uterus of the Carrier for the purpose of impregnating the Carrier. Thereafter, assuming the Carrier becomes pregnant, the Carrier shall use her best efforts to carry the pregnancy to term and give birth to a child or children (hereinafter referred to in the singular as a "child") parented by the Biological Father and Mother. It is agreed that this procedure will be performed not more than six times, if necessary for the Carrier to become pregnant, within 18 months from the date of this Agreement.

2. It is the intent of the parties that neither the Carrier nor her husband shall have any physical or legal custody of or any parental rights or duties with respect to the child born of this gestational surrogacy process and that the Biological Parents shall exclusively have such custody and all parental rights and duties from the moment of the child's birth.

Notwithstanding the foregoing or any other provision of this Agreement, it is expressly understood and agreed that this Agreement does not condition the payment of compensation or the giving of anything of value to Carrier upon the termination of any parental rights or the placement of the child with the Biological Parents. The Carrier agrees that it is in the best interests of the child that the child be raised by the Biological Parents and that the Biological Parents have full physical and legal custody of the child. Carrier further agrees that she will not at any time seek to obtain custody, partial custody or visitation of the child or attempt to form any parental relationship with the child. The Carrier and Biological Parents agree that the Biological Parents will take full custody of the child as soon as is medically practicable

following its birth and will bear the full cost and responsibility of caring for and raising the child. Without any consideration other than concern for the best interests and welfare of the child, the Carrier agrees that she will cooperate fully in allowing the Biological Parents to bond with and take custody of the child immediately upon birth. The Carrier further agrees to take any further lawful action necessary to enable them to do so.

3. The Biological Parents agree to pay the Carrier as compensation for the services provided the sum of \$_____ following a single live birth. Within 7 days after confirmation that the Carrier is pregnant, with a detectable fetal heartbeat, the Biological Parents will establish an escrow account for such compensation. Upon the birth of a living child from the uterus of the Carrier the compensation shall be forthwith paid from the escrow account to the Carrier. The compensation shall be deposited in escrow as follows:

(A) \$_____ upon positive medical confirmation that the Carrier is pregnant, with a detectable fetal heart beat.

(B) \$_____ within six months after the positive medical confirmation that the Carrier is pregnant, and if the Carrier is still pregnant.

(C) \$_____ into escrow if the Carrier is still pregnant, not less than thirty days prior to the anticipated delivery date.

In the event of multiple births, the Biological Parents agree to pay an additional \$_____ per fetus directly to the Carrier at the time described above that the \$_____ is paid from the escrow account.

4. In addition to the compensation set forth above, the Biological Parents agree to indemnify the Carrier for:

(A) all reasonably documented incidental expenses, such as telephone toll charges, travel, parking, baby-sitters as needed (at a rate of \$____ per hour), missed time from work (or spouses missed time due to surrogacy needs). A maternity clothes allowance in the amount of \$_____, which will be paid eight weeks after estimated conception of pregnancy. The biological parents will set up an account from which the carrier will be able to write checks, or withdraw funds for any and all incidental costs. All expenses must be fully documented with receipts.

(B) all unreimbursed and uninsured medical expenses incident to the pregnancy of the Carrier (The Carrier has confirmed to the Biological Parents that to the best of her knowledge she has medical insurance that includes maternity, and delivery benefits and the Carrier understands that the Biological Parents are relying on this information in entering into this Agreement);

(C) psychological counseling, as needed, from the date of this Agreement through the end of the third month following a live birth or until such time as this Agreement is earlier terminated;

(D) up to \$____ per month for childcare and/or home care services if bed rest is advised by the Carrier's physician and the Carrier's insurance policy does not cover such child care and/or home care services; and

(E) a one-year term life insurance policy in the amount of \$_____ purchased by the Biological Parents for the Carrier at the time of a confirmed pregnancy.

5. All parties agree it is important for the Carrier to receive independent legal counseling relevant to the Carrier procedure so that she is aware of potential legal problems incident to the procedure. The Carrier has been so advised by _____ whose agreed fee of \$_____ will be paid by the Biological Parents.

6. If the Carrier becomes pregnant but loses the pregnancy in the first trimester, (after confirmation of a detectable heart beat) compensation of \$_____ will be paid to the carrier. If the carrier becomes pregnant but loses the pregnancy in the second trimester, _____ of the agreed upon amount of compensation will be paid to the carrier. In the event of a pre-term delivery (in the 3rd trimester), but not within one month of the due date (2 months with twins), the carrier shall be paid _____ of the agreed upon compensation amount. In the event of delivery within one month of the due date (2 months in the case of twins) total compensation shall be paid to the surrogate. All these compensation amounts shall be paid regardless of the health/living status of the child. If the carrier incurs the loss of the child at any time, no previously paid monies of any kind shall be returned. No further payments will be made.

7. The biological parents agree to compensate the carrier \$_____ per transfer attempt. This does not include travel, missed time from work, or any other incidental expenses incurred as a result of the transfer attempt.

8. The biological parents agree to compensate the carrier with a \$_____ per month living expense through out the pregnancy. This shall begin upon detection of a heartbeat. If at anytime the carrier loses the pregnancy, this living expense compensation will cease.

9. The biological parents agree to purchase a "Homemakers Disability Policy" for the carrier, for the coverage length of one year, to take effect upon confirmation of the pregnancy.

10. The biological parents agree to provide the carrier with a private hospital room, on a floor other than the maternity floor, for her hospital stay post delivery. Carriers insurance will pay the "semiprivate" room rate for the hospital stay.

11. The Carrier, the Biological Father and Mother warrant and represent, each as to herself or himself, that to the best of his or her knowledge he or she is medically free from disease or other hereditary medical problems that could cause injury, defect or disease to the Carrier or the fetus to be carried by the Carrier.

12. The carrier will agree that a birth certificate naming the Biological Parents as parents, unless medical considerations dictate otherwise, will be issued (b) she will to the best of her ability stay in good health throughout the pregnancy, not smoke, drink alcohol or use illegal drugs and will follow the medical advice of her caring physician and submit to regular obstetrical care and standards by an obstetrician approved by Biological Parents; (c) she will permit monitoring by frequent testing for normalcy of the fetus(es) including chorionic villus sampling and, in the event the pregnancy progresses to 16 weeks, will permit an amniocentesis, for determination of chromosome status of the fetus (and the Biological Parents will have access to this information) and, if so requested by the Biological Mother or Father, genetic (DNA) testing of the fetus(es); (d) in the event chromosomal abnormality is determined, she will permit the termination of the pregnancy at the request of the Biological

Parents; (e) in the event three or more fetuses are successfully transferred, she will agree to the selective reduction of the number of fetuses to two; (f) she will abstain from sexual intercourse as recommended by the IVF team; (g) she will invite the Biological Mother to obstetrician visits (including the amniocentesis) and will notify the Biological Parents regularly about the status of her pregnancy, her expected delivery date and any changes thereof, and the actual delivery date unless emergency conditions are present; (h) she will consent to the release of her medical records to the Biological Parents' physician and/or the _____ (name of fertility center or clinic); (i) she will remain in the _____ area during the last trimester of her pregnancy, until ___ weeks before the expected due date, at which time she will travel to _____ in order to deliver; and (j) she will keep this Agreement and her participation in this arrangement confidential and non-public unless mutually agreed otherwise.

13. The Carrier shall have the right to terminate the pregnancy if her physician believes the pregnancy poses a serious risk of damage to her health.

14. This Agreement may be terminated by either the Carrier or the Biological Parents. In the event of termination, neither Carrier nor the Biological Parents shall be under any further obligation not already incurred, or not thereby incurred, under this Agreement. Any willful violation of the provisions of this Agreement by the Carrier shall result in the forfeiture of all compensation and all reimbursements otherwise due the Carrier under this Agreement. If either party sees fit to terminate this agreement, any monies already paid out will not be returned. No further payments will be made.

15. This Agreement, is binding on each party's respective executors, heirs and assigns and successors and may not be assigned by any party without the written consent of all other parties

16. If after conception, but prior to the Carrier delivering the child, the Biological Parents are no longer alive, _____ shall have permanent custody of the resultant child. The Biological Parents will revise their will accordingly prior to implantation of their embryos into the uterus of the Carrier.

17. Each party acknowledges that he or she has fully read the Agreement, is relying on the representations set forth in this Agreement, is signing the same freely and voluntarily and has no reason to believe that the others did not understand fully the terms and effects of this Agreement or freely and voluntarily execute this Agreement

18. The Agreement as been drafted, negotiated and executed in North Carolina, and shall be governed by, construed and enforced in accordance with the laws of the State of North Carolina.

19. This is the entire Agreement among the parties and any modification of subsequent agreement must be in writing and signed by all parties. This Agreement may be executed in counterparts.

20. In the event any of the provisions of this Agreement are deemed to be invalid or unenforceable, the same shall be deemed severable from the remainder of this Agreement. If such provision(s) shall be deemed invalid due to its scope or breadth, then said provision(s) shall be deemed valid to the extent of the scope or breadth permitted by law.

Biological Father

Date

Biological Mother

Date

Carrier

Date

DECLARATION OF INTENT

I, _____, hereby acknowledge that I have agreed to carry and give birth to a child conceived via in vitro fertilization through the union of _____ ovum/ova _____ sperm, so that _____ may have a child genetically related to them. I have no intention of having physical or legal custody or any parental rights or duties with respect to any child born of this gestational surrogacy process. Rather, it is my intention that the genetic and intended parents _____, shall exclusively have such custody and all parental rights and duties.

I further acknowledge that it is in the best interests of the child born of this gestational surrogacy process for _____ to have sole custody of said child. I therefore, agree to cooperate fully in allowing them to bond with and take custody of said child from the moment of its birth.

Carrier

Date

AFFIDAVIT OF CARRIER'S HUSBAND

I, _____, hereby acknowledge that I am over eighteen years of age and have read and fully understand the foregoing Gestational Surrogacy Agreement among my wife and _____, including all attachments thereto.

I further acknowledge that I am in full agreement with the objectives of the Agreement and fully support the terms and provisions thereof. I hereby agree to cooperate with and assist my wife in fulfilling her obligations under said Agreement. Such cooperation shall include but not be limited to abstaining from sexual intercourse with my wife during the times the _____ instructs.

I understand that, as I will not be the biological father of the child or children here born of this gestational surrogacy process, I shall at no time attempt to assert any parental rights or seek any kind of custody or visitation with respect to said child and that it is intended that _____ as the intended and genetic parents of the child, shall exclusively have full physical and legal custody and all parental rights. I understand and agree that it is in the best interest of said child that I not attempt to form any parental relationship with him/her, and immediately upon the birth of said child, I shall cooperate fully in allowing the Biological Parents to bond with and take custody of him/her.

I agree, in order to effectuate the intent and objectives of this Agreement to (i) cooperate in all proceedings which may be necessary or desirable, (ii) sign any and all affidavits and or documents, which I can truthfully sign, requested at any time by the Biological Parents including but not limited to an Affidavit of Non-Access and or an Affidavit of Non-paternity and (iii) assist in having the genetic and intended father _____ listed on all documents as the father of said child.

I agree that, unless expressly permitted to do so by both Carrier and Biological Parents, I shall not provide nor allow any agent of mine to provide any information to the public new media or any other individual or group which could lead to the disclosure of the identity of any party to the Agreement or said child or which reveals the provisions of this affidavit of the Agreement.

I hereby acknowledge that I read and understand the foregoing and intend to be legally bound thereby.

Carrier's Husband

Date

Annexe 2 : Contrat-type de mère porteuse traditionnelle

**CONTRACT BETWEEN
BIOLOGICAL FATHER and SURROGATE MOTHER**

This agreement is made on _____, between

_____ (hereinafter referred to as "Surrogate), and

_____, phone _____ (hereinafter referred to as "Biological Father" or "BF")

SECTION ONE. As used herein, "Surrogate" refers to a female who voluntarily desires to conceive and carry the biological child of _____ to term. As used herein, "Child" includes all children born pursuant to the insemination of Surrogate, as in multiple births.

SECTION TWO. Surrogate agrees not to attempt to form a parent-child relationship with any child conceived pursuant to the provisions of this contract, unless such a relationship is desired by the Child at a later date when the Child is able and of age to make an informed decision to form such a relationship. Surrogate further agrees to follow the applicable state laws prior to and after the child is born so that BF's name is placed on the child's birth certificate as the biological father.

SECTION THREE. Surrogate agrees to be artificially inseminated with the sperm of BF. Upon becoming pregnant, Surrogate shall carry the fetus until delivery at full term, if same is possible to do so without placing Surrogate's life in medical jeopardy. Delivery shall occur in _____ it medically practical. Surrogate agrees that she will institute proceedings as soon as possible after the birth of said child to terminate her parental rights to said child, and sign any and all necessary consents, affidavits and other documents to effectuate the intents and purposes of this agreement. Surrogate understands that she is NOT consenting to terminate her parental rights by signing this specific agreement, but is simply indicating her intention to aid _____ in acquiring sole custody of any child(ren) resulting from performance of this contract. Surrogate and BF will comply with the applicable state laws after the child is born. BF agrees to pay for any legal expenses incurred by Surrogate with regard to terminating her parental rights to child.

SECTION FOUR. Surrogate agrees that once this contract is signed. Surrogate bears the responsibility NOT to become pregnant through insemination by any male other than the BF for one year after the signing of this contract, or until BF informs Surrogate by certified mail at her last known mailing address that no (additional) attempts by BF to generate a pregnancy with Surrogate will be made, whichever occurs first. Surrogate agrees that if Surrogate does become pregnant by someone other than BF, she will inform BF immediately, and Surrogate will reimburse BF of any expenses incurred by BF on behalf of Surrogate up to that time.

SECTION FIVE. Surrogate agrees to keep BF informed of all medical testing, results, and expected delivery date. Surrogate also agrees to inform BF of the actual delivery date within twenty-four hours after the child's birth. Surrogate agrees not to smoke, not to drink any alcohol, or to knowingly place the normal development of the fetus/embryo at risk through her personal behavior. Surrogate agrees NOT to consent to any elective procedures or surgery on child prior to agreement of BF, except procedures required to save the life of Surrogate or child.

SECTION SIX. In consideration for this agreement, the following provisions shall apply:

(A) BF agrees to pay Surrogate a total of _____ dollars (\$_____) by the time of delivery of child(ren) as contemplated below in this agreement. Said consideration is for Surrogate's services of carrying said child to term, and is NOT intended in any manner to be interpreted as being paid for Surrogate's consent to the termination of her parental rights. Surrogate agrees to cooperate with BF if BF requests that paternity testing be completed before the aforementioned _____ dollars sum is disbursed to Surrogate, and BF will pay for any paternity testing that BF requests.

(B) If Surrogate does not have health insurance, BF will be responsible for acquiring and paying for health insurance for Surrogate until a reasonable time after delivery of said child(ren). Reasonable time is defined as six (6) weeks for natural delivery or eight (8) weeks for cesarean section delivery. BF agrees to pay all expenses incurred by Surrogate resulting from pregnancy. More specifically, all medical, hospital, pharmaceutical, and laboratory testing expenses whenever not covered by Surrogate's present health insurance carrier are the responsibility of BF. This obligation in no way supercedes the contractual obligation of the insurance carrier to pay for such expenses; rather, BF shall pay for such expenses only after such expenses have been submitted to and declined by Surrogate's health insurance carrier. If Surrogate has existing medical and obstetrical insurance coverage, Surrogate is to maintain such coverage during the entire period of this contract if pregnancy by BF, whichever is longer.

(C) BF shall provide all travel expenses for the Surrogate in achieving pregnancy, including air or bus fare and hotel accommodations. BF must agree that contemplated travel plans are reasonable before BF has any financial obligation for such travel and accommodations.

(D) Surrogate shall maintain preexisting health insurance coverage during pregnancy, and submit all laboratory, physician, and hospital charges to same insurance. BF will pay for deductibles and co-pays for Surrogate, as well as uncovered services. BF will reimburse Surrogate for any reasonable expenses relating to in-home supportive services necessary by bed-rest and ordered by Surrogate's physician. BF will not be responsible for any medical or psychological expenses occurring more than six (6) weeks after birth of said child by natural delivery or eight (8) weeks if child is delivered by cesarean section delivery. BF shall not be responsible for any lost wages of Surrogate, or any other expenses not specifically described in this contract. A maternity allowance of _____ dollars (\$_____) when she becomes pregnant, and a maternity allowance of _____ dollars (\$_____) shall be paid to Surrogate in every month of her pregnancy, and a maternity allowance of _____ dollars (\$_____) shall be paid to Surrogate upon delivery of child(ren), all amounts to be used by her as she deems appropriate. Surrogate agrees that Surrogate will NOT be compensated for any expenses unless she provides appropriate documentation of

such expenses, including receipts, vouchers, etc. BF will pay the cost of term life insurance policy on the Surrogate payable to her children or any other named beneficiary of the Surrogate in the sum of _____dollars (\$_____). Said one-year policy will be acquired by BF for Surrogate within one month after pregnancy is confirmed. BF agrees to make appropriate arrangements in his Will for support and rearing of said child, should he predecease same. It is the responsibility of the estate of the BF to rear any child(ren) resulting from insemination of Surrogate by BF, and NOT the responsibility of Surrogate.

(E) Both parties shall be tested for sexually transmitted disease, and any other communicable diseases as requested by either party, including, but not limited to AIDS, syphilis, and gonorrhea, prior to any attempts of insemination of Surrogate by BF. Both parties authorize, by signing this agreement, any and all medical personnel to release medical information directly to the other party with regard to the result of said tests performed. The costs of this testing shall be the responsibility of BF, if no covered by medical insurance.

SECTION SEVEN. Surrogate agrees NOT to abort the child, except as necessary to save the life of Surrogate, or if the child has been determined to suffer from genetic or physical abnormalities, unless extenuating, urgent circumstances arise, and both parties wish to terminate the pregnancy due to said circumstances. If BF request prenatal testing, Surrogate agrees to allow same if the physician does not object to such procedure.

SECTION EIGHT. In the event that custody of any child resulting from this contract is awarded to Surrogate, BF shall be indemnified by the Surrogate for any and all moneys that he is required by law to pay for said child's support or pregnancy expenses pursuant to court order. BF shall also be entitled to immediate reimbursement from the Surrogate for all money or other forms of consideration paid to Surrogate pursuant to the agreement.

SECTION NINE. In the event that paternity testing should exclude the possibility that _____ is the true biological father of Surrogate's child, then Surrogate agrees to indemnify _____ for any and all money that he is required by law to pay for said child's support or reimbursement from the Surrogate for all money or other forms of consideration paid to Surrogate pursuant to this agreement.

SECTION TEN. The Surrogate understands that pregnancy has certain medical risks associated with it, including the possibility of death, and agrees to assume any and all risks associated with and incident to the pregnancy contemplated herein. Surrogate understands that any initially uneventful pregnancy can take sudden and catastrophic turns, and Surrogate agrees to any and all risks associated with the contemplated pregnancy Specifically. Surrogate agrees to release and hold harmless _____ from any effects by this contemplated pregnancy on the personal health of Surrogate.

SECTION ELEVEN. In the event that Surrogate miscarries unintentionally, or as the result of an accident, then from day sixty (60) to day two hundred fifty (250) of the pregnancy, she will be paid _____dollars (\$_____) for each day she carried the fetus. In the event that a child is born and is not alive after day two hundred fifty (250) of the pregnancy, then the Surrogate shall receive her full fee of _____dollars (\$_____). The Surrogate is under no obligation to be reinseminated in the event of such miscarriage or still birth, and this contract shall terminate.

SECTION TWELVE. The Surrogate authorizes, by signing this agreement, any and all medical personnel to release medical information to BF directly, including discussing with BF the Surrogate progress during her pregnancy. In the event that pregnancy has not occurred after six trials to get Surrogate pregnant, then this agreement shall terminate by written notice using certified mail from either part to the other party at that party's last known mailing address.

SECTION THIRTEEN. All parties agree NOT to provide any information to the news media or any other individual/organization that would lead to disclosure of the identity of any party of child, unless all parties have consented to each other in writing to such disclosure, prior to the birth of said child.

SECTION FOURTEEN. In the event that Surrogate violates any of the provisions herein, BF may, at his opinion, terminate this contract without any further liability thereafter. In the event that this contract is terminated because of such a breach, the Surrogate shall be liable for any and all moneys expended on her behalf, plus attorney's fees.

SECTION FIFTEEN. In the event that _____ predeceases the birth of said child, then said child shall be placed in the custody of _____,

_____ ,
phone _____. In the event that both _____
_____ and _____ predecease the birth
of said child, then said child shall be placed in the custody of _____,

_____, phone
_____. In all such events, the estate of _____
_____ shall assume financial responsibility for any and all expenses as
outlined in this agreement. _____ agrees to assume legal
responsibility for any child(ren) born pursuant to this agreement, unless paternity testing
reveals that said child(ren) cannot be the biological child(ren) of _____.

SECTION SIXTEEN. The Surrogate agrees to inform BF of any material changes in Surrogate's circumstances which might reasonable affect this contract, including, but not limited to changes of address, or phone number, employment or marital status, physical and mental health, and the existence of/or changes in health insurance coverage. This agreement may be amended, changed or otherwise altered only by a written and notarized agreement signed by Surrogate and BF.

SECTION SEVENTEEN. In the event that Surrogate relocates out of the United States of America during her pregnancy and/or delivery of said child(ren), BF may, at his opinion, terminate because of such a breach, the Surrogate shall be liable for any and all moneys expended on her behalf, plus attorney's fees.

SECTION EIGHTEEN. This agreement set forth the entire agreement between BF and Surrogate, and supersedes any and all prior agreements between BF and Surrogate, either oral or written. All agreements, covenants, representations, and warranties, express or implied, oral or written, are contained herein. No other agreements have been made by either party to the other regarding the subject matter of this agreement. All prior conversations, negotiations, possible and alleged agreements and representations with respect to the subject matter herein

are waived or merged herein. This agreement shall be governed by and enforced in accordance with the laws of the State of _____ . The parties agree that venue for any action to recover under this contract shall be in the State of _____ with attorney's fees recoverable. In the event that any of provisions of this agreement are deemed invalid or unenforceable, the same shall be deemed severable from the remainder of this agreement, and shall not cause the invalidity or unenforceability of the remainder of this agreement. If provisions are deemed invalid because of the scope of breadth, then such provisions shall be deemed valid to the extent of the scope or breadth permitted by law. This agreement is binding on each party's respective heirs, representatives, successors, executors, administrators, and assignees.

SECTION NINETEEN. Surrogate acknowledges that she is entering in this contract for the benefit of herself, and as a goodwill gesture and effort for _____ and prospective child of his family. Upon the birth of said child(ren), Surrogate to surrender all custody rights of said child(ren) born as a result of this contract to _____.

Bibliographie:

- Todd M. Krim “BEYOND BABY M: INTERNATIONAL PERSPECTIVES ON GESTATIONAL SURROGACY AND THE DEMISE OF THE UNITARY BIOLOGICAL MOTHER” 1996; “Annals of Health Law” **5 ahtl 193**

- Alan Wertheimer “EXPLOITATION AND COMMERCIAL SURROGACY” 1997; “Denver University Law Review” **74 denulr 1215**

- Jeffrey M. Place « JOHNSON V CALVERT » 1994; “Harvard Journal of Law and Public Policy” 17 HVJLPP 907

- Mark Strasser “PARENTAL RIGHTS TERMINATIONS: ON SURROGATE REASONS AND SURROGACY POLICIES” 1992; “Tennessee Law Review” **60 TNLr 135**

- Nancy R. Van Tine et Pamela G. Smith “R.R. VS. M.H. & ANOTHER: THE ENFORCEABILITY OF TRADITIONAL SURROGACY AGREEMENTS” 1999; “Boston Bar Journal” **43-FEB BBJ 8**

- John D. Miller “A POLITICAL REVIEW OF ALTERNATIVE SURROGACY PROPOSALS” 1994; “University of San Francisco Law Review” **28 USFLR 627**

- Celeste Schejbal-Vossmeyer “WHAT MONEY CANNOT BUY: COMMERCIAL SURROGACY AND THE DOCTRINE OF ILLEGAL CONTRACTS” 1988; “Saint Louis University Law Journal” **32 STLULJ 1171**

- Lawrence O. Gostin “SURROGACY FROM THE PERSPECTIVES OF ECONOMIC AND CIVIL LIBERTIES” 2001; “Journal of Contemporary Health Law and Policy” **17 JCHLP 429**

- Matthew H. Baughman “IN SEARCH OF COMMON GROUND: ONE PRAGMATIST PERSPECTIVE ON THE DEBATE OVER CONTRACT SURROGACY” 2001; “Columbia Journal of Gender and Law” **10 CLMJGL 263**

- Anne Kaplan “The Politics of Surrogacy Narratives: Notes toward a Research Project (Parts I & II)”

- Lisa L. Behm “LEGAL, MORAL & INTERNATIONAL PERSPECTIVES ON SURROGATE MOTHERHOOD: THE CALL FOR A UNIFORM REGULATORY SCHEME IN THE UNITED STATES” 1999; “DePaul Journal of Health Care Law” **2 DePaul J. Health Care L. 557**

- Irma S. Russell "WITHIN THE BEST INTERESTS OF THE CHILD: THE FACTOR OF PARENTAL STATUS IN CUSTODY DISPUTES ARISING FROM SURROGACY CONTRACTS" 1988/ 1989; "Journal of Family Law" **27 JFAML 585**

- Janet L. Dolgin "STATUS AND CONTRACT IN SURROGATE MOTHERHOOD: AN ILLUMINATION OF THE SURROGACY DEBATE" 1990; "Buffalo Law Review" **38 BFLR 515**

- Audra Elizabeth Laabs "LESBIAN ART" 2001; "Law and Inequality: A Journal of Theory & Practice" **19 LAWINEQ 65**

- Valerie L. Baker "SURROGACY: ONE PHYSICIAN'S VIEW OF THE ROLE OF LAW" 1994; "University of San Francisco Law Review" **28 USFLR 603**

- Mark A. Johnson "SOME OBSERVATIONS CONCERNING THE LAW OF SURROGACY" 1996; "www. Surrogacy.com"

- James V. Feinerman "A COMPARATIVE LOOK AT SURROGACY" 1988; "Georgetown Law Journal" **76 GEOLJ 1837**

- Margaret Friedlander Brinig "A MATERNALISTIC APPROACH TO SURROGACY: COMMENT ON RICHARD EPSTEIN'S SURROGACY: THE CASE FOR FULL CONTRACTUAL ENFORCEMENT" 1985; "Virginia Law Review" **81 VALR 2377**

- Jacques Testart, "Le vivant manipulé". Edition Sand