

GENERAL AFFAIRS AND POLICY
AFFAIRES GÉNÉRALES ET POLITIQUE

Prel. Doc. No 3C (The Study)
Doc. prélim. No 3C (L'étude)

March / mars 2014



**A STUDY OF LEGAL PARENTAGE
AND THE ISSUES ARISING FROM INTERNATIONAL SURROGACY ARRANGEMENTS**

* * *

**ÉTUDE SUR LA FILIATION JURIDIQUE ET QUESTIONS DÉCOULANT DES CONVENTIONS DE
MATERNITÉ DE SUBSTITUTION À CARACTÈRE INTERNATIONAL**

*Preliminary Document No 3 C of March 2014 for the attention
of the Council of April 2014 on General Affairs and Policy of the Conference*

*Document préliminaire No 3 C de mars 2014 à l'attention
du Conseil d'avril 2014 sur les affaires générales et la politique de la Conférence*

Churchillplein 6b, 2517 JW The Hague - La Haye | The Netherlands - Pays-Bas
☎ +31 (70) 363 3303 📠 +31 (70) 360 4867 | secretariat@hcch.net | www.hcch.net

Asia Pacific Regional Office - Bureau régional Asie-Pacifique | S.A.R. of Hong Kong - R.A.S. de Hong Kong | ☎ +852 2858 9912
Latin American Regional Office - Bureau régional Amérique latine | Buenos Aires | Argentina – Argentine | ☎ +54 (11) 4310 8372

TABLE DES MATIÈRES

| | |
|--|-----------|
| INTRODUCTION..... | 4 |
| A. ÉTABLISSEMENT ET CONTESTATION DE LA FILIATION JURIDIQUE EN DROIT INTERNE | 5 |
| 1. Exposé comparatif des lois et procédures internes des États en lien avec la filiation juridique..... | 5 |
| (a) Enregistrement des naissances | 5 |
| (b) Établissement de la filiation juridique : principes de base..... | 8 |
| (c) Procréation médicalement assistée (PMA)..... | 11 |
| (d) Conventions de maternité de substitution..... | 16 |
| (e) Contestation de la filiation juridique..... | 21 |
| (f) Acquisition de la nationalité par les enfants | 24 |
| (g) Développements juridiques | 27 |
| 2. Travaux fédéraux, régionaux et internationaux pertinents concernant l'établissement et la contestation de la filiation juridique et d'autres domaines connexes | 30 |
| 3. Conclusion sur les lois internes | 35 |
| B. RÈGLES DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ ET DE COOPÉRATION EN MATIÈRE DE FILIATION JURIDIQUE | 37 |
| 1. Exposé comparatif des règles de droit international privé et de coopération des États en lien avec la filiation juridique | 37 |
| (a) Enregistrement des naissances et établissement de la filiation juridique..... | 37 |
| (b) Possibilité de reconnaissance de la filiation juridique déjà établie à l'étranger | 43 |
| (c) Règles de droit international privé concernant la contestation de la filiation juridique..... | 51 |
| (d) Effets juridiques de la reconnaissance..... | 53 |
| (e) Développements juridiques en matière de droit international privé..... | 53 |
| 2. Démarches bilatérales, régionales et internationales tendant à une meilleure coopération ou à l'unification des règles de droit international privé concernant la filiation juridique et / ou des domaines connexes | 54 |
| 3. Problèmes signalés (<i>hors</i> du contexte de la maternité de substitution à caractère international)..... | 55 |
| C. CONVENTIONS DE MATERNITÉ DE SUBSTITUTION À CARACTÈRE INTERNATIONAL : ANALYSE DÉTAILLÉE D'UN PHÉNOMÈNE PRÉCIS | 59 |
| 1. CMSI : contexte..... | 60 |
| (a) Nombre et étendue géographique des CMSI | 60 |
| (b) Nature des conventions | 64 |
| (c) Parties et intermédiaires concernés | 67 |

| | | |
|-----|--|----|
| 2. | Exemples de grands problèmes rencontrés dans les affaires de CMSI | 70 |
| (a) | Statut juridique des enfants et des parents d'intention | 70 |
| (b) | Bien-être de l'enfant | 86 |
| (c) | Situation de la mère porteuse..... | 89 |
| (d) | Donneurs de gamètes | 92 |
| (e) | Parents d'intention..... | 92 |
| (f) | Compétence et conduite de certains intermédiaires..... | 96 |
| (g) | Aspects financiers des CMSI | 97 |
| (h) | Activité criminelle | 97 |
| 3. | Évolution des approches nationales des CMSI, notamment tentatives bilatérales, régionales et internationales de coopération | 98 |

INTRODUCTION¹

La présente Étude est la base de connaissances qui a servi à préparer le Document préliminaire No 3 B de mars 2014², dont elle fait par conséquent partie intégrante, et doit être consultée en parallèle à ce dernier. Le Document préliminaire No 3 B étudie l'opportunité et la possibilité de mener des travaux futurs à la Conférence de La Haye concernant le projet « Filiation / Maternité de substitution »³ et recommande des « prochaines étapes » en la matière, étapes sur lesquelles les Membres se prononceront lors de la réunion de 2014 du Conseil sur les affaires générales et la politique de la Conférence⁴.

L'Étude repose sur les réponses aux quatre Questionnaires diffusés par le Bureau Permanent en 2013 auprès : (1) des Membres et États non membres intéressés (Questionnaire No 1)⁵ ; (2) de praticiens du droit spécialisés (Questionnaire No 2) ; (3) de professionnels de la santé (Questionnaire No 3) ; et (4) d'agences de maternité de substitution (Questionnaire No 4), ainsi que sur d'autres réponses reçues par le Bureau Permanent dans le cadre du processus de consultation mondial entrepris⁶. Elle est complétée par les travaux de recherche et de suivi menés par le Bureau Permanent lui-même, notamment en rapport avec les développements bilatéraux, régionaux et internationaux pertinents en la matière.

Elle est divisée en trois grandes parties :

Partie A : Établissement et contestation de la filiation juridique en droit interne

Partie B : Règles de droit international privé et de coopération en matière de filiation juridique

Partie C : Conventions de maternité de substitution à caractère international : analyse détaillée d'un phénomène précis

Chaque partie commence par une analyse comparative des lois nationales (principalement tirée des réponses au Questionnaire No 1) avant d'étudier les éventuels développements bilatéraux, régionaux et internationaux pertinents en la matière.

N.B. : les définitions des termes utilisés dans la présente Étude ainsi que dans le Document préliminaire No 3 B figurent dans le **Glossaire** mis à jour joint à l'**annexe A** dudit Document préliminaire.

¹ Le Bureau Permanent souhaite remercier Hannah Baker (Collaboratrice juridique senior), auteur de cette Étude et du Doc. prélim. No 3 B de mars 2014 (voir *infra*, note 2). Le Bureau Permanent souhaite également remercier Laura Martinez-Mora (Collaboratrice juridique principale) et William Duncan (consultant auprès du Bureau Permanent) pour leurs conseils et assistance, ainsi qu'Anna Bertram (stagiaire) pour l'assistance qu'elle a apportée aux recherches, et Lukas Rass-Masson, pour son assistance concernant le droit français.

² « Opportunité et possibilité de poursuivre les travaux menés dans le cadre du projet Filiation / Maternité de substitution », Doc. prélim. No 3 B de mars 2014 à l'attention du Conseil d'avril 2014 sur les affaires générales et la politique de la Conférence (disponible sur le site web de la Conférence de La Haye, à l'adresse < www.hcch.net >, sous la rubrique « Filiation / Maternité de substitution »).

³ Toutes les informations concernant le projet « Filiation / Maternité de substitution » sont disponibles dans l'espace spécialisé correspondant du site web de la Conférence de La Haye, à l'adresse < www.hcch.net >, sous la rubrique « Filiation / Maternité de substitution ».

⁴ À cet égard, il convient de noter que des informations sur le contexte du projet « Filiation / Maternité de substitution » et les raisons pour lesquelles la filiation juridique est devenue une question d'intérêt internationale sont exposées dans les sections I et II du Doc. prélim. No 3 B de mars 2014 (*ibid.*).

⁵ « Questionnaire sur les questions de droit international privé relatives au statut des enfants, notamment celles découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international (Questionnaire No 1) », Doc. prélim. No 3 A d'avril 2013 à l'attention du Conseil d'avril 2014 sur les affaires générales et la politique de la Conférence, disponible sur le site web de la Conférence de La Haye, à l'adresse < www.hcch.net >, sous la rubrique « Filiation / Maternité de substitution » (ci-après, le « Questionnaire No 1 »).

⁶ Une explication complète du large processus de consultation entrepris par le Bureau Permanent, ainsi que les informations recueillies dans ce cadre, figurent dans la section I du Doc. prélim. No 3 B de mars 2014 (voir *supra*, note 2). En sus des réponses reçues aux quatre Questionnaires (46 réponses d'États au Questionnaire No 1 ; 50 réponses de praticiens du droit au Questionnaire No 2 ; 11 réponses de professionnels de la santé au Questionnaire No 3 ; 6 réponses d'agences de maternité de substitution au Questionnaire No 4) ; 31 réponses de parents d'intention ayant conclu des CMSI, 2 réponses d'organisations / de professionnels de l'aide sociale, 2 réponses d'associations de praticiens du droit et des informations émanant d'organisations non gouvernementales majeures du domaine ont été fournies au Bureau Permanent.

A. ÉTABLISSEMENT ET CONTESTATION DE LA FILIATION JURIDIQUE EN DROIT INTERNE

1. L'analyse comparative figurant *infra* dans la **partie A, section 1** vise à étudier comment les États abordent l'établissement de la filiation juridique dans le contexte des faits actuels, comment ils tranchent les difficultés en matière de filiation juridique et comment ces questions se répercutent (le cas échéant) sur l'acquisition de la nationalité par les enfants. Cette analyse a pour but de déterminer le degré d'harmonisation ou de divergence de la façon dont ces questions sont abordées, juridiquement parlant, dans le monde⁷, et les potentielles questions de conflits de loi qui en découlent, outre qu'elle évalue à quel point les lois en la matière évoluent. Sauf mention contraire, les informations citées dans l'exposé comparatif sont pour l'essentiel tirées des réponses des États au Questionnaire No 1⁸.

2. La **partie A, section 2** poursuit par une brève présentation de certains des travaux pertinents entrepris au niveau fédéral, régional ou international concernant la filiation juridique, notamment en vue d'une harmonisation des règles internes de droit *matériel*, et analyse comment ces initiatives, qu'elles aient été couronnées de succès ou qu'elles aient échoué, peuvent s'avérer d'une certaine utilité s'agissant des travaux de droit international privé en la matière.

1. Exposé comparatif des lois et procédures internes des États en lien avec la filiation juridique

(a) Enregistrement des naissances

3. Les réponses des États au Questionnaire font incontestablement apparaître l'obligation à laquelle sont soumis les États parties à divers instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme d'enregistrer tous les enfants dès leur naissance⁹. En effet, dans tous les États ayant répondu à cette question, il est obligatoire d'enregistrer toute naissance survenue sur le territoire de l'État en question, la législation prévoyant généralement des pénalités en cas de non-respect de cette obligation¹⁰. Par exemple, dans la plupart des États, le défaut de déclaration ou d'enregistrement d'une naissance constitue un délit pénal, si tant est que la loi de l'État en question prévoit cette obligation. Le non-respect de ces règles peut être passible d'une peine d'amende ou d'emprisonnement, ou des deux. Dans la plupart des États, il est également interdit de faire une déclaration fausse ou trompeuse aux autorités dans la demande ou la déclaration d'enregistrement de naissance. Néanmoins, malgré la rigueur des textes nationaux et internationaux, en réalité, l'enregistrement exact des naissances, sans discrimination et dans les délais, reste problématique en de nombreux endroits du monde¹¹.

⁷ Il convient cependant de noter les limitations géographiques aux réponses au Questionnaire No 1 reçues des États, expliquées au para. 5 du Doc. pré-l. No 3 B de mars 2014 (voir *supra*, note 2). Par ailleurs, il convient de noter les autres limitations des réponses expliquées au para. 5, notamment que les informations fournies dans les réponses n'ont pas été vérifiées par rapport aux sources par manque de temps et de ressources.

⁸ Doc. pré-l. No 3 A d'avril 2013 (voir *supra*, note 5).

⁹ Par ex. l'art. 24(2) du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* (adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies le 16 décembre 1966, ci-après, « PIDCP ») et l'art. 7 de la *Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant* (20 novembre 1989, ci-après, « CNUDE »). Il convient également de noter que le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies, dans son « Observation générale No 14 (2013) sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale (art. 3(1)) », adoptée par le Comité lors de sa 62^e session (14 janvier – 1^{er} février 2013) (ci-après, « Observation générale No 14 sur l'art. 3 de la CNUDE »), a confirmé que les autorités d'état civil sont des « institutions publiques ou privées de protection sociale » au sens de l'art. 3 de la CNUDE et que l'intérêt supérieur de l'enfant devrait donc être leur considération primordiale dans toutes les mesures concernant les enfants.

¹⁰ Dans les États fédéraux, l'obligation d'enregistrer une naissance survient quand la naissance a eu lieu sur le territoire de l'état ou de la province en question.

¹¹ En 2007, l'UNICEF a déclaré que, malgré les obligations légales incombant aux États, 51 millions d'enfants par an ne sont toujours pas enregistrés à la naissance. En 2009, il a été déclaré que, dans certaines régions du monde, 90 % des enfants ne sont pas enregistrés. Le défaut d'enregistrement des enfants est lié à des obstacles géographiques, sociaux, ethniques et économiques, et parfois aussi au fait que les procédures administratives sont trop complexes ou qu'elles exigent de se rendre dans un lieu éloigné : voir en outre Cody, C. (2009), « *Count Every Child: the right to birth registration* », PLAN International. L'Assemblée générale des Nations Unies et le Conseil des droits de l'homme ont adopté des résolutions à ce sujet, dont la plus récente rappelle aux États l'obligation qui leur est faite de procéder à l'enregistrement des naissances « sans discrimination aucune » et les exhorte à « identifier et supprimer les obstacles [...] qui bloquent l'accès à l'enregistrement des naissances » (voir la résolution du Conseil des droits de l'homme adoptée lors de sa 19^e session, « Enregistrement des naissances et droit de chacun à la reconnaissance en tout lieu de sa personnalité juridique », en date du 16 mars 2012 (A/HRC/19/L.24)).

4. Dans la grande majorité des États qui ont répondu au Questionnaire, les bureaux d'état civil (ou les officiers d'état civil)¹² sont les autorités de l'État chargées d'enregistrer la naissance d'un enfant¹³. Dans la plupart des cas, les bureaux d'état civil sont établis au niveau local ou municipal, sous la supervision d'une autorité d'état civil nationale. Celle-ci est soit une agence gouvernementale, soit un service travaillant directement avec un ministère ou sous sa tutelle¹⁴. Toutefois, dans deux États¹⁵, ce sont les autorités fiscales qui sont chargées d'enregistrer les informations relatives à la population. Dans la plupart des États fédéraux qui ont répondu¹⁶, l'enregistrement des naissances est régi par le droit des états (ou des provinces) ; par conséquent, les dispositions en la matière peuvent varier d'état à état (ou de province à province).

5. Les réponses ont révélé une diversité quant à l'identité des personnes à qui il incombe de déclarer une naissance auprès des autorités en vue de son enregistrement. Par exemple, dans certains États, dans le cas où l'enfant est né dans un établissement médical, c'est l'établissement médical qui est chargé de déclarer la naissance auprès des autorités compétentes¹⁷. Dans d'autres États, l'établissement médical ou le(s) professionnel(s) de santé ayant assisté à la naissance doivent fournir un certificat de naissance aux autorités (directement ou par l'intermédiaire des parents) mais les parents doivent également déclarer la naissance aux autorités, que ce soit en personne ou par écrit (souvent au moyen d'un formulaire établi à cet effet)¹⁸. Dans une minorité d'États, aucun certificat médical n'est nécessaire : la déclaration

¹² Même s'ils portent des noms différents : par ex. *Vital Statistics Agency* – Agence des statistiques démographiques (Canada), *Registrar of Civil Status* – Directeur de l'état civil (Canada (Québec), Maurice), *Registry Offices for Birth, Marriage and Death* – Bureaux d'enregistrement des naissances, mariages et décès (République tchèque, Australie), *National Register of persons and civil registration* – Registre national des personnes et de l'état civil (Islande), *General Registry Office* – Bureau d'état civil général (Lettonie), *Office of the Civil Registrar General* – Bureau du Directeur de l'état civil (Philippines) ou encore *National Registry of Persons* – Registre national des personnes (Guatemala).

¹³ Le Questionnaire No 1 ne demandait pas d'autres détails plus généraux aux États concernant leurs systèmes d'état civil, puisqu'il était considéré que cela n'entraînait pas dans le cadre du projet à ce stade. Toutefois, il convient de noter que la nature des systèmes d'état civil en général peut varier considérablement : il peut par ex. s'agir de systèmes « orientés sur les événements » (dans le cadre desquels tous les changements relatifs à l'état civil d'une personne survenant dans l'État en question sont enregistrés uniquement à l'endroit où l'événement s'est produit), de systèmes « orientés sur la personne » (enregistrant tous les changements relatifs à l'état civil d'une personne survenant dans l'État en question en un endroit centralisé), ou de systèmes reposant sur un « registre de la population » (qui consigne les événements d'état civil et les changements mais pas seulement, puisqu'il consigne également d'autres informations précises concernant chaque personne résidant dans le pays). Le type de système dont un État est doté influencera non seulement la structure administrative, mais également le fonctionnement du système d'état civil, y compris dans le contexte de l'enregistrement des naissances. Pour de plus amples renseignements, quoique dans le contexte de l'UE, voir « *Final Report for the European Commission, DG JLS on the project No JLS/2006/C4/004* », par von Freyhold, Vial & Partner Consultants (2008). L'étude plus récente destinée à la Commission des Affaires juridiques du Parlement européen, « *Life in Cross-Border situations in the EU (a comparative study on civil status)* », par MM. Eliantonio, Brunello et von Freyhold (2013) (ci-après, « Rapport de 2013 au Parlement européen ») (disponible en anglais uniquement à l'adresse < www.europarl.europa.eu/studies >), explique que certains États peuvent être considérés comme étant dotés d'une combinaison de plusieurs types de systèmes d'état civil, puisqu'ils peuvent avoir différents registres destinés à divers usages (voir p. 42 et s.).

¹⁴ Par ex. le Danemark (l'officier d'état civil dépend du ministère de l'Égalité entre les sexes et des Affaires ecclésiastiques), le Japon (les gouvernements locaux sont responsables de l'enregistrement, sous la conduite des bureaux des Affaires juridiques compétents et du bureau des Affaires civiles du ministère de la Justice), l'Uruguay (le registre d'état civil dépend du ministère de l'Éducation et de la Culture). Toutefois, dans les réponses de certains États, il était manifeste que la déclaration de naissance devait être envoyée directement à un registre central, par ex. en Nouvelle-Zélande (où elle est directement envoyée au Groupe des naissances, décès et mariages du ministère de l'Intérieur) et en Israël (où la déclaration de la naissance d'un enfant viable né en Israël de personnes résidant sur le territoire doit être directement envoyée à l'Autorité de la population et de l'immigration du ministère de l'Intérieur).

¹⁵ Norvège et Suède.

¹⁶ Par ex. l'Australie, le Canada et les États-Unis d'Amérique.

¹⁷ Dans tous ces États, si l'enfant n'est pas né dans un établissement médical ou en présence d'un professionnel de santé, des règles particulières prévoient généralement que la mère ou les parents déclarent la naissance aux autorités : c'est le cas par ex. en Croatie, au Danemark, en Finlande, en Hongrie, en Israël, en Norvège, aux Philippines, en Serbie, en Slovaquie, en Suède et en Suisse.

¹⁸ Là encore, il existe des règles particulières qui s'appliquent si l'enfant n'est pas né dans un établissement médical ou en présence d'un professionnel de santé. Voir les réponses aux Questions 2 et 3 fournies par ex. par l'Allemagne, l'Australie (Nouvelle-Galles du Sud, Victoria, Australie-Méridionale), le Canada (Alberta, Colombie-Britannique, Québec), El Salvador, l'Espagne, la Fédération de Russie, le Guatemala, l'Irlande, le Japon, la Lettonie, la Lituanie, Madagascar, Maurice, le Mexique, Monaco, la Nouvelle-Zélande, la Pologne, le Portugal, la République dominicaine (si l'officier d'état civil a un doute quant à la déclaration fournie par les parents, il peut demander que l'enfant lui soit présenté ou exiger une attestation du maire ou du juge de paix du ressort), la

de naissance relève de la seule responsabilité des parents¹⁹. Les réponses ont également révélé une diversité considérable en termes de délais d'enregistrement de la naissance, ces délais allant du lendemain de la naissance à six mois, souvent en fonction de la méthode d'enregistrement²⁰.

6. Pour ce qui est des *justificatifs* à produire pour que les autorités enregistrent des personnes en tant que parents d'un enfant sur son acte de naissance, dans la plupart des États, la maternité juridique est fondée sur le fait de la naissance²¹ ; par conséquent, la preuve à fournir doit étayer la déclaration indiquant que la mère putative a de fait donné naissance à l'enfant. Dans la grande majorité des États, il s'agit de l'attestation de l'établissement médical ou des professionnels de santé ayant assisté à la naissance²², complétée, dans certains États, par la propre déclaration de maternité de la mère putative. Dans le cas où aucun professionnel de santé (que ce soit dans un établissement ou ailleurs) n'a assisté à la naissance, des preuves supplémentaires sont parfois demandées. Toutefois, dans la minorité d'États où les professionnels de santé ne sont pas tenus de fournir une attestation, la déclaration orale ou écrite de la femme peut suffire, même si, en cas de doute, les autorités peuvent demander des preuves supplémentaires²³. En général, les différends sont tranchés par les autorités judiciaires²⁴.

7. Dans la plupart des États, la *preuve* de la paternité juridique demandée par les autorités pour enregistrer un homme en qualité de père d'un enfant dépend des circonstances et, en particulier, de la situation matrimoniale des parents putatifs. En effet, la façon dont la paternité juridique sera établie dépendra souvent de leur situation matrimoniale²⁵. Par exemple, si l'enfant est né alors que sa mère était mariée²⁶, étant donné qu'une présomption de paternité s'applique dans la plupart des États²⁷, l'acte de mariage suffira à prouver la paternité juridique du mari de la mère et les autorités l'enregistreront automatiquement en qualité de père juridique de l'enfant. Si l'enfant est né d'une mère non mariée²⁸, une reconnaissance de paternité sera demandée dans de nombreux États²⁹.

8. Dans la majorité écrasante des États, une fois que des personnes sont enregistrées en tant que parents d'un enfant sur son acte de naissance, elles sont considérées par l'État comme les parents légaux de l'enfant à toutes fins utiles (avec les conséquences qui en découlent, telles que déterminées par la loi de l'État concerné), *tant que* l'acte n'a pas été contesté³⁰. Dans deux États³¹, il a été précisé que l'enregistrement ne produit pas d'effet constitutif à lui seul et qu'il correspond simplement à une preuve (factuelle) réfutable de la naissance et de la filiation juridique de l'enfant.

9. Le concept de naissance « sous couvert d'anonymat » ou d'« accouchement secret », qui permet à une mère de naissance d'accoucher dans l'anonymat, c'est-à-dire sans révéler son

République tchèque, la Roumanie, le Royaume-Uni, la Thaïlande et l'Uruguay. Toutefois, il convient de noter que, dans certains de ces États, il semble que l'acte de naissance établi par l'hôpital ne puisse être demandé qu'en cas de doute quant à l'identité de la femme qui a donné naissance à l'enfant.

¹⁹ Si les parents sont dans l'incapacité de déclarer la naissance à l'officier d'état civil, de nombreux États prévoient une liste d'autres personnes habilitées à le faire (par ex. un professionnel de santé ayant assisté à la naissance, un parent proche ou un concubin) : par ex. le Brésil, le Canada (Manitoba, Territoires du Nord-Ouest – bien que l'hôpital soit tenu de fournir un formulaire d'enregistrement de naissance aux parents), les Pays-Bas (même si, en cas de doute, les autorités peuvent demander une déclaration du professionnel de santé attestant que la mère putative est la femme qui a donné naissance à l'enfant).

²⁰ Bien que certains États accordent des prolongations dans le cas où il est considéré que le retard est dû à un motif valable. Le délai le plus court a été constaté en Finlande, où la déclaration est généralement remplie automatiquement sur ordinateur par l'établissement médical.

²¹ C.-à-d. que la maxime *mater semper certa est* s'applique : voir *infra*, para. 11.

²² Voir *supra*, para. 5.

²³ Par ex. une déposition de témoin ou une preuve médicale obtenue après la naissance, notamment, dans certains cas, un test ADN.

²⁴ Voir *infra*, la section « contestation de la filiation juridique ».

²⁵ À ce sujet, voir *infra*, para. 13.

²⁶ Ou bien, dans de nombreux États, dans un délai précis après la fin du mariage ; voir en outre, *infra*, para. 13.

²⁷ La règle *pater est*, sauf si elle est réfutée (voir *infra*, para. 13).

²⁸ Lorsque la présomption *pater est* ne s'applique pas, par ex. parce que la fin du mariage est intervenue moins de 300 jours plus tôt.

²⁹ Voir *infra*, para. 13 : dans ce cas, des exigences en matière de consentement (de la mère et / ou de l'enfant) peuvent s'appliquer.

³⁰ Il convient toutefois de noter que les renseignements enregistrés dans l'acte de naissance de l'enfant peuvent varier considérablement entre États : voir également le Rapport de 2013 au Parlement européen (*supra*, note 13).

³¹ Allemagne et Japon.

identité, n'existe que dans une minorité des États ayant répondu au Questionnaire³². Dans ces États, les coordonnées de la mère de naissance ne sont pas consignées dans la déclaration médicale ni dans l'acte de naissance de l'enfant. Dans la grande majorité des États ayant répondu, la femme qui donne naissance à un enfant doit s'identifier auprès des autorités ; par conséquent, un « accouchement secret » n'est possible, *de facto*, que si la mère abandonne l'enfant (auquel cas l'État le considérera comme un « enfant trouvé »).

10. Pour conclure, même si les systèmes d'état civil varient largement en termes de structure administrative et de fonctionnement³³, des similitudes existent entre États pour ce qui est des principes *fondamentaux* de l'enregistrement des *naissances* en particulier : en d'autres termes, une naissance sur le territoire de l'État en question doit être enregistrée auprès des autorités publiques désignées à cet effet (sous peine de sanction), dans un délai précis.

(b) Établissement de la filiation juridique : principes de base³⁴

11. Dans la grande majorité des États qui ont répondu au Questionnaire, la femme qui donne naissance à un enfant est « de plein droit » la mère juridique de l'enfant, c'est-à-dire qu'elle l'est automatiquement, en vertu du principe de *mater semper certa est*³⁵. Dans certains États, cette situation résulte de la législation ; dans d'autres, il s'agit simplement d'une pratique établie ou de la position de la *common law*³⁶. Toutefois, dans certains États de tradition civiliste, l'approche est légèrement différente³⁷. En effet, dans ces États, la maternité juridique de la mère de naissance ne survient pas techniquement « de plein droit » mais résulte de la législation en la matière, qui dispose qu'un « acte de naissance » (enregistrement de naissance) fondé sur le certificat du médecin et la déclaration de la mère doit être dressé pour que la relation juridique soit établie.

³² En Allemagne (à compter du 1^{er} mai 2014), dans certains états des États-Unis d'Amérique, en France (informations tirées de la note de synthèse commandée par la Commission internationale de l'état civil (« CIEC »), « La maternité de substitution et l'état civil de l'enfant dans des États membres de la CIEC », rédigée par F. Granet (2014), disponible à l'adresse < www.ciec1.org >), en République tchèque (possible uniquement pour les femmes résidant de manière permanente en République tchèque) et en Slovaquie. En Thaïlande, cette possibilité n'est pas encadrée par la loi mais elle existe de fait, puisque les femmes peuvent déposer anonymement leur bébé dans une « boîte à bébés ». Cette question a été portée devant la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après, « CrEDH ») : voir *Odievre c. France* (requête No 42326/98, 13 février 2003). L'arrêt dit que l'art. 8 de la *Convention européenne des droits de l'homme de 1950* (ci-après, « CEDH ») n'a pas été violé en partie à cause du droit de la mère au respect de la vie privée et en partie parce que la question relevait de la marge d'appréciation dont dispose l'État, en particulier puisque la requérante avait eu accès à des informations non identifiantes sur sa mère et sa famille. Voir l'affaire plus récente *Godelli c. Italie* (requête No 33783/09, 25 septembre 2012), dans laquelle il a été arrêté que les autorités italiennes avaient outrepassé leur marge d'appréciation parce que, suite à un accouchement sous couvert d'anonymat, la requérante n'avait pas été en mesure « de demander soit un accès à des informations non identifiantes concernant [...] ses origines, soit la divulgation de l'identité de la mère » (para. 58) (traduction du Bureau Permanent).

³³ Voir le Rapport de 2013 au Parlement européen (*supra*, note 13).

³⁴ C.-à-d. hormis les naissances faisant suite à une PMA (à ce sujet, voir *infra*, para. 15 et s.).

³⁵ Voir les réponses à la question 8 a) : par ex., Allemagne, Australie (Nouvelle-Galles du Sud, Victoria, Queensland, Australie-Occidentale, Australie-Méridionale, Tasmanie), Belgique, Canada (Alberta, Colombie-Britannique, Manitoba, Territoires du Nord-Ouest), Chili, Croatie, Danemark, El Salvador, Espagne, Finlande, Guatemala, Hongrie, Irlande, Israël, Japon, Lettonie, Lituanie, Madagascar, Maurice, Mexique, Monaco, Norvège, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas, Philippines, Pologne, Portugal, République dominicaine, République tchèque, Roumanie, Serbie, Slovaquie, Suède, Suisse, Thaïlande, Turquie et Uruguay.

³⁶ En Finlande et en Suède, par ex., il est déclaré qu'il s'agit d'une pratique établie. Dans le contexte européen, cette situation est conforme à la *Convention européenne de 1975 sur le statut juridique des enfants nés hors mariage* (dont l'art. 2 dispose que « [l]a filiation maternelle de tout enfant né hors mariage est établie du seul fait de la naissance de l'enfant »), ainsi qu'au principe ultérieurement énoncé dans le « *Rapport sur les principes relatifs à l'établissement et aux conséquences juridiques du lien de filiation – 'Le Livre blanc'* » (ci-après, « Livre blanc ») adopté par le Comité européen de coopération juridique du Conseil de l'Europe (ci-après, « CDCJ ») lors de sa 79^e séance plénière (11 au 14 mai 2004) (voir CJ-FA (2006) 4 e, p.7). Le *Projet de recommandation sur les droits et le statut juridique des enfants et les responsabilités parentales* de 2011 du Conseil de l'Europe (voir para. 50 à 51 et *infra*, note 253) va plus loin, puisqu'il précise que ce principe s'applique qu'il existe ou non un lien génétique entre la mère de naissance et l'enfant. Voir aussi la jurisprudence de la CrEDH, par ex. l'affaire *Marckx c. Belgique* (requête No 6833/74, 13 juin 1979).

³⁷ Par ex. le Canada (Québec) et cela semble être la même chose en France (informations tirées du rapport pour la France préparé par L. Rass-Masson, annexe III-B au Rapport de 2013 au Parlement européen, cité intégralement, *supra*, dans la note 13). Cela semble être également le cas en République de Corée, puisque la femme, pour être mère juridique, doit déposer un rapport sur la naissance, accompagné d'une attestation des professionnels de la santé prouvant qu'elle a donné naissance à l'enfant (voir la réponse de la Corée à la question 8).

12. Si, dans la majorité des États, une mère de naissance ne peut « reconnaître volontairement » sa maternité juridique puisque la maternité survient toujours de plein droit³⁸, cette reconnaissance est néanmoins possible dans une minorité d'États. Dans certains États, cela est dû au fait que la déclaration de naissance auprès des autorités d'enregistrement est considérée comme une forme de « reconnaissance de maternité », étant donné que c'est une condition préalable à l'établissement de la relation juridique³⁹. Dans d'autres États, une femme affirmant être la mère de naissance d'un enfant peut effectuer une reconnaissance dans le cas où le nom de la mère ne figure pas sur l'acte de naissance originel (par ex. parce qu'elle n'était pas connue) ou si la maternité juridique enregistrée initialement est erronée.

13. La grande majorité des États ont rapporté trois⁴⁰ méthodes principales permettant à un père d'établir sa paternité juridique :

1) La présomption légale : Dans quasiment tous les États qui ont répondu au Questionnaire, un homme sera présumé être le père juridique d'un enfant (et enregistré en tant que tel) si ce dernier est né alors que l'homme en question était marié à la femme qui a donné naissance à l'enfant ou dans un délai précis⁴¹ après la fin de leur mariage, que ce soit par décès, dissolution ou annulation (c.-à-d. que le principe de *pater is est quem nuptiae demonstrant* est appliqué, ci-après « présomption *pater est* »)⁴². Dans de nombreux États, si l'enfant est né dans un délai précis⁴³ après la fin d'un mariage et que la mère de naissance s'est remariée au cours de ce délai, l'enfant sera présumé être l'enfant du nouveau mariage⁴⁴. Dans une minorité d'États, cette présomption de paternité juridique s'étend au *concupin non marié* de la mère de naissance dans des conditions précises⁴⁵. La raison de cette présomption légale qui existe de longue date est qu'il est considéré plus probable que le mari de la mère de naissance (ou, dans une minorité d'États, le concubin) soit le père *génétique* de l'enfant et que, du point de vue du bien-être de l'enfant, il vaut mieux pour l'enfant qu'il ait officiellement un père plutôt que le contraire⁴⁶.

Au vu de ce raisonnement, sans surprise, dans la plupart des États, il est possible de réfuter cette présomption légale en prouvant, sur la base de probabilités raisonnables, que le mari *n'est pas* le père *génétique* de l'enfant⁴⁷. Toutefois, les États sont partagés quant à la possibilité de réfuter la présomption *pater est* au moment de l'enregistrement initial de l'enfant. Dans certains États, la mère peut réfuter cette présomption sur simple déclaration au moment de l'enregistrement ; dans d'autres États, cette possibilité est ouverte dès lors que la mère

³⁸ Ici, il n'est pas fait référence au consentement donné à la maternité juridique (souvent conjointe) suite à une procédure de PMA (à ce sujet, voir *infra*, para. 15 et s.) mais à une mère *de naissance* reconnaissant sa maternité juridique.

³⁹ Par ex., voir *supra*, note 37.

⁴⁰ Il convient de noter qu'au Canada (Québec), dans certaines circonstances, il est également possible d'établir la filiation juridique (que ce soit la maternité ou la paternité) par la « possession d'état continue » (voir la réponse à la question 8 d)).

⁴¹ Souvent 300 jours, mais ce délai peut varier légèrement.

⁴² En République de Corée et au Japon, cette présomption ne s'applique que si l'enfant est né une fois écoulés 200 jours après le mariage (et dans les 300 jours suivant la fin du mariage). Toutefois, il a été déclaré que ce dernier délai ne s'applique pas au Japon dans la pratique selon l'interprétation actuellement faite de l'art. 772 du Code civil.

⁴³ Voir *supra*, note 41.

⁴⁴ Bien que, dans certains États, une reconnaissance de paternité par le nouveau mari puisse également être requise.

⁴⁵ C.-à-d. en Australie (Nouvelle-Galles du Sud : l'homme et la femme doivent avoir vécu ensemble à un moment donné au cours d'une période comprise entre 44 et 20 semaines avant la naissance ; Australie-Méridionale : l'enfant doit être né d'une femme « au cours d'une relation assimilable à un mariage entre deux personnes qui vivent en concubinage (c.-à-d. une personne qui vit en couple avec une autre et forme réellement un ménage avec celle-ci [...] depuis trois ans ou qui a fait vie commune avec elle pendant trois ans au cours des quatre années précédentes) ou dans les 10 mois suivant la fin de la relation [...] assimilable à un mariage » pour que la présomption s'applique), au Canada (Colombie-Britannique : la présomption s'applique si l'homme vivait avec la mère de naissance au titre d'une « relation assimilable à un mariage » au cours des 300 jours précédant la naissance de l'enfant ou à la date de la naissance ; Territoires du Nord-Ouest : l'homme doit cohabiter avec la mère au titre d'une « relation présentant un certain caractère de continuité » à la date de naissance de l'enfant, ou bien l'enfant doit être né au cours des 300 jours suivant la fin de sa vie commune avec la mère de naissance) ; et en Nouvelle-Zélande : le couple doit avoir fait vie commune à tout moment au cours de la période débutant à la date de conception de l'enfant et se terminant à sa naissance.

⁴⁶ Comme indiqué dans le contexte des travaux menés par le Conseil de l'Europe dans ce domaine : « Les présomptions aboutissant à la filiation paternelle sont fondées sur la probabilité que la paternité biologique coïncide avec une situation reconnue en droit [...] » (voir le Livre blanc, *supra*, note 36, p. 9).

⁴⁷ Ceci reflète l'art. 4 de la *Convention européenne de 1975 sur le statut juridique des enfants nés hors mariage* qui dispose que, dans le contexte d'un enfant conçu naturellement, la paternité juridique ne peut être contestée que si la personne qui veut reconnaître ou qui a reconnu l'enfant (le père juridique) n'en est pas le père génétique.

enregistre la naissance de l'enfant en compagnie d'un homme autre que son mari ; dans certains États, un homme autre que le mari peut reconnaître l'enfant dans ces circonstances et ainsi réfuter la présomption de paternité. Cependant, le consentement du mari peut s'avérer nécessaire pour que l'enregistrement puisse avoir lieu dans ces circonstances⁴⁸. Dans d'autres États, dès lors que la présomption *pater est* s'applique, il est impossible d'enregistrer un homme autre que le mari tant que la contestation judiciaire de la paternité de ce dernier n'a pas abouti⁴⁹. Dans le cas où une demande en contestation de la paternité juridique a été déposée auprès des tribunaux, l'approche des États varie : par exemple, l'identité de la personne en droit de contester la paternité juridique peut être soumise à conditions, les tests ADN peuvent ne pas être systématiquement recevables, un délai précis peut s'appliquer. Ces questions sont développées, *infra*, dans la section « contestation de la filiation juridique »⁵⁰.

2) La reconnaissance volontaire⁵¹, soit lors de l'enregistrement de la naissance de l'enfant, soit par la suite : Dans quasiment tous les États qui ont répondu au Questionnaire⁵², un père juridique putatif peut « reconnaître » volontairement sa paternité juridique si celle-ci ne résulte pas de la loi (c.-à-d. si elle n'est pas établie par présomption légale). Toutefois, les conditions de cette reconnaissance et les procédures employées diffèrent (de façon importante, dans certains cas) entre États. Par exemple, dans certains États, un homme ne peut procéder à une reconnaissance volontaire si la paternité d'un autre homme produit ses effets (par ex., tel qu'indiqué plus haut, si la mère est mariée et que la présomption *pater est* s'applique), tandis que dans d'autres, il suffit que la mère (ou, dans certains cas, la mère, le père putatif et le mari) effectue les déclarations nécessaires auprès de l'officier d'état civil.

En termes de procédure, dans la majorité des États, la reconnaissance au moment de l'enregistrement de la naissance prendra la forme d'une déclaration écrite établie conjointement avec la mère de naissance. Le consentement de la mère est donc requis ; la déclaration doit être portée par écrit. Toutefois, dans certains États, la reconnaissance peut être effectuée en personne et / ou sans le consentement de la mère⁵³. Il existe aussi des différences quant à la nécessité d'obtenir le consentement de l'enfant en vue de la reconnaissance et, dans certains États, il existe des limites d'âge au-delà desquelles le consentement de l'enfant est même obligatoire⁵⁴. Par ailleurs, s'agissant de l'homme qui reconnaît l'enfant, si, dans une majorité d'États, la preuve d'un lien génétique avec un enfant n'est pas une condition préalable à la reconnaissance, ce lien génétique s'avère *présumé* dans de nombreux États, faisant que l'absence de lien génétique, si elle est découverte, pourra par la suite servir de motif pour contester la paternité juridique⁵⁵. Enfin, bien que cela soit impossible dans de nombreux États, dans certains, il est possible de reconnaître la paternité *avant* la naissance de l'enfant.

⁴⁸ Par ex., au Canada (Manitoba), en Finlande, en Irlande, en Lettonie et au Portugal. En Lituanie, un homme peut reconnaître un enfant dans ces circonstances, mais le consentement du mari et du tribunal (procédure simplifiée) doit être obtenu.

⁴⁹ Autrefois, dans certains États, seul le père juridique présumé pouvait contester une présomption de paternité juridique. Dans l'affaire *Kroon et autres c. Pays-Bas* (requête No 18535/91, 27 octobre 1994), la CrEDH a déclaré que le droit interne devrait prévoir de nombreuses possibilités pour contester la filiation juridique établie par présomption légale et que le respect de la vie familiale (art. 8 de la CEDH) exigeait que la réalité biologique et sociale prévale sur une présomption légale dans le cas où la vie familiale entre un homme non marié et un enfant était établie.

⁵⁰ Voir para. 31 et s.

⁵¹ Dans certains États, cette démarche s'appelle « *recognition* » (reconnaissance) de paternité : dans la version anglaise de ce document, le terme « *acknowledgement* » est utilisé pour éviter toute confusion avec le concept de « *recognition* » en droit international privé.

⁵² En Australie (Victoria), si un homme ne fait pas l'objet d'une présomption légale, un test ADN ou une décision judiciaire sera nécessaire pour établir sa paternité.

⁵³ Par ex., le consentement de la mère n'est pas requis au Chili, au Danemark, en Finlande (sauf si la mère est mariée, auquel cas son consentement et celui du marié sont requis), à Madagascar, au Mexique, à Monaco, au Portugal, en Roumanie et en Suisse.

⁵⁴ Si l'enfant est capable de discernement, la question de son consentement doit être envisagée à la lumière de l'art. 12 de la CNUDE. Toutefois, certains États sont de l'avis que le fait de soumettre une reconnaissance à des consentements (qu'il s'agisse de celui de la mère ou de l'enfant) empêche l'établissement de la paternité juridique, alors que celle-ci sert généralement l'intérêt supérieur de l'enfant.

⁵⁵ Voir par ex. la réponse de la Suisse à la question 11 : « [d]e jure, ce devrait être le père génétique [qui reconnaît l'enfant], mais de facto, la déclaration peut être faite par n'importe quel homme [...]. Pour éliminer cette filiation, une contestation est nécessaire » (traduction du Bureau Permanent). Selon l'art. 4 de la *Convention européenne de 1975 sur le statut juridique des enfants nés hors mariage*, la reconnaissance volontaire de paternité ne peut faire l'objet d'une opposition ou d'une contestation, si tant est que ces procédures sont prévues par le droit interne, que dans le cas où la personne qui veut reconnaître ou qui a reconnu l'enfant n'en est pas le père d'un point de vue génétique. Toutefois, dans le cadre de travaux concernant la révision de cette Convention,

Dans de nombreux États, la reconnaissance de paternité est présentée aux autorités chargées d'enregistrer les naissances. Dans certains États, elle peut également être présentée aux tribunaux. Dans une minorité d'États, il suffit de l'enregistrer officiellement. Dans de nombreux États, bien que les autorités doivent accepter la reconnaissance pour qu'elle soit enregistrée et ainsi confirmer qu'elle est conforme à la loi de l'État en question, aucune procédure d'homologation formelle ne s'impose pour autant.⁵⁶

Dans la plupart des États, la reconnaissance ne peut être révoquée par son auteur⁵⁷ (après son homologation, si tant est que celle-ci soit nécessaire dans l'État en question) et est opposable à tous (*erga omnes*) ; cependant, tant qu'elle produit ses effets, elle ne constitue qu'une présomption de preuve de la paternité juridique, présomption qui peut être réfutée conformément aux règles de l'État concerné en matière de contestation de la filiation juridique. Dans un État⁵⁸, au contraire, le fait qu'un homme reconnaisse être le père d'un enfant après l'enregistrement de la naissance de ce dernier n'engage que l'auteur de la reconnaissance et ne peut donc pas être consigné dans le registre de l'état civil⁵⁹.

3) Une décision judiciaire ou administrative : Dans une majorité d'États, il est possible de déposer auprès des autorités publiques compétentes une demande non contentieuse (c.-à-d. non contestée) de décision établissant ou confirmant la filiation juridique d'un enfant⁶⁰. Dans certains États, cette demande non contestée doit être déposée auprès des autorités de l'état civil ; dans d'autres, cette demande d'« ordonnance déclarative » se fait auprès des tribunaux. Dans tous les États, la paternité juridique peut aussi être établie par le tribunal en cas de différend quant à la paternité juridique d'un enfant⁶¹.

14. Quant à la question de savoir si un enfant peut avoir deux parents légaux du même sexe, les États étaient partagés également sur cette question, le nombre d'États répondant que cela était possible étant sensiblement identique au nombre d'États répondant que cela ne l'était pas. Dans les États où cela est possible, les méthodes qui le permettent varient. L'adoption, conjointe⁶² ou par le beau-père ou la belle-mère⁶³, est la méthode la plus fréquemment rapportée. Dans une minorité d'États, la filiation juridique entre l'enfant et deux personnes du même sexe peut résulter d'une PMA et, dans certains cas, faire suite à une convention de maternité de substitution⁶⁴.

(c) Procréation médicalement assistée (PMA)

Encadrement de la PMA en droit interne

15. Au sujet de la PMA, seul un État a répondu que toutes les formes de PMA étaient interdites sur son territoire⁶⁵. Dans tous les autres États, certaines formes de PMA sont autorisées,

il a été noté que ce principe devait être modifié à la lumière de la PMA (voir le Livre blanc, *op. cit.*, *supra*, note 36).

⁵⁶ Cf. en Finlande, où la reconnaissance volontaire d'un homme est soumise à l'approbation du bureau d'état civil local.

⁵⁷ Mais pas dans tous les États : en Pologne, par ex., un homme qui reconnaît sa paternité peut demander à faire invalider sa déclaration, mais seulement dans l'année suivant la date de reconnaissance.

⁵⁸ Canada (Québec).

⁵⁹ Cf. une demande consensuelle faite avec la mère auprès des autorités de l'état civil au moment de l'enregistrement de la naissance de l'enfant, déclarant que l'homme est le père de l'enfant, ou une déclaration du tribunal, les deux pouvant être enregistrées.

⁶⁰ Australie (Nouvelle-Galles du Sud, Victoria, Queensland, Australie-Occidentale, Australie-Méridionale, Tasmanie), Canada (Alberta, Colombie-Britannique, Manitoba, Québec, Territoires du Nord-Ouest), Danemark, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, Irlande, Israël, Lettonie, Lituanie, Madagascar, Maurice, Mexique, Norvège, Philippines, Portugal, République tchèque, Roumanie, Slovaquie, Suède, Turquie et Uruguay.

⁶¹ Ce point est développé, *infra*, aux para. 31 à 37 concernant la contestation de la filiation juridique.

⁶² Le terme « adoption conjointe » désigne le cas où deux personnes adoptent un enfant ensemble, en tant que couple. Dans certains États, les concubins de même sexe doivent être *mariés* ou *enregistrés* pour pouvoir adopter conjointement : c'est notamment le cas au Danemark et en Nouvelle-Zélande.

⁶³ Le terme « adoption par le beau-père ou la belle-mère » désigne la situation où une personne adopte l'enfant de son concubin ou conjoint. Dans certains États, cela est impossible si le concubin a adopté l'enfant en premier lieu (c.-à-d. si l'adoption est le fait d'une seule personne).

⁶⁴ Ces points sont développés *infra* (voir para. 21 et 26 et s.), ainsi que l'approche juridique adoptée par de nombreux États si les couples de même sexe concluent davantage de conventions informelles dans l'intention de devenir tous deux parents légaux.

⁶⁵ Monaco.

généralement sous réserve de certaines règles⁶⁶. Cet encadrement, qui s'accroît au fil des ans, résulte de la législation, souvent complétée par des règles de mise en œuvre et / ou des lignes directrices professionnelles plus détaillées. Toutefois, dans certains États, cette législation est encore inexistante et les lignes directrices ou codes de pratiques n'en sont qu'au stade de conseils (non contraignants) s'adressant aux professionnels de santé. Dans huit États, il n'existe pas du tout de règles ni de conseils concernant le recours à la PMA⁶⁷.

16. Dans le cas où la PMA est encadrée dans les États (sous quelque forme que ce soit), les considérations politiques qui ont joué un rôle dans la formulation des règles à cet égard dans certains États sont (entre autres) les suivantes : les droits et intérêts de l'enfant (des enfants), la liberté de procréation des personnes souhaitant avoir recours à la PMA et les limitations de cette liberté⁶⁸, le rôle que l'État devrait jouer dans la prestation de services de PMA et, dans certains cas, les risques de tourisme procréatif et / ou la réduction des enfants et des capacités de procréation au rang de marchandises⁶⁹. Toutefois, la façon dont ces questions sont traitées du point de vue législatif ou politique varie considérablement selon les États, en fonction de leur contexte socioculturel, comme en témoigne le différent contenu des règles et les conditions applicables au traitement. Par exemple :

1) Premièrement, les conditions applicables à l'accès à la PMA changent considérablement d'un État à l'autre. Par exemple, même si dans quasiment tous les États où la PMA est encadrée, un critère de situation de famille doit être satisfait à titre de condition préalable à la PMA⁷⁰, les catégories admises à cet égard diffèrent. Dans certains États, seuls les couples hétérosexuels mariés ont le droit d'avoir accès à la PMA⁷¹ ; d'autres États autorisent en plus les femmes célibataires à suivre un traitement ; d'autres permettent aussi aux couples hétérosexuels non mariés d'avoir recours à la PMA⁷² ; enfin, dans une minorité d'États, les couples de même sexe peuvent avoir accès à la PMA⁷³. Dans de nombreux États, l'âge est une autre condition du recours à la PMA, une limite d'âge de la femme étant souvent appliquée (bien que cette limite diffère)⁷⁴. Dans certains États, le traitement de PMA n'est autorisé que si une stérilité a été

⁶⁶ Dans le contexte de l'UE, certains États ont fait référence aux dispositions pertinentes de la *Directive 2004/23/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à l'établissement de normes de qualité et de sécurité pour le don, l'obtention, le contrôle, la transformation, la conservation, le stockage et la distribution des tissus et cellules humains* (ci-après, la « Directive européenne sur les tissus et cellules ») (évoquée plus amplement, *infra*, dans la **partie A, section 2**). Dans certains États fédéraux, la PMA est encadrée au niveau des états, ce qui peut entraîner des variations importantes en termes d'approche *au sein* de l'État en question : par ex., au Mexique, il a été déclaré que la PMA est légale dans les états de Colima, Querétaro et Tabasco ; la PMA est possible en fonction de l'interprétation faite de la loi dans les états de Michoacán, Morelos, Puebla, Sonora et Zacatecas ; la législation interdit la PMA dans les états de Coahuila et San Luis Potosi ; enfin, dans le reste des états, la PMA n'est pas encadrée.

⁶⁷ Chili, Guatemala, Madagascar, Maurice, Pologne, République dominicaine, Sri Lanka et Thaïlande.

⁶⁸ Dans le contexte européen, la CrEDH a arrêté que « le droit à la procréation n'est pas couvert par l'article 12 ni par aucun autre article de la Convention » (voir *Sijakova c. Ancienne République yougoslave de Macédoine*, requête No 67914/01, 6 mars 2003, para. 3) (traduction du Bureau Permanent). Toutefois, il a également été arrêté que l'art. 8 de la CEDH incluait « le droit au respect de [la] décision de devenir parents génétiques » (voir *Dickson c. Royaume-Uni*, requête No 44362/04, 4 décembre 2007).

⁶⁹ Voir « *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni vientres de alquiler* », par E. Lamm (2013), p. 193. En Suisse, la Commission nationale d'éthique dans le domaine de la médecine humaine a annoncé qu'elle publierait prochainement un rapport sur les pratiques de PMA interdites en Suisse ; il a été souligné que certaines de ces considérations correspondaient aux principales préoccupations politiques.

⁷⁰ La Nouvelle-Zélande est le seul État à avoir adopté une approche différente, en ce qu'il a été déclaré que toutes les personnes pour lesquelles les services de PMA sont médicalement indiqués et recommandés peuvent en faire la demande. Toutefois, la législation sur la maternité de substitution exclut les hommes célibataires et les couples d'hommes. Voir *infra*, para. 26 et s.

⁷¹ Par ex. en Allemagne (bien que les femmes célibataires puissent exceptionnellement bénéficier de la PMA dans des cas précis), en Lituanie et en Turquie.

⁷² Par ex., la Croatie (couples hétérosexuels ou femmes célibataires), la Fédération de Russie (couples hétérosexuels, mariés ou non, et femmes célibataires), la République tchèque (couples hétérosexuels, mariés ou non, mais pas les personnes célibataires), la Hongrie (couples hétérosexuels ou femmes devenues célibataires au cours du traitement), la Lettonie (couples hétérosexuels ou femmes célibataires), la Serbie (seuls les couples hétérosexuels et, exceptionnellement, les femmes célibataires) et la Suisse (si les couples présentant un fondement à la relation parent-enfant, conformément au Code civil, peuvent avoir accès à la PMA, seuls les couples mariés peuvent avoir recours à des dons de sperme).

⁷³ Par ex., au Brésil (la PMA est également autorisée pour les femmes célibataires et les couples de même sexe), en Islande (couples mariés et enregistrés, et femmes célibataires), en Norvège (les femmes doivent être mariées ou vivre avec un homme ou une autre femme et entretenir une relation stable assimilée au mariage avec cette personne), au Portugal (seuls les couples hétérosexuels mariés ou les couples formant une union civile depuis au moins deux ans ont accès à la PMA) et en Suède (couples seulement, qu'ils soient mariés, concubins ou partenaires enregistrés).

⁷⁴ Par ex. au Brésil (une femme de plus de 50 ans ne peut bénéficier d'un don d'ovocytes), en Croatie (les femmes doivent avoir moins de 43 ans), en République tchèque, au Danemark (pas de traitement pour les femmes de

diagnostiquée⁷⁵. Dans d'autres, le conseil informatif ou l'évaluation médicale et psychosociale des demandeurs est obligatoire, une certaine importance étant attachée à la capacité du demandeur à assurer des soins parentaux et à veiller à l'intérêt supérieur de tout enfant à naître⁷⁶. En Israël, la FIV fait l'objet d'un critère supplémentaire, à savoir que le couple ou la femme ne doit pas avoir d'enfant.

2) Quant aux personnes habilitées à pratiquer la PMA, dans tous les États qui ont répondu à cette question, les prestataires de traitements de PMA doivent être des praticiens agréés. En outre, dans la majorité écrasante des États qui ont répondu, les établissements / centres médicaux qui proposent des services de PMA sont soumis à des obligations d'enregistrement et / ou d'agrément, et sont généralement supervisés par un organisme d'agrément établi qui est lui-même placé sous la tutelle d'un ministère⁷⁷.

3) Dans la plupart des États, la législation / réglementation nationale prévoit des restrictions précises concernant le type de traitements de PMA pouvant être dispensés⁷⁸. Pour ce qui est du don de gamètes par des tiers, 21 États ont répondu que le don d'ovocytes était autorisé, bien que dans des circonstances précises⁷⁹, tandis qu'il est interdit dans trois États⁸⁰. Un seul État a répondu que le don de sperme était interdit⁸¹ ; dans les 25 autres États qui ont répondu, il est permis dans certaines conditions⁸². Dans tous les États qui ont répondu à ce sujet, sauf un, le don de gamètes (ovocytes ou sperme) n'est pas rémunéré ; la vente de gamètes ou d'embryons y est interdite⁸³. Dans la plupart des États, certaines dépenses sont autorisées ; dans certains États, un forfait est prévu pour les couvrir⁸⁴.

4) La question de l'anonymat des donneurs de gamètes tiers met en lumière la diversité des approches à ces questions qui existe actuellement entre États. Parmi les États qui ont répondu à la question, huit territoires ont confirmé que la législation garantissait l'anonymat des donneurs de gamètes⁸⁵. Par contre, dans cinq territoires, les dons anonymes ne sont plus autorisés et les donneurs doivent tous fournir des renseignements sur leur identité⁸⁶. Dans quatre États, le donneur peut choisir de garder l'anonymat s'il le souhaite⁸⁷. Dans un État⁸⁸, le couple ayant recours à la PMA n'a pas accès aux renseignements sur l'identité du donneur de sperme, mais l'enfant a lui le droit d'y avoir accès. En droit interne, les tensions que suscite cette question ont été soulignées dans la réponse d'un État, qui a déclaré que, bien que la Constitution consacre le droit de l'enfant à connaître ses origines génétiques, la loi sur la PMA garantit encore l'anonymat des donneurs de gamètes, même dans des cas exceptionnels⁸⁹.

plus de 45 ans), en Hongrie (les femmes doivent être en âge de procréer), en Israël (jusqu'à 44 ans pour la FIV et jusqu'à 54 ans pour le don d'ovocytes), en Lituanie (pas plus de 45 ans).

⁷⁵ Par ex., en Australie (Australie-Méridionale) (diagnostic médical de stérilité), en Croatie (antécédents de stérilité), en Israël (la femme présente un problème médical qui justifie le recours au don d'ovocytes), en Norvège (décision prise par le médecin) et en Nouvelle-Zélande (la PMA doit être médicalement indiquée).

⁷⁶ Par ex., en Norvège, en Serbie et en Suisse. L'Australie (Victoria) a répondu que les demandes de PMA sont soumises à une vérification préalable en matière d'antécédents criminels et de protection de l'enfance.

⁷⁷ Par ex., en Allemagne, en Australie (Nouvelle-Galles du Sud), au Canada (Québec), en Croatie, en Fédération de Russie, en Finlande, en Hongrie, en Irlande, en Israël, en Lettonie, en Lituanie, en Norvège, en Nouvelle-Zélande, aux Philippines, au Portugal, en République tchèque, en Serbie, en Slovaquie, en Suisse. Dans de nombreux États de l'UE, la Directive européenne sur les tissus et cellules (voir *supra*, note 66) a été expressément rappelée ; elle impose que les établissements de tissus (tels que définis dans la Directive) soient agréés.

⁷⁸ Entre autres restrictions communes, citons l'interdiction du choix du sexe des embryons.

⁷⁹ Entre autres exigences communes, le donneur doit se soumettre à un examen médical. En Israël, les donneurs doivent être approuvés par un comité de certification (la certification est ensuite valable pendant un an).

⁸⁰ En Allemagne, en Lituanie et en Norvège.

⁸¹ La Lituanie.

⁸² Là encore, l'une des conditions fréquemment mentionnées est que le donneur ait fait l'objet d'un contrôle médical adéquat. Par ailleurs, dans un État, seuls les hommes célibataires peuvent donner leur sperme (Israël) ; dans un autre, seuls les couples mariés peuvent avoir recours à des dons de gamètes (Suisse).

⁸³ Par ex., en Croatie, en Finlande, en Hongrie, en Lettonie, en Norvège, en Nouvelle-Zélande, au Portugal, en République tchèque, en Serbie, en Slovaquie et en Suisse. La Directive européenne sur les tissus et cellules prévoit également une restriction (voir *supra*, note 66).

⁸⁴ Par ex. en Norvège, au Royaume-Uni et en Slovaquie.

⁸⁵ Belgique, Brésil, Espagne, Israël, Lettonie, République tchèque, Serbie et Suède.

⁸⁶ En Australie (sous réserve de quelques exceptions mineures), en Croatie, en Nouvelle-Zélande, aux Pays-Bas et au Royaume-Uni.

⁸⁷ Au Danemark, en Finlande, en Hongrie et en Islande.

⁸⁸ Norvège.

⁸⁹ Espagne. En outre, au Canada (Colombie-Britannique), la Cour d'appel a récemment arrêté qu'il n'existait pas de droit constitutionnel de connaître ses propres parents : voir *Pratten c. Colombie-Britannique (Attorney General)* 2012 BCCA 480. L'autorisation de recours devant la Cour suprême a été rejetée. On observe un nombre croissant de décisions judiciaires en la matière dans tous les États : par ex., le 6 février 2013, le tribunal régional supérieur de Hamm (Allemagne) a accordé à un enfant conçu par insémination artificielle le droit d'être informé de l'identité du donneur de sperme. Cette question doit également être examinée à la lumière du droit régional et international en matière de droits de l'homme : par ex., les art. 7 et 8 de la CNUDE et l'art. 8 de la CEDH (par

Dans certains États où l'anonymat est garanti, des informations médicales (ne permettant pas de lever l'anonymat) peuvent être communiquées à l'enfant concerné une fois qu'il a atteint un certain âge. Dans les États où l'anonymat n'est pas autorisé, en général, les renseignements sur l'identité du donneur sont consignés dans un registre ad hoc auquel l'enfant peut avoir accès à un âge prescrit (habituellement à 18 ans).

Filiation juridique à la suite d'une PMA⁹⁰

17. Les réponses sont considérablement homogènes sur un point : qu'il existe ou non une législation sur la PMA dans l'État en question, dans la majorité des États, la femme qui accouche d'un enfant sera toujours considérée comme sa mère juridique en premier lieu, qu'une procédure de PMA soit ou non à l'origine de la naissance. Cela sera le cas même si la procédure de PMA implique un don d'ovocytes. Ainsi, le principe de *mater est*⁹¹ est renforcé pour les naissances faisant suite à une PMA. Dans certaines circonstances précises (habituellement dans le contexte de l'adoption ou de la maternité de substitution), il est possible, dans certains États, de transférer la maternité juridique à une mère d'intention ou adoptive après la naissance. L'exception à cette règle est que, dans une minorité d'États⁹², à la suite d'une convention de maternité de substitution et sous réserve que certains critères soient remplis, les parents d'intention peuvent être considérés comme les parents légaux d'un enfant *de plein droit à sa naissance*⁹³. Cela semble être le seul cas — tous États confondus — où la mère qui accouche d'un enfant ne sera pas sa mère juridique en premier lieu.

18. Pour ce qui est de la paternité juridique, la situation diffère selon qu'il existe ou non des dispositions législatives ou autres particulières dans l'État concerné régissant les effets de la PMA sur la filiation juridique. Dans la plupart des États où de telles dispositions existent, le mari d'une femme qui a accouché d'un enfant à la suite d'une PMA est généralement déclaré comme étant le père juridique de l'enfant de plein droit, abstraction faite des considérations d'ordre génétique, à condition qu'il ait donné son consentement au traitement. Toutefois, cette règle n'est pas établie de la même manière dans tous les États, ce qui affecte sensiblement son fonctionnement⁹⁴. Dans certains États, il est prévu que, dans ces circonstances, la paternité juridique ne puisse pas être désavouée, sauf si le traitement a été effectué sans consentement⁹⁵. Selon les États, la preuve du consentement prend différentes formes, mais souvent, un consentement écrit est obligatoire⁹⁶. Dans les États où les couples hétérosexuels *non mariés* ont accès à la PMA⁹⁷, il est fréquent que les dispositions susmentionnées soient étendues et s'appliquent au concubin ; dans certains États, à titre de condition préalable, la relation doit répondre à certains critères pour que la présomption s'applique (par ex., elle doit être « assimilable à un mariage » ou constituer « une relation conjugale relativement stable »). Dans certains États où les couples non mariés n'ont pas accès ensemble à la PMA, si la femme

ex., voir *Godelli c. Italie*, *supra*, note 32 : la CrEDH a déclaré que « le droit à une identité, qui inclut le droit de connaître sa filiation, fait partie intégrante de la notion de vie privée. Dans ces cas, il faut être particulièrement vigilant lorsqu'il s'agit de soupeser les intérêts concurrents » (para. 52)) (traduction du Bureau Permanent).

⁹⁰ La filiation juridique faisant suite à des conventions de maternité de substitution est traitée dans la section suivante : voir para. 26 et s.

⁹¹ Voir *supra*, para. 11 .

⁹² Par ex. au Canada (Colombie-Britannique), en Russie et en Ukraine (d'après les recherches menées par le Bureau Permanent).

⁹³ Ce point est développé, *infra*, aux para. 26 et s.

⁹⁴ Par ex., dans certains États, cette situation découle d'une extension de la présomption *pater est* habituelle et de règles supplémentaires disposant soit que la présomption ne s'appliquera pas si le consentement du mari n'a pas été donné soit que l'absence de consentement au traitement est considérée comme un motif permettant de réfuter la présomption (le premier cas de figure est observé par ex. en Norvège, où la loi sur la biotechnologie complète la présomption habituelle en disposant que le consentement du mari à la procédure de PMA est nécessaire pour que la présomption *pater est* s'applique ; le deuxième cas de figure est observé en Suède, où la présomption de paternité peut être réfutée dès lors que le mari n'a pas donné son consentement formel au traitement). Dans d'autres États, elle découle d'une disposition particulière de la législation sur la PMA en vertu de laquelle le mari sera le père juridique s'il a donné son consentement au traitement. Dans certains de ces États, par ex. en Australie (Australie-Occidentale, Australie-Méridionale) ou au Canada (Alberta, Colombie-Britannique, Territoires du Nord-Ouest), la loi précise que le mari sera présumé avoir donné son consentement au traitement tant qu'il n'a pas prouvé qu'il ne l'a pas fait (c.-à-d. qu'il incombe au mari de prouver l'absence de consentement plutôt que l'inverse).

⁹⁵ C.-à-d. qu'une absence de lien génétique avec l'enfant ne pourrait pas servir à contester la paternité (voir *supra*, para. 13.1)) : c'est le cas par ex. en Belgique, en Espagne et en République tchèque.

⁹⁶ De nombreux États ont indiqué que ce consentement est en tout état de cause nécessaire pour commenter un traitement de PMA.

⁹⁷ Voir *supra*, note 72.

a recours seule à la PMA, son concubin doit reconnaître sa paternité de la manière habituelle pour établir sa paternité juridique⁹⁸.

19. Dans de nombreux États où la PMA n'est pas particulièrement encadrée, la présomption *pater est* normale s'appliquera si une femme accouche d'un enfant à la suite d'une PMA alors qu'elle est mariée, que le mari *ait ou non* donné son consentement au traitement qui a entraîné la naissance. Toutefois, dans ces États, cette présomption pourra être réfutée par le mari selon la procédure habituelle, notamment au moyen d'une procédure de contestation de paternité avec recours aux tests ADN⁹⁹.

20. Dans la plupart des États dotés d'une législation sur la PMA, des dispositions s'appliquent expressément aux donneurs de gamètes tiers qui font un don en conformité avec les règles internes (par ex. formellement, par le biais d'établissements médicaux) : ces donneurs ne seront pas considérés comme les parents légaux d'un enfant né à la suite de l'utilisation de leurs gamètes¹⁰⁰. Toutefois, dans un grand nombre de ces États, si la « procréation assistée » est entreprise informellement — c'est-à-dire sans intervention médicale d'un tiers, par des personnes suivant les modalités d'un accord conclu généralement avec des amis ou passé sur Internet — les règles sur la filiation juridique à la suite d'une PMA ne s'appliqueront pas nécessairement. Dans certains États, une distinction est opérée selon que la conception est le résultat d'un rapport sexuel ou non¹⁰¹ ; dans d'autres, le facteur à prendre en compte est de savoir si le traitement de PMA a été réalisé par des professionnels de la santé ou pas¹⁰², ou s'il s'est déroulé dans un centre médical agréé en vertu de la législation sur la PMA ou pas¹⁰³. Quelle que soit la voie adoptée, si les personnes concernées ne se sont pas conformées à leurs obligations légales, la filiation juridique sera établie conformément aux principes juridiques généraux décrits *supra* aux paragraphes 11 à 14, faisant que les personnes qui ont informellement « fait don » de leurs gamètes sont susceptibles d'acquérir le statut de parent juridique. En 2007, dans une affaire canadienne (Ontario) concernant un couple de femmes qui avait conclu un accord informel avec un ami, la filiation génétique de l'enfant ayant été consignée dans son acte de naissance, la concubine de la mère de naissance, ayant par la suite introduit un recours, a obtenu gain de cause et a été déclarée parent juridique de l'enfant, faisant que celui-ci a trois parents légaux¹⁰⁴.

21. Enfin, en ce qui concerne les couples de même sexe qui entreprennent formellement une PMA, dans une minorité d'États (qui permettent tous aux couples de même sexe d'avoir accès ensemble à la PMA), la législation prévoit que deux femmes peuvent devenir les parents légaux d'un enfant *de plein droit* à la suite de la PMA, à condition que les critères définis dans la loi soient remplis, notamment, en tout état de cause, que la concubine de la mère ait donné son consentement à la PMA (c.-à-d. que ces règles fonctionnent de manière similaire à celles qui s'appliquent aux couples hétérosexuels)¹⁰⁵. Dans certains États, ce résultat est atteint non pas de plein droit mais par la reconnaissance, par la concubine de la mère de naissance, du lien de filiation juridique auprès des autorités de l'état civil après la naissance ou, dans certains États, par l'obtention d'une décision de justice après la naissance. Dans certains États, il a été noté que tandis que les couples de même sexe ne peuvent avoir accès à la PMA ensemble dans l'État en question, les femmes célibataires peuvent y avoir accès ; par conséquent, il arrive *de facto* que des couples de même sexe aient des enfants par PMA dans cet État. Dans ces circonstances, la femme qui n'a pas accouché devra entreprendre une adoption en tant que belle-mère pour

⁹⁸ Par ex. en Suisse et en Roumanie.

⁹⁹ Par ex. en Allemagne, en Irlande, au Japon et à Maurice.

¹⁰⁰ Toutefois, dans certains de ces États, un donneur de sperme peut reconnaître sa paternité conformément aux règles habituelles en matière de reconnaissance (par ex., dans certains cas, le consentement de la mère sera nécessaire).

¹⁰¹ Voir au Québec (Canada) (CCQ, art. 538(2) – « [...] lorsque l'apport de forces génétiques se fait par relation sexuelle, un lien de filiation peut être établi, dans l'année qui suit la naissance [...] »).

¹⁰² Danemark.

¹⁰³ Royaume-Uni (d'après les recherches menées par le Bureau Permanent).

¹⁰⁴ Voir *A.A. c. B.B.* 2007 ONCA 2 (Cour d'appel de l'Ontario). La loi uniforme canadienne de 2010 sur le statut de l'enfant (art. 9) adopte également l'approche consistant à permettre, dans des circonstances exceptionnelles, qu'une ordonnance judiciaire déclare qu'un tiers est parent juridique d'un enfant.

¹⁰⁵ Par ex. en Australie (Nouvelle-Galles du Sud – s'il s'agit de la partenaire de facto de la mère de naissance, Victoria, Australie-Méridionale – si la relation est admissible, Tasmanie), au Brésil, au Canada (Alberta, Colombie-Britannique – si elle est mariée avec la mère de naissance ou si sa relation avec celle-ci est assimilable au mariage, Québec – si elle est la conjointe de la mère de naissance, Territoires du Nord-Ouest – si elle est mariée ou fait vie commune avec la mère de naissance), en Islande, en Norvège (conjointe / concubine de la mère de naissance) et en Nouvelle-Zélande.

devenir parent juridique de l'enfant. Dans d'autres États, l'adoption par la belle-mère n'est pas ouverte aux couples de même sexe ; l'enfant sera donc enregistré comme enfant né d'une mère célibataire.

(d) Conventions de maternité de substitution

La maternité de substitution dans le droit interne

22. De manière générale, les réponses au Questionnaire No 1¹⁰⁶ confirment la répartition par catégories des réponses apportées en droit interne aux conventions de maternité de substitution qui avait été effectuée dans le Rapport préliminaire de 2012¹⁰⁷. Par exemple, 12 territoires ont répondu que toute forme de convention de maternité de substitution était strictement interdite sur leur territoire, les tiers ayant facilité ces conventions encourant des sanctions pénales et / ou les conventions ayant donné lieu à des paiements donnant lieu à des poursuites pénales¹⁰⁸. Deux États ont précisé que même si les conventions de maternité de substitution facilitées par des tiers ayant recours à la PMA sont expressément interdites par la loi, les conventions de procréation pour autrui conclues uniquement entre les parties ne le sont pas (mais restent néanmoins sans effet)¹⁰⁹. Un deuxième groupe d'États a déclaré que les conventions de maternité de substitution n'étaient toujours pas encadrées par leur droit interne (et donc n'étaient ni expressément autorisées ni interdites), bien que, dans la plupart de ces États (mais pas dans tous)¹¹⁰, une convention de maternité de substitution à but lucratif¹¹¹ puisse être considérée comme contrevenant à des dispositions législatives d'ordre général¹¹². Dans un troisième groupe d'États, la maternité de substitution est encadrée à divers degrés (présentés plus en détail aux para. 23 à 25 *infra*), mais les conventions à but lucratif sont expressément interdites par la loi et constituent souvent une infraction pénale¹¹³. Les États du quatrième groupe identifié dans le Rapport préliminaire de 2012 (c.-à-d. les États dans lesquels la maternité de substitution à but lucratif est autorisée) n'ont en général pas répondu au Questionnaire No 1 (ou à cette partie du Questionnaire), mais, comme l'indique le Rapport, cette situation découle généralement soit d'une absence d'encadrement de la maternité de substitution dans l'État en question (qui est considéré permissif par omission) soit de la permissivité de sa législation ou de sa jurisprudence¹¹⁴. Il convient de noter que dans les États fédéraux qui ont répondu au Questionnaire, la validité et la légalité des conventions de maternité de substitution relève généralement du droit des états / provinces, faisant que les

¹⁰⁶ Doc. pré. No 3 A d'avril 2013 (voir *supra*, note 5).

¹⁰⁷ Voir « Rapport préliminaire sur les problèmes découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international », Doc. pré. No 10 de mars 2012 à l'intention du Conseil d'avril 2012 sur les affaires générales et la politique de la Conférence (disponible sur le site de la Conférence de La Haye, à l'adresse < www.hcch.net >, sous la rubrique « Filiation / Maternité de substitution ») (ci-après, « Rapport préliminaire de 2012 »), p. 9 à 18, évoquant les différentes réponses du droit interne des États en matière de maternité de substitution : les approches vont de l'interdiction à une approche encadrée et libérale, en passant par l'absence d'encadrement.

¹⁰⁸ Allemagne (des sanctions pénales sont prévues pour les tiers ayant facilité la convention), El Salvador, Espagne (la loi l'interdit expressément, des sanctions pénales étant prévues), Finlande (depuis 2007), Islande, Philippines, Portugal (des sanctions pénales s'appliquent s'il y a eu paiement), Québec, République dominicaine, Serbie (les sanctions pénales prévues incluent un emprisonnement de trois à 10 ans, que la convention soit altruiste ou à but lucratif), Slovaquie et Suisse (interdiction constitutionnelle, avec sanctions pénales).

¹⁰⁹ Finlande et Norvège.

¹¹⁰ Par ex., la Thaïlande n'encadre pas la maternité de substitution mais les conventions de maternité de substitution à but lucratif y sont monnaie courante (d'après les recherches menées par le Bureau Permanent et les réponses des avocats au Questionnaire No 2).

¹¹¹ Dans le présent document, le terme « convention de maternité de substitution à but lucratif » est utilisé à la place du terme « convention de maternité de substitution commerciale » utilisé dans le Rapport préliminaire de 2012 (voir *supra*, note 107). En effet, des associations de parents d'intention ont indiqué que l'utilisation de l'adjectif « commercial » était offensant pour certaines des personnes ayant conclu de telles conventions. Il a été précisé que ces conventions n'étaient habituellement pas de nature « commerciale » même si elles prévoyaient une rémunération allant au-delà de la prise en charge des dépenses de la mère porteuse. Voir en outre le **Glossaire** mis à jour, figurant à l'**annexe A** du Doc. pré. No 3 B de mars 2014 (*supra*, note 2).

¹¹² Par ex. dans les États suivants : Belgique, Chili, Guatemala, Irlande, Japon (mais il existe des lignes directrices médicales strictes), Lettonie, Lituanie, Maurice, Monaco, Pays-Bas (bien qu'il existe des dispositions de droit pénal concernant la facilitation des conventions), Pologne, République tchèque, Sri Lanka et Uruguay (mais un projet de loi est à l'étude).

¹¹³ Les conventions à but lucratif sont interdites dans les États suivants, qui réglementent cependant dans une certaine mesure la maternité de substitution : par ex. en Australie (Nouvelle-Galles du Sud, Victoria, Australie-Méridionale, Tasmanie), au Brésil, au Canada (au niveau fédéral), au Danemark, en Nouvelle-Zélande (les conventions à but lucratif sont interdites, les conventions altruistes sont encadrées dans une certaine mesure mais non exécutoires), au Royaume-Uni (les conventions à but lucratif sont interdites et encadrées).

¹¹⁴ Voir en outre le Rapport préliminaire de 2012 (*supra*, note 107).

règles peuvent varier (parfois considérablement) d'un état / province à l'autre, même s'il existe parfois des dispositions légales fédérales applicables pertinentes¹¹⁵.

Encadrement de la maternité de substitution

23. Dans les États où il existe une certaine forme d'encadrement de la maternité de substitution, cet encadrement a tendance à correspondre à l'une des deux (grandes) approches identifiées dans le Rapport préliminaire de 2012 : (1) dans une minorité d'États, une convention de maternité de substitution doit faire l'objet d'une approbation *préalable*, par exemple par une commission établie à cet effet¹¹⁶ ; (2) dans un grand nombre d'États, la législation se focalise moins sur la convention en soi que sur le statut de l'enfant et des parents d'intention après la naissance de l'enfant. Toutefois, si aucune approbation préalable n'est requise dans ce groupe d'États, ce type de législation prévoit habituellement des conditions pouvant se rapporter de fait à des questions *antérieures* à la conception, même si le respect des critères ne nécessite d'être prouvé que *postérieurement* aux faits (*ex post facto*) pour que le transfert de la filiation juridique intervienne. La nature et le nombre de ces critères antérieurs à la conception varient en fonction des États¹¹⁷. En général, dans ces États, il existe également des lois ou d'autres règles qui encadrent la PMA ; par conséquent, la conception et le processus anténatal, sans être soumis à une approbation préalable précise, devront se conformer à ces règles générales¹¹⁸.

24. Quelle que soit la catégorie d'approche adoptée, de grandes tendances peuvent être distinguées en termes d'exigences posées par la loi / les règles, même si celles-ci peuvent varier. Par exemple :

1) Certains critères doivent être remplis par les parents d'intention, soit pour obtenir l'approbation préalable de la convention, soit pour que la filiation juridique soit établie *ex post facto* (en fonction de l'approche adoptée). Dans plusieurs États, si un couple conclut une convention de maternité de substitution, il doit être marié ou vivre en concubinage (la définition de ce terme pouvant varier)¹¹⁹. Dans certains États, il n'est pas précisé si les deux parents d'intention doivent être de même sexe ou de sexe différent¹²⁰. En ce qui concerne le traitement

¹¹⁵ Par ex., aux États-Unis, toute la gamme d'approches générales de la maternité de substitution est représentée dans les états. Si neuf états ont adopté une partie de la *Uniform Parentage Act*, moins de la moitié d'entre eux y ont ajouté une disposition traitant précisément des conventions de maternité de substitution. De fait, aux États-Unis, l'absence de texte fédéraux concernant la maternité de substitution a été commentée par le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies (dans ses Observations finales concernant le deuxième rapport périodique des États-Unis d'Amérique, soumis en application de l'article 12 du *Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants* (62^e session, 14 janvier – 1^{er} février 2013)). Le Comité a indiqué être particulièrement préoccupé par « [l']absence de législation fédérale relative à la gestation pour autrui, qui, en l'absence de réglementation claire, relève de la vente d'enfants » (para. 29 b)). En Australie, il y a davantage d'uniformité entre états, puisqu'ils sont nombreux à avoir légiféré, ces dernières années, pour réglementer expressément la maternité de substitution (bien qu'il subsiste des différences importantes dans la nature et le détail de ces textes). Au Canada, la maternité de substitution à but lucratif est interdite au niveau fédéral, ainsi que la facilitation des conventions à but lucratif, mais dans les provinces, les approches diffèrent même si elles restent circonscrites par le droit fédéral.

¹¹⁶ Par ex. en Australie (Victoria, Queensland, Australie-Occidentale, Australie-Méridionale), en Israël, au Mexique (dans le projet de loi), en Nouvelle-Zélande (le comité ECART doit approuver les conventions faisant intervenir des prestataires de services en matière de fertilité).

¹¹⁷ Par ex., de nombreux États exigent qu'il existe un lien génétique entre l'un des parents d'intention et l'enfant pour qu'un transfert de la filiation juridique puisse être obtenu : par ex. l'Australie (Australie-Méridionale – sauf si les deux parents d'intention sont stériles), le Canada (Alberta), Israël (le sperme doit toujours être celui du père d'intention), la Nouvelle-Zélande (en vertu des lignes directrices du comité ECART). Dans certains de ces États, ce critère, outre les critères limités d'âge et de situation de famille applicables aux parties, est parfois le seul critère antérieur à la conception qui doit être rempli pour obtenir un transfert de la filiation juridique. Dans d'autres États, toutefois, les conditions antérieures à la conception sont bien plus strictes et les parties doivent établir *ex post facto* que, par exemple, la convention a été conclue *avant* que la mère de naissance ne tombe enceinte, qu'elle était médicalement nécessaire du fait de l'état de santé de la mère d'intention et que toutes les parties ont reçu des conseils juridiques indépendants et des conseils psychosociaux avant la conclusion de la convention : c'est par ex. le cas en Australie (Tasmanie). Voir en outre les critères évoqués plus bas.

¹¹⁸ Par ex. en Australie (Nouvelle-Galles du Sud), au Brésil, au Canada (Alberta, Colombie-Britannique, Manitoba) et au Royaume-Uni.

¹¹⁹ Si, dans certains de ces États, les célibataires ont également le droit de conclure des conventions de maternité de substitution, les couples doivent remplir des critères précis en matière de situation de famille.

¹²⁰ Cependant, il convient de noter qu'en Nouvelle-Zélande, les lignes directrices précisent que la mère d'intention doit remplir certains critères médicaux, ce qui fait que les hommes célibataires ou les couples d'hommes ne peuvent pas conclure de convention de maternité de substitution.

de PMA de manière générale¹²¹, les mères sont souvent soumises à des conditions d'âge et de santé (c.-à-d., en général, être incapables de mener une grossesse à terme). Dans certains États, des critères psychosociaux doivent être remplis¹²². Dans un État, il a été mentionné que la maternité de substitution devait répondre à un besoin « médical *ou* social » : les hommes célibataires ou les couples d'hommes répondront donc automatiquement à ce critère, puisqu'ils ne peuvent avoir d'enfant sans l'assistance d'un tiers. Dans un autre État, il a également été rapporté que le tribunal devait être convaincu que les parents d'intention étaient aptes à assumer le rôle de parents de l'enfant, tandis que dans d'autres, il est dit que l'intérêt supérieur de l'enfant est le principe directeur pour décider si le transfert de la filiation juridique doit intervenir¹²³.

2) Les restrictions d'âge, de santé et psychosociales (généralement le fait d'avoir assisté à des séances de conseil) sont également des critères communs qui s'appliquent aux femmes qui souhaitent devenir mères porteuses. Dans certains États, la femme est soumise à la condition supplémentaire qu'elle doit avoir au moins un enfant né à la suite d'une grossesse menée à terme sans complications¹²⁴.

3) Pour ce qui est de la nature des conventions permises par la loi, la restriction la plus fréquente est que la convention ne doit pas être à but lucratif (c.-à-d. qu'elle ne doit pas prévoir de rémunération autre que la prise en charge de dépenses raisonnables)¹²⁵. Dans deux États, il a été rapporté que les conventions de procréation pour autrui sont interdites¹²⁶ ; dans d'autres États, le seul critère à remplir est que l'un des parents d'intention soit le parent génétique de l'enfant à naître¹²⁷.

4) Ce n'est que dans un seul État que la convention de maternité de substitution, s'agissant de sa clause principale de transfert de l'enfant aux parents d'intention, constitue une obligation contractuelle contraignante et exécutoire¹²⁸. Dans tous les autres États, cette clause a été déclarée sans effet, bien que dans certains États, d'autres obligations découlant de la convention (par ex., la prise en charge des dépenses de la mère porteuse) puissent être mises à exécution¹²⁹.

25. Fait intéressant, seuls quatre États ont répondu que leur législation / réglementation prévoyait des exigences en termes de nationalité, de domicile ou de résidence concernant la maternité de substitution, s'appliquant soit aux parents d'intention soit à la mère porteuse, et presque tous prévoient différents facteurs de rattachement¹³⁰ devant être satisfaits à divers moments¹³¹.

Établissement de la filiation juridique

26. Pour ce qui est d'établir la filiation juridique des parents d'intention à la suite d'une convention de maternité de substitution, dans les États où la maternité de substitution est soit interdite soit, pour le moment, non encadrée, les dispositions générales exposées *supra* aux

¹²¹ Voir *supra*, para. 16.

¹²² En général, ces critères exigent que des conseils aient été reçus.

¹²³ Par ex. en Israël et au Royaume-Uni.

¹²⁴ Par ex. en Australie (Victoria, Tasmanie), en Fédération de Russie.

¹²⁵ En Israël, cependant, la rémunération peut inclure des montants pour les « douleurs et souffrances » : voir également le Rapport préliminaire de 2012 (*supra*, note 107).

¹²⁶ Israël et Russie.

¹²⁷ Voir *supra*, note 117.

¹²⁸ Brésil.

¹²⁹ Par ex., la clause principale est dite sans effet dans les États suivants : Australie (Nouvelle-Galles du Sud, Queensland, Australie-Méridionale, Tasmanie), Canada (Alberta, Colombie-Britannique, Manitoba), Nouvelle-Zélande et Royaume-Uni.

¹³⁰ Par ex. concernant les parents d'intention : en Australie (Australie-Méridionale), il a été déclaré que les parents d'intention devaient être domiciliés dans l'état pour bénéficier des règles de la législation en matière de maternité de substitution ; toujours en Australie (Tasmanie), il a été déclaré que les parents d'intention devaient résider dans l'état ; en Israël, les parents d'intention doivent avoir la nationalité israélienne ; en Nouvelle-Zélande, malgré l'absence d'exigences législatives, les lignes directrices exigent que la résidence des parents d'intention soit prise en compte. Au Royaume-Uni (Angleterre et Pays de Galles), la législation exige que l'un des parents d'intention soit domicilié dans l'État pour pouvoir obtenir une « ordonnance parentale » (« *parental order* ») après la naissance. Concernant les mères porteuses : l'Australie (Tasmanie) a déclaré que la mère porteuse devait vivre dans l'état à la date de conclusion de la convention ; en Israël, la mère porteuse doit avoir la nationalité israélienne ; le Mexique a déclaré que de telles exigences pouvaient s'appliquer ; en Nouvelle-Zélande, malgré l'absence de législation, les lignes directrices indiquent que ces questions doivent être prises en considération. En Australie (Australie-Méridionale), la procédure de fécondation doit se dérouler sur le territoire de l'état.

¹³¹ Dans certains cas, une résidence ou domiciliation sur le territoire en question est exigée à la date de l'audience en vue de l'ordonnance parentale (*parental order*) ; dans d'autres, cette exigence doit être satisfaite à la date de conclusion de la convention.

paragraphes 11 à 14 s'appliqueront si une convention de maternité de substitution est néanmoins conclue dans l'État en question. Par conséquent, la mère de naissance sera toujours la mère juridique en premier lieu, sauf dans les États où il est possible d'accoucher sous couvert d'anonymat ou bien où la mère de naissance peut ne pas faire enregistrer son nom¹³². La paternité juridique peut être établie par présomption légale (par ex. le plus souvent si la mère porteuse (de naissance) est mariée), par reconnaissance volontaire ou par décision de justice¹³³. Dans certains États, le(s) parent(s) d'intention a(ont) parfois la possibilité d'adopter par la suite l'enfant (les enfants) né(s) d'une mère porteuse, cette possibilité dépendant toutefois des circonstances. Dans certains cas, l'adoption a été refusée, par exemple lorsque la convention de maternité de substitution avait un but lucratif¹³⁴.

27. Dans les États où la maternité de substitution est encadrée, que ce soit dans le cadre d'un système d'approbation préalable ou d'un système *ex post facto*, la position la plus fréquente est que la mère de naissance sera encore la mère juridique au moment de la naissance et que la filiation juridique sera transférée à la mère d'intention après la naissance de l'enfant (sous réserve que les critères prévus par la loi soient remplis), que ce soit au titre d'une procédure de transfert de la filiation juridique ou par voie d'adoption¹³⁵. Pour ce qui est de la paternité juridique, une fois encore, la situation la plus fréquente est que les dispositions générales en matière de filiation juridique s'appliqueront à la naissance, faisant que le mari de la mère de naissance sera le père juridique ; ou bien, dans certains cas, le père d'intention pourra reconnaître volontairement sa paternité conformément aux règles générales de l'État en question¹³⁶. Il existe toutefois des exceptions notables à cette règle. C'est le cas de la Russie et du Canada (Colombie-Britannique) : dans ces États, sous réserve que la mère porteuse ne retire pas son consentement après la naissance de l'enfant et que toutes les autres conditions législatives éventuelles soient remplies, les parents d'intention peuvent être directement enregistrés en qualité de parents légaux de l'enfant¹³⁷. Par ailleurs, au Brésil, la filiation juridique des parents d'intention est établie contractuellement ; le contrat de maternité de substitution suffit pour que les parents d'intention soient enregistrés en qualité de parents légaux à la naissance de l'enfant¹³⁸. Dans d'autres territoires (même s'ils n'ont pas répondu au Questionnaire), il est possible, en vertu de la loi ou de la jurisprudence, d'obtenir *avant* la naissance une décision de justice déclarant que les parents d'intention seront les parents légaux de l'enfant dès sa naissance¹³⁹.

28. Dans la plupart des États où la maternité de substitution est interdite ou non encadrée (dans le sens où il n'existe pas de mécanisme propre à la maternité de substitution attribuant la filiation juridique aux parents d'intention), l'existence de la convention de maternité de substitution ne sera mentionnée nulle part dans l'acte de naissance d'un enfant né d'une mère porteuse, parce que la filiation juridique de l'enfant sera établie conformément aux règles généralement applicables en la matière, nonobstant l'existence de la convention de maternité de substitution. Si une adoption intervient par la suite (ce qui est souvent nécessaire pour que la mère d'intention acquière la filiation juridique), dans la plupart des États, un nouvel acte de

¹³² Par ex. au Canada (Québec), où il est possible de choisir de ne pas le faire et où, par conséquent, seule la filiation avec le père sera établie.

¹³³ Voir *supra*, para. 13 concernant les trois grandes méthodes d'établissement de la paternité juridique.

¹³⁴ Puisqu'il peut exister des règles interdisant l'adoption dès lors qu'une rémunération a été versée à la mère de naissance (ce qui est notamment le cas en Finlande). En Belgique, la jurisprudence diverge quant à la question de l'adoption après une maternité de substitution. L'adoption a été autorisée dans plusieurs affaires (souvent dans le contexte de conventions altruistes), les décisions correspondantes précisant que la question de l'adoption devait être distinguée de celle de la validité de la convention de maternité de substitution. Pourtant, en 2012, la Cour d'appel de Gand a rejeté la demande d'une mère d'intention qui souhaitait adopter un enfant né à la suite d'une convention de procréation pour autrui au vu des montants visiblement considérables qui avaient été versés en contrepartie de la convention (30 avril 2012) (voir en outre la réponse de la Belgique au Questionnaire No 1).

¹³⁵ Toutefois, en Nouvelle-Zélande, la réglementation de la convention de maternité de substitution ne s'étend pas aux règles concernant le statut de l'enfant suite à la convention ; une adoption nationale est donc le seul mécanisme permettant de transférer la filiation juridique aux parents d'intention.

¹³⁶ Toutefois, au Canada (Territoires du Nord-Ouest), la législation dispose expressément que si une personne est mariée ou cohabite avec une femme qui donne naissance à un enfant à la suite d'une PMA et qu'il était prévu, au moment de la conception, que cette femme remette l'enfant à une personne qui lui avait fourni son matériel génétique, son partenaire ne sera pas le parent juridique de cet enfant.

¹³⁷ Au Canada (Colombie-Britannique), une mère de naissance et des parents d'intention peuvent convenir, avant la conception, d'être tous parents légaux de l'enfant à naître. Cette convention n'est pas considérée comme une convention de maternité de substitution puisque la mère de naissance ne renoncera pas à sa filiation juridique après la naissance. L'enfant aura ensuite trois parents légaux.

¹³⁸ Voir la réponse du Brésil au Questionnaire No 1, en particulier aux questions 24 à 27.

¹³⁹ Par ex. aux États-Unis d'Amérique (Californie).

naissance de l'enfant sera délivré après l'adoption, sans la mentionner. Toutefois, l'adoption restera consignée dans les archives publiques et la plupart des États offrent à un enfant la possibilité d'avoir accès à l'acte intégral, souvent à sa majorité. Dans la plupart des États où il est possible de transférer la filiation juridique à des parents d'intention à la suite d'une convention de maternité de substitution, les principes qui s'appliquent à l'acte de naissance de l'enfant sont similaires à ceux qui s'appliquent dans les affaires d'adoption, ce qui signifie que l'enfant se verra délivrer un nouvel acte de naissance une fois que la filiation juridique aura été transférée, sans mention de la maternité de substitution (mais celle-ci restera consignée dans les archives publiques, qui resteront généralement confidentielles et que l'enfant pourra consulter une fois qu'il aura atteint un âge précis¹⁴⁰). Dans l'un des États où les parents d'intention parties à une convention de maternité de substitution sont directement inscrits sur l'acte de naissance, il a été noté que si le registre d'état civil ne contient pas le nom de la mère porteuse, la déclaration de naissance (émanant de l'établissement médical) déposée auprès des autorités d'état civil mentionne tout de même son nom en qualité de mère de naissance (et ce nom sera manifestement différent du nom du parent figurant sur la demande de formulaire d'enregistrement de naissance)¹⁴¹. La mère porteuse et les parents d'intention seront en outre tenus de déposer des déclarations auprès des autorités, au titre desquelles les parties attestent qu'elles se sont conformées aux exigences légales qui leur permettent d'être enregistrées en qualité de parents légaux de l'enfant.

29. Dans la grande majorité des États, les réponses au Questionnaire ont révélé que le nombre de conventions de maternité de substitution conclues chaque année dans l'État en question ne faisait l'objet d'aucun suivi¹⁴². Dans certains de ces États, la maternité de substitution est interdite. Dans d'autres, toutefois, la maternité de substitution est autorisée et encadrée mais il revient souvent aux centres médicaux de procéder à l'enregistrement du nombre de conventions conclues (le cas échéant)¹⁴³. Dans certains États, il a été déclaré qu'il était possible de déterminer le nombre d'« ordonnances parentales » (« *parental orders* ») prononcées par les tribunaux pour se faire une idée approximative du nombre de conventions de maternité de substitution conclues, mais ces chiffres ne rendent pas compte des conventions à la suite desquelles les parents d'intention ne cherchent pas à faire régulariser leur statut juridique¹⁴⁴. En Israël et en Nouvelle-Zélande (ces deux États étant dotés d'un système interne d'approbation préalable), il a été déclaré que le ministère de la Santé israélien et l'organisme néo-zélandais chargé des approbations tenaient des statistiques mais que celles-ci n'incluaient pas les conventions informelles conclues sans que les formalités légales ne soient accomplies. Une récente étude européenne a également mis en lumière le problème suivant : dans de nombreux États, les données concernant le nombre de conventions de maternité de substitution conclues ne sont pas enregistrées systématiquement¹⁴⁵. Il a été déclaré que « seules des données très limitées sont disponibles dans l'UE [concernant la maternité de substitution] ; de meilleurs systèmes doivent être mis en place pour enregistrer systématiquement les informations pertinentes dans tous les pays »¹⁴⁶.

¹⁴⁰ Souvent à la majorité ou plus tard (en Nouvelle-Zélande, par ex., l'enfant doit avoir 20 ans). Dans certains États, cette possibilité est ouverte aux parties à la convention sur demande (par ex. en Australie (Tasmanie)).

¹⁴¹ Canada (Colombie-Britannique).

¹⁴² 23 territoires ont répondu que cette information ne faisait l'objet d'aucun suivi. L'Australie (Victoria) constitue une exception ; il a été déclaré que 10 accouchements de mères porteuses avaient eu lieu en 2012.

¹⁴³ Par ex. au Brésil, il a été déclaré que la loi impose aux centres médicaux de conserver ces informations.

¹⁴⁴ L'Australie (Nouvelle-Galles du Sud), par ex., a déclaré que depuis février 2012, le Registre des naissances, décès et mariages a enregistré 29 accouchements de mères porteuses suite à des ordonnances de filiation prononcées en vertu de la loi de 2010 sur la maternité de substitution, tout en précisant expressément que ces chiffres ne rendaient pas compte des conventions qui n'avaient pas été présentées à la Cour suprême. Par ailleurs, le Royaume-Uni a déclaré que le nombre d'ordonnances parentales demandées était consigné, ce qui donne une indication approximative. Toutefois, les commentateurs ont analysé ces informations et en ont conclu que si le nombre d'ordonnances parentales prononcées « [montrait] une forte augmentation entre 2008 et la fin 2011 » (p. 269), « [l']augmentation apparente des conventions internationales n'entraînant pas de demande d'ordonnance parentale (*parental order*) est une question très préoccupante » (p. 275) (traduction du Bureau Permanent). Voir également M. Crawshaw, E. Blyth et O. van den Akker (2012) : « *The changing profile of surrogacy in the UK – Implications for national and international policy and practice*, *Journal of Social Welfare and Family Law* », 34:3, 267-277.

¹⁴⁵ Voir « Le régime applicable à la maternité de substitution au sein des États membres de l'UE », par Brunet et al (2013), pour la Commission Affaires juridiques du Parlement européen (disponible à l'adresse < www.europarl.europa.eu/studies >).

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 22.

30. Plusieurs États ont déclaré avoir connaissance d'activités criminelles sur leur territoire en lien avec la maternité de substitution¹⁴⁷. À cet égard, il est intéressant de noter que ces activités criminelles se seraient en grande partie déroulées dans le contexte de conventions *internationales*. Ce point est analysé, *infra*, à la **partie C**.

(e) Contestation de la filiation juridique

31. Dans tous les États qui ont répondu à cette question, les tribunaux (soit civils, soit de la famille) sont chargés de trancher les différends concernant la filiation juridique¹⁴⁸. Toutefois, il existe une diversité considérable entre États pour ce qui est de la personne habilitée à introduire une action en contestation de la filiation juridique, des délais d'introduction de l'action (« délai de prescription ») et, le cas échéant, de ses nature et durée, ainsi que des conditions dans lesquelles les actions peuvent être introduites. Les différences d'approche des États peuvent refléter une division idéologique plus profonde quant à la meilleure façon de promouvoir l'intérêt supérieur des enfants dès lors qu'il s'agit de leur filiation juridique. Par exemple, les États qui posent des limites (que ce soit en termes de délais ou d'identité des personnes habilitées à contester la filiation juridique) à la contestation de la filiation juridique peuvent être de l'avis que, dans certaines situations (par ex. au-delà d'un certain âge de l'enfant ou si une personne a agi en tant que parent juridique de l'enfant pendant de nombreuses années), il est dans l'intérêt supérieur de l'enfant que la sécurité juridique quant à son statut prévale sur la réalité biologique¹⁴⁹. D'autres États peuvent être de l'avis que la filiation est une question factuelle qui peut toujours être contestée et, en termes de conceptions du bien-être de l'enfant, qu'il est généralement dans l'intérêt de l'enfant que celui-ci connaisse la « vérité » au sujet de sa filiation.

32. Par exemple, pour ce qui est des personnes habilitées à introduire une action en contestation de la filiation juridique, les réponses au Questionnaire témoignent d'une multitude d'approches différentes. Dans certains États, seuls les individus considérés comme les parents légaux et / ou l'enfant¹⁵⁰ peuvent introduire une action en contestation de la filiation juridique¹⁵¹. Dans d'autres États, toute personne revendiquant la qualité de parent juridique peut également introduire une telle action¹⁵², même si, dans certains États, des critères supplémentaires s'appliquent à cette catégorie de demandeurs (par ex., dans un État, le demandeur doit solliciter l'établissement de sa filiation juridique)¹⁵³. Toutefois, dans certains de ces États, les personnes habilitées à contester la filiation juridique et les conditions y afférentes ne sont pas les mêmes si c'est la maternité ou la paternité juridique qui est contestée ; elles diffèrent également en fonction de la méthode utilisée pour établir la filiation juridique et du contexte dans lequel la filiation juridique est contestée¹⁵⁴. Par exemple, dans plusieurs États, les personnes habilitées à contester la paternité juridique ne sont pas les mêmes selon que la

¹⁴⁷ Par ex. l'Australie (Nouvelle-Galles du Sud), le Canada, les Philippines, le Portugal et la République tchèque.

¹⁴⁸ Deux territoires ont déclaré que, dans certaines circonstances, les autorités de l'état civil pouvaient elles aussi trancher ces différends (Australie (Queensland) et Allemagne).

¹⁴⁹ Concernant l'approche de la CrEDH à cet égard, voir par ex. l'affaire *Ahrens c. Allemagne* (requête No 45071/09, 22 mars 2012), évoquée plus amplement, *infra*, dans la note 157.

¹⁵⁰ Et généralement le représentant légal de l'enfant si celui-ci n'a pas atteint la majorité. Il convient de noter que dans le cas où des personnes autres que l'enfant introduisent une action, la participation de l'enfant doit être envisagée au vu de l'art. 12 de la CNUDE.

¹⁵¹ Par ex. au Brésil (sauf si la fausseté ou le caractère erroné de l'acte est prouvé), au Danemark (mais la qualité de la personne pouvant introduire l'action dépendra des faits et différents critères peuvent être applicables), en Finlande, en Hongrie, aux Pays-Bas (seule la paternité peut être contestée), aux Philippines, en Pologne, au Portugal, en Roumanie, en Serbie, en Slovaquie et en Turquie.

¹⁵² Par ex. dans les États suivants : Australie (Nouvelle-Galles du Sud, Victoria), Canada (Alberta), Fédération de Russie, Guatemala, Lituanie, Maurice, Monaco, Philippines, Portugal, République tchèque (ainsi que le procureur / juge), Roumanie, Serbie.

¹⁵³ Par ex. en Croatie (mais une personne affirmant être le parent juridique d'un enfant ne peut contester la paternité ou la maternité juridique que si elle cherche à faire établir sa propre paternité ou maternité).

¹⁵⁴ Par ex., en Allemagne, Suisse et Suède, la personne habilitée à contester la paternité juridique ne sera pas la même selon que celle-ci découle d'une présomption ou d'une reconnaissance (en général, la catégorie de personnes pouvant contester une reconnaissance est plus large) ; en Espagne, cela dépendra du caractère « matrimonial » ou non de la filiation (et, dans cette catégorie, selon qu'il s'agisse de la paternité ou de la maternité) ; Madagascar prévoit une règle distincte pour la paternité découlant d'une présomption ; en Hongrie et en Norvège, la personne habilitée à contester la filiation juridique ne sera pas la même selon qu'il s'agit de contester la paternité ou la maternité ; en Croatie et au Chili, des règles statutaires différentes s'appliquent à chaque catégorie de demandeurs ; au Canada (Québec) et en Roumanie, toutes les personnes intéressées, à tout moment, peuvent contester la filiation dès lors que la « possession d'état » ne correspond pas à l'acte de naissance, tandis que seules des catégories précises de personnes, dans des délais précis, peuvent contester la présomption de paternité.

paternité a été établie en premier lieu par présomption légale ou par reconnaissance volontaire¹⁵⁵. Par ailleurs, dans certains États (souvent ceux de tradition civiliste), il peut être impossible de contester la filiation juridique dans les cas où la personne dont la filiation juridique est contestée a une « possession d'état » de parent à l'égard de l'enfant. Il s'agit d'un concept juridique qui est habituellement défini dans le code civil des États concernés ; en général, il fait intervenir la personne qui agit et se comporte comme le parent de l'enfant¹⁵⁶. Dans un État, il existe un concept similaire au titre duquel un homme qui affirme être le père génétique d'un enfant ne peut contester la paternité juridique déjà établie qu'en l'absence de « lien familial et social » entre l'enfant et le père juridique existant¹⁵⁷.

33. Dans d'autres États, au contraire, toute personne à laquelle un tribunal reconnaît un « intérêt suffisant » peut introduire une action en contestation de la filiation juridique¹⁵⁸ ; dans une minorité d'États, n'importe qui peut contester la filiation juridique d'un enfant¹⁵⁹. Dans certains États, il est également possible à des tiers tels que l'officier d'état civil, le *Public Trustee*, le ministère public ou un exécuteur testamentaire / administrateur successoral de solliciter une décision relative à la filiation juridique¹⁶⁰.

34. Pour ce qui est des délais de prescription au-delà desquels une action ne peut plus être introduite, les réponses au Questionnaire révèlent qu'il n'en existe pas dans tous les États¹⁶¹. Dans ceux où des délais de prescription s'appliquent, le délai précis varie souvent en fonction de la personne qui conteste la filiation juridique et des circonstances dans lesquelles elle la conteste. Par exemple, plusieurs États prévoient des délais précis (souvent plus courts) pour ce qui est des demandes des pères présumés visant à réfuter la présomption *pater est*¹⁶². En outre, les délais de prescription varient considérablement entre États, allant de six mois à 30 ans¹⁶³, souvent à compter de la date de naissance de l'enfant et / ou à compter de la date à laquelle le demandeur a découvert les faits révélant qu'il est peut-être ou, au contraire, n'est peut-être pas le parent juridique de l'enfant, si cette date est ultérieure à la date de naissance de l'enfant. Toutefois, il existe dans un État un âge limite de l'enfant au-delà duquel la filiation juridique ne peut plus être contestée¹⁶⁴ ; comme indiqué plus haut, dans certains États et dans certaines circonstances, il se peut que la filiation juridique ne puisse pas du tout être contestée, et encore moins être soumise à un délai de prescription¹⁶⁵. Habituellement, le délai de prescription

¹⁵⁵ Par ex. en Croatie et en Finlande (et voir *supra*, note 154).

¹⁵⁶ Par ex. au Canada (Québec) et en Roumanie (voir *supra*, note 154).

¹⁵⁷ En Allemagne (en vertu de l'art. 1600 § 2 du Code civil, le père génétique a le droit de contester la paternité de l'homme qui est le père juridique de l'enfant seulement en l'absence de « lien social et familial » entre le père juridique et l'enfant). Dans l'affaire *Ahrens c. Allemagne* (voir *supra*, note 149), il a été affirmé que l'application de cette disposition par le tribunal allemand, faisant qu'un père génétique n'avait pas la possibilité de contester la paternité juridique d'un autre homme, violait son droit au respect de sa vie de famille et constituait une discrimination à son encontre. En établissant que la décision de permettre à un père génétique de contester la paternité juridique relevait de la marge d'appréciation de l'État, la CrEDH a fait référence à « l'absence de consensus entre États membres à cet égard » (para. 75) (traduction du Bureau Permanent).

¹⁵⁸ En général, seule une catégorie précise de personnes (par ex. les parents légaux au moment concerné et l'enfant) peut introduire l'action sans avoir à obtenir une autorisation du tribunal ; toutes les autres personnes devront obtenir cette autorisation après avoir démontré avoir un intérêt suffisant à cet égard. Des approches similaires à celle-ci ont été adoptées notamment dans les États suivants : Australie (Nouvelle-Galles du Sud, Queensland, Australie-Méridionale), Canada (Manitoba, Québec), Chili, El Salvador, Irlande, Japon, Mexique, Nouvelle-Zélande et Roumanie. La notion d'« intérêt suffisant » peut être formulée différemment dans ces États (par ex. : personne « concernée par le résultat », personne ayant un « intérêt moral ou financier », etc.).

¹⁵⁹ Canada (Colombie-Britannique, Territoires du Nord-Ouest) et Israël.

¹⁶⁰ Par ex. en Australie (Nouvelle-Galles du Sud), en Pologne et en République tchèque (depuis le 1^{er} janvier 2014, c'est le tribunal plutôt que le ministère public).

¹⁶¹ Les États qui appliquent des délais de prescription sous une forme ou une autre à certaines contestations formées par certaines catégories de personnes (mais pas toutes) sont entre autres les suivants : Allemagne, Australie (Tasmanie), Belgique, Canada (Québec), Chili, Croatie, Danemark, El Salvador, Espagne, Finlande, Hongrie, Japon, Lettonie, Lituanie, Madagascar, Monaco, Norvège, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas, Pologne, Portugal, République tchèque, Roumanie, Slovaquie, Suisse, Uruguay. Les États qui ne prévoient pas de délais de prescription sont entre autres les suivants : Australie (Nouvelle-Galles du Sud, Victoria, Queensland, Australie-Méridionale), Brésil, Canada (Alberta, Colombie-Britannique, Territoires du Nord-Ouest), Guatemala, Irlande, Israël, Mexique, Nouvelle-Zélande, Philippines, République dominicaine, Royaume-Uni et Turquie.

¹⁶² Par ex. au Canada (Québec), cette demande ne peut être déposée que dans l'année suivant la date à laquelle la présomption de paternité prend effet, sauf si l'homme n'a pas eu connaissance de la naissance, auquel cas le délai de prescription court à compter de la date à laquelle il en a eu connaissance. La mère peut contester la paternité du mari pendant un an à compter de la date de naissance.

¹⁶³ Le Canada (Québec) prévoit un délai de prescription de 30 ans, sauf dans le cas d'un père présumé, qui ne peut contester sa paternité que dans un délai d'un an (*ibid.*).

¹⁶⁴ En République tchèque, par ex.

¹⁶⁵ Par ex., dans certains États, quand un parent juridique a une « possession d'état » à l'égard d'un enfant.

applicable à un enfant demandeur ne commence à courir qu'une fois que celui-ci a atteint la majorité. Dans certains États, dès lors que le demandeur peut fournir un motif valable à cet égard, il n'est plus soumis aux délais de prescription¹⁶⁶.

35. Entre États, les approches des *motifs* pour lesquels la filiation juridique peut être contestée (à condition que les conditions d'identité et de délais aient été respectées) présentent davantage de similitudes. S'agissant de la maternité juridique établie en-dehors du cadre de la PMA, de la maternité de substitution ou de l'adoption, dans la grande majorité des États, le seul motif permettant de contester la maternité juridique repose sur le fait que la femme enregistrée en qualité de mère juridique n'a pas, de fait, donné naissance à l'enfant (c.-à-d. que l'enregistrement de la naissance est factuellement erroné)¹⁶⁷. Dans certains États où la maternité juridique ne résulte pas de la loi mais du fait de l'acte de naissance, le motif de contestation est différent, en ce que la maternité peut être contestée si la « possession d'état » ne correspond pas aux mentions figurant sur l'acte de naissance¹⁶⁸. Toutefois, plusieurs États ont indiqué que la possibilité de contester la maternité juridique n'est pas du tout prévue par la loi, puisque, comme le veut la maxime, le postulat est que la mère sera toujours connue du fait de l'accouchement¹⁶⁹. S'agissant de la paternité juridique établie en-dehors du cadre de la PMA, de la maternité de substitution ou de l'adoption, dans la grande majorité des États, s'il est possible, pour un demandeur, d'introduire une action en contestation (à condition que les conditions d'identité et de délais aient été respectées), le seul motif permettant de contester la paternité juridique est que l'homme n'est de fait pas le père génétique de l'enfant. Par conséquent, en-dehors du cadre de la PMA, de la maternité de substitution ou de l'adoption, le lien génétique reste le fondement de la filiation juridique¹⁷⁰. Cependant, dans certains États, comme l'indiquent les restrictions applicables aux catégories de personnes habilitées à contester la filiation juridique et les délais de prescription susmentionnés, les législateurs ont décidé de fixer des limites au-delà desquelles même la génétique ne suffit pas à renverser un statut juridique existant (ces limites sont souvent liées, comme indiqué plus haut, à des considérations relatives au bien-être de l'enfant et à un besoin de certitude pour ce dernier)¹⁷¹.

36. En ce qui concerne la comaternité ou la paternité juridique établie à la suite d'un traitement de PMA, quand celle-ci est possible dans l'État en question, la plupart des États ont répondu que la mère n'ayant pas accouché ou le père bénéficiant de la qualité de parent juridique (généralement en vertu de la législation en matière de PMA) ne peut contester son lien de filiation juridique que s'il (elle) n'a pas donné son consentement au traitement de PMA, généralement à la date de la conception (ou a retiré son consentement avant la conception). Dans les États où il est possible d'obtenir des décisions de filiation à la suite d'une convention de maternité de substitution, la loi peut prévoir des motifs précis permettant de contester ces décisions par la suite. Par exemple, en Australie (Tasmanie), toute personne intéressée peut demander l'annulation d'une décision de filiation pour divers motifs, notamment si la décision a été obtenue frauduleusement, sous la contrainte ou par tout autre moyen irrégulier, ou si les consentements ont été donnés moyennant rétribution, ou encore pour un motif exceptionnel. Dans ces nouveaux contextes, par conséquent, on peut dire que le consentement et, à certains égards, l'intention de devenir parent ont remplacé la génétique en tant que fondement de l'établissement de la filiation juridique, généralement en conjonction, toutefois, avec des considérations d'ordre politique qui tranchent, entre autres, la question *a priori* de savoir qui est autorisé, par la loi de l'État, à donner son consentement ou à avoir l'intention de devenir le parent juridique d'un enfant.

37. Dans la majorité écrasante des États, la décision du tribunal faisant suite à une contestation de filiation juridique est opposable *erga omnes* (c.-à-d., à toutes les personnes, à toutes fins). Toutefois, quelques États ont indiqué que, dans le contexte d'affaires concernant des obligations alimentaires envers des enfants, le tribunal peut prononcer une décision de

¹⁶⁶ En République tchèque, par ex., le tribunal peut accorder une sorte de délai de grâce malgré l'expiration du délai de prescription. En Pologne, aucun délai de prescription ne s'applique aux actions engagées par le ministère public.

¹⁶⁷ Dans le contexte européen, ceci correspond, par ex., aux Principes adoptés par le Conseil de l'Europe dans son Livre blanc de 2004 (voir *supra*, note 36).

¹⁶⁸ Canada (Québec).

¹⁶⁹ Par ex. l'Allemagne, la Finlande, la Lettonie et la Suède.

¹⁷⁰ Puisque, hors du contexte de l'adoption / de la PMA / de la maternité de substitution, une femme qui accouche sera toujours la mère génétique de l'enfant né.

¹⁷¹ C.-à-d. que dans ces cas, le tribunal peut refuser d'admettre des tests ADN (voir également, *supra*, note 149 concernant la jurisprudence de la CrEDH à cet égard).

filiation juridique exécutoire uniquement aux fins de la procédure en question¹⁷². Deux États ont également précisé que si la maternité ou paternité juridique a été établie par un tribunal, elle ne peut plus être contestée¹⁷³. Dans un État, il a été déclaré que la décision du tribunal n'est contraignante que si le procureur général a été appelé en cause¹⁷⁴. S'agissant de l'acte de naissance de l'enfant, dans la majorité des États, il a été déclaré que si la contestation de la filiation juridique a abouti, l'ancien acte sera conservé mais mis à jour, faisant qu'un nouvel acte de naissance sera délivré à l'enfant (et les anciens détruits). Dans la plupart des États, seules certaines personnes précises pourront consulter l'ancien acte sur demande. Dans une minorité d'États, l'ancien acte est définitivement détruit¹⁷⁵.

(f) Acquisition de la nationalité par les enfants¹⁷⁶

38. Il a été rapporté que le principe du droit du sol (*ius soli*)¹⁷⁷ — qui veut qu'un enfant puisse acquérir la nationalité d'un État de plein droit s'il est né sur le territoire de cet État — s'applique dans 15 des États qui ont répondu au Questionnaire¹⁷⁸. Toutefois, dans certains de ces États, le principe du droit du sol n'est pas appliqué au sens strict, puisque des critères supplémentaires à la naissance de l'enfant sur le territoire peuvent devoir être remplis pour que l'enfant acquière la nationalité : par exemple, des exigences en matière de résidence ou de lieu de naissance des parents doivent parfois être satisfaites par les enfants nés sur le territoire de parents *non* ressortissants¹⁷⁹. Cependant, on discerne une tendance dans certains États où le principe du droit du sol est étendu pour permettre aux enfants¹⁸⁰ nés sur leur territoire de parents *non* ressortissants d'acquérir la nationalité après la naissance, souvent une fois que l'enfant a atteint un certain âge et / ou satisfait certaines exigences en matière de résidence¹⁸¹.

39. Le principe du droit du sang (*ius sanguinis*) — qui veut qu'un enfant acquière la nationalité par filiation de son (ses) parent(s) — soulève deux questions dans le contexte de la discussion sur le statut juridique des enfants :

(1) La nationalité par filiation est-elle transmise par le (les) parent(s) génétique(s) et / ou par le(s) parent(s) juridique(s) (si ce ne sont pas les mêmes) ?

(2) S'il s'agit des parents *juridiques* de l'enfant, quelle est la loi appliquée pour déterminer l'identité du (des) parent(s) juridique(s) si la situation présente des éléments d'extranéité ?

Comme l'indique un récent rapport de l'Observatoire européen de la Citoyenneté (EUDO), « [m]ême si certaines questions problématiques de 'filiation' remontent aux origines de l'humanité, par exemple celles concernant les enfants nés hors mariage [...], d'autres ne sont devenues que récemment des problèmes de droit de la nationalité. En particulier, les techniques de procréation médicalement assistée contraignent les États à redéfinir la notion de filiation et

¹⁷² Par ex. le Canada (Alberta, Colombie-Britannique).

¹⁷³ Croatie et Espagne.

¹⁷⁴ Irlande.

¹⁷⁵ Par ex. dans les États suivants : Brésil, Hongrie, Lituanie, Madagascar, Mexique, Pays-Bas, Roumanie, Serbie et Turquie.

¹⁷⁶ Cette section ne traite pas de l'acquisition de la nationalité par les enfants adoptés (que ce soit dans le cadre d'une adoption nationale ou internationale). Elle n'aborde pas non plus en détail les questions qui se posent pour les enfants ayant plusieurs nationalités.

¹⁷⁷ Dans un contexte européen, il a été déclaré que le principe du droit du sol était une tradition britannique qui n'était pas connue sur le continent, mais qu'elle s'y est progressivement répandue, principalement dans les pays d'Europe de l'Ouest et du Sud : voir le rapport de l'Observatoire européen de la Citoyenneté (EUDO), « *Birthright Citizenship: Trends and Regulations in Europe* », par M. P. Vink et G-R. de Groot (novembre 2010), disponible en anglais uniquement à l'adresse < www.eudo-citizenship.eu > (ci-après, « rapport EUDO »).

¹⁷⁸ Allemagne, Australie, Brésil, Canada, Chili, El Salvador, États-Unis d'Amérique, Guatemala, Hongrie, Maurice, Mexique, Nouvelle-Zélande, Portugal, Slovaquie, Uruguay. Il convient également de noter que certains de ces États (par ex. le Canada) ne permettent pas à un enfant d'acquérir la nationalité à ce titre si ses parents sont des diplomates étrangers ou leurs salariés ou des personnes bénéficiant d'une immunité diplomatique, conformément aux *Protocoles de signature facultative de 1961 et de 1963 à la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, concernant l'acquisition de la nationalité*. En outre, dans le cadre d'une enquête suédoise sur la citoyenneté, des propositions de modification de la loi sur la citoyenneté suédoise ont été faites en avril 2013, concernant entre autres des projets de dispositions concernant l'acquisition de la nationalité de plein droit, sous réserve de certaines conditions, par les enfants nés en Suède (droit du sol).

¹⁷⁹ Ce qui est par ex. le cas en Australie (où un enfant doit être né de ressortissants australiens ou de résidents permanents) et, selon le rapport EUDO, en Allemagne, en Irlande, au Portugal et au Royaume-Uni.

¹⁸⁰ Ou aux adultes, si la règle s'applique après la majorité.

¹⁸¹ Par ex. en Australie : si l'enfant est né en Australie mais de parents qui ne sont ni ressortissants ni résidents permanents, l'enfant peut acquérir la nationalité australienne à son dixième anniversaire s'il a résidé habituellement en Australie pendant ses 10 premières années de vie.

à déterminer dans quelle mesure la nationalité peut être transmise par le biais de liens du sang 'artificiels' »¹⁸².

Nationalité par filiation : transmission par les parents génétiques ou par les parents légaux ?

40. En réponse à la première question, 31 États ont répondu qu'un enfant pouvait acquérir la nationalité de l'État *par filiation* si l'un des deux ou les deux parents *légaux* de l'enfant était(ent) ressortissant(s) de cet État¹⁸³. Par contre, dans sept États, la nationalité par filiation s'acquiert si l'un des deux ou les deux parents *génétiques* de l'enfant est (sont) ressortissant(s) de l'État en question¹⁸⁴. Toutefois, il convient de noter que dans l'un ou l'autre cas, dans certains de ces États, si un enfant est né à l'étranger, et / ou si seulement *un* des « parents » de l'enfant est ressortissant de l'État, et / ou si l'enfant est né hors mariage, il se peut que des critères supplémentaires doivent être remplis pour que l'enfant acquière la nationalité par filiation¹⁸⁵. Par ailleurs, certains États ont limité l'application du principe du droit du sang à la première génération d'enfants nés à l'étranger. Dans certains États, il est possible d'éviter les restrictions applicables à l'acquisition de la nationalité par filiation en enregistrant l'enfant auprès des autorités nationales dans un délai prescrit¹⁸⁶.

41. Cependant, la réponse d'un État sur ce point met en lumière une question qui peut également constituer une difficulté pour d'autres États : la législation sur la nationalité ne précise pas si le terme « parent » doit être interprété comme désignant le(s) parent(s) génétique(s) ou juridique(s) de l'enfant. Il a été rapporté que, dans cet État, même si l'intention politique de la législation était que la nationalité se transmette par filiation de fait de l'existence d'un lien *génétique* avec un parent ressortissant de l'État, selon l'interprétation qu'en ont faite les tribunaux, le lien génétique n'est pas obligatoire et la filiation *juridique* suffit à ce que la nationalité soit transmise¹⁸⁷. Dans un autre État où la filiation juridique suffit pour que le droit du sang s'applique, les effets de cette approche se constatent en ce qu'un enfant né d'un couple de femmes à la suite d'une insémination artificielle acquerra la nationalité de l'État même si la mère de naissance n'en est pas ressortissante, à condition que sa concubine, qui ne présente donc pas de lien génétique avec l'enfant mais qui, elle, est ressortissante de l'État, ait établi son lien de filiation *juridique* avec l'enfant (par reconnaissance volontaire ou par décision de justice)¹⁸⁸. Dans un autre État¹⁸⁹, la nationalité par filiation est acquise de plein droit si l'un ou l'autre des parents *génétiques* de l'enfant est ressortissant de l'État, *à condition qu'il soit également son parent juridique*¹⁹⁰.

42. Il est également intéressant de noter que des modifications visant à permettre aux pères non mariés de transmettre leur nationalité à leurs enfants en vertu du droit du sang ont été apportées au cours des deux dernières décennies dans plusieurs États, apparemment sur la base de l'établissement de la filiation juridique de l'homme¹⁹¹. Aujourd'hui, si la filiation

¹⁸² Voir le rapport EUDO, p. 7 (*op. cit.* note 177) (traduction du Bureau Permanent).

¹⁸³ Dans de nombreux États qui appliquent le principe de droit du sol, cela est un mode supplémentaire d'acquisition de la nationalité.

¹⁸⁴ Croatie, Israël, Mexique, Pologne, République dominicaine, Slovaquie, Uruguay (jusqu'à preuve du contraire, le lien génétique est présumé au titre de la filiation juridique).

¹⁸⁵ Par ex. en Lettonie, si seulement l'un des parents est ressortissant de l'État, l'enfant doit aussi être né sur le territoire de l'État ou bien les parents doivent y avoir leur résidence permanente pour que la nationalité soit acquise par filiation. Dans certains États (par ex. en Finlande, en Suède et au Danemark), si un père juridique non marié est le seul parent juridique ressortissant de l'État (c.-à-d. que la mère est d'une autre nationalité) et que l'enfant n'est pas né sur le territoire de l'État, l'enfant n'acquerra pas de plein droit la nationalité de l'État à la naissance (il pourra éventuellement l'acquérir à un autre titre par la suite, par ex., en Finlande et en Suède, sur déclaration du père ressortissant). Voir le rapport EUDO (*op. cit.* note 177) qui mentionne les exigences supplémentaires qu'imposent plusieurs États d'Europe concernant l'acquisition de la nationalité par filiation dans le cas où un enfant est né à l'étranger ou hors mariage.

¹⁸⁶ En règle générale, la nationalité sera acquise *ex lege* (c.-à-d. de plein droit), mais dans ce cas, l'enregistrement est obligatoire. En Belgique, par ex., si un enfant est né à l'étranger, trois autres conditions doivent être remplies pour que l'enfant acquière la nationalité belge : entre autres, le parent belge doit faire enregistrer l'enfant en tant que ressortissant belge dans les cinq ans suivant sa naissance (informations tirées du rapport EUDO (*op. cit.* note 177)).

¹⁸⁷ Australie.

¹⁸⁸ Suède : depuis 2005 (informations tirées du rapport EUDO (*op. cit.* note 177)).

¹⁸⁹ Canada (voir la loi sur l'immigration et la protection des réfugiés).

¹⁹⁰ Cependant, cela ne vaut que pour la première génération née à l'étranger.

¹⁹¹ Informations tirées du rapport EUDO (*op. cit.* note 177), p. 12 : parmi ces États, citons le Luxembourg (1987), l'Allemagne (1993), l'Islande (1998), le Danemark (1999), la Suède (2001), le Royaume-Uni (2002), la Finlande

juridique d'un père non marié est établie par voie de reconnaissance (y compris, par conséquent, dans de nombreux États, par enregistrement du père à la naissance), par décision de justice ou par légitimation (c.-à-d. du fait de son mariage avec la mère de l'enfant après la naissance de celui-ci), dans de nombreux États, cela permettra à l'enfant d'acquérir de plein droit la nationalité de son père juridique par filiation (sous réserve, dans de nombreux États, que l'établissement de la filiation juridique ait eu lieu avant que l'enfant n'atteigne la majorité)¹⁹².

Quelle est la loi applicable pour déterminer la filiation juridique aux fins de l'acquisition de la nationalité¹⁹³ ?

43. Pour ce qui est de la deuxième question concernant la loi applicable pour trancher la question de savoir qui est (sont) le(s) parent(s) juridique(s) de l'enfant si la filiation juridique est le fondement permettant d'acquérir la nationalité par filiation, dans de nombreux États, il s'avère que la question de la filiation juridique de l'enfant est tranchée selon le droit interne de l'État (c.-à-d. le droit du for), même si la situation présente des éléments d'extranéité. Toutefois, cela n'apparaît pas toujours clairement des réponses des États¹⁹⁴ et, dans certains États, il a été déclaré que les règles de droit international privé de l'État s'appliqueraient pour déterminer quelle était la loi applicable¹⁹⁵. Dans l'État où des liens à la fois génétiques et juridiques sont requis¹⁹⁶, la filiation juridique établie à l'étranger (sur présentation d'un acte de naissance étranger ou d'une décision de justice émanant de l'État de naissance) satisfera l'exigence de lien juridique mais des tests ADN seront nécessaires si le lien génétique fait l'objet d'un doute. En l'absence de lien génétique, l'enfant pourra tout de même acquérir la nationalité par filiation si son parent juridique (là encore, établi sur présentation de documents étrangers) est ressortissant de l'État et si l'enfant peut être parrainé afin d'entrer sur le territoire de l'État en tant que « résident permanent ». Ceci est possible quand l'enfant est né à la suite d'une PMA, de la personne faisant la demande ou de son conjoint, de son conjoint de fait en vertu de la *common law* ou de son concubin. Toutefois, cette exigence exclut de cette deuxième catégorie les enfants nés à la suite de conventions de maternité de substitution¹⁹⁷.

44. Enfin, la législation de nombreux États contient des dispositions spécifiques concernant l'acquisition de la nationalité par les enfants adoptés (que ce soit au titre d'une adoption nationale ou internationale)¹⁹⁸, les enfants trouvés¹⁹⁹ et les enfants qui seraient autrement apatrides²⁰⁰. Dans certains États, l'acquisition de la nationalité dans le cas où l'enfant se

(2003), la Norvège (2006) et les Pays-Bas (2009). Ceci est conforme à la *Convention européenne de 1997 sur la nationalité* (art. 6) ; à ce sujet, voir *infra*, **partie A, section 2**.

¹⁹² Dans certains États, l'acquisition de la nationalité sera également soumise au consentement de l'enfant et / ou de son représentant légal, si l'enfant a atteint un âge précis.

¹⁹³ Bien qu'il s'agisse d'une question de droit international privé, ce point est traité dans cette partie pour regrouper les questions relatives à la nationalité.

¹⁹⁴ Étant donné que de nombreux États ont parlé de l'application de leur droit sans préciser s'il s'agissait du droit interne ou du droit international privé.

¹⁹⁵ Par ex. en Allemagne, en Lituanie et aux Pays-Bas.

¹⁹⁶ Voir *supra*, para. 41.

¹⁹⁷ Voir l'affaire *Kandola c. Canada (Citoyenneté et Immigration)* 2013 FC 336, en instance devant la Cour d'appel fédérale, qui souligne ce problème dans le contexte d'une convention de maternité de substitution internationale conclue en Inde, dans laquelle l'enfant ne présente pas de lien génétique avec aucun de ses deux parents d'intention (dont l'un est Canadien). Il existe une autre catégorie pour laquelle les autorités peuvent permettre à l'enfant d'entrer sur le territoire de l'État par le biais d'une procédure d'immigration discrétionnaire pour y déposer une demande de résidence permanente pour raisons humanitaires et, une fois la résidence permanente obtenue, de demander à être nationalisé. Le gouverneur en conseil peut également ordonner au ministre d'accorder la nationalité à une personne pour remédier à des situations particulières et inhabituelles de détresse : une demande de nationalité pour ces motifs, faisant suite à une convention de maternité de substitution, est en cours.

¹⁹⁸ Pour ce qui est de l'acquisition de la nationalité par des enfants suite à une adoption *internationale*, voir les Conclusions et Recommandations adoptées par la Commission spéciale de 2010 sur le fonctionnement pratique de la Convention de La Haye de 1993 sur l'adoption internationale (17-25 juin 2010), para. 19 (disponible sur l'Espace Adoption du site web de la Conférence de La Haye).

¹⁹⁹ Voir la *Convention européenne de 1997 sur la nationalité*, dont l'art. 6(1) b) dispose qu'un nouveau-né trouvé sur le territoire d'un État doit acquérir la nationalité de cet État, enfant qui, autrement, serait apatride. La formulation de cette disposition est reprise de la *Convention de 1961 des Nations Unies sur la réduction des cas d'apatridie* (art. 1^{er}). La nationalité acquise par un enfant trouvé peut être perdue dans certains États dans certaines conditions (dont certaines peuvent être contraires aux principes de la Convention européenne) : voir en outre le rapport EUDO (*op. cit.* note 177).

²⁰⁰ Conformément aux principes du droit international : par ex., l'art. 15(1) de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, qui dispose que tout individu a droit à une nationalité, ou encore l'art. premier de la *Convention de 1961 des Nations Unies sur la réduction des cas d'apatridie*, qui énonce des règles visant à éviter l'apatridie.

retrouverait autrement apatride peut toutefois être soumise à la condition préalable qu'il soit né sur le territoire de l'État en question²⁰¹.

45. Les approches des États concernant l'acquisition de la nationalité par les enfants prouvent que, dans de nombreux États, les lois sur la nationalité n'ont pas encore « rattrapé » les développements scientifiques et, dans certains cas, les lois en matière familiale relatives à l'établissement et à la contestation de la filiation juridique. Par conséquent, la législation sur la nationalité part souvent du principe que le parent génétique et juridique d'un enfant est une seule et même personne, ce qui cause des difficultés quand cela n'est pas le cas. En outre, dans certains États, si la filiation juridique est déterminante pour acquérir la nationalité par filiation et qu'un dossier présente des liens avec l'étranger, il n'est pas forcément évident de savoir quelle est la loi applicable pour déterminer qui est (sont) le(s) parent(s) juridique(s) de l'enfant. Autre problème potentiel, même si la législation sur la nationalité précise clairement qui est considéré être un « parent » à *des fins de nationalité*, cette définition ne coïncide pas toujours avec les règles relatives à l'établissement de la filiation juridique en droit de la famille, faisant qu'il peut se produire qu'un enfant ait un parent juridique selon la loi de l'État en question, mais que ce parent ne puisse pas lui transmettre sa nationalité, ou vice versa. Bien entendu, cela peut également se produire dans les États qui exigent l'existence d'un lien génétique pour que l'enfant acquière la nationalité d'un parent par filiation. Certaines de ces questions, en particulier dans le contexte de la PMA, ont déjà été abordées dans des travaux régionaux sur la nationalité, comme évoqué, *infra*, dans la **partie A, section 2**.

(g) Développements juridiques

46. Les réponses des États au Questionnaire No 1 révèlent que les lois internes en matière de filiation juridique évoluent encore considérablement, en particulier pour ce qui est des lois relatives à l'établissement et à la contestation de la *paternité* juridique (souvent hors mariage), à la PMA, aux conventions de maternité de substitution et aux parents de même sexe, ainsi que leurs conséquences juridiques (par ex. sur la nationalité). Dans de nombreux États, la loi s'efforce de rattraper la réalité sociale en mouvement. Par exemple, ces dernières années, des développements dans la législation, la jurisprudence et / ou les lignes directrices émanant des pouvoirs publics ont été signalés dans ces domaines et d'autres domaines connexes dans les réponses des États au Questionnaire No 1 par les États suivants : Allemagne²⁰², Australie (au niveau fédéral²⁰³ et en Nouvelle-Galles du Sud²⁰⁴, Victoria²⁰⁵, Queensland²⁰⁶, Australie

²⁰¹ Conformément à la *Convention européenne de 1997 sur la nationalité* (*ibid.*, art. 6(1) b)).

²⁰² Dans une décision en date du 15 juillet 2013, la Cour fédérale de justice a arrêté qu'un donneur de sperme (père génétique) pouvait, dans certaines circonstances, contester la paternité juridique d'un autre homme, puisque les rapports sexuels n'interdisent pas de contester la paternité découlant d'un don de sperme.

²⁰³ La *Family Law Act 1975* (loi de 1975 sur le droit de la famille) a été modifiée en 2008.

²⁰⁴ Législation sur la PMA promulguée en 2007 (entrée en vigueur (ci-après, « EEV ») : 2010), actuellement en cours de révision ; *Surrogacy Act 2010* (loi de 2010 sur la maternité de substitution) (EEV : mars 2011), révision prévue après novembre 2013 ; modifications de la *Births, Deaths and Marriages Registration Act 1995* (loi de 1995 sur l'enregistrement des naissances, décès et mariages), notamment pour permettre aux couples de même sexe d'être enregistrés en tant que parents d'un enfant ; enquêtes du gouvernement concernant la consignation des coordonnées du donneur sur le registre des naissances et la gestion des informations relatives à la conception faisant appel à des donneurs.

²⁰⁵ *ART Act* (loi sur la PMA) opérationnelle en 2010 : depuis, les femmes célibataires et les couples de même sexe ont accès à la PMA.

²⁰⁶ *Surrogacy Act 2010* (loi de 2010 sur la maternité de substitution). La révision de la *Births, Deaths and Marriages Registration Act 2003* (loi de 2003 sur l'enregistrement des naissances, décès et mariages) a reçu le feu vert.

Méridionale²⁰⁷, Tasmanie²⁰⁸), Canada²⁰⁹ (au niveau fédéral²¹⁰ et en Alberta²¹¹, Colombie-Britannique²¹², Territoires du Nord-Ouest²¹³), Croatie²¹⁴, Danemark²¹⁵, Espagne²¹⁶, Guatemala²¹⁷, Israël²¹⁸, Lettonie²¹⁹, Norvège²²⁰, Pologne²²¹, République tchèque²²², Royaume-Uni²²³. En outre, les États suivants ont déclaré qu'une législation en la matière était à l'étude

²⁰⁷ *Surrogacy Act 2009* (loi de 2009 sur la maternité de substitution), modifiée en 2012. Il a également été légiféré concernant la parentalité par des personnes de même sexe (*Family Relationships (Parentage) Amendments Act 2011* (loi modificative de 2011 relative aux relations familiales (parentalité))).

²⁰⁸ Introduction de la *Relationships Act 2009* (loi de 2009 sur les relations) et de la *Surrogacy Act 2012* (loi de 2012 sur la maternité de substitution).

²⁰⁹ En 2010, la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada a adopté la loi uniforme de 2010 sur le statut de l'enfant pour traiter du statut des enfants nés par PMA, y compris de la maternité de substitution, en recommandant que les provinces et territoires modifient leur législation en conséquence. À ce jour, l'Alberta et la Colombie-Britannique ont révisé leurs lois en conséquence.

²¹⁰ En 2012, le ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration a publié une politique (Bulletin opérationnel 381) précisant que l'acquisition de plein droit de la nationalité canadienne à la naissance des enfants nés à l'étranger au moyen de la maternité de substitution et / ou de la PMA nécessitait un lien génétique entre un parent ressortissant canadien et l'enfant.

²¹¹ *Family Law Act* (loi sur le droit de la famille) : les dispositions en matière de parentalité concernant la PMA ont été mises à jour et sont entrées en vigueur en 2011.

²¹² La loi relative à la filiation juridique a été modifiée en 2013, date de l'entrée en vigueur de la *Family Law Act* (loi sur le droit de la famille).

²¹³ Amendements de la *Vital Statistics Act* (loi sur les statistiques de l'état civil) et amendements ultérieurs de la *Children's Law Act* (loi sur le droit de l'enfance) en 2011 concernant la PMA.

²¹⁴ Une loi sur la PMA a été adoptée en juillet 2012.

²¹⁵ Des amendements ont été introduits en 2003 concernant la comaternité.

²¹⁶ Notamment des amendements de la loi sur la PMA (2011) et des règles de parentalité figurant dans le Code civil et dans les Règles de procédure civile (2009).

²¹⁷ Introduction d'une loi sur l'état civil.

²¹⁸ Une loi sur le don d'ovocytes a été introduite en 2010 ; les règles relatives à la FIV ont également été modifiées.

²¹⁹ Des modifications ont été apportées à la législation relative au droit des pères génétiques à contester les reconnaissances de paternité (ce qui était auparavant interdit). En outre, la loi sur la citoyenneté a été modifiée ; en 2012, la Lettonie a mis en place une prise en charge financière du traitement visant l'accroissement de la fertilité par l'État.

²²⁰ La loi sur la filiation en cas de maternité de substitution à caractère international a été interprétée et clarifiée par le ministère de l'Enfance, de l'Égalité et de l'Inclusion sociale (voir le développement figurant, *infra*, dans la **partie C, section 3**). En outre, une loi provisoire sur le transfert de la filiation juridique aux parents d'intention et un règlement provisoire sur la reconnaissance de la paternité établie en vertu d'une loi étrangère ont été adoptés. Ils s'appliquent aux enfants résidant en Norvège avec leurs parents d'intention mais dont la filiation juridique n'a pas été établie conformément au droit norvégien. Les demandes doivent être déposées avant le 1^{er} janvier 2014 et les nouvelles règles s'appliquent rétroactivement.

²²¹ En 2009, le Code de la famille et des tutelles a été modifié en profondeur. Entre autres modifications, la reconnaissance de la paternité doit désormais être liée à l'origine génétique de l'enfant et ne peut reposer uniquement sur la déclaration de l'homme ; la femme qui a donné naissance à l'enfant est la mère juridique ; la paternité ne peut être contestée si le mari de la mère a donné son consentement à la PMA. Il y a eu des tentatives d'encadrement de la PMA, mais aucune des propositions n'a remporté une adhésion suffisante. La procédure d'adoption d'une nouvelle loi concernant l'enregistrement des actes d'état civil est en cours (EEV prévue pour 2015).

²²² Les amendements législatifs suivants ont été adoptés (EEV : 2014) : nouveau Code civil, loi sur la citoyenneté de la République tchèque, amendement de la loi No 301/2000 sur les registres, noms et prénoms, loi No 373/2011 sur les services spécifiques de santé.

²²³ La *1990 Human Fertilisation and Embryology Act* (loi de 1990 sur la fécondation humaine et l'embryologie) a été modifiée en 2008 après révision et consultation publique.

ou en cours de mise en œuvre : Finlande²²⁴, Irlande²²⁵, Israël²²⁶, Lituanie²²⁷, Madagascar²²⁸, Maurice²²⁹, Mexique (au niveau fédéral)²³⁰, Nouvelle-Zélande²³¹, Pays-Bas²³², Philippines²³³, Portugal²³⁴, République dominicaine²³⁵, Roumanie²³⁶, Serbie²³⁷, Slovaquie²³⁸, Suède²³⁹, Suisse²⁴⁰ et Uruguay²⁴¹.

47. Alors que l'instabilité actuelle des lois internes peut être considérée comme une raison de ne pas faire progresser les travaux internationaux à ce stade, l'argument contraire peut être avancé de manière convaincante si tant est que ces travaux internationaux, au lieu de viser à harmoniser les lois internes, se concentrent sur le droit international privé. De fait, quand il est avéré que les lois internes n'évoluent pas uniformément au niveau mondial, on peut dire que les initiatives de droit international privé sont encore plus indispensables et urgentes, si l'on tient compte du rôle unique que le droit international privé peut jouer pour combler les écarts croissants entre États. Même s'il est important, pour faire avancer ces travaux, de bien comprendre les lois internes, la progression du droit international privé n'est donc pas soumise à la condition que le droit interne soit stable et constant.

²²⁴ Une réforme de la loi sur la paternité et une nouvelle loi sur la filiation sont en cours. En outre, la question des conventions de maternité de substitution a été étudiée à la lumière d'un avis de 2011 rendu par le Conseil consultatif national sur la protection sociale et l'éthique des soins de santé, selon lequel, dans certains cas isolés, la maternité de substitution pouvait constituer un traitement éthiquement acceptable de la stérilité. En juin 2013, le ministère de la Justice a fait une déclaration sur la maternité de substitution, indiquant que cette question nécessitait des études complémentaires ; le prochain gouvernement (2015-2019) devrait décider s'il convient de prendre des mesures à cet égard. En 2015, les couples finlandais envisageant une maternité de substitution à l'étranger devraient être mieux informés des risques associés à ce type de conventions.

²²⁵ Le ministère de la Justice et de l'Égalité prévoit de présenter des projets législatifs au gouvernement dans les mois à venir concernant le transfert de filiation en cas de PMA, y compris concernant la maternité de substitution.

²²⁶ En 2012, une commission publique a établi un rapport sur la nécessité de modifier la législation concernant la fécondation et la procréation en Israël. Ses recommandations sont en cours de mise en œuvre.

²²⁷ Si la procédure d'enregistrement des naissances a déjà été modifiée ces dernières années, tout comme la loi sur l'acquisition de la nationalité par un enfant, des projets de loi concernant la PMA et la maternité de substitution sont toujours à l'étude, aucun accord n'ayant encore été trouvé. Par ailleurs, le ministère de la Justice prépare un projet de loi modifiant et complétant les articles du Code civil, notamment concernant la filiation juridique des enfants nés de couples non mariés (voir en outre la réponse de la Lituanie à la question 39).

²²⁸ Le gouvernement a pris des initiatives pour modifier la loi concernant la nationalité et l'enregistrement des naissances.

²²⁹ Le Procureur général a demandé à la Commission de réforme législative d'étudier la question de la maternité de substitution et de la PMA.

²³⁰ Un projet de loi de l'Assemblée législative du District fédéral concernant la PMA est à l'étude.

²³¹ Le mariage entre personnes de même sexe a été introduit en 2013 (*Marriage (Definition of Marriage) Amendment Act* (loi modificative sur le mariage (définition du mariage)), ayant pour effet de permettre aux couples de même sexe d'adopter conjointement des enfants. Par ailleurs, l'ACART publiera de nouvelles lignes directrices sur la maternité de substitution après consultation du ministère de la Santé (les lignes directrices actuelles sont discriminatoires puisqu'elles ne permettent pas aux hommes célibataires et aux couples d'hommes de conclure des conventions de maternité de substitution).

²³² Un projet de loi à l'étude permettrait à la conjointe de la mère de naissance d'acquérir la filiation juridique sans avoir besoin d'adopter l'enfant.

²³³ Un projet de loi sur la maternité de substitution a été présenté au Congrès.

²³⁴ Le ministère de la Justice prépare une loi sur l'adoption conjointe par les couples de même sexe et le Parlement débat d'une loi qui permettrait la maternité de substitution dans certains cas précis (venant modifier la loi No 32/2006 du 26 juillet 2006).

²³⁵ Un projet de Code de la famille est en cours de préparation ; il traitera de ces questions.

²³⁶ Un projet de loi sur la PMA avec des tiers (ne traitant pas de la maternité de substitution) est débattu au Parlement. Il a été adopté par le Sénat et la Chambre des députés va prochainement en débattre.

²³⁷ Un projet de Code civil serbe est en cours d'élaboration ; le troisième volume, consacré aux relations familiales, comprend des règles sur la maternité de substitution.

²³⁸ En 2008, la Directive européenne sur les tissus et cellules (voir *supra*, note 66) a été mise en œuvre, mais d'autres initiatives concernant la PMA ont été annulées à cause des pressions exercées par certains lobbies. En 2014, un projet d'acte législatif sera préparé concernant les délais que doit respecter le mari de la mère de naissance pour contester la paternité.

²³⁹ En 2013, le gouvernement a lancé une enquête pour étudier comment étendre les possibilités permettant aux personnes stériles de devenir parents (un rapport est prévu en juin 2015). L'enquête suédoise sur la citoyenneté a fait des propositions de modification de la loi sur la citoyenneté suédoise en 2013 (voir *supra*, note 178).

²⁴⁰ Actuellement, des réformes sont envisagées concernant l'adoption conjointe pour les couples de même sexe, ainsi que des modifications concernant les diagnostics génétiques avant l'implantation (PMA) et le don d'ovocytes (initiative parlementaire). Le Parlement a également demandé au gouvernement de préparer un rapport sur les affaires de maternité de substitution à caractère international et la reconnaissance, en Suisse, de la filiation en résultant, et a donné un mandat général pour la présentation d'un rapport sur la « modernisation » du droit de la famille en Suisse, notamment concernant la filiation.

²⁴¹ Un projet de loi sur la PMA a été présenté à la Chambre des représentants.

2. Travaux fédéraux, régionaux et internationaux pertinents concernant l'établissement et la contestation de la filiation juridique et d'autres domaines connexes

48. Les lois internes des États concernant l'établissement et la contestation de la filiation juridique décrites ci-dessus peuvent être influencées par des initiatives fédérales, régionales ou internationales dans le cas où des travaux ont été entrepris à ces niveaux pour établir des principes communs et / ou tendre à une harmonisation du droit matériel. Par conséquent, il est intéressant d'étudier rapidement les éventuelles tendances recensées à ces niveaux concernant l'établissement et la contestation de la filiation juridique pour voir s'il existe des évolutions tendant à l'uniformisation et / ou si les expériences en la matière devraient influencer les travaux de la Conférence de La Haye.

Établissement et contestation de la filiation juridique

49. Au niveau fédéral, des travaux ont été entrepris dans deux États en lien avec l'établissement et la contestation de la filiation juridique par les organismes chargés de rédiger des lois uniformes. À ce jour, aux États-Unis d'Amérique, la *Uniform Parentage Act* (« UPA ») de 2002²⁴² a été adoptée par neuf états²⁴³ ; au Canada, jusqu'à présent, deux états ont modifié leur législation à la suite de la loi uniforme de 2010 sur le statut de l'enfant^{244 245}. On pourrait dire que ces deux lois uniformes modernes (remplaçant les versions antérieures de 1973 et 1992, respectivement) sont imprégnées de la philosophie selon laquelle « [i]l faut reconnaître les obligations des parents quelles que soient les combinaisons et permutations intervenant dans le mariage des parents, la méthode de conception de l'enfant et les dispositions que prennent les parents d'intention pour avoir des enfants »²⁴⁶ et qu'elles reposent toutes les deux sur des principes directeurs orientés sur l'enfant (entre autres objectifs politiques), notamment la promotion de l'égalité de traitement des enfants, quelle que soit la façon dont ils ont été conçus, ainsi que la promotion de la sécurité et de la clarté concernant leur statut juridique dès les premiers instants de leur vie²⁴⁷. À cet égard, ces deux lois contiennent des dispositions universelles régissant l'établissement de la filiation juridique, c'est-à-dire des dispositions qui régissent l'établissement et la contestation de la filiation juridique dans le mariage et hors mariage (fondées sur le principe de non-discrimination), à la suite du recours à la PMA pour les couples hétérosexuels et de même sexe, mais aussi pour les personnes célibataires, ainsi qu'à la suite de conventions de maternité de substitution²⁴⁸.

50. Au niveau régional, en Europe, des initiatives visant à établir des règles communes ont abouti à la *Convention européenne sur le statut juridique des enfants nés hors mariage*, adoptée par les États membres du Conseil de l'Europe en 1975²⁴⁹. Même si cette Convention « assimilat[ait] le statut juridique des enfants nés hors mariage à celui des enfants nés dans le mariage »²⁵⁰, soi-disant conformément aux tendances qui prévalaient en Europe à l'époque²⁵¹, elle ne pouvait pas prévoir les évolutions sociales, médicales et juridiques à venir²⁵². Au vu de ces avancées, ainsi que du besoin reconnu d'un instrument global sur la situation de famille conforme à la jurisprudence contemporaine de la CrEDH, le Conseil de l'Europe a entrepris des démarches pour moderniser cet instrument et a proposé, en 2011, un *Projet de recommandation sur les droits et le statut juridique des enfants et les responsabilités*

²⁴² Préparée par la *National Conference of Commissioners of Uniform State Laws* (Conférence nationale des commissaires sur l'harmonisation des lois des états).

²⁴³ Alabama, Delaware, Nouveau-Mexique, Dakota du Nord, Oklahoma, Texas, Utah, Washington et Wyoming.

²⁴⁴ Préparée par la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada.

²⁴⁵ Alberta et Colombie-Britannique.

²⁴⁶ (traduction du Bureau Permanent). Extrait du « *Parentage Act Summary* » de la *Uniform Law Commission* des États-Unis, disponible à l'adresse < www.uniformlaws.org >.

²⁴⁷ Voir par ex. les principes appliqués pour guider les travaux du groupe préparant la loi uniforme de 2010 sur le statut de l'enfant, para. 7 de l'introduction de la loi.

²⁴⁸ Il convient de noter que l'art. 8 de l'UPA (relatif à la maternité de substitution) est facultatif.

²⁴⁹ La Convention européenne de 1975 compte actuellement 23 États parties et trois signataires.

²⁵⁰ Ainsi que des règles communes concernant certains des effets de cette assimilation (par ex. en matière d'aliments et d'héritage pour l'enfant).

²⁵¹ Voir le Rapport explicatif à la Convention, para. 2. La Convention elle-même note toutefois, dans son préambule, que de grandes disparités existaient encore à l'époque dans le droit des États membres.

²⁵² Voir section II du Doc. pré-l. No 3 B de mars 2014 (*supra*, note 2). Entre autres évolutions juridiques, citons la conclusion de la CNUDE en 1989 et des évolutions de la jurisprudence de la CrEDH.

*parentales*²⁵³. Tout comme les initiatives fédérales en matière de législation uniforme, ce projet était guidé par des principes orientés sur l'enfant. En particulier, il est fondé sur l'article 3 de la CNUDE ; dans ce contexte, l'interprétation faite de l'intérêt supérieur de l'enfant voulait que la filiation juridique soit établie si possible dès la naissance et qu'elle reste stable dans le temps. Par ailleurs, comme pour les initiatives fédérales, ces principes visaient à trouver un équilibre entre « vérité biologique » et « filiation sociale », particulièrement dans le contexte de la filiation juridique à la suite d'une PMA.

51. Toutefois, cette tentative d'harmonisation basique en Europe n'a pas abouti, les dispositions permissives (et non obligatoires) concernant la filiation juridique avec des parents de même sexe à la suite d'une PMA (visant expressément et uniquement les États dans lesquels les couples de même sexe ont le droit d'avoir accès à la PMA) et les dispositions concernant l'établissement de la filiation juridique pour les concubins hétérosexuels déclarés (c.-à-d. hors mariage) ayant suscité la controverse entre les États²⁵⁴. La controverse qui entoure ce projet de recommandation montre l'absence de consensus qui existe même entre États de la même région concernant des questions relatives à la filiation juridique et les difficultés rencontrées dans les tentatives d'harmonisation du droit *matériel* dans ce domaine. À cet égard, il convient de prendre acte de la déclaration écrite No 522 en date du 27 avril 2012 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, signée par vingt-deux de ses Membres, qui déclare que « la maternité de substitution est incompatible avec la dignité des femmes et des enfants concernés et constitue une violation de leurs droits fondamentaux »²⁵⁵. On peut dire que ces évolutions régionales mettent en lumière la nécessité de mener des travaux sur le droit international privé (dans les circonstances où l'harmonisation des lois internes n'est pas faisable mais que les problèmes transfrontières résultent d'une divergence entre elles), mais aussi qu'elles démontrent l'importance de rester concentré sur les aspects *transfrontières* y afférents²⁵⁶.

52. Outre des travaux *législatifs* régionaux, la jurisprudence régionale en matière de droits de l'homme²⁵⁷ joue également un rôle dans le développement et le fonctionnement pratique des lois internes relatives à l'établissement et à la contestation de la filiation juridique²⁵⁸. Si le temps et la place sont insuffisants pour analyser cette jurisprudence de manière détaillée, on peut néanmoins mentionner que la CrEDH a récemment été saisie d'affaires traitant de questions pertinentes, et notamment des questions suivantes : le fait d'interdire à un père génétique de contester la paternité juridique établie d'un autre homme viole-t-il les droits que lui confère l'article 8 de la CEDH²⁵⁹, dans quelle mesure un État est-il contraint d'obliger un père génétique allégué à se soumettre à un test ADN²⁶⁰, le besoin de diligence particulière pour faire avancer

²⁵³ Voir le rapport de la 86^e réunion plénière du CDCJ, Strasbourg, 12-14 octobre 2011, CDCJ 2011 15, qui reprend le texte du projet de recommandation et son exposé des motifs.

²⁵⁴ À la connaissance du Bureau Permanent, le projet de recommandation, même s'il a été adopté par le CDCJ, doit encore être adopté par le Conseil des ministres.

²⁵⁵ Doc. 12934, disponible à l'adresse < www.assembly.coe.int >.

²⁵⁶ Comme indiqué dans le rapport de la 5^e Conférence de la Commission pour le droit européen de la famille (CEFL), intitulé « *Family Law and Culture in Europe : Developments, Challenges and Opportunities* » (29-31 août 2013, Bonn), « l'augmentation des flux migratoires et les autres effets de la mondialisation accroissent les probabilités de conflits juridico-culturels. [...] La culture doit être prise au sérieux dans sa capacité à imprimer sa marque sur le droit [...]. Le droit de la famille, lui aussi, est intégré à des contextes culturels et des traditions nationales, mais [...] cela n'entraîne pas inévitablement une logique de différences culturelles insurmontables » (traduction du Bureau Permanent).

²⁵⁷ Tandis que dans des affaires ne présentant pas de lien direct avec des questions de statut parental (mais traitant de questions de garde), par ex. les affaires *Fornerón and Daughter c. Argentine* (affaire No 12.584, 27 avril 2012) et *Atala Riffo and Daughters c. Chili* (affaire No 12.502, 24 février 2012), la Cour interaméricaine des droits de l'homme a fait preuve d'évolution dans son approche de ce qu'est une famille au sens de la *Convention américaine relative aux droits de l'homme*.

²⁵⁸ Les États parties à la CEDH reconnus coupables d'avoir violé un droit y exposé « s'engagent à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour dans les litiges auxquels [ils] sont parties » (art. 46(1)). Ceci implique de verser les indemnités / dommages-intérêts / dépens auxquels ils sont condamnés mais aussi de veiller à ce que le droit national soit mis en conformité avec l'arrêt. Même si, d'un point de vue technique, l'arrêt n'est exécutoire que pour l'État condamné, les autres États parties seront généralement très attentifs aux arrêts pour éviter d'être traduits devant la CrEDH.

²⁵⁹ Voir par ex. *Chavdarov c. Bulgarie* (requête No 3465/03, 21 décembre 2010), *Ahrens c. Allemagne* (requête No 45071/09, 22 mars 2012, voir *supra*, note 157) et *X et al. c. Lettonie* (requête No 27773/08, en instance – cette affaire est l'inverse, à savoir que les tests d'ADN ont été ordonnés par la juridiction nationale et que la mère et le père juridique affirment que la décision d'ordonner ces tests motivée par les faits de l'affaire est contraire aux art. 6 et 8 de la CEDH).

²⁶⁰ Voir par ex. *Mikulic c. Croatie* (requête No 53176/99, 7 février 2002) et *A.M.M. c. Roumanie* (requête No 2151/10, 14 février 2012).

la procédure d'état civil²⁶¹, la possibilité d'adoption par le beau-père ou la belle-mère pour les couples de même sexe²⁶² et la confidentialité des informations de naissance²⁶³.

53. Enfin, au niveau international, si les droits de l'enfant bien connus qu'expose la CNUDE revêtent une grande importance pour le droit matériel en matière de filiation juridique, en particulier concernant la création d'un « cadre de droits » élargi auquel les lois internes doivent être conformes (voir art. 2, 3, 7, 8, 12 de la CNUDE)²⁶⁴, cet instrument ne vise manifestement pas à harmoniser les règles matérielles concernant l'établissement et la contestation de la filiation juridique. À cet égard, très peu de travaux ont été menés au niveau international. La *Convention relative à l'établissement de la filiation maternelle des enfants naturels*, établie par la CIEC en 1962²⁶⁵, cherchait à harmoniser les règles normatives concernant la filiation maternelle des enfants, notamment en prévoyant que la filiation maternelle soit établie par la mère nommée dans l'acte de naissance de l'enfant. Toutefois, malgré son champ d'application matériel très limité, cette Convention ne compte à ce jour que sept États parties.

PMA

54. Il convient également de noter que des travaux pertinents en matière de PMA ont été menés aux niveaux régional et international. Premièrement, au niveau international, des normes de bioéthique pertinentes sont établies dans la *Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme*²⁶⁶. Deuxièmement, au niveau régional, en Europe, le Comité de bioéthique du Conseil de l'Europe a entrepris des travaux dignes d'être cités. Les principes de 1989 exposés dans le rapport du *Comité ad hoc d'experts sur les progrès des sciences biomédicales* (CAHBI) contiennent, entre autres dispositions, des premiers exemples intéressants de normes concernant les conditions de recours à la PMA. En outre, la *Convention de 1997 du Conseil de l'Europe sur les Droits de l'Homme et la biomédecine*²⁶⁷ se focalise sur des dispositions visant à garantir le respect de la dignité de l'être humain et établit des dispositions visant à protéger cette garantie en ce qui concerne l'application de la biologie et de la médecine²⁶⁸. Le Comité de bioéthique est également l'auteur de deux questionnaires et études, datant de 1998 et 2005, portant sur les divers aspects du recours à la PMA dans les États membres du Conseil de l'Europe²⁶⁹. Son programme de travail actuel ne semble pas inclure d'autres travaux en la matière, à part d'éventuelles lignes directrices concernant le choix du sexe de l'enfant avant la naissance²⁷⁰.

²⁶¹ Voir par ex. *Mikulic c. Croatie (ibid.)*.

²⁶² Voir par ex. *Gas et Dubois c. France* (requête No 25951/07, 15 mars 2012) et *X et al. c. Autriche* (requête No 19010/07, 19 février 2013). Voir également l'affaire en instance *Bonnaud et Lecoq c. France* (requête No 6190/11) concernant la responsabilité parentale dans ces circonstances.

²⁶³ Dans ce cas, la Cour a arrêté qu'il fallait trouver l'équilibre entre le droit d'un enfant à connaître ses origines et le droit d'un parent au respect de la vie privée : voir par ex. *Godelli c. Italie* (requête No 33783/09, 25 septembre 2012), *Jäggi c. Suisse* (requête No 58757/00, 13 juillet 2006) et *Odièvre c. France* (requête No 42326/98, 13 février 2003).

²⁶⁴ D'autres traités internationaux sur les droits de l'homme contiennent également des dispositions pertinentes s'agissant d'établir un « cadre de droits » élargi auquel les règles de droit matériel relatives à la filiation juridique doivent se conformer : par ex. le PIDCP (notamment ses art. 2, 17 et 24) (voir *supra*, note 9) et le *Pacte international des Nations Unies relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* (ci-après « PIDESC », notamment ses art. 2 et 10).

²⁶⁵ Convention CIEC No 6, signée à Bruxelles le 12 septembre 1962 (voir < www.ciec1.org >).

²⁶⁶ Adoptée le 19 octobre 2005 par la 33^e session de la Conférence générale de l'UNESCO, qui déclare entre autres : « [t]oute intervention médicale [...] ne doit être mise en œuvre qu'avec le consentement préalable, libre et éclairé de la personne concernée, fondé sur des informations suffisantes. Le cas échéant, le consentement devrait être exprès et la personne concernée peut le retirer à tout moment et pour toute raison sans qu'il en résulte pour elle aucun désavantage ni préjudice » (art. 6(1)).

²⁶⁷ Oviedo, 4 avril 1997. Cette Convention comporte également plusieurs protocoles.

²⁶⁸ Par ex. son art. 21 qui dispose que « [l]e corps humain et ses parties ne doivent pas être, en tant que tels, source de profit ».

²⁶⁹ Voir CDBI/INF (98) 8, 2 juin 1998, « Assistance médicale à la procréation et protection de l'embryon humain – Étude comparative sur la situation dans 39 pays – Clonage – Étude comparative sur la situation dans 44 pays » et CDBI/INF (2005) 7, 12 juillet 2005, « Réponses des États membres au questionnaire sur l'accès à la procréation médicalement assistée (PMA) et sur le droit à la connaissance de ses origines pour les enfants nés après PMA ».

²⁷⁰ Le Comité de bioéthique a diffusé auprès des États membres un questionnaire sur le choix du sexe de l'enfant avant la naissance ; une analyse des réponses est en cours, éventuellement en vue de préparer des lignes directrices : voir < www.coe.int/bioethics >.

55. Au sein de l'UE²⁷¹, des travaux législatifs ont également été entrepris ; dans une certaine mesure, ils ont une incidence sur les lois internes des États de l'UE en matière de PMA. Il s'agit notamment de la « Directive européenne sur les tissus et cellules » du 31 mars 2004²⁷². Cette directive expose des normes de qualité et de sécurité pour les tissus et cellules humains (ce qui inclut les cellules reproductrices, c.-à-d. les ovocytes et le sperme) et établit une procédure à suivre pour garantir que leur don, obtention, contrôle, transformation, conservation, stockage et distribution soient contrôlés par des établissements agréés. La directive contient des dispositions importantes concernant le don de gamètes : par exemple, le don doit être volontaire et non rémunéré ; toute indemnisation doit être limitée à « la couverture des dépenses et désagréments liés au don » (art. 12) ; un consentement éclairé doit être obtenu avant l'obtention d'un don (art. 13) ; des règles sont également prévues concernant la protection des données et la confidentialité (art. 14).

56. La jurisprudence régionale en matière de droits de l'homme est une fois encore pertinente dans le domaine de la PMA. En Europe, la CrEDH a été saisie d'affaires concernant l'accès à diverses formes de PMA²⁷³, ainsi que concernant la responsabilité parentale à la suite de la PMA²⁷⁴. En outre, la Cour interaméricaine des droits de l'homme, dans l'affaire historique *Artavia Murillo c. Costa Rica*²⁷⁵, a arrêté que l'interdiction effective de la FIV dans un État partie à la Convention américaine relative aux droits de l'homme (ci-après, « CADH ») violait de nombreux droits protégés par la Convention²⁷⁶. La Cour a fait remarquer que la « décision d'avoir [ses propres] enfants biologiques en ayant recours à des techniques de reproduction assistée [faisait] partie de la sphère du droit à l'intégrité personnelle et à la vie privée et familiale »²⁷⁷ protégé par l'article 11(2) de la CADH. En outre, la Cour a reconnu la définition de l'Organisation mondiale de la santé (« OMS ») qui considère la stérilité comme une maladie et a constaté que l'interdiction légale des moyens de surmonter ses effets constituait une discrimination à l'encontre des personnes frappées de cette maladie. En outre, « la Cour a également constaté une discrimination en termes de moyens financiers, puisque les Costaricains ont le droit d'avoir accès à des services de FIV — dont, selon les preuves fournies, certains avaient tiré profit — à condition d'avoir les moyens de se rendre dans d'autres pays »²⁷⁸.

57. Par ailleurs, au niveau national (fédéral), aux États-Unis d'Amérique, des démarches ont été entreprises pour fournir des conseils sur les lois et pratiques en matière de PMA. Par exemple, l'*American Bar Association* (ci-après, « ABA ») a préparé une « loi type régissant la PMA »²⁷⁹ et l'*American Academy of Assisted Reproductive Technology Attorneys* (ci-après, « AAARTA ») a préparé un « code de déontologie » pour « améliorer la pratique déontologique du droit en matière de procréation médicalement assistée »²⁸⁰.

²⁷¹ Il convient de noter que la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a très récemment (le 18 mars 2014) rendu ses arrêts dans les affaires C-363/12, *Z c. A Gouvernement Department et The Board of Management of a Community School* et C-167/12, *C.D. c. S.T.* Ces affaires portaient sur la question de savoir si, en vertu du droit de l'UE, les mères d'intention ont droit à un congé payé équivalent à un congé de maternité ou d'adoption : la CJUE a arrêté que le droit de l'UE n'imposait pas ce congé payé en cas de maternité de substitution.

²⁷² Voir *supra*, note 66.

²⁷³ Concernant l'accès à la PMA, par ex., voir des affaires telles que *Costa et Pavan c. Italie* (requête No 54270/10, 28 août 2012), *S.H. c. Autriche* (requête No 57813/00, 3 novembre 2011), *Dickson c. Royaume-Uni* (requête No 44362/04, 4 décembre 2007) et *Evans c. Royaume-Uni* (requête No 6339/05, 10 avril 2007 – concernant la capacité d'une femme à utiliser des embryons congelés après que l'homme a retiré son consentement).

²⁷⁴ Voir par ex. l'affaire *Bonnaud et Lecoq c. France* (voir *supra*, note 262) qui concerne un couple de même sexe dont les deux membres avaient déjà chacun eu un enfant par PMA et souhaitaient obtenir la responsabilité parentale vis-à-vis de l'enfant de l'autre.

²⁷⁵ Décision en date du 28 novembre 2012 (affaire No 12.361).

²⁷⁶ Par ex. le droit à la vie privée et familiale, à fonder et élever une famille et à ne pas subir de discrimination pour des raisons de handicap, de moyens financiers ou de sexe.

²⁷⁷ Para. 272 (traduction du Bureau Permanent).

²⁷⁸ « *Human rights to in vitro fertilization* », par F. Zegers-Hochschild, B. M. Dickens, S. Dughman-Manzur, *International Journal of Gynecology and Obstetrics* 123 (2013) 86–89, p. 88 (traduction du Bureau Permanent).

²⁷⁹ La *Model Act Governing Assisted Reproductive Technology* (loi type régissant la procréation médicalement assistée), officiellement adoptée par l'ABA le 11 février 2008 (voir en outre < www.americanbar.org >). Voir aussi « *Clarifying the Law of ART: The New American Bar Association Model Act Governing Assisted Reproductive Technology* », par Ch. P. Kindregan, Jr. et Steven H. Snyder [2008] 42 Fam. L.Q. 203, qui déclare que la loi « offre un cadre permettant de traiter et de résoudre les questions telles que la parentalité, le consentement éclairé, l'identité des donneurs, le contrôle des gamètes cryoconservés, les consultations de santé mentale, la vie privée, le don de gamètes et d'embryons, l'assurance, l'assurance qualité » (traduction du Bureau Permanent) (p. 207).

²⁸⁰ Voir en outre < <http://www.aaarta.org/doc/AAARTA-CodeofEthics.pdf> >. Ce code contient de nombreuses normes intéressantes que les membres de l'AAARTA doivent respecter, notamment celles énoncées à l'art. 2(a), en vertu duquel les membres de l'AAARTA « doivent veiller [...] à ce que toutes les parties à la convention de

Acquisition de la nationalité par les enfants

58. Il n'est pas question, à ce stade du projet, de procéder à une étude détaillée de l'acquisition de la nationalité par les enfants. Pourtant, il est utile de rappeler que des travaux considérables ont été entrepris dans ce domaine, tant au niveau international que régional, en particulier concernant la prévention de l'apatridie. Alors que cette question était traditionnellement considérée comme relevant du pouvoir souverain des États, ces dernières décennies, au fur et à mesure que le droit international évolue, il est de plus en plus souvent reconnu que le pouvoir d'appréciation dont disposent les États en matière de droit de la nationalité doit tenir compte des droits fondamentaux des individus. De fait, le droit fondamental des enfants à acquérir une nationalité, issu d'instruments tels que la *Déclaration universelle des droits de l'homme*²⁸¹, le *PIDCP*²⁸² et la *CNUDE*²⁸³, a été réaffirmé très récemment, en juin 2012, par le Conseil des droits de l'homme²⁸⁴. Le Conseil, tout en reconnaissant « que chaque État est en droit de déterminer par la loi quels sont ses ressortissants », a déclaré que, néanmoins, « les dispositions pertinentes [devaient être] conformes [aux] obligations [de l'État en question] au regard du droit international » ; rappelant la *Convention de 1954 des Nations Unies relative au statut des apatrides* et la *Convention de 1961 des Nations Unies sur la réduction des cas d'apatridie*²⁸⁵, il a invité tous les États à adopter et à mettre en œuvre une législation « en vue de prévenir et de réduire les cas d'apatridie chez les femmes et les enfants »²⁸⁶. À cet effet, il a encouragé les États à « faciliter, conformément à leur législation nationale, l'acquisition de la nationalité pour les enfants nés sur leur territoire ou à l'étranger de parents qui sont leurs ressortissants, et qui seraient sans cela apatrides »²⁸⁷. Toutefois, il n'a pas étudié les circonstances dans lesquelles un enfant est « né » d'un ressortissant à l'étranger (à savoir si la génétique, la filiation juridique ou un autre critère doit être appliqué)²⁸⁸. Il convient également de noter que le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies, dans son Observation générale No 14 (2013)²⁸⁹, a confirmé que les décisions concernant la nationalité entraînent dans le champ des actes visés à l'article 3 de la CNUDE et, à cet égard, que « [l]es décisions concernant des cas individuels [...] [devaient] être guidées par l'intérêt supérieur de l'enfant [...] »²⁹⁰.

59. Régionalement, au sein du Conseil de l'Europe²⁹¹, la *Convention européenne de 1997 sur la nationalité*²⁹² expose des principes plus détaillés sur l'acquisition de la nationalité par les enfants, notamment en obligeant les États parties à prévoir dans leur droit interne l'acquisition de plein droit de leur nationalité par « les enfants dont l'un des parents possède, au moment de la naissance de ces enfants, la nationalité de cet État Partie, sous réserve des exceptions qui

procréation assistée soient informées de leur droit à recevoir les conseils d'un avocat distinct [...] » et à l'art. 3, en vertu duquel « [un] membre ne pourra pas représenter plusieurs parties lors de la rédaction et de la négociation d'une convention de procréation assistée [...] » (traduction du Bureau Permanent).

²⁸¹ Art. 15.

²⁸² Art. 24(3).

²⁸³ Art. 7 et 8. On trouve également des dispositions pertinentes dans la *Convention internationale de 1965 des Nations Unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, la *Convention de 1979 des Nations Unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes* et la *Convention internationale de 1990 des Nations Unies sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille*.

²⁸⁴ Voir la résolution adoptée par le Conseil des droits de l'homme concernant « Le droit à une nationalité : les femmes et les enfants » (A/HRC/20/L.8, adoptée sans être mise aux voix le 5 juillet 2012).

²⁸⁵ Également pertinente, la *Convention de 1973 tendant à réduire le nombre des cas d'apatridie* de la CIEC.

²⁸⁶ Voir A/HRC/20/L.8, para. 2 et 3.

²⁸⁷ *Ibid.*, para. 4. Certains commentateurs ont critiqué ce paragraphe car il ne respecte pas les normes conventionnelles reconnues, en ce qu'il ne réaffirme pas l'obligation d'accorder la nationalité aux enfants nés sur le territoire de l'État qui seraient autrement apatrides et ne reconnaît pas le droit à la nationalité pour les enfants qui ne sont pas nés dans l'État où ils résident habituellement.

²⁸⁸ L'« importance de l'enregistrement des naissances en tant que moyen de prévenir l'apatridie » a également été notée.

²⁸⁹ Observation générale No 14 sur l'art. 3 de la CNUDE (voir *supra*, note 9).

²⁹⁰ *Ibid.*, para. 30.

²⁹¹ Le Conseil de l'Europe traite de questions relatives à la nationalité depuis plus de trente ans : voir par ex. la *Convention de 1963 sur la réduction des cas de pluralité de nationalités et sur les obligations militaires en cas de pluralité de nationalités* (STE No 043).

²⁹² STE No 166 (EEV : 1^{er} mars 2000). 20 États sont parties à cette Convention et neuf l'ont également signée, mais ne l'ont pas encore ratifiée ou n'y ont pas encore adhéré. La *Convention de 2006 du Conseil de l'Europe sur la prévention des cas d'apatridie en relation avec la succession d'États* (STCE No 200) et la *Recommandation No R (99) 18 du Comité des Ministres aux États membres sur la prévention et la réduction des cas d'apatridie* sont également importantes dans ce domaine.

peuvent être prévues en droit interne pour les enfants nés à l'étranger »²⁹³. En outre, quand « la filiation est établie par reconnaissance, par décision judiciaire ou par une procédure similaire, chaque État Partie peut prévoir que l'enfant acquière sa nationalité selon la procédure déterminée par son droit interne »²⁹⁴. Au vu de cette deuxième clause, on peut supposer que, dans les cas où la Convention parle de « parents » et de « filiation », elle fait référence à la filiation *juridique* et non au patrimoine génétique de l'enfant. Toutefois, cela n'apparaît pas manifeste à la lecture du traité, laissant ouverte son interprétation par les États parties (notamment en ce qui concerne le droit applicable si la filiation juridique est déterminante).

60. Plus explicite à cet égard, la *Recommandation du Comité des Ministres aux États membres sur la nationalité des enfants*²⁹⁵, formulée en 2009 par le Conseil de l'Europe, qui vise à faciliter l'accès des enfants à une nationalité, notamment à celle de leurs parents, contient une section consacrée à la nationalité découlant de l'établissement de la filiation. La Recommandation réitère la Convention européenne de 1997 concernant la situation des enfants dont la filiation est établie par reconnaissance, décision judiciaire ou procédure similaire, mais le Rapport explicatif précise que, même si les États peuvent déterminer si la filiation a été légalement établie avec succès (par ex. si la reconnaissance est valable ou si une décision étrangère en matière de filiation peut être reconnue), toutes exigences *matérielles* supplémentaires pour qu'un enfant acquière la nationalité par filiation (par ex. que l'enfant réside habituellement dans l'État) sont interdites²⁹⁶. En outre, une disposition particulière concernant les enfants nés à la suite d'une PMA (y compris d'une maternité de substitution) expose que les États membres doivent « appliquer aux enfants leurs dispositions relatives à l'acquisition de la nationalité par droit du sang si *un lien de filiation est légalement établi ou reconnu* du fait d'une naissance résultant de techniques de procréation médicalement assistée » [nous soulignons]²⁹⁷. Si le Rapport explicatif précise clairement que l'établissement ou la reconnaissance de la filiation n'est pas obligatoire (puisque'elle dépend des règles internes et de droit international privé de l'État), « le principe [...] souligne que si la reconnaissance intervient, cela doit également avoir des conséquences en droit de la nationalité »²⁹⁸. Il s'agit là de la première mention explicite, dans des travaux régionaux ou internationaux²⁹⁹, qui : (1) précise que la « filiation » pertinente pour l'acquisition de la nationalité doit être celle établie ou reconnue *légalement* (c.-à-d. que c'est la filiation juridique, et non la génétique, qui est déterminante) ; et (2) précise que dans le cas où les États établissent ou reconnaissent ces relations légales, ils doivent leur accorder les conséquences juridiques concomitantes en droit de la nationalité sans discrimination.

61. La CEDH a également souligné l'importance de la non-discrimination dans le contexte de l'acquisition de la nationalité par les enfants. Par exemple, dans l'affaire *Genovese c. Malte* (2011)³⁰⁰, la Cour s'est fondée sur l'article 14 (interdiction de discrimination) et l'article 8 (droit au respect de la vie privée et familiale) de la CEDH pour reconnaître le droit d'un enfant, né hors mariage, d'obtenir la nationalité de sa mère. Toutefois, la Cour s'est fondée sur le consensus existant en la matière en Europe, tel que reflété par la Convention européenne de 1975³⁰¹.

62. Dans d'autres régions, il existe des principes pertinents qui établissent le droit de l'enfant à une nationalité et des dispositions relatives à l'apatridie, par exemple, l'article 20 de la CADH et l'article 6 de la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant qui, à l'article 6(4), dispose que les États parties doivent veiller à ce que leur législation constitutionnelle reconnaisse les principes selon lesquels un enfant acquiert la nationalité de l'État sur le territoire duquel il est né, à condition qu'aucun autre État ne lui ait accordé sa nationalité à sa naissance³⁰². **Conclusion sur les lois internes**

²⁹³ Art. 6(1) de la *Convention européenne de 1997 sur la nationalité*.

²⁹⁴ *Ibid.*

²⁹⁵ Adoptée par le Comité des Ministres le 9 décembre 2009 lors de la 1073^e réunion des Délégués des Ministres : Recommandation CM/Rec (2009) 13.

²⁹⁶ Voir le Principe 11 et le Rapport explicatif, para. 28.

²⁹⁷ *Ibid.*, Principe 12.

²⁹⁸ Para. 33 du Rapport explicatif.

²⁹⁹ Dans la mesure où le Bureau Permanent en a connaissance à ce stade.

³⁰⁰ *Genovese c. Malte* (requête No 53124/09, 11 octobre 2011).

³⁰¹ Voir *supra*, para. 50.

³⁰² Ces droits ont également donné lieu à des litiges : par ex., l'affaire *Yean et Bosico c. République dominicaine*, en 2005, dans laquelle la Cour interaméricaine des droits de l'homme a arrêté que la République dominicaine avait violé le droit à la nationalité prévu par la Convention américaine, entre autres. Le Comité africain sur les droits et le bien-être de l'enfant a également été saisi d'une demande concernant le droit à la nationalité (et les droits connexes) de mineurs nubiens au Kenya.

63. Au cours du siècle passé, les lois internes de nombreux États relatives à l'établissement et à la contestation de la filiation juridique ont été influencées, parfois considérablement, par les évolutions sociales, scientifiques et démographiques. Très généralement, on peut discerner deux grands « bouleversements » dans la pensée et les approches juridiques concernant le statut des enfants que ces évolutions ont entraîné au cours de cette période. Premièrement, l'orientation sur la situation matrimoniale des parents pour déterminer leurs obligations envers leur enfant (et donc les droits acquis par l'enfant) s'est muée en une approche rejetant cette orientation comme étant discriminatoire et redéfinissant le fondement des obligations parentales envers les enfants, faisant à la place appel à l'établissement d'un lien de filiation, possibilité qui semble ouverte à tous les enfants sans distinction³⁰³. Résultat de ce nouveau mode de pensée, de nombreuses lois ont cherché à établir efficacement un lien juridique entre l'enfant et ses parents (ce qui désignait les parents génétiques ou « naturels » de l'enfant, puisqu'à l'époque, il y avait très peu d'autres possibilités, voire aucune). Deuxièmement, pour de nombreux États, un autre bouleversement est intervenu des décennies plus tard, à la fin du xx^e siècle, lorsque l'on s'est aperçu que les progrès scientifiques permettaient de déterminer la filiation génétique avec quasi-certitude mais, paradoxalement, que la génétique n'était plus le seul critère déterminant en termes d'identité des personnes donnant vie à des enfants et, en outre, exerçant socialement la fonction de « parent ». Les évolutions scientifiques et sociétales avaient une fois de plus modifié la donne : dans certaines circonstances, des individus pouvaient avoir l'intention de devenir « parents » ou y donner leur consentement, qu'ils aient ou non un lien génétique avec l'enfant à naître.

64. Les réponses des États au Questionnaire No 1, ainsi que l'étude des initiatives fédérales, régionales et internationales concernant l'établissement et la contestation de la filiation juridique exposée ci-dessus, révèlent que, dans leur approche juridique interne, un grand nombre d'États (mais pas tous, loin s'en faut) a franchi la première « étape » idéologique. Par contre, le fait qu'un État donné ait entrepris des réformes législatives ou autres réformes juridiques pour tenir compte de la deuxième étape, à quelque degré que ce soit, dépend souvent de la situation culturelle, sociale et parfois religieuse de l'État en question. L'image globale qui en résulte aujourd'hui est loin d'être uniforme ; malgré une certaine homogénéité en termes de principes de base applicables à l'établissement de la filiation juridique, elle présente une diversité considérable, pour ce qui est de l'établissement et de la contestation de la paternité juridique en particulier (surtout pour les enfants nés hors mariage), et de l'établissement et de la contestation de la filiation juridique en général pour les enfants nés grâce à des technologies modernes ou dans des formes familiales plus nouvelles. Ceci reste vrai malgré les travaux fédéraux, régionaux et internationaux entrepris dans le domaine susmentionné, travaux qui dans certains cas ont été sujets à controverse. Par ailleurs, de nombreux États sont toujours en cours d'adaptation, en particulier parce que les préoccupations concernant le deuxième ensemble de développements évoqué plus haut et donc les lois internes n'ont pas fini d'évoluer. Comme décrit ci-dessus, cette instabilité du droit interne ne doit pas empêcher les travaux au niveau international. Cependant, le tableau général souligne l'importance de se focaliser sur les ponts qu'il convient de jeter *entre* systèmes juridiques, reposant sur des principes communs internationalement reconnus³⁰⁴, plutôt que sur des travaux visant à harmoniser le droit matériel.

65. Fait important, cette diversité des approches en droit interne a bien entendu pour conséquence que des problèmes transfrontières peuvent se poser en termes de filiation juridique d'enfants dans le cas de familles ayant un lien avec plusieurs États, *si* ces États n'ont pas essentiellement les mêmes approches en matière de droit international privé³⁰⁵. La **partie B** se penche précisément sur ce point : les États ont-ils des règles de droit international privé essentiellement similaires en la matière et, dans la négative, leurs approches révèlent-elles des tendances qui pourraient être mises à profit en vue de travaux tendant à l'unification du droit international privé ?

³⁰³ Toutefois, tel que décrit, *supra*, dans la **partie A, section 1**, si les enfants nés hors mariage peuvent de nos jours établir leur filiation juridique, les méthodes sont souvent différentes de celles utilisées pour les enfants nés dans le mariage ; de ce fait, il peut être plus difficile d'établir en particulier la paternité juridique de ces enfants. La situation actuelle révèle encore une différence de traitement entre les enfants nés hors mariage et les autres.

³⁰⁴ Par ex. les droits énoncés dans la CNUDE.

³⁰⁵ Par ex. si tous les États ont les mêmes règles applicables et qu'aucune exception d'ordre public ou autre ne s'applique, il peut ne pas y avoir « conflit » en termes de résultat, malgré la différence existant entre les droits internes.

B. RÈGLES DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ ET DE COOPÉRATION EN MATIÈRE DE FILIATION JURIDIQUE

66. Cette partie se compose de trois sous-parties : (1) elle commence par une analyse comparative des règles de droit international privé des États, principalement établie à partir des réponses des États au Questionnaire No 1 (sauf mention contraire expresse)³⁰⁶ ; (2) elle poursuit en étudiant les démarches entreprises au niveau bilatéral, régional ou international pour favoriser soit la coopération transfrontière en la matière soit l'unification des règles de droit international privé ; (3) enfin, elle cherche à savoir si l'établissement de la filiation juridique entraîne des difficultés transfrontières pour les familles et les enfants (hors du contexte de la maternité de substitution à caractère international, étudié pour sa part, *infra*, dans la **partie C**). Cette analyse a pour objectif d'établir le degré de diversité ou de similarité des règles de droit international privé des États en la matière et de recenser les éventuels travaux déjà entrepris en vue de la coopération ou de l'unification desdites règles, afin de fournir la base scientifique à une analyse de la *possibilité* de futurs travaux internationaux dans ce domaine. Les problèmes transfrontières sont analysés dans la section 3 afin d'évaluer l'*opportunité* de poursuivre des travaux. Ces questions sont analysées dans la section IV du Document préliminaire No 3 B de mars 2014³⁰⁷.

1. Exposé comparatif des règles de droit international privé et de coopération des États en lien avec la filiation juridique

(a) Enregistrement des naissances et établissement de la filiation juridique

(1) Compétence des autorités d'enregistrement (et consulaires, le cas échéant)

Enregistrement de la naissance d'un enfant³⁰⁸ et établissement de la filiation juridique résultant de la loi

67. Dans tous les États qui ont répondu au Questionnaire No 1, les autorités publiques compétentes enregistreront (obligatoirement) la naissance de tout enfant né sur le territoire de l'État en question³⁰⁹. En général, il semble ne pas y avoir de discrimination à cet égard entre les enfants nés de ressortissants de l'État ou de non-ressortissants³¹⁰ ; pourtant, dans certains États dotés d'un « registre de la population », si des enfants sont nés sur le territoire de résidents non-ressortissants qui ne figurent pas eux-mêmes dans le registre, il se peut que les enfants soient enregistrés différemment³¹¹.

68. Si un enfant est né *hors* de l'État dans lequel l'enregistrement est souhaité, des règles bien plus complexes et diversifiées s'appliquent pour savoir si sa naissance sera enregistrée et, dans l'affirmative, dans quelles circonstances³¹². On peut discerner quatre grandes approches :
1) Dans un premier groupe d'États, la naissance sur le territoire de l'État a été déclarée être la *seule* circonstance dans laquelle les autorités compétentes exerceront leur compétence pour

³⁰⁶ Doc. prélim. No 3 A d'avril 2013 (voir *supra*, note 5).

³⁰⁷ Voir *supra*, note 2.

³⁰⁸ Il convient de noter que certains États prévoient également des règles précises pour l'enregistrement des enfants suivant une adoption internationale : ces règles ne seront pas présentées en détail dans ce document.

³⁰⁹ Les États prévoient souvent des pénalités en cas de non-respect de cette obligation : voir en outre la **partie A, section 1** (en particulier le para. 3), y compris en lien avec l'art. 7 de la CNUDE et les difficultés qui existent encore de manière générale concernant l'enregistrement des naissances avec exactitude, dans les délais et sans discrimination.

³¹⁰ Si cela vaut pour les États qui ont fourni des réponses au Questionnaire No 1, cela n'est pas forcément le cas dans le monde entier ; dans certains États, l'enregistrement des naissances de certaines minorités ethniques non nationales peut, en réalité, s'avérer difficile (voir en outre, *supra*, para. 3).

³¹¹ Cela est par ex. le cas en Suède. Cf. la Finlande où le système d'information sur la population finlandaise contient des informations de base concernant les citoyens finlandais *et* les ressortissants étrangers, à condition qu'ils aient leur domicile et leur résidence en Finlande (il existe même des cas exceptionnels dans lesquels il est possible d'enregistrer des ressortissants étrangers qui n'ont ni leur domicile ni leur résidence en Finlande).

³¹² Ce para. cherche à savoir si les autorités publiques compétentes exerceront leur compétence pour effectuer l'enregistrement *initial* de la naissance d'un enfant né à l'étranger ou pour effectuer cet enregistrement *nonobstant* l'existence d'un acte étranger. En outre, dans certains États et dans certains cas, il est également possible de « transcrire » un enregistrement de naissance *étranger* (en général un acte de naissance) dans les registres de l'État. Ceci est mentionné au para. 68.2) ; cette question se pose également quand ces États se voient présenter des actes de naissance étrangers (voir *infra*, para. 85 et s.).

enregistrer la naissance d'un enfant³¹³, le corollaire étant que cet enregistrement ne sera généralement pas possible quand une naissance a lieu à l'étranger. Ceci est notamment le cas au Canada (territoires de *common law*) ; cependant, dans certaines situations, si les parents résident au Canada mais que l'enfant est né à l'étranger, ils pourront obtenir une décision de filiation dans leur province, décision qui pourra ensuite être enregistrée dans les archives provinciales des statistiques de l'état civil³¹⁴.

2) Dans un autre groupe d'États, l'enregistrement suivant une naissance à l'étranger est possible à condition que l'un des parents légaux putatifs de l'enfant soit ressortissant de l'État d'enregistrement³¹⁵. Ceci peut découler du fait que, si l'enfant a un parent juridique ressortissant de l'État en question, l'enfant pourra prétendre (souvent de plein droit) à la nationalité (par filiation) de cet État³¹⁶. Ainsi, cette catégorie de réponses peut, de fait, être assimilée aux réponses du groupe des États qui ont déclaré qu'un enfant né à l'étranger pouvait être enregistré auprès des autorités de l'État dès lors qu'il était considéré comme un ressortissant de l'État en question³¹⁷. Quand cet enregistrement est possible, il est généralement permissif plutôt qu'obligatoire (c.-à-d. qu'il est éventuellement possible mais n'est pas imposé par les États, contrairement à la situation où la naissance a eu lieu sur le territoire de l'État). Il convient également de noter que, dans certains territoires de tradition civiliste, il est éventuellement aussi possible de demander la « transcription » d'un acte d'état civil (de naissance) *étranger* dans le registre de l'État³¹⁸. Cela est souvent possible lorsque l'enfant concerné par l'acte d'état civil étranger est considéré comme un ressortissant de l'État dans lequel la transcription est demandée et / ou est né d'un ressortissant, ou bien, dans un État, si l'enfant est domicilié dans l'État³¹⁹. Dans certains de ces États, la transcription des actes d'état civil étrangers se fera dans un registre central situé dans la capitale de l'État (plutôt qu'au niveau local ou municipal).

3) Dans un autre groupe d'États, il n'est en général pas permis d'enregistrer un enfant s'il est né à l'étranger, mais cela peut s'avérer possible dans certaines situations précises. Par exemple, dans un État, il est possible d'y enregistrer un enfant né à l'étranger si les parents ont l'intention d'y résider³²⁰. Dans d'autres États, l'enregistrement peut avoir lieu après une naissance à l'étranger si l'enfant n'a pas pu être enregistré dans l'État de naissance ou s'il est impossible d'obtenir des copies des actes d'état civil concernant la naissance³²¹.

4) Enfin, dans un État, l'autorité compétente avait pour pratique d'enregistrer une naissance à l'étranger à condition que la mère de l'enfant soit enregistrée dans le registre de la population³²². Toutefois, à compter du 1^{er} janvier 2014, les enfants nés hors du territoire de mères enregistrées dans le registre de la population suédois ne figureront pas dans le registre à la naissance. Les enfants seront désormais enregistrés dans le registre de la population une fois qu'ils *résideront* en Suède³²³.

³¹³ Par ex. en Australie (Australie-Méridionale), au Canada (territoires de *common law*, sous réserve de l'exception évoquée au para. 68.1)), au Chili, en Irlande (sous réserve de l'exception mentionnée, *infra*, dans la note 321), en Lituanie, à Maurice, en Norvège, en Nouvelle-Zélande, aux Pays-Bas, au Portugal, en Slovaquie et en Turquie.

³¹⁴ Voir la réponse du Canada (territoires de *common law*) à la Question 41.

³¹⁵ Par ex. en Australie (Victoria), en Colombie, en Croatie, au Japon, en Lettonie, à Monaco, au Portugal, en République dominicaine, en Roumanie, au Sri Lanka, en Suisse et en Uruguay.

³¹⁶ Voir *supra*, **partie A, section 1(f)** concernant l'acquisition de la nationalité par les enfants et, en particulier, voir para. 40 concernant les restrictions pouvant parfois s'appliquer si l'enfant est né à l'étranger.

³¹⁷ Par ex. la Belgique, le Brésil, la Colombie, El Salvador, la Hongrie, l'Islande, Israël, la Lettonie, le Mexique, Monaco, les Philippines, le Portugal, la République tchèque, la Roumanie, la Suisse. En Islande, cet enregistrement n'est possible que si la demande est déposée par un parent islandais ; si la demande est déposée par un père islandais non marié, la paternité juridique de l'enfant doit avoir été établie au préalable. Au Royaume-Uni (selon les recherches menées par le Bureau Permanent), il est possible d'enregistrer la naissance d'un enfant auprès des autorités britanniques une fois que l'enfant a été enregistré dans l'État de naissance si celui-ci peut prétendre de plein droit à la nationalité britannique à la naissance.

³¹⁸ Par ex. en Belgique (voir art. 48(1) du Code civil belge, qui dispose que « tout Belge, ou son représentant légal, peut demander qu'un acte de l'état civil [...] fait en pays étranger soit transcrit sur les registres de l'état civil [en Belgique] ») et au Canada (Québec) (art. 108 du Code civil).

³¹⁹ Par ex. en Belgique, la nationalité est déterminante ; au Canada (Québec), le domicile est le facteur de rattachement en vue de la transcription. Dans certains États, le ministère public peut également demander cette transcription (par ex. en Belgique, voir art. 48(2) du Code civil).

³²⁰ Australie (Nouvelle-Galles du Sud, Victoria, Australie-Méridionale). Dans certains cas, cet enregistrement est possible à condition que la naissance n'ait pas été enregistrée dans un autre état / territoire australien. L'enregistrement, le cas échéant, est possible mais n'est généralement pas obligatoire.

³²¹ Ceci est notamment le cas en Irlande si l'enfant est né d'un ressortissant domicilié dans l'État, ainsi qu'en Lettonie.

³²² Suède : Voir en outre la réponse de la Suède à la question 41.

³²³ Voir la réponse à la question 39.

69. Dans les cas où il est possible d'enregistrer la naissance d'un enfant né à l'étranger, il peut être possible (voire obligatoire, dans certains cas³²⁴) de procéder à cet enregistrement auprès du consulat ou de l'ambassade représentant l'État dans lequel l'enregistrement est souhaité dans l'État de naissance de l'enfant. Ceci est notamment le cas dans les États où les représentants diplomatiques ou consulaires sont habilités à exercer des fonctions d'officier d'état civil, ou quand ils sont au moins habilités à recevoir certaines déclarations et à les transmettre à l'officier d'état civil national compétent³²⁵. Dans d'autres États, ces représentants ne peuvent exercer que certaines fonctions précises en matière d'état civil et parfois seulement dans certains consulats ou ambassades précis. Dans d'autres États, le consulat ou l'ambassade fait uniquement office de « boîte aux lettres », c'est-à-dire de relais de l'information, ou se borne à informer les parents sur la façon d'enregistrer un enfant auprès des autorités compétentes dans leur « pays d'origine ».

Acceptation des reconnaissances volontaires de filiation juridique

70. Les règles exposant les circonstances dans lesquelles les autorités d'un État auront compétence pour accepter une reconnaissance volontaire de filiation juridique (le cas échéant³²⁶) varient considérablement d'un État à l'autre. Il convient de noter que si la reconnaissance intervient au moment de l'enregistrement initial de l'enfant, la compétence éventuelle des autorités pour accepter cette reconnaissance peut dépendre de la compétence des autorités pour enregistrer l'enfant dans l'absolu³²⁷.

71. Autrement, dans certains États, il n'est possible d'accepter une reconnaissance que si l'enfant est enregistré dans le registre des naissances de l'État en question³²⁸. Dans de nombreux autres États, il existe de multiples facteurs de rattachement quant à l'exercice de la compétence pour accepter cette reconnaissance, notamment si l'État en question est l'État de la résidence habituelle de l'enfant³²⁹, celui dont il a la nationalité³³⁰, où il a son domicile³³¹ et / ou où il est né³³² ; ou bien s'il s'agit de l'État de la résidence habituelle de l'auteur de la reconnaissance³³³, dont celui-ci a la nationalité³³⁴ et / ou où il a son domicile³³⁵. En outre, dans certains États, la compétence peut également reposer sur le fait que la mère avait sa résidence habituelle³³⁶ dans l'État, ou sur le fait que l'un des parents de l'enfant est domicilié dans l'État³³⁷. Là encore, on observe une division entre États s'agissant du moment auquel ces facteurs de rattachement doivent être établis, avec une répartition relativement équitable entre États ayant répondu que les critères applicables devaient être remplis à la date de naissance de l'enfant,

³²⁴ Par ex. au Guatemala ; en Serbie, il est possible d'enregistrer un enfant serbe né à l'étranger dans le registre de l'État uniquement si la naissance n'a pas été enregistrée auprès de la mission diplomatique ou du poste consulaire de l'État.

³²⁵ Par ex., si l'on souhaite faire enregistrer en Belgique une naissance survenue à l'étranger, cela peut être fait par les agents diplomatiques ou les consuls généraux, si des fonctions d'officier d'état civil leur ont été déléguées par le ministère des Affaires étrangères. À cet égard, l'art. premier de la loi belge du 12 juillet 1931 dispose que les agents diplomatiques exercent, de droit en ce qui concerne les citoyens belges, la fonction d'officier d'état civil dans tous les pays, conformément aux lois belges.

³²⁶ Ceci n'est pas applicable par ex. si, dans un État donné, les autorités publiques compétentes n'ont pas besoin d'accepter une reconnaissance (voir *supra*, para. 13.2 concernant les États dans lesquels une reconnaissance a seulement besoin d'être officiellement enregistrée).

³²⁷ À ce sujet, voir *supra*, para. 67 à 69.

³²⁸ Par ex. en Australie (Victoria, Queensland), en Lettonie et en Serbie (bien qu'il n'existe pas de règles précises, en général, la reconnaissance doit être effectuée par-devant l'officier d'état civil du lieu où l'enfant a été enregistré).

³²⁹ Par ex. dans les États suivants : Belgique, Brésil, Chili, Danemark, Finlande, Mexique, Norvège, Pologne, Suède, Suisse et Uruguay.

³³⁰ Chili, Colombie, Croatie, El Salvador, Finlande, Hongrie, Japon, Madagascar, Mexique, Monaco, Philippines, Pologne (l'auteur doit également être ressortissant polonais), Portugal, République dominicaine et République tchèque.

³³¹ Par ex. en Belgique, au Canada (Québec) et en Pologne.

³³² Par ex. en Belgique et en Suisse.

³³³ Par ex. dans les États suivants : Belgique, Chili, Danemark, Finlande, Japon (en cas de reconnaissance d'un enfant au Japon), Mexique, Norvège, Portugal, République dominicaine et Uruguay.

³³⁴ Par ex. dans les États suivants : Belgique, Chili, Colombie, Finlande, Japon, Mexique, Philippines, Pologne (l'enfant doit lui aussi être de nationalité polonaise) et Portugal.

³³⁵ Par ex. en Belgique.

³³⁶ Par ex. au Danemark et en Norvège (la mère est toujours la femme qui a donné naissance à l'enfant).

³³⁷ Par ex. au Canada (Québec), en Hongrie et en Lituanie, l'autorité aura compétence en matière de filiation si l'enfant ou l'un de ses parents est domicilié sur le territoire (ceci est le cas en Hongrie si les personnes ne sont pas de nationalité hongroise). En Suisse, les autorités suisses du domicile ou du lieu d'origine (d'où viennent les ancêtres) de la mère ou du père ont compétence pour recevoir une reconnaissance (ainsi que celles du lieu de la résidence habituelle et du lieu de naissance de l'enfant).

les autres déclarant qu'ils devaient l'être à la date de reconnaissance (ou à la date d'introduction de l'action s'il s'agit d'une contestation).

72. Il convient de noter que, dans certains États, les règles exposées *supra* sont les règles générales concernant la compétence internationale en matière de filiation qui s'appliquent également aux reconnaissances, tandis que dans d'autres États, des règles spécifiques s'appliquent à la reconnaissance de la filiation juridique³³⁸. Par ailleurs, dans les États où il est possible de procéder à une reconnaissance volontaire devant les tribunaux, leur compétence pour accepter cette reconnaissance peut dépendre des règles exposées *infra* concernant la compétence en matière de contestation de la filiation.

73. Les réponses au Questionnaire révèlent en outre une répartition relativement équitable entre les États dans lesquels les représentants consulaires et / ou diplomatiques de l'État à l'étranger sont habilités à accepter des reconnaissances volontaires de filiation juridique et ceux où cela n'est pas possible. Cette possibilité dépendra souvent de l'habilitation des représentants consulaires ou diplomatiques à exercer des fonctions d'officier d'état civil³³⁹. Dans les États où cela est possible, souvent, l'auteur de la reconnaissance et / ou l'enfant doivent être ressortissants de l'État pour que la reconnaissance soit acceptée par le consulat ou l'ambassade³⁴⁰.

(2) Règles en matière de loi applicable

Lorsque la filiation juridique résulte de la loi³⁴¹

74. De nombreux États ont déclaré que, lorsqu'ils enregistrent la naissance d'un enfant — que le dossier présente ou non des éléments d'extranéité — leurs autorités compétentes appliqueront toujours le droit interne de l'État (c.-à-d. le droit du for) à la question de l'identité du (des) parent(s) juridique(s) de l'enfant *par effet de la loi*³⁴². Il est intéressant de noter que ces États représentent à la fois les traditions civiliste et de *common law*.

75. Pour de nombreux autres États, si la situation présente des éléments d'extranéité, les règles de l'État en matière de loi applicable s'appliqueront pour déterminer quelle est la loi applicable à la question de la filiation juridique de l'enfant (ou, dans certains cas, uniquement à la paternité juridique³⁴³) résultant de la loi, la nationalité de l'enfant à sa date de naissance constituant un facteur de rattachement commun³⁴⁴. Toutefois, dans la plupart des États qui appliquent ce facteur de rattachement (mais pas dans tous), d'autres facteurs de rattachement peuvent également être pris en considération : la loi retenue est souvent celle qui est jugée être la plus avantageuse pour l'enfant (c.-à-d. que les facteurs de rattachement sont de même rang et que la loi applicable est déterminée en fonction de celle qui sert le mieux l'intérêt supérieur de l'enfant)³⁴⁵. Par exemple, en République tchèque, si l'enfant vit sur le territoire, la loi tchèque peut être appliquée si elle est avantageuse pour l'enfant. Au Canada (Québec), la loi du domicile de l'enfant, ou celle du domicile ou de la nationalité de l'un de ses parents à sa

³³⁸ Comparer, par ex. le Canada (Québec) et la Finlande, où les règles sont générales (cependant, des règles particulières supplémentaires s'appliquent aux reconnaissances en Finlande), avec la Belgique, qui est dotée d'une règle particulière pour les « reconnaissances ».

³³⁹ Voir *supra*, para. 69.

³⁴⁰ Par ex. en Belgique, au Chili, au Japon et en Pologne. Cf. la Norvège, où tout homme qui a sa résidence habituelle en Norvège peut reconnaître sa paternité auprès d'un représentant diplomatique ou consulaire norvégien.

³⁴¹ Ceci sera habituellement la même règle que dans le cas où, dans le contexte d'une contestation ou d'une déclaration de filiation, les autorités judiciaires (ou autre autorité compétente) examinent l'établissement de la filiation juridique *résultant de la loi*.

³⁴² Notamment l'Australie (Victoria, Queensland, Australie-Méridionale, Tasmanie), le Chili, la Colombie, la Croatie, le Danemark, El Salvador, le Guatemala, l'Irlande, l'Islande, Israël, la Lettonie, Maurice, le Mexique, la Norvège, la Nouvelle-Zélande, les Philippines, la République dominicaine et la Turquie.

³⁴³ Il convient de noter que, dans certains États, les règles en matière de loi applicable ne concernent que la *paternité* juridique d'un enfant (par ex. en Suède et en Finlande) : voir également *infra*, para. 78.

³⁴⁴ Par ex., il a été déclaré que cela constituait un facteur de rattachement au Canada (Québec), en Lituanie, en Hongrie, à Madagascar, en Pologne et en République tchèque. En Espagne, le facteur de rattachement est la loi personnelle de l'enfant, interprétée comme sa loi nationale ; si celle-ci ne peut être déterminée, c'est la loi de sa résidence habituelle qui s'applique.

³⁴⁵ La Hongrie a rapporté une situation différente à cet égard : c'est la loi personnelle de l'enfant à sa date de naissance qui s'applique pour établir la filiation juridique. La loi personnelle est établie selon un système en cascade, qui commence par la loi de l'État dont la personne concernée est ressortissante et offre d'autres choix en cas de pluralité de nationalité ou pour les personnes déplacées.

naissance peut s'appliquer pour établir la filiation, si elle est plus avantageuse pour l'enfant³⁴⁶. La nationalité de la personne souhaitant faire établir sa filiation juridique (également déterminée à la naissance de l'enfant) est aussi un facteur de rattachement commun, que ce soit à titre de règle applicable autonome ou à titre de possibilité parmi d'autres³⁴⁷.

76. Dans plusieurs États, la règle applicable n'est pas la même selon que les parents putatifs sont mariés ou non. Par exemple, aux Pays-Bas, si les parents putatifs sont mariés et de la même nationalité, la loi de l'État de leur nationalité s'appliquera pour déterminer la filiation juridique ; si les parents ne sont pas de la même nationalité, ce sera la loi de l'État de leur résidence habituelle commune ; à défaut, ce sera la loi de l'État de la résidence habituelle de l'enfant³⁴⁸. Au Japon, si les parents putatifs sont mariés, la loi nationale de l'un ou l'autre d'entre eux à la naissance de l'enfant détermine si l'enfant est considéré être né dans le mariage. Si un enfant est né hors mariage, c'est la loi nationale de chaque parent qui détermine si la filiation juridique résultant de la loi est établie en rapport avec chacun d'entre eux³⁴⁹. En Roumanie, si les parents putatifs sont mariés, la filiation juridique est établie conformément à la loi qui, à la date de naissance de l'enfant, régit les effets généraux du mariage. Si les parents putatifs ne sont pas mariés, c'est la loi de l'État de la nationalité de l'enfant à sa naissance qui s'applique.

77. Dans certains États³⁵⁰, ce n'est pas la nationalité mais la *résidence habituelle* de l'enfant qui constitue le premier facteur de rattachement pour déterminer la filiation. Toutefois, en Suisse, si aucun des parents n'est domicilié dans l'État de la résidence habituelle de l'enfant et que les parents et les enfants sont ressortissants du même État, c'est la loi de cet État qui s'appliquera³⁵¹. En Allemagne, la filiation de l'enfant peut aussi être déterminée par rapport à chaque parent par la loi de l'État de nationalité du parent en question, ou bien, si la mère est mariée, par la loi régissant les effets généraux du mariage. Ces facteurs de rattachement sont de même rang, l'intérêt supérieur de l'enfant étant généralement déterminant³⁵².

78. En Finlande et en Suède, les règles applicables ne sont établies qu'en rapport avec la paternité juridique, puisque la maternité juridique est toujours établie conformément à la maxime *mater est* (à cet égard, on peut dire que le droit du for s'applique systématiquement à la question de la maternité juridique)³⁵³. Pour déterminer la paternité juridique, en Finlande, le premier facteur de rattachement est la résidence habituelle de la mère, mais si l'enfant présente un lien plus étroit avec un autre État, compte tenu de toutes les circonstances, la paternité juridique peut être déterminée par la loi de cet État. En Suède, si l'enfant y était domicilié à sa naissance, cette question est toujours tranchée conformément au droit suédois³⁵⁴.

79. Dans certains États, les matières de statut personnel, y compris la filiation juridique, sont tranchées conformément à la loi du domicile personnel³⁵⁵.

80. On peut ainsi constater qu'il existe deux grandes tendances dans la position des États concernant les règles en matière de loi applicable dans ce contexte : (1) il existe une division entre les États qui envisageront d'appliquer la loi étrangère dès lors qu'une situation présente

³⁴⁶ Ceci est également le cas en Lituanie, où la loi du domicile de l'enfant à sa date de naissance, ou celle du domicile ou de la nationalité de l'un de ses parents à sa naissance peut également s'appliquer, si elle est plus avantageuse pour l'enfant.

³⁴⁷ Par ex. en Belgique, il s'agit d'une règle autonome : l'établissement de la maternité et de la paternité (ainsi que leur contestation) est régi par la loi de l'État dont la personne a la nationalité au moment de la naissance de l'enfant (ou, si la filiation résulte d'un acte volontaire, au moment de cet acte) ; voir art. 62 § 1^{er} de la loi portant le Code de droit international privé. Par contre, en Allemagne, au Canada (Québec), en Lituanie et au Japon, par ex. (cependant, voir la réponse entière à la question 42), c'est l'une des possibilités.

³⁴⁸ Voir la réponse à la question 42. La situation est similaire au Portugal, où l'établissement de la filiation juridique est régie par la loi personnelle du parent à la date où le lien est établi, ce qui correspond, dans le cas de parents putatifs mariés, à leur loi nationale commune ou, à défaut, à la loi de l'État de leur résidence habituelle conjointe ou, encore à défaut, à la loi personnelle de l'enfant (voir la réponse du Portugal à la question 42).

³⁴⁹ Des règles particulières s'appliquent aux reconnaissances : à ce propos, voir la réponse à la question 42 et, *infra*, les para. 82 et s..

³⁵⁰ En Allemagne et en Suisse.

³⁵¹ Suisse : voir la réponse à la question 42.

³⁵² Allemagne : voir la réponse à la question 42.

³⁵³ Voir la réponse de la Finlande à la question 42.

³⁵⁴ Autrement, un homme qui est ou a été marié à la mère de l'enfant sera considéré comme le père de l'enfant si cela résulte de la loi de l'État dont l'enfant était résident à la naissance ou, si personne d'autre n'est considéré comme le père en vertu de cette loi, si cela résulte de la loi de l'État dont l'enfant a acquis la nationalité à la naissance.

³⁵⁵ Par ex. au Brésil et au Canada (territoires de *common law*).

des éléments d'extranéité et ceux qui appliqueront systématiquement le droit du for lorsqu'ils sont appelés à déterminer la filiation juridique d'un enfant résultant de la loi ; et (2) dans les États où la loi étrangère peut être appliquée, la nationalité reste un facteur de rattachement essentiel dans grand nombre d'entre eux (souvent la nationalité de l'enfant, mais également celle des parents putatifs), bien que cela ne soit pas le cas partout, que de nombreux États retiennent aussi plusieurs facteurs de rattachement possibles et que le choix de la loi applicable soit fondé sur l'intérêt supérieur de l'enfant.

81. Il convient de noter que dans certains de ces États, l'application d'une loi étrangère désignée par ces règles en matière de loi applicable sera soumise à une clause d'ordre public (ou à d'autres exceptions)³⁵⁶.

Lorsqu'il y a reconnaissance volontaire

82. S'agissant de la loi applicable à une reconnaissance de filiation juridique fournie aux autorités publiques compétentes (le cas échéant³⁵⁷), là encore, dans un nombre important d'États, il a été déclaré que le droit du for s'appliquait pour déterminer la validité matérielle et / ou formelle de la reconnaissance³⁵⁸. Dans les États où il existe des règles en matière de loi applicable susceptibles d'entraîner l'application d'une loi étrangère, certains États, comme pour les règles de compétence internationale, appliquent les règles générales relatives à l'établissement de la filiation juridique aux reconnaissances de filiation³⁵⁹, tandis que d'autres États ont établi des règles particulières à cet égard. Toutefois, même dans les cas où ces règles générales s'appliquent, des règles supplémentaires peuvent s'appliquer aux reconnaissances volontaires concernant, entre autres : (1) la loi qui régit la forme de la reconnaissance et / ou (2) la loi qui régit la question des consentements à la reconnaissance³⁶⁰.

83. En général, que ce soit du fait de règles générales ou particulières en matière de loi applicable, dans de nombreux États, la forme de la reconnaissance doit être conforme à la loi désignée par la règle et / ou à la loi de l'État dans lequel l'acte est réalisé³⁶¹. S'agissant de la validité matérielle de la reconnaissance, les facteurs de rattachement que les États ont déclaré utiliser varient considérablement. Par exemple, ils incluent notamment les facteurs suivants³⁶² : nationalité de l'enfant³⁶³, résidence habituelle de l'enfant³⁶⁴, nationalité³⁶⁵ ou résidence habituelle de l'auteur³⁶⁶ et loi personnelle de l'enfant³⁶⁷. Dans certains États, lorsque divers facteurs de rattachement sont possibles, ceux-ci ont été déclarés s'appliquer soit

³⁵⁶ L'interprétation de l'exception d'ordre public dans les affaires concernant la filiation juridique est développée, *infra*, aux para. 98 et s..

³⁵⁷ Voir *supra*, note 326.

³⁵⁸ Par ex. dans les États suivants : Australie (Victoria, Queensland), Chili, Colombie, Danemark, El Salvador, Finlande, Guatemala, Irlande, Islande, Israël, Lettonie, Norvège, Nouvelle-Zélande, République dominicaine, Roumanie et Suède. En outre, la Hongrie, la Lituanie, Monaco, la Serbie et la Suisse ont déclaré que le droit du for pouvait s'appliquer pour déterminer la validité *formelle* de la reconnaissance.

³⁵⁹ Ceci est par ex. le cas en Allemagne, en Belgique, au Canada (Québec), en Pologne (cependant, dans le cas de la reconnaissance d'un enfant à naître, la loi applicable à la validité matérielle de la reconnaissance est la loi de la nationalité de la mère à la date de la reconnaissance) et en République tchèque.

³⁶⁰ Par ex. en Allemagne, en Belgique (dans certaines circonstances) et au Japon (lors de l'établissement d'un lien de filiation par reconnaissance, si l'obtention du consentement de l'enfant ou d'un tiers est requise en vue de la reconnaissance en vertu de la loi nationale de l'enfant à la date de la reconnaissance, cette exigence doit également être remplie).

³⁶¹ Ce qui est le cas par ex. en Allemagne, en Belgique et en République tchèque. Ceci était également la règle la plus courante dans le cas où il existait des règles particulières en matière de loi applicable régissant la validité formelle de la reconnaissance (par ex. en Finlande, en Hongrie — où les possibilités sont que les exigences formelles satisfassent soit le droit du for soit la loi de l'État dans lequel l'acte est réalisé —, en Pologne et en Suède).

³⁶² Par ex. au Japon, c'est la loi nationale du père à la date de naissance de l'enfant qui est appliquée, ou la loi nationale de l'auteur de la reconnaissance ou de l'enfant à la date de la reconnaissance. Il existe des exigences supplémentaires quant aux consentements (voir *supra*, note 360).

³⁶³ Par ex. Chili, Japon, Lituanie, Madagascar, Monaco, Pologne, Slovaquie, Suède et Suisse.

³⁶⁴ Par ex. Espagne (pour un apatride), Pays-Bas, Suisse et Uruguay.

³⁶⁵ Par ex. Croatie, Japon, Pays-Bas, Portugal, Serbie et Suisse.

³⁶⁶ Par ex. Canada (Québec) (les règles générales pourraient s'appliquer), Lituanie (la capacité du parent à reconnaître la filiation est régie par la loi de l'État de son domicile à la date de la reconnaissance) et Suisse.

³⁶⁷ Habituellement, des règles particulières déterminent quelle est la loi personnelle de l'enfant ; elle peut correspondre à la loi de la nationalité de l'enfant : c'est le cas par ex. en Hongrie (cependant, la reconnaissance d'un enfant à naître sera tranchée conformément à la loi personnelle de la mère à la date de la reconnaissance).

subsidiairement soit en « cascade », conformément au principe de « *favor recognitionis* »³⁶⁸. Là encore, on observe une répartition équitable entre États s'agissant du moment auquel ces facteurs de rattachement doivent être remplis : soit à la date de la naissance de l'enfant, soit à la date de la reconnaissance. Dans un État, il a été déclaré que la loi applicable pouvait changer puisque le facteur de rattachement (la résidence habituelle de l'enfant) pouvait lui-même changer. Dans ce cas, c'est en vertu de la nouvelle loi applicable qu'il sera décidé si le statut juridique acquis en vertu de l'ancienne loi applicable continuera d'exister³⁶⁹.

(b) Possibilité de reconnaissance de la filiation juridique déjà établie à l'étranger

84. Lorsqu'il s'agit d'étudier la possibilité de reconnaître la filiation juridique déjà établie à l'étranger, l'une des premières questions porte sur la nature du document émanant de l'État étranger et servant de fondement pour établir ou prouver la filiation juridique. En fonction des circonstances du dossier, divers actes peuvent être présentés aux autorités de l'État dans lequel la reconnaissance est souhaitée ; la nature de l'acte en question peut, dans certains États, jouer sur les règles applicables à sa reconnaissance ou sur sa reconnaissance dans l'absolu³⁷⁰. Cette section étudie les approches adoptées par les États envers les types d'actes suivants : actes de naissance, reconnaissances de filiation juridique et décisions de justice étrangers³⁷¹.

(1) Actes de naissance étrangers

85. Dans de nombreux États, l'un des premiers points qui doit être établi lorsqu'une personne souhaite se fonder sur un acte de naissance étranger est l'*authenticité* de cet acte. Parmi les méthodes les plus fréquemment utilisées pour établir l'authenticité d'un acte, citons la légalisation ou l'apposition d'une apostille³⁷². Cette question ne sera pas évoquée en détail dans cette Étude : il suffit de noter qu'il s'agit souvent d'une condition préalable à la présentation d'un acte de naissance étranger à titre de justificatif, quelle que soit l'approche adoptée par l'État en question parmi les approches décrites ci-dessous. Deuxième point qu'il convient de prendre en considération dès le début de cette section : la signification du terme

³⁶⁸ Par ex. en Allemagne, en Lituanie, aux Pays-Bas, en Pologne, en République tchèque et en Suisse. Aux Pays-Bas, la capacité d'une reconnaissance effectuée par un homme à établir des liens familiaux juridiques entre lui et un enfant, pour ce qui est de la capacité de l'homme à procéder à cette reconnaissance et des conditions y afférentes, sera déterminée par la loi de l'État dont l'homme a la nationalité. Si, en vertu de cette loi, une reconnaissance n'est pas ou plus possible, la loi de l'État de la résidence habituelle de l'enfant sera déterminante. Si, en vertu de cette loi-ci, une reconnaissance n'est pas non plus possible, la loi de l'État de la nationalité de l'enfant sera déterminante. Si, en vertu de cette dernière, une reconnaissance n'est pas ou plus possible, la loi de l'État de la résidence habituelle de l'homme sera déterminante (art. 10:95 du Code civil néerlandais).

³⁶⁹ Allemagne.

³⁷⁰ Voir par ex. *infra*, para. 86.3) : dans certains États, il est impossible de « reconnaître » un acte de naissance étranger, au sens de reconnaître la décision de l'autorité compétente étrangère concernant la filiation juridique attestée par l'acte. Par contre, les règles de l'État en matière de loi applicable sont utilisées pour déterminer la filiation juridique, ce qui revient de fait à déterminer de nouveau la filiation juridique. En comparaison, dans certains de ces États, une « approche fondée sur la reconnaissance » est possible s'il existe une décision de *justice* étrangère (sous réserve de certaines conditions).

³⁷¹ Il est reconnu que des décisions d'*adoption* peuvent être prononcées pour trancher les questions de filiation juridique d'un enfant, surtout dans le contexte des CMSI (à ce propos, voir *infra*, la **partie C**). Dans ce contexte, la question de la reconnaissance transfrontière d'une décision d'adoption peut se poser, ainsi que des questions complexes concernant l'applicabilité de la Convention de La Haye de 1993 sur l'adoption internationale. Ces questions ont été évoquées dans « Questions de droit international privé concernant le statut des enfants, notamment celles résultant des accords de maternité de substitution à caractère international », Doc. pré. No 11 de mars 2011 à l'intention du Conseil d'avril 211 sur les affaires générales et la politique de la Conférence (disponible sur le site de la Conférence de La Haye, à l'adresse < www.hcch.net >, sous la rubrique « Filiation / Maternité de substitution ») (ci-après, « Note préliminaire de 2011 ») - voir para. 2 (rappelant les Conclusions et Recommandations de la Commission spéciale de 2010 à cet égard) et 43). Ces questions ne sont pas traitées plus avant dans ce document.

³⁷² Il peut également y avoir des exigences de traduction (certifiée). Il existe des accords bilatéraux ou multilatéraux en la matière : voir par ex. la *Convention de La Haye du 5 octobre 1961 supprimant l'exigence de la légalisation des actes publics étrangers* (la « Convention Apostille »), ainsi que les travaux de la CIEC (< www.ciec1.org >). En outre, au sein de l'UE, la Commission européenne a proposé un règlement qui viserait à supprimer la légalisation et l'apostille entre États membres de l'UE pour certaines catégories de « documents publics » : voir également la « Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil visant à favoriser la libre circulation des citoyens et des entreprises en simplifiant l'acceptation de certains documents publics dans l'Union européenne, et modifiant le Règlement (UE) No 1024/2012 » (COM(2013) 228 final). Toutefois, les nouvelles règles proposées n'auraient pas d'effet sur la reconnaissance du *contenu* ni sur les *effets* des documents concernés (voir art. 2 de la proposition). Ces questions sont étudiées séparément par l'UE (voir le Livre vert de 2010, « Moins de démarches administratives pour les citoyens : Promouvoir la libre circulation des documents publics et la reconnaissance des effets des actes d'état civil », COM(2010) 747 final ; nous soulignons).

« reconnaissance » dans ce contexte, et son caractère approprié dans l'absolu, dépendra souvent de la position adoptée par l'État en question au sujet de la nature de la filiation et des actes de naissance³⁷³. De plus, dans certains États, des règles différentes peuvent s'appliquer en fonction de l'utilisation qu'il est souhaité faire d'un acte de naissance étranger : par exemple, une certaine règle peut s'appliquer si l'acte sert de *preuve* aux constatations de fait de l'autorité étrangère, tandis qu'une autre procédure (plus contraignante) peut être imposée si c'est la « pleine reconnaissance » de l'acte — c'est-à-dire la reconnaissance du lien juridique établi ou prouvé par l'acte — qui est demandée³⁷⁴.

86. Les réponses au Questionnaire No 1 révèlent les approches suivantes quant aux actes de naissance étrangers :

1) Dans une minorité d'États, il est possible de reconnaître un acte de naissance étranger ou, plus fréquemment, le (les) lien(s) juridique(s) qui y est (sont) consigné(s) (faisant que le lien en question peut produire ses effets), à condition que certaines conditions (procédurales) limitées précises soient remplies³⁷⁵. Aux Pays-Bas, par exemple, une disposition particulière de la loi sur le droit international privé (parentalité) (ci-après, « WCA »)³⁷⁶ expose les conditions à remplir pour qu'un « acte ou fait juridique » étranger soit reconnu (un acte de naissance étant considéré comme la confirmation d'un « fait juridique »). Ces conditions font que l'acte doit : (1) avoir été délivré par une autorité compétente ; (2) avoir été délivré à l'étranger ; (3) revêtir la forme d'un acte juridique ; (4) avoir été dressé conformément au droit local ; et (5) ne pas être contraire à l'ordre public néerlandais³⁷⁷. Dans d'autres États, les conditions à remplir pour qu'un acte d'état civil étranger produise ses effets sont notamment que le chef de compétence de l'autorité étrangère doit figurer parmi ceux établis par les règles de droit international privé de l'État procédant à la reconnaissance (c.-à-d. que la compétence fait l'objet d'une vérification, en sus des autres conditions et exceptions applicables)³⁷⁸.

2) Par contre, dans d'autres États, un acte d'état civil étranger — ou le lien juridique qu'il atteste — peut être « reconnu » (parfois de plein droit) mais uniquement si l'acte authentique étranger est valable *conformément à la loi applicable désignée par les propres règles de droit international privé de l'État en question*. Toutefois, l'application de la loi étrangère peut être refusée pour certains motifs précis. Ceci est notamment le cas en Belgique, où il est prévu qu'un acte authentique étranger concernant l'état civil puisse être transcrit dans le registre d'état civil ou fournir la base d'une inscription dans certains registres belges à condition que sa validité ait été établie conformément à la loi applicable désignée par la règle de droit international privé belge (cependant, cette loi ne peut être appliquée dans les cas où les exceptions de « fraude à la loi » ou d'« ordre public » s'appliquent)³⁷⁹. Toutefois, comme indiqué ci-dessus, une procédure différente (moins contraignante) peut être utilisée en Belgique si l'acte de naissance ne sert que de *preuve* à la constatation de faits par l'autorité étrangère³⁸⁰.

³⁷³ Voir *supra*, note 370.

³⁷⁴ Ceci est par ex. le cas en Belgique (voir *infra*, para. 86.2)).

³⁷⁵ En Allemagne, par ex., la reconnaissance d'une décision étrangère n'est possible que si l'on dispose d'une décision *judiciaire* étrangère et sous réserve de certains critères précis (voir *infra*, para. 92 et s.).

³⁷⁶ Art. 10 de la *Wet conflictenrecht afstamming* (14 mars 2002 « WCA »).

³⁷⁷ Cette dernière condition a causé des difficultés dans certaines affaires de CMSI (voir en outre *infra*, **partie C, section 2**).

³⁷⁸ Par ex. en Suisse, l'acte relatif à l'état civil sera consigné dans le registre suisse sur décision de l'autorité de tutelle cantonale, sous réserve des motifs de non-reconnaissance. Les règles sont les mêmes que la reconnaissance soit demandée pour un acte ou un jugement étranger. En Finlande, un jugement ou une décision de paternité étranger (la maternité juridique étant toujours déterminée par le droit du for sur la base de la règle *mater est*) prononcé dans un autre État sera reconnu sans formalité particulière s'il est valable dans l'État d'origine. Aux fins de la loi, un acte de naissance est considéré comme une « décision » (voir par ex. la décision du tribunal de district de Helsinki 13/5720, H 13/1040). Toutefois, il existe plusieurs motifs permettant de refuser la reconnaissance, notamment si la compétence ne reposait pas sur la résidence (habituelle), la nationalité de l'une des parties ou tout autre lien qui aurait donné à l'autorité un motif valable de traiter le dossier, et si la décision est contraire à l'ordre public finlandais. Au Danemark, il semble que l'acte de naissance étranger sera reconnu, sous réserve des exceptions d'ordre public, mais uniquement si la « [p]aternité selon l'acte de naissance étranger [...] [a] des effets juridiques équivalents à ceux de la paternité en vertu de la loi danoise ». En outre, des règles particulières s'appliquent entre pays nordiques ; elles sont évoquées, *infra*, aux para. 110 et 112.

³⁷⁹ Des critères d'authenticité (conformément à la loi au titre de laquelle l'acte a été établi) doivent également être remplis.

³⁸⁰ Voir art. 28 de la loi belge portant le Code de droit international privé. Cependant, même dans ce cas, les faits constatés par l'autorité étrangère ne sont pas pris en compte dans la mesure où ils produiraient un effet manifestement contraire à l'ordre public.

3) Dans de nombreux autres États, si une approche similaire à celle décrite au paragraphe 86.2) *supra* est adoptée en ce que ce sont les règles de l'État en matière de loi applicable³⁸¹ qui décideront de la loi applicable à la détermination de la filiation juridique, souvent sous réserve d'exceptions d'ordre public (et éventuellement d'autres exceptions), l'approche est légèrement différente : les règles en matière de loi applicable s'appliquent *nonobstant* l'existence d'un acte de naissance étranger (c.-à-d. qu'elles ne s'appliquent pas pour déterminer sa validité) et en ce sens, la filiation juridique est déterminée *de novo*, conformément à la loi applicable désignée³⁸². En outre, pour certains États (que ce soit en vertu de la législation ou de la pratique), tel que décrit *supra* aux paragraphes 74 et 82, le droit du for sera systématiquement la loi désignée applicable à la question de l'établissement de la filiation juridique (bien que certains de ces États puissent ne pas percevoir ou décrire cette règle comme une règle de « conflit de lois »)³⁸³.

Il convient de noter que, dans certains de ces États, il peut néanmoins être possible que l'acte de naissance étranger serve de *preuve* des faits qui y sont consignés. Dans certains États de *common law*³⁸⁴, par exemple, la filiation étant en premier lieu comprise comme une question factuelle³⁸⁵, il semble qu'un acte de naissance étranger soit (habituellement) traité comme la preuve factuelle de la filiation établie par l'autorité étrangère, plutôt que comme la preuve d'une conclusion de droit, qu'il y ait ou non « reconnaissance » par la suite. Si tant est qu'un acte de naissance étranger peut par conséquent produire des effets dans l'État s'il n'est pas contesté, puisque le droit du for est toujours applicable à la question de la filiation juridique dans ces États, si des éléments contraires (par ex. des tests ADN) prouvent que l'acte de naissance ne correspond pas à la filiation juridique qui serait établie par le droit du for, ce dernier déterminera la question de l'identité du (des) parent(s) juridique(s) de l'enfant.

4) Enfin, dans d'autres États³⁸⁶, un acte de naissance est considéré comme un « acte public » et, en tant que tel, s'il est valide dans son État d'origine et remplit les exigences légales de cet État, ainsi que d'éventuelles exigences de traduction et de légalisation, il peut être pris en considération dans l'État de réception et, dans certains États, il sera inscrit dans le registre d'état civil en conséquence³⁸⁷. Toutefois, les réponses de ces États n'ont pas toujours permis d'établir clairement si, dans ces États, cela permettait une « pleine reconnaissance » du *contenu* de l'acte (c.-à-d. du lien juridique établi par celui-ci) ou s'il s'agissait uniquement d'une reconnaissance à des fins de *preuve* (en l'absence de contestation). Dans certains de ces États, il a été déclaré qu'il n'existait pas de critère d'ordre public permettant à l'État de refuser d'accepter l'acte étranger³⁸⁸, tandis que dans d'autres, l'ordre public est cité comme motif permettant aux autorités de refuser que l'acte de naissance produise ses effets sur le territoire de leur État³⁸⁹.

³⁸¹ Décrites, *supra*, aux para. 74 à 83.

³⁸² Dans ces États, il est souvent dit que l'acte de naissance est sans « effet constitutif » : ceci est le cas par ex. en Allemagne, en République tchèque et en Suède. En République tchèque, un acte de naissance étranger, s'il est légalisé conformément aux procédures prescrites, pourra servir de *preuve* dans l'État. Toutefois, la détermination de la filiation se fait conformément aux règles en matière de loi applicable.

³⁸³ Par ex. en Israël, Norvège et Nouvelle-Zélande. Bien qu'Israël et la Nouvelle-Zélande ne perçoivent peut-être pas que leur approche consiste à appliquer une règle « en matière de loi applicable », dans un certain sens, le choix du droit du for pourrait être interprété comme tel.

³⁸⁴ Par ex. en Irlande ; au Canada (territoires de *common law*), une approche légèrement différente est adoptée : un acte de naissance étranger ne sera admis à titre de preuve que si une expertise confirme : (1) que l'acte a été conservé au titre d'une obligation incombant à une autorité publique ; et (2) que l'acte serait admis à titre de preuve dans l'État étranger (son authenticité peut être prouvée par l'attestation d'un avocat exerçant sur le territoire étranger ou par une authentification de l'ambassade du territoire étranger au Canada). Si tel est le cas, l'acte de naissance constitue une preuve des faits qui y sont consignés (mais de manière présumée, par conséquent, tant que les faits n'ont pas été remis en cause par des preuves contraires).

³⁸⁵ Contrairement, par ex., à la question de la légitimité, qui peut être considérée comme une conclusion de droit dans certains États de *common law* (à condition que cette notion existe encore).

³⁸⁶ Par ex. dans les États suivants : Chili, Colombie, Fédération de Russie, Guatemala, Hongrie, Japon, Lituanie, Maurice, Mexique, Portugal, République dominicaine, Slovaquie.

³⁸⁷ Selon que l'autorité soit compétente pour effectuer cette transcription (voir *supra*, para. 67 et s.). En Lituanie, par ex., il est déclaré que « dans le cas où un acte de naissance étranger indique le nom des parents d'un enfant, le bureau d'état civil [...] ne contestera pas l'origine de l'enfant » (traduction du Bureau Permanent) ; en outre, les parents d'un enfant peuvent contacter le bureau d'état civil et lui présenter un acte de naissance étranger contenant de nouveaux renseignements concernant le père, ajoutés suite à une reconnaissance volontaire étrangère et, sous réserve d'authentification et de traduction, le registre et l'acte de naissance lituaniens seront modifiés en conséquence.

³⁸⁸ Par ex. au Chili et en Colombie.

³⁸⁹ Par ex. au Japon et au Portugal.

87. Dans un grand nombre des États dans lesquels la reconnaissance de l'acte de naissance est possible, cette reconnaissance intervient de plein droit ou sans formalité particulière³⁹⁰. Toutefois, dans certains États, il a été déclaré qu'un acte d'état civil étranger ne pouvait être considéré valable dans l'État qu'après avoir été reconnu comme tel par un tribunal³⁹¹.

(2) Reconnaisances de filiation juridique effectuées à l'étranger

88. Pour ce qui est des reconnaissances volontaires de filiation juridique effectuées à l'étranger, les réponses au Questionnaire No 1 démontrent que de nombreux États appliquent souvent la même approche de base par rapport aux reconnaissances étrangères que celle qu'ils appliquent aux actes de naissance étrangers (c.-à-d. que les quatre catégories d'approches des États décrites *supra* au para. 21 s'appliquent également à cet égard)³⁹². Néanmoins, il existe tout de même des variations³⁹³. Par exemple, aux Pays-Bas, si une reconnaissance étrangère peut être reconnue dans les mêmes conditions qu'un acte de naissance étranger, dans le contexte des reconnaissances, la législation précise deux circonstances particulières dans lesquelles il peut être refusé de les reconnaître pour des motifs d'ordre public³⁹⁴. En outre, s'agissant des États dans lesquels une forme de reconnaissance est possible sous réserve d'une « vérification » de la compétence internationale (voir *supra*, para. 86.1)), différents chefs de compétence internationale peuvent s'appliquer dans le cas d'une reconnaissance étrangère³⁹⁵.

89. Dans les États où les règles en matière de loi applicable concernant la filiation juridique s'appliquent pour déterminer la filiation juridique *nonobstant* l'existence d'un acte de naissance étranger, on peut dire que certains États adoptent une approche légèrement différente pour ce qui est des reconnaissances étrangères (plus proche de celle décrite *supra* au para. 86.2)) : en effet, l'État en question vérifiera si la reconnaissance de filiation juridique effectuée à l'étranger établit la filiation juridique au titre des règles de droit matériel applicables en vertu de la règle de droit international privé de l'État (et des règles particulières peuvent s'appliquer concernant la loi applicable à la forme de l'acte juridique)³⁹⁶. En outre, dans certains États, des règles particulières en matière de loi applicable s'appliquent aux reconnaissances volontaires étrangères, même si dans d'autres, la règle en matière de loi applicable est une règle

³⁹⁰ Par ex. en Belgique (la reconnaissance n'est soumise à aucune formalité si les conditions du code sont remplies, mais une formalité est prévue pour déclarer la force exécutoire de l'instrument) ; aux Pays-Bas (il est déclaré que la reconnaissance intervient « de plein droit » si les conditions correspondantes sont remplies).

³⁹¹ Par ex. au Brésil, au Canada (Québec) et aux Philippines. Au Canada (Québec), un acte d'état civil peut être inséré dans le registre au Québec (quand il y a compétence à cet effet ; voir *supra*, para. 67 et s.) mais il ne sera considéré comme un acte pleinement authentique qu'une fois que sa validité aura été reconnue par le tribunal conformément aux conditions prévues par la loi.

³⁹² À savoir : (1) les États qui reconnaissent les reconnaissances sous réserve seulement de conditions limitées, généralement procédurales — voir *supra*, para. 86.1) ; (2) les États qui reconnaissent les reconnaissances étrangères en fonction de leur validité, selon leurs propres règles en matière de loi applicable (mais ces règles peuvent être différentes en cas de reconnaissance volontaire — voir *supra*, para. 82 et 83) ; (3) les États qui déterminent la question de nouveau, selon leurs règles en matière de loi applicable (cependant, certains peuvent adopter une approche différente pour les reconnaissances — voir *infra*, para. 90) ; au Canada (territoires de *common law*), dans le cadre d'une procédure de contestation, une reconnaissance écrite de paternité est une preuve *prima facie* de la filiation et il est pensé que ceci s'appliquerait également aux reconnaissances volontaires étrangères — toutefois, dans un cas, la loi étrangère (polonaise) a été de fait appliquée pour trancher la question de la paternité dans le contexte d'une procédure en matière d'obligations alimentaires, voir *Szostek c. Szostek*, 2012 ONCJ 254 (CanLII) — ; et (4) les États qui appliquent une approche d'« acte public » (voir *supra*, para. 86.4)).

³⁹³ Aux Pays-Bas, la disposition expliquée, *supra*, au para. 86.1) concernant la reconnaissance des « faits juridiques » étrangers s'applique également à la reconnaissance des « actes juridiques » étrangers (une reconnaissance étrangère étant considérée comme un acte juridique). Comme pour le fait juridique étranger, l'acte juridique doit toutefois avoir été « consigné dans un acte délivré par une autorité compétente conformément à la réglementation locale ». Les conditions exposées, *supra*, au para. 86.4) s'appliquent également à la reconnaissance.

³⁹⁴ Ces circonstances sont les suivantes : (1) si l'enfant a été reconnu par une personne de nationalité néerlandaise qui, en vertu de la loi néerlandaise, n'aurait pas eu la capacité de le faire ; ou (2) si, pour ce qui est du consentement de la mère de l'enfant, les exigences établies par la loi applicable en vertu des règles de droit international privé néerlandaises ne sont pas remplies.

³⁹⁵ En Suisse, par ex., les autorités étrangères doivent s'être déclarées compétentes pour accepter la reconnaissance au motif que ce sont les autorités de l'État de la résidence habituelle ou de la nationalité de l'enfant, ou de l'État du domicile ou de la nationalité de la mère ou du père.

³⁹⁶ Ceci est par ex. l'approche adoptée en Allemagne ; elle est légèrement différente puisque c'est la reconnaissance en soi qui est prise en compte, quoique conformément à la loi applicable désignée par la règle de droit international privé allemande. Ce n'est pas le cas pour la plupart des États qui appliquent systématiquement le droit du for (et continuent de trancher de nouveau la question). Cf. l'Islande qui applique le droit du for mais apparemment pour déterminer la validité de la reconnaissance (voir la réponse à la Question 50).

générale³⁹⁷. Par exemple, en Suède, une reconnaissance étrangère de paternité sera acceptée à condition d'être valable en vertu de la loi de l'État où l'enfant ou l'auteur de la reconnaissance était domicilié ou dans un État dont l'un ou l'autre était ressortissant, et à condition en outre de satisfaire aux exigences formelles de l'État dans lequel elle a été effectuée³⁹⁸.

90. Dans certains États, toutefois, les règles qui s'appliquent aux reconnaissances volontaires étrangères sont très différentes de celles qui s'appliquent pour déterminer la filiation juridique résultant de la loi. En Norvège, par exemple, tandis que le droit du for s'appliquera systématiquement pour déterminer la filiation juridique résultant de la loi (nonobstant l'éventuelle existence d'un acte de naissance étranger), s'il existe une reconnaissance volontaire étrangère, les autorités compétentes norvégiennes pourront, sur demande, prononcer une décision quant à sa reconnaissance. Pour que la reconnaissance étrangère soit reconnue, elle doit être « similaire » à une reconnaissance norvégienne, c'est-à-dire qu'elle doit pouvoir « remplacer » une reconnaissance norvégienne. Toutefois, la reconnaissance peut être refusée pour des motifs d'ordre public³⁹⁹. Par ailleurs, en Finlande, même si une décision étrangère (y compris un acte de naissance étranger) peut être reconnue (sous réserve de certaines exceptions précises), une reconnaissance étrangère sera considérée comme valable à condition d'être conforme aux exigences de forme et de procédure prévues par la loi de l'État dans lequel elle a été effectuée.

91. Comme pour les actes de naissance étrangers, dans un grand nombre des États dans lesquels une reconnaissance étrangère peut être reconnue, cette reconnaissance intervient de plein droit ou sans formalité particulière. Toutefois, dans certains États, une décision de justice⁴⁰⁰ ou une décision d'une autorité supérieure est nécessaire pour que la transcription d'une reconnaissance étrangère puisse intervenir⁴⁰¹.

(3) Décisions de justice étrangères

92. Cette section étudie la façon dont les États abordent les décisions de justice étrangères concernant la filiation juridique dans des circonstances où les instruments bilatéraux, régionaux ou internationaux ne s'appliquent pas⁴⁰². En général, les réponses au Questionnaire No 1 révèlent qu'il y a bien plus de cohérence dans leurs approches à cet égard que dans leurs approches des actes authentiques étrangers (c.-à-d. des actes de naissance et reconnaissances étrangers). Cela est dû au fait que la plupart des États appliquent une forme de « reconnaissance » aux décisions judiciaires étrangères et qu'il existe une plus grande similitude en termes de procédure et de conditions de reconnaissance⁴⁰³.

93. En ce qui concerne les aspects de procédure, dans certains États, la reconnaissance peut intervenir de plein droit dès lors que les conditions prévues par la loi sont remplies⁴⁰⁴, mais dans la majorité des États, une procédure de reconnaissance (le plus souvent judiciaire) doit être suivie s'il n'existe pas d'accord bilatéral ou autre avec l'État étranger⁴⁰⁵. Dans d'autres

³⁹⁷ Par ex. en Suède, en Hongrie (la reconnaissance d'un enfant par le père sera tranchée conformément à la loi personnelle de l'enfant à la date de reconnaissance, tandis que la reconnaissance d'un enfant déjà conçu mais pas encore né sera tranchée conformément à la loi personnelle de la mère à la date de reconnaissance. Le ministère de l'Administration publique et de la Justice doit également examiner la reconnaissance et exprimer un avis officiel quant à son acceptabilité).

³⁹⁸ Certaines exceptions s'appliquent en sus, notamment si la reconnaissance est « manifestement erronée ».

³⁹⁹ Toutefois, au vu de la rigueur des règles / conditions de reconnaissance prévues par la loi norvégienne, la reconnaissance ne sera généralement pas accordée dans les affaires de maternité de substitution (mais pas forcément pour des motifs d'ordre public).

⁴⁰⁰ Par ex. au Guatemala.

⁴⁰¹ Par ex. en Hongrie.

⁴⁰² Ceux-ci sont évoqués, *infra*, dans la **partie B, section 2**.

⁴⁰³ Les États suivants peuvent reconnaître un jugement étranger en matière de filiation juridique, sous réserve de conditions / d'exceptions précises : Allemagne, Belgique, Brésil, Canada (territoires de *common law*, Québec), Chili, Colombie, Danemark, Espagne, Finlande, Hongrie, Japon, Lituanie, Maurice, Mexique, Monaco, Norvège (paternité uniquement), Pays-Bas, Pologne, Portugal, République tchèque, Serbie, Suède, Suisse et Uruguay.

⁴⁰⁴ Par ex. en Allemagne, en Belgique (la reconnaissance résulte de la loi mais une déclaration d'exequatur doit être obtenue du tribunal à des fins d'exécution de la décision), en Espagne (il n'y a contrôle accessoire qu'en cas de procédure par consentement mutuel), en Finlande, au Japon, aux Pays-Bas, en Pologne, au Portugal (si la décision concerne un enfant étranger) et en Suède (sauf si l'autorité publique ou une partie demande un examen judiciaire).

⁴⁰⁵ Par ex. dans les États suivants : Brésil, Canada (Québec) (pour l'établir en tant qu'acte pleinement authentique), Colombie, Espagne (si la procédure a été contestée), Guatemala, Hongrie (aucune formalité particulière n'est obligatoire, mais elle peut être demandée), Lituanie, Madagascar, Maurice, Mexique, Monaco,

États, il peut y avoir une différence s'agissant de la procédure requise, selon que la procédure dans l'État étranger a été contestée ou s'est déroulée par consentement mutuel⁴⁰⁶, ou selon que la procédure étrangère concernait un ressortissant de l'État procédant à la reconnaissance ou pas⁴⁰⁷. Dans de nombreux États, certaines mesures visant à établir l'authenticité du jugement peuvent être requises, ainsi qu'une traduction⁴⁰⁸ : dans certains États, il peut suffire que le jugement satisfasse les conditions nécessaires à l'établissement de son authenticité en vertu de la loi de l'État dans lequel il a été prononcé⁴⁰⁹.

94. En ce qui concerne les conditions de reconnaissance, dans la plupart des États, l'une des premières exigences se rapporte aux chefs de compétence du tribunal étranger⁴¹⁰. Si le tribunal, en se déclarant compétent, ne respecte pas les exigences de l'État procédant à la reconnaissance, le jugement ne pourra pas être reconnu. Les États appliquent divers degrés de rigueur à cet égard : par exemple, certains États exigent uniquement que l'affaire présente un lien suffisant ou raisonnable avec l'État étranger⁴¹¹, tandis que d'autres prévoient des chefs de compétence précis qui doivent avoir été respectés ou renvoient aux chefs de compétence prévus par leur règle de droit international privé relative à la compétence en matière de filiation⁴¹². En outre, dans de nombreux États, si l'État dans lequel la reconnaissance est demandée établit qu'il avait « compétence exclusive » pour connaître du litige (ce qui sera le cas dans plusieurs États si l'état civil d'un ressortissant est en jeu), la reconnaissance du jugement étranger peut ne pas être permise⁴¹³. Dans certains États, cette reconnaissance peut être soumise au « principe d'équivalence » (c.-à-d. que la reconnaissance de la décision est possible à condition que la loi étrangère ait produit des effets similaires à ceux qui auraient été produits en vertu de la loi applicable qui aurait été désignée dans l'État procédant à la reconnaissance)⁴¹⁴.

95. Les États peuvent qualifier d'autres exigences communes de conditions de reconnaissance ou de motifs de non-reconnaissance ; il peut exister un degré important de cohérence entre États à cet égard (si ce n'est toujours dans les détails, au moins s'agissant des motifs qui s'appliquent). Par exemple, la reconnaissance peut être refusée dans les cas suivants :

- 1) La décision étrangère prononcée est contraire aux principes fondamentaux de régularité de la procédure légale : par exemple, une partie n'a pas été informée de la procédure étrangère ou n'a pas eu la possibilité d'être entendue dans la procédure étrangère⁴¹⁵ ;
- 2) La décision étrangère n'est pas définitive / concluante⁴¹⁶ ;

Portugal (si la décision concerne un enfant portugais), République tchèque, Serbie, Slovaquie (la loi applicable désignée régit la procédure et les conditions de reconnaissance), Suisse (autorité de tutelle cantonale), Turquie et Uruguay.

⁴⁰⁶ Par ex. en Espagne où la procédure diffère selon que le jugement a été obtenu par consentement mutuel ou à l'issue d'une procédure contestée.

⁴⁰⁷ Par ex. au Portugal, il n'est pas nécessaire de suivre une procédure de reconnaissance pour faire enregistrer des décisions concernant le statut juridique d'un ressortissant étranger. Toutefois, si une décision étrangère concerne un ressortissant portugais, la procédure de reconnaissance devient obligatoire. En République tchèque, si toutes les parties étaient ressortissantes de l'État étranger à la date de la décision, celle-ci produira ses effets en République tchèque sans autre formalité (sous réserve d'une exception d'ordre public).

⁴⁰⁸ Par ex. dans les États suivants : Brésil, Canada (Québec), Colombie, Lituanie, Mexique, Monaco, Portugal, Serbie et Turquie.

⁴⁰⁹ Par ex. en Belgique (la législation précise en outre les documents à produire à des fins de reconnaissance, notamment une copie du jugement satisfaisant les conditions nécessaires pour établir son authenticité en vertu de la loi de l'État dans lequel il a été prononcé) et au Brésil.

⁴¹⁰ Ceci peut être décrit comme une condition de reconnaissance ou comme un motif permettant de la refuser.

⁴¹¹ Par ex. les Pays-Bas (absence de « lien suffisant » avec l'État étranger) et la Suède (« motifs raisonnables pour que l'action soit jugée dans l'État étranger »).

⁴¹² Par ex. les États suivants : Allemagne, Canada (Québec), Canada (territoires de *common law*), Espagne, Finlande, Hongrie (s'applique si le tribunal hongrois est compétent ; dans le cas contraire, il n'y a pas de « vérification » mais les motifs de non-reconnaissance continuent de s'appliquer), Japon, Lettonie, Madagascar, Monaco, Portugal et Suisse.

⁴¹³ Par ex. dans les États suivants : Belgique, Colombie, Hongrie (compétence exclusive dans les affaires concernant le statut de ressortissants, sauf si l'État ayant prononcé la décision est celui du domicile ou de la résidence du père et de l'enfant), Lituanie, Pologne, Portugal, Serbie, Slovaquie et Turquie.

⁴¹⁴ Par ex. en Lituanie, en République tchèque (si la procédure concerne un ressortissant tchèque) et en Serbie. Au Danemark et en Norvège, s'agissant des décisions relatives à la paternité juridique, entre autres critères, la décision étrangère doit être « similaire » (Norvège) ou produire les mêmes effets juridiques (Danemark) qu'une décision de paternité de leur État.

⁴¹⁵ Des règles similaires s'appliquent par ex. dans les États suivants : Allemagne, Belgique, Brésil, Canada (territoires de *common law*, Québec), Colombie, Espagne, Finlande, Hongrie, Japon, Lettonie, Lituanie, Monaco, Pays-Bas, Pologne, Portugal, République tchèque, Serbie, Slovaquie, Suède, Suisse et Turquie.

⁴¹⁶ Des règles identiques ou similaires s'appliquent par ex. dans les États suivants : Belgique, Canada (Québec), Espagne, Hongrie (à titre de condition plutôt que de motif de non-reconnaissance), Lettonie, Lituanie, Madagascar, Monaco, Pologne, Portugal, République tchèque, Serbie, Slovaquie, Suède et Suisse.

3) La décision étrangère contredit une décision définitive antérieure de l'État procédant à la reconnaissance ou une décision d'un État tiers déjà reconnue ou pouvant être reconnue par cet État⁴¹⁷ ;

4) La même procédure est en instance entre les mêmes parties dans l'État procédant à la reconnaissance (ou, dans certains cas, dans un autre État) et a été introduite avant la procédure étrangère (litispendance)⁴¹⁸ ;

5) La décision étrangère est contraire à l'ordre public de l'État (voir la section suivante)⁴¹⁹. Dans certains États, il existe également une exigence de réciprocité ; cependant, en fonction des règles de l'État en question, il se peut que l'absence de réciprocité ne joue que sur le caractère contraignant des conditions et / ou de la procédure de reconnaissance⁴²⁰. Dans d'autres États, au contraire, il est explicitement déclaré que ce n'est pas un motif permettant de refuser la reconnaissance d'un jugement⁴²¹. En outre, dans un groupe d'États, la reconnaissance (au sens de la modification d'un acte de naissance existant en fonction d'un jugement étranger) est souvent soumise à la condition que la décision étrangère soit « fondamentalement équivalente » à une déclaration nationale de filiation mais peut être refusée si, en sus des points évoqués plus haut, des preuves qui n'étaient pas disponibles pendant la procédure étrangère le deviennent⁴²². Dans un État, il a été expressément indiqué que la reconnaissance de la décision étrangère pouvait être refusée si elle était contraire à une reconnaissance volontaire antérieure de filiation⁴²³.

96. Ce n'est que dans une petite minorité d'États qu'il a été déclaré que la reconnaissance d'un jugement étranger en matière de filiation serait refusée si la loi appliquée par l'État étranger était différente de celle qui l'aurait été en vertu des règles de l'État procédant à la reconnaissance en matière de loi applicable (ou si le résultat obtenu devant la juridiction étrangère était différent de celui qui aurait été obtenu en vertu de la loi désignée par les règles de droit international privé de l'État procédant à la reconnaissance)⁴²⁴. En outre, aux Pays-Bas, il est explicite que la reconnaissance ne peut être refusée pour ce motif pour des raisons d'ordre public, même lorsqu'un ressortissant néerlandais est concerné.

97. Il convient de noter que dans certains États, il a été déclaré que même lorsqu'il existe un jugement étranger, la question de la filiation juridique peut toujours être tranchée de nouveau en vertu du droit du for⁴²⁵. Cela est également vrai dans certains États pour ce qui est des jugements relatifs à la maternité juridique : il a été déclaré que le droit du for s'appliquerait toujours à la question de la maternité juridique, faisant que la mère de naissance sera toujours considérée comme la mère juridique, quel que soit le contenu d'un éventuel jugement étranger (ce qui est également interprété comme une question d'ordre public dans certains États, plutôt que comme une question de loi applicable — voir *infra*)⁴²⁶.

(4) Interprétation de l'exception d'« ordre public »⁴²⁷

⁴¹⁷ Des règles similaires s'appliquent par ex. dans les États suivants : Allemagne, Belgique, Canada (Québec), Finlande, Hongrie, Lettonie, Lituanie, Pays-Bas, Pologne, Portugal, République tchèque, Serbie, Slovaquie, Suède et Suisse.

⁴¹⁸ Des règles similaires s'appliquent par ex. dans les États suivants : Allemagne, Belgique, Canada (Québec), Colombie, Finlande, Hongrie, Lettonie, Madagascar, Pologne, Suède et Suisse.

⁴¹⁹ Des règles similaires s'appliquent par ex. dans les États suivants : Allemagne, Belgique, Brésil, Canada (territoires de *common law*, Québec), Colombie, Danemark, Espagne, Finlande, Japon, Lettonie, Lituanie, Madagascar, Maurice, Mexique (incompatible avec les lois internes, ou constitutive de fraude), Monaco, Norvège, Pays-Bas, Pologne, Portugal, République tchèque, Serbie (non applicable si le jugement concerne des ressortissants de l'État étranger), Slovaquie, Suisse et Turquie.

⁴²⁰ Par ex. à Monaco où, en l'absence de réciprocité, le jugement peut être révisé au fond. L'absence de réciprocité empêche la reconnaissance dans les États suivants : Allemagne, Chili, Espagne (si la procédure étrangère a été contestée) et Japon.

⁴²¹ Par ex. en Serbie, concernant les jugements prononcés en matière familiale ou relatifs à la paternité ou à la maternité.

⁴²² Canada (territoires de *common law*) : voir la réponse aux questions 51 et 52.

⁴²³ Suède.

⁴²⁴ Voir par ex. les réponses à la question 51 données par la Lettonie (« lors du prononcé du jugement du tribunal étranger, la loi de l'État n'a pas été appliquée comme elle aurait dû l'être conformément aux règles de conflit de lois lettones ») et par Madagascar (« si l'application de la loi désignée par les règles concernant le statut personnel avait eu le même résultat »).

⁴²⁵ Par ex. en Irlande et en Nouvelle-Zélande.

⁴²⁶ Par ex. en Norvège.

⁴²⁷ Le terme « ordre public » est utilisé dans cette Étude par commodité, mais il est admis que les États peuvent utiliser une terminologie différente dans leurs lois. La question de l'ordre public a occupé une place importante dans certaines affaires de CMSI ; la jurisprudence correspondante est analysée plus loin (voir *infra*, **partie C, section 2**).

98. Entre États, on discerne des interprétations communes de l'ordre public lorsqu'il s'agit de décider s'il convient de reconnaître la filiation juridique établie à l'étranger ou s'il convient d'appliquer la loi étrangère à la question de la filiation juridique (en fonction de l'approche adoptée par l'État en question). En termes généraux, pour de nombreux États, l'exception d'ordre public vise à prévenir la reconnaissance d'actes ou de faits juridiques conclus ou survenus à l'étranger — ou l'application de la loi étrangère — si la reconnaissance ou les effets de la loi étrangère aboutissent à une situation contraire aux principes et valeurs fondamentaux de l'État⁴²⁸. Toutefois, la façon précise dont cette notion est interprétée dans les États dépendra justement souvent de la définition des « principes et valeurs fondamentaux » du système juridique en question. Dans certains États, il a été déclaré que la notion d'ordre public était interprétée au sens strict et, en particulier, qu'il ne suffisait pas que l'affaire fût tranchée différemment en vertu du droit du for⁴²⁹. Au lieu de cela, pour être contraire à l'ordre public, la reconnaissance de la décision étrangère ou l'application de la loi étrangère doit violer des principes / droits *indispensables* de l'État et / ou doit être *manifestement* incompatible avec ces principes⁴³⁰.

99. Dans certains États, l'application de l'ordre public dans une situation donnée dépendra de la vigueur du lien entre la situation et le système juridique en question, ainsi que de la gravité de l'effet qu'aurait la reconnaissance ou l'application de la loi étrangère⁴³¹. Dans certains États, par exemple, dans le contexte de l'établissement de la filiation juridique, si l'effet d'une décision étrangère est contraire aux principes fondamentaux de l'État, il sera plus probable que l'ordre public s'applique si la décision se rapporte au statut d'un ressortissant de l'État procédant à la reconnaissance que si elle concerne un non-ressortissant⁴³². Dans d'autres États, dans le contexte de la reconnaissance de décisions étrangères ou de l'application de la loi étrangère, l'« ordre public *international* » par opposition à l'« ordre public *national* » s'appliquera, cette notion pouvant avoir une signification plus précise (dans un État, il est dit qu'elle recoupe « les principes qui se distinguent par leur universalité et protègent les valeurs les plus importantes »)⁴³³.

100. En termes d'application de ces principes généraux aux questions de filiation juridique, plusieurs États ont fait remarquer qu'une décision ou disposition légale étrangère (en fonction de l'approche adoptée) en vertu de laquelle une mère autre que la mère de naissance est la mère juridique d'un enfant à *la naissance* serait contraire à l'ordre public⁴³⁴ : en d'autres termes, le fait que la mère qui accouche d'un enfant soit sa mère juridique en premier lieu est une question d'ordre public⁴³⁵. Un État a déclaré que, pour cette raison, les ordonnances déclaratives *antérieures* à la naissance prononcées aux États-Unis d'Amérique dans des affaires de maternité de substitution, en vertu desquelles les parents d'intention sont déclarés être les parents légaux d'un enfant, ne seraient pas reconnues⁴³⁶. Un autre État a fait remarquer que, pour cette raison, des actes de naissance n'ont pas été reconnus au motif que le nom de la mère de naissance ne

⁴²⁸ En Suède, par ex., une disposition légale étrangère ne sera pas appliquée si elle est manifestement incompatible avec le système suédois visant à la mettre à exécution. En République tchèque, la loi étrangère ne doit pas contredire les principes du système étatique et social national. En Allemagne, la loi étrangère ne sera pas appliquée si elle est manifestement contraire aux principes fondamentaux du droit allemand. En Belgique, la loi étrangère ne sera pas appliquée si elle produit un effet manifestement contraire à l'ordre public. En Serbie, il est interdit d'utiliser un acte de naissance pour prouver les faits qui y sont consignés si ses effets sont contraires aux principes fondamentaux d'organisation sociale exposés dans la Constitution. En Lituanie, l'ordre public est défini comme « l'ordre public international englobant des principes fondamentaux de procédure équitable, ainsi que des règles juridiques impératives ».

⁴²⁹ Par ex. au Canada (territoires de *common law*) et en Pologne (un jugement doit violer les principes fondamentaux du droit en Pologne, ce qui se produira si, entre autres, ses effets sont contraires au principe même d'une institution juridique donnée en Pologne).

⁴³⁰ Ce qui est par ex. le cas en Allemagne, au Canada (territoires de *common law*), en Pologne et en Turquie (l'ordre public définit les règles indispensables qui constituent le fondement du système juridique).

⁴³¹ Par ex. en Belgique.

⁴³² Par ex. en Serbie. Toutefois, aux Pays-Bas, même si un citoyen néerlandais est impliqué, la reconnaissance ne peut être refusée pour la simple raison qu'une loi autre que celle qui serait applicable conformément aux dispositions du droit international privé néerlandais a été appliquée à la décision.

⁴³³ Par ex. en Lituanie (cf. la Serbie, où la loi d'un État étranger ne sera pas appliquée si ses effets sont contraires à l'ordre public *interne*).

⁴³⁴ Par ex. l'Allemagne, le Danemark, le Japon, la Nouvelle-Zélande et les Pays-Bas.

⁴³⁵ Ces États acceptant les transferts ultérieurs de filiation juridique dans le contexte de l'adoption, il serait intéressant de savoir si un jugement concernant un transfert de filiation juridique suite à une convention de maternité de substitution (dans les États ayant adopté cette procédure, par ex. au Royaume-Uni) y serait reconnu.

⁴³⁶ Nouvelle-Zélande.

figurait pas sur l'acte de naissance (par ex. si l'acte indique que deux hommes sont les parents légaux de l'enfant)⁴³⁷. Il est intéressant de noter qu'au moins dans l'un de ces États, il a été déclaré que cela sera toujours le cas, même si la maternité de substitution en soi n'est pas considérée comme contraire à l'ordre public⁴³⁸. En effet, la préoccupation concerne le droit de l'enfant de connaître ses origines. Dans d'autres États, le même résultat est obtenu par l'application obligatoire du droit du for à la question de la maternité juridique (mais celle-ci n'est pas nécessairement considérée comme une question d'ordre public)⁴³⁹.

101. Dans le contexte de la filiation, les États ont mentionné d'autres situations dans lesquelles il a été considéré qu'il y avait violation de l'ordre public, et notamment les suivantes : un homme a reconnu involontairement sa paternité juridique ; la paternité juridique a été reconnue à tort sans le consentement de l'enfant ; la paternité juridique a été établie sans que l'homme en question n'ait participé à la procédure ; la paternité juridique a été établie sur la base d'une déposition et l'homme s'est vu refuser le droit d'obtenir une expertise ; dans trois États⁴⁴⁰, une situation où un acte de naissance indiquait des parents de même sexe en qualité de parents légaux d'un enfant ou bien où la loi étrangère applicable les considérait comme tels.

102. Toutefois, en interprétant et en appliquant l'ordre public comme un motif de non-reconnaissance de la filiation juridique établie à l'étranger, les États doivent prêter une attention particulière aux dispositions régionales et internationales en matière de droits de l'homme⁴⁴¹. Plusieurs juridictions nationales l'ont reconnu dans la jurisprudence concernant la reconnaissance du statut juridique des enfants établi à l'étranger dans le contexte d'une CMSI : cette question est évoquée plus en détail, *infra*, dans la **partie C, section 2**⁴⁴².

(c) Règles de droit international privé concernant la contestation de la filiation juridique

103. Dans la plupart des États⁴⁴³, la filiation juridique est contestée devant les autorités judiciaires de l'État en question. Les circonstances dans lesquelles les juridictions d'un État considéreront qu'elles sont compétentes (à l'échelle internationale) pour trancher un différend relatif à la filiation juridique d'un enfant varient considérablement, bien qu'il existe des tendances communes. Dans certains États, les règles en la matière dérivent des règles générales de compétence en matière civile, tandis que d'autres États sont dotés de dispositions particulières en matière de compétence se rapportant à la contestation de la filiation juridique ou aux questions relatives à l'état civil plus généralement⁴⁴⁴. Dans l'un ou l'autre cas, les principaux facteurs de rattachement sont les suivants : la résidence habituelle de l'enfant⁴⁴⁵ (parfois soumise à la condition que la naissance de l'enfant ait été enregistrée dans l'État)

⁴³⁷ Pays-Bas.

⁴³⁸ Pays-Bas.

⁴³⁹ Par ex. en Finlande, en Norvège et en Suède. (La Norvège a indiqué qu'il ne s'agissait pas d'un motif d'ordre public).

⁴⁴⁰ À savoir en Hongrie, en Lettonie et en République tchèque.

⁴⁴¹ Voir par ex. les dispositions mentionnées, *supra*, dans la **partie A, section 2**, notamment, à l'échelle internationale, la CNUDE, le PIDCP et le PIDESC, et, à l'échelle régionale, la CEDH, la CADH et la *Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant* (ci-après la « CADBE »). Voir en outre, *infra*, la discussion consacrée à la jurisprudence particulièrement importante de la CrEDH concernant la reconnaissance transfrontière du statut juridique des enfants établi à l'étranger, dans la **partie B, section 2**.

⁴⁴² Voir *infra*, para. 147 et s.

⁴⁴³ Cf. Allemagne : une contestation peut également y être faite devant les autorités de l'état civil (voir réponse à la question 31).

⁴⁴⁴ Comparer par ex. le Canada (Alberta), où il existe des dispositions statutaires expresses, avec le Canada (Colombie-Britannique, Saskatchewan et Nouvelle-Écosse), où des règles générales en matière de compétence permettront de trancher la question.

⁴⁴⁵ Par ex. dans les États suivants : Allemagne, Australie (Victoria, Queensland — pour le Queensland, sous réserve que la naissance y soit enregistrée), Belgique, Brésil, Canada (territoires de *common law*), Chili, Danemark, Espagne, États-Unis d'Amérique (en fonction de la loi de l'état concerné), Finlande, Guatemala (sous réserve que la naissance y soit enregistrée), Lituanie, Madagascar, Mexique, Norvège, Pays-Bas, Pologne, Serbie, Slovaquie, Suède, Suisse et Uruguay.

et / ou sa nationalité⁴⁴⁶, ou bien la résidence habituelle⁴⁴⁷ et / ou la nationalité⁴⁴⁸ d'un parent putatif contestant la filiation juridique ou d'un parent putatif à l'encontre duquel est dirigée une contestation de filiation juridique. Parmi les autres facteurs de rattachement, on peut citer les suivants : le domicile de l'enfant ou de l'un de ses parents⁴⁴⁹, l'État de naissance de l'enfant⁴⁵⁰, la résidence (habituelle) ou le domicile du défendeur⁴⁵¹, la résidence de la mère⁴⁵², le fait que la paternité ou comaternité ait été établie dans l'État⁴⁵³, ou encore le fait que l'existence d'un « lien réel et important » avec l'État ait été prouvée⁴⁵⁴. Dans certains États, certains / la totalité de ces facteurs de rattachement peuvent s'appliquer subsidiairement. Dans certains États, les juridictions de l'État peuvent avoir compétence exclusive si la validité ou l'annulation d'inscriptions portées dans le registre de l'État est en jeu, ou si la reconnaissance / la mise à exécution d'une décision étrangère est en jeu⁴⁵⁵. Dans la plupart des États, les facteurs de rattachement doivent exister à la date à laquelle la juridiction est saisie du différend⁴⁵⁶.

104. Pour ce qui est de la loi que la juridiction appliquera dans un différend en matière de filiation juridique présentant des éléments d'extranéité, la nature du différend sera souvent ce qui détermine les règles applicables, auquel cas une combinaison des dispositions exposées ci-dessus s'avérera éventuellement pertinente. Par exemple, et en fonction de l'approche adoptée dans un État, une détermination de la filiation juridique résultant de la loi peut être nécessaire, en fonction des règles de l'État en matière de loi applicable⁴⁵⁷. Toutefois, un différend peut (à la place ou également) porter sur des questions relatives à la reconnaissance de la filiation juridique établie dans un autre État, que ce soit au titre d'un acte de naissance, d'une reconnaissance ou d'une décision⁴⁵⁸. Cependant, il convient de noter que si, dans la plupart des États, les règles sont les mêmes que celles exposées ci-dessus, certains États sont pourtant dotés de règles particulières en matière de loi applicable en cas de contestation de la filiation juridique⁴⁵⁹.

⁴⁴⁶ Par ex. dans les États suivants : Allemagne, Australie (Victoria, Queensland), Belgique (si la personne dont la filiation est concernée est également belge), Croatie, El Salvador, Finlande (l'enfant ou l'homme est ou était ressortissant finlandais avant son décès ; en outre, l'affaire ne peut être tranchée dans l'État où l'enfant ou l'homme a sa résidence habituelle, et il existe une raison précise de trancher l'affaire en Finlande), Guatemala, Hongrie, Mexique, Monaco, Philippines, Portugal, République dominicaine, République tchèque, Serbie (si l'enfant a également son domicile ou sa résidence dans l'État, la compétence est exclusive) et Slovaquie.

⁴⁴⁷ Par ex. dans les États suivants : Allemagne, Australie (Victoria, Queensland — pour le Queensland, à condition que la naissance y soit enregistrée), Belgique, Canada (Alberta), Danemark (résidence), Espagne (apparemment seulement le demandeur), Guatemala (si l'enfant y a également sa résidence habituelle), Hongrie, Mexique, Norvège (résidence habituelle des parents légaux), Philippines et Portugal.

⁴⁴⁸ Par ex. dans les États suivants : Allemagne, Australie (Victoria), Belgique (si l'enfant est également belge), Espagne (apparemment seulement le demandeur), Finlande (voir *ibid.*), Guatemala, Mexique, Philippines, Pologne (si les deux parties sont de nationalité polonaise), Portugal, République tchèque, Serbie (si les deux parties sont de nationalité serbe, ou si le demandeur est serbe et réside sur le territoire) et Slovaquie (si l'un des parents ou l'enfant a la nationalité slovaque).

⁴⁴⁹ Par ex. au Canada (territoires de *common law* — domicile du parent putatif, Québec), en Hongrie et en Suisse.

⁴⁵⁰ Par ex. au Canada (Alberta) et en Irlande. En outre, au Canada (territoires de *common law*), si une ordonnance déclarative en matière de filiation est demandée en vertu de la législation du territoire relative à l'état civil, l'enfant doit être né sur le territoire.

⁴⁵¹ Par ex. en Lettonie, en Pologne, en Slovaquie (le domicile du demandeur suffira) et en Suède.

⁴⁵² Par ex. au Danemark.

⁴⁵³ Par ex. au Danemark et en Norvège.

⁴⁵⁴ Par ex. au Canada (territoires de *common law*), pour les déclarations de filiation. Dans certaines provinces, ce lien sera présumé si la question à déterminer concerne le statut personnel d'une personne résidant habituellement dans la province (ce qui est par ex. le cas en Colombie-Britannique). Aux Pays-Bas, si l'enfant n'a pas sa résidence habituelle sur le territoire (règle primaire), la compétence peut être exercée si l'affaire est « liée à un degré suffisant avec la sphère juridique néerlandaise ». En Nouvelle-Zélande, la jurisprudence a établi un critère de « rattachement suffisant » à la Nouvelle-Zélande motivant la compétence (*Re P* [2000] NZFLR 181). En Suède, si le motif de compétence précédent ne s'applique pas, la compétence peut être exercée si, pour ce qui est du lien de l'une des parties avec la Suède, des « raisons particulières » existent pour que l'affaire y soit entendue.

⁴⁵⁵ Par ex. en Espagne.

⁴⁵⁶ Cependant, en Allemagne, il a été déclaré que la compétence devait être établie à la date de la décision. Toutefois, il peut être suffisant que les circonstances motivant la compétence aient été établies à un autre moment (par ex. quand la juridiction est saisie), faisant que leur non-applicabilité à une date ultérieure n'est pas préjudiciable (c.-à-d. que la *perpetuatio fori* serait considérée s'appliquer) : les intérêts doivent être étudiés au cas par cas pour savoir s'il convient d'exercer la *perpetuatio fori internationalis*.

⁴⁵⁷ Voir *supra*, para. 74 à 83.

⁴⁵⁸ À ce sujet, voir *supra*, para. 84 à 102.

⁴⁵⁹ En Allemagne, par ex., une disposition particulière prévoit que la filiation d'un enfant peut être contestée en se fondant sur n'importe laquelle des lois qui régissent les conditions préalables y afférentes. En tout état de cause, l'enfant peut contester la filiation en vertu de la loi de sa résidence habituelle. En Suède, une action en justice concernant l'établissement de la paternité ou la contestation de la paternité résultant de la loi doit être examinée selon la loi de l'État où l'enfant a sa résidence habituelle à la date de la décision. La question de savoir

(d) Effets juridiques de la reconnaissance

105. Une autre question qui se pose à propos de la reconnaissance d'un fait, d'un acte ou d'un jugement étranger concernant la filiation juridique est de savoir quelle loi régit les *effets* de ce lien : par exemple, quelle loi régit les questions de savoir s'il convient d'accorder un congé de maternité / paternité aux parents légaux reconnus (le cas échéant), s'ils bénéficieront de prestations sociales ou d'avantages fiscaux, si la responsabilité parentale est acquise, à quelles personnes incombent des obligations alimentaires, quelles sont les conséquences successorales pour l'enfant (pour ne citer que quelques-unes des conséquences de la filiation juridique) ?

106. Dans la majorité des États qui ont répondu à cette question, les réponses indiquent que les effets juridiques du statut reconnu seront régis par le droit du for⁴⁶⁰. Toutefois, dans certains États, il existe une règle de droit international privé distincte qui s'applique à ces effets : par exemple, dans deux États, les effets du statut sont régis par la loi du domicile de l'enfant⁴⁶¹. Dans d'autres États, il a été déclaré que l'approche adoptée déterminera la loi applicable aux effets du statut reconnu. Par exemple, dans un État⁴⁶², en cas de reconnaissance d'un jugement étranger, les effets du lien reconnu seront déterminés conformément à la loi de l'État dont émane le jugement⁴⁶³. Toutefois, si la validité d'un acte étranger (par ex. une reconnaissance volontaire) est déterminée conformément aux règles de l'État en matière de loi applicable, il se peut que les effets du lien soient déterminés en fonction de la loi applicable désignée (y compris ses propres règles de droit international privé). Dans un autre État⁴⁶⁴, les effets juridiques du lien seront déterminés conformément à la règle générale en matière de loi applicable qui s'applique à la filiation juridique.

(e) Développements juridiques en matière de droit international privé

107. Sauf dans le contexte de la maternité de substitution à caractère international (à ce sujet, voir *infra*, **partie C**), contrairement à la position en droit interne, les États ont déclaré qu'il n'y avait eu que peu de développements importants concernant leurs règles de droit international privé relatives à la filiation juridique ces dernières années⁴⁶⁵. En particulier, il est intéressant de noter que les règles de droit international privé de plusieurs États se focalisent exclusivement sur les questions de *paternité* juridique. Dans certains États, cela peut être dû au fait qu'une décision politique a été prise, voulant que la mère de naissance soit toujours la mère juridique à la naissance (et étant donné que le droit du for garantit ce résultat, il doit toujours s'appliquer). Toutefois, dans d'autres États, il se peut que cette approche soit le résultat du fait que, quand la loi a été rédigée, il n'était pas scientifiquement possible qu'il existe un doute quant à la maternité (c.-à-d. que la maxime était considérée exacte puisque les règles avaient été rédigées avant l'avènement de la PMA et de la maternité de substitution) et que le droit international privé, comme le droit interne, dans certains cas, n'a pas suivi le rythme des évolutions scientifiques.

108. Dans le même ordre d'idées, il convient de noter que, dans la majorité écrasante des États, il a été déclaré qu'il n'existait pas de règles particulières de droit international privé concernant la filiation juridique résultant d'une PMA intervenue à l'étranger⁴⁶⁶, ce qui signifie que les règles générales décrites ci-dessus s'appliqueront également dans ces cas. Toutefois, dans deux États, la législation dispose expressément que les règles internes de l'État s'appliqueront que la grossesse résulte ou non d'une procédure de PMA entreprise dans l'État et / ou que l'enfant soit ou non né dans l'État⁴⁶⁷.

si la paternité résultant de la loi sera réputée annulée par une reconnaissance est examinée selon la même loi que celle appliquée à la reconnaissance (voir en outre la réponse à la question 54).

⁴⁶⁰ Par ex. dans les États suivants : Canada (territoires de *common law*), Colombie, Danemark, Espagne, Lettonie, Madagascar, Mexique, Monaco, Pays-Bas, République dominicaine et Serbie.

⁴⁶¹ Canada (Québec) et Lituanie.

⁴⁶² Allemagne.

⁴⁶³ En Hongrie et en Pologne, les effets du lien reconnu suite à un jugement étranger seront eux aussi habituellement régis par la loi de l'État dont émane le jugement.

⁴⁶⁴ Portugal.

⁴⁶⁵ Voir les réponses à la question 57.

⁴⁶⁶ C.-à-d. de « soins génésiques transfrontaliers » : voir les réponses à la question 55.

⁴⁶⁷ À savoir en Nouvelle-Zélande et au Royaume-Uni. Cf. l'Islande, où certaines des règles concernant les effets de la PMA sur la filiation juridique ne s'appliquent que si la PMA a eu lieu en Islande : c.-à-d. que si un couple de femmes conçoit un enfant par PMA à l'étranger, la mère n'ayant pas accouché devra adopter l'enfant, tandis que si la PMA a eu lieu en Islande, elle sera parent juridique de plein droit.

2. Démarches bilatérales, régionales et internationales tendant à une meilleure coopération ou à l'unification des règles de droit international privé concernant la filiation juridique et / ou des domaines connexes⁴⁶⁸

109. En ce qui concerne la coopération transfrontalière dans des affaires relatives à l'état civil, notamment l'enregistrement des naissances et / ou les déterminations ultérieures relatives à la filiation juridique d'un enfant, la plupart des États ont déclaré qu'ils n'avaient pas conclu d'accords avec d'autres États. Par contre, plusieurs États ont déclaré en avoir conclu⁴⁶⁹. Quelques États ont par ailleurs déclaré qu'en l'absence d'accord bilatéral, le transfert d'informations pouvait avoir lieu dans la pratique⁴⁷⁰. Lorsque des accords bilatéraux sont en vigueur entre États, leur champ d'application varie, allant des questions de coopération pour le transfert d'informations uniquement⁴⁷¹ à l'établissement d'une unification des règles de droit international privé entre les États concernés⁴⁷². Par exemple, dans le premier cas, dans certains États, un accord peut prévoir la notification d'un événement d'état civil concernant un ressortissant étranger, résident de l'État, à l'ambassade / au consulat de l'État étranger⁴⁷³. Dans le deuxième cas, dans un État, neuf accords bilatéraux existent. Ils exposent tous un principe essentiel : les questions liées à l'établissement, à la reconnaissance ou à la contestation de la filiation juridique doivent être tranchées selon le droit de l'État dont l'enfant est ressortissant depuis la naissance ou dont la mère juridique est ressortissante à la naissance de l'enfant⁴⁷⁴.

110. Certains États ont également conclu des accords ou ententes régionaux à cet égard. Par exemple, au titre de l'*Accord nordique sur l'enregistrement de la population*, en vigueur entre le Danemark, la Finlande, l'Islande, la Norvège et la Suède, ces États se fournissent réciproquement et sur demande des informations issues du registre de la population concernant les personnes déménageant d'un État à un autre. Également à l'échelle régionale, la Commission européenne envisage la reconnaissance transfrontière des effets des actes d'état civil au sein de l'UE, y compris des actes de naissance⁴⁷⁵.

111. À l'échelle internationale, sous les auspices de la Commission internationale de l'état civil, plusieurs accords multilatéraux ont été conclus concernant la coopération dans le cadre de l'échange d'informations concernant les questions d'état civil⁴⁷⁶. Les conventions les plus récentes sont la *Convention sur l'utilisation de la Plateforme de la Commission Internationale de l'État Civil de communication internationale de données d'état civil par voie électronique* (No 33) et la *Convention relative à la délivrance d'extraits et de certificats plurilingues et codés d'actes de l'état civil* (No 34, mise à jour de l'instrument de 1976). En outre, en rapport avec des questions de droit international privé, la *Convention relative à la reconnaissance volontaire des enfants nés hors mariage* (No 18, 1980) établit des règles uniformes concernant la loi

⁴⁶⁸ Les initiatives ou traités bilatéraux, régionaux ou multilatéraux concernant la suppression ou la modification des exigences de légalisation ne sont pas traités dans ce document, puisqu'il est considéré qu'ils sortent du cadre du projet.

⁴⁶⁹ Par ex. les États suivants : Allemagne, Belgique, Finlande, Hongrie, Lettonie, Lituanie, Madagascar, Monaco, République tchèque, Serbie et Suisse.

⁴⁷⁰ Notamment les États suivants : Philippines, République dominicaine, Roumanie, Suède, Uruguay.

⁴⁷¹ Par ex., les accords bilatéraux conclus par la Belgique prévoient la transmission automatique de certains actes d'état civil ; en Hongrie, 21 accords bilatéraux en vigueur comportent une disposition sur l'envoi réciproque d'extraits de naissance (sur demande ou automatiquement) ; la République tchèque a conclu des accords concernant l'échange mutuel d'actes d'état civil concernant les ressortissants d'un autre État ; en Serbie, divers accords bilatéraux en vigueur concernent la transmission d'actes d'état civil de ressortissants de l'autre État.

⁴⁷² Par ex. en Lettonie.

⁴⁷³ La Suisse, l'Autriche, l'Allemagne et l'Italie ont également conclu un accord à cet effet. C'est la pratique en Suède lorsqu'un enfant qui a également une autre nationalité est enregistré.

⁴⁷⁴ Lettonie : des accords ont été conclus avec la Fédération de Russie, l'Ukraine, le Bélarus, l'Ouzbékistan, le Kirghizistan, l'Estonie, la Lituanie, la Pologne et la Moldova.

⁴⁷⁵ Voir le Livre vert de 2010 de l'UE, cité *supra*, à la note 372.

⁴⁷⁶ Pour n'en citer que quelques-uns : *Convention No 1 relative à la délivrance de certains extraits d'actes d'état civil destinés à l'étranger* (1956), *Convention No 3 concernant l'échange international d'informations en matière d'état civil* (1958) et son Protocole, *Convention No 5 portant extension de la compétence des autorités qualifiées pour recevoir les reconnaissances d'enfants naturels* (1961), *Convention No 16 relative à la délivrance d'extraits plurilingues d'actes de l'état civil* (1976).

applicable aux reconnaissances volontaires⁴⁷⁷. Toutefois, elle n'est jamais entrée en vigueur, peut-être à cause de son approche restrictive de l'exception d'ordre public⁴⁷⁸.

112. Pour ce qui est plus précisément de la reconnaissance transfrontière des *jugements* étrangers en matière de filiation juridique, certains États ont également déclaré avoir conclu des accords bilatéraux à cet égard. Par exemple, la Pologne a conclu plusieurs accords bilatéraux avec des États tiers prévoyant la reconnaissance des jugements étrangers de plein droit ou suite à une procédure judiciaire (en fonction de l'État). Au niveau régional, conformément à la *Nordic Act on Acknowledgement of Nordic Paternity Decisions* (loi nordique sur la reconnaissance des décisions nordiques en matière de paternité) (352/1980), une décision définitive en matière de paternité juridique prononcée en Islande, en Norvège, en Suède, au Danemark ou en Finlande est valable dans les autres États susmentionnés à condition d'avoir été établie avec la participation des autorités des autres États, sous réserve d'une exception d'ordre public.

113. Également à l'échelle régionale, la CrEDH a publié d'importantes lignes directrices s'adressant aux États parties à la CEDH concernant les exigences de son article 8 dans les situations où les États sont confrontés à des questions concernant la reconnaissance du statut juridique d'enfants établi à l'étranger, bien que ce soit dans le contexte de l'adoption. Dans l'affaire *Wagner et JMWL c. Luxembourg*⁴⁷⁹, constatant que le Luxembourg avait violé l'article 8 de la CEDH en refusant de reconnaître une adoption plénière entreprise par une femme non mariée au Pérou, la CrEDH a arrêté : « [r]appelant que c'est l'intérêt supérieur de l'enfant qui doit primer dans ce genre d'affaires [...], la Cour estime que les juges luxembourgeois ne pouvaient raisonnablement passer outre au statut juridique créé valablement à l'étranger et correspondant à une vie familiale au sens de l'article 8 de la Convention. Cependant, les autorités nationales ont refusé une reconnaissance de cette situation en faisant prévaloir les règles de conflit luxembourgeoises sur la réalité sociale et sur la situation des personnes concernées, pour appliquer les limites que la loi luxembourgeoise pose à l'adoption plénière » [nous soulignons]⁴⁸⁰. Des affaires en instance concernant des CMSI devraient mettre à l'épreuve cette jurisprudence régionale et devront être suivies de près⁴⁸¹.

114. S'il est donc clair qu'il existe de nombreux travaux pertinents à prendre en considération pour réfléchir à l'opportunité et, dans l'affirmative, à la manière d'unifier les règles de droit international privé relatives à la filiation juridique, il est tout aussi clair qu'il n'a encore jamais été entrepris, à l'échelle internationale, de travaux visant exhaustivement à unifier ces règles ou à établir une coopération transfrontière dans ce domaine, en particulier au vu de la nouvelle réalité mondiale qui prévaut en matière de filiation juridique. La Conférence de La Haye pourrait donc chercher à tirer profit de l'expertise qui existe aux niveaux régional, national et international⁴⁸², avec la certitude qu'elle ne reproduirait pas les travaux d'autres organismes.

3. Problèmes signalés (*hors du contexte de la maternité de substitution à caractère international*)

115. Au vu de la diversité considérable qui existe entre les règles internes et les règles de droit international privé des États en la matière⁴⁸³, associées à l'absence d'accords régionaux et / ou internationaux exhaustifs⁴⁸⁴, il n'est pas difficile d'imaginer que des difficultés peuvent survenir pour les enfants et les familles en termes d'établissement et de reconnaissance de la filiation juridique, surtout pour les familles présentant un lien avec plusieurs États (que ce soit du fait de leurs déplacements transfrontières et / ou de leur pluralité de nationalités). Les difficultés

⁴⁷⁷ Ses dispositions prévoient que les conditions matérielles nécessaires à une reconnaissance doivent être régies par la loi nationale ou la loi de la résidence habituelle de l'auteur de la reconnaissance ou de l'enfant ; les conditions formelles sont quant à elles régies par cette loi ou par la loi du lieu où la reconnaissance est effectuée. Les reconnaissances effectuées conformément à ces règles seront reconnues de plein droit dans tous les États contractants, à quelques réserves près.

⁴⁷⁸ Voir le Rapport explicatif de la Convention CIEC No 18 adopté par l'Assemblée Générale de Munich le 3 septembre 1980, concernant l'art. 4 de la Convention.

⁴⁷⁹ Requête No 76240/01, 28 juin 2007. Voir aussi *Negrepontis-Giannis c. Grèce* (requête No 56759/08, 3 mai 2011).

⁴⁸⁰ *Ibid.*, para. 133.

⁴⁸¹ Elles sont évoquées plus en détail dans la **partie C, section 2** : voir *infra*, para. 170 et note 673.

⁴⁸² Y compris, bien entendu, en poursuivant les consultations et la coopération avec les autres organismes internationaux et régionaux œuvrant dans ce domaine.

⁴⁸³ Voir *supra*, **partie A** et **partie B, section 1**.

⁴⁸⁴ Voir *supra*, **partie B, section 2**.

survenant dans le contexte précis des CMSI sont traitées, *infra*, dans la **partie C**. La présente section cherche à savoir si des problèmes surviennent *hors* de ce contexte.

116. Les réponses de plusieurs États et avocats aux Questionnaires montrent que des difficultés peuvent survenir et surviennent de fait pour les enfants s'agissant de leur filiation juridique au-delà du contexte de la maternité de substitution à caractère international. Ceci est souvent le cas quand la naissance d'un enfant est enregistrée dans plusieurs États ou transcrite dans le registre d'un autre État du fait du lien de l'enfant avec ce dernier⁴⁸⁵. Dans certains États, il a été déclaré que l'association des différentes lois internes et des règles en matière de loi applicable concernant l'établissement et la contestation de la *paternité* juridique, en particulier, pouvait poser des problèmes à cet égard⁴⁸⁶. Par exemple, plusieurs États ont indiqué que des problèmes pouvaient se poser lorsqu'un homme est enregistré en qualité de père juridique dans un État et que le deuxième État dans lequel l'enregistrement ou la transcription est demandé(e) aboutit à une conclusion différente concernant la paternité juridique et enregistre un autre homme. Lors de consultations informelles avec le Bureau Permanent, l'Association européenne des officiers de l'État civil (EVS) a confirmé que cette situation posait problème. De fait, dans un rapport de 2012, l'EVS appelait à l'unification des règles de droit international privé en la matière et déclarait : « [i]l arrive trop souvent qu'un homme soit enregistré comme le père d'un enfant dans un pays et que le même enfant ait un père différent dans un autre pays »⁴⁸⁷. Ce problème a été confirmé dans le Rapport de 2013 au Parlement européen, qui est également parvenue à la conclusion que l'« harmonisation du droit international privé [...] pourrait résoudre certains des problèmes »⁴⁸⁸. Un exemple donné par l'EVS (qui correspond aux difficultés exprimées par plusieurs États, ainsi que dans l'étude européenne) illustre ce problème⁴⁸⁹ :

Exemple 1 :

Un couple binational, formé d'une mère (M) ressortissante de l'État A et d'un homme, son mari (H), ressortissant de l'État B, résident habituellement dans l'État B. Un mois avant que la mère n'accouche d'un enfant, le couple divorce. L'enfant acquiert la nationalité de l'État A de M, à la naissance. L'enfant est enregistré dans l'État B à la naissance ; les règles de cet État en matière de loi applicable disposent que la loi de l'État B, État de la résidence habituelle de l'enfant, s'appliqueront pour déterminer la filiation juridique. La loi de l'État B permet à M de se rendre à l'état civil accompagnée d'un homme qu'elle déclare être le père (X) et de le faire enregistrer en tant que père juridique de l'enfant, avec le consentement de H.

Par la suite, M souhaite faire enregistrer l'enfant auprès des autorités de son État d'origine, l'État A, ce qui est possible à la suite de la naissance de l'enfant à l'étranger, puisque l'enfant est ressortissant de l'État A. Lorsque M produit l'acte de naissance de l'État B, toutefois, l'État A déclare qu'il n'a pas d'« effet constitutif » sur son territoire et qu'il doit appliquer ses règles en matière de loi applicable pour déterminer la filiation juridique de l'enfant. Selon ses règles, la loi nationale de l'enfant à la naissance s'appliquera, à savoir la loi de l'État A.

La loi de l'État A dispose que si un enfant est né dans les 300 jours suivant le divorce d'une femme, l'ex-mari sera présumé être le père juridique de l'enfant tant que cette paternité juridique n'aura pas été contestée devant un tribunal de l'État A. Par conséquent, malgré la détermination de filiation juridique à l'étranger et l'acte de naissance étranger, M, H et X doivent entamer une procédure dans l'État A pour faire déclarer que H n'est pas le père de l'enfant et que X est son père juridique, avec toutes les conséquences psychologiques et financières et les délais que cela implique.

Ce n'est qu'après que le tribunal a tranché la question (et à condition qu'un résultat favorable soit obtenu) que les autorités compétentes de l'État A pourront enregistrer les parents légaux, déjà établis comme tels dans l'État B.

⁴⁸⁵ Habituellement sur la base de la nationalité de l'enfant, voir *supra* **partie A** : ceci est par ex. le cas en Allemagne, en Belgique, aux États-Unis d'Amérique, en Hongrie, en Israël, en Pologne, au Portugal, en République tchèque et en Suède.

⁴⁸⁶ Par ex. en Allemagne, en Hongrie, en Pologne et en République tchèque. Ceci a également été déclaré par la vice-présidente de l'EVS.

⁴⁸⁷ (traduction du Bureau Permanent). « *Civil status documents – challenges for civil registrars to circumvent problems stemming from the legal void* », Note à l'attention de la Commission Affaires juridiques du Parlement européen (novembre 2012), par Bojana Zadravec, vice-présidente de l'EVS.

⁴⁸⁸ Voir p. 75 du Rapport de 2013 au Parlement européen (voir *supra*, note 13) (traduction du Bureau Permanent).

⁴⁸⁹ Fourni au Bureau Permanent lors de ses consultations informelles avec l'EVS.

117. En outre, dans un État qui adopte une approche différente des aspects de droit international privé de la question⁴⁹⁰, il a été déclaré que des problèmes se posent encore à cet égard, puisque, le droit du for déterminant la filiation juridique, il est possible, concernant la paternité juridique, d'arriver à une conclusion différente de celle à laquelle on serait arrivé à l'étranger.

118. S'agissant des problèmes concernant l'établissement ou la reconnaissance de la filiation juridique (ou ses conséquences) découlant du fait que des personnes ont eu recours à des soins génésiques transfrontaliers (« SGT »), plusieurs États ont déclaré que cela pouvait également donner lieu à des difficultés⁴⁹¹. Dans certains États, on rencontre des difficultés particulières dès lors que des personnes ont recours à des procédures de PMA qui ne sont pas disponibles dans l'État. Par exemple, en Suède, actuellement, les femmes célibataires ne peuvent pas avoir recours aux procédures de PMA pour devenir mères et il arrive qu'elles se rendent à l'étranger pour le faire. En vertu du droit suédois, la paternité d'un enfant doit toujours être déterminée, mais si une mère célibataire utilise une insémination artificielle par donneur à l'étranger, il se peut qu'il existe des dispositions légales étrangères relatives à l'anonymat du donneur. En Australie, des difficultés se sont produites dans certains cas concernant l'établissement de la paternité à des fins d'immigration, où il était affirmé que l'enfant était né à la suite de l'utilisation du sperme d'un donneur. En outre, certains avocats ont déclaré avoir traité des dossiers dans lesquels des problèmes se posaient concernant l'établissement ou la reconnaissance transfrontière de la filiation juridique dans un contexte de SGT (hors maternité de substitution). L'exemple suivant s'inspire d'un cas signalé par un avocat⁴⁹² :

Exemple 2 :

Un couple binational marié, vivant dans l'État C, a un enfant par PMA dans l'État C dans un centre médical agréé et suivant les procédures prévues par la loi de cet État. Le mari (ressortissant de l'État C) fournit son sperme et un don d'ovocytes est utilisé en raison de l'état de santé de la femme (ressortissante de l'État D). La femme porte l'enfant et lui donne naissance dans l'État C. Conformément à la loi de cet État, elle est considérée comme la mère juridique de l'enfant et son mari en est le père juridique. Après enregistrement dans l'État C, l'enfant obtient un acte de naissance en ces termes.

La femme souhaite que l'enfant acquière la nationalité de son État d'origine, l'État D (en particulier parce que le couple prévoit de retourner vivre dans l'État D dans quelques années). Toutefois, puisqu'elle a eu recours à un don d'ovocytes, elle apprend qu'en vertu de la loi et de la politique de l'État D, elle ne peut transmettre sa nationalité par filiation à un enfant né à l'étranger ne présentant pas de lien génétique avec elle. Par ailleurs, il n'est pas certain qu'elle pourra être reconnue comme parent juridique de l'enfant en vertu de la loi de cet État.

Par conséquent, la femme décide qu'elle n'a pas d'autre choix que de mentir aux autorités de l'État D et de ne pas révéler que l'enfant est né suite à un don d'ovocytes. Elle ne se sent pas très à l'aise car elle voulait être franche avec l'enfant au sujet des circonstances entourant sa conception. Par ailleurs, elle craint désormais que la filiation juridique et / ou la nationalité de l'enfant soient révoquées si les autorités de l'État D découvrent un jour la vérité.

119. Un autre exemple fourni par un avocat souligne les difficultés découlant des approches des États concernant les parents de même sexe :

Exemple 3 :

Un couple de femmes vit dans l'État X mais les femmes sont toutes deux ressortissantes de l'État Y. Elles ont conclu un partenariat civil dans l'État X. Elles font appel aux services d'un centre de PMA agréé dans l'État X pour concevoir un enfant grâce à un don de sperme et selon les procédures prévues par la loi de l'État X. Conformément aux exigences de l'État X, elles veillent à ce que la mère qui n'accouche pas consente à la procédure de PMA et à devenir le parent juridique de tout enfant à naître.

En vertu de la loi de l'État X, à la naissance, l'enfant a donc deux mères juridiques de plein droit, la mère de naissance et sa partenaire civile. Ceci sera inscrit sur l'acte de naissance de

⁴⁹⁰ Israël.

⁴⁹¹ Par ex. l'Australie (fédéral), les États-Unis d'Amérique, Israël, la Norvège, les Pays-Bas et la Suède.

⁴⁹² La question principale dans la situation « réelle » était la même ; cependant, les faits ont été légèrement modifiés pour les besoins de l'exemple.

l'enfant et il est impossible de ne pas enregistrer les deux femmes si les critères légaux établissant leur maternité juridique ont été remplis.

Suite à la conception, après avoir obtenu des conseils juridiques dans leur État d'origine, à savoir l'État Y, les femmes apprennent que le fait de disposer d'un acte de naissance sur lequel sont enregistrées deux mères peut poser de graves problèmes dans l'État Y. Elles apprennent que, même si l'État Y prévoit des règles de reconnaissance des actes de naissance étrangers, il est fortement probable que la reconnaissance d'un acte de naissance portant la mention de deux femmes sera considérée comme contraire à l'ordre public. Par conséquent, la filiation juridique de l'enfant ne sera pas reconnue et l'enfant ne pourra peut-être pas acquérir la nationalité de l'État Y. L'enfant ne peut pas acquérir la nationalité de l'État X puisque celui-ci ne dispose pas d'une règle de droit du sol et qu'aucune des deux femmes n'est ressortissante de cet État.

Ainsi, les femmes ont le sentiment qu'elles n'ont pas d'autre choix que de faire une fausse déclaration aux autorités de l'État X et de commencer par enregistrer la naissance dans l'État X (de manière erronée) comme si l'enfant était né d'une mère célibataire. Elles reçoivent par conséquent un acte de naissance ne comportant que le nom de celle-ci, ce qui constitue un délit pénal dans l'État X. Elles demandent ensuite la transcription de cet acte de naissance dans l'État Y et demandent que l'enfant reçoive la nationalité de l'État Y sur la base de l'acte de naissance. Une fois la procédure terminée dans l'État Y, elles écrivent aux autorités de l'état civil dans l'État X et déclarent une erreur, demandant la rectification de l'enregistrement de l'enfant dans l'État X pour inclure les deux femmes en qualité de parents légaux. Néanmoins, elles craignent que l'enfant ait des problèmes à l'avenir si les autorités de l'État Y découvrent un jour la vérité concernant la conception et / ou la filiation juridique de l'enfant dans l'État X⁴⁹³.

120. Dans une légère variation du scénario ci-dessus, un avocat a également signalé un exemple similaire dans lequel, en vertu de la loi de l'État dont deux femmes en couple étaient ressortissantes (l'État Y dans l'exemple ci-dessus), la mère *de naissance* a pu être reconnue comme la mère juridique de l'enfant (suite à l'application des règles pertinentes en matière de loi applicable) et il a été déclaré que si la mère *n'ayant pas accouché* procédait à une adoption en qualité de belle-mère dans l'État où elles vivaient (l'État X dans l'exemple ci-dessus), cette adoption pourrait être reconnue dans l'État Y. Toutefois, en vertu de la loi de l'État X, une adoption par la belle-mère n'était pas possible, car la mère *n'ayant pas accouché* était *déjà* l'une des mères juridiques de l'enfant, de plein droit.

121. Comme le montrent ces exemples, des problèmes concernant le statut juridique des enfants peuvent survenir et surviennent de fait hors du contexte de la maternité de substitution, non seulement à cause de la différence entre approches internes de la question de la filiation juridique mais également à cause de la différence entre approches de droit international privé des États. Il est également intéressant de noter que des problèmes se posent dès lors que les règles de droit international privé d'un État adoptent une « approche fondée sur les conflits de loi » (c.-à-d. une approche faisant appel aux règles en matière de loi applicable, y compris si cela consiste à systématiquement appliquer le droit du for) ou, mais peut-être dans une moindre mesure, une « approche fondée sur la reconnaissance ». Dans le premier cas, si les différents États présentant un lien avec un enfant utilisent différents facteurs de rattachement pour déterminer la loi applicable, cela peut entraîner des résultats différents pour l'enfant dans chaque État (et une exception d'ordre public peut s'appliquer pour empêcher l'application de certaines lois étrangères). Toutefois, si l'approche fondée sur la reconnaissance est adoptée, il existe toujours le risque, surtout dans ce domaine du droit, que l'exception d'ordre public s'applique pour empêcher la reconnaissance du (des) lien(s) juridique(s) établi(s) à l'étranger⁴⁹⁴. Toutefois, le résultat est souvent le même pour l'enfant : soit un statut juridique « boiteux » soit une situation incertaine dans laquelle son statut juridique (filiation juridique et / ou nationalité) repose sur une base factuelle incorrecte dans un État et peut à tout moment être contesté.

⁴⁹³ Elles craignaient également de subir elles-mêmes des conséquences si l'État X découvrait un jour qu'elles avaient volontairement fait une fausse déclaration aux autorités d'enregistrement.

⁴⁹⁴ Ceci dit, au vu des droits fondamentaux qui sont en jeu lorsque l'on examine la reconnaissance transfrontière du statut juridique d'un enfant, dans certains cas, la jurisprudence nationale et régionale a mis en lumière une approche nuancée de l'exception d'ordre public, en invoquant des droits tels que ceux visés à l'art. 3 de la CNUDE et à l'art. 8 de la CEDH (voir également à cet égard, *infra*, la **partie C, section 2(a)**).

C. CONVENTIONS DE MATERNITÉ DE SUBSTITUTION À CARACTÈRE INTERNATIONAL⁴⁹⁵ : ANALYSE DÉTAILLÉE D'UN PHÉNOMÈNE PRÉCIS

122. En 2011, la Conférence de La Haye a fait le constat que la maternité de substitution à caractère international était devenue un « commerce mondial en plein essor » dont la communauté internationale n'avait pas encore pleinement conscience des multiples enjeux, notamment de ceux entourant le statut juridique des enfants nés au titre de ces conventions⁴⁹⁶. En 2014, ce fait est largement reconnu et, comme l'explique le Document préliminaire No 3 B de mars 2014⁴⁹⁷, la maternité de substitution à caractère international est devenue une question d'intérêt international et, dans bien des milieux, une source de préoccupations internationales⁴⁹⁸.

123. Toutefois, il est important de rappeler dès le début de cette partie que, dans la mesure où le statut juridique des enfants et des parents d'intention (c.-à-d. la filiation juridique et ses conséquences, telles que la nationalité) sont en jeu dans des affaires de CMSI, les **parties A et B supra**, qui analysent les règles de droit interne et de droit international privé des États relatives à la filiation juridique et à la nationalité, sont directement pertinentes. Comme l'ont souligné des avocats spécialisés dans bon nombre de leurs réponses au Questionnaire No 2⁴⁹⁹, dans ces affaires, si tant est qu'elles se rapportent au statut juridique des enfants et des parents d'intention, le problème sous-jacent est justement ce conflit entre la façon dont les États abordent les questions de filiation juridique et de nationalité. Ceci signifie en outre que les problèmes qui surviennent concernant la filiation juridique et la nationalité ne sont pas propres aux CMSI et que des problèmes peuvent se poser — et se posent effectivement — de manière plus générale⁵⁰⁰. Il est important de le reconnaître et de replacer les problèmes rencontrés dans les affaires de maternité de substitution à caractère international dans ce contexte plus large. Ceci dit, en raison des spécificités factuelles des CMSI et de l'augmentation importante du nombre d'affaires, il ne fait aucun doute que c'est précisément dans cette matrice factuelle que les problèmes se posent actuellement avec le plus d'acuité⁵⁰¹. Par ailleurs, il ne faut pas ignorer qu'au-delà de la question du statut juridique de l'enfant et des parents d'intention, les affaires de maternité de substitution à caractère international présentent aussi de multiples considérations politiques plus larges, même si l'on se contente de se focaliser sur l'aspect *transfrontière* du sujet⁵⁰². Ces préoccupations plus larges sont exprimées à diverses fréquences et de façon plus ou moins virulente selon les États ; elles portent sur des questions de bien-être de l'enfant, de liberté de procréation, d'exploitation des personnes vulnérables (particulièrement dans le contexte des disparités socio-économiques mondiales), de réglementation et de politique sanitaires (au vu de la mondialisation et du recours accru à des services médicaux transfrontières, y compris génésiques), et d'égalité entre les sexes. Par conséquent, la maternité de substitution à caractère international est un phénomène particulier qui exige une analyse spécifique mais néanmoins indépendante.

⁴⁹⁵ Dans cette Étude, les conventions de maternité de substitution à caractère international sont désignées par le sigle « CMSI ». La définition de ce terme aux fins de la présente Étude et du Doc. prélim. No 3 B de mars 2014 figure dans le **Glossaire à l'annexe A** du Doc. prélim. No 3 B de mars 2014 (voir *supra*, note 2).

⁴⁹⁶ Voir, de manière générale, la Note préliminaire de 2011 (*supra*, note 371), ainsi que le Rapport préliminaire de 2012 (*supra*, note 107).

⁴⁹⁷ Au para. 20 (voir *supra*, note 2).

⁴⁹⁸ Voir *ibid.* concernant les divers organismes nationaux, régionaux et internationaux qui ont exprimé des préoccupations. Il convient toutefois de noter que ces préoccupations peuvent varier notablement en fonction des États concernés.

⁴⁹⁹ « Questionnaire sur les questions de droit international privé relatives au statut des enfants, notamment celles découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international. Questionnaire à l'intention des praticiens du droit » (« Questionnaire No 2 »), disponible sur le site de la Conférence de La Haye, à l'adresse < www.hcch.net >, sous la rubrique « Filiation / Maternité de substitution ».

⁵⁰⁰ Tel qu'illustré, *supra*, dans la **partie B, section 3**.

⁵⁰¹ Étayant les déclarations faites à cet effet dans les Note préliminaire de 2011 et Rapport préliminaire de 2012 (voir *supra*, note 496).

⁵⁰² Voir « Le régime applicable à la maternité de substitution au sein des États membres », par Brunet et al. (2013), à l'intention de la Commission Affaires juridiques du Parlement européen (*supra*, note 145), section 1.2, « Questions politiques ».

1. CMSI : contexte

124. En 2011 et 2012, dans ses Note et Rapport préliminaires, le Bureau Permanent s'est efforcé de dresser un premier tableau préliminaire du nombre et de la nature des CMSI conclues dans le monde, ainsi que de l'étendue géographique de ce phénomène. Suite aux réponses aux Questionnaires⁵⁰³, il est désormais possible de mettre à jour et de préciser ce tableau. Toutefois, il ne faut pas oublier que même si les informations réunies offrent un « instantané » très utile de ce phénomène, en raison de l'absence de collecte centralisée des données dans la plupart des États, il est impossible de s'en faire une représentation complète. En outre, un grand nombre des principaux « États de naissance »⁵⁰⁴ n'ont pas répondu au Questionnaire (ou, dans certains cas, pas de manière détaillée à ce sujet) ; par conséquent, les informations officielles émanant de ces États font largement défaut. Néanmoins, des avocats spécialisés et / ou les « États d'accueil »⁵⁰⁵ ayant eu à traiter des dossiers impliquant ces États de naissance ont fourni des informations à propos de ces derniers.

(a) Nombre et étendue géographique des CMSI

Nombre

125. Le premier point à noter est que, dans la majorité écrasante des États qui ont répondu au Questionnaire No 1, aucune information officielle concernant le nombre de dossiers de CMSI traités par les autorités publiques ces dernières années n'est disponible⁵⁰⁶. Toutefois, plusieurs États ont formulé des observations générales indiquant que, selon l'expérience des autorités compétentes, la prévalence des affaires de CMSI avait augmenté au cours des cinq dernières années, parfois de manière importante⁵⁰⁷. En outre, une petite minorité d'États d'accueil a tout de même fourni des chiffres précis concernant le nombre d'affaires entrantes de CMSI. En particulier, les données fournies par Israël sont frappantes : avant 2009, les autorités n'avaient traité que 12 dossiers, contre 128 en 2012 (soit une augmentation de 967 %) ⁵⁰⁸. En Australie, le ministère de l'Immigration et de la Citoyenneté a eu connaissance d'environ 430 « affaires entrantes de CMSI »⁵⁰⁹ au cours de la période 2009-2012⁵¹⁰. La Suède a déclaré environ 100 affaires pour la période 2007-2012⁵¹¹. Toutefois, dans la plupart des États d'accueil dans lesquels des chiffres étaient disponibles, les réponses indiquaient qu'il était fortement probable que ces chiffres fussent bien inférieurs au nombre réel d'affaires. En effet, comme l'expliquaient ces réponses⁵¹², dans certains cas, les couples peuvent (encore) présenter une naissance à

⁵⁰³ Questionnaires Nos 1 à 4, adressés (1) aux Membres et États non membres intéressés ; (2) aux praticiens du droit ; (3) aux professionnels de la santé ; et (4) aux agences de maternité de substitution. D'autres réponses fournies au Bureau Permanent dans le cadre du processus de consultation étendu se sont également avérées très utiles à cet égard, notamment les 31 réponses reçues de parents d'intention. Voir en outre *supra*, la note 6 et la section I du Doc. pré-l. No 3 B de mars 2014 (*supra*, note 2).

⁵⁰⁴ Voir le **Glossaire** figurant à l'**annexe A** du Doc. pré-l. No 3 B de mars 2014 pour la définition de la terminologie employée dans la présente Étude (*supra*, note 2).

⁵⁰⁵ *Ibid.*

⁵⁰⁶ L'absence de données fiables concernant le nombre de CMSI conclues a été décrié par de nombreux commentateurs : dans le contexte britannique, voir par ex. « The changing profile of surrogacy in the UK – Implications for national and international policy and practice », par M. Crawshaw, E. Blyth et O. van den Akker, *Journal of Social Welfare & Family Law*, vol. 34, No 3, septembre 2012, 267-277, p. 274, qui indique : « [c]ela fait désormais bien plus d'une décennie que les premiers appels en faveur d'un meilleur contrôle et d'un encadrement plus strict des pratiques entourant la maternité de substitution ont été lancés [...], en dépit de quoi, seules des données limitées sont disponibles [...]. [L]augmentation visible des conventions internationales [...] rend plus urgente la nécessité de conserver des données qui permettent de mieux comprendre et contrôler les changements et d'intervenir en connaissance de cause sur le plan politique et dans la pratique [...] » (traduction du Bureau Permanent).

⁵⁰⁷ Par ex. dans les États suivants : Canada, Espagne, Irlande, Israël, Norvège, Nouvelle-Zélande, Suisse. Le Canada a également fourni des informations en tant qu'État de naissance et a déclaré que, d'après les informations limitées disponibles au niveau du gouvernement, le nombre de « affaires sortantes » avait lui aussi augmenté au cours des cinq dernières années. Par contre, en Nouvelle-Zélande, les « affaires sortantes » de CMSI n'ont pas augmenté (mais en raison des conventions passées entre l'Australie et la Nouvelle-Zélande en matière d'immigration, des mouvements entre ces pays à des fins de CMSI peuvent avoir lieu si la CMSI est organisée entre particuliers).

⁵⁰⁸ Et en avaient déjà traité 114 à la date de la réponse au Questionnaire No 1, en 2013.

⁵⁰⁹ Voir le **Glossaire** figurant à l'**annexe A** du Doc. pré-l. No 3 B de mars 2014 pour la définition de la terminologie employée dans la présente Étude (*supra*, note 2).

⁵¹⁰ Voir *infra*, para. 126 concernant les chiffres australiens *officieux*, qui sont bien plus élevés.

⁵¹¹ L'Irlande et la Nouvelle-Zélande ont également rapporté des chiffres modestes qui ont augmenté au cours de ces cinq dernières années ; la Finlande et la Suisse ont elles aussi communiqué des données modestes.

⁵¹² Par ex. celles de l'Irlande, de la Nouvelle-Zélande et de la Suisse.

l'étranger suite à une CMSI comme une « naissance normale à l'étranger » sans mentionner l'existence de la convention de maternité de substitution aux autorités⁵¹³. Dans d'autres cas, si un enfant est né à la suite d'une CMSI dans un État dont il obtient un passeport en tant qu'État de naissance⁵¹⁴, les autorités de l'État d'accueil peuvent ne jamais avoir connaissance de l'affaire, puisque les parents d'intention ne chercheront pas forcément à faire régulariser leur situation une fois « rentrés chez eux »⁵¹⁵.

126. De fait, des données australiennes alternatives permettent de se rendre compte à quel point les chiffres officiels, à condition qu'ils soient disponibles, représentent une sous-estimation du véritable nombre d'affaires de CMSI. Alors que les autorités avaient connaissance de 430 affaires de CMSI entrantes sur une période de *trois ans* (2009-2012, voir *supra*, para. 125), une universitaire a relevé qu'en à peine *un an* (2011) 394 demandes d'attribution de la citoyenneté australienne faisant suite à une naissance à l'étranger ont été formulées rien qu'en Inde. Alors qu'il est impossible de savoir combien de ces enfants sont nés suite à une CMSI, cette universitaire a également noté que « si les chiffres pour les États-Unis [concernant les demandes d'attribution de la citoyenneté australienne à la suite d'une naissance à l'étranger] sont restés stables de 2008 à 2011, les chiffres pour l'Inde ont plus que doublés pendant cette période »⁵¹⁶. En outre, il a été déclaré tout récemment au Royaume-Uni, suite à une table ronde pluridisciplinaire sur la maternité de substitution à caractère international que : « [l']échelle potentielle de la maternité de substitution à caractère international au Royaume-Uni est devenue manifeste, puisque l'assemblée a été informée qu'il était possible que plus de 1 000 bébés soient amenés au Royaume-Uni chaque année, ce qui confirme les déclarations des médias »⁵¹⁷. Ceci tranche fortement avec le faible nombre de demandes d'ordonnances parentales déposées au Royaume-Uni suite à des CMSI et ce, en dépit des avertissements lancés par la justice, qui a prévenu que ces ordonnances devaient être obtenues pour protéger le statut juridique de ces enfants au Royaume-Uni⁵¹⁸.

127. Les réponses des avocats spécialisés montrent elles aussi à quel point la plupart des chiffres présentés par les États ne représentent pas la réalité du nombre de CMSI actuellement conclues dans le monde entier. Même si on ne peut pas dresser de tableau exhaustif à partir des informations disponibles, des « instantanés » individuels donnent un aperçu de la croissance mondiale du nombre de CMSI. Par exemple, un avocat spécialisé australien a déclaré avoir fourni ses services dans le cadre de deux affaires entrantes de CMSI en 2008, mais qu'en 2012 il avait traité 100 dossiers, cette tendance se poursuivant en 2013. De la même manière, si l'on examine les chiffres fournis par quatre avocats britanniques spécialisés et renommés dans ce domaine, ceux-ci ont déclaré avoir traité trois dossiers entrants de CMSI en 2009, chiffre qui est passé à 90 en 2012, cette tendance se poursuivant là encore en 2013, avec déjà 104 affaires traitées par ces quatre avocats à la date de leur réponse au Questionnaire. Les chiffres d'un praticien allemand confirment eux aussi cette augmentation fulgurante : partant d'une affaire de CMSI en 2008, il a traité 20 dossiers en 2012 et en avait traité 25 à la date de réponse au Questionnaire en 2013. Un praticien français de renom a lui aussi confirmé cette tendance, déclarant environ 10 dossiers pour 2008, contre environ 50 pour 2012. En effet,

⁵¹³ Bien entendu, ceci n'est possible que pour les couples *hétérosexuels*. En Allemagne, cette possibilité existait, mais la formule de demande d'acquisition de la nationalité pour un enfant à la suite d'une naissance à l'étranger comporte désormais une question expresse quant au recours à une convention de maternité de substitution, ce qui élimine la possibilité de ne pas la mentionner.

⁵¹⁴ Sur la base du principe du droit du sol : par ex. les États-Unis d'Amérique (voir *supra*, **partie A, section 1(f)**).

⁵¹⁵ L'enfant peut « rentrer chez lui » au moyen du passeport délivré par l'État de naissance. Comme l'explique la réponse de la Suisse, si un jeune couple entre sur le territoire suisse accompagné d'un enfant né à l'étranger, il n'y a pas d'enquête sur les circonstances de cette naissance, sauf en présence de motifs manifestes permettant de soupçonner qu'il y a eu maternité de substitution (par ex. si la femme n'est plus en âge de procréer ou si le couple est un couple de même sexe). Par conséquent, les chiffres officiels enregistrés par la Suisse sont très modestes, mais sa réponse reconnaissait qu'ils étaient largement sous-estimés et mentionnait un rapport publié dans une revue qui affirmait que, rien qu'en Ukraine, les médecins indiquaient avoir traité quatre-vingts couples suisses à ce jour.

⁵¹⁶ Source : Jenni Millbank, professeur à l'université de Technologie (Sydney), qui a entrepris des recherches dans les archives du ministère australien de l'Immigration et de la Citoyenneté, notamment dans les demandes relatives à la liberté d'information.

⁵¹⁷ Voir « What are the best interests of the child in international surrogacy? », par E. Blyth, M. Crawshaw et O. van den Akker, disponible à l'adresse < http://www.bionews.org.uk/page_397263.asp > (traduction du Bureau Permanent).

⁵¹⁸ Voir l'avertissement du juge Theis dans l'affaire *J c. G* [2013] EWHC 1432 (Fam). Concernant le nombre d'ordonnances parentales prononcées par le tribunal et l'apparente augmentation des CMSI ne donnant pas lieu à de telles demandes, voir : « The changing profile of surrogacy in the UK – Implications for national and international policy and practice », par M. Crawshaw, E. Blyth et O. van den Akker (*supra*, note 506).

toutes réponses confondues des 19 praticiens ayant fourni des chiffres concernant le nombre d'« affaires entrantes de CMSI » qu'ils avaient traitées, l'augmentation de leur nombre était frappant : d'un total de 26 en 2008 (dernière année complète de collecte de données), le même groupe, relativement petit, de praticiens était passé à 328 affaires en 2012, ce qui représente une **augmentation de 1 162 % en cinq ans**⁵¹⁹. S'agissant des « affaires sortantes de CMSI », un avocat des États-Unis a déclaré une augmentation, passant d'environ 40 affaires en 2012, à 175 en 2013⁵²⁰ ; un autre a déclaré une augmentation passant d'environ 100 affaires en 2008 à 200 en 2013.

128. Il est difficile de se procurer des informations fiables auprès de nombreux États de naissance concernant le nombre d'enfants nés à la suite d'une CMSI. Toutefois, un médecin travaillant dans un centre de procréation médicalement assistée en Inde, dans sa réponse au Questionnaire No 3⁵²¹, a déclaré que 735 bébés étaient nés à la suite d'une CMSI dans son centre qui avait ouvert ses portes dans le courant de l'année 2010 et qui accueillait des parents d'intention du monde entier⁵²². Ceci corrobore la réponse au Questionnaire No 4⁵²³ d'une agence indienne de maternité de substitution⁵²⁴ qui déclarait qu'elle était intervenue dans la naissance de plus de 1 000 enfants de 2009 à 2013 pour des clients du monde entier. Ces chiffres correspondent également à certaines déclarations des médias concernant le nombre de CMSI actuellement réalisées en Inde⁵²⁵. En outre, s'agissant du nombre de centres médicaux susceptibles de fournir des services visant l'accroissement de la fertilité en Inde, le Conseil indien de la recherche médicale (*Indian Council of Medical Research*), malgré l'absence de chiffres définitifs, a déclaré : « [n]ous estimons le nombre de centres médicaux à environ 200 en 2002. À ce jour, nous avons identifié plus de 1 100 centres de FIV à partir de sources publiques. Sur ces 1 100 centres, 600 ont confirmé fonctionner comme des centres de FIV ou de banques de PMA. Ce nombre augmente de jour en jour »⁵²⁶. Bien entendu, ces centres ne proposent pas forcément tous des services de maternité de substitution ni forcément au même nombre de clients internationaux. Toutefois, si ne serait-ce qu'une fraction de ces centres pratiquait les CMSI au même rythme, le nombre d'enfants nés à la suite d'une CMSI en Inde en 2013 pourrait facilement être de plusieurs milliers (si ce n'est bien plus). Et il ne s'agit là que de l'Inde : cette estimation n'inclut pas les enfants nés dans d'autres grands États de naissance tels que les États-Unis, l'Ukraine, la Thaïlande ou d'autres encore.

129. Si l'on réunit les informations disponibles émanant des États d'accueil et des États de naissance, on peut en conclure ce qui suit : (1) le nombre de CMSI conclues dans le monde a augmenté de manière importante (voire considérablement) au cours des cinq dernières années et continue de croître ; et (2) actuellement, il est probable que des milliers d'enfants naissent chaque année à la suite d'une CMSI de parents d'intention de toutes les régions du monde (et il est bien probable que ce chiffre soit largement sous-estimé).

Étendue géographique

130. En termes d'étendue géographique du phénomène, les États-Unis d'Amérique et l'Inde sont les États que les États d'accueil, les avocats et les particuliers ayant conclu une CMSI ont mentionné le plus fréquemment comme « États de naissance » populaires dans les affaires de CMSI. Ces deux États étaient suivis de la Thaïlande, de l'Ukraine et de la Russie, la Géorgie et

⁵¹⁹ Il convient de noter que ces chiffres ne sont donnés que pour indiquer une tendance. Par ex., ces affaires n'ont pas forcément toutes été menées à terme jusqu'à une naissance viable (les avocats peuvent avoir été sollicités à des fins de conseil sans que l'affaire n'aille plus loin). Toutefois, elles ont indéniablement un lien avec l'augmentation en pourcentage visible dans les statistiques obtenues dans le cadre du projet de recherche mené par l'Université d'Aberdeen (généreusement communiquées au Bureau Permanent) — voir Rapport préliminaire de 2012 (*supra*, note 107), para. 6.

⁵²⁰ Un autre avocat américain établi a indiqué une augmentation plus modeste, passant de 71 affaires en 2008 à 90 en 2013.

⁵²¹ Adressé aux professionnels de la santé.

⁵²² À la date de la réponse, fin 2013.

⁵²³ Adressé aux agences de maternité de substitution.

⁵²⁴ Une banque de PMA qui opère également en tant qu'agence (intermédiaire) dans des affaires de maternité de substitution.

⁵²⁵ Voir < <http://tribune.com.pk/story/512264/wombs-for-rent-commercial-surrogacy-big-business-in-india/> > et < <http://www.dw.de/indian-surrogacy-industry-sets-take-home-baby-trend/a-16579078> >

⁵²⁶ Voir l'entretien réalisé avec le Dr RS Sharma, directeur général adjoint du Conseil indien de la recherche médicale (*Indian Council of Medical Research* — ICMR) : < <http://www.hindustantimes.com/comment/interviewsnews/icmr-has-not-delayed-surrogacy-law-rs-sharma/article1-1031633.aspx> > (traduction du Bureau Permanent).

le Canada étant eux aussi fréquemment mentionnés dans les réponses. Cependant, on observe des variations régionales en fonction de l'emplacement géographique de l'État d'accueil. Par exemple, la Thaïlande est plus souvent citée comme État de naissance pour les parents d'intention résidant en Australie et en Nouvelle-Zélande, tandis que l'Ukraine et la Russie sont prépondérantes pour les parents d'intention résidant en Europe. En outre, il a été rapporté que les tendances en la matière étaient étroitement liées à la situation juridique interne des États. À titre d'exemple, il a été déclaré que suite à la modification des règles concernant les visas pour se rendre en Inde, qui semble empêcher les couples non mariés ou de même sexe étrangers d'avoir accès à des services de maternité de substitution en Inde⁵²⁷, les couples de même sexe se tournent désormais davantage vers la Thaïlande et les États-Unis d'Amérique pour y conclure des CMSI.

131. Les États suivants ont également été cités comme États de naissance, bien que moins fréquemment : Afrique du Sud, Arménie, Australie, Belgique, Brésil, Cambodge, Chine, Chypre, Grèce, Indonésie, Israël, Italie, Kazakhstan, Kenya, Malaisie, Mexique, Philippines, Pologne et République tchèque⁵²⁸. Comme l'a rappelé un avocat, certains de ces États figurent dans la liste car des clients y ont conclu des conventions de maternité de substitution altruiste avec des membres de leur famille y résidant, c'est-à-dire que ces conventions sont devenues des CMSI parce que le membre de la famille en question vivait à l'étranger : cela ne correspond pas au scénario plus courant où les parents d'intention cherchent intentionnellement à bénéficier de services de maternité de substitution à but lucratif dans un État étranger.

132. S'agissant des États d'accueil, les réponses des avocats et agences de maternité de substitution aux Questionnaires indiquent que des parents d'intention de toutes les régions du monde voyagent pour entreprendre des CMSI. Les avocats et agences exerçant dans les États de naissance ont déclaré avoir fourni leurs services dans des affaires de CMSI impliquant des parents d'intention résidant dans les États suivants : Afrique du Sud, Allemagne, Argentine, Australie, Autriche, Bahamas, Bahreïn, Bangladesh, Belgique, Brésil, Brunei, Canada, Chili, Chine (continentale et RAS de Hong Kong), Colombie, Costa Rica, Croatie, Cuba, Danemark, Égypte, Émirats arabes unis, Équateur, Espagne, États-Unis d'Amérique⁵²⁹, Fédération de Russie, Finlande, France, Grèce, Hongrie, Inde⁵³⁰, Indonésie, Iran, Irlande, Islande, Israël, Italie, Japon, Kenya, Liban, Luxembourg, Malte, Maurice, Mexique, Monaco, Mongolie, Népal, Nouvelle-Zélande, Nigeria, Norvège, Pakistan, Pays-Bas, Pérou, Philippines, Pologne, Portugal, République de Corée, République tchèque, Royaume-Uni, Sénégal, Singapour, Sri Lanka, Suède, Suisse, Thaïlande⁵³¹, Turquie, Ukraine⁵³², Uruguay et Venezuela.

133. En général, les réponses des États, avocats et agences de maternité de substitution indiquaient que, sauf dans des circonstances exceptionnelles⁵³³, les mères porteuses ne se déplacent pas (et ne sont pas déplacées) pour donner naissance sur des territoires favorables. Toutefois, la réponse d'un avocat a indiqué que cela pourrait devenir plus fréquent dans certains

⁵²⁷ Voir la lettre du ministère indien de l'Intérieur en date du 9 juillet 2012, disponible à l'adresse < http://icmr.nic.in/icmrnews/art/MHA_circular_July%2009.pdf > : les personnes qui souhaitent conclure une CMSI en Inde doivent désormais demander un visa médical (et ne peuvent plus utiliser un visa de tourisme). Les critères pour obtenir ce visa (qui correspondent à certaines dispositions de l'*Assisted Reproductive Technologies (Regulation) Bill*, encore à l'étude) sont entre autres que les demandeurs doivent être de sexe différent et mariés depuis au moins deux ans, et que le ministère étranger (ou l'ambassade en Inde) de l'État des parents d'intention (il n'est pas certain qu'il s'agisse de leur État de résidence ou de celui dont ils sont ressortissants, mais au vu des justificatifs à fournir en matière d'immigration, on peut supposer qu'il s'agit de leur État de résidence) doit fournir une lettre déclarant que l'État reconnaît la maternité de substitution et que l'enfant (les enfants) à naître à la suite de la CMSI pourront entrer sur le territoire de l'État en tant qu'« enfant(s) biologique(s) » des parents d'intention.

⁵²⁸ Les médias ont rapporté que des conventions de maternité de substitution à but lucratif étaient proposées au Népal (sans que cela ne soit confirmé).

⁵²⁹ Selon un avocat d'Ukraine, ce qui démontre la tendance qu'ont les parents d'intention américains à se rendre à l'étranger pour y conclure des CMSI (généralement parce que le coût est moindre à l'étranger).

⁵³⁰ Selon un avocat des États-Unis d'Amérique, ce qui démontre la tendance qu'ont les parents d'intention indiens à se rendre à l'étranger à des fins de CMSI (peut-être à cause de certains des problèmes associés aux CMSI indiennes).

⁵³¹ Selon un avocat des États-Unis d'Amérique.

⁵³² Selon un avocat des États-Unis d'Amérique.

⁵³³ Il s'agit souvent d'incidents illégaux liés à la traite, tels que ceux mentionnés à la note 11 du Rapport préliminaire de 2012 (voir *supra*, note 107). Toutefois, la Hongrie a rapporté que, dans certains cas, des mères porteuses qui résidaient sur son territoire s'étaient rendues dans un pays voisin où la maternité de substitution est légale pour y accoucher. Ces situations sont illégales en Hongrie, mais les autorités n'en ont pas toujours connaissance (voir la réponse à la question 70).

États au vu de leur situation juridique particulière. Cet avocat a rapporté six affaires en instance, dont trois où la mère porteuse pourrait déménager (de son plein gré) pour donner naissance au vu de problèmes juridiques internationaux, et trois où les parents d'intention pourraient s'installer dans l'État de résidence de la mère porteuse afin de se conformer à diverses conditions légales. En outre, un État s'est dit préoccupé par le fait que des femmes qui résident sur son territoire ont recours à des services de PMA dans d'autres États avant de revenir sur le territoire pour y accoucher, ce qui semble constituer des affaires de CMSI⁵³⁴.

134. Les réponses ont également mis en lumière la véritable nature internationale des CMSI, puisqu'il est fréquent que *plus de deux États* soient impliqués dans ces conventions : par exemple, un couple binational peut conclure une CMSI dans un État tiers⁵³⁵ ; la mère porteuse, les parents d'intention et le donneur de gamètes peuvent résider dans des États différents (sans mentionner les possibilités quant à leur nationalité) ; bien entendu, les familles peuvent déménager — et le font — après que la CMSI a été menée à terme, faisant que le statut juridique de l'enfant doit ensuite être reconnu dans le nouvel État de résidence.

(b) Nature des conventions

135. S'agissant du type de conventions de maternité de substitution conclues dans un contexte international, les réponses aux Questionnaires indiquent que les CMSI les plus fréquentes sont de loin les suivantes : (1) les conventions de gestation pour autrui⁵³⁶ faisant appel à l'ovocyte d'une donneuse (le plus souvent)⁵³⁷ ou à l'ovocyte de la mère d'intention (lorsque cela est possible)⁵³⁸ ; et (2) les conventions à but lucratif plutôt qu'altruistes⁵³⁹. Même si elles semblent plus rares, il arrive que des conventions de procréation pour autrui (c.-à-d. utilisant l'ovocyte de la mère porteuse) soient conclues dans certains États de naissance⁵⁴⁰. Une avocate britannique a déclaré que les conventions de procréation pour autrui qu'elle traitait impliquaient souvent des membres de la famille, qu'il était plus probable que ces conventions soient altruistes et qu'elles n'étaient généralement pas conclues par l'intermédiaire d'une agence⁵⁴¹. Par contre, un avocat canadien a déclaré que les conventions de procréation pour autrui

⁵³⁴ C.-à-d. impliquant des parents d'intention résidant à l'étranger : voir la réponse de la Nouvelle-Zélande à la question 82.

⁵³⁵ Et souhaite au bout du compte que l'enfant acquière la nationalité de chacun des parents d'intention.

⁵³⁶ Par ex., 30 des 31 réponses des parents d'intention concernaient des conventions de *gestation pour autrui* (c.-à-d. utilisant l'ovocyte d'une donneuse ou celui de la mère d'intention mais pas celui de la mère porteuse). Dans le 31^e cas, la situation n'était pas claire (mais il s'agissait probablement d'une convention de gestation pour autrui). Dans un cas, il a été rapporté que le couple avait d'abord essayé d'organiser lui-même une convention de procréation pour autrui (avec une mère porteuse qu'ils avaient trouvés eux-mêmes en ligne) mais que cela n'avait pas fonctionné. Dans un autre cas, le couple avait d'abord entrepris une convention de gestation pour autrui par l'intermédiaire d'une agence et eu des jumeaux, mais pour son troisième enfant, le couple a conclu une convention de procréation pour autrui avec une mère porteuse qu'ils ont trouvés eux-mêmes (se sentant capables de le faire après les recherches et le travail qu'ils avaient effectués la première fois).

⁵³⁷ Dans 20 des réponses des parents d'intention, il y a eu recours à un don d'ovocyte : la donneuse a souvent été trouvée par l'intermédiaire d'une agence (celle-ci gérant parfois sa propre base de données de donneuses) ou, dans certains cas, le centre de procréation médicalement assistée avait sa propre base de données. Il est plus rare que les parents d'intention aient eu recours à une agence / base de données de donneuses d'ovocytes indépendante. Ce n'est que dans un cas qu'il a été fait appel à des dons d'ovocytes et de sperme (dans deux cas, la situation n'était pas claire). La forte proportion de recours aux donneuses d'ovocytes au sein de l'échantillon pourrait être due au fait que 11 des couples qui ont répondu étaient des couples d'hommes.

⁵³⁸ Par ex., dans huit des 31 réponses des parents d'intention, il a été déclaré qu'ils n'avaient pas eu recours à un don de gamètes : c.-à-d. que les parents d'intention ont utilisé leurs propres sperme et ovocytes et que l'enfant était (ou serait) génétiquement apparenté aux deux parents d'intention. Cette situation était fortement représentée dans les réponses allemandes, avec quatre couples sur sept qui ont utilisé uniquement leur propre matériel génétique. Il pourrait s'agir d'une coïncidence, ou d'une tendance découlant de la situation culturelle et juridique en Allemagne (en outre, parmi les couples allemands, ils étaient plus nombreux à être des couples hétérosexuels mariés).

⁵³⁹ Un grand nombre de parents d'intention étaient gênés de décrire leur convention comme étant « commerciale », précisant que l'argent versé à la mère porteuse visait à dédommager ses souffrances et son dérangement mais que cela ne conférait pas pour autant une nature « commerciale » à la convention. Toutefois, dans l'écrasante majorité des cas, la rémunération prévue par la CMSI dépassait les dépenses raisonnables s'agissant du montant versé à la mère porteuse et les frais d'agence étaient importants. Toutefois, une petite minorité de conventions altruistes a été rapportée.

⁵⁴⁰ Cependant, il convient de rappeler que dans certains États de naissance, les conventions de procréation pour autrui sont interdites ; par conséquent, les CMSI impliquant ces États de naissance seront toujours des conventions de gestation pour autrui (par ex. en Ukraine).

⁵⁴¹ Bien que des cas aient été rapportés dans lesquels ces conventions avaient été facilitées par une agence à but lucratif, malgré le fait que la mère porteuse ne soit remboursée que de ses frais : voir l'affaire anglaise *Re P-M* [2013] EWHC 2328 (Fam).

semblaient gagner en popularité ces derniers temps en raison des coûts associés aux conventions de gestation pour autrui. Dans la plupart des cas, les réponses indiquaient que le sperme du père d'intention était si possible utilisé dans le cadre de ces conventions⁵⁴².

136. S'agissant des coûts engagés dans le cadre des CMSI à but lucratif⁵⁴³, les avocats et parents d'intention ont rapporté ce qui suit⁵⁴⁴ :

1) Frais médicaux : Le coût des traitements visant l'accroissement de la fertilité varie considérablement en fonction de l'État dans lequel le traitement intervient et du type de traitement dont ont besoin les parents d'intention et la mère porteuse (par ex. s'il y a un don d'ovocytes, en fonction du nombre de cycles nécessaires, en cas de naissance multiple), raison pour laquelle il est très difficile de fournir des statistiques précises. La grande diversité des frais médicaux liée à la matrice factuelle de l'affaire a été mise en lumière dans les réponses des parents d'intention ayant eu recours à des CMSI. Ils ont déclaré des frais médicaux allant de 2 818 \$, dans une affaire où l'enfant était né au Canada, à 271 099 \$, dans une affaire où l'enfant était né aux États-Unis d'Amérique et où il y a eu un problème d'assurance médicale⁵⁴⁵. En majorité, les parents d'intention ont déclaré que les frais médicaux s'élevaient entre 20 000 et 30 000 \$; les avocats américains ont déclaré un éventail de frais allant de 20 000 à 80 000 \$. Dans un cas où l'enfant était né en Inde, les frais médicaux n'étaient pas sensiblement inférieurs, puisqu'ils s'élevaient à 31 176 \$. Toutefois, dans cette affaire, les jumeaux étaient nés prématurément et ont eu besoin de soins intensifs venant s'ajouter aux frais médicaux. En Ukraine, un avocat a déclaré qu'en moyenne, les frais médicaux (lorsqu'un don d'ovocyte est nécessaire) avoisineront les 11 600 \$.

2) Honoraires d'avocat : Là encore, ces frais varient notablement d'un État à l'autre et en fonction de la nécessité de se procurer des conseils juridiques dans divers territoires. Dans un grand nombre de cas, les parents d'intention auront besoin de conseils juridiques (ou devraient en obtenir) tant dans l'État de naissance que dans l'État d'accueil⁵⁴⁶. Un avocat a cité l'exemple des conventions entre les États-Unis et le Royaume-Uni (où les États-Unis sont l'État de naissance et le Royaume-Uni l'État d'accueil) : les parents d'intention peuvent déboursier de 13 400 à 16 800 \$ environ d'honoraires d'avocat au Royaume-Uni (pour obtenir une ordonnance parentale (*parental order*) après le retour), plus 3 400 \$ pour obtenir des conseils en matière d'immigration au Royaume-Uni, et encore 12 000 \$ pour obtenir des conseils juridiques aux États-Unis⁵⁴⁷. Les parents d'intention ayant conclu une CMSI aux États-Unis ont déclaré y avoir payé des honoraires d'avocat s'étalant de 3 000 à 15 000 \$. Dans le cas d'une naissance en Inde, les honoraires d'avocat déclarés n'étaient pas sensiblement inférieurs, puisqu'ils s'élevaient à 6 777 \$.

3) Frais d'agence : Dans certains États de naissance, les frais d'agence sont difficiles à estimer car ils sont inclus dans un « forfait » que les parents d'intention paient au centre de procréation médicalement assistée⁵⁴⁸. Aux États-Unis d'Amérique, étant donné que les agences de maternité de substitution sont généralement indépendantes des centres de procréation médicalement assistée, leurs frais sont payés séparément et donc plus facilement identifiables. Toutefois, les personnes qui ont entrepris des CMSI aux États-Unis d'Amérique ont déclaré des frais d'agence très variables, s'étalant de 6 000 à 54 220 \$. Les avocats américains ont déclaré un éventail allant de 15 000 à 30 000 \$. Fait intéressant, les parents d'intention de l'enfant né en Inde ont déclaré avoir payé 13 555 \$ à titre de « frais d'agence », ce qui équivaut aux frais

⁵⁴² C.-à-d. que cela dépendra de la situation médicale du père d'intention et que cela n'est manifestement pas pertinent si le parent d'intention est une femme célibataire. Une fois de plus, il convient de rappeler que certains États de naissance exigent un lien génétique avec un parent d'intention (par ex. l'Ukraine).

⁵⁴³ Voir le **Glossaire** figurant à l'**annexe A** du Doc. préI. No 3 B de mars 2014 (*supra*, note 2) concernant la modification terminologique, avec l'abandon du qualificatif « commerciale » au profit de l'expression « à but lucratif ».

⁵⁴⁴ C.-à-d. que ces informations sont essentiellement tirées des réponses des avocats au Questionnaire No 2 et des réponses reçues des parents d'intention.

⁵⁴⁵ Dans une autre affaire américaine, les coûts étaient extrêmement élevés (119 622 \$) parce qu'il a fallu procéder à deux cycles de traitement.

⁵⁴⁶ Et éventuellement dans tout État tiers impliqué : par ex., si les parents d'intention forment un couple binational et souhaitent que l'enfant puisse acquérir leurs deux nationalités.

⁵⁴⁷ NB : tous les montants ont été convertis de la devise dans laquelle ils ont été fournis en dollars des États-Unis (\$) pour faciliter leur comparaison. À cet effet, les chiffres obtenus par l'application d'un taux de change (fluctuant) ont été arrondis. Par conséquent, il s'agit d'approximations.

⁵⁴⁸ Ceci est souvent le cas en Inde, par ex., et peut se produire en Ukraine et en Russie.

payés dans les affaires américaines⁵⁴⁹. Enfin, un avocat canadien a rapporté des frais d'agence allant de 5 000 à 7 500 \$.

4) Mères porteuses : Le montant de la rémunération financière versée aux mères porteuses dans le cadre des conventions à but lucratif, venant s'ajouter à leurs frais réels (qui sont toujours pris en charge), varie lui aussi en fonction de l'État de résidence de la mère porteuse et, dans certains États, de son expérience, du fait qu'elle ait eu des naissances multiples et / ou une césarienne, et de l'agence utilisée (entre autres facteurs). Par exemple, des parents d'intention qui avaient conclu une CMSI aux États-Unis d'Amérique ont déclaré avoir payé de 1 316 à 69 000 \$ à des mères porteuses⁵⁵⁰, la majorité d'entre eux ayant déclaré des montants supérieurs à 30 000 \$. Dans l'affaire impliquant l'Inde, les parents d'intention ont déclaré avoir payé 10 844 \$. Les avocats ont rapporté des rémunérations moyennes (c.-à-d. en sus des dépenses de la mère porteuse) allant de 20 000 à 55 000 \$ aux États-Unis d'Amérique⁵⁵¹, de 835 à 11 700 \$ en Inde et de 13 800 à 37 120 \$ en Russie et en Ukraine⁵⁵². Au Canada, un avocat a rapporté que les dépenses remboursables (seules) versées aux mères porteuses sont plafonnées à 20 000 \$.

5) Donneuses d'ovocytes : Il s'avère que des informations sur les montants versés aux donneuses d'ovocytes ne sont aisément disponibles qu'aux États-Unis d'Amérique, où les avocats et parents d'intention ont rapporté des montants allant de 5 000 à 15 000 \$ environ. Une fois encore parce que dans certains États, un « forfait » de coûts est présenté aux clients, des avocats ont rapporté que, dans ces cas, il était plus difficile de séparer de manière transparente les divers éléments du chiffre total. Un parent d'intention a déclaré avoir payé un montant de 2 711 \$ à une donneuse indienne et un avocat ukrainien a déclaré que les donneuses d'ovocytes recevaient en moyenne 1 000 \$ dans son État.

6) Autres frais : Parmi les autres frais fréquemment déclarés par les parents d'intention, citons les frais d'assurance maladie qui peuvent souvent être élevés, en particulier aux États-Unis. Quatre réponses ont indiqué des montants s'élevant de 7 000 à 25 000 \$.

137. Dans l'ensemble, il convient de noter que les chiffres fournis se distinguent par leur grande diversité, même lorsque les CMSI ont été entreprises dans le même État. Ceci peut être le résultat de deux facteurs (entre autres) : (1) du fait du caractère volontaire des déclarations et des différences de catégorisation, il se peut que les réponses incluent différents montants sous différentes rubriques et que les comparaisons ne soient pas toujours effectuées entre éléments similaires ; (2) les coûts des affaires de CMSI varient considérablement en fonction de la matrice factuelle de l'affaire (par ex. : si les parents d'intention souhaitent faire appel à une mère porteuse expérimentée ; si les enfants ont besoin de soins médicaux particuliers après leur naissance ; en fonction des services proposés par l'agence). Néanmoins, malgré ces facteurs et la petite taille de l'échantillon, on peut (provisoirement) qualifier cet écart d'important.

138. En termes de comparaisons générales, un avocat a déclaré que les parents d'intention ayant recours à une CMSI en Thaïlande ou en Inde pouvaient s'attendre à payer des frais totaux s'élevant de 63 000 à 72 300 \$ environ, tandis qu'aux États-Unis d'Amérique, ce total peut avoisiner les 90 400 à 226 000 \$. Selon les chiffres fournis par les parents d'intention, aux États-Unis, les frais totaux s'échelonnaient de 70 918 à 454 091 \$⁵⁵³. La moyenne se situait aux alentours de 122 000 \$. Près de la moitié des réponses donnant des chiffres entraient dans la fourchette des 100 000 à 150 000 \$, huit autres réponses se situant dans la fourchette des 80 000 à 99 999 \$. Dans l'affaire indienne, il a été déclaré que les frais totaux s'élevaient à 71 841 \$. Ces éléments viennent par conséquent appuyer l'opinion fréquente selon laquelle les CMSI aux États-Unis d'Amérique sont généralement plus onéreuses que dans les autres États de naissance (mais dans une mesure qui dépendra des faits de l'affaire)⁵⁵⁴. En outre, mettant en avant la différence de transparence concernant les frais entre États, un avocat a fait

⁵⁴⁹ En raison de la façon différente dont les intermédiaires sont établis dans le contexte de la maternité de substitution en Inde — décrite *infra*, au para. 138 et s. — souvent, le centre de procréation médicalement assistée prendra en charge les fonctions assurées par les « agences » indépendantes dans les autres États.

⁵⁵⁰ Bien que seulement deux montants déclarés se soient avérés inférieurs à 10 000 \$.

⁵⁵¹ Il convient de noter, toutefois, qu'à l'intérieur des États-Unis d'Amérique, ces coûts peuvent varier notablement en fonction de l'état de résidence de la mère porteuse.

⁵⁵² Une avocate a rapporté que, d'après ses recherches, aux États-Unis d'Amérique, il semble que la mère reçoive environ 20 % du coût total de la CMSI, tandis qu'en Inde, elle n'en reçoit que 10 %, voire moins. Un avocat ukrainien a rapporté qu'en Ukraine, généralement, les mères porteuses reçoivent environ 400 \$ par mois puis 15 000 \$ à titre de rémunération finale pour un enfant.

⁵⁵³ Ce dernier chiffre correspondant à un cas dans lequel des problèmes d'assurance ont entraîné des frais médicaux exceptionnellement élevés.

⁵⁵⁴ Toutefois, la prestation de services peut bien entendu être très différente (à ce sujet, voir *infra*, para. 139 et s.).

remarquer que « [d]ans les affaires américaines, les versements effectués par les parents d'intention sont généralement ventilés de manière très détaillée. Dans les affaires indiennes, il s'avère que l'on estime utile d'envelopper de secret le détail des versements ; souvent, les demandeurs ne savent pas à quoi les montants qu'ils ont versés ont été affectés » (traduction du Bureau Permanent). Cela peut s'avérer problématique si des procédures judiciaires sont nécessaires pour établir ou reconnaître la filiation juridique des parents d'intention dans l'État d'accueil, puisque le tribunal peut souhaiter disposer d'informations claires concernant les frais payés pour les divers aspects de la CMSI. De fait, plusieurs États ont souligné que les aspects financiers des CMSI étaient une source de préoccupation⁵⁵⁵.

(c) Parties et intermédiaires concernés

139. Un grand nombre de parties et d'intermédiaires différents peuvent intervenir dans la conclusion et la réalisation d'une CMSI. Les parties principales sont généralement les parents d'intention, la mère porteuse et son mari / partenaire (le cas échéant), ainsi que les éventuels donneurs de gamètes. En outre, parmi les intermédiaires les plus courants, on peut citer les agences de maternité de substitution⁵⁵⁶, les centres de procréation médicalement assistée (ou autres établissements de santé⁵⁵⁷) ; plus rarement, des agences de tourisme médical peuvent intervenir. Les principaux enjeux auxquels les parties et les intermédiaires sont confrontés sont évoqués, *infra*, dans la **partie C, section 2**, qui vise à fournir des informations factuelles supplémentaires concernant ces « acteurs ».

140. Pour ce qui est des parent(s) d'intention, les réponses aux Questionnaires ont révélé que, même si tout le spectre des situations de famille est représenté parmi les personnes qui concluent des CMSI (par ex., les avocats et agences ont rapporté que parmi leurs clients figuraient des couples hétérosexuels mariés ou non mariés, des couples de même sexe mariés ou non mariés⁵⁵⁸, ainsi que des hommes et des femmes célibataires), en général, les clients les plus fréquents dans le cadre des CMSI restent les couples hétérosexuels mariés ayant recours à la maternité de substitution pour des raisons médicales⁵⁵⁹. Ce profil des parents d'intention est en outre étayé par les informations recueillies auprès des personnes ayant eu recours à des CMSI. Sur 31 réponses, dans 29 cas, les parents d'intention étaient des couples⁵⁶⁰, dont un tiers environ de couples de même sexe⁵⁶¹. Trois couples ont également précisé qu'ils étaient binationaux⁵⁶². Certains avocats ont rappelé, dans leurs réponses, que dans certains États de naissance, la loi impose des conditions en matière de situation de famille aux parents d'intention⁵⁶³.

141. En général, il est clair que les conditions de vie des mères porteuses peuvent être très différentes en fonction de l'État de naissance concerné ; il ne faut par conséquent pas les considérer comme une « catégorie uniforme »⁵⁶⁴. En outre, le lien entre les mères porteuses et les parents d'intention, comme en témoignent les réponses de ces derniers, peut varier considérablement en fonction de l'État de naissance concerné. En général, en Inde, il semble

⁵⁵⁵ Par ex. la Finlande, l'Irlande, Israël, la Norvège, la Nouvelle-Zélande, les Philippines, la Suède et la Suisse. Voir également *infra*, para. 213 et s..

⁵⁵⁶ Ce terme est utilisé par commodité dans l'Étude mais il convient de noter que certains prestataires de services américains le réfutent et lui préfèrent « programme de maternité de substitution ».

⁵⁵⁷ Y compris les « banques » de gamètes qui sont parfois distinctes du centre médical / de l'agence.

⁵⁵⁸ Comme indiqué dans plusieurs réponses d'avocats, le fait que les couples de même sexe soient mariés peut dépendre de la possibilité que leur offre leur État de résidence de se marier.

⁵⁵⁹ Par ex., une avocate qui a pu fournir des chiffres a indiqué qu'elle représentait 149 couples hétérosexuels mariés, 9 couples hétérosexuels non mariés, 20 couples de même sexe mariés, 15 couples de même sexe non mariés, 15 hommes célibataires et 4 femmes célibataires.

⁵⁶⁰ C.-à-d. que ce n'est que dans deux cas que ce sont des personnes célibataires qui ont conclu une CMSI.

⁵⁶¹ Si 11 couples ont volontairement déclaré être des couples d'hommes, neuf d'entre eux étaient membres d'une association de parents d'intention espagnole (neuf sur dix des onze réponses), ce qui peut représenter un nombre disproportionné en raison du profil de l'association. En comparaison, aucune des réponses allemandes ne concernait des couples de même sexe et seulement deux des réponses françaises précisaient qu'il s'agissait de couples de même sexe (dans deux cas français, la situation n'était pas claire, et deux cas concernaient des personnes célibataires).

⁵⁶² Un couple franco-américain et deux couples hispano-italiens.

⁵⁶³ Par ex., les parents d'intention doivent former un couple marié hétérosexuel pour pouvoir conclure une CMSI en Ukraine.

⁵⁶⁴ Voir « Le régime applicable à la maternité de substitution au sein des États membres », par Brunet et al. (2013), à l'intention de la Commission des Affaires juridiques du Parlement européen (*supra*, note 145), en particulier aux p. 33-35. Les préoccupations particulières relatives à la situation des mères porteuses sont abordées, *infra*, dans la **partie C, section 2(c)**.

fréquemment n'y avoir que très peu de contacts entre la mère porteuse et les parents d'intention, tant pendant la grossesse qu'à l'époque de la naissance. Au contraire, aux États-Unis d'Amérique, il est décrit que les parents d'intention et les mères porteuses ont des contacts relativement fréquents, y compris lors de la « mise en relation »⁵⁶⁵, au cours de la grossesse et, dans certains cas, après la naissance de l'enfant.

142. Une fois de plus, les donneurs de gamètes ne constituent pas une catégorie uniforme ; leurs conditions de vie et motivations peuvent varier considérablement en fonction de leur État de résidence et de multiples autres facteurs. Comme indiqué plus haut, il n'est pas rare que, dans une affaire de CMSI, le donneur de gamètes (souvent la donneuse d'ovocytes) réside dans un État différent de celui de la mère porteuse. Ceci semble être plus souvent le cas lorsque les parents d'intention entreprennent une CMSI en Inde ou en Thaïlande et souhaitent que l'enfant partage certaines de leurs caractéristiques (par ex. si les parents d'intention sont de type caucasien, ils choisiront peut-être une donneuse d'ovocytes de type caucasien d'un autre État)⁵⁶⁶. De fait, dans sa réponse au Questionnaire No 3, une femme médecin indienne a déclaré que le centre médical qui l'employait travaillait avec des donneuses d'ovocytes de nombreux États différents. Un État s'est déclaré préoccupé par le fait que cela pouvait entraîner une situation où des ovocytes caucasiens de « haute qualité » étaient obtenus à un endroit, tandis qu'une main d'œuvre bon marché était utilisée pour la convention de maternité de substitution à un autre endroit⁵⁶⁷. Cette Étude ne traite pas du mouvement transfrontière des gamètes de donneurs tiers destinés à des procédures de PMA : toutefois, il convient de noter que le processus de consultation entrepris a fait apparaître que l'absence apparente de contrôle international en la matière pouvait également être un motif de préoccupations⁵⁶⁸.

143. S'agissant des intermédiaires intervenant dans les affaires de CMSI, les réponses aux Questionnaires ont révélé que l'identité de ces intermédiaires, leur rôle et les services qu'ils proposent peuvent être (très) différents en fonction de l'État de naissance et de leur éventuel encadrement, ainsi que, le cas échéant, de la nature de cet encadrement. Par exemple, aux États-Unis d'Amérique, dans la plupart des cas, les agences de maternité de substitution sont les principaux intermédiaires qui portent assistance aux parents d'intention ; ces agences sont en règle générale indépendantes des centres de procréation médicalement assistée / prestataires de soins de santé⁵⁶⁹. À l'intérieur des États-Unis, ces agences ne sont pas forcément encadrées dans tous les états ; lorsqu'elles le sont, l'encadrement n'est pas le même partout. Ces agences proposent notamment les services suivants : recrutement, évaluation et sélection des mères porteuses, mise en relation des parents d'intention et d'une mère porteuse⁵⁷⁰, mise en contact des parents d'intention avec d'autres intermédiaires (par ex. avocats et centres médicaux / hôpitaux indépendants)⁵⁷¹, dans certains cas mise à disposition d'une base de

⁵⁶⁵ Certains parents d'intention ont évoqué un entretien mutuel pour vérifier s'ils étaient d'accord avec la mère porteuse proposée.

⁵⁶⁶ Les États privilégiés pour y trouver des donneuses d'ovocytes sont entre autres les États-Unis d'Amérique et l'Ukraine.

⁵⁶⁷ Suisse.

⁵⁶⁸ De fait, dans sa réponse au Questionnaire No 3, une grande banque de sperme, qui en fournit dans le monde entier, se disait préoccupée par le fait que, bien que la loi de l'État dans lequel elle était située prévît l'anonymat des donneurs, cela n'était pas le cas dans tous les États où le sperme était envoyé.

⁵⁶⁹ Dans toutes les réponses des parents d'intention qui ont conclu des CMSI aux États-Unis ou au Canada, une agence de maternité de substitution américaine ou canadienne était impliquée ; cette agence était généralement le premier point de contact des parents d'intention et assurait la coordination générale de la procédure. Souvent, cette agence avait été trouvée soit par l'intermédiaire d'une association de parents d'intention, soit sur recommandation d'un ami, soit par le biais de publicités dans la presse ou de réunions / manifestations dans l'État de résidence habituelle des parents d'intention. Il convient toutefois de noter que ces agences ne se trouvent pas forcément dans le même état / la même province au sein de l'État que la mère porteuse (toutefois, il semble plus rare qu'elles soient situées dans un autre pays). Les agences disposent parfois d'une base de données de mères porteuses de différents états / différentes provinces ; la mère se déplace parfois pour suivre les procédures médicales. Habituellement, toutefois, la mère porteuse accouchera dans son état / sa province d'origine.

⁵⁷⁰ Une fois encore, dans la vaste majorité des réponses des parents d'intention (28 sur 31), il était indiqué que l'agence avait « mis en relation » les parents d'intention avec une mère porteuse figurant dans leur base de données et avait procédé à l'évaluation de la mère porteuse. De nombreux parents d'intention ont précisé que les examens habituels auxquels l'agence soumettait la mère porteuse comportaient un examen médical et une évaluation psychologique.

⁵⁷¹ Dans la vaste majorité des réponses des parents d'intention (27 sur 31), il a été rapporté que l'agence de maternité de substitution avait recommandé les autres intermédiaires aux parents d'intention : par ex. le centre de procréation médicalement assistée et les juristes / cabinets d'avocats. Ce n'est que dans un cas que les parents d'intention ont indiqué s'être organisés eux-mêmes et avoir choisi leur propre centre médical et leur propre agence de donneuses d'ovocytes (dans deux cas, ce n'était pas clair). Toutefois, un avocat américain a précisé

données de donneurs de gamètes⁵⁷², conservation des fonds pour le compte des parents d'intention sur des comptes bloqués / de fiducie pour gérer le règlement des factures des divers acteurs⁵⁷³. En comparaison, en Inde, il semble que les centres de procréation médicalement assistée soient les principaux intermédiaires, chargés de la sélection des mères porteuses et des donneuses d'ovocytes, ainsi que de la mise en relation et, au bout du compte, de la prestation des services médicaux nécessaires⁵⁷⁴. Dans certains cas, en Inde, des banques de gamètes peuvent intervenir et proposer un service de mères porteuses (mise en relation) en sus d'un service de don de gamètes⁵⁷⁵. Ces banques peuvent avoir passé des accords formels avec les centres de procréation médicalement assistée⁵⁷⁶. En Russie et en Ukraine, il semble que des cabinets d'avocats assurent parfois des fonctions d'agence (par ex. en aidant les parents d'intention à trouver une mère porteuse)⁵⁷⁷.

144. Pour ce qui est des avocats intervenant dans les affaires de CMSI, la plupart de ceux qui ont répondu au Questionnaire soit exerçaient à leur compte soit étaient salariés d'un cabinet d'avocats, étaient indépendants de tous les autres acteurs du processus de CMSI et agissaient uniquement pour le compte de leurs clients (en général les parents d'intention). Toutefois, une minorité d'avocats a confirmé travailler sur recommandation informelle des agences de maternité de substitution ou des centres de procréation médicalement assistée. En outre, un avocat a déclaré avoir été contacté par des avocats indiens qui lui ont indiqué qu'ils lui enverraient régulièrement des dossiers de CMSI d'Inde s'il consentait à leur verser une commission. Il a refusé en raison du possible « conflit d'intérêts ». Une autre réponse a été reçue d'un avocat employé par une agence de maternité de substitution aux États-Unis. Il a déclaré que l'agence ne représentait que les parents d'intention et que les mères porteuses et les donneurs de gamètes devaient obtenir des conseils juridiques indépendants (payés par les parents d'intention). Toutefois, la pratique en matière de représentation par des avocats différents pour chacune des parties varie considérablement entre États de naissance et même au sein des États⁵⁷⁸. En outre, dans de nombreux cas, les parents d'intention peuvent avoir besoin d'avocats dans plusieurs États⁵⁷⁹.

145. Pour ce qui est des centres de procréation médicalement assistée ou autres établissements de santé proposant des traitements visant l'accroissement de la fertilité dans le cadre de CMSI, la qualité de ces centres et des soins qu'ils proposent varient là encore énormément d'un État de naissance à l'autre et peuvent dépendre de leur niveau d'encadrement dans l'État de naissance et / ou du niveau d'autoréglementation en l'absence de législation nationale (par ex. par le biais de lignes directrices professionnelles et de codes de conduite). Il convient de noter que les préoccupations relatives aux prestataires de traitements visant l'accroissement de la fertilité s'avèrent bien plus présentes dans certains États de naissance, la grande majorité d'entre elles concernant l'Inde, d'autres ayant été déclarées en rapport avec la Thaïlande et l'Ukraine. Les préoccupations particulières qui se posent en lien avec le traitement visant l'accroissement de la fertilité sont évoquées dans les sections correspondantes de la présente Étude, mais elles portent notamment sur les points suivants : nombre élevé de transferts d'embryons (entraînant des naissances multiples, avec l'augmentation des risques

qu'il se pouvait également que les parents d'intention entrent en contact avec un établissement médical qui les renvoyait ensuite vers une agence pour recruter la mère porteuse et / ou la donneuse d'ovocytes.

⁵⁷² Dans la majorité des réponses des parents d'intention, l'agence a également fourni, lorsque cela a été nécessaire, la base de données de donneuses d'ovocytes. Certains parents d'intention ont indiqué que l'un des facteurs importants dans le choix des donneuses d'ovocytes était le fait que la donneuse ne souhaite pas conserver l'anonymat, ce qui permettrait à l'enfant de la connaître par la suite.

⁵⁷³ Dans la grande majorité des réponses des parents d'intention, ceux-ci ont également indiqué que l'agence conservait leurs fonds sur des comptes bloqués / de fiducie et gérait le paiement de toutes les factures des différents acteurs.

⁵⁷⁴ Voir « Surrogate Motherhood: Ethical or Commercial », par le *Centre for Social Research* (Inde), disponible en ligne à l'adresse < www.csrInde.org >. Ce rapport repose sur des entretiens réalisés auprès de 100 mères porteuses et de 50 couples de parents d'intention. Il indique, p. 25 : « [o]n remarque que les centres de PMA ont tendance à devenir le centre de toutes les activités liées à la maternité de substitution » (traduction du Bureau Permanent).

⁵⁷⁵ Une réponse d'agence reçue d'une banque de gamètes indiquait que, d'après son expérience, le centre de FIV recherche les parents d'intention et la banque de PMA recherche les mères porteuses et les donneuses d'ovocytes.

⁵⁷⁶ Ceci a été le cas pour une banque de gamètes qui a répondu au Questionnaire No 4.

⁵⁷⁷ Voir par ex. l'affaire britannique *Re C (A Child)* [2013] EWHC 2413 concernant une CMSI réalisée en Russie et une organisation qui assurait à la fois les fonctions d'agence de mise en relation et de cabinet d'avocats.

⁵⁷⁸ Certains États et avocats ont souligné que cette question était préoccupante (elle est développée, *infra*, dans la **partie C, section 2**).

⁵⁷⁹ Par ex. des avocats dans l'État de naissance et des avocats spécialisés en droit de la famille et de l'immigration dans l'État d'accueil.

que cela implique pour les enfants), implantations auprès de plusieurs mères porteuses pour les mêmes parents d'intention, mélanges de gamètes (et stockage des gamètes inutilisés), césariennes systématiques, décès des mères porteuses pendant ou après l'accouchement, réductions fœtales et avortements sélectifs fondés sur le sexe de l'enfant⁵⁸⁰.

2. Exemples de grands problèmes rencontrés dans les affaires de CMSI

146. Les grands problèmes qui résultent des affaires de CMSI décrits plus bas sont extraits des réponses aux Questionnaires (principalement celles des États, des avocats et des parents d'intention ayant eu recours à des CMSI), des observations communiquées au Bureau Permanent par des organismes de praticiens du droit et de l'aide sociale, ainsi que de la jurisprudence de divers territoires dont on peut déduire certaines préoccupations communes.

(a) Statut juridique des enfants et des parents d'intention

147. Les informations obtenues à la suite du large processus de consultation étayent la conclusion provisoire des Documents préliminaires de 2011 et 2012, à savoir que, dans un grand nombre d'affaires de CMSI (si ce n'est dans la plupart d'entre elles), le statut juridique des enfants nés à la suite d'une CMSI est un problème grave et important⁵⁸¹. À cause de ce problème, les enfants se retrouvent souvent avec une filiation juridique « boiteuse » (à savoir une filiation juridique différente résultant de la loi de différents États) et sont élevés par des personnes qui ne sont pas reconnues comme leurs parents légaux dans l'État où ils vivent (voire dans des États tiers avec lesquels ils présentent éventuellement un lien). Dans les cas les plus graves (même s'ils restent exceptionnels), les enfants se retrouvent « apatrides », piégés dans leur État de naissance, dans l'incapacité de le quitter et parfois frappés d'une interdiction de séjour. Les graves conséquences juridiques de cette situation sont étudiées plus bas ; pour commencer, nous examinerons rapidement ses causes.

148. La principale cause de cette situation est le simple « conflit » entre approches juridiques, notamment entre approches de droit international privé, des États de naissance et d'accueil dans les affaires de CMSI concernant : (1) la filiation juridique de l'enfant ; et (2) la nationalité / le statut en matière d'immigration de l'enfant (deux questions qui sont parfois inextricablement liées, mais pas toujours, en fonction de l'État concerné). Toutefois, bien que ce conflit général puisse sembler simple, il dissimule en fait une myriade de différentes approches des États, ces approches pouvant varier encore davantage en fonction de la matrice factuelle de l'affaire en question. Dans cette section, l'approche des États de naissance quant à ces questions sera examinée rapidement avant d'aborder la situation plus complexe (et diversifiée) parmi les États d'accueil.

États de naissance

149. Dans les États de naissance les plus populaires, il existe généralement des procédures établies, qu'elles le soient en vertu de la législation, de la jurisprudence ou de la pratique. Ces procédures font que la filiation juridique est attribuée aux parents d'intention parties à une CMSI soit avant soit après la naissance de l'enfant⁵⁸². En outre, du point de vue du droit international privé, le fait qu'un enfant soit né (ou naîtra) dans l'État en question est un chef de compétence pour déterminer la filiation juridique et enregistrer l'enfant⁵⁸³ ; par ailleurs, en raison des systèmes juridiques en présence, le droit du for est appliqué à la détermination de la filiation juridique, même si les parents d'intention ont leur résidence habituelle à l'étranger

⁵⁸⁰ Le *Centre for Social Research* (Inde), par ex., a rapporté que dans le contexte de la maternité de substitution, des avortements sélectifs fondés sur le sexe de l'enfant avaient lieu en Inde, bien que cette pratique soit illégale (voir *supra*, note 574, p. 45).

⁵⁸¹ Les États suivants ont indiqué être préoccupés par l'incertitude du statut juridique des enfants et la nationalité des enfants nés à la suite d'une CMSI : Allemagne, Australie, Canada, Espagne, Finlande, Irlande, Israël, Norvège, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas, Philippines, Suède et Suisse.

⁵⁸² Voir *supra*, para. 130 concernant les États de naissance les plus fréquemment utilisés. Ex. : Russie et Ukraine (lors de l'enregistrement, avec le consentement de la mère porteuse, sous réserve que les autres conditions légales soient remplies) ; États-Unis d'Amérique (la procédure dépend de l'état concerné mais, par ex., une ordonnance peut être obtenue en Californie avant la naissance) ; Inde (même si ce n'est pas très clair, il semble que l'enregistrement de l'un des parents d'intention ou des deux relève de la pratique). Toutefois, la situation est différente en Thaïlande où la mère porteuse semble être considérée comme la mère juridique à la naissance et sera enregistrée en tant que telle.

⁵⁸³ Voir *supra*, partie B, section 1.

(dans un État dont ils sont généralement ressortissants)⁵⁸⁴. Le seul État dans lequel il semble que la position en vertu de la loi étrangère soit prise en considération est l'Inde : en application des règles en matière de visas publiées par le ministère de l'Intérieur en juillet 2012⁵⁸⁵, les parents d'intention doivent, pour obtenir le visa médical nécessaire pour réaliser une CMSI en Inde, faire valoir que leur État accepte la maternité de substitution et qu'ils pourront (sans se mettre en infraction v.-à-v. de l'immigration) ramener l'enfant (les enfants) né(s) à la suite de la CMSI dans cet État⁵⁸⁶. Il est manifeste que ces exigences en matière de visas ont causé des problèmes dans plusieurs affaires à la lumière d'une autre condition⁵⁸⁷ ; par contre, la façon dont l'exigence de preuve du droit étranger (effective) se répercute sur les parents d'intention — en particulier ceux qui viennent d'États d'accueil dans lesquels la maternité de substitution est interdite — n'est pas encore parfaitement claire. Les premières recherches effectuées indiquent qu'au moins les Pays-Bas et la Nouvelle-Zélande indiquent d'ores et déjà, sur le site de leur ambassade en Inde, qu'il leur est impossible de fournir la lettre devant accompagner toute demande de visa médical⁵⁸⁸. Il semblerait donc que les parents d'intention résidant dans ces États n'aient plus accès à des services de maternité de substitution en Inde, même si cela n'est pas encore certain.

150. Du point de vue de la nationalité, dans la plupart des États de naissance, le fait que les parents d'intention soient déterminés comme étant les parents légaux de l'enfant, associé à l'absence de règle absolue de droit du sol permettant l'acquisition de la nationalité, signifie que l'enfant n'acquerra pas la nationalité de l'État de naissance⁵⁸⁹. Les États-Unis d'Amérique et le Canada sont des exceptions à cette règle, puisque les enfants nés sur leur territoire, y compris ceux nés à la suite d'une CMSI, acquerront la nationalité américaine / canadienne⁵⁹⁰. Il est possible que la Thaïlande constitue une autre exception, mais pour une autre raison : il semble que la mère porteuse soit considérée comme la mère juridique à la naissance en vertu du droit thaïlandais et donc que l'enfant puisse acquérir la nationalité thaïlandaise par filiation⁵⁹¹.

151. Par conséquent, en fonction de la loi de l'État de naissance, le résultat est souvent le suivant : (1) les parents d'intention sont considérés comme les parents légaux de l'enfant⁵⁹² ; et (2) l'enfant ne peut pas acquérir la nationalité de l'État de naissance (sauf aux États-Unis d'Amérique, au Canada et en Thaïlande). Dans certains États de naissance, il semble que les procédures établies ont pour effet que les formalités d'acquisition de la filiation juridique en vertu de la loi de l'État en question (et / ou l'acquisition de la nationalité, le cas échéant) peuvent être accomplies assez rapidement⁵⁹³. Par ailleurs, en vertu de la loi de l'État de

⁵⁸⁴ *Ibid.*

⁵⁸⁵ Voir *supra*, note 527. Ces règles ont été introduites après que des consuls généraux de certains États d'accueil ont demandé, en 2010, que des possibilités de maternité de substitution ne soient plus offertes à leurs ressortissants si les parties d'intention n'avaient pas préalablement consulté leur ambassade (voir également le para. 45 du Rapport préliminaire de 2012 (*supra*, note 107)). Voir aussi « Surrogacy: imported from India – the need for a regulatory law », par Anil et Ranjit Malhotra, Bulletin mensuel du SSI/CIR, numéro spécial intitulé « Maternité de substitution à caractère international et droits de l'enfant », No 174 (juillet-août 2013), disponible à l'adresse < www.iss-ssi.org >.

⁵⁸⁶ Cf. les États-Unis d'Amérique et le Canada qui ont confirmé que les parents d'intention qui souhaitent entrer sur leur territoire aux fins d'une CMSI n'étaient pas tenus de demander un visa spécial.

⁵⁸⁷ C.-à-d. l'exigence limitant les catégories de parents d'intention pouvant entreprendre une CMSI en Inde aux couples hétérosexuels mariés depuis au moins deux ans. De fait, cette exigence est contestée dans l'affaire *Shihabeldin c. Union of India* (requête No 15490 de 2013) dans laquelle un ressortissant soudanais demande le réexamen judiciaire de cette disposition des règles en matière de visa introduites par le ministère indien de l'Intérieur pour des motifs de violation du droit au respect de la vie privée (art. 21 de la Constitution indienne), d'égalité de traitement et de discrimination.

⁵⁸⁸ Le Royaume-Uni, qui a publié une lettre sur son site web correspondant, a indiqué dans cette lettre que le droit britannique ne permettait pas de payer de montant supérieur aux dépenses raisonnablement engagées en contrepartie de la convention. Cependant, on ne sait pas encore quelles répercussions cela aura sur les personnes résidant au Royaume-Uni qui souhaitent conclure des conventions de maternité de substitution en Inde.

⁵⁸⁹ Sauf, éventuellement, pour des motifs d'« apatridie » ; à ce sujet, voir *supra*, **partie A, section 1(f)**.

⁵⁹⁰ Voir *supra*, **partie A, section 1(f)** et la réponse du Canada à la question 38 du Questionnaire No 1.

⁵⁹¹ Ces informations ont été obtenues dans le cadre des recherches menées par le Bureau Permanent lui-même.

⁵⁹² Mais pas en Thaïlande, par ex., où une mère d'intention peut rencontrer des difficultés pour faire établir sa maternité juridique.

⁵⁹³ Aux États-Unis, par ex., des avocats ont rapporté que ces formalités pouvaient souvent être accomplies dans les semaines suivant la naissance et en tout état de cause dans les deux mois qui suivent. En Ukraine, étant donné que les parents d'intention (si les conditions légales ukrainiennes sont remplies) seront directement inscrits sur l'acte de naissance ukrainien de l'enfant, cela peut être fait très rapidement. Toutefois, l'enfant n'acquerra pas la nationalité ukrainienne, en raison de l'approche de la loi ukrainienne concernant la filiation juridique des parents d'intention ; par conséquent, la sortie du territoire sera bien plus complexe puisqu'elle dépend de l'approche adoptée par l'État d'accueil en matière d'immigration / de nationalité.

naissance, l'enfant et les parents d'intention n'ont généralement pas de difficulté à quitter le territoire⁵⁹⁴. À cet égard, l'Inde est une exception : plusieurs avocats ont rapporté que les délais de délivrance des visas nécessaires pour que les enfants puissent quitter le territoire étaient souvent longs (six à sept mois)⁵⁹⁵.

États d'accueil

152. Dans la plupart des États d'accueil, de nombreuses variables influencent la détermination du statut juridique d'un enfant né à la suite d'une CMSI (qu'il s'agisse de la filiation juridique ou de la nationalité) ; c'est également le cas des formalités à suivre pour résoudre ces problèmes et des délais pour aboutir à un éventuel résultat. Ces variables sont entre autres les suivantes : le fait que la mère porteuse soit ou non mariée, la nationalité des parents d'intention (et la façon dont ils l'ont acquise)⁵⁹⁶, l'éventuel lien génétique entre l'enfant et l'un de ses parents d'intention (ressortissant de l'État en question), l'État dans lequel l'enfant est né et la procédure utilisée dans cet État pour attribuer la qualité de parents légaux aux parents d'intention (et l'acte en découlant, établissant ou prouvant la filiation juridique). En outre, des complications supplémentaires peuvent survenir dès lors que des États tiers sont concernés : par exemple, si l'affaire concerne un couple binational qui souhaite que l'enfant acquière leurs deux nationalités, ou un couple d'expatriés qui souhaite vivre avec l'enfant dans un État d'accueil dont les membres du couple ne sont pas ressortissants.

153. Dans les États de naissance⁵⁹⁷ dans lesquels un enfant né à la suite d'une CMSI acquerra de plein droit la nationalité de l'État en question à la naissance, l'enfant peut en théorie retourner « dans son pays » avec ses parents d'intention après avoir été inscrit sur leur passeport. Dans ces cas, on pourrait penser que le retour dans l'État d'accueil peut intervenir rapidement, suite à quoi les éventuels problèmes juridiques seront réglés dans cet État. Toutefois, plusieurs réponses d'États d'accueil et d'avocats aux Questionnaires ont fait apparaître que, si un enfant se rend dans un État d'accueil en utilisant un passeport étranger dans l'intention de résider de façon permanente dans l'État d'accueil, le fait de ne pas avoir obtenu le passeport ou le permis nécessaire *avant* son voyage peut constituer une infraction aux règles de l'État d'accueil en matière d'immigration, voire, dans certains États, un délit pénal⁵⁹⁸. Dans ce type de situation, il est arrivé que des enfants soient reconduits à la frontière⁵⁹⁹. Il est par conséquent conseillé aux parents d'intention de s'informer sur les formalités à respecter en matière d'immigration avant de voyager, même si l'enfant est titulaire d'un passeport de l'État de naissance.

154. Dans les États de naissance dans lesquels un enfant n'acquerra pas la nationalité de l'État en question du fait de sa naissance sur le territoire, il se peut que les parents d'intention doivent demander un passeport ou un visa / permis pour l'enfant auprès des autorités de l'État d'accueil pour pouvoir « rentrer chez eux ». Cette demande peut être faite par l'intermédiaire du consulat / de l'ambassade de l'État d'accueil dans l'État de naissance⁶⁰⁰. Les États d'accueil n'ont pas tous la même approche pour ce qui est de ces demandes ; à cet égard, seules des catégories très larges peuvent être identifiées. En outre, même à l'intérieur de ces catégories, on constate d'importantes différences entre les approches des États.

⁵⁹⁴ Bien entendu, dans les États de naissance dans lesquels la nationalité de l'État n'est pas acquise par l'enfant, de sérieuses difficultés pour voyager surviendront si l'enfant ne peut acquérir la nationalité de l'État d'accueil ou un visa pour s'y rendre.

⁵⁹⁵ Les couples de même sexe ont également rencontré des problèmes pour obtenir des visas de sortie depuis le changement des règles applicables aux visas, même si la CMSI en question avait été conclue avant le changement.

⁵⁹⁶ Par ex., dans certains États, si la nationalité du parent a été acquise par filiation à la suite d'une naissance à l'étranger, la nationalité ne peut être transmise une fois de plus par filiation dans ces circonstances : voir *supra*, **partie A, section 1 (f)** concernant l'acquisition de la nationalité par filiation par les enfants.

⁵⁹⁷ Par ex. aux États-Unis d'Amérique et au Canada.

⁵⁹⁸ Cela est par ex. le cas en Nouvelle-Zélande. Par exemple, si l'enfant doit « retourner chez lui » au Royaume-Uni en utilisant un passeport américain, les parents d'intention doivent s'adresser aux autorités de l'immigration britanniques pour obtenir une autorisation d'entrer sur le territoire valable douze mois, au titre de laquelle ils s'engagent à demander une ordonnance parentale (*parental order*) une fois arrivés au Royaume-Uni (suite à quoi ils pourront obtenir la nationalité britannique pour l'enfant).

⁵⁹⁹ Cela a été rapporté par un avocat britannique.

⁶⁰⁰ Il convient de noter que ces procédures s'appliqueront également aux enfants s'ils sont « rentrés chez eux » en utilisant un passeport étranger et demandent la nationalité de l'État d'accueil une fois qu'ils s'y trouvent.

Approche fédérale : dissociation

155. Dans un premier groupe composé de plusieurs États fédéraux⁶⁰¹, la nationalité / le statut en matière d'immigration de l'enfant seront déterminés par les autorités compétentes plus ou moins séparément de la question du statut de l'enfant en termes de filiation juridique. Par conséquent, les autorités décideront si l'enfant a acquis la nationalité par filiation en cherchant à savoir si l'un des parents d'intention nationaux ou les deux peuvent être considérés comme « parent(s) » de l'enfant, tandis que la question de savoir « qui est / sont le(s) parent(s) de l'enfant ? » sera examinée *conformément à la législation et la politique en matière de nationalité*, ce qui peut entraîner l'application de critères différents et donc aboutir, pour l'enfant, à une conclusion différente de celle à laquelle on serait parvenu en vertu de la législation de l'État en matière de situation de famille. Ceci semble être le cas dans les territoires fédéraux, en particulier parce que la question de la nationalité est une question de législation et de politique fédérales, tandis que les questions telles que l'enregistrement des naissances et la filiation juridique de l'enfant relèvent du pouvoir législatif des états / provinces. Cependant, la dissociation de ces deux questions peut provoquer des situations où l'enfant acquiert la nationalité de l'État mais où sa filiation juridique reste (encore) « boiteuse ».

156. À titre d'exemple, en Australie, alors que l'acquisition de la nationalité australienne par filiation n'est possible que si l'enfant a un « parent » australien⁶⁰², la question de savoir qui est / sont le(s) parent(s) de l'enfant à des fins de nationalité est considérée comme une simple « question de fait »⁶⁰³ qui doit être tranchée au cas par cas par les autorités au vu de toutes les circonstances, notamment en vérifiant si le parent d'intention australien présente un lien génétique avec l'enfant⁶⁰⁴. Si ce lien est prouvé, il pèsera dans la décision⁶⁰⁵. En l'absence de lien génétique, le parent d'intention australien devra démontrer qu'il était « *de fait* » le parent de l'enfant à la date de la naissance de celui-ci : les éléments probants permettant d'établir ce fait peuvent inclure la convention de maternité de substitution et le « transfert légal des droits parentaux dans le pays où la maternité de substitution a eu lieu » (c.-à-d. qu'un jugement étranger peut faire partie des *preuves* utilisées pour établir le *fait* de la filiation à des fins de nationalité)⁶⁰⁶. Toutefois, même si la demande de nationalité est acceptée, comme l'a confirmé le tribunal australien, « il ne s'ensuit pas de plein droit que les lois fédérales et de l'état reconnaîtront [ce parent d'intention] comme étant le parent [de l'enfant (des enfants)] »⁶⁰⁷. La question de l'identité des parents *légaux* de l'enfant doit être tranchée conformément à la loi de l'état concerné⁶⁰⁸ ; au bout du compte, en vertu de cette loi, il peut s'avérer impossible, pour l'un ou l'autre parent d'intention, d'établir sa filiation juridique⁶⁰⁹. Alors que de nombreux enfants nés à l'étranger à la suite de CMSI d'un ou deux parent(s) d'intention australien(s) peuvent par conséquent acquérir la nationalité australienne ou un visa pour se rendre en Australie, il est fréquent qu'ils ne puissent pas établir leur filiation juridique en vertu de la loi australienne et, d'après la réponse d'un avocat, ils sont nombreux à avoir renoncé à le faire. Lorsque des demandes sont déposées en ce sens, les tribunaux australiens finissent par trancher les affaires en prononçant des décisions accordant la « responsabilité parentale » aux parents d'intention : ces décisions ne confèrent aucun statut juridique de parent et cessent de produire leurs effets une fois que l'enfant a atteint l'âge de 18 ans.

157. Le Canada est un autre exemple de cette approche. Au Canada, les règles sont plus précises, puisque, pour acquérir la nationalité canadienne de plein droit à la naissance, la politique / loi fédérale exige qu'il existe un lien génétique *et* juridique entre l'enfant et le parent

⁶⁰¹ Par ex. en Australie, au Canada et aux États-Unis d'Amérique.

⁶⁰² Voir la réponse de l'Australie aux questions 38 et 61. Voir aussi l'*Australian Citizenship Act 2007* et les lignes directrices figurant dans les *Australian Citizenship Instructions*.

⁶⁰³ Voir « Factsheet 36a – International Surrogacy Arrangements », p. 3 (disponible à l'adresse < www.immi.gov.au/media/fact-sheets/36a_surrogacy.htm >).

⁶⁰⁴ Sous réserve de tests ADN, soumis à des règles strictes.

⁶⁰⁵ Il semblerait donc que le lien génétique ne soit pas toujours déterminant.

⁶⁰⁶ Si l'enfant ne peut acquérir la nationalité australienne, il peut tout de même entrer sur le territoire australien grâce à un visa, si les conditions nécessaires à cet égard peuvent être remplies (voir réponse à la question 61).

⁶⁰⁷ Voir *Mason c. Mason* [2013] FamCA 424, para. 12, et *Dudley & Chedi* [2011] FamCA 502 (traduction du Bureau Permanent).

⁶⁰⁸ Cette décision sera reconnue en vertu de la loi fédérale. Toutefois, il semble que le statut acquis en vertu de la loi étrangère ne sera pas déterminant selon la loi d'état (*ibid.*).

⁶⁰⁹ Par ex. parce que les lois sur la maternité de substitution de l'état ne permettent le transfert de la filiation juridique que dans certaines conditions strictes qui peuvent ne pas avoir été remplies en cas de CMSI. La voie de l'adoption nationale est éventuellement possible, mais elle ne semble pas encore avoir été explorée.

d'intention canadien⁶¹⁰. À cet effet, il est souvent fait appel à la loi étrangère pour prouver le lien juridique (au moyen d'un acte de naissance étranger ou d'une décision de justice de l'État de naissance)⁶¹¹ et des tests ADN seront demandés en cas de doute quant au lien génétique. En outre, en l'absence de lien génétique, l'enfant pourra tout de même acquérir la nationalité par filiation si son parent juridique (dont l'identité aura été là encore établie en référence à des actes étrangers) est ressortissant canadien et si l'enfant peut être parrainé pour entrer sur le territoire en qualité de « résident permanent ». Cette possibilité est ouverte dès lors que l'enfant est né par PMA de la personne faisant la demande ou de son conjoint, de son partenaire de fait en vertu de la *common law* ou de son concubin⁶¹². Cette dernière condition exclut manifestement de cette catégorie les enfants nés à la suite de conventions de maternité de substitution. Cette question a été portée devant la Cour d'appel fédérale dans une affaire concernant un enfant né à la suite d'une CMSI réalisée en Inde et ne présentant de lien génétique avec aucun des deux parents d'intention (dont l'un est canadien)⁶¹³. Il existe par ailleurs une procédure discrétionnaire faisant que la nationalité peut être accordée à une personne pour remédier à des situations particulières et inhabituelles de détresse : une affaire de CMSI a déjà donné lieu à une demande de nationalité pour ce motif (en instance)⁶¹⁴.

158. Toutefois, malgré ces règles détaillées concernant l'acquisition de la nationalité, comme pour l'Australie, même si l'enfant acquiert au bout du compte la nationalité canadienne, il semble que cela n'entraîne pas systématiquement la reconnaissance de la filiation juridique de l'enfant (en particulier par rapport au second parent d'intention) en vertu de la loi canadienne à des fins de situation de famille. Dans le cas où les parents d'intention le souhaitent, cette question doit être tranchée en vertu du droit provincial une fois que l'enfant est « de retour » sur le territoire⁶¹⁵. En fonction du droit provincial applicable, l'enregistrement de la naissance au Canada d'après l'acte de naissance étranger (ou autre acte) et / ou d'une décision déclarant ou établissant la filiation juridique n'est pas forcément possible⁶¹⁶.

159. Cette approche est également adoptée dans les « affaires entrantes » aux États-Unis d'Amérique, où l'acquisition de la nationalité américaine se détermine au niveau fédéral, la question de la filiation juridique relevant pour sa part du droit des états. Toutefois, la détermination de la nationalité au niveau fédéral aux États-Unis d'Amérique, contrairement à ce qui se passe en Australie et au Canada, repose exclusivement sur l'existence d'un lien génétique avec un ressortissant américain, en l'absence duquel un enfant né à l'étranger ne peut acquérir la nationalité américaine⁶¹⁷. Ceci a donné lieu à des situations complexes. Un avocat ukrainien a rapporté le cas d'un couple binational résidant aux États-Unis d'Amérique. La mère d'intention était de nationalité américaine, mais la CMSI avait fait intervenir un don d'ovocytes. En raison de l'absence de lien génétique avec un ressortissant américain, la nationalité américaine a été refusée à l'enfant. Au bout du compte, l'affaire a été résolue de la

⁶¹⁰ En 2012, le ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration a publié une politique (Bulletin opérationnel 381) précisant que l'acquisition de plein droit de la nationalité canadienne à la naissance des enfants nés à l'étranger au moyen de la maternité de substitution et / ou de techniques de reproduction humaine assistée nécessitait un lien génétique entre un parent ressortissant canadien et l'enfant. En conséquence, entre autres, dans une affaire où une juridiction américaine avait déclaré que deux pères d'intention (canadiens) étaient les parents légaux d'un enfant à naître à la suite d'une CMSI, la nationalité canadienne a été refusée en l'absence de preuve du lien génétique entre l'enfant et l'un des pères d'intention.

⁶¹¹ De manière intéressante, le fait de se fonder sur la loi étrangère est qualifié de *preuve* aux fins limitées d'établir la nationalité, plutôt que comme une application de la loi étrangère à la filiation juridique de l'enfant (étant donné que la filiation juridique sera tranchée en vertu de la loi provinciale).

⁶¹² Elle est aussi ouverte si l'enfant a été adopté à l'étranger.

⁶¹³ *Kandola c. Canada (Citoyenneté et Immigration)* 2013 FC 336, actuellement en instance devant la Cour d'appel fédérale : cette affaire conteste la clarification politique publiée en 2012 (voir *supra*, note 610).

⁶¹⁴ Il existe également quelques autres voies pour acquérir la nationalité canadienne : à ce propos, voir la réponse du Canada à la question 38.

⁶¹⁵ Voir la réponse du Canada à la question 61 c) : « [I]es parents d'intention qui souhaitent régulariser le statut juridique de l'enfant au Canada peuvent adresser une demande à cet effet à un tribunal provincial ou territorial compétent ».

⁶¹⁶ Voire pas du tout, ou en fonction des circonstances de l'affaire : voir *supra*, **partie B, section 1** qui évoque la situation dans certaines provinces canadiennes concernant l'enregistrement d'un acte de naissance étranger et / ou la reconnaissance d'un jugement étranger.

⁶¹⁷ Voir par ex. 7 FAM para. 1446.2-2(c)(4) (2009) : « [L]a règle de base est que la citoyenneté doit être déterminée en fonction de l'homme qui a fourni le sperme et de la femme qui a fourni l'ovocyte » (traduction du Bureau Permanent). Pour plus de détails, notamment concernant la situation plus complexe aux États-Unis d'Amérique concernant l'immigration, voir « Immigration and Citizenship for Children Conceived through ART », par S. Titshaw, présenté à la conférence semestrielle de l'AAARTA, « The World of Assisted Reproductive Technology - A Global Approach to Family Formation » (novembre 2013).

manière suivante : l'enfant a acquis la nationalité du père d'intention (et il est supposé qu'il a acquis les visas / permis nécessaires pour résider à long terme aux États-Unis d'Amérique)⁶¹⁸.

Approche de common law : toutes les questions sont déterminées selon le droit du for

160. Dans un second groupe d'États de *common law*⁶¹⁹, la question de savoir si l'enfant peut acquérir la nationalité par filiation de l'État d'accueil est au contraire tranchée en répondant à la question « qui est / sont le(s) parent(s) juridique(s) de l'enfant ? », qui plus est en référence au droit du for (c.-à-d. au droit *interne* de l'État d'accueil), apparemment quels que soient les actes étrangers fournis aux autorités pour établir ou prouver la filiation juridique établie à l'étranger⁶²⁰. Par conséquent, un enfant pourra acquérir la nationalité de plein droit à condition que, dans le cas en question, le droit interne de l'État d'accueil détermine qu'il a un parent *juridique* qui est *ressortissant* de l'État⁶²¹. Dans certains de ces États, cela dépendra de la situation matrimoniale de la mère porteuse puisque, si celle-ci n'est pas mariée, il est possible que le père d'intention (à condition qu'il soit ressortissant de l'État et présente un lien génétique avec l'enfant) soit considéré comme le père juridique de l'enfant en vertu du droit interne de l'État d'accueil⁶²². En cas de demande à cet effet, un test ADN sera généralement demandé (et devra être pratiqué par des prestataires agréés) pour prouver le lien génétique, ainsi qu'une preuve que la mère porteuse n'est pas mariée et a donné son consentement éclairé à la demande de passeport (puisque elle est considérée comme la mère juridique en vertu du droit interne). Des directives publiques indiquent clairement qu'il est arrivé que certains centres médicaux, dans certains États de naissance, aient fourni de faux documents par le passé⁶²³ ; par conséquent, les documents seront vérifiés attentivement.

161. Par contre, dans d'autres États de ce groupe, si l'enfant est né à l'étranger à la suite d'une convention de maternité de substitution, les parents d'intention ne seront jamais considérés comme les parents légaux de l'enfant en vertu du droit interne ; par conséquent, la procédure à suivre est différente⁶²⁴. Dans ces États (ainsi que dans les États où une procédure de transfert est possible⁶²⁵ dans le cas où l'enfant n'a pas de parent juridique ressortissant en premier lieu en vertu du droit interne), la filiation juridique peut être transférée à l'un des parents d'intention ou aux deux, ou bien une adoption peut intervenir en vertu du droit interne une fois que l'enfant est de retour dans l'État. Si tel est le cas, un visa / permis pourra être accordé pour permettre à l'enfant d'entrer sur le territoire de l'État afin que le transfert ou l'adoption puisse avoir lieu. Néanmoins, ces procédures étant soumises à leurs propres conditions (qui sont parfois strictes), il se peut que le visa ne soit accordé que s'il est prouvé que ces conditions peuvent être remplies (par ex., l'existence d'un lien génétique peut s'avérer obligatoire ; le consentement éclairé des

⁶¹⁸ Dans une autre affaire complexe impliquant une personne résidant aux États-Unis (non-ressortissante, titulaire d'une « carte verte » depuis 21 ans), une CMSI avait été réalisée en Inde en utilisant le sperme du père d'intention, l'ovocyte d'une donneuse et une mère porteuse gestatrice. Toutefois, les parents d'intention ne se sont pas renseignés sur les procédures d'immigration américaines avant de conclure la CMSI et ont appris par la suite que, en vertu du droit américain de l'immigration, un père titulaire d'une carte verte américaine ne pouvait ramener aux États-Unis d'Amérique un enfant né hors du territoire que si l'enfant était né d'une femme elle aussi titulaire d'une carte verte. Par conséquent, l'enfant n'a pas pu se rendre aux États-Unis d'Amérique pour y vivre ; le père et l'enfant vivent désormais en Inde. Cette affaire présente d'autres dimensions complexes à cause des difficultés matrimoniales qu'ont ensuite connues les parents d'intention, suite auxquelles la mère d'intention et le premier enfant du couple résident actuellement aux États-Unis, tandis que le père et leur fille vivent en Inde.

⁶¹⁹ Par ex. en Irlande, en Nouvelle-Zélande et au Royaume-Uni. Tandis que l'approche d'Israël semble distincte en ce qu'un critère purement génétique est appliqué à la question de la nationalité (voir réponse à la question 61), il semble que cela est peut-être, comme pour l'Irlande, le résultat de l'approche de droit interne relative à la filiation juridique, qui est fondée sur la génétique (d'autres conditions peuvent devoir être remplies : par ex., la preuve du consentement de la mère porteuse au départ de l'enfant, et la preuve que les procédures dans l'État étranger étaient légales). Toutefois, même si l'enfant peut se rendre en Israël sur cette base, il semble que, pour établir la filiation juridique en vertu de la loi israélienne, un jugement déclaratif devra être prononcé par une juridiction israélienne (voir réponse à la question 61 c)).

⁶²⁰ Voir les règles décrites, *supra*, dans la **partie B**.

⁶²¹ Cette possibilité est en outre limitée à la première génération (voir *supra*, **partie B, section 1 (f)**).

⁶²² Ce qui est par ex. le cas en Irlande et au Royaume-Uni (mais en Irlande, le père d'intention devra tout de même s'adresser au tribunal pour obtenir la tutelle, puisqu'il ne l'obtiendra pas de plein droit). Au Royaume-Uni, la mère d'intention ou la deuxième mère peut être considérée comme un parent juridique en vertu des art. 42 et 43 de la *Human Fertilisation and Embryology Act 1990* (telle que modifiée en 2008).

⁶²³ Par ex., ceci est explicitement indiqué dans les lignes directrices du *Foreign and Commonwealth Office* britannique, « Surrogacy Overseas ».

⁶²⁴ Ceci semble être le cas en Nouvelle-Zélande, où les *deux* parents d'intention doivent toujours réaliser une adoption nationale une fois que l'enfant est arrivé en Nouvelle-Zélande.

⁶²⁵ Par ex. au Royaume-Uni.

éventuels donneurs et de la mère porteuse peut être vérifié ; il peut être nécessaire de démontrer la capacité des parents d'intention à élever l'enfant)⁶²⁶. Si la filiation juridique est ensuite transférée aux parents d'intention ressortissants (par transfert ou par adoption), en général, l'enfant acquerra ainsi la nationalité de l'État d'accueil par filiation.

162. Toutefois, on constate facilement que des problèmes (insurmontables) peuvent se produire dans ces États concernant le statut juridique des enfants nés à l'étranger à la suite d'une CMSI dans certaines circonstances précises. Par exemple, si le père d'intention *n'est pas* parent juridique en vertu du droit interne de l'État d'accueil en premier lieu et qu'il n'existe pas de mécanisme de transfert de la filiation⁶²⁷, l'enfant se retrouvera avec une filiation juridique « boiteuse » et sera peut-être dans l'incapacité d'acquérir la nationalité de l'État d'accueil. En outre, le second parent d'intention (généralement une mère d'intention) ne pourra jamais acquérir la filiation juridique dans cet État. Toutefois, même lorsqu'il existe un mécanisme de transfert / d'adoption⁶²⁸, si les conditions légales ne peuvent être remplies dans un cas précis (par ex. parce qu'il n'existe pas de lien génétique avec un parent d'intention, ou en raison de la nature lucrative de l'opération, ou parce que les exigences en matière de domicile ne peuvent être satisfaites⁶²⁹), il peut s'avérer impossible, pour les parents d'intention, d'établir leur filiation juridique en vertu de la loi de l'État d'accueil (avec les conséquences que cela implique quant à la nationalité).

Approches de droit civil : variations autour de thèmes communs

163. De nombreux États d'accueil de tradition civiliste déterminent si un enfant peut acquérir la nationalité de plein droit par filiation en vérifiant s'il a un parent juridique qui est ressortissant de l'État en question. Toutefois, la principale différence, dans grand nombre de ces États, est que la filiation juridique de l'enfant sera déterminée en appliquant les règles de droit international privé de l'État (c.-à-d. ses règles en matière de loi applicable et / ou de reconnaissance, en fonction de l'État concerné) plutôt que par simple référence au droit interne⁶³⁰. Toutefois, comme on peut le constater à la lecture de la **partie B**, il existe en la matière des différences considérables entre les règles de droit international privé des États de tradition civiliste, ce qui a inévitablement des répercussions sur l'approche adoptée⁶³¹. En outre, les règles de l'État qui s'appliqueront dans un cas donné dépendront de la procédure utilisée pour établir la filiation juridique dans l'État de naissance et donc de l'acte présenté aux autorités de l'État d'accueil⁶³². Cependant, tel qu'analysé plus bas, les différences entre les règles de ces États n'aboutissent pas forcément à des résultats différents pour les enfants (bien que certaines distinctions importantes doivent être faites)⁶³³.

164. L'une des tendances qui se distingue clairement à cet égard dans plusieurs de ces États, en dépit des différences dans les approches de droit international privé, est que la paternité juridique d'un père d'intention, qui présente généralement un lien génétique avec l'enfant, peut

⁶²⁶ Voir par ex. la réponse de la Nouvelle-Zélande à la question 61 a), dans laquelle il est indiqué que les parents d'intention doivent fournir, à l'appui de la demande de visa nécessaire pour la Nouvelle-Zélande, une preuve de leur lien génétique avec l'enfant (le cas échéant), une preuve de la CMSI et une preuve qu'ils ont tous les deux été évalués et agréés par l'agence officielle comme étant aptes en vue de l'adoption. Cette évaluation a lieu avant qu'ils ne se rendent à l'étranger en vue de la naissance.

⁶²⁷ Cela semble par ex. être le cas en Irlande.

⁶²⁸ Comme par ex. en Nouvelle-Zélande ou au Royaume-Uni.

⁶²⁹ Il s'agit de possibilités : concernant les problèmes pouvant se poser en lien avec les conditions relatives au domicile, voir *A and another c. C and another* [2011] EWHC 3181 et *A & B (Parental Order Domicile)* [2013] EWHC 426.

⁶³⁰ Cf. l'application du droit interne par de nombreux États de *common law*, décrite *supra* aux para. 160 à 162.

⁶³¹ Entre autres exemples, certains États appliqueront une « méthode de reconnaissance » à un acte de naissance étranger et d'autres, qui n'en tiendront pas compte, détermineront la filiation juridique *de novo* selon la loi désignée par leurs règles en matière de loi applicable.

⁶³² Par ex. si la filiation juridique est établie dans l'État de naissance par *jugement*, la reconnaissance du jugement sera susceptible d'être demandée dans un État d'accueil. Toutefois, si la filiation juridique résulte de la loi dans l'État de naissance, la filiation juridique peut être déterminée dans le même État d'accueil, *de novo*, selon la loi désignée par les règles en matière de loi applicable.

⁶³³ Voir *supra*, note 515 : dans certains États et certains cas, si un acte de naissance nommant un couple hétérosexuel est présenté à l'ambassade accompagné d'une demande de nationalité et de transcription dans les registres de l'État, sauf si l'ambassade soupçonne une maternité de substitution, la demande pourra être satisfaite comme si la naissance était une « naissance normale à l'étranger ». Toutefois, les ambassades / consulats dans les principaux États de naissance sont de nos jours bien plus conscients des probabilités de maternité de substitution et il est moins fréquent que cette méthode réussisse. En outre, certains États ont depuis modifié leur formulaire de demande (voir *supra*, note 513).

être reconnue ou établie (*de novo*) dans certains cas dans ces États d'accueil, tandis que la mère d'intention ou le second père d'intention devra adopter l'enfant par la suite (si tant est que cela soit possible ; à ce propos, voir *infra*). Par exemple :

1) En Belgique, où il semble que les autorités administratives refusent systématiquement les demandes de nationalité belge à la suite d'une CMSI quelles que soient les circonstances factuelles du dossier en question⁶³⁴, si leur décision est contestée devant les tribunaux, les autorités judiciaires sont en général de l'avis que la paternité juridique d'un père d'intention belge présentant un lien génétique avec l'enfant, prouvée par un acte de naissance étranger authentifié, peut être reconnue et que la nationalité peut ainsi être transmise par filiation à l'enfant⁶³⁵. Ceci découle du fait qu'en vertu du droit international privé belge, la question de la validité d'un acte authentique étranger doit être examinée à la lumière de la règle en matière de loi applicable, qui applique à son tour, pour trancher cette question, la loi de l'État dont le parent putatif est ressortissant à la date de la naissance, c'est-à-dire la loi nationale du parent d'intention. Par conséquent, la loi belge s'applique pour déterminer si un parent d'intention belge est un parent juridique de l'enfant. Puisque la loi belge permet à un père putatif présentant un lien génétique avec un enfant de reconnaître volontairement sa paternité juridique⁶³⁶, l'acte de naissance étranger peut être accepté, non en tant qu'acte de naissance, mais en tant qu'acte authentique et légalement valable établissant la reconnaissance de la paternité juridique du père d'intention. Par contre, une mère d'intention ne peut fonder sa maternité juridique sur cet acte, puisque la mère porteuse est la mère juridique en vertu de la loi belge (qui est la loi applicable). Une mère d'intention ou un second père d'intention (sans lien génétique) devra par conséquent faire une demande d'adoption de l'enfant en qualité de belle-mère ou de beau-père. Il est intéressant de noter que si la notion d'« intérêt supérieur de l'enfant » et l'article 8 de la CEDH ont été invoqués par les tribunaux belges dans plusieurs affaires, souvent, dans le contexte de l'évaluation des conditions de l'ordre public belge et en particulier afin de « neutraliser » l'illégalité de la convention de maternité de substitution de manière à ce que la paternité juridique d'un père d'intention puisse être établie⁶³⁷, cette notion ne pourra pas servir de fondement autonome à la reconnaissance de la filiation juridique établie à l'étranger, qui dépend de l'application des règles belges de droit international privé.

2) Aux Pays-Bas, il est possible de reconnaître un « fait juridique » étranger, c'est-à-dire le lien juridique prouvé par un acte de naissance étranger, sous réserve que certaines conditions de procédure soient remplies⁶³⁸. Toutefois, dans les affaires de CMSI, cette possibilité ne facilite pas la reconnaissance du statut juridique de l'enfant, puisque les autorités néerlandaises refusent fréquemment la reconnaissance pour des motifs d'ordre public. Ce refus ne repose pas sur le fait que la maternité de substitution *en soi* est contraire à l'ordre public, mais plutôt sur le fait que l'acte de naissance ne mentionne pas de mère ou que la « mère » nommée n'est pas la mère (porteuse) de naissance, ce qui est considéré comme une question d'ordre public⁶³⁹. Dans certains cas, dans ces circonstances, les tribunaux néerlandais ont appliqué les règles néerlandaises de conflit de lois pour déterminer quelle était la loi applicable à la filiation paternelle et la paternité juridique du père d'intention a été établie *de novo* en vertu de cette

⁶³⁴ Il semble qu'aucun effet ne soit accordé aux actes étrangers à titre de principe politique s'il est présumé qu'il y a eu convention de maternité de substitution (ce qui sera le cas en l'absence de documents médicaux prouvant que la mère d'intention a accouché de l'enfant). Par conséquent, les parents d'intention doivent généralement demander une décision de justice.

⁶³⁵ Des affaires ont pu porter tant sur la délivrance de documents de voyage que sur la reconnaissance d'actes de naissance étrangers : voir, par ex., Civ. Anvers, 19 décembre 2008 (Hanne et Elke), Civ. Bruxelles, 15 février 2011 (Samuel), Civ. Nivelles, 6 avril 2011 (Amélie et Nina), et, plus récemment, l'arrêt prononcé par la Cour d'appel de Bruxelles en date du 31 juillet 2013, dans une affaire désormais en instance devant la CrEDH, voir *D et R c. Belgique* (requête No 29176/13). Cf., toutefois, Civ. Bruxelles, 18 décembre 2012, affaire dans laquelle le tribunal a refusé de reconnaître un acte de naissance indien, ne serait-ce que pour l'établissement de la filiation juridique d'un père d'intention présentant un lien génétique avec l'enfant, au motif que cette reconnaissance serait contraire aux principes fondamentaux de protection des intérêts de tous les enfants, parce que l'acte émanait d'une opération commerciale ne tenant pas compte des intérêts de l'enfant. Toutefois, le tribunal a fini par confirmer la paternité juridique au motif que le père d'intention était le père génétique, avait une possession d'état, et que ce résultat permettrait que la paternité juridique soit la même que celle établie en Inde et servirait l'intérêt supérieur de l'enfant.

⁶³⁶ Voir *supra*, **partie A**.

⁶³⁷ Par ex., dans son arrêt de 2013, la Cour d'appel de Bruxelles a dit que, au vu de la vie de famille qui existait entre l'enfant et le père d'intention (citant l'art. 8 de la CEDH), et en l'absence de loi belge concernant la maternité de substitution, lorsqu'il s'agissait de trouver un équilibre entre des considérations d'ordre public et les intérêts de l'enfant et du père d'intention, ces derniers devaient l'emporter.

⁶³⁸ Voir *supra*, para. 86.1).

⁶³⁹ Par ex. Rechtbank 's-Gravenhage, 23 novembre 2009 ; Rechtbank 's-Gravenhage, 14 septembre 2009 ; Rechtbank 's-Gravenhage, 24 octobre 2011.

loi (à savoir la loi néerlandaise), interprétée à la lumière de l'article 8 de la CEDH⁶⁴⁰. Toutefois, l'approche des tribunaux n'est pas toujours cohérente. En effet, dans une décision de 2012, alors qu'un acte de naissance indien nommait *effectivement* la mère (porteuse) de naissance, le père d'intention s'est vu refuser la reconnaissance aux fins de l'acquisition de la nationalité néerlandaise. Il a donc fallu que le père d'intention reconnaisse l'enfant en vertu de la loi néerlandaise pour établir sa paternité juridique⁶⁴¹. Toutefois, les tribunaux néerlandais s'appuient très souvent sur l'article 8 de la CEDH et sur les liens de famille existant de fait pour délivrer des documents de voyage à des enfants nés à l'étranger à la suite d'une CMSI et leur permettre de se rendre aux Pays-Bas, même dans des cas où leur filiation juridique avec un parent d'intention néerlandais n'a pas encore été établie en vertu de la loi néerlandaise⁶⁴².

3) En Allemagne, les règles de reconnaissance concernant les *jugements étrangers*⁶⁴³ a permis à la *Kammergericht* de Berlin d'arrêter récemment qu'un jugement californien déclarant que deux pères d'intention allemands étaient les parents légaux d'un enfant né d'une mère porteuse américaine pouvaient être reconnus en Allemagne mais *seulement en ce qui concernait la paternité juridique du père d'intention présentant un lien génétique avec l'enfant* (ce père d'intention ayant également reconnu sa paternité)⁶⁴⁴. Cette décision n'a pas pu être reconnue en rapport avec le second homme puisque, à cet égard, il a été jugé que la décision étrangère était contraire à l'ordre public allemand. De manière intéressante, le tribunal a arrêté que même l'« intérêt supérieur de l'enfant » ne menait pas à une conclusion différente puisque ceux-ci n'exigeaient pas l'établissement d'un lien de filiation avec un homme non apparenté génétiquement à l'enfant hors de la procédure d'adoption (qui permettait d'évaluer l'aptitude de cette personne à devenir parent et donc de prendre en considération l'intérêt supérieur de l'enfant). Il a été arrêté qu'une procédure d'adoption était plus indiquée pour prendre en considération les intérêts de l'enfant qu'une procédure de reconnaissance d'un jugement étranger. En outre, le tribunal a arrêté que la transcription intégrale du jugement étranger violerait le droit de l'enfant à connaître son identité, puisqu'elle ne contiendrait pas d'informations sur la mère porteuse.

4) En Espagne, un récent arrêt de la Cour suprême⁶⁴⁵ a de fait abouti au même résultat pour les enfants concernés⁶⁴⁶. Ceci découle du fait que la transcription, dans le registre d'état civil espagnol, d'un acte de naissance californien nommant deux pères d'intention en qualité de parents légaux de jumeaux à la suite d'une CMSI avait été refusée au motif que le registre devait vérifier non seulement l'authenticité de l'acte mais également si celui-ci était contraire à l'ordre public espagnol. Bien que la Cour suprême ait dit que l'intérêt supérieur des enfants était un facteur à prendre en considération dans son analyse, elle a arrêté qu'il convenait de le comparer à l'intérêt de l'État à prévenir la réduction des enfants et de la maternité au rang de marchandises. Néanmoins, malgré son refus de transcrire l'acte de naissance américain, elle a arrêté que les enfants pouvaient tout de même acquérir la nationalité espagnole et les droits en découlant puisque le père d'intention présentant un lien génétique avec les enfants pouvait, comme tout père génétique, faire enregistrer (c.-à-d. reconnaître) les enfants en vertu de la loi espagnole. Par contre, son mari serait contraint de les adopter. Il convient de noter qu'il s'agit d'une décision prise à la majorité (5 voix contre 4) et qu'il y avait une forte opinion dissidente selon laquelle il fallait opérer une distinction entre l'illégalité de la maternité de substitution en Espagne et les effets des conventions de maternité de substitution dans l'État. La transcription ne devrait être refusée que si elle était manifestement contraire à l'ordre public, *compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant* à la lumière de la CNUDE et d'autres instruments nationaux et internationaux. En outre, la minorité a déclaré que le droit des enfants à ne pas subir de discrimination était une question d'ordre public et que le contrat illégal qui avait donné naissance à la filiation juridique ne devrait pas servir de justification à un résultat discriminatoire.

5) Dans certains États scandinaves, ce résultat a été obtenu du fait que le droit du for régit systématiquement la détermination de la maternité juridique, faisant que la mère de naissance

⁶⁴⁰ Voir *Rechtbank 's-Gravenhage*, 24 octobre 2011.

⁶⁴¹ Voir *Rechtbank Haarlem*, 28 novembre 2012.

⁶⁴² Par ex. voir *Rechtbank 's-Gravenhage*, 9 novembre 2010, et *Rechtbank Haarlem*, 10 janvier 2011.

⁶⁴³ Voir *supra*, para. 92 et s.

⁶⁴⁴ Décision du 1^{er} août 2013, référence de l'affaire : 1 W 413/12.

⁶⁴⁵ Arrêt rendu le 6 février 2014 à la majorité de cinq voix contre quatre. Cet arrêt peut faire l'objet d'un pourvoi devant la Cour constitutionnelle espagnole.

⁶⁴⁶ Les effets que cet arrêt de la Cour suprême aura sur « l'Instruction du 5 octobre 2010 de la Direction générale des registres et du notariat (DGRN) sur l'enregistrement de la filiation des enfants nés par gestation pour autrui (publiée dans le journal officiel de l'État No 243 du 7 octobre 2010 (ci-après, l'« Instruction de 2010 de la DGRN ») », qui établissait une procédure de reconnaissance des jugements étrangers en matière de filiation juridique à la suite d'une CMSI, ne sont pas encore certains.

est toujours la mère juridique de l'enfant. Par contre, les règles générales de droit international privé de l'État s'appliqueront à la question de la paternité juridique⁶⁴⁷. Ainsi, en Finlande, dans deux décisions de justice concernant des CMSI entreprises en Russie et en Inde, respectivement⁶⁴⁸, la paternité juridique du père d'intention finlandais, prouvée par l'acte de naissance étranger, a été reconnue⁶⁴⁹. Il est intéressant de noter que, dans l'affaire en rapport avec la CMSI indienne, le tribunal s'est expressément appuyé sur les articles 2 et 7 de la CNUDE pour dire que l'acte de naissance indien ne devrait pas être étudié eu égard à l'ordre public finlandais (en rapport avec la paternité juridique)⁶⁵⁰. En Suède, il a été déclaré que la paternité juridique pouvait être difficile à établir en vertu de la loi suédoise dans des affaires de CMSI, mais la procédure est plus rapide s'il existe une reconnaissance de paternité ou décision de justice étrangère concernant la paternité juridique du père d'intention, qui peut être reconnue en Suède⁶⁵¹. En Norvège, l'établissement de la paternité juridique du père d'intention en vertu de la loi norvégienne sera elle aussi cruciale, puisque la maternité juridique est toujours accordée à la mère de naissance (puisque la loi norvégienne sera toujours applicable à cette question)⁶⁵².

6) En Suisse, la transcription d'un acte de naissance étranger dans une affaire de CMSI sera fréquemment refusée pour des motifs d'ordre public, tout comme la reconnaissance d'un jugement antérieur à la naissance concernant la filiation juridique⁶⁵³. Pourtant, un père d'intention suisse génétiquement apparenté à un enfant né à la suite d'une CMSI pourra reconnaître sa paternité en vertu de la loi suisse et ainsi lui transmettre sa nationalité par filiation⁶⁵⁴. Si une adoption est une solution qui s'offre dans certaines circonstances à une mère d'intention, la réponse suisse au Questionnaire confirme qu'« [e]n Suisse vivent des couples concernant lesquels la filiation juridique n'a été établie qu'en rapport avec le père génétique »⁶⁵⁵.

165. L'importance que ces États attachent à reconnaître ou établir la filiation juridique d'un père d'intention ressortissant de leur État génétiquement apparenté à l'enfant signifie, toutefois, que l'issue des affaires dépend largement des faits et que des problèmes graves peuvent survenir dans certains cas de figure : par exemple, si (1) l'enfant *n'a pas de lien génétique* avec le père d'intention, (2) le père d'intention génétiquement apparenté à l'enfant *n'est pas ressortissant* de l'État d'accueil, (3) *la mère d'intention est célibataire* et il n'existe pas d'autre

⁶⁴⁷ Voir par ex. la réponse de la Finlande à la question 61 a) du Questionnaire No 1 : « En raison de l'absence d'encadrement de la reconnaissance de maternité, la reconnaissance d'une décision étrangère en matière de paternité est donc essentielle pour le couple entrant » (traduction du Bureau Permanent ?).

⁶⁴⁸ Tribunal de district de Helsinki (décision 13/5720, H 13/1040) et Cour d'appel de Helsinki (arrêt 2064, H 13/1327, 5 juillet 2013)

⁶⁴⁹ Il semble que le tribunal a procédé à la reconnaissance des actes de naissance en lien avec la paternité (uniquement). Voir les règles finlandaises de droit international privé à cet égard, mentionnées, *supra*, à la **partie B**. Le lien génétique entre les pères d'intention et l'enfant semble être requis par la politique / la législation en matière d'immigration / de nationalité (voir la réponse à la question 61 a)). Dans un cas, une adoption par la belle-mère a ensuite été accordée à la mère d'intention après que le consentement de la mère porteuse a été obtenu, sur la base de l'intérêt supérieur de l'enfant.

⁶⁵⁰ Le tribunal a également formulé des observations intéressantes concernant le lien entre les montants payés et le respect de la dignité humaine de la mère porteuse, déclarant que « la question de l'influence de la rémunération financière sur le libre arbitre de la mère porteuse dans le cadre de conventions de maternité de substitution, d'une part, et la rémunération dans le cadre de l'adoption, d'autre part, ne sont pas comparables, en termes juridiques, quand les gamètes des parents d'intention sont utilisés [...] ou quand la rémunération est convenue avant la conclusion des conventions de maternité de substitution » (traduction du Bureau Permanent ?). Voir en outre la réponse de la Finlande à la question 66 g).

⁶⁵¹ Voir par ex. la réponse de la Suède à la partie III du Questionnaire No 1 et, *supra*, la **partie B**.

⁶⁵² La reconnaissance d'une reconnaissance volontaire étrangère de paternité et / ou d'une décision de justice étrangère en matière de paternité juridique, bien que possible d'un point de vue théorique, est souvent impossible dans les affaires de maternité de substitution en raison du caractère strict des conditions qui s'y appliquent (voir la réponse à la question 50). Par conséquent, la paternité juridique sera généralement elle aussi établie selon le droit du for. En Norvège, la situation a également entraîné des difficultés dans des affaires impliquant des femmes célibataires qui avaient conclu une CMSI à l'étranger. Le 8 mars 2013, une loi provisoire a été adoptée en Norvège après plusieurs affaires complexes de maternité de substitution. Dans certains cas, cette loi facilite le transfert de la filiation juridique aux parents d'intention norvégiens, afin que les enfants puissent bénéficier d'une sécurité quant à leur statut et acquérir la nationalité norvégienne. Toutefois, cette loi est provisoire, dans l'attente d'une solution juridique pérenne qui reste à déterminer par le Parlement norvégien ; en outre, les demandes auxquelles elle s'applique doivent avoir été déposées avant le 1^{er} janvier 2014.

⁶⁵³ Au motif que le consentement de la mère porteuse donné *avant la naissance* est contraire à l'ordre public (la Nouvelle-Zélande décrit elle aussi une approche similaire).

⁶⁵⁴ Voir la réponse de la Suisse à la question 61 a).

⁶⁵⁵ (traduction du Bureau Permanent). Réponse à la question 61 b).

parent d'intention⁶⁵⁶, ou (4) la *mère porteuse est mariée* et, conformément à l'approche adoptée dans l'État en question, la loi applicable désignée ne permet pas d'établir la paternité juridique d'un père d'intention dans les cas où la paternité juridique d'un autre père produit ses effets et n'a pas été contestée. De fait, ce dernier point constituait l'une des difficultés dans deux récentes affaires allemandes⁶⁵⁷, dans le cadre desquelles il a été jugé que des enfants nés à l'étranger à la suite d'une CMSI (en Ukraine et en Inde) n'avaient pas acquis la nationalité allemande par filiation, puisque, selon la loi allemande, et notamment le droit international privé allemand, ils n'avaient pas (et n'ont toujours pas) de parent juridique allemand⁶⁵⁸. En conséquence, ces enfants se retrouvent bloqués, « apatrides » dans leur État de naissance ; en outre, leur filiation juridique est incertaine et « boiteuse »⁶⁵⁹.

166. En outre, il va sans dire que nous ne mentionnons même pas les problèmes qu'un deuxième parent d'intention peut rencontrer dans ces États pour faire établir sa filiation juridique vis-à-vis de l'enfant⁶⁶⁰. Si l'adoption peut parfois être ouverte à une mère d'intention ou à un second père d'intention, cela peut s'avérer impossible dans certains États, par exemple si la CMSI était à but lucratif ou si les parents d'intention ne sont pas mariés ou s'il s'agit d'un couple de même sexe⁶⁶¹. De fait, il existe déjà des exemples de situations dans lesquelles la demande d'adoption d'une mère d'intention à la suite d'une CMSI a été rejetée⁶⁶².

167. Toutefois, il convient également de noter que, dans certains États et / ou dans certains cas, on constate une approche plus libérale, au titre de laquelle, entre autres, le statut juridique de la mère d'intention a été reconnu. L'issue de ces affaires a été justifiée en référence à l'intérêt

⁶⁵⁶ Voir la réponse de la Norvège à la question 64 d) : « les mères d'intention norvégiennes célibataires n'ont que peu de chances d'entrer sur le territoire norvégien accompagnées d'un enfant né d'une mère porteuse » (traduction du Bureau Permanent).

⁶⁵⁷ Voir l'affaire tranchée par le tribunal administratif de Berlin le 15 septembre 2012 (réf. 23 L 283.12) et l'affaire tranchée par le tribunal administratif de Cologne le 20 février 2013 (réf. 10 K 6710/11). Les affaires arrivent souvent devant les tribunaux allemands quand les parents d'intention allemands se voient refuser des passeports pour des enfants nés à la suite d'une CMSI par l'ambassade locale dans l'État de naissance. Dans de telles circonstances, il est possible de contester ce refus auprès du tribunal *administratif* local en Allemagne, ce qui a été le cas dans ces décisions.

⁶⁵⁸ Dans l'affaire de 2013 de Cologne (réf. 10 K 6710/11), la décision allait dans ce sens, bien que les parents d'intention allemands (d'un enfant né en septembre 2010 d'une mère porteuse indienne mariée) aient présenté aux autorités allemandes : (1) un acte de naissance indien les nommant en qualité de parents légaux de l'enfant ; (2) le jugement d'un tribunal indien déclarant que le père d'intention était le père génétique de l'enfant ; et (3) une reconnaissance de paternité du père d'intention, accompagnée du consentement notarié de la mère porteuse. Le tribunal a jugé que l'enfant n'avait pas de parent juridique allemand parce que : (1) l'acte de naissance indien n'avait pas d'effet constitutif quant à la filiation juridique et les règles allemandes en matière de loi applicable devaient être appliquées à la place pour déterminer la loi applicable à la question de la filiation de l'enfant (voir *supra*, **partie B**) ; par conséquent, la loi allemande était applicable puisque les parents d'intention étaient allemands et qu'en vertu de la loi allemande, la mère porteuse et son mari étaient les parents légaux de l'enfant ; (2) en outre, la reconnaissance de paternité était nulle en vertu de la loi allemande parce que la paternité du mari de la mère porteuse produisait toujours ses effets au moment de la reconnaissance et n'avait pas été contestée : aucune contestation n'était plus possible puisque le délai de deux ans au cours duquel la paternité pouvait être contestée était expiré ; en outre, *même* s'il avait été jugé que la loi indienne s'appliquait à la question de la filiation de l'enfant (autre possibilité découlant de la résidence habituelle de l'enfant, située en Inde — voir art. 19 (1) EGBGB), le tribunal a jugé que, selon la loi indienne, la mère porteuse et son mari étaient également considérés comme les parents légaux de l'enfant, malgré l'existence d'un acte de naissance indiquant le contraire (bien que, dans d'autres affaires où la loi ukrainienne était pertinente et établissait sans ambiguïté la filiation juridique en faveur des parents d'intention, les dispositions de la loi étrangère à cet égard ont été jugées contraires à l'ordre public en tout état de cause et n'ont donc pas été appliquées) ; (3) enfin, le jugement indien ne pouvait être d'aucune utilité aux parents d'intention allemands, car il ne constituait qu'une attestation concernant la filiation *génétique* et non *juridique* de l'enfant. Pourtant, en tout état de cause, un jugement en matière de filiation juridique ne leur aurait pas non plus été de la moindre utilité, puisque, dans une affaire de 2012 (réf. 23 L 283. 12), le tribunal avait jugé que la reconnaissance d'un jugement ukrainien déclarant que les parents d'intention allemands étaient les parents *légaux* de l'enfant était contraire à l'ordre public au motif que la maternité de substitution était interdite en Allemagne.

⁶⁵⁹ Par rapport à l'affaire berlinoise ultérieure (réf. 1 W 413/12) mentionnée, *supra*, au para. 164.3), la distinction s'avère être la situation matrimoniale de la mère porteuse et, par conséquent, la possibilité d'une reconnaissance de paternité en faveur du père d'intention dans le dernier cas.

⁶⁶⁰ Voir *supra*, note 661 concernant la difficulté, dans certains États et affaires, que rencontrent les adoptions dans de telles circonstances.

⁶⁶¹ Dans de nombreux États, la législation sur l'adoption interdit toute adoption faisant suite à une opération commerciale (en Finlande, par ex., une adoption ne peut être accordée si une rémunération a été donnée ou promise en contrepartie de l'adoption). Par ailleurs, certains États n'autorisent l'adoption par le beau-père ou la belle-mère (c.-à-d. l'adoption de l'enfant du conjoint) qu'à condition que le couple soit hétérosexuel et marié (ce qui est notamment le cas en Suisse, voir réponse à la question 61 c)).

⁶⁶² Voir par ex. une affaire tranchée par le tribunal local de Hamm (Allemagne) (22 février 2011, affaire XVI 192/08).

supérieur des enfants et aux conséquences de l'absence de reconnaissance pour ces derniers. Premièrement, la Cour constitutionnelle autrichienne, dans deux affaires de CMSI portant essentiellement sur la question de l'acquisition de la nationalité autrichienne par les enfants⁶⁶³, a arrêté que la filiation juridique des parents d'intention avait droit à la reconnaissance, faisant que les enfants ont acquis la nationalité autrichienne par filiation. Dans la première affaire, la Cour s'est appuyée sur un jugement américain pour accorder la nationalité autrichienne par filiation à un enfant né d'une mère porteuse aux États-Unis d'Amérique⁶⁶⁴. Infirmant la décision de l'autorité compétente refusant d'accorder la nationalité, la Cour constitutionnelle a arrêté que la loi autrichienne interdisant la maternité de substitution ne faisait pas partie de l'ordre public autrichien⁶⁶⁵. En outre, la non-reconnaissance du jugement américain ne serait pas dans l'intérêt supérieur de l'enfant puisque cela imposerait la qualité de mère juridique à la mère porteuse, bien qu'elle ne soit pas la mère génétique ni la mère de l'enfant en vertu de la loi américaine. La Cour a arrêté que l'autorité compétente n'avait pas tenu compte du bien-être de l'enfant en tant que préoccupation centrale lors de la détermination de sa nationalité et avait violé le droit des parents d'intention à l'égalité de traitement par la loi⁶⁶⁶. Dans l'affaire de 2012, la filiation juridique prouvée par un acte de naissance ukrainien portant une apostille, nommant les parents d'intention autrichiens (génétiquement apparentés à l'enfant)⁶⁶⁷ comme étant ses parents légaux, a été reconnue sur la base de l'article 8 de la CEDH et du bien-être de l'enfant concerné. La Cour a souligné qu'en cas de non-reconnaissance, l'enfant ne pourrait pas établir de lien juridique avec ses parents génétiques, ne pourrait pas faire valoir de droits à des soins, à des aliments et d'autres droits à l'encontre des parents d'intention et serait apatride.

168. Deuxièmement, contrairement à l'approche du tribunal *administratif* allemand, le tribunal *de la famille* de Friedberg⁶⁶⁸ a reconnu un jugement ukrainien déterminant que les deux membres d'un couple allemand marié étaient les parents légaux d'un enfant né d'une mère porteuse ukrainienne mariée (en utilisant leur matériel génétique). Le tribunal s'est fondé sur l'article 8 de la CEDH⁶⁶⁹ pour dire que la non-reconnaissance du jugement étranger irait à l'encontre du bien-être de l'enfant eu égard à la conséquence que cela aurait de priver l'enfant de sa mère génétique et de forcer la mère porteuse à être mère juridique contre son gré. Il a été jugé que l'intérêt de l'enfant primait sur les réserves du législateur allemand concernant la maternité de substitution. En outre, le tribunal a indiqué que, particulièrement concernant la paternité juridique du père d'intention, si la mère porteuse n'avait pas été mariée ou si son mari avait contesté sa paternité, le père d'intention aurait pu reconnaître sa paternité en vertu de la loi allemande sans la moindre difficulté. Compte tenu de ceci, une décision étrangère établissant sa paternité juridique ne pouvait être contraire à l'ordre public.

169. Dans l'autre sens, toutefois, la jurisprudence de la Cour de cassation française⁶⁷⁰ témoigne d'une approche bien plus restrictive qui ne permet pas de transcrire, dans les registres d'état civil français, un acte de naissance étranger nommant les parents d'intention en qualité de parents légaux d'un enfant né à l'étranger à la suite d'une CMSI. Dans trois arrêts de 2011⁶⁷¹, la Cour de cassation a arrêté qu'il fallait refuser de transcrire un acte de naissance étranger dans les affaires de CMSI parce que la naissance était le résultat d'une convention contraire à

⁶⁶³ D'après les propres recherches du Bureau Permanent : voir les arrêts de la Cour constitutionnelle autrichienne des 14 décembre 2011 (réf. B 13/11-10) et 11 octobre 2012 (réf. B 99/12). Il convient de noter que ces affaires portent essentiellement sur l'acquisition de la nationalité par filiation par l'enfant (soumise à son tour à la condition que ce dernier ait un parent juridique autrichien).

⁶⁶⁴ Étant donné que les parents d'intention étaient un couple austro-italien, la mère d'intention autrichienne était le seul parent d'intention qui pouvait transmettre la nationalité autrichienne à l'enfant ; par conséquent, l'acceptation de la paternité juridique du père d'intention n'aurait été d'aucune utilité à l'enfant dans cette affaire.

⁶⁶⁵ Étant donné qu'elle n'est pas d'ordre constitutionnel et ne protège pas de droits fondamentaux.

⁶⁶⁶ On pourrait dire que cette approche est conforme à l'Observation générale No 14 sur l'art. 3 de la CNUDE, para. 30 (voir *supra*, note 9).

⁶⁶⁷ Il est intéressant de noter que dans ces deux affaires, les parents d'intention étaient également les parents *génétiques* de l'enfant (des enfants), ce qui a été expressément mentionné par la Cour constitutionnelle. Il sera intéressant de voir si l'issue est la même dans une affaire dans laquelle le lien génétique n'est pas établi.

⁶⁶⁸ C.-à-d. qu'il ne s'agissait pas d'une décision du tribunal *administratif* faisant suite à un refus de nationalité, mais d'une décision du tribunal de la famille faisant suite à une demande de reconnaissance du jugement ukrainien en matière de filiation juridique. Décision du 1^{er} mars 2013.

⁶⁶⁹ Citant également l'arrêt de la Cour constitutionnelle autrichienne à cet égard : voir *infra*.

⁶⁷⁰ Arrêts Nos 1091 et 1092 du 13 septembre 2013 ; arrêt No 281 du 19 mars 2014 (13-50.005), Cour de cassation, première chambre civile.

⁶⁷¹ Arrêts Nos 369, 370 et 371 du 6 avril 2011, Cour de cassation, première chambre civile. Deux de ces affaires ont depuis été portées devant la CrEDH : voir *Menesson et autres c. France* (requête No 65192/11, introduite le 6 octobre 2011) et *Labassee et autres c. France* (requête No 65941/11, également introduite le 6 octobre 2011).

l'ordre public⁶⁷². Toutefois, dans des arrêts plus récents, la Cour de cassation a été encore plus loin en jugeant que les reconnaissances de paternité juridique de pères d'intention en vertu de la loi française devaient elles aussi être annulées au vu de la fraude intervenue et que ni l'intérêt supérieur des enfants (art. 3 de la CNUDE) ni le respect de la vie privée et familiale (art. 8 de la CEDH) ne pouvaient être invoqués pour aboutir à une issue différente. Bien que cet arrêt ait été accueilli favorablement par une partie des commentateurs concernés en France, elle a également donné lieu à de fortes critiques, notamment au motif qu'il pourrait être contraire à l'article 8 de la CEDH de déclarer qu'une fraude commise par des *parents* empêchait des *enfants* d'invoquer leurs propres droits fondamentaux.

170. La CrEDH ayant été saisie de quatre affaires de CMSI, impliquant trois États (deux à l'encontre de la France, une à l'encontre de la Belgique et la dernière à l'encontre de l'Italie), il faudra étudier si la juridiction européenne influence cette jurisprudence en évolution et, dans l'affirmative, de quelle manière⁶⁷³.

Prise en compte de préoccupations plus générales lors de l'examen de questions relatives au statut juridique

171. Il existe une autre tendance claire et non négligeable, perceptible dans toutes les approches différentes des États présentées ci-dessus : les préoccupations plus générales survenant dans les affaires de CMSI, évoquées *infra* aux sections (b) à (h), sont en grande partie citées par les autorités compétentes de certains États d'accueil non seulement comme des sujets de préoccupation mais également, dans certains cas, comme des questions susceptibles d'influencer directement les décisions concernant la reconnaissance ou l'établissement du statut juridique de l'enfant et / ou l'acquisition d'une nationalité par celui-ci.

172. Ceci est tout d'abord perceptible dans les documents d'orientation officiels concernant les CMSI que publient certains États. Souvent, ces documents mettent en avant, de manière générale, les obligations internationales de l'État concerné (par ex. au titre de la CNUDE) et soulignent les précautions que prendront les autorités dans les affaires de CMSI pour veiller à ce que les décisions soient prises « dans le respect des droits que la loi confère à toutes les personnes concernées, les droits de l'enfant étant une considération primordiale à cet égard »⁶⁷⁴.

173. La jurisprudence en matière de CMSI confirme cette tendance, bien que les préoccupations se manifestent différemment en fonction de l'approche adoptée par l'État d'accueil en question envers les affaires de CMSI. Par exemple, dans certains États d'accueil de *common law*, dans le cadre de la procédure judiciaire nécessaire pour accorder aux parents d'intention la filiation juridique par rapport à l'enfant, des questions telles que le consentement libre et éclairé de la mère porteuse concernant la convention, les traitements et soins dispensés à la mère porteuse et l'aptitude des parents d'intention à élever l'enfant sont des facteurs qui jouent un rôle important dans la décision du tribunal. De fait, comme l'a formulé un avocat anglais, même si les juridictions anglaises, utilisant des méthodes s'apparentant de plus en plus à la criminalistique, examineront les aspects financiers de la convention (notamment le montant éventuellement versé à une agence) dans le cadre de la procédure d'ordonnance parentale (*parental order*)⁶⁷⁵, au bout du compte « l'important n'est pas tant le montant en jeu que la possibilité de démontrer qu'il n'existe pas de préoccupations plus générales concernant l'aptitude des parents, l'exploitation de la mère porteuse ou la façon dont la convention a été

⁶⁷² En lien avec l'acquisition de la nationalité française suite à une CMSI, voir la circulaire du ministère de la Justice en date du 25 janvier 2013 relative à la délivrance des certificats de nationalité française à des enfants nés à l'étranger à la suite d'une convention de maternité de substitution.

⁶⁷³ Voir *Menesson et autres c. France, Labassee et autres c. France* (*supra*, note 671), *Paradiso et Campanelli c. Italie* (requête No 25358/12, introduite le 27 avril 2012), et *D et R c. Belgique* (voir *supra*, note 635 : introduite le 30 avril 2013).

⁶⁷⁴ Extrait des lignes directrices du gouvernement irlandais (traduction du Bureau Permanent). Par ailleurs, les lignes directrices australiennes indiquent que « l'Australie s'engage à protéger les droits fondamentaux des enfants [...] [et] fait preuve de la plus grande attention [...] pour veiller à ce que les dispositions légales australiennes en matière de citoyenneté ne soient pas utilisées pour contourner les lois sur l'adoption ou d'autres lois relatives au bien-être des enfants » (traduction du Bureau Permanent), tandis que les lignes directrices néo-zélandaises indiquent que « toutes les décisions relatives à la maternité de substitution à caractère international doivent être prises de manière à respecter l'intérêt supérieur de l'enfant » (traduction du Bureau Permanent).

⁶⁷⁵ Voir par ex. *Re P-M* [2013] EWHC 2328 (Fam).

gérée »⁶⁷⁶. Souvent, l'apaisement de ces craintes a joué un rôle important dans l'issue favorable accordée par la justice aux demandes nécessaires en Nouvelle-Zélande et en Australie⁶⁷⁷.

174. Dans les États de tradition civiliste, la nature différente des procédures veut que ces préoccupations plus générales n'occupent pas une place aussi importante dans la jurisprudence. Toutefois, les préoccupations relatives aux droits de l'enfant et à son bien-être sont un facteur important conduisant à la reconnaissance ou à l'établissement de la filiation juridique entre un enfant et au moins un de ses parents d'intention et / ou à la délivrance de documents de voyage et / ou à l'acquisition de la nationalité, dans des décisions de justice prononcées dans des États tels que l'Autriche, la Belgique, la Finlande et les Pays-Bas. En outre, même dans les affaires dans lesquelles, au bout du compte, le statut juridique de l'enfant n'a pas pu être reconnu ou établi vis-à-vis de l'un de ses parents ou des deux dans ces États, cette position a parfois été justifiée soit par rapport à l'intérêt de l'enfant eu égard aux faits de l'affaire⁶⁷⁸ soit en raison des préoccupations générales de l'État concernant la maternité de substitution, préoccupations qui peuvent à leur tour reposer sur ces questions plus globales (par ex. lorsque des préoccupations sont exprimées quant à la réduction des femmes et des enfants au rang de marchandises, ou quant à l'exploitation des femmes).

175. Par conséquent, dans tous les États, les autorités gouvernementales et judiciaires semblent vouloir veiller à ce que, dans la mesure du possible, le « respect de la dignité humaine de la mère et de l'enfant et les conditions et la qualité du traitement sous-jacent à la maternité de substitution soient garantis avant la reconnaissance de décisions [...] étrangères », volonté qui devra être prise en compte dans le cadre d'éventuels travaux internationaux futurs⁶⁷⁹.

Délais et résultats

176. Les caractéristiques communes d'une grande partie des affaires décrites plus haut en termes de délais et de résultats pour les enfants et leurs familles, quelle que soit l'approche adoptée par les États, sont les suivantes : (1) les formalités longues, complexes, onéreuses et psychologiquement épuisantes que les familles peuvent avoir à affronter à la suite de CMSI pour « rentrer chez elles » et faire établir la filiation juridique et la nationalité de l'enfant (dans sa réponse, un État les a décrites comme « un obstacle bureaucratique qui n'est pas forcément compatible avec l'intérêt supérieur des enfants »)⁶⁸⁰, (2) associées à un résultat hautement incertain et dépendant largement des faits, ainsi qu'au risque réel que l'enfant se retrouve avec une filiation juridique « boiteuse » voire, dans le pire des cas, qu'il se retrouve « apatride » dans l'État de naissance⁶⁸¹.

177. S'agissant de la durée de ces formalités, les réponses aux Questionnaires (États et avocats) ont confirmé que le temps nécessaire pour accomplir les formalités relatives à l'immigration et la filiation juridique en cas de CMSI dépendra largement des circonstances factuelles. S'agissant des formalités d'immigration seules, les meilleurs délais rapportés sont de quelques semaines⁶⁸². Toutefois, dans plusieurs États, il a été rapporté qu'elles pouvaient prendre plusieurs mois⁶⁸³, un an ou même encore plus longtemps, en fonction de la matrice factuelle⁶⁸⁴. Plusieurs avocats ont déclaré que les délais des procédures d'immigration variaient

⁶⁷⁶ Extrait de « LGBT Family Formation: national and international perspectives », par Natalie Gamble, p. 5 (présenté à la conférence de l'AAARTA, novembre 2013 — voir *supra*, note 617) (traduction du Bureau Permanent).

⁶⁷⁷ Toutefois, en Australie, des « ordonnances de responsabilité parentale » sont plus souvent accordées que des « ordonnances parentales » (voir *supra*, para. 156 et note 607).

⁶⁷⁸ Voir par ex. les décisions aux Pays-Bas, où il est déclaré que les actes de naissance qui ne mentionnent pas la mère de naissance sont contraires à l'ordre public en raison du droit de l'enfant à connaître ses origines, ainsi que la décision allemande exposée, *supra*, au para. 164.3) dans laquelle l'adoption était considérée comme une voie préférable, du point de vue des intérêts de l'enfant, à l'établissement d'un lien juridique entre un enfant et un père d'intention qui ne lui était pas apparenté génétiquement.

⁶⁷⁹ Voir la réponse de la Finlande à la question 66 g) (traduction du Bureau Permanent).

⁶⁸⁰ Le Canada a également souligné les délais et difficultés liés à la détermination de la nationalité en raison de l'incertitude juridique concernant l'établissement de la filiation juridique.

⁶⁸¹ Il convient de noter que les enfants nés dans des États de naissance qui n'accordent pas la nationalité aux enfants du fait qu'ils sont nés sur leur territoire seront souvent nés « apatrides ».

⁶⁸² Par ex. en Finlande et en Israël (trois à six semaines pour l'immigration), en Nouvelle-Zélande (deux à trois mois pour l'immigration) et en Suisse (variable, mais un couple a dû vivre en Inde pendant quatre mois).

⁶⁸³ Une avocate ukrainienne a rapporté que, selon son expérience, la procédure la plus longue pour que l'enfant puisse quitter le territoire ukrainien a duré cinq mois.

⁶⁸⁴ Par ex. en Australie (le passeport peut être délivré en deux semaines, mais souvent, les affaires sont complexes et donc les délais plus longs ; pour un visa, la demande peut prendre jusqu'à un an), aux Pays-Bas

considérablement en fonction de l'État de naissance, puisque les autorités compétentes en la matière sont susceptibles d'appliquer des règles plus strictes si elles ont rencontré des problèmes concernant des preuves émanant de certains États de naissance⁶⁸⁵. S'agissant du délai nécessaire pour établir ou reconnaître la filiation juridique de l'enfant (lorsque l'État en question impose des procédures distinctes), là encore, les réponses indiquent que cela peut demander des mois et, dans certains cas, des années en plus de procédures administratives ou judiciaires⁶⁸⁶.

178. S'agissant de l'issue des affaires de CMSI, les graves problèmes qui ressortent clairement de la jurisprudence ont été confirmés par les réponses des États, des avocats et des particuliers aux Questionnaires. Plusieurs États ont confirmé dans leurs réponses que la matrice factuelle de l'affaire pouvait entraîner des problèmes en matière d'immigration et de nationalité pour l'enfant⁶⁸⁷ ; ils ont été encore plus nombreux à confirmer qu'ils avaient rencontré des problèmes concernant la filiation juridique de l'enfant dans des affaires de CMSI⁶⁸⁸. En outre, si la majorité des avocats, dans leurs réponses, ont rapporté que la plupart des parents d'intention et des enfants trouvaient généralement le moyen de « rentrer chez eux » (même si cela demandait du temps et de l'argent), deux avocats ont déclaré avoir rencontré des cas où cela s'était avéré impossible⁶⁸⁹. Par ailleurs, 11 avocats de sept territoires différents ont indiqué avoir traité des « affaires entrantes » dans lesquelles un des parents d'intention ou les deux n'avaient pas pu établir leur filiation juridique dans l'État d'accueil⁶⁹⁰. De fait, une avocate britannique a déclaré avoir traité 23 dossiers dans lesquels il était avéré que les parents d'intention avaient décidé de ne pas déposer de demande d'ordonnance parentale (*parental order*) (afin d'établir leur filiation juridique en vertu du droit anglais). Leur décision pouvait avoir été motivée par le fait qu'ils ne remplissaient pas les critères nécessaires pour obtenir cette ordonnance et ne pouvaient donc pas régulariser leur situation⁶⁹¹ ou par leur choix de passer inaperçus plutôt que d'essayer de résoudre convenablement leurs problèmes. Elle a déclaré que « [c]es parents élèvent actuellement leurs enfants au Royaume-Uni sans en être les parents légaux ; nous prévoyons que cela entraînera des difficultés juridiques à l'avenir, ce qui nous préoccupe grandement » (traduction du Bureau Permanent).

179. Les réponses des parents d'intention ont également mis en lumière ces graves difficultés. Dans leur grande majorité, les parents d'intention français ont confirmé qu'ils n'avaient pas pu faire transcrire l'acte de naissance étranger de l'enfant concerné dans les registres français⁶⁹². En outre, plusieurs parents d'intention allemands, semble-t-il, n'ont pas mentionné la maternité de substitution afin d'obtenir la nationalité allemande pour leur enfant, phénomène que plusieurs avocats ont confirmé et que certains États ont signalé comme étant une réelle

(cela peut demander un an et demi), au Canada (dans certains cas, plus de deux ans). Là encore, cela dépend beaucoup des deux États concernés et de la matrice factuelle de l'affaire.

⁶⁸⁵ Par ex. concernant les preuves de la situation matrimoniale de la mère porteuse ou concernant le lien génétique avec les parents d'intention. Cela s'avère être le cas avec l'Inde pour plusieurs États d'accueil.

⁶⁸⁶ Par ex. au Royaume-Uni, une fois que les aspects de l'affaire relatifs à l'immigration ont été réglés, la procédure à suivre pour obtenir une ordonnance parentale (*parental order*) peut durer entre quatre et 12 mois. En Nouvelle-Zélande, les formalités d'adoption nationale qu'il faut suivre une fois de retour dans le pays (après avoir obtenu un visa) dureront généralement environ un an. Aux Pays-Bas, les formalités d'adoption nationale requises dans certains cas peuvent durer d'un an et demi à plus de deux ans. En Allemagne, les démarches judiciaires supplémentaires (par ex. concernant une adoption par la belle-mère pour une mère d'intention) peuvent aussi durer des années. Sans mentionner le fait que, dans certains États, il peut être nécessaire d'effectuer des démarches relatives à la tutelle / garde / responsabilité parentale en plus des démarches concernant la filiation juridique.

⁶⁸⁷ L'Allemagne, le Danemark, les États-Unis d'Amérique, la Finlande, l'Irlande, la Norvège, les Pays-Bas, la Suède et la Suisse, par ex., ont tous rapporté avoir rencontré des problèmes concernant un enfant entrant sur leur territoire après une CMSI à l'étranger. En outre, tous ces États à l'exception de la Norvège ont rapporté avoir rencontré des problèmes concernant l'acquisition de la nationalité par l'enfant.

⁶⁸⁸ L'Allemagne, l'Australie, la Finlande, l'Irlande, la Nouvelle-Zélande et la Suisse, par ex., ont rapporté qu'un des deux / les deux parents d'intention ne pourraient pas systématiquement établir leur filiation juridique dans l'État d'accueil. En réponse à la question 66 e), l'Allemagne, l'Australie, le Danemark, les États-Unis d'Amérique, la Finlande, l'Irlande, Israël, la Norvège, la Nouvelle-Zélande, les Pays-Bas, la Suède et la Suisse ont déclaré avoir rencontré des problèmes concernant la filiation juridique d'enfants nés à la suite de CMSI.

⁶⁸⁹ Avocats d'Allemagne et d'Argentine.

⁶⁹⁰ Certains avocats des États de naissance ont rapporté que, selon leur expérience, cela était plus courant pour les couples de même sexe dans le cas où l'État d'accueil ne permettait pas à deux personnes du même sexe d'être reconnues comme parents légaux d'un enfant.

⁶⁹¹ Par ex. les parents d'intention célibataires, les parents d'intention qui ne satisfont pas les conditions en matière de domicile ou ceux qui n'ont pas respecté les délais prescrits.

⁶⁹² Dans un cas, le père d'intention avait reconnu sa paternité conformément à la loi française (mais cette situation est désormais incertaine au vu des récents arrêts de la Cour de cassation ; voir *supra*, notes 670 et 671).

préoccupation. Comme l'ont souligné plusieurs avocats, cette pratique place l'enfant dans une situation juridique précaire. En effet, si la convention de maternité de substitution est découverte par la suite, la filiation juridique ou la nationalité de l'enfant risque d'être révoquée⁶⁹³. Les réponses des avocats et des parents d'intention ont révélé que la peur est souvent ce qui pousse les parents d'intention à se comporter de la sorte. Les dangers associés à l'absence de régularisation du statut juridique de l'enfant dans l'État d'accueil ont également été mis en lumière dans les réponses des parents d'intention. Un couple allemand a déclaré ne pas avoir demandé la nationalité allemande pour ses enfants (utilisant à la place les passeports délivrés par l'État de naissance) mais que ceux-ci risquaient désormais d'être expulsés d'Allemagne. Certains des parents d'intention allemands qui avaient fourni des informations sans avoir encore mené de CMSI à terme ont exprimé leurs préoccupations quant à l'avenir. Un couple a déclaré que le fait que les décisions relevaient souvent de plusieurs services (par ex. état civil, action pour l'enfance, ministère étranger) et fussent prises individuellement (sans que les précédents ne soient contraignants) rendaient les choses encore plus troublantes en augmentant l'incertitude du résultat.

180. Pour ce qui est des parents d'intention espagnols, avant l'Instruction de 2010 de la DGRN, des couples ont déclaré que des enfants étaient revenus en Espagne en tant que touristes américains et y avaient vécu illégalement (dans un cas pendant deux ans) jusqu'à ce que l'Instruction soit promulguée. Depuis que l'Instruction existe, la transcription dans les registres espagnols est devenue possible à condition que les critères qu'elle énonce soient remplis, y compris pour les couples formés de deux pères d'intention. Toutefois, on ne sait pas encore quelles seront les répercussions du récent arrêt de la Cour suprême espagnole⁶⁹⁴ sur l'Instruction.

Conséquences du statut juridique « boiteux »

181. Les conséquences d'un statut juridique « boiteux » sur les enfants commencent déjà à se faire sentir. Il est prévu que ces conséquences ne feront que devenir plus visibles à mesure que ces enfants grandiront et seront inévitablement confrontés à des problèmes tels que divorce, différends en matière de garde ou d'aliments, enlèvements, demandes de droit de déplacement et succession. Pour ce qui est des problèmes qui sont déjà survenus :

1) Un avocat a signalé les difficultés qui se sont posées dans une affaire d'enlèvement d'enfant parce que l'enfant était né à la suite d'une CMSI. Dans cette affaire, un couple britannique avait conclu une CMSI aux États-Unis d'Amérique ; l'enfant est né grâce au sperme du père d'intention, à l'ovocyte d'une donneuse et à une mère porteuse. Le couple a amené l'enfant au Royaume-Uni en se servant de son passeport américain ; aucune autre démarche n'a été entreprise pour y régulariser sa situation. Par la suite, le couple a connu des difficultés et le père a emmené l'enfant dans un État d'Amérique du Sud sans le consentement de la mère d'intention. La Convention de La Haye de 1980 est en vigueur entre les deux États mais le père avance que la mère d'intention n'a aucun droit de garde en vertu de la loi anglaise vis-à-vis de l'enfant, puisqu'elle n'en est pas le parent juridique en vertu de la loi anglaise et qu'elle n'exerce pas de responsabilité parentale envers l'enfant.

2) Le Bureau Permanent a également connaissance d'une affaire en France, où le père d'intention d'un enfant né à la suite d'une CMSI est décédé. Il n'avait pas pu faire établir sa paternité juridique en vertu de la loi française ; par conséquent, il n'est pas certain que l'enfant pourra hériter de lui en France.

3) Le Service Social International (« SSI ») a rapporté un autre cas⁶⁹⁵, celui d'un couple binational qui avait eu un enfant à la suite d'une CMSI et a ensuite divorcé au Royaume-Uni, la mère d'intention souhaitant obtenir la permission du tribunal d'emmener l'enfant vivre dans son État d'origine. Toutefois, elle n'avait jamais régularisé sa situation au regard de la loi anglaise (c.-à-d. qu'elle n'avait pas obtenu d'« ordonnance parentale » (« *parental order* »)) ; par conséquent, elle ne bénéficiait ni de la filiation juridique ni de la responsabilité parentale vis-à-vis de l'enfant. Le père d'intention a par conséquent contesté sa demande au motif qu'elle n'était pas un parent juridique de l'enfant et n'avait donc pas la qualité requise pour déposer cette demande. En fin de compte, le tribunal a prononcé une « ordonnance de responsabilité

⁶⁹³ Ce risque a été mentionné par la Norvège (réponse à la question 66 e)) et par la Nouvelle-Zélande (réponse à la question 66 : un couple n'a pas mentionné la maternité de substitution dans sa demande de nationalité par filiation et l'enfant a acquis la nationalité parce qu'il était soi-disant né dans des circonstances normales à l'étranger ; lorsque la maternité de substitution a été découverte, le couple a dû adopter l'enfant).

⁶⁹⁴ Voir *supra*, para. 164.4).

⁶⁹⁵ Dans l'« ISS Network Contribution » (consigné auprès du Bureau Permanent).

parentale » en faveur de la mère d'intention pour qu'elle puisse déposer une demande d'« autorisation de déplacement ». Toutefois, cette ordonnance ne lui accordait pas de lien de filiation juridique vis-à-vis de l'enfant (ce que le tribunal anglais ne pouvait pas faire à ce moment⁶⁹⁶).

182. En outre, même si la question du statut juridique de l'enfant peut par la suite être réglée dans l'État d'accueil, la situation juridique précaire dans laquelle les enfants sont placés entre-temps, avant l'issue de la procédure, peut avoir des conséquences graves. Par exemple, la Norvège a rapporté une affaire dans laquelle un père d'intention norvégien est décédé *avant* que la mère porteuse, qui résidait en Thaïlande, n'accouche de l'enfant⁶⁹⁷. Au Royaume-Uni, une affaire a été citée dans laquelle le père d'intention est décédé après une CMSI en Inde, après avoir déposé sa demande d'ordonnance parentale (*parental order*) au Royaume-Uni mais avant que sa demande ne soit examinée⁶⁹⁸. Plusieurs avocats ont évoqué de sérieuses préoccupations à cet égard. En effet, en fonction de l'État d'accueil concerné et du parent d'intention qui décède, l'enfant peut se retrouver dans l'impossibilité de régulariser sa situation par rapport à ce parent et donc ne pas pouvoir hériter de lui. En outre, le parent d'intention restant risque d'échouer à établir sa filiation juridique vis-à-vis de l'enfant.

183. Par ailleurs, comme l'ont souligné plusieurs avocats, le fait que la filiation juridique soit « boiteuse » n'est pas seulement un problème pour l'enfant en termes de statut juridique des parents d'intention. Cela a souvent pour conséquence supplémentaire que la filiation juridique d'autres personnes (par ex. la mère porteuse et parfois son mari ou concubin) se prolonge en vertu de la loi de l'État dans lequel vit la famille. Cela peut signifier que le consentement de ces personnes devra être obtenu pour que certains actes puissent être entrepris concernant l'enfant tant qu'il est mineur⁶⁹⁹. Il est parfois possible d'introduire une action en justice supplémentaire pour mettre fin à la tutelle / responsabilité parentale de tiers, mais entre-temps ou si cela est impossible, cela peut rendre la situation difficile pour les parents d'intention et l'enfant.

184. Les parents d'intention qui ont fourni des informations au Bureau Permanent ont également signalé d'autres problèmes faisant suite aux CMSI, et notamment les suivants : refus de certains États d'accorder des prestations de sécurité sociale aux parents d'intention au bénéfice des enfants, refus de congé de maternité / paternité par les employeurs⁷⁰⁰ et refus d'accorder une assurance maladie / santé aux enfants. Dans certaines affaires, ces décisions ont été contestées avec succès (par ex. par des parents d'intention en Espagne).

(b) Bien-être de l'enfant

185. Si tous les problèmes signalés dans cette section ont directement ou indirectement des répercussions sur le bien-être de l'enfant, les domaines précis suivants ont été soulignés par les personnes ayant répondu aux Questionnaires.

Santé physique et psychologique des enfants nés à la suite d'une CMSI⁷⁰¹

186. Pour ce qui est de la santé physique des enfants nés à la suite de CMSI, comme pour tous les enfants nés à la suite de procédures de PMA, il existe un risque accru de naissances multiples et prématurées, avec les conséquences permanentes que cela peut entraîner sur leur santé par la suite. Il est généralement admis que les bonnes pratiques médicales peuvent réduire certains de ces risques (par ex., la réduction du nombre d'embryons transférés à la mère porteuse peut

⁶⁹⁶ La législation britannique prévoit un délai de prescription applicable au dépôt des demandes d'ordonnance parentale (*parental order*).

⁶⁹⁷ Voir la réponse de la Norvège à la question 66 i). Plusieurs avocats ont indiqué que cela pouvait arriver et ont rapporté les conséquences incertaines que cela entraîne s'agissant du statut juridique de l'enfant (par ex. en matière de succession) si les questions de statut juridique n'ont pas été réglées au moment du décès.

⁶⁹⁸ Voir *A et A c. P, P et B* [2011] EWHC 1738.

⁶⁹⁹ Par ex. : traitement médical et éducation, etc.

⁷⁰⁰ À cet égard, voir la jurisprudence récente de la CJUE concernant le congé de maternité suite à une convention de maternité de substitution, *supra*, note 271.

⁷⁰¹ Cette question doit également être envisagée à la lumière de l'art. 24 de la CNUDE : « Les Etats parties reconnaissent le droit de l'enfant de jouir du meilleur état de santé possible [...] ». En outre, le droit à la santé maternelle, infantile et génésique visé à l'art. 12 du PIDESC doit également être pris en considération. L'Observation générale No 14 (2000) du Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies sur l'art. 12 du PIDESC indique clairement que cette disposition exige de prendre les mesures nécessaires pour améliorer les « soins de santé maternelle et infantile ».

réduire les naissances multiples et les risques qui y sont associés). Toutefois, si certains États sont dotés d'une législation encadrant ces matières, certains ne le sont pas et le degré auquel les conseils professionnels sont suivis en l'absence de règles contraignantes peut varier de manière importante en fonction de l'État de naissance⁷⁰². Il existe par exemple des cas documentés de bébés prématurés issus de naissances multiples qui sont ensuite décédés en Inde⁷⁰³.

187. La santé ou l'adaptation psychologique des enfants nés à la suite de CMSI est un sujet qui n'a toujours pas fait l'objet d'études ni d'attention particulières⁷⁰⁴. Toutefois, une étude nationale longitudinale sur la parentalité, la filiation et leurs résultats sur les enfants dans les familles issues d'une maternité de substitution intervenue au Royaume-Uni (réunissant des données recueillies à cinq moments différents, à savoir quand les enfants avaient 1, 2, 3, 7 et 10 ans) a récemment rapporté que « [l]es conclusions de [l']étude viennent compléter les recherches de plus en plus nombreuses qui laissent penser que l'existence d'un lien biologique entre les parents et les enfants n'est pas indispensable à une adaptation positive de l'enfant »⁷⁰⁵. Elle concluait en outre que « [s]'agissant de l'adaptation psychologique des enfants, [...] les enfants nés à la suite d'une maternité de substitution ne rencontrent pas de problèmes psychologiques. Les analyses longitudinales des données semblent indiquer que les enfants nés à la suite d'une maternité de substitution peuvent rencontrer davantage de difficultés vers l'âge de sept ans par rapport aux enfants nés à la suite d'autres formes de procréation assistée [...] ; toutefois, cette différence disparaît une fois qu'ils atteignent l'âge de 10 ans et découle peut-être du fait que davantage d'enfants nés d'une mère porteuse savent comment ils sont nés par rapport aux enfants nés à la suite d'un don de gamètes »⁷⁰⁶. Toutefois, comme l'a fait remarquer l'un des auteurs de l'étude, « [d]es études complémentaires doivent se focaliser sur les répercussions à plus long terme de la maternité de substitution sur ces enfants » et les conventions de maternité de substitution à *caractère international* suscitent « des questions et préoccupations supplémentaires [et les] répercussions de la maternité de substitution sur ces enfants ne sont pas connues »⁷⁰⁷. Il s'agit là d'un domaine qui nécessite par conséquent d'être approfondi (voir également *infra*, para. 205).

Droit de l'enfant de connaître ses origines

188. L'un des domaines que l'on peut étroitement rattacher à l'adaptation psychologique de l'enfant est la question du droit de l'enfant de connaître ses origines génétiques ou les conditions de sa gestation. Il s'agit là d'un domaine par lequel plusieurs États et avocats se sont dits préoccupés dans le contexte des CMSI en raison des différences considérables qui existent dans les lois et pratiques des États concernant les questions d'anonymat des donneurs et des mères porteuses, la conservation des informations et l'accès à celles-ci⁷⁰⁸. Un État a fait remarquer que, tandis que l'adoption et la maternité de substitution sont manifestement différentes, « les leçons tirées de l'ère de l'adoption traditionnelle doivent être prises en considération » et que certains enfants nés à la suite d'une CMSI voudront pouvoir connaître leur mère de naissance et leur filiation génétique, le cas échéant⁷⁰⁹. Cet État a présenté les questions complexes que cela impliquait et le risque qu'elles présentent pour le bien-être des enfants, y compris pour

⁷⁰² Voir « Assisted Reproductive Technology Surveillance — United States, 2010 », 6 décembre 2013, 62(ss09) ; 1-24, par la *Division of Reproductive Health, National Center for Chronic Disease Prevention and Health Promotion* (CDC), disponible à l'adresse < <http://www.cdc.gov/mmwr/preview/mmwrhtml/ss6209a1.htm> >, qui déclare que « la PMA est associée à des risques potentiels pour la mère et le fœtus » et que « la réduction du nombre d'embryons transférés dans le cadre de la procédure de PMA auprès de tous les groupes d'âges et la promotion de procédures eSET [*elective single-embryo-transfer*], lorsqu'elles sont cliniquement indiquées, est nécessaire pour réduire les naissances multiples, notamment les naissances gémellaires, et les conséquences indésirables connexes de la PMA » (traduction du Bureau Permanent).

⁷⁰³ Voir par ex. l'article de presse mentionné, *infra*, dans la note 739.

⁷⁰⁴ Il s'agit d'une préoccupation mentionnée par la Suisse (voir réponse à la Question 67) qui résulte probablement du fait que ce phénomène est très récent.

⁷⁰⁵ (traduction du Bureau Permanent). « Children born through reproductive donation: a longitudinal study of psychological adjustment », par S. Golombok, L. Blake, P. Casey, G. Roman, V. Jadva, *Journal of Child Psychology and Psychiatry*, vol. 54, No 6, p. 653–660, juin 2013.

⁷⁰⁶ Voir « Children born through surrogacy: Are they being told and what are their feelings? », par Vasanti Jadva, *Bulletin mensuel du SSI/CIR*, numéro spécial intitulé « Maternité de substitution à caractère international et droits de l'enfant » (2013, voir *supra*, note 585).

⁷⁰⁷ (traduction du Bureau Permanent). *Ibid.*

⁷⁰⁸ L'Allemagne, le Canada, la Finlande, l'Irlande, le Mexique, la Norvège, la Nouvelle-Zélande, les Pays-Bas, les Philippines, la Suède et la Suisse, par ex., ont indiqué être préoccupés par cette question. Voir *supra*, para. 16.4) concernant la diversité considérable qui existe encore dans le droit interne à ce sujet.

⁷⁰⁹ Réponse de la Nouvelle-Zélande à la question 67 c) (traduction du Bureau Permanent).

leur santé mentale et leurs sentiments d'identité et d'appartenance. Un autre État a précisé que, dans le cas d'une adoption internationale, la prise en considération de spécificités raciales, ethniques et culturelles est indispensable à une formation réussie de l'identité. Reconnaisant une fois de plus les différences de contexte (surtout lorsque les parents d'intention utilisent leurs propres gamètes), il a été souligné que ces questions devaient encore être étudiées et débattues s'agissant des enfants nés à la suite d'une CMSI⁷¹⁰. Toute discussion à ce sujet devra bien entendu prendre en considération les exigences des articles 7 et 8 de la CNUDE et d'autres obligations régionales / internationales en matière de droits de l'homme⁷¹¹.

Erreurs et pratiques des centres médicaux

189. Plusieurs États et avocats ont également rapporté un phénomène très troublant qui semble se produire assez régulièrement⁷¹² dans certains États de naissance⁷¹³ : les parents d'intention concluent une CMSI avec l'intention d'utiliser l'un de leurs gamètes ou les deux et, une fois l'enfant né et des tests ADN réalisés, on découvre, contre toute attente, que l'enfant n'a en fait pas de lien génétique avec son (ses) parent(s) d'intention⁷¹⁴ parce que le centre médical n'a pas utilisé les bons gamètes ou le bon embryon. Cette situation soulève de multiples questions pour les enfants et familles concernés, notamment les suivantes : si les parents d'intention souhaiteront tout de même élever l'enfant dans ces circonstances et, dans la négative, ce qui arrivera à l'enfant ; le statut juridique de l'enfant (en particulier si l'on garde à l'esprit le nombre d'États qui exigent un lien génétique avec un parent d'intention pour que l'enfant puisse acquérir la nationalité et / ou établir sa filiation juridique⁷¹⁵) ; la capacité de l'enfant à découvrir ses origines génétiques à l'avenir, ainsi que son bien-être général à long terme s'il découvre la vérité concernant sa conception. Dans une affaire particulièrement douloureuse, rapportée par un avocat, une mère porteuse indienne a accouché de jumeaux à la suite d'une convention conclue avec des parents d'intention australiens. À la naissance, il était visible que l'un des enfants était de type caucasien et l'autre indien. Le centre médical a accusé la mère porteuse d'être responsable de cette situation, affirmant qu'elle ne s'était pas abstenue de tout rapport sexuel au cours de la grossesse. Cependant, il était soupçonné qu'un mélange de gamètes avait eu lieu. Au bout du compte, les parents d'intention ont pris l'enfant de type caucasien mais pas l'autre ; on ne sait pas ce que ce dernier est devenu⁷¹⁶.

190. Il doit également être signalé qu'en Inde, il s'avère qu'il est parfois conseillé aux parents d'intention de faire transférer des embryons à plusieurs mères porteuses en même temps, « pour augmenter les chances de naissance réussie »⁷¹⁷. Ceci a entraîné des situations où des enfants ont les mêmes père et mère génétiques (souvent une donneuse d'ovocytes et le père d'intention), la même mère sociale (la mère d'intention), mais des mères de naissance différentes ; par ailleurs, ils sont nés à des dates différentes (mais souvent rapprochées)⁷¹⁸.

⁷¹⁰ Voir « The search for origins applied to the practice of surrogacy », par G. Mathieu, Bulletin mensuel du SSI/CIR, numéro spécial intitulé « Maternité de substitution à caractère international et droits de l'enfant » (2013, voir *supra*, note 585), qui prend acte des différentes pratiques observées dans les États concernant la capacité des enfants à avoir accès à des informations concernant leurs origines à la suite d'une maternité de substitution (comparant par ex. l'approche des États dans lesquels un transfert de filiation juridique a lieu après la maternité de substitution avec celle des États dans lesquels les parents d'intention sont reconnus en tant que parents légaux dès la naissance).

⁷¹¹ Voir *supra*, note 89. L'Observation générale No 14 sur l'art. 3 de la CNUDE (voir *supra*, note 9) précise également que « [p]rendre en considération l'intérêt supérieur de l'enfant implique d'assurer à l'enfant [...] la possibilité d'accéder à des renseignements sur sa famille biologique, conformément à la législation et aux règles des professions intéressées du pays concerné » (para. 56).

⁷¹² En gardant à l'esprit que ceci a été rapporté par plusieurs États d'accueil (par ex. l'Australie, le Canada, Israël et la Nouvelle-Zélande) et de nombreux avocats de différents territoires.

⁷¹³ Des cas ont été signalés en Inde et en Thaïlande.

⁷¹⁴ Des cas entrant dans cette catégorie ont été signalés par les États suivants : Australie, Canada, Israël et Nouvelle-Zélande.

⁷¹⁵ Voir *supra*, para. 147 et s..

⁷¹⁶ Ceci a été rapporté par un avocat mais il pourrait s'agir du cas mentionné par l'Australie dans sa réponse à la question 66 h).

⁷¹⁷ Voir *Re X and Y (Children)* [2011] EWHC 3147 (Fam), para. 10 : le juge Nicholas Wall y décrit les conseils fournis aux parents d'intention britanniques par un centre indien de procréation médicalement assistée. Dans cette affaire, les parents d'intention, ayant créé des embryons à l'aide d'un ovocyte d'une donneuse anonyme et du sperme du père d'intention, ont employé deux mères porteuses gestatrices indiennes en même temps et ont eu deux enfants rapprochés.

⁷¹⁸ Il convient de noter que l'*Assisted Reproductive Technologies (Regulation) Bill*, toujours à l'étude en Inde, contient une disposition (No 34(20)) qui mettrait fin à cette pratique : « Aucun couple ou individu ne pourra avoir recours aux services de plus d'une mère porteuse à la fois » (traduction du Bureau Permanent).

Rupture de la CMSI et autres préoccupations

191. Les réponses aux Questionnaires rapportent également des cas qui suscitent de sérieuses préoccupations quant au bien-être des enfants sans pour autant entrer dans les catégories présentées ci-dessus. Parfois, ils peuvent être liés à la rupture de la CMSI. Par exemple, deux affaires ont été rapportées dans lesquelles un enfant est né handicapé, suite à quoi les parents d'intention sont revenus sur la CMSI. Dans un cas, l'enfant a été placé dans l'État de naissance, dans l'autre, l'enfant a été adopté⁷¹⁹. Il a également été signalé un autre cas où les parents d'intention ne sont pas venus au Canada chercher l'enfant né à la suite d'une CMSI. Cet enfant a ensuite fait l'objet d'une adoption privée. Dans une autre affaire, une mère porteuse n'a pas respecté les modalités de la convention et a eu des rapports sexuels avec son conjoint. Une fois l'enfant remis aux parents d'intention, elle a voulu que l'enfant lui soit rendu et a demandé à passer des tests ADN pour prouver que l'enfant était biologiquement le sien et celui de son conjoint.

(c) Situation de la mère porteuse

192. Plusieurs États et avocats ont indiqué avoir rencontré des problèmes juridiques ou avoir des préoccupations concernant la situation des mères porteuses dans certaines affaires de CMSI. L'intensité de ces préoccupations varie sensiblement en fonction de l'État de naissance concerné. Elles sont souvent bien plus marquées lorsque les mères porteuses vivent dans la pauvreté (et, dans l'ensemble, sont bien moins marquées lorsque les mères porteuses vivent aux États-Unis d'Amérique). Ces préoccupations portent sur divers domaines, et notamment les suivants : les évaluations auxquelles la mère porteuse a été (ou n'a pas été) soumise avant la conception, les informations et le soutien apportés aux mères porteuses pour qu'elles puissent prendre une décision éclairée, le soutien apporté aux mères porteuses au cours du processus de maternité de substitution et leur santé physique et psychologique générale, notamment les soins qui leur sont dispensés.

Admissibilité et aptitude à devenir mère porteuse

193. Dans la plupart des États ainsi que dans la plupart des agences ou centres médicaux⁷²⁰, les femmes doivent se soumettre à une forme d'évaluation ou une autre avant d'être admises dans le programme de l'agence ou du centre médical en question pour devenir mères porteuses. Toutefois, la nature des vérifications et la qualité de cette procédure varient considérablement, question qui a été mise en avant comme source de préoccupation par plusieurs États et avocats. Ceci résulte du fait que, dans certains États de naissance, il n'existe pas de législation à cet égard ou uniquement des lois qui précisent des exigences minimales d'admissibilité très insuffisantes⁷²¹, et qu'en deçà d'éventuelles exigences minimales, la procédure d'évaluation est établie et contrôlée directement par l'agence / le centre médical⁷²². Cependant, plusieurs avocats ont indiqué que certaines agences américaines expérimentées avaient élaboré des procédures d'évaluation complexes des éventuelles mères porteuses, comportant un bilan psycho-social, ainsi que des vérifications d'ordre médical et financier et une vérification de casier judiciaire, entre autres (par ex. si la femme bénéficie d'allocations familiales, si elle a un emploi et si elle a déjà accouché d'un enfant viable)⁷²³. Néanmoins, des travailleurs sociaux ont fait remarquer que même dans ces cas, les mères porteuses potentielles ne reçoivent pas forcément de conseils, ce qui aurait pourtant une visée différente d'un bilan psycho-social⁷²⁴.

Consentement éclairé

⁷¹⁹ Une affaire concernait une CMSI au Canada et une autre aux États-Unis d'Amérique.

⁷²⁰ Dans certains États, il s'agira de l'agence, dans d'autres, du centre médical (voir *supra*, para. 143).

⁷²¹ En Ukraine, selon l'instruction ukrainienne sur les procédures de PMA, une mère porteuse doit être juridiquement capable, être âgée de plus de 18 ans et avoir eu au moins un enfant à elle. Elle doit également avoir donné son libre consentement écrit à la participation au programme et ne pas présenter de contre-indications à la grossesse.

⁷²² Bien qu'il existe, dans certains États, des lignes directrices professionnelles ou des règles de bonne pratique susceptibles d'être suivies : par ex., aux États-Unis d'Amérique, celles de l'*American Society for Reproductive Medicine* (ASRM).

⁷²³ Faisant souvent appel à des psychologues et experts médicaux indépendants.

⁷²⁴ Des travailleurs sociaux ont indiqué que le bilan psycho-social pouvait avoir pour but principal de s'assurer que la femme est adéquate du point de vue des parents d'intention et de l'agence, c.-à-d. de s'assurer qu'elle ne dénoncera pas la convention. Des conseils pourraient aider à préparer la femme aux effets de sa décision sur le long terme.

194. Les réponses de plusieurs États et avocats indiquaient que le consentement pleinement éclairé des mères porteuses aux CMSI était une réelle source de préoccupation, particulièrement dans les affaires impliquant certains États de naissance⁷²⁵. Ces préoccupations portent notamment sur ce qui suit : les femmes ont-elles été convenablement informées des risques physiques et psychologiques associés à la maternité de substitution ? Comment veille-t-on à ce qu'elles prennent une décision sans subir la moindre pression financière, sociale ou psychique (c.-à-d. sans subir la moindre contrainte) ? Comment veiller à ce que leur consentement soit éclairé ? Comment obtenir le consentement des femmes illettrées ? Pour ce qui est des pressions qui peuvent être exercées sur les femmes pour qu'elles deviennent mères porteuses dans certains États de naissance, un rapport du *Centre for Social Research*, en Inde, souligne les pressions économiques flagrantes auxquelles les femmes sont soumises dans les États moins développés (ainsi que leur vulnérabilité financière)⁷²⁶. Ce même rapport indique également que les femmes peuvent subir des pressions de la part de leur mari en raison de l'importance des montants en jeu⁷²⁷. Pour ce qui est des préoccupations qui entourent l'illettrisme de certaines mères porteuses dans certains États de naissance⁷²⁸, un État a rapporté ce qui suit : « nous avons été particulièrement préoccupés dans un cas où nous avons reçu la copie du consentement d'une mère porteuse que celle-ci avait signé en apposant simplement l'empreinte digitale de son pouce. Nous nous sommes sérieusement demandé si toutes les informations avaient été traduites [...] et si la mère porteuse avait compris les implications du document qu'elle signait »⁷²⁹. D'autres États font écho à ces préoccupations, qui se traduisent également dans la jurisprudence concernant les CMSI. Par exemple, dans une récente décision australienne, le juge a déclaré : « il est troublant que ce document de 29 pages soit rédigé en anglais. Il est signé par la personne faisant la demande et, parce que la mère ne sait ni lire ni écrire l'anglais et le hindi, celle-ci a marqué son accord en apposant l'empreinte digitale de son pouce. Dans le document, rien n'indique qu'il a été lu et traduit à la mère de naissance avant qu'elle le signe »⁷³⁰. En effet, en Inde, le fait que de nombreuses mères porteuses n'aient pas pleinement conscience des modalités des contrats qu'elles signent (qui ne leur sont expliqués que par oral par les centres médicaux, sans qu'elles puissent faire effectuer des vérifications ni obtenir des conseils juridiques de manière indépendante, voir *infra* para. 195) a été clairement mis en lumière dans le rapport du *Centre for Social Research*⁷³¹.

195. Une partie des préoccupations exprimées par certains États et avocats dans leurs réponses aux Questionnaires à ce sujet se rapporte au fait que les mères porteuses ne reçoivent pas de conseils juridiques indépendants dans certains États de naissance. Pourtant, là encore, le fait que les mères porteuses reçoivent des conseils juridiques et dans l'affirmative, de qui, varie considérablement d'un État à l'autre et même d'une agence à l'autre. Aux États-Unis d'Amérique et au Canada, les réponses des avocats montrent que certaines agences veillent à ce que les mères porteuses reçoivent des conseils juridiques avant de conclure une CMSI mais aussi dès que cela est nécessaire⁷³². Certaines font en sorte que les mères porteuses reçoivent des

⁷²⁵ Le Canada, la Finlande, Israël, la Norvège, la Nouvelle-Zélande et la Suisse ont indiqué avoir rencontré des problèmes concernant ces questions (et d'autres) en lien avec des mères porteuses ; l'Australie, la Finlande, l'Irlande, Israël, le Mexique, la Norvège, la Nouvelle-Zélande, les Philippines, la Suède et la Suisse ont indiqué qu'il s'agissait d'un sujet de préoccupation (voir les réponses aux questions 66 g) et 67 d)).

⁷²⁶ Voir le rapport du *Centre for Social Research* (Inde) (*supra*, note 574), p. 4. Ce rapport déclare : « les femmes qui acceptent ces missions en Inde [...] ont souvent besoin d'argent. Ce besoin est si pressant qu'il est très fréquent que les couples sans enfants parviennent à négocier un prix plus bas à cause de la concurrence ». Il indique également (p. 38) que plus de 85 % des mères porteuses interrogées ont déclaré que la pauvreté les avaient poussées à prendre la décision de devenir mères porteuses.

⁷²⁷ Par ex., le rapport du *Centre for Social Research* (Inde) (voir *supra*, note 574) fait remarquer : « nous avons constaté que c'était le mari qui exerçait des pressions psychologiques sur sa femme pour qu'elle se livre à la maternité de substitution afin de pouvoir acheter une maison [...] ou créer une entreprise [...] ».

⁷²⁸ Le rapport du *Centre for Social Research* (Inde) (voir *supra*, note 574) indique que près de la moitié des 100 mères porteuses interrogées avaient seulement reçu un enseignement primaire, tandis qu'à Anand, près de 51,7 % des mères porteuses étaient totalement illettrées.

⁷²⁹ Voir la réponse de la Nouvelle-Zélande à la question 67 d) (traduction du Bureau Permanent).

⁷³⁰ *Mason c. Mason* [2013] Fam CA 424 (para. 4), selon le juge Ryan. Cependant, il convient de noter qu'un médecin indien, en réponse au Questionnaire No 3, a déclaré que les mères porteuses avec lesquelles il traitait bénéficiaient des services d'un avocat et d'un psychologue indépendants.

⁷³¹ Voir *supra*, note 574. Le *Centre for Social Research* (Inde) a également rapporté que « les montants versés aux mères porteuses sont fixés arbitrairement par le médecin spécialiste de la fertilité du centre médical / de l'hôpital [...] (traduction du Bureau Permanent) (p.47). En outre, en Inde, les conventions de maternité de substitution sont souvent signées seulement une fois la grossesse confirmée et parfois même jusque dans le courant du deuxième trimestre : « le délai de signature de la convention place la mère porteuse à la merci du centre médical, du médecin et des parents à l'origine de la demande » (traduction du Bureau Permanent).

⁷³² Bien que cela ne soit pas le cas partout sur le territoire des États-Unis d'Amérique et que certaines agences considèrent que la mère porteuse devrait pouvoir décider de recevoir des conseils juridiques ou non et, dans la

conseils juridiques *indépendants*⁷³³, tandis que d'autres font généralement appel au même avocat pour conseiller à la fois les parents d'intention et les mères porteuses⁷³⁴. Dans l'un ou l'autre cas, ce sont les parents d'intention qui prennent en charge les frais correspondants, dans le cadre du coût total de la CMSI. Les réponses des particuliers ayant conclu une CMSI aux États-Unis d'Amérique ont confirmé ce point, rapportant que chaque partie (la mère porteuse, les parents d'intention et la donneuse d'ovocytes, le cas échéant) était représentée par son propre avocat, généralement sur recommandation de l'agence américaine. Ce n'est que dans un cas que les parents d'intention ont indiqué avoir eu le même avocat que la mère porteuse. Toutefois, dans d'autres États tels que l'Inde, la Géorgie et le Mexique, il a été rapporté que cela n'était pas le cas ; il s'avère qu'il est inhabituel qu'une mère porteuse reçoive des conseils juridiques. En outre, si tant est qu'elle reçoive des conseils, ceux-ci ne lui seront pas fournis par un avocat indépendant mais par un juriste travaillant pour l'agence ou le centre médical.

196. Certains avocats situés dans des États d'accueil ont indiqué être préoccupés par le fait que certaines conventions de maternité de substitution stipulent que la mère porteuse doit se soumettre à toutes les formalités légales dans tout autre État et qu'elle devra payer des dommages-intérêts pour rupture de contrat dans le cas contraire. Ils ont fait remarquer que ce type de clause était inutile, puisqu'il pouvait compromettre la liberté de consentement de la mère porteuse, question qui est souvent examinée attentivement par les autorités compétentes de l'État d'accueil.

197. Certains travailleurs sociaux ont fait remarquer que, puisque les mères porteuses s'exposent à des risques de santé au bénéfice de tiers, un « consentement éclairé d'un niveau élevé » devrait être exigé⁷³⁵.

Santé physique et psychologique⁷³⁶

198. Plusieurs États ont également exprimé des préoccupations concernant les soins dispensés à certaines mères porteuses avant, pendant et après leur grossesse⁷³⁷. Toutefois, une fois de plus, ces préoccupations varient notablement en fonction de l'État de naissance concerné. En ce qui concerne la santé physique de la mère porteuse, des pratiques troublantes ont été rapportées par plusieurs États et avocats en lien avec le nombre élevé d'embryons transférés aux mères porteuses⁷³⁸. Dans certains États de naissance, cette pratique peut également soulever des questionnements concernant la réduction fœtale⁷³⁹. Des préoccupations ont également été exprimées quant à la qualité des soins médicaux dispensés aux mères porteuses dans certains États de naissance, le suivi médical après la grossesse étant particulièrement préoccupant. Par exemple, la Norvège a mentionné une affaire dans laquelle, en Inde, une mère porteuse est décédée après avoir donné naissance à un enfant ; la presse a également signalé une affaire dans laquelle une autre mère porteuse indienne est décédée après huit mois de grossesse pour un couple américain⁷⁴⁰. Autre préoccupation rapportée concernant l'Inde : le

négative, au-delà des vérifications psychologiques et de références, que son autonomie et son aptitude à prendre elle-même ses propres décisions devraient être respectées.

⁷³³ Cependant, dans certains cas, l'agence engagera l'avocat indépendant pour le compte de la mère porteuse.

⁷³⁴ Cela s'est produit en Ukraine, où un avocat a rapporté avoir souvent conseillé à la fois les parents d'intention et la mère porteuse concernant la convention de maternité de substitution. Cf. le Code d'éthique de l'AAARTA à cet égard (voir *supra*, note 280), en particulier ses art. 2 et 3.

⁷³⁵ « Cross-border reproductive services – suggestions for ethically based minimum standards of care in Europe », par P. Thorn, T. Wischmann et E. Blyth, *Journal of Psychosomatic Obstetrics & Gynaecology*, 2012, 1 à 6, p. 3.

⁷³⁶ Cette question doit également être examinée à la lumière du droit à la santé maternelle, infantile et génésique visé à l'art. 12 du PIDESC (voir *supra*, note 701 et para. 21 de l'Observation générale y mentionnée).

⁷³⁷ Voir *supra*, note 725. En particulier, les soins médicaux dispensés à la mère porteuse ont été soulignés comme préoccupants par les États suivants : Canada, Finlande, Irlande, Israël, Mexique, Norvège, Nouvelle-Zélande, Philippines, Suède et Suisse.

⁷³⁸ Voir aussi, *supra*, le para. 186 concernant le risque pour la santé de l'enfant découlant de cette pratique. Autre préoccupation signalée dans le rapport du *Centre for Social Research* (Inde) (voir *supra*, note 574) : le nombre de cycles de FIV suivis par certaines mères porteuses en Inde, 10 à 20 cycles étant rapportés, et / ou le nombre de fois où les femmes sont autorisées à être mères porteuses.

⁷³⁹ Voir cet article qui met en lumière plusieurs préoccupations, particulièrement en Inde, notamment le nombre élevé de transferts d'embryons, les réductions fœtales et le fait que plusieurs femmes reçoivent une implantation en même temps : < <http://www.theage.com.au/national/surrogacy-painful-path-to-parenthood-20130322-2glhn.html> >.

⁷⁴⁰ L'article disponible à l'adresse < <http://www.cbsnews.com/news/are-indian-surrogacy-programs-exploiting-impooverished-women/> > déclare en outre que : (1) la famille de la mère porteuse n'a eu droit à aucun dédommagement contractuel suite à son décès (bien que les parents d'intention aient au bout du compte donné 20 000 \$ aux enfants de la mère porteuse) ; et (2) la mère porteuse était illettrée et ne pouvait pas lire la convention qu'elle avait signée. Sa famille n'avait pas compris ce qui se passerait si elle venait à décéder.

recours fréquent aux césariennes au lieu des accouchements par voie basse augmente aussi les risques de santé auxquelles les mères porteuses sont exposées. De fait, la jurisprudence fait référence à la nature préoccupante de certaines conventions de maternité de substitution à cet égard. Dans l'affaire australienne *Mason*, le juge a déclaré : « il ne faut pas passer sous silence que les stipulations qui limitent la capacité de la mère de naissance à gérer sa propre santé au cours de la grossesse et à prendre des décisions concernant l'accouchement de ses propres enfants sont préoccupantes »⁷⁴¹. Les médias ont également signalé que de tels problèmes se posaient en Inde. Un article faisant suite à un entretien avec une mère porteuse indiquait : « elle ne se doutait pas [...] qu'elle n'aurait pas son mot à dire si les parents décidaient de la faire avorter »⁷⁴².

199. En outre, les répercussions psychologiques des conventions de maternité de substitution sur les mères porteuses relèvent d'un domaine qui a été signalé comme préoccupant et nécessitant des recherches de qualité⁷⁴³. Comme l'ont indiqué des travailleurs sociaux, alors que les femmes passent souvent des tests psychologiques pour déterminer leur aptitude à devenir mères porteuses dans l'optique de la réussite de la CMSI, les mères porteuses ne reçoivent que peu, voire aucun soutien psychologique pour les aider à en surmonter les éventuels effets à plus long terme⁷⁴⁴. Un État a également souligné le risque d'exclusion sociale auquel les mères porteuses sont exposées dans certains États parce qu'elles ont conclu une convention de maternité de substitution⁷⁴⁵. En outre, plusieurs avocats se sont dits préoccupés par le fait que, dans certains États de naissance, il est fréquent que les parents d'intention ne rencontrent pas du tout la mère porteuse et que l'opération se déroule entièrement « à distance »⁷⁴⁶. Dans ces circonstances, on ne sait pas vraiment comment la mère porteuse a été traitée⁷⁴⁷. Dans certains cas, le traitement de la mère porteuse par des intermédiaires et l'absence de soutien psychologique peuvent être la source de préoccupations. Par exemple, une avocate britannique a rapporté avoir traité une affaire dans laquelle une agence de maternité de substitution avait harcelé la mère porteuse pendant sa grossesse, ce qui a suscité des préoccupations pour les avocats ainsi que pour le juge anglais.

(d) Donneurs de gamètes

200. Les risques physiques et psychologiques auxquels sont exposés tout donneur d'ovocytes et de sperme impliqués dans une CMSI doivent eux aussi être pris en considération⁷⁴⁸. Encore une fois, la législation et les conseils professionnels concernant le don de gamètes varient considérablement en fonction de l'État dans lequel réside le donneur ; par conséquent, les pratiques et soins médicaux seront eux aussi différents, tout comme les questions telles que l'éventuelle fourniture d'un soutien ou de conseils psychologiques.

(e) Parents d'intention

Désinformation, particulièrement concernant les problèmes juridiques potentiels dans l'État d'accueil

201. Pour un grand nombre d'États et d'avocats, l'une des principales préoccupations concerne encore les informations fournies aux parents d'intention (ou leur désinformation), en particulier

⁷⁴¹ *Mason c. Mason* (voir *supra*, note 607), selon le juge Ryan, para. 4 (traduction du Bureau Permanent).

⁷⁴² (traduction du Bureau Permanent). Voir : < www.sfchronicle.com/local/bayarea/item/India-surrogacy-23858.php >. Ces préoccupations sont elles aussi soulignées dans le rapport du *Centre for Social Research* (Inde) (voir *supra*, note 574) : par ex. : « la mère porteuse est susceptible d'être contrainte de mettre fin à la grossesse si le couple contractant le souhaite [...] » (traduction du Bureau Permanent) (p. 5).

⁷⁴³ Le Canada, la Finlande, l'Irlande, le Mexique, la Norvège, la Nouvelle-Zélande, les Philippines, la Suède et la Suisse, par ex., ont indiqué être préoccupés par cette question. La Nouvelle-Zélande a fait état du besoin de recherches supplémentaires.

⁷⁴⁴ Le rapport du *Centre for Social Research* (Inde) (voir *supra*, note 574) note que les mères porteuses se souviennent « avoir beaucoup pleuré au moment de la séparation » (p. 55). Il est peu probable que ces femmes reçoivent un soutien psychologique sur la durée.

⁷⁴⁵ Par ex. en raison de la stigmatisation que cela implique (ce qui est une préoccupation en Inde et éventuellement en Thaïlande). Voir la réponse de la Suisse à la question 67 e). Le rapport du *Centre for Social Research* (Inde) (voir *supra*, note 574) a fait remarquer qu'en Inde, la maternité de substitution était toujours considérée comme « une honte et un tabou ».

⁷⁴⁶ Il a été signalé que cela était fréquemment le cas en Inde et que cela s'était déjà produit au Mexique (Tabasco).

⁷⁴⁷ Par contre, aux États-Unis d'Amérique, il y a souvent des contacts entre les parents d'intention et la mère porteuse ; parfois, une relation durable se crée entre eux (voir *supra*, para. 141).

⁷⁴⁸ Par ex., l'un des risques connus pour les donneuses d'ovocytes est celui de l'« hyperstimulation » qui peut se produire si les ovaires sont trop stimulés (pour qu'un grand nombre d'ovocytes puisse être recueilli).

en ce qui concerne les problèmes juridiques qu'ils risquent de rencontrer dans l'État d'accueil au sujet de leur statut juridique et de celui de l'enfant⁷⁴⁹. S'il s'avère que la plupart des agences ou centres médicaux procèdent à des vérifications pour s'assurer que les éventuelles conditions légales de l'État de naissance sont remplies⁷⁵⁰, la situation est très différente en ce qui concerne les conditions légales de l'État d'accueil. Bien que certaines agences expérimentées de certains États de naissance insistent pour que les parents d'intention reçoivent des conseils juridiques indépendants de l'État d'accueil avant de s'engager dans une CMSI⁷⁵¹, ces agences sont malheureusement l'exception plutôt que la règle⁷⁵². De nombreux avocats ont fait remarquer que les agences ou centres médicaux étrangers ne cherchent pas systématiquement à obtenir des conseils juridiques de l'État d'accueil et qu'il n'est pas conseillé aux parents d'intention de se procurer de tels conseils⁷⁵³. Un avocat a déclaré que les informations fournies par certaines agences de maternité de substitution et centres médicaux à cet égard étaient encore « souvent trompeuses » et manquaient de transparence quant aux problèmes pouvant se produire⁷⁵⁴. Ceci cause des problèmes importants quand les parents d'intention ont besoin de voyager pour rentrer chez eux et faire établir leur filiation juridique dans l'État d'accueil. Comme l'a écrit un avocat : « Je n'ai vu aucune preuve dans les contrats ou conventions de maternité de substitution qui confirme que les parents d'intention ont le droit d'être traités comme des parents dans l'État d'accueil [...]. La préoccupation concerne la légalité de la convention dans l'État dans lequel elle est réalisée et l'assurance que la filiation est transmise dans cet État. On n'accorde que peu d'attention, voire pas du tout, à la situation de l'enfant vis-à-vis du pays des parents d'intention. Ceci est à mon avis très malheureux et a souvent causé de sérieuses difficultés pratiques. Cette situation se reproduit dans tous les États dont j'ai eu à m'occuper » (traduction du Bureau Permanent). Certains avocats ont indiqué que les agences / centres médicaux se montraient particulièrement négligents en n'insistant pas pour que les parents d'intention obtiennent des conseils juridiques auprès de l'État d'accueil étant donné qu'il se pouvait bien que les conditions légales de l'État d'accueil affectent le profil de la mère porteuse avec laquelle les parents d'intention devraient être mis en relation pour que la famille rencontre le moins de difficultés juridiques possibles dans l'État d'accueil (par ex. une mère porteuse non mariée peut être préférable si les parents d'intention vivent dans certains États d'accueil⁷⁵⁵).

⁷⁴⁹ L'Australie, le Canada, la Finlande, l'Irlande, Israël, le Mexique, la Norvège, la Nouvelle-Zélande, les Pays-Bas, les Philippines, la Suède et la Suisse, par ex., ont indiqué être préoccupés par cette question.

⁷⁵⁰ Ces vérifications se déroulent habituellement (mais pas systématiquement) dans ces États. Par ex., suite aux nouvelles règles relatives aux visas introduites en Inde, il s'avère que de nombreux centres médicaux procèdent à des vérifications pour s'assurer que les couples remplissent ces conditions. En Ukraine, il s'avère que les deux principaux critères d'admissibilité, selon lesquels les parents d'intention doivent être de sexe différent et mariés et doivent présenter une indication médicale pour la maternité de substitution selon la loi ukrainienne, sont généralement vérifiés par les centres médicaux.

⁷⁵¹ Et / ou l'État de leur nationalité, s'il est différent.

⁷⁵² De fait, certaines de ces agences travaillent « en tandem » avec des avocats dans l'État de résidence (et / ou de nationalité, s'il est différent) des parents d'intention. Un avocat américain travaillant dans une agence de maternité de substitution a déclaré : « nous nous efforçons de comprendre la situation juridique générale en matière de maternité de substitution dans tous les États où résident nos parents d'intention. C'est important, car cela guide notre processus de mise en relation. Nous mettons en relation les parents d'intention et les mères porteuses en nous appuyant avant tout sur la compatibilité juridique entre les deux États concernés. Ceci signifie que nous veillons à être en mesure de produire les documents nécessaires pour garantir le retour sans danger de l'enfant (des enfants) et des parents d'intention » (traduction du Bureau Permanent). Un avocat ukrainien a déclaré que les missions diplomatiques de l'État d'accueil dans l'État de naissance étaient parfois consultées pour clarifier la situation dans leur État et connaître les démarches à accomplir pour obtenir des passeports. Un avocat canadien a également fait remarquer que des organisations professionnelles internationales, telles que l'AAARTA, disposaient de listes d'avocats dans d'autres États susceptibles de fournir des conseils juridiques aux parents d'intention.

⁷⁵³ Le rapport du *Centre for Social Research* (Inde) (voir *supra*, note 574), déclare que les sites web des centres de procréation médicalement assistée indiens mélangent souvent « réalité et fiction [...] et qu'il n'est pas rare qu'ils incitent les couples à ignorer les lois en vigueur concernant la maternité de substitution dans leur pays d'origine » (traduction du Bureau Permanent) (p. 23).

⁷⁵⁴ Un avocat a déclaré : « les parents d'intention sont souvent amenés à croire qu'ils seront les parents légaux de l'enfant à toutes fins utiles et dans tous les États » (traduction du Bureau Permanent). On peut citer l'exemple de l'affaire *Re X and Y (children)* [2011] EWHC 3147 (Fam), dans laquelle le juge a fait remarquer que les parents d'intention, lorsqu'ils ont engagé une mère porteuse en Inde par l'intermédiaire d'un centre indien, « n'avaient pas consulté d'avocat au Royaume-Uni pour se renseigner sur les implications juridiques d'une convention de maternité de substitution à caractère international avant de se rendre en Inde alors qu'ils avaient connaissance de certaines des difficultés juridiques qu'ils risquaient de rencontrer » (para. 10).

⁷⁵⁵ Voir la discussion concernant la jurisprudence, *supra* : par ex., si les parents d'intention sont allemands, le fait d'engager une mère porteuse non mariée facilitera grandement l'établissement de la filiation juridique et l'acquisition de la nationalité allemande.

202. Dans certains États d'accueil, les parents d'intention ont eux-mêmes davantage conscience de la nécessité de se procurer des conseils juridiques dans leur État de résidence avant d'entreprendre une CMSI, souvent grâce à des conseils officiels donnés sur des sites Internet publics. Toutefois, il incombe souvent aux parents d'intention de comprendre qu'ils doivent se procurer des conseils juridiques et de le faire effectivement dans leur État de résidence et / ou de nationalité⁷⁵⁶. Les réponses de plusieurs particuliers ayant personnellement eu recours à des CMSI ont confirmé ce fait, décrivant la difficulté qu'ils ont eue à trouver des informations fiables et déclarant qu'il leur avait fallu beaucoup de temps pour trouver les bons contacts et informations.

Aptitude des parents d'intention à conclure une CMSI

203. Plusieurs États d'accueil et certains travailleurs sociaux ont rapporté, dans leurs réponses, que le fait que les parents d'intention ne soient pas soumis à des vérifications de routine concernant leur aptitude dans de nombreux États de naissance était préoccupant. Certains avocats sont du même avis, rapportant qu'ils avaient vu des affaires impliquant des parents d'intention âgés ou des parents d'intention dont les demandes d'adoption avaient été refusées qui souhaitaient avoir recours à une CMSI⁷⁵⁷. Si certains avocats et agences ayant affaire à des CMSI formulent des objections de principe aux évaluations d'aptitude détaillées (semblables aux « enquêtes familiales » en cas d'adoption) portant sur les parents d'intention dans un contexte de CMSI, en particulier si le propre matériel génétique des parents d'intention est utilisé pour concevoir un enfant, ils sont tout de même encore nombreux à reconnaître que des règles professionnelles de base à cet égard sont nécessaires. De fait, étayant cette approche, les réponses aux Questionnaires ont révélé que, dans la pratique et dans certains États de naissance, de nombreuses agences / centres médicaux expérimentés imposent des conditions qui doivent être satisfaites par les parents d'intention qui souhaitent participer à un programme de maternité de substitution ; dans certains États, il existe en outre des lignes directrices professionnelles non contraignantes à cet égard, exigeant un contrôle médico-psychologique de base⁷⁵⁸. Certains avocats et agences ont également signalé qu'il existait des politiques à cet égard, exigeant, par exemple, que les parents d'intention respectent certaines limites d'âge supérieur, qu'ils aient reçu un diagnostic médical de stérilité⁷⁵⁹, que leur casier judiciaire ait été vérifié, et même, dans certains cas, imposant certaines règles concernant les motivations des parents d'intention⁷⁶⁰.

204. Toutefois, l'éventuelle existence de telles conditions et, dans l'affirmative, leur nature et leur degré d'application dépendent souvent, actuellement, de l'agence / du centre médical en question⁷⁶¹. Par contre, dans un État de naissance (moins utilisé), les centres de procréation médicalement assistée sont tenus par la loi de réaliser une enquête sur le « bien-être de l'enfant » avant de procéder à un quelconque traitement visant l'accroissement de la fertilité⁷⁶². Cette enquête n'est pas comparable aux « enquêtes familiales » réalisées dans les affaires d'adoption ; cependant, elle consiste à effectuer des vérifications de base auprès des parents d'intention, notamment concernant des circonstances passées ou présentes pouvant exposer un enfant à une négligence ou à des mauvais traitements physiques ou psychologiques graves et concernant des circonstances passées ou présentes susceptibles d'entraîner une inaptitude

⁷⁵⁶ Cette question se rapporte également aux informations (parfois insuffisantes, pouvant aller jusqu'à la désinformation) fournies aux parents d'intention (là encore, cela dépend largement de l'État de naissance et de l'agence concernée).

⁷⁵⁷ Bien qu'ils soient plus rares, des cas choquants et extrêmes existent néanmoins ; voir *infra*, para. 206.

⁷⁵⁸ Toutefois, cela n'est pas universel : une agence américaine expérimentée qui a répondu au Questionnaire No 4 ne procède pas à des vérifications psychologiques systématiques des parents d'intention, puisqu'elle considère cela comme une discrimination à l'encontre des parents d'intention stériles.

⁷⁵⁹ Le cas échéant : cela n'est manifestement pas le cas pour les couples d'hommes, par ex.

⁷⁶⁰ Il a été rapporté que cela était le cas aux États-Unis d'Amérique et en Ukraine. Un avocat ukrainien a déclaré que les parents d'intention devaient passer une visite médicale exhaustive et remplir un questionnaire détaillé concernant leur situation personnelle, y compris concernant leurs conditions de vie, leur éventuel casier judiciaire et leur motivation à entreprendre une maternité de substitution.

⁷⁶¹ Certains travailleurs sociaux ont fait remarquer que si ces évaluations sont réalisées directement par les agences / centres médicaux, il peut y avoir « conflit d'intérêts ».

⁷⁶² Au Royaume-Uni : voir art. 13(5) de la *Human Fertilisation and Embryology Act 1990* (telle que modifiée en 2008 (ci-après, « HFEA »)), qui dispose qu'« [une] femme ne recevra pas de traitement sauf s'il a été tenu compte du bien-être de tout enfant à naître à la suite du traitement (notamment du besoin de cet enfant à recevoir un soutien parental) et de tout autre enfant pouvant être affecté par la naissance » (traduction du Bureau Permanent).

à prendre soin d'un éventuel enfant à naître tout au long de son enfance ou affectant déjà gravement les soins apportés à tout enfant existant de la famille⁷⁶³.

205. En sus des éventuelles vérifications entreprises (ou non) dans l'État de naissance, il est intéressant de noter que les formalités actuellement exigées dans certains États *d'accueil* pour que l'enfant obtienne la nationalité et / ou pour que les parents d'intention acquièrent la filiation juridique peuvent comprendre une certaine forme d'évaluation des parents d'intention. Par exemple, au Royaume-Uni, pour qu'une demande d'ordonnance parentale (*parental order*) soit accordée, un travailleur social nommé par le tribunal devra réaliser une « enquête sociale », consistant entre autres à évaluer l'aptitude des parents d'intention à élever l'enfant. Dans d'autres États, les travailleurs sociaux devront procéder à des évaluations du même ordre pour que l'adoption nécessaire soit réalisée. Toutefois, à ce stade, l'enfant est déjà né et vit en général depuis un certain temps avec les parents d'intention. Il est parfois possible de « détecter » des affaires suscitant de graves préoccupations à ce stade, mais de nombreux États ont déclaré que ce n'était pas le bon moment pour entreprendre ce type de vérifications⁷⁶⁴. Comme l'a formulé un État : « nous sommes préoccupés par le fait qu'à un moment donné, une convention de maternité de substitution ait été conclue et qu'un enfant soit né, et que les autorités découvrent par la suite que les parents d'intention sont inaptes à la parentalité [...] »⁷⁶⁵. Malheureusement, de tels cas se sont déjà produits.

206. En outre, s'il ne fait aucun doute que la vaste majorité des parents d'intention entreprennent des CMSI avec de bonnes intentions après des années de lutte pour fonder une famille, il existe une minorité troublante d'affaires qui découlent d'un système où les parents d'intention ne sont soumis à aucune vérification minimale. Par exemple, le réseau du SSI a signalé une affaire dans laquelle un couple hétérosexuel marié a conçu des jumeaux par le biais d'une CMSI en Asie du Sud-Est⁷⁶⁶. Les parents d'intention ont par la suite divorcé et partagé la garde des enfants jusqu'à ce que ces derniers, âgés de 5 ans, soient soustraits à la garde du père d'intention quand il a été accusé d'agressions sexuelles pédophiles. Malheureusement, ce cas n'est pas unique⁷⁶⁷. Le *Centre for Social Research* (Inde) a également rapporté le cas d'un couple étranger qui avait conclu une convention de maternité de substitution en Inde pour obtenir un organe pour son enfant malade⁷⁶⁸.

207. Par conséquent, il est clair qu'il faut trouver un équilibre et que, si le contexte différent de celui de l'adoption peut imposer une approche différente, des règles de base minimales sont nécessaires pour protéger les enfants et pour que les règles de base en matière de droits de l'homme soient respectées⁷⁶⁹.

⁷⁶³ Les lignes directrices de la HFEA sont fournies aux centres médicaux sous la forme d'un « code de pratiques » qui dispose, au para. 8.3, que « [l]e centre doit évaluer chaque patient(e) et son conjoint (le cas échéant) avant de lui dispenser le moindre traitement et doit s'appuyer sur cette évaluation pour déterminer s'il existe un risque qu'un enfant soit exposé à des négligences ou à de mauvais traitements graves [...] » (traduction du Bureau Permanent). Les facteurs à prendre en considération dans le cadre de l'évaluation sont énumérés au para. 8.10 et incluent les suivants : (1) circonstances passées ou présentes pouvant exposer l'un des enfants susmentionnés à des négligences ou de mauvais traitements physiques ou psychologiques graves, par ex. condamnations passées concernant des mauvais traitements infligés à des enfants, mesures de protection de l'enfance prises concernant des enfants existants, violences ou grave mésentente au sein de l'environnement familial ; ainsi que (2) circonstances passées ou présentes susceptibles d'entraîner une incapacité à prendre soin d'un éventuel enfant à naître tout au long de son enfance ou affectant déjà gravement les soins apportés à tout enfant existant de la famille, par ex. état de santé physique ou mentale, toxicomanie ou alcoolisme, antécédents médicaux, si ceux-ci indiquent que tout enfant à naître risque de souffrir d'une affection grave, ou toutes circonstances que le centre considère susceptibles de causer un grave préjudice à un enfant. Ce code de pratiques est disponible en ligne (en anglais uniquement) à l'adresse < http://www.hfea.gov.uk/docs/8th_Code_of_Practice.pdf > .

⁷⁶⁴ L'Australie, le Canada, la Finlande, l'Irlande, Israël, la Norvège, la Nouvelle-Zélande, les Pays-Bas, les Philippines, la Suède et la Suisse, par ex., ont indiqué être préoccupés par cette question.

⁷⁶⁵ Voir la réponse de la Nouvelle-Zélande à la question 67 j) (traduction du Bureau Permanent).

⁷⁶⁶ Rapportée dans l'« ISS Network Contribution » (consigné auprès du Bureau Permanent). Ce couple avait conclu la CMSI en raison de l'âge avancé de la mère d'intention et du fait qu'elle ne pouvait concevoir naturellement.

⁷⁶⁷ Par ex., le Rapport préliminaire de 2012, note 7 (voir *supra*, note 107), et la Note préliminaire de 2011, para. 31 (voir *supra*, note 371). Plus récemment, les médias ont rapporté l'affaire suivante, dans laquelle l'« achat » d'un enfant pour les besoins d'un cercle pédophile avait été dissimulé en « convention de maternité de substitution » : < <http://www.stuff.co.nz/world/americas/9497260/Paedophile-who-bought-baby-jailed-30-years> > .

⁷⁶⁸ Voir *supra*, note 572, p. 5.

⁷⁶⁹ Par ex., les art. 3(2) (« Les États parties s'engagent à assurer à l'enfant la protection et les soins nécessaires à son bien-être »), 6 et 34 à 37 de la CNUDE, entre autres.

Questions relatives à l'égalité entre les sexes

208. À cet égard, l'une des questions importantes concernant les parents d'intention qu'il convient de garder à l'esprit est que, dans la situation actuelle et tel qu'illustré ci-dessus, dans le cas où les CMSI sont entreprises par des couples hétérosexuels (ou des femmes célibataires), c'est souvent la mère d'intention qui se retrouve dans la situation juridique la plus précaire vis-à-vis de l'enfant et ce, dans la plupart des cas, qu'elle soit ou non génétiquement apparentée à l'enfant.

(f) Compétence et conduite de certains intermédiaires

209. Plusieurs États et avocats ont indiqué que la compétence et / ou la conduite des intermédiaires était un domaine de préoccupation⁷⁷⁰. Pour certains États, une préoccupation générale concerne la mesure dans laquelle l'intérêt supérieur des enfants est l'élément principal pris en considération par ces intermédiaires (« dans la plupart des cas, les services proposés dans ce secteur sont motivés par le profit plutôt que par l'intérêt supérieur de l'enfant »⁷⁷¹). Il s'agit là encore d'un problème qui varie notablement en fonction des États concernés et de l'intermédiaire en question. Il ne fait aucun doute que de très bonnes pratiques ont été rapportées concernant les affaires de CMSI, où les professionnels concernés essaient de trouver les meilleures solutions pour la famille et, au bout du compte, pour l'enfant, dans des circonstances difficiles. De fait, à cet égard, les personnes qui ont conclu des CMSI ont fait remarquer que lorsque les intermédiaires sont expérimentés et qu'ils appliquent des règles de bonnes pratiques déontologiques, ils peuvent jouer un important rôle de garants du processus et sont une source indispensable de soutien dans le cadre de l'épreuve complexe et psychique que cela représente pour les parents d'intention. Ceci est également corroboré par les problèmes qui peuvent se produire dans les situations où les parents d'intention prennent eux-mêmes en charge l'organisation (par ex. par Internet)⁷⁷². Néanmoins, les parents d'intention et les avocats ont exprimé des préoccupations importantes à cause de la qualité et des règles variables (notamment en matière de déontologie) des intermédiaires au sein d'un même État et entre États. Comme l'ont formulé deux avocats expérimentés (d'Ukraine et d'Argentine), ce domaine, qui exige pourtant des connaissances spécialisées, fait intervenir trop d'intermédiaires qui, avides de profiter de ce « secteur dynamique », proposent avec empressement leurs services bien qu'ils ne jouissent pas de l'expertise nécessaire⁷⁷³.

210. Pour grand nombre d'entre elles, les préoccupations plus précises qui se rapportent aux intermédiaires ont été évoquées dans les catégories ci-dessus : par exemple, la désinformation (ou l'absence d'information) pratiquée par certains avocats / agences auprès des parents d'intention concernant les problèmes juridiques internationaux, la conduite de certaines agences / centres médicaux envers les mères porteuses, les pratiques médicales de certains centres médicaux et les questions de conflit d'intérêts mal appréhendées par certains avocats. En outre, les États et avocats ont également signalé que lorsque des problèmes s'étaient posés dans certaines affaires, les intermédiaires ne s'étaient pas toujours montrés disposés à apporter leur assistance pour les résoudre. Par exemple, un État a rapporté une affaire dans laquelle le centre médical n'avait pas utilisé les bons gamètes et n'a pas apporté son aide alors qu'il aurait pu identifier les parents génétiques de l'enfant ou découvrir ce qui était arrivé aux gamètes manquants⁷⁷⁴. Par ailleurs, un avocat qui avait besoin d'obtenir le consentement d'une mère porteuse indienne aux fins d'une procédure anglaise d'ordonnance parentale (*parental order*) a également signalé que le centre médical avait refusé de l'aider à la contacter⁷⁷⁵.

211. En outre, quatre États ont rapporté avoir rencontré des problèmes suite au comportement criminel de certains intermédiaires, selon les règles légales nationales ou internationales⁷⁷⁶. Dans deux affaires, ces problèmes concernaient des allégations de traite (impliquant la

⁷⁷⁰ Par ex. l'Australie, le Canada, la Finlande, l'Irlande, Israël, la Norvège, la Nouvelle-Zélande et les Philippines.

⁷⁷¹ Observation de la Nouvelle-Zélande (traduction du Bureau Permanent).

⁷⁷² Par ex., en particulier, les conventions de procréation pour autrui conclues directement entre les parties par Internet qui se déroulent mal par la suite.

⁷⁷³ Ceci se traduit par le fait qu'un avocat d'un État d'accueil a rapporté que certaines conventions, par ex. en Ukraine, sont rédigées par des personnes qui ne disposent pas de l'expérience nécessaire et ne sont même pas conformes aux exigences légales ukrainiennes.

⁷⁷⁴ Voir la réponse de la Nouvelle-Zélande à la question 67 h).

⁷⁷⁵ Voir aussi *Re D and L (Surrogacy)* [2012] EWHC 2361, affaire dans laquelle une mère porteuse en Inde n'a pas pu être retrouvée, même en ayant recours aux services d'un enquêteur.

⁷⁷⁶ Le Danemark, la Norvège, la Nouvelle-Zélande et la Suisse.

Thaïlande et l'Ukraine)⁷⁷⁷. Les médias ont aussi rapporté des exemples particulièrement flagrants de comportement criminel d'intermédiaires, par exemple le cas de Theresa Erickson, condamnée à une peine de prison pour avoir participé à ce qui consistait dans les faits à une « vente de bébés » camouflée en maternité de substitution⁷⁷⁸, ou encore le cas d'un intermédiaire américain qui a été récemment condamné à cinq ans de prison pour « fraude informatique », ayant extorqué plus de 2 millions de dollars à des parents d'intention potentiels⁷⁷⁹.

212. Bien que la question n'ait pas été posée directement, dans les réponses des particuliers ayant eu recours à des CMSI, deux couples de parents d'intention ont déclaré ne pas avoir été satisfaits des services qui leur avaient été fournis par leur agence de maternité de substitution.

(g) Aspects financiers des CMSI

213. Les coûts que peuvent engager les parents d'intention ayant recours à une CMSI ont été décrits ci-dessus⁷⁸⁰. Les montants évoqués montrent clairement que la maternité de substitution à caractère international n'est pas une possibilité offerte à ceux qui ne disposent pas de moyens financiers importants⁷⁸¹.

214. L'aspect financier des CMSI est un domaine de préoccupation que plusieurs États ont signalé⁷⁸², se rapportant à la réduction des femmes et des enfants au rang de marchandises au vu des montants impliqués, mais aussi au risque que les femmes soient exploitées en vue d'en tirer un gain financier. Ces risques sont plus élevés dans certains États de naissance. Plusieurs avocats ont également rapporté que les frais d'agence excessivement élevés étaient préoccupants ; un couple de parents d'intention a déclaré qu'ils auraient apprécié que leur agence soit plus transparente dès le départ concernant les frais qu'ils auraient à engager.

(h) Activité criminelle

215. Enfin, il convient de noter que plusieurs États ont exprimé des préoccupations concernant l'activité criminelle observée sur leur territoire en lien avec les CMSI⁷⁸³. Par exemple, en Australie (Nouvelle-Galles du Sud), il a été rapporté que malgré la loi de 2010 qui interdit aux personnes résidant en Nouvelle-Galles du Sud de se rendre à l'étranger pour y conclure une convention de maternité de substitution à but lucratif, des personnes continuent de se rendre régulièrement en Thaïlande, en Inde et aux États-Unis d'Amérique pour le faire. La République tchèque et le Portugal ont rapporté que leurs autorités avaient été confrontées à des situations qui leur sont présentées comme des demandes d'adoption par le beau-père ou la belle-mère qu'ils soupçonnent de servir de « couverture » à des conventions de maternité de substitution

⁷⁷⁷ S'agissant des questions de traite, voir aussi le Rapport préliminaire de 2012, note 11 (voir *supra*, note 107), qui cite le *Protocole visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants* (entré en vigueur le 25 décembre 2003, Protocole additionnel à la *Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée* du 29 septembre 2003), ainsi que la « Loi type contre la traite des personnes », élaboré par l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime (UNODC), qui mentionne expressément la « grossesse forcée » et l'« utilisation de femmes en tant que mères de substitution » comme étant, dans certaines circonstances, des exemples possibles d'« exploitation » que les États peuvent souhaiter envisager lorsqu'ils légifèrent en vue d'incriminer la « traite ».

⁷⁷⁸ Voir l'article de presse disponible à l'adresse < <http://abcnews.go.com/US/san-diego-women-sentenced-baby-selling-case/story?id=15785854> >.

⁷⁷⁹ Voir l'article de presse disponible à l'adresse < <http://www.modbee.com/2013/05/13/2714124/surrogacy-swindle-nets-5-year.html> >.

⁷⁸⁰ Voir *supra*, para. 136 et s. : bien que les coûts qui y sont identifiés n'incluent pas les frais accessoires tels que les déplacements et l'hébergement, etc.

⁷⁸¹ De fait, la nécessité d'engager des montants importants a donné lieu à des initiatives telles que l'établissement de sites web pour demander au grand public de financer une maternité de substitution : voir < www.krowdkidz.com/en >.

⁷⁸² Par ex. les États suivants : Canada, Finlande, Irlande, Israël, Norvège, Nouvelle-Zélande, Philippines, Suède et Suisse.

⁷⁸³ Selon les Philippines, il a été rapporté que, sous couvert de « maternité de substitution à caractère international », des couples étrangers résidant sur leur territoire essaient de contourner les lois sur l'adoption internationale pour procéder à des adoptions nationales illégales. Toutefois, il ne s'agit pas de conventions de maternité de substitution puisqu'il n'existe pas de convention avant la conception et qu'elles violent l'art. 35 de la CNUDE et son *Protocole facultatif concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants*. Dans le rapport qu'elles ont soumis en 2011 au Comité des droits de l'enfant des Nations Unies (CRC/C/OPSC/PHL/1), les Philippines ont déclaré qu'une loi avait été adoptée pour sanctionner le fait de « proposer de l'argent à une femme enceinte en échange de l'autorisation d'adopter l'enfant » (para. 96) (traduction du Bureau Permanent).

(nationales et internationales)⁷⁸⁴. Au Canada, des poursuites fédérales ont été entamées en vertu de l'*Assisted Human Reproduction Act* pour la première fois en février 2013 dans l'Ontario. Une société et son propriétaire auront à répondre de 19 chefs d'accusation, entre autres pour avoir accepté une rémunération pour l'obtention de services d'une mère porteuse, acheté des ovocytes auprès d'une donneuse et payé une femme pour qu'elle devienne mère porteuse⁷⁸⁵.

3. Évolution des approches nationales des CMSI, notamment tentatives bilatérales, régionales et internationales de coopération

216. Les États ont rapporté plusieurs évolutions internes concernant les CMSI. Dans certains États, elles ont consisté à préparer des lignes directrices non contraignantes, que ce soit à l'intention des autorités compétentes gérant les affaires de CMSI ou des parents d'intention envisageant d'en conclure une⁷⁸⁶. Dans d'autres États, il a été rapporté que de nouvelles lois ou règles concernant spécifiquement les CMSI étaient actuellement à l'étude⁷⁸⁷. Par exemple, en Suède, en juin 2013, le gouvernement a lancé une enquête « pour étudier comment étendre les possibilités permettant aux personnes stériles de devenir parents »⁷⁸⁸. Ces travaux chercheront notamment à savoir s'il est nécessaire d'élaborer des règles particulières concernant les affaires de CMSI en Suède, en particulier au vu de la nécessité d'éliminer l'insécurité juridique pour les enfants. En Suisse, il a été rapporté que le Parlement avait demandé au gouvernement de préparer un rapport sur les affaires de CMSI et la reconnaissance, en Suisse, de la filiation juridique en résultant⁷⁸⁹. En Norvège, des lois et règles temporaires ont été adoptées pour permettre les transferts de filiation juridique aux parents d'intention à la suite d'une CMSI, ainsi que pour permettre, dans certains cas, la reconnaissance de la paternité juridique établie à l'étranger⁷⁹⁰. Ces mesures s'appliquent aux enfants qui résident actuellement en Norvège avec des parents d'intention qui n'ont pas réussi à établir leur filiation juridique en vertu de la loi norvégienne ; elles ont pour objectif d'offrir une solution aux enfants dont la filiation juridique est actuellement « boiteuse ». Toutefois, parallèlement, l'élaboration de lignes directrices officielles claires vise à empêcher, dans la mesure du possible, que de telles situations se reproduisent à l'avenir (et vise également à homogénéiser les pratiques des autorités publiques compétentes).

217. Fait intéressant, seul un petit nombre d'États a rapporté avoir entrepris une coopération transfrontière avec d'autres États dans des affaires de CMSI⁷⁹¹.

218. Aux niveaux régional et international, d'intéressants travaux de recherche et d'investigation ont été entrepris concernant les CMSI, notamment les études comparatives réalisées pour le Parlement européen et la CIEC⁷⁹². En outre, des organismes régionaux et internationaux travaillant dans le domaine des droits de l'homme se sont penchés ou se penchent actuellement sur des questions découlant des CMSI. Par exemple, tel que mentionné

⁷⁸⁴ Par ex., une mère porteuse est trouvée sur le web par des parents d'intention (soit dans leur État soit dans un autre, en fonction du type de convention dont ils ont besoin : convention de gestation pour autrui ou convention de procréation pour autrui). Après la naissance de l'enfant (soit dans l'État soit dans un autre), le père d'intention génétique reconnaît sa paternité juridique conformément aux règles générales et la mère d'intention demandera ensuite une adoption par la belle-mère (c'est à ce moment que l'affaire est portée à l'attention des autorités).

⁷⁸⁵ Il convient de noter qu'il n'a pas été précisé si ces chefs d'accusation se rapportent à des conventions de maternité de substitution à caractère international ou national, ou aux deux.

⁷⁸⁶ L'Australie, le Canada (conseils en matière d'immigration / de nationalité seulement et concernant les affaires de PMA en général), l'Irlande, la Norvège, la Nouvelle-Zélande, le Royaume-Uni et la Suisse ont rapporté avoir élaboré des lignes directrices en la matière.

⁷⁸⁷ Par ex. en Finlande, en Israël, au Mexique, aux Philippines, en Suède et en Suisse. Des projets de loi concernant les conventions de maternité de substitution sont encore à l'étude en Inde et en Thaïlande (d'après les propres recherches du Bureau Permanent). L'Australie a également rapporté qu'elle attendait les conclusions du rapport de l'*Australian Family Law Council* sur des questions relatives aux personnes qui sont considérées être des parents en vertu de la *Family Law Act 1975 (Cth)*. Nous comprenons que ce rapport étudiera entre autres les CMSI. Par ailleurs, le Royaume-Uni a récemment établi un groupe interdépartemental pour étudier les questions qui se posent dans le contexte de la CMSI.

⁷⁸⁸ Voir la réponse de la Suède à la question 69 (traduction du Bureau Permanent).

⁷⁸⁹ Voir la réponse de la Suisse à la question 40.

⁷⁹⁰ Voir la réponse de la Norvège aux questions 39 et 69.

⁷⁹¹ Par ex., la Nouvelle-Zélande a déclaré avoir coopéré avec l'Australie, la Thaïlande et les États-Unis d'Amérique (fait qui a également été rapporté par les États-Unis d'Amérique) ; les Pays-Bas ont rapporté une coopération transfrontière avec l'Inde et l'Ukraine.

⁷⁹² Dans le cadre de ce projet, le Bureau Permanent a activement coopéré avec l'équipe qui a réalisé l'étude comparative pour le Parlement européen, ainsi qu'avec la CIEC.

plus haut, quatre affaires de CMSI sont en instance devant la CrEDH⁷⁹³. En outre, des préoccupations concernant les CMSI ont été signalées au Comité des droits de l'enfant des Nations Unies dans le cadre des procédures de rapport des États, dont une concernant laquelle le Comité doit encore formuler ses observations⁷⁹⁴.

219. Il convient également de mentionner que, de manière plus générale en rapport avec les « soins génésiques transfrontaliers »⁷⁹⁵, des initiatives régionales et internationales appellent à des bonnes pratiques et à des lignes directrices concernant ces soins, ou en ont établi⁷⁹⁶. Par exemple, la Fédération internationale des travailleurs sociaux (FITS) a publié une déclaration de politique prenant acte « [des] enjeux particuliers de la prestation de services génésiques transfrontaliers » et encourageant « la coopération avec les organisations internationales [...] afin d'élaborer des lignes directrices internationales en matière de soins génésiques transfrontaliers »⁷⁹⁷. En outre, au niveau régional, la Société européenne de reproduction humaine et d'embryologie (ESHRE) a élaboré un guide de bonnes pratiques pour aider les établissements médicaux et médecins proposant des traitements visant l'accroissement de la fertilité à des patients étrangers⁷⁹⁸. En outre⁷⁹⁹, la jurisprudence de la CrEDH a traité de questions concernant l'accès à certaines formes de PMA et, dans ce contexte, a également abordé la capacité des personnes à se rendre dans d'autres États pour y entreprendre des formes de PMA interdites dans leur État d'origine⁸⁰⁰.

220. Les conclusions tirées de cette Étude et l'analyse consécutive de l'opportunité et de la possibilité de mener des travaux futurs à la Conférence de La Haye sur le projet « Filiation / Maternité de substitution » font l'objet du Document préliminaire No 3 B de mars 2014⁸⁰¹.

⁷⁹³ Voir *supra*, note 673.

⁷⁹⁴ Voir par ex. la « List of issues in relation to the combined 3rd and 4th periodic reports of Inde », en date du 25 novembre 2013 (CRC/C/IND/Q/3-4), publiée par le Comité en prévision de sa 66^e session (26 mai – 13 juin 2014), qui demande, au point 6, « [v]euillez donner des informations détaillées sur les mesures qui ont été prises, le cas échéant, pour veiller à ce que la législation et les procédures relatives aux naissances de mères porteuses soient conformes à la Convention, en particulier aux art. 3, 6, 7, 8, 9, 19, 21 et 35 » (traduction du Bureau Permanent). Cette question a également été soulevée par le Comité dans ses questions à l'Allemagne concernant ses 3^e et 4^e rapports destinés à la 65^e session (13-31 janvier 2014, voir la liste des points à traiter : CRC/C/DEU/Q/3-4). Le Comité a demandé quelles mesures l'Allemagne avait prises pour faire respecter les droits de tout enfant résidant sur son territoire né à la suite d'une CMSI et, en particulier, pour empêcher que ces enfants ne deviennent apatrides (voir para. 7). La maternité de substitution à caractère international a également été évoquée dans le contexte des 2^e à 4^e rapports périodiques soumis par Israël lors de la 63^e session du Comité (27 mai – 14 juin 2013) (bien que l'Observation finale sur la maternité de substitution (voir CRC/C/ISR/CO/2-4, para. 33-34) semble se focaliser sur l'encadrement national de la maternité de substitution).

⁷⁹⁵ Voir le **Glossaire** figurant à l'**annexe A** du Doc. prélim. No 3 B de mars 2014 (*supra*, note 2).

⁷⁹⁶ Il convient également de noter que, au sein de l'UE, les principes de libre circulation des personnes sont pertinents en ce qui concerne ce phénomène, ainsi que la *Directive 2011/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2011 relative à l'application des droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers*.

⁷⁹⁷ Voir la déclaration de politique de la FITS concernant les services génésiques transfrontaliers, adoptée par l'assemblée générale de la FITS à Salvador (Brésil) le 14 août 2008 (disponible en anglais uniquement à l'adresse < <http://ifsw.org/policies/cross-border-reproductive-services/> >) (traduction du Bureau Permanent). La FITS est une organisation mondiale œuvrant pour la justice sociale, les droits de l'homme et le développement social par la promotion du travail social, les modèles de bonnes pratiques et la facilitation de la coopération internationale.

⁷⁹⁸ Qui vise à « garantir un traitement de procréation assistée sûr et de grande qualité, tenant compte des patients, de leur futur enfant et des intérêts des collaborateurs tiers, tels que les donneurs de gamètes et les mères porteuses. Cet objectif est atteint en y incluant des considérations d'équité, de sécurité, d'efficacité, d'efficience (notamment des soins éprouvés), d'opportunité et d'orientation sur le patient » (traduction du Bureau Permanent) : voir en outre « ESHRE's good practice guide for cross-border reproductive care for centers and practitioners », par Shenfield et al., *Human Reproduction*, vol. 26, No 7, p. 1625 à 1627 (citation extraite de la p. 1625).

⁷⁹⁹ Tel que mentionné, *supra*, dans la **partie A, section 2**.

⁸⁰⁰ Par ex., voir *S.H. et autres c. Autriche* (requête No 57813/00, 3 novembre 2011) : en arrêtant que le législateur autrichien n'avait pas outrepassé la marge d'appréciation dont il disposait, ni s'agissant de l'interdiction des dons d'ovocytes à des fins de PMA, ni s'agissant de l'interdiction du don de sperme à des fins de FIV, la CrEDH a expressément observé que « le droit autrichien n'interdit pas [...] de se rendre à l'étranger pour y subir des traitements contre la stérilité faisant appel à des techniques de procréation médicalement assistée interdites en Autriche » (para. 114 ; cependant, il convient de noter l'opinion dissidente à ce sujet). Voir également l'affaire dont a été saisie la Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Artavia Murillo c. Costa Rica* (voir *supra*, note 275 et la citation figurant au para. 56).

⁸⁰¹ Voir *supra*, note 2.