

Doc. pré. No 10

Prel. Doc. No 10

mars / March 2012

**RAPPORT PRÉLIMINAIRE SUR LES PROBLÈMES DÉCOULANT DES CONVENTIONS
DE MATERNITÉ DE SUBSTITUTION À CARACTÈRE INTERNATIONAL**

établi par le Bureau Permanent

* * *

**A PRELIMINARY REPORT ON THE ISSUES ARISING
FROM INTERNATIONAL SURROGACY ARRANGEMENTS**

drawn up by the Permanent Bureau

*Document préliminaire No 10 de mars 2012 à l'intention
du Conseil d'avril 2012 sur les affaires générales et la politique de la Conférence*

*Preliminary Document No 10 of March 2012 for the attention
of the Council of April 2012 on General Affairs and Policy of the Conference*

**RAPPORT PRÉLIMINAIRE SUR LES PROBLÈMES DÉCOULANT DES CONVENTIONS
DE MATERNITÉ DE SUBSTITUTION À CARACTÈRE INTERNATIONAL**

établi par le Bureau Permanent

* * *

**A PRELIMINARY REPORT ON THE ISSUES ARISING
FROM INTERNATIONAL SURROGACY ARRANGEMENTS**

drawn up by the Permanent Bureau

TABLE DES MATIÈRES

Page

I.	INTRODUCTION	4
II.	CONVENTIONS DE MATERNITÉ DE SUBSTITUTION INTERNATIONALES : ÉVOLUTION D'UN PHÉNOMÈNE MONDIAL	6
	(a) Origines de l'évolution d'un phénomène mondial	6
	(b) Ampleur géographique et fréquence du phénomène.....	8
III.	NATURE ET TENDANCES DES APPROCHES POLITIQUES, LÉGISLATIVES ET JUDICIAIRES DE LA MATERNITÉ DE SUBSTITUTION.....	9
	(a) Approche juridique et politique de la maternité de substitution	9
	(i) États prohibant les conventions de maternité de substitution	9
	(ii) États dans lesquels la maternité de substitution est essentiellement non réglementée.....	10
	(iii) États autorisant expressément et encadrant la maternité de substitution	12
	(iv) États ayant une approche permissive de la maternité de substitution, y compris à caractère commercial.....	16
	(v) Tendances des développements législatifs.....	18
	(b) Approche des conventions de maternité de substitution internationales	19
	(i) États appliquant une méthode de « conflit de lois » ou de « reconnaissance » à la question de la filiation légale établie dans l'État de naissance de l'enfant.....	20
	(ii) États appliquant la lex fori à la question de la filiation	23
	(iii) Possibilité de sanctions pénales	25
IV.	QUELQUES RÉFLEXIONS LIMINAIRES SUR LES APPROCHES POSSIBLES D'UN NOUVEL INSTRUMENT relatif à LA MATERNITÉ DE SUBSTITUTION INTERNATIONALE.....	25
	(a) Les besoins	26
	(b) Quelques réflexions concernant les approches possibles d'une réglementation multilatérale	27
	(i) Harmonisation des règles de droit international privé relatives à l'établissement et à la contestation de la filiation juridique, comprenant des dispositions sur la coopération	28
	(ii) Établissement d'un cadre de coopération	29
V.	CONCLUSION	30

Rapport préliminaire¹ sur les problèmes découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international²

I. INTRODUCTION

1. En avril 2011, le Conseil sur les affaires générales et la politique de la Conférence (ci-après « le Conseil ») a réservé un bon accueil au rapport établi par le Bureau Permanent sur les « Questions de droit international privé concernant le statut des enfants, notamment celles résultant des accords de maternité de substitution à caractère international³ ». Ce rapport pointait les graves problèmes que pose à l'échelle mondiale le développement des conventions de maternité de substitution internationales, les difficultés les plus fréquentes étant la filiation juridique et la nationalité souvent incertaines des enfants⁴. Les enfants peuvent être « abandonnés, apatrides et sans parents⁵ » dans l'État de leur naissance, leur famille recourant à des mesures désespérées, parfois illégales, pour tenter de les ramener « chez eux »⁶. En outre, lorsqu'ils sont en mesure de se rendre « chez eux », ces enfants peuvent se voir reconnaître une filiation juridique « boiteuse », avec les problèmes de protection des enfants qui en découlent. Ces problèmes et les autres difficultés que posent ces conventions pour la protection de l'enfance⁷ touchent aux droits et intérêts fondamentaux de l'enfant, notamment le droit de ne pas subir de discrimination fondée sur la naissance ou la situation de ses parents, le droit à ce que son intérêt supérieur soit la considération primordiale dans tous les actes qui le concernent, et le droit d'acquérir une nationalité et de préserver son identité⁸. Il convient aussi de prêter attention à la

¹ Le Bureau Permanent remercie Hannah Baker, Collaboratrice juridique senior au Bureau Permanent, qui a effectué l'essentiel des recherches et rédigé ce Rapport préliminaire. Il remercie également Carine Rosalia, Collaboratrice juridique au Bureau Permanent, pour son assistance.

² Voir dans le **Glossaire** en annexe la définition du terme « convention de maternité de substitution internationale » tel qu'il est employé dans ce Rapport.

³ Doc. pré. No 11 de mars 2011 à l'intention du Conseil d'avril 2011 sur les affaires générales et la politique de la Conférence (disponible sur le site Internet de la Conférence, à l'adresse < www.hcch.net >, sous les rubriques « Travaux en cours », puis « Affaires générales »). Voir p. 3 et 4 du Doc. pré. No 11 pour l'historique précis des travaux dans ce domaine.

⁴ *Ibid.* Section IV(a).

⁵ Selon les termes du juge Hedley dans la décision anglaise *Re X & Y (Foreign Surrogacy)* [2009] Fam 71, 76C.

⁶ Tel le père d'intention français qui a tenté de faire entrer clandestinement en Hongrie des jumelles nées d'une mère porteuse en Ukraine :

< http://www.rferl.org/content/womb_for_hire_ukraine_surrogacy_boom_is_not_risk_free/24215336.html > (dernière consultation le 16 mars 2012) ou le couple homosexuel belge qui a tenté de faire entrer

clandestinement en Pologne son enfant né en Ukraine :

< http://www.msnbc.msn.com/id/41800437/ns/world_news-wonderful_world/t/boy-stuck-years-ukraine-arrives-Belgique/ > (dernière consultation le 16 mars 2012).

⁷ Doc. pré. No 11 de mars 2011 (*op. cit.* note 3), section VI(a). Les autres préoccupations relatives à la protection des enfants concernent la possible rupture de la convention de maternité parce que les parents d'intention décident qu'ils ne veulent plus l'enfant, par exemple parce qu'il est handicapé (voir par ex., < http://www.bionews.org.uk/page_71982.asp >, dernière consultation le 16 mars 2012) ou parce qu'ils se sont séparés (voir par ex., < <http://www.cbc.ca/news/canada/new-brunswick/story/2011/09/13/nb-bathurst-surrogate-parent-1245.html?cmp=rss> >, dernière consultation le 16 mars 2012), ou encore parce que la mère porteuse souhaite garder l'enfant (voir un exemple en droit interne, *CW v NT & Anor* [2011] EWHC 33 (Fam)). Une autre préoccupation réside dans les dangers que court l'enfant du fait de l'absence, dans certains États, de « vérifications » portant sur les futurs parents d'intention : cette situation est à l'origine d'affaires dans lesquelles des enfants ont été « commandés » en vue de commettre des abus (Doc. pré. No 11 de mars 2011, *op. cit.* note 3, para. 31) ou, prétendument pour obtenir un héritage (par ex. < <http://www.dailymail.co.uk/news/article-54972/Surrogacy-scandal-thats-shocked-world.html> >, dernière consultation le 16 mars 2012). Voir aussi note 11, *infra*, concernant les préoccupations relatives à la traite.

⁸ *Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant*, 20 novembre 1989 (« CNUDE ») : par ex. art. 2, 3, 7, 8 et 9.

possible vulnérabilité de *toutes* les parties aux conventions de maternité de substitution internationales⁹, vulnérabilité qui suscite des préoccupations relatives à l'exploitation et aux difficultés qui peuvent découler de l'absence de réglementation des intermédiaires¹⁰, notamment la traite des femmes et des enfants¹¹, mais aussi aux conventions « indépendantes »¹².

2. Les conventions de maternité de substitution internationales sont en plein essor et il semble aussi malheureusement qu'il en soit de même des difficultés qu'elles engendrent. Rien qu'au cours de l'année écoulée, des problèmes concernant le statut juridique d'enfants nés suite à de telles conventions se sont posés dans de nombreux États dans le monde. Et d'autres cas sont apparus qui illustrent de manière flagrante les risques d'exploitation et d'abus¹³.

3. Le Conseil d'avril 2011 a demandé au Bureau Permanent d'intensifier ses travaux « en soulignant le large éventail de questions résultant des accords de maternité de substitution à caractère international¹⁴ ». Conformément à ce mandat, le Bureau Permanent a entrepris des recherches complémentaires sur les développements comparatifs liés à la maternité de substitution à caractère international dans les droits internes et en droit international privé, ainsi que sur les besoins pratiques dans ce domaine. Par ailleurs, le Bureau Permanent suit de près les développements et les

⁹ Doc. pré-l. No 11 de mars 2011 (*op. cit.* note 3), section VI(a). Voir aussi la récente étude du *Centre for Social Research* en Inde (< www.csrInde.org >), « *Surrogate Motherhood – Ethical or Commercial* » (mars 2012). Des entretiens réalisés avec 100 mères porteuses, 50 parents d'intention et des cliniques ont fait apparaître de nombreuses préoccupations, notamment : les mères porteuses étaient souvent illettrées et s'en remettaient à la clinique pour les informer des conditions du contrat sans prendre d'avis indépendant ; souvent, les contrats n'étaient signés qu'au milieu du quatrième mois de grossesse ; les cliniques étaient rarement parties au contrat, supposément pour se dégager de toute responsabilité ; l'écrasante majorité des mères porteuses ont indiqué qu'elles avaient décidé de devenir mères porteuses à cause de la « pauvreté » ; des tiers (par ex., les agents, les maris) auraient exercé des pressions pour qu'elles deviennent des mères porteuses ; manque de transparence concernant les honoraires payés aux mères porteuses, le rapport concluant : « dans tous les cas, les montants payés aux mères porteuses sont fixés arbitrairement par le médecin spécialiste de la stérilité de la clinique ou de l'hôpital ». Des préoccupations semblables ressortent également du documentaire « *Made in India* » (voir < <http://www.madeinindiamovie.com/> >, dernière consultation le 16 mars 2012).

¹⁰ Doc. pré-l. No 11 de mars 2011 (*op. cit.* note 3), section VI(a). Voir également, au cours de l'année écoulée la condamnation de trois individus qui avaient envoyé des mères « de substitution » en Ukraine pour une implantation d'embryons sans qu'aucune convention de maternité de substitution n'ait été signée et qui avaient ensuite « vendu » les enfants à naître : voir < <http://www.fbi.gov/sandiego/press-releases/2011/baby-selling-ring-busted> > (dernière consultation le 16 mars 2012).

¹¹ Voir, par ex., la « Loi type contre la traite des personnes » élaborée par l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime (« ONUDC ») pour assister les États dans la mise en œuvre du *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) 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 » (disponible à l'adresse < http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/Model_Law_against_TIP_-_French.pdf >, dernière consultation le 16 mars 2012). Parmi les autres exemples connus de traite liée à la maternité de substitution, citons le cas de Polonaises qui auraient été recrutées pour se rendre aux Pays-Bas, en Belgique et en Allemagne (< www.independent.co.uk/news/world/poles-hired-as-surrogate-mums-in-illegal-trade-1584960.html >, dernière consultation le 16 mars 2012) ; des femmes birmanes vendues à des hommes chinois pour travailler en tant que mères de substitution dans le cadre d'un système de traite (< www.chinapost.com.tw/china/local-news/other/2009/03/26/201716/Chine-returns.htm >, dernière consultation le 16 mars 2012) ; des préoccupations relatives à des pratiques au Guatemala (voir, par ex., la Proposition de résolution commune du Parlement européen sur le Guatemala (6 juillet 2005) qui indiquait que « des actes anormaux sont actuellement pratiqués au Guatemala tels que des grossesses forcées ou rétribuées [...] ») (source : « Memorandum : Is there a need to regulate intercountry surrogate-pregnancy agreements in private international law? », rédigé sous la direction de Peretz Segal, Ministère de la Justice d'Israël, par Jennifer Chernick, B.A. Université de Stanford, 2009 (conservé au Bureau Permanent)).

¹² Les fragilités des parties peuvent être également exploitées parce qu'il n'existe pas d'intermédiaires qualifiés impliqués dans une convention et qu'elles se sont « rencontrées » en ligne de manière indépendante (voir, par ex., le cas d'une mère porteuse belge qui, après avoir conclu une convention de maternité de substitution avec un couple rencontré en ligne, les a informés qu'elle avait fait une fausse couche avant de « vendre l'enfant aux enchères » en ligne à un couple néerlandais : voir *Bébé D*, Cour d'appel de Gand, 5 septembre 2005).

¹³ Voir *supra* notes 7 à 12 (un aperçu des problèmes signalés).

¹⁴ Conclusions et Recommandations adoptées par le Conseil sur les affaires générales et la politique de la Conférence (5-7 avril 2011) (disponibles sur le site Internet de la Conférence, à l'adresse < www.hcch.net >, sous les rubriques « Travaux en cours », puis « Affaires générales »), para. 18.

travaux entrepris par d'autres organisations et institutions dans ce domaine et poursuit ses travaux en collaboration avec l'Université d'Aberdeen¹⁵. Les fruits de ces efforts sont présentés dans ce document qui, conformément à la demande du Conseil, fait le point sur les progrès réalisés¹⁶, mais sans prétendre présenter un tableau exhaustif sur ce sujet dynamique et complexe. Sous réserve des vues du Conseil, le Bureau Permanent espère produire un rapport final en avril 2013 qui tiendrait compte des avis exprimés par les Membres lors de la réunion du Conseil de 2012 et après.

II. CONVENTIONS DE MATERNITÉ DE SUBSTITUTION INTERNATIONALES : ÉVOLUTION D'UN PHÉNOMÈNE MONDIAL

(a) Origines de l'évolution d'un phénomène mondial

4. Le concept de maternité de substitution n'est pas nouveau ; les conventions de procréation pour autrui remontent même à l'époque de la Bible¹⁷. Cependant, le florissant « marché » mondial de la maternité de substitution que nous observons aujourd'hui semble avoir évolué (rapidement) depuis une dizaine d'années¹⁸, une évolution qui peut être attribuée à la convergence de développements scientifiques, démographiques, juridiques et sociaux. Tout d'abord, les progrès scientifiques comme l'insémination artificielle et la fécondation *in vitro* (« FIV ») ont considérablement renforcé l'attrait de la maternité de substitution¹⁹. La FIV en particulier, a permis de rompre le lien génétique entre la mère porteuse et l'enfant et, dans certains cas, de créer un lien génétique entre la mère d'intention et l'enfant²⁰. Ensuite, le nombre croissant d'individus touchés par la stérilité dans certains États²¹ ainsi que l'acceptation croissante

¹⁵ Le Bureau Permanent a été en communication, entre autres, avec la Commission internationale de l'état civil (CIEC), le Conseil de l'Europe (Comité directeur pour la Bioéthique), le Service social international, l'*International Law Association* et l'*American Bar Association*, qui ont tous donné d'utiles informations. Dans le cadre de sa coopération avec le projet de recherche de l'Université d'Aberdeen sur les conventions de maternité de substitution internationales (< <http://www.abdn.ac.uk/law/surrogacy/> >, dernière consultation le 16 mars 2012) financé par la Fondation Nuffield, le Bureau Permanent est reconnaissant de l'opportunité qui lui a été donnée d'examiner les projets de rapports nationaux sur la maternité de substitution commandés par le projet (voir note 36, *infra*) et les données statistiques transmises. D'autres organisations ont fait référence au mandat en cours de la Conférence de La Haye dans ce domaine ; voir par ex. le Rapport du Secrétaire général de la CIEC daté du 20 septembre 2011, p. 10 (disponible à l'adresse < www.ciec1.org >).

¹⁶ Conclusions et Recommandations du Conseil de 2011 (*op. cit.* note 14), para. 20. Voir aussi « Programme de travail du Bureau Permanent pour le prochain Exercice financier (premier juillet 2012 – 30 juin 2013) », établi par le Bureau Permanent, Doc. prélim. No 2 de février 2012 à l'intention du Conseil d'avril 2012 sur les affaires générales et la politique de la Conférence (disponible sur le site Internet de la Conférence, à l'adresse < www.hcch.net >, sous les rubriques « Travaux en cours », puis « Affaires générales »), para. 11.

¹⁷ Par ex., Genèse (chapitre 30) : Rachel, qui est stérile, donne sa servante à Jacob comme concubine afin qu'elle engendre un enfant qui sera considéré socialement comme l'enfant de Rachel et de Jacob. Voir dans le **Glossaire** en annexe la définition du terme « convention de procréation pour autrui ».

¹⁸ Voir, par ex., les chiffres relatifs au segment procréatif du secteur du tourisme indien : Doc. prélim. No 11 de mars 2011 (*op. cit.* note 3), para. 11.

¹⁹ Le premier enfant conçu par FIV et implantation d'embryon est né le 25 juillet 1978 au Royaume-Uni. La première gestation pour autrui est intervenue en 1984 (*ibid.*, para. 8). Voir dans le **Glossaire** en annexe la définition du terme « convention de gestation pour autrui ».

²⁰ De ce fait, la maternité de substitution est une solution à la stérilité qui peut produire un enfant génétiquement apparenté aux *deux* parents d'intention. Il ressort des données empiriques que la majorité des conventions de maternité de substitution internationales font appel à la FIV et sont donc des « conventions de gestation pour autrui » ; cependant, la FIV peut aussi recourir à des donneurs de gamètes (et c'est souvent le cas).

²¹ Voir en anglais la définition de la stérilité (« *infertility* ») donnée par l'Organisation mondiale de la santé (OMS) : < <http://www.who.int/topics/infertility/en/> > (dernière consultation le 16 mars 2012). Il ne semble y avoir aucune statistique mondiale complète, mais voir par ex. < <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/rankorder/2127rank.html> > (dernière consultation le 16 mars 2012) qui indique que « les taux de fécondité dans le monde enregistrent un recul généralisé et cette tendance est plus marquée dans les pays industrialisés, en particulier en Europe occidentale [...] ». Dans certains de ces États, cela est dû au fait que des motifs d'ordre professionnel et la contraception incitent les femmes à reporter leur maternité. Cependant, comparer « Infecundity, infertility, and childlessness in developing countries. Demographic and Health Surveys (DHS). Comparative reports No 9 » de l'ORC Macro et de l'OMS (2004), qui se fondait sur les données de 47 enquêtes réalisées dans les pays en développement pour examiner l'incapacité des femmes à avoir des enfants et concluait que « la stérilité, qu'elle soit primaire ou secondaire, a reculé dans la plupart [de ces] pays » (disponible à l'adresse < http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/DHS_9/en/index.html >, dernière consultation le 16 mars 2012).

dans quelques États de la parentalité dans le cadre de formes familiales alternatives²² font que la « demande » de services de maternité de substitution est forte²³.

5. S'agissant du « phénomène » *transfrontière*, la conjugaison d'une approche juridique prohibitive ou restrictive de la maternité de substitution (en particulier de la maternité de substitution *commerciale*²⁴) adoptée par de nombreux États et de l'approche libérale d'une minorité d'États implique que les futurs parents d'intention recourent fréquemment à des services de maternité de substitution à l'étranger parce que ceux-ci sont frappés d'interdiction ou de restrictions chez eux²⁵. Les autres facteurs incitatifs peuvent être les coûts plus faibles ou l'idée que les risques sont moindres à l'étranger²⁶. Il est indéniable qu'Internet, les autres moyens de communication modernes et la facilité des déplacements internationaux ont favorisé l'essor de ces conventions *transfrontières*. La question est néanmoins plus complexe en ce que le développement de la maternité de substitution internationale dans certains États résulte également de « la facilité à recruter des mères porteuses pauvres²⁷ ». Le malaise exprimé face au recrutement de mères porteuses dans des États dont l'économie est émergente pour porter les enfants de parents d'intention plus riches originaires d'autres États revêt des dimensions comparables à celles qui ont été examinées dans les rapports préparatoires sur l'adoption internationale²⁸.

²² Les célibataires et les couples homosexuels (généralement masculins) par exemple recourent eux aussi aux conventions de maternité de substitution.

²³ Un autre facteur contribuant à l'augmentation de la demande pour des services de maternité de substitution pourrait être lié aux changements intervenus dans le domaine de l'adoption internationale. Par ex., certains États d'origine ont mis en place des systèmes de protection de l'enfance désormais bien établis et les adoptions nationales ont augmenté. Ceci a affecté le profil des enfants adoptables dans ces États, la tendance étant maintenant que de plus en plus d'enfants qui ont besoin d'une adoption internationale présentent des besoins spéciaux. L'adoption internationale peut également s'avérer un processus long et compliqué et la maternité de substitution internationale peut dès lors apparaître comme une alternative plus simple et plus rapide (avec l'avantage supplémentaire que l'enfant né peut être génétiquement lié à un ou aux deux parents d'intention). Voir également le Guide de bonnes pratiques No 2 en vertu de la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale : « L'agrément et les organismes agréés en matière d'adoption : principes généraux et guide de bonnes pratiques », publié par le Bureau Permanent (printemps 2012), disponible sur le site Internet de la Conférence, à l'adresse <www.hcch.net>, sous les rubriques « Espace Adoption internationale » puis « Guides de bonnes pratiques », para. 57 et 117.

²⁴ Des recherches indiquent une corrélation entre les voyages internationaux pour la maternité de substitution et les paiements « commerciaux » : voir J. Millbank, « The New Surrogacy Parentage Laws in Australia : Cautious regulation or '25 brick walls' », (2010) M.U.L.R. p. 28, qui rend compte de l'étude conduite par le groupe de soutien parental *Australian Families Through Gestational Surrogacy* (< www.surrogacyaustralia.org >) sur les cliniques de FIV à l'étranger proposant des services de maternité de substitution à des parents d'intention australiens et constate que sur 35 conventions internationales, 32 prévoyaient des paiements à la mère porteuse.

²⁵ Voir section III(a) *infra*. Cela ne concerne pas seulement les conventions de maternité de substitution : les déplacements internationaux en vue de soins génésiques en général se développent : voir, par ex., L. Culley *et al.*, « *Transnational Reproduction : An exploratory study of UK residents who travel abroad for fertility treatment* », juin 2011 (disponible à l'adresse < http://www.esrc.ac.uk/my-esrc/grants/RES-000-22-3390/read >, dernière consultation le 16 mars 2012).

²⁶ Ainsi, bien que certains États des États-Unis autorisent les conventions de maternité de substitution, des résidents américains se rendent en Inde pour conclure des conventions de ce type car les coûts y sont nettement plus bas. Peut-être les parents estiment-ils aussi qu'il y a moins de risque que la mère porteuse dénonce la convention. Voir Doc. pré. No 11 de mars 2011 (*op. cit.* note 3), para. 12.

²⁷ « *Ready availability of poor surrogates* », selon les termes de la High Court indienne dans l'affaire *Baby Manji Yamada v. Union of Inde & Anr.* (2008) INSC 1656 (29 septembre 2008). Certains ont comparé les déplacements dans des pays dont l'économie est moins développée en vue de recruter des mères porteuses à une forme d'« externalisation » de la grossesse, voir par ex. France Winddance Twine, *Outsourcing the Womb : Race, Class and Gestational Surrogacy in a Global Market* (Routledge, 2011).

²⁸ Voir « International Co-operation and Protection of Children with regard to Intercountry Adoption », de J.H.A. van Loon, *Recueil des cours*, volume 244 (1993-VII), para. 31 (qui se basait sur le « Rapport sur l'adoption d'enfants originaires de l'étranger », établi par J.H.A. van Loon, Doc. pré. No 1 d'avril 1990, *Actes et documents de la Dix-septième session (1993)*, tome II, *Adoption – coopération*, p. 12 à 120), qui déclarait : « quand, avec le recul de la fertilité, la régulation des naissances et les attitudes nouvelles, le désir et les raisons d'adopter des enfants à l'étranger ont revêtu un caractère structurel dans les pays industrialisés [...] une « offre » structurelle d'enfants « disponibles » aux fins d'adoption à l'étranger dans les pays en voie de développement a rencontré une « demande » structurelle d'enfants dans les pays économiquement avancés. Le vocabulaire économique a acquis droit de cité et l'adoption transnationale est devenue un phénomène social beaucoup plus complexe et une source de controverses. ». Bien qu'il n'y ait pas d'« offre » d'enfants dans le cas de la maternité de substitution internationale, il existe une « offre » de mères porteuses prêtes à porter des enfants à la demande de parents d'intention souvent originaires de pays économiquement plus avancés.

(b) Ampleur géographique et fréquence du phénomène

6. La maternité de substitution internationale est un phénomène véritablement mondial. Des données récentes montrent que les parents d'intention qui concluent des conventions internationales sont originaires de *toutes* les régions du monde²⁹. Les États dans lesquels ils se rendent sont eux aussi géographiquement diversifiés et comprennent principalement l'Europe de l'Est, l'Asie et l'Amérique du Nord. Le caractère mondial de ce phénomène tient aussi au fait qu'une convention peut souvent impliquer plus de deux États³⁰.

Il est impossible de déterminer le nombre de conventions de maternité de substitution internationales conclues dans le monde. Il ressort toutefois des données de cinq agences spécialisées dans la maternité de substitution internationale que le « marché » enregistre une formidable croissance : entre 2006 et 2010, les chiffres révèlent une augmentation en pourcentage proche de **1 000 %** dans toutes les agences³¹. En outre, le rayonnement international des agences s'est étendu au cours des cinq dernières années, avec une augmentation des parents d'intention internationaux et du nombre d'États dont ils sont originaires. Ce résultat concorde avec ce qu'une grande agence déclarait à la presse en 2008 : « près de quarante pour cent des nouveaux clients de l'agence sont originaires d'un autre [pays] ... contre moins d'un cinquième les années précédentes³² ». De plus, « [e]n 12 ans, nous avons enregistré une croissance de 6 000 pour cent sans emprunter la moindre somme et en dégagant un bénéfice tous les mois [...] Nous pensons multiplier notre taille par deux dans les deux ans et demi qui viennent³³. »

7. Il est de même impossible de chiffrer l'augmentation du nombre de cliniques ou d'agences offrant des services liés à la maternité de substitution. On observe cependant une augmentation récente du nombre de pays proposant des techniques de procréation assistée (« TPA ») en général, car le nombre de pays soumettant des données concernant les TPA aux fins de l'enquête IFFS Surveillance est passé de 59 en 2007 à 105 en 2010³⁴. Cette enquête faisait également état d'« une augmentation sensible du nombre de cliniques dans de nombreuses parties du monde », ce nombre excédant 400 dans certains pays³⁵.

²⁹ Par ex., bien qu'elles ne constituent qu'un aperçu, les informations obtenues par l'équipe du projet de recherche de l'Université d'Aberdeen (*supra* note 15) auprès de cinq « agences » spécialistes de la maternité de substitution internationale (basées aux États-Unis d'Amérique, en Inde et au Royaume-Uni) montrent que des conventions de maternité de substitution internationales ont été conclues par des parents d'intention résidant en Europe, en Australasie, en Amérique du Sud, en Asie et en Afrique.

³⁰ C'est vrai en particulier lorsqu'il est fait appel à des donneurs de gamètes : ainsi, des parents d'intention résidant dans un État peuvent recourir à une donneuse d'ovocytes dans un autre État et à une mère porteuse dans un troisième État (voir par ex. le documentaire « Google Baby », qui illustre cette situation : < <http://www.hbo.com/documentaries/google-baby/index.html#/documentaries/google-baby/synopsis.html> >, dernière consultation le 16 mars 2012). Plus de deux États peuvent être également concernés lorsqu'une femme est invitée à se déplacer d'un État à l'autre (ou y est obligée) pour être mère porteuse et que les parents d'intention résident dans un troisième État : voir *supra* note 12 concernant les risques de traite. Pour un autre exemple de cas impliquant trois États (qui met également en lumière la vulnérabilité des mères porteuses), voir : < <http://reformtalk.blogspot.com/2011/10/international-surrogacy-debacle.html> > (dernière consultation le 16 mars 2012).

³¹ Voir *supra* note 29.

³² Voir l'article en ligne daté du 23 avril 2008, disponible à l'adresse < <http://www.prnewswire.co.uk/cgi/news/release?id=225503> > (dernière consultation le 16 mars 2012).

³³ Voir l'article en ligne daté du 6 mai 2008, disponible à l'adresse < http://afp.google.com/article/ALeqM5jrd6qhHhLskehDUMRI_I-lhM4oJw > (dernière consultation le 16 mars 2012). Cette agence de maternité de substitution déclare également sur sa page d'accueil qu'elle travaille avec « des parents d'intention internationaux sur 6 continents et dans plus de 50 pays ». Ces informations concordent avec les données obtenues par *Australian Families through Gestational Surrogacy* (*supra* note 24) qui montraient que le nombre d'enfants de parents d'intention australiens nés dans des cliniques de FIV à l'étranger avait été multiplié par trois entre 2008 et 2011.

³⁴ *International Federation of Fertility Societies*, « IFFS Surveillance 2010 » (disponible à l'adresse < http://www.iffs-reproduction.org/documents/IFFS_Surveillance_2010.pdf >, dernière consultation le 16 mars 2012). Cette enquête concluait que « les TPA se sont répandues dans des régions lointaines » (p. 1) et notait que « [s]ur les 103 nations disposant d'informations fiables sur ce point, [les TPA] étaient pratiquées avec une supervision législative dans 42 États, avec des principes directeurs d'application facultative dans 26 États et sans l'un ni l'autre dans 35 États » (p. 10).

³⁵ *Ibid.* p. 6. Le nombre de centres qui proposeraient des services de TPA était de l'ordre de 500 en Inde ; il se situait entre 450 et 480 aux États-Unis d'Amérique et était supérieur à 600 au Japon (p. 7 à 9).

III. NATURE ET TENDANCES DES APPROCHES POLITIQUES, LÉGISLATIVES ET JUDICIAIRES DE LA MATERNITÉ DE SUBSTITUTION³⁶

8. Les approches juridique et politique nationales de la maternité de substitution diffèrent aujourd'hui d'un État à l'autre mais elles sont en pleine évolution : plusieurs États ont récemment légiféré et d'autres ont des projets de loi en cours d'examen³⁷. Malgré cette diversité, il est possible de cerner des approches politiques distinctes parmi les États et de nombreux traits communs au plan de la législation (ou de l'absence de législation) et de l'évolution de la jurisprudence. La section III(a) présente brièvement certaines de ces approches et pointe celles qui sont favorables à l'expansion de la maternité de substitution dans des États clés, en particulier pour les parents d'intention internationaux. Enfin, elle s'interroge sur l'existence d'une « tendance » dans les récents développements législatifs.

9. La section III(b) est consacrée aux approches adoptées dans les « États d'accueil »³⁸ face aux difficultés posées par les conventions de maternité de substitution *internationales* et recense les différentes réponses apportées à la question de la reconnaissance ou de l'établissement de la filiation juridique de l'enfant et de sa nationalité. Il s'agit en particulier de déterminer si le fait que les États sont placés devant un fait accompli et doivent donner la priorité à l'intérêt de l'enfant qui, à ce stade, est déjà né est à l'origine d'une convergence des traitements nationaux de ces questions³⁹.

(a) Approches juridique et politique nationales de la maternité de substitution

(i) États prohibant les conventions de maternité de substitution⁴⁰

10. La loi de certains États interdit expressément les conventions de maternité de substitution⁴¹. En général, cette interdiction se fonde sur le principe que ces conventions « violent la dignité humaine de l'enfant et de la mère porteuse⁴² » et les réduisent, dit-on, à de simples objets contractuels⁴³. Dans nombre de ces États, la conclusion d'une convention de maternité de substitution expose les parties concernées ou, plus fréquemment, tout intermédiaire ou établissement médical facilitant la convention à des sanctions pénales⁴⁴.

11. La conséquence évidente de cette approche est que les conventions de maternité de substitution conclues en contravention de la loi sont nulles et sans effet. Dès lors, ce sont les règles générales de la filiation légale qui s'appliquent à tout enfant issu d'une convention de ce type. La mère gestatrice est généralement la mère légale et

³⁶ Les références dans cette section présentées sous la forme : « Nom de l'auteur 'National Report on Surrogacy » renvoient aux rapports commandés par le projet de recherche de l'Université d'Aberdeen (voir *supra* note 15). Ces rapports seront publiés dans Trimmings & Beaumont (dir. pub.), « International Surrogacy Arrangements : Legal Regulation at the International Level », Hart Publishing 2012 (à paraître).

³⁷ Voir *infra* note 61 et para. 29.

³⁸ Voir dans le **Glossaire** en annexe la définition du terme « État d'accueil » tel qu'employé dans ce Rapport préliminaire.

³⁹ Par ex., conformément à l'art. 3 de la CNUDE.

⁴⁰ A priori, les États de cette catégorie sont les suivants : Allemagne, Chine (continentale), États-Unis d'Amérique (par ex. Arizona, District de Columbia), France, Italie, Mexique (Querétaro), Suède, Suisse.

⁴¹ C.-à-d. les conventions de maternité de substitution altruistes et commerciales et aussi bien les conventions de gestation pour autrui que les conventions de procréation pour autrui (voir **Glossaire**). (Dans certains États comme l'Australie et la Norvège, le don d'ovocytes est interdit, ce qui revient en fait à une prohibition de la *gestation pour autrui*, qui implique toujours un don d'ovocytes, soit par la mère d'intention, soit par une tierce personne.)

⁴² Voir S. Gössl, « National Report on Surrogacy : Germany ». Par ex., Allemagne et Suisse.

⁴³ Les autres préoccupations d'ordre politique concernent (a) le préjudice psychologique qui peut s'ensuivre lorsque l'enfant doit grandir avec une « maternité divisée », c'est-à-dire une mère qui lui a donné naissance et une autre mère « génétique » (Allemagne, Autriche et Italie par ex. ; voir *S.H. et autres c. Autriche* (Cour européenne des droits de l'Homme, Requête No 57813/00, 3 novembre 2011)) ; (b) la volonté d'éviter que l'état des personnes fasse l'objet de conventions privées (France par ex.) et (c) la crainte du chaos juridique, social et éthique que pourrait entraîner l'autorisation de la maternité de substitution (par ex., Chine : information provenant de Z. Huo, « National Report on Surrogacy : China »).

⁴⁴ Par ex., Allemagne, Chine (continentale), France, Italie et Suisse.

fréquemment, aucune contestation n'est possible⁴⁵. Si la mère d'intention peut recourir à l'adoption pour établir le lien de filiation maternelle dans certains États⁴⁶, cette voie est loin d'être simple car des règles peuvent interdire de prononcer une adoption lorsque les candidats à l'adoption se sont « procuré » l'enfant par un moyen illicite ou contraire à l'ordre public⁴⁷. Le père légal présumé est habituellement le mari de la mère porteuse si elle est mariée. Toutefois, dans certains États, il peut être possible de contester cette présomption et pour un père putatif de reconnaître sa paternité ou d'entamer une action en justice pour établir sa paternité juridique⁴⁸.

12. On pourrait penser que l'interdiction qui frappe la maternité de substitution a éliminé cette pratique dans ces États⁴⁹. Si cela est sans doute vrai pour la majorité d'entre eux, il semble que dans un État, la maternité de substitution clandestine soit en plein essor. En outre, les parents d'intention qui résident habituellement dans ces États se rendent dans des États plus permissifs pour y conclure des conventions de maternité de substitution⁵⁰.

(ii) États dans lesquels la maternité de substitution est essentiellement non réglementée⁵¹

13. Un deuxième groupe d'États partagent les caractéristiques suivantes : (1) la loi n'interdit pas expressément les conventions de maternité de substitution en général ; (2) cependant, ces conventions sont soit expressément, soit en vertu de principes généraux du droit, nulles et sans effet du point de vue de leur clause essentielle (l'obligation pour la mère porteuse de remettre le ou les enfants aux parents d'intention après la naissance) ; (3) dans certains de ces États, la maternité de substitution *commerciale est interdite* soit par des dispositions expresses du droit pénal, soit parce qu'une telle convention contreviendrait à d'autres dispositions du droit pénal général relatives par

⁴⁵ Par ex., Allemagne, Suisse. Cette impossibilité vient du droit romain (le principe de *mater semper certa est*). Voir aussi, art. 2 de la *Convention européenne sur le statut juridique des enfants nés hors mariage* (Strasbourg, 15 octobre 1975). Néanmoins, comparer les art. 7(3) et 8(2) du plus récent « *Projet de recommandation sur les droits et le statut juridique des enfants et les responsabilités parentales* » du Conseil de l'Europe, qui prévoit que les États peuvent déroger à cette règle dans la législation concernant la maternité de substitution (actuellement devant le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe en vue de son adoption – voir < http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/CDCJ%20_2011_%2015%20E%20%20meeting%20-report%2019%2010%20_final_.pdf >, dernière consultation le 16 mars 2012).

⁴⁶ Par ex., Allemagne, Suisse.

⁴⁷ En Allemagne par ex. (mais l'adoption peut être consentie au motif qu'elle est nécessaire au bien-être de l'enfant, S. Gössl, *op. cit.* note 42).

⁴⁸ En Allemagne par ex. (lorsque la présomption de paternité découle du mariage, une contestation de paternité est toujours nécessaire, même si le père légal n'est manifestement pas le père génétique).

⁴⁹ Mais on notera que s'il est possible de faire respecter l'interdiction des conventions de *gestation pour autrui* en contrôlant les intermédiaires médicaux, il est plus difficile de faire respecter une interdiction concernant les conventions de *procréation pour autrui* car ces conventions peuvent impliquer une conception naturelle ou une insémination artificielle « faite maison ».

⁵⁰ Voir section III(b) *infra*.

⁵¹ Cette approche est observée, par exemple, dans des systèmes juridiques aussi géographiquement diversifiés que : l'Argentine (mais les conventions commerciales n'y sont pas *expressément* interdites et de nouvelles recherches sont nécessaires pour déterminer si elles contreviendraient à d'autres lois internes) ; l'Australie (le Territoire du Nord, qui n'a aucun texte concernant la maternité de substitution mais où il existe des restrictions effectives contre la maternité de substitution commerciale faisant appel à des cliniques) ; la Belgique (mais il ne semble pas y avoir d'interdiction expresse des conventions commerciales) ; le Brésil (bien qu'il n'y ait pas de législation encadrant la maternité de substitution, une résolution du Conseil médical fédéral (1957/2010) édicte des règles pour les cliniques offrant des TPA, y compris la maternité de substitution, et indique que les conventions commerciales ne sont pas autorisées. À ce jour, la question de l'exécution forcée d'une convention *altruiste* ne s'est pas posée au Brésil : N. de Araujo, D. Vargas, L. Martel, « National Reports on Surrogacy : Brazil ») ; le Canada (la Loi sur la procréation assistée, une loi fédérale de 2004, interdit les conventions de maternité de substitution à caractère commercial. La filiation est du ressort des provinces et leurs positions sont très différentes sur ce point ; néanmoins, la majorité d'entre elles n'ont pas de réglementation *expresse* de la filiation juridique des enfants nés suite à une convention de maternité de substitution ; voir les exceptions à la note 65 *infra*) ; les États-Unis d'Amérique (par ex. Michigan, New York), l'Irlande, le Japon (la Société japonaise d'obstétrique et de gynécologie a adopté des principes directeurs en 2003 aux termes desquels les médecins ne doivent pas intervenir dans des conventions de maternité de substitution ; bien qu'il n'y ait pas de prohibition législative, la maternité de substitution est donc fortement découragée), le Mexique (Mexico), les Pays-Bas, la République tchèque et le Venezuela.

exemple à la traite d'enfants⁵² ; (4) cependant, dans nombre de ces États (mais pas dans tous) des établissements médicaux implantés sur leur territoire facilitent les conventions de maternité de substitution *altruistes* mais il est laissé généralement aux établissements eux-mêmes le soin d'apprécier les conditions précises du traitement⁵³.

14. Dans ces États, tout comme dans les États où les conventions de maternité de substitution sont interdites, le statut juridique de l'enfant issu d'une telle convention sera déterminé par les lois générales régissant la filiation. Ces règles sont souvent similaires à celles qui ont été décrites dans le premier groupe, avec les mêmes difficultés intrinsèques pour les parents d'intention⁵⁴. On peut néanmoins se risquer à pointer les prémices d'une « tendance » de la part des juges de certains de ces États à essayer de faciliter l'établissement de la filiation avec une mère d'intention génétiquement apparentée⁵⁵. Cependant, l'absence de force obligatoire du contrat signifie aussi que le ou les parents d'intention doivent souvent s'en remettre au maintien du consentement de la mère légale de substitution pour obtenir leurs droits parentaux. Dans certains de ces États, une législation concernant la maternité de substitution est actuellement à l'étude⁵⁶.

15. Au plan de la fréquence des conventions de maternité de substitution altruistes dans certains de ces États, les chiffres communiqués par les établissements médicaux qui les facilitent sont modestes⁵⁷. Cependant, ces établissements appliquent généralement de stricts critères d'accès. Le fait que ces États ne relèvent pas de cas de parents d'intention habituellement résidents d'autres États qui se rendent sur leur territoire pour recruter des mères porteuses tient sans doute à ces critères rigoureux et à l'impossibilité de conclure des conventions de maternité de substitution *commerciales*. En revanche, des cas sont signalés de parents d'intention de nombre de ces États qui se rendent dans des États plus permissifs pour conclure des conventions de maternité de substitution, généralement à caractère commercial⁵⁸.

⁵² Par ex., Canada (Loi de 2004 sur la reproduction assistée) ; Irlande (pas de disposition expresse mais violation possible des lois sur la traite ou sur l'adoption : M. Harding, « National Report on Surrogacy : Ireland ») ; Pays-Bas (le Code pénal néerlandais contient des dispositions expresses relatives à la maternité de substitution à caractère commercial mais il ne vise que les intermédiaires, pas les parties elles-mêmes : I. Curry-Sumner, M. Vonk, « National Report on Surrogacy : the Netherlands ») ; République tchèque (une mère porteuse qui se fait rémunérer pour une maternité de substitution peut être poursuivie pour traite d'enfants, art. 168 du Code pénal : M. Pauknerová, « National Report on Surrogacy : Czech Republic »). Il ne semble pas que ce soit le cas en Argentine et en Belgique.

⁵³ Par ex., Irlande, Japon (un seul médecin propose ouvertement des services de maternité de substitution), Pays-Bas. Dans certains États cependant, certains critères doivent être respectés lorsque des établissements médicaux facilitent ces conventions (par ex. au Brésil (Résolution du Conseil médical fédéral sur les TPA, qui couvre la maternité de substitution), en République tchèque (législation concernant les TPA qui peut être appliquée par analogie à la maternité de substitution)).

⁵⁴ Comme précédemment, dans nombre de ces États, une mère d'intention, qu'elle soit ou non génétiquement apparentée à l'enfant, devra souvent adopter l'enfant et ce peut être une procédure longue impliquant les autorités publiques (par ex. Argentine, Japon, Mexique (Mexico), Pays-Bas, République tchèque, Venezuela).

⁵⁵ Par ex., Argentine (C. Apel. Civ., Com. Y Lab. Gualeguaychú, 14 avril 2010 : déclarant que si une mère putative est aussi une mère génétique, elle peut contester la maternité car le lien génétique doit l'emporter (la convention de maternité de substitution n'était pas mentionnée dans la décision) – E. Lamm, « National Report on Surrogacy : Argentina ») ; Brésil (certaines décisions de justice ont autorisé les parents d'intention à se déclarer parents juridiques d'un enfant issu d'une convention de maternité de substitution, par consentement avec la mère porteuse, par dérogation aux règles générales de la filiation. En outre, le 3 janvier 2011, un juge a rendu une « ordonnance anténatale », une première dans le système juridique : N. de Araujo, D. Vargas, L. Martel, *op. cit.* note 51) ; Canada (des précédents jurisprudentiels en Ontario et en Colombie-Britannique ont permis à des parents d'intention de se déclarer parents juridiques : *AA. v. BB* 2007 ONCA 2 ; *Rypkema v. British Columbia* [2004] B.C.J. No 2721 (S.C.)) ; Irlande (une affaire est actuellement pendante dans laquelle une mère porteuse et une mère d'intention génétique contestent l'impossibilité pour la mère d'intention d'être inscrite comme la mère juridique sur l'acte de naissance) ; États-Unis d'Amérique (New York : *T.V. et al. v. New York State Dept. of Health* (9 August 2011), confirmant qu'il n'était pas nécessaire pour une mère d'intention génétique d'engager une procédure d'adoption et que la maternité pouvait être déclarée par un juge).

⁵⁶ Voir note 107 *infra*.

⁵⁷ Par ex., Irlande, Japon, Pays-Bas, République tchèque.

⁵⁸ Voir section III(b) *infra*.

(iii) États autorisant expressément et encadrant la maternité de substitution⁵⁹

16. Un nombre croissant d'États légifèrent pour encadrer les conventions de maternité de substitution⁶⁰. En général, ces États autorisent expressément certaines formes de conventions de maternité de substitution pour certaines personnes définies et prévoient des dispositions particulières relatives à la filiation juridique d'un enfant issu d'une convention entrant dans le champ d'application de la législation⁶¹. Dans certains États, conclure une convention de maternité de substitution non conforme à la loi constitue un délit pénal⁶². Cette note n'examine que quelques aspects essentiels de cet encadrement législatif :

Type de régulation

17. On peut classer les pays en deux groupes en fonction du type d'encadrement prévu par la loi : (1) le premier groupe⁶³ applique un processus d'autorisation préalable par lequel les futurs parents d'intention et la mère porteuse doivent soumettre leur convention de maternité de substitution à un organe⁶⁴ afin qu'elle soit autorisée *avant* que la convention et tout traitement médical puissent avoir lieu. Ces organes doivent vérifier que les conditions légales sont remplies. (2) Dans le deuxième groupe⁶⁵, la régulation ne concerne que l'instauration d'une procédure définie pour que les parents d'intention acquièrent *ex post facto* la paternité et la maternité juridiques d'un enfant issu d'une convention de maternité de substitution. L'objectif est ici le transfert de la filiation juridique après la naissance et le processus comprend généralement un examen *retrospectif* de la convention pour déterminer si les conditions prévues par la loi ont été satisfaites afin qu'une « ordonnance parentale » (« *parental order* ») (qui transfère la filiation) puisse être rendue. L'accent de ces approches est donc différent⁶⁶.

⁵⁹ On considère que ce groupe comprend entre autres les pays suivants : Afrique du Sud, Australie (Australie-Méridionale, Australie-Occidentale, Nouvelle-Galles du Sud, Queensland, Territoire de la capitale australienne, Victoria), Canada (Alberta, Colombie-Britannique), Chine (RAS de Hong Kong), Grèce, Israël, Royaume-Uni et, dans une certaine mesure, Nouvelle-Zélande.

⁶⁰ « Croissant » parce que nombre de ces États ont promulgué ces lois dans les dix dernières années, par ex. : l'Afrique du Sud (la loi est entrée en vigueur en 2010), l'Australie (Australie-Occidentale (2008), Nouvelle-Galles du Sud (2010), Queensland (2010), Territoire de la capitale australienne (2004), Victoria (2008)), le Canada (Alberta (2010), Colombie-Britannique (2011, pas encore en vigueur)), la Chine (RAS de Hong Kong, l'Ordonnance est entrée en vigueur en 2007), la Grèce (2002 et 2005), la Russie (2011).

⁶¹ Quelques États (Mexique (Tabasco), Russie, Ukraine par ex.) ont quelques dispositions qui autorisent expressément la maternité de substitution ou régissent la filiation juridique d'un enfant issu d'une convention de maternité de substitution. Cependant, ces États ne sont pas traités dans cette section car ils n'ont pas de « réglementation » telle que décrite à l'alinéa (a) *infra*. Ils sont traités plus loin s'il y a lieu à la section consacrée aux États « permissifs ».

⁶² Dans certains États, conclure une convention *quelle qu'elle soit* non conforme à la législation est un délit pénal : c'est le cas par ex. en Grèce, en Israël. Dans d'autres États, les dispositions pénales sont limitées à la conclusion ou à l'arrangement en tant qu'intermédiaire d'une convention *commerciale* : par ex. en Australie (États indiqués à la note 59), Canada (du fait de la législation fédérale), en Chine (RAS de Hong Kong), en Nouvelle-Zélande, au Royaume-Uni.

⁶³ Par ex., Afrique du Sud, Australie (Australie-Occidentale, Victoria et, dans la pratique plutôt que par la législation, Territoire de la capitale australienne), Grèce, Israël. La Nouvelle-Zélande dispose d'une législation en matière de TPA qui régleme spécifiquement certains aspects des conventions de maternité de substitution et comprend une procédure d'autorisation éthique pour les conventions de maternité de substitution impliquant une FIV. Cependant, il n'y a pas de législation régissant la filiation juridique des enfants qui en sont issus.

⁶⁴ Un tribunal ou un comité établi à cette fin.

⁶⁵ Par ex., Australie (Australie-Méridionale, Nouvelle-Galles du Sud, Queensland), Canada (Alberta et Colombie-Britannique tous deux en vertu d'une nouvelle législation ; en Alberta, le *Family Law Statutes Amendment Act of Alberta 2010*, c.16 et en Colombie-Britannique, le *Family Law Act 2011*), Chine (RAS de Hong Kong), Royaume-Uni.

⁶⁶ Dans la première, l'objectif est d'encadrer l'ensemble de la procédure de maternité de substitution et d'empêcher la mise en œuvre des conventions non conformes aux critères législatifs ; dans la seconde, l'objectif est habituellement plus limité ; il s'agit de régler le statut de l'enfant après coup. Ces États peuvent aussi prévoir des critères « limitatifs » concernant la convention et le processus lui-même ; les conventions commerciales et les activités intermédiaires y afférentes par ex. sont habituellement prohibées (voir note 62).

Quelles sont les conventions de maternité de substitution généralement autorisées par la loi ?

18. Dans leur écrasante majorité, les États qui encadrent la maternité de substitution n'autorisent que les conventions *altruistes*⁶⁷. Dans de nombreux États, le respect de cette obligation est assuré par des dispositions pénales réprimant la maternité de substitution commerciale⁶⁸. Cela étant, dans la plupart des États, le ou les parents d'intention sont autorisés à payer des « frais raisonnables » à la mère porteuse⁶⁹. Israël fait exception car sa législation permet au comité qui délivre l'autorisation préalable aux conventions d'autoriser des « paiements compensatoires » mensuels à la mère porteuse pour les « douleurs et les souffrances » et le remboursement de ses frais. La Loi n'impose pas cette compensation et n'indique aucun montant minimum ou maximum, celui-ci étant laissé à l'appréciation des parties et, en dernier ressort, du comité⁷⁰.

19. On constate en outre une tendance forte, parmi ces États, à n'autoriser que les conventions de maternité de substitution dans lesquelles au moins un des parents d'intention a un lien de parenté génétique avec l'enfant⁷¹. D'autre part, dans certains États, il est stipulé qu'il ne doit y avoir *aucun* lien génétique entre la mère porteuse et l'enfant⁷².

Critères d'accès appliqués aux parents d'intention et aux mères porteuses

20. La spécificité des critères d'accès applicables aux mères porteuses et aux parents d'intention dépend pour partie du type et du niveau de régulation prévu par l'État (voir le paragraphe (a) ci-dessus)⁷³. Cependant, dans les systèmes qui réglementent la convention elle-même, la mère porteuse doit remplir plusieurs critères. Selon ces critères, variables d'un État à l'autre, la mère porteuse doit : remplir une condition d'âge⁷⁴, passer des tests médicaux et psychologiques⁷⁵, avoir déjà eu une grossesse viable, un enfant vivant ou avoir eu tous les enfants qu'elle désirait avoir ou remplir ces

⁶⁷ Par ex., Afrique du Sud, Australie (c'est une caractéristique commune à tous les états qui réglementent la maternité de substitution ; voir note 59), Canada (du fait de la législation fédérale), Chine (RAS de Hong Kong), Grèce, Nouvelle-Zélande, Royaume-Uni.

⁶⁸ *Supra* note 62.

⁶⁹ En fonction de l'État, ces frais peuvent être indéfinis (par ex. au Royaume-Uni) ou comprendre expressément, par exemple, les frais médicaux, les frais de soutien psychologique ou les frais juridiques (par ex. Afrique du Sud, Australie (Australie-Méridionale, Australie-Occidentale, Nouvelle-Galles du Sud, Queensland, Victoria), Grèce, Nouvelle-Zélande) et, dans quelques États, la « perte de revenus » (par ex. : Grèce (et celle-ci peut être payée même lorsque la mère porteuse était précédemment sans emploi), Afrique du Sud (un tribunal d'Afrique du Sud (*North Gauteng High Court*) a exprimé des préoccupations quant aux risques d'abus de ces dispositions dus aux profondes disparités socioéconomiques dans le pays : *Ex parte matter between WH, UVS, LG and BJS* (affaire No 29936/11, octobre 2011, non encore publiée), para. 64 et M. Slabbert, « National Report on Surrogacy : South Africa »)).

⁷⁰ S. Shakargy, « National Report on Surrogacy : Israel ».

⁷¹ Par ex., Afrique du Sud (les gamètes des deux parents d'intention doivent être utilisés sauf si c'est impossible pour une raison médicale ou d'autres motifs valables, auquel cas au moins un des parents d'intention doit avoir un lien génétique avec l'enfant), Chine (RAS de Hong Kong) (seuls les gamètes d'un couple marié peuvent être utilisés, ce qui implique que les deux parents d'intention doivent avoir un lien génétique avec l'enfant), Israël (les gamètes du père d'intention doivent être utilisés, mais il est possible de recourir à un ovocyte provenant d'une donneuse), Royaume-Uni.

⁷² C.-à-d. que les conventions de procréation pour autrui ne sont pas autorisées par la législation : par ex. Australie (Territoire de la capitale australienne) et Israël. En Afrique du Sud, des règles différentes s'appliquent selon qu'il s'agit d'une convention de procréation pour autrui ou d'une convention de gestation pour autrui.

⁷³ Par ex., au Royaume-Uni puisque la « réglementation » prend la forme de critères auxquels les parents d'intention doivent satisfaire pour acquérir le statut de parents juridiques après la naissance de l'enfant, la seule « obligation » concernant la mère porteuse prévue dans la législation est qu'elle ait librement consenti (lorsque l'enfant atteint l'âge de six semaines) au transfert des droits parentaux en pleine connaissance de cause.

⁷⁴ Par ex., Afrique du Sud (la mère porteuse doit avoir entre 21 et 34 ans pour une convention de procréation pour autrui et ne pas avoir plus de 50 ans pour une convention de gestation pour autrui) ; Australie (Australie-Occidentale, Nouvelle-Galles du Sud, Queensland, Victoria : tous ont des exigences d'âge minimum) ; Israël (la mère porteuse doit avoir entre 22 et 38 ans).

⁷⁵ Par ex., Australie (Australie-Méridionale, Australie-Occidentale : la mère porteuse doit avoir passé des tests médicaux et psychologiques concluant qu'elle est apte) ; Grèce (sous réserve de tests médicaux et d'une évaluation psychologique) ; Israël (les résultats des évaluations médicale et psychologique de la mère porteuse sont soumis au comité).

trois critères simultanément⁷⁶, remplir une condition quant à son état civil⁷⁷ et avoir obtenu des conseils juridiques indépendants⁷⁸. S'agissant des parents d'intention, de nombreux États imposent une raison médicale pour que la mère d'intention n'entreprene pas elle-même la gestation⁷⁹. Certains États prévoient aussi des restrictions concernant l'état civil, l'orientation sexuelle⁸⁰ et l'âge des parents d'intention⁸¹.

Filiation juridique de l'enfant issu d'une convention de maternité de substitution

21. Dans les États qui encadrent l'ensemble du processus de maternité de substitution, l'autorisation donnée à une convention a souvent pour effet que les parents d'intention sont automatiquement considérés (et enregistrés) à toutes fins comme les parents légaux de l'enfant dès la naissance⁸². Israël fait néanmoins exception à ce principe car les parents d'intention doivent engager une procédure pour obtenir un jugement de filiation au plus tard sept jours après la naissance de l'enfant : le jugement est prononcé sauf si l'intérêt supérieur de l'enfant l'exige autrement⁸³.

22. Dans les États qui réglementent la filiation juridique *ex post facto*, le principe général est que le droit général de la filiation s'applique à la naissance de l'enfant⁸⁴. Les parents d'intention peuvent demander un transfert de filiation dans un délai fixé par la loi (souvent six mois)⁸⁵. Tout en imposant des obligations légèrement différentes pour le transfert de la filiation, chaque État place l'intérêt supérieur de l'enfant au cœur du processus. Dans certains États, le transfert de filiation est présumé répondre à l'intérêt supérieur de l'enfant⁸⁶.

Régulation des intermédiaires

23. L'établissement et l'exploitation d'intermédiaires à but lucratif (« agences »), qui fournissent des services comprenant « l'appariement » des futurs parents d'intention avec les mères porteuses, sont impossibles dans un grand nombre des États examinés

⁷⁶ Par ex., Afrique du Sud (la mère porteuse a un enfant en vie) ; Australie (certains états exigent que la mère porteuse ait un enfant encore en vie) ; Israël (la mère porteuse doit avoir donné naissance au moins une fois mais pas plus de trois) ; Nouvelle-Zélande (la mère porteuse doit avoir eu tous les enfants qu'elle souhaitait avoir).

⁷⁷ Par ex., Israël (la mère porteuse ne doit pas être mariée ; le comité peut écarter cette obligation si aucune autre solution n'est trouvée).

⁷⁸ Par ex., Australie (Australie-Méridionale, Australie-Occidentale, Nouvelle-Galles du Sud, Queensland, Victoria).

⁷⁹ Par ex., Afrique du Sud, Australie (Australie-Méridionale, Australie-Occidentale, Nouvelle-Galles du Sud, Queensland, Victoria), Chine (RAS de Hong Kong), Grèce, Israël, Nouvelle-Zélande. Certains États disposent également que la maternité de substitution peut répondre à un besoin « social » : cela permet à des couples homosexuels ou à des hommes célibataires de recourir à des conventions de maternité de substitution.

⁸⁰ Par ex., Afrique du Sud (les parents d'intention peuvent être un couple hétérosexuel ou homosexuel, marié ou non ou une femme ou un homme célibataire) ; Australie (en Australie-Méridionale et en Australie-Occidentale, les parents d'intention de même sexe n'ont pas accès à la maternité de substitution, mais ils y ont accès dans le Territoire de la capitale australienne, en Nouvelle-Galles du Sud, dans le Queensland et dans l'état de Victoria. La maternité de substitution est ouverte aux hommes célibataires en Nouvelle-Galles du Sud, dans le Queensland et dans l'état de Victoria mais pas dans les autres états) ; Royaume-Uni (les parents d'intention doivent former un couple mais ils peuvent être hétérosexuels ou homosexuels, et mariés ou non) ; Chine (RAS de Hong Kong) (la maternité de substitution n'est ouverte qu'aux couples mariés) ; Grèce (les couples hétérosexuels mariés ou non et les femmes célibataires peuvent conclure une convention mais cette possibilité est refusée aux couples homosexuels et aux hommes célibataires. Toutefois, dans deux décisions récentes, des hommes célibataires ont été autorisés à conclure une convention de maternité de substitution : K. Rokas, « National Report on Surrogacy : Greece ») ; Israël (les parents d'intention doivent être un couple hétérosexuel, marié ou non).

⁸¹ Par ex., Israël (plus de 18 ans mais en général pas plus de 52 ans), Royaume-Uni (plus de 18 ans).

⁸² Par ex., Afrique du Sud, Grèce (si la mère d'intention n'est pas mariée, son partenaire doit avoir donné son consentement à la convention devant notaire pour devenir le père juridique).

⁸³ Un système analogue est appliqué en Australie (Australie-Occidentale, Victoria) où, bien que l'autorisation d'une autorité publique de régulation soit requise pour que la convention puisse être exécutée, les parents d'intention devront quand même obtenir un transfert de filiation après la naissance de l'enfant.

⁸⁴ C.-à-d. qu'habituellement, la mère porteuse est la mère légale et la filiation paternelle dépend de sa situation familiale.

⁸⁵ Par ex., Australie (Australie-Méridionale, Australie-Occidentale, Nouvelle-Galles du Sud, Queensland, Territoire de la capitale australienne, Victoria), Chine (RAS de Hong Kong), Royaume-Uni.

⁸⁶ Par ex., Australie (Australie-Occidentale).

dans cette section parce que la loi interdit expressément de faciliter des conventions dans un but lucratif⁸⁷. Dans de nombreux États, il est également illégal de faire de la publicité pour ou en tant que mère porteuse⁸⁸.

Peut-on obtenir l'exécution forcée d'une convention de maternité de substitution?

24. Dans nombre de ces États, il est impossible d'obtenir l'exécution forcée d'une convention de maternité de substitution⁸⁹. Toutefois, dans tous les États qui ont établi un système « d'autorisation préalable », il est en général impossible pour la mère porteuse de dénoncer la convention dès lors que l'autorisation est délivrée⁹⁰. Cette impossibilité ne découlerait pas des principes régissant les contrats, mais du fait que l'autorisation a été donnée et que par suite, l'affaire n'est plus entre les mains des parties, la question ayant été tranchée par l'État.

Fréquence des conventions de maternité de substitution internationales dans ces États

25. Il semble pour l'essentiel que les parents d'intention qui résident habituellement dans d'autres États ne se rendent pas dans les États qui autorisent expressément et encadrent la maternité de substitution afin de conclure des conventions de maternité de substitution. Cela parce que la législation de la plupart de ces États pose de strictes exigences concernant la résidence habituelle (ou le domicile) des parents d'intention ou de la mère porteuse, voire des deux, qui visent expressément à prévenir le « tourisme procréatif⁹¹ ». En revanche, on connaît de nombreux cas de parents d'intention résidents de ces États qui se sont rendus dans un État plus permissif pour conclure une convention de maternité de substitution⁹². Peut-être ces parents d'intention ne remplissent-ils pas les critères d'accès de leur État de résidence. Dans certains États, ce phénomène peut être également lié au fait que les conventions à caractère commercial ne sont pas autorisées et qu'il est difficile de trouver des mères porteuses qui porteront un enfant sans contrepartie⁹³.

⁸⁷ Voir *supra* note 62. Afrique du Sud (les services de mise en relation de parents d'intention avec une mère porteuse étaient visés dans une récente décision de justice dans laquelle le tribunal a déclaré que ces conventions devraient lui être soumises pour examen avant que l'autorisation de poursuivre soit délivrée : *supra* note 69).

⁸⁸ Par ex., Afrique du Sud (une femme peut annoncer sa disposition à être mère porteuse à des conditions altruistes) ; Australie (mais des commentateurs ont relevé que de la publicité est faite sur Internet et semble très difficile à contrôler) ; Chine (RAS de Hong Kong) ; Grèce ; Nouvelle-Zélande ; Royaume-Uni (des organismes sans but lucratif peuvent offrir des services liés à la maternité de substitution sur une base non commerciale).

En Israël toutefois, la publicité privée est autorisée et les agences ne sont pas encadrées par la législation. Le Comité qui approuve les conventions de maternité de substitution impose que les conventions conclues par les parents d'intention avec une agence et les montants payés lui soient communiqués. Cet organe exerce donc une certaine forme de surveillance sur les agences (S. Shakargy, *op. cit.* note 70).

⁸⁹ Par ex., Australie (courant dans tous les états qui réglementent la maternité de substitution, excepté en ce qui concerne le paiement des frais raisonnables qui, semble-t-il, peuvent être réclamés dans certains états s'ils ne sont pas payés), Chine (RAS de Hong Kong), Nouvelle-Zélande, Royaume-Uni. Tout litige dans ces États serait soumis aux tribunaux qui statueraient conformément à l'intérêt supérieur de l'enfant.

⁹⁰ Par ex., Afrique du Sud (des règles différentes s'appliquent pour une convention de procréation pour autrui et un délai de réflexion de 60 jours après la naissance est prévu pendant lequel la mère porteuse peut changer d'avis) ; Grèce ; Israël (si la mère porteuse souhaite garder l'enfant et si un changement important de situation est intervenu, le tribunal peut ordonner que la mère porteuse garde l'enfant) ;

⁹¹ Par ex., Afrique du Sud, Australie (Australie-Méridionale, Australie-Occidentale, Nouvelle-Galles du Sud, Queensland, Territoire de la capitale australienne, Victoria), Grèce (la mère d'intention et la mère porteuse doivent être toutes les deux « domiciliées » en Grèce. Cependant, il est possible que cette règle ne soit pas rigoureusement appliquée par les tribunaux : K. Rokas (*op. cit.* note 80)), Royaume-Uni (à la date de la demande de transfert de filiation, au moins un des parents d'intention doit être domicilié au Royaume-Uni : voir *Re G (Surrogacy : Foreign Domicile)* [2007] EWHC 2814).

⁹² Voir section III(b) *infra*.

⁹³ En Australie par ex., des avocats ont indiqué que l'absence de mères porteuses ou de donneurs de gamètes « chez eux » est une des raisons pour lesquelles leurs clients se tournent vers la maternité de substitution internationale (S. Page, « Bringing them home : the journey of children born through surrogacy back to Australia », article présenté à la conférence de la section Droit de la famille de l'ABA, octobre 2011). Une pénurie de gamètes de donneurs est également signalée au Royaume-Uni (voir L. Culley *et al.*, *op. cit.* note 25).

(iv) États ayant une approche permissive de la maternité de substitution, y compris à caractère commercial⁹⁴

26. Enfin, un dernier groupe d'États partagent les caractéristiques suivantes : (1) la maternité de substitution à caractère *commercial* est autorisée et pratiquée ; (2) après une convention de maternité de substitution, des procédures permettent généralement⁹⁵ de consentir à l'un des parents d'intention ou aux deux le statut de parents juridiques ; (3) aucun critère de domicile ou de résidence habituelle n'est imposé aux parents d'intention. Les points de vue politiques à l'origine de cette position ne sont pas les mêmes dans tous ces États. Dans certains d'entre eux, la politique économique d'encouragement au « tourisme médical » alliée à l'absence de réglementation de la maternité de substitution a joué un rôle⁹⁶. Dans d'autres, des protections constitutionnelles ou légales peuvent avoir influencé la culture juridique et la forme de la réglementation (ou son absence)⁹⁷. Les caractéristiques communes peuvent découler de la législation, de la pratique judiciaire, de l'absence de réglementation ou d'une combinaison de ces facteurs⁹⁸. Dans les États où une législation (limitée) encadre la maternité de substitution, les parents d'intention ou la mère porteuse doivent habituellement remplir certains critères pour pouvoir conclure légalement une convention

⁹⁴ Les États qui semblent entrer dans cette catégorie sont les suivants : États-Unis d'Amérique (une jurisprudence positive ou une législation autorise la maternité de substitution à caractère commercial dans 18 états : jurisprudence – Californie, Caroline du Sud, Maryland, Massachusetts, Ohio, Pennsylvanie ; législation – Alabama, Arkansas, Connecticut, Dakota du Nord, Illinois, Iowa, Nevada, Oregon, Tennessee, Texas, Utah, Virginie-Occidentale), Géorgie, Inde, Ouganda, Russie, Thaïlande et Ukraine. Des cas d'agences étrangères recourant à des mères porteuses en Amérique et en Moldavie ont également été rapportés (S. Shakargy, *op. cit.* note 70).

⁹⁵ Soit en vertu d'une législation spécifique, soit en vertu du droit général. Cependant, ce n'est pas le cas en Thaïlande : le Code civil et commercial thaï dispose qu'une mère porteuse non mariée est le seul parent légal d'un enfant auquel elle donne naissance et que lorsque la mère porteuse est mariée, elle et son mari seront les parents légaux. Le Code prévoit une possibilité limitée pour le père d'intention génétique d'acquérir la paternité juridique, mais il doit pour cela attendre jusqu'au septième anniversaire de l'enfant.

⁹⁶ Par ex., en Inde, en Thaïlande. « Les efforts de l'Inde pour promouvoir le tourisme médical ont décollé à la fin de 2002 lorsque la Confédération de l'industrie indienne a produit, en collaboration avec le cabinet international de conseil en management, McKinsey & Company, une étude du secteur indien du tourisme médical qui décrivait l'immense potentiel du secteur. L'année suivante, le Ministre des Finances appelait le pays à devenir une « destination mondiale de la santé » : voir < <http://www.who.int/bulletin/volumes/85/3/07-010307/en/> > (dernière consultation le 16 mars 2012). Le segment de la procréation du « marché » indien est estimé à 400 millions de dollars environ (Doc. pré-l. No 11 de mars 2011 (*op. cit.* note 3), para. 11).

⁹⁷ Par ex., aux États-Unis d'Amérique (l'existence d'un droit constitutionnel d'avoir des enfants en recourant aux TPA fait débat). Cependant, la Cour suprême américaine dans l'affaire *Carey v. Population Svcs. Int'l* (1977) 431 U.S. 678 a confirmé que « le droit au respect de la vie privée est un des aspects de la « liberté » protégée par la clause de garantie d'une procédure régulière du Quatorzième amendement ». Cela comprend le droit à l'indépendance des décisions relatives à la procréation. « La décision d'engendrer ou de porter un enfant est au cœur même de ces choix protégés par la Constitution. Cette décision tient une place particulièrement importante dans l'histoire du droit au respect de la vie privée. » ; Ukraine (l'art. 281 du Code civil dispose qu'« une femme ou un homme adulte a le droit d'être soigné au moyen de techniques de procréation assistée [...] ». Ce droit est reconnu à tous les individus indépendamment de leur nationalité : G. Druzenko, « National Report on Surrogacy : Ukraine »).

⁹⁸ En Ouganda par ex., il n'y a pas de réglementation spécifique de la maternité de substitution et les seules contraintes sont celles qui sont imposées par la loi générale (B. Isoto, « National Report on Surrogacy : Uganda »). En Thaïlande, il n'y a pas non plus de réglementation de la maternité de substitution (mais voir note 107 *infra* concernant le projet de loi à l'étude). En Inde, il existe des lignes directrices sans force obligatoire concernant les TPA qui mentionnent également certains aspects relatifs à la maternité de substitution (*National Guidelines for Accreditation Supervision and Regulation of ART Clinics*, promulguées en 2005 par le Ministère de la Santé et du Bien-être de la famille, le Gouvernement indien et le Conseil indien de la recherche médicale et l'Académie nationale des sciences médicales) ; il y a aussi quelques précédents jurisprudentiels sur la question (voir, par ex., *Baby Manji Yamada v. Union of India & Anr.* (2008) INSC 1656 (29 septembre 2008)). En Ukraine et en Russie, une législation prévoit : (1) certaines conditions concernant le recours aux TPA, y compris la maternité de substitution et (2) la procédure à suivre pour les parents d'intention pour acquérir la paternité et la maternité juridiques. Cependant, la législation est peu abondante, et silencieuse sur la question cruciale des paiements que peut recevoir la mère porteuse. Aux États-Unis d'Amérique, 12 des 18 états autorisant la maternité de substitution ont un encadrement législatif spécifique et six se réfèrent à la jurisprudence.

de maternité de substitution⁹⁹. Des exigences peuvent également porter sur le type de convention de maternité de substitution qui peut être conclu légalement – en général, un lien génétique doit unir l'enfant et l'un des parents d'intention et les conventions de procréation pour autrui sont prohibées dans certains États¹⁰⁰. Dans les États où il n'existe aucune réglementation, les seules contraintes légales en matière d'accès sont celles qu'impose la loi générale¹⁰¹. Bien entendu, il n'y a pas non plus d'exigence de lien génétique entre les parents d'intention et l'enfant et les conventions de procréation pour autrui sont autorisées¹⁰².

27. S'agissant de la filiation juridique, dans certains de ces États, les parents d'intention peuvent être immédiatement inscrits dans l'acte de naissance après la naissance si certaines conditions sont réunies, dont l'une est le consentement de la mère porteuse¹⁰³. Dans certains États en revanche, il est possible d'obtenir une ordonnance *anténatale* de sorte que le lien de filiation entre l'enfant et les parents d'intention sera automatiquement reconnu à la naissance¹⁰⁴. Les règles quant à la force obligatoire du contrat varient également et s'il est clair que dans certains États, la clause essentielle par laquelle la mère s'engage à remettre l'enfant aux parents d'intention et à abandonner ses droits ne pourrait faire l'objet d'une exécution forcée, il semble que ce soit possible dans d'autres États¹⁰⁵.

28. Ces États sont devenus des « plaques tournantes » des conventions de maternité de substitution internationales. Des parents d'intention du monde entier y recrutent des mères porteuses¹⁰⁶ pour qu'elles portent leur enfant, souvent sans comprendre que la maternité ou la paternité de l'enfant qui peut leur être reconnue dans ces États ne le sera pas partout.

⁹⁹ Par ex., en Ukraine (seuls les conjoints hétérosexuels peuvent conclure une convention de maternité de substitution, il doit exister un besoin médical de maternité de substitution et l'enfant doit être génétiquement apparenté avec un des conjoints. Il est néanmoins malaisé de déterminer dans quelle mesure ces critères sont appliqués en pratique : ainsi, une affaire de 2007 montrait qu'un couple avait pu conclure une convention de maternité de substitution en recourant à des ovocytes et des spermatozoïdes de donneurs (cas de Jeanette Runyon : les parents d'intention ont été poursuivis par la suite et l'enfant reste en Ukraine. Voir G. Druzenko, *op. cit.* note 97)) ; Russie (la Loi fédérale fondée sur la protection de la santé des citoyens, adoptée en novembre 2011, impose certaines obligations à la mère porteuse. Cependant, les conditions imposées aux parents d'intention sont incertaines : voir O. Khazova, « National Report on Surrogacy : Russia »).

¹⁰⁰ Par ex., en Ukraine (il doit y avoir un lien génétique, *ibid.*, mais aucun interdit ne semble posé à la procréation pour autrui) ; cf. Russie (où la Loi de 2011 interdit expressément les conventions de procréation pour autrui (art. 55(10)) et semble indiquer que la maternité de substitution impliquant des dons de gamètes n'est ouverte qu'aux femmes célibataires (c.-à-d. qu'un couple doit utiliser son propre matériel génétique)).

¹⁰¹ Ces questions sont donc laissées à l'appréciation des cliniques : en Ouganda par ex., il est illégal d'avoir des agissements homosexuels ; les couples homosexuels ne peuvent donc pas conclure de convention de maternité de substitution (B. Isoto, *op. cit.* note 98).

¹⁰² Par ex., Inde, Ouganda, Thaïlande. Cf. le projet de loi indienne *Assisted Reproductive Technologies (Regulation) Bill 2010* (ci-après « Projet de loi indien de 2010 »), actuellement examiné par le Parlement indien, dont la définition d'une convention de maternité de substitution exclut expressément les conventions de procréation pour autrui (clause 34(12)). Le texte n'exclut pas cependant les situations dans lesquelles un couple d'intention commande un enfant qui n'a aucun lien de parenté génétique avec l'un ou l'autre membre du couple.

¹⁰³ Par ex. en Russie, en Ukraine (c'est un acte administratif). En Ukraine, l'obligation de consentement de la mère porteuse a donné lieu à des affaires dans lesquelles le consentement aurait été extorqué (avec implication de gangs criminels) : < <http://surrogacy.ru/eng/news/news14.php> > (dernière consultation le 16 mars 2012).

¹⁰⁴ Par ex., aux États-Unis d'Amérique (Californie : suivant *Johnson v. Calvert*, 5 Cal.4th 84, 19 Cal.Rptr.2d 494, 851 P.2d 776 (cert. denied 510 U.S. 874, 114 S.Ct. 206, 126 L.Ed.2d 163) (Cal. 1993) et *Buzzanca v. Buzzanca*, 61 Cal.App.4th 1410, 72 Cal.Rptr.2d 280 (Cal. Ct. App. 1998), et Massachusetts, suivant *Culliton v. Beth Israël Deaconess Medical Center*, 435 Mass. 285 (2001), et *Hodas v. Morin*, 442 Mass. 544 (2004)) (source : S. Snyder, « National Report on Surrogacy : USA »).

¹⁰⁵ Par ex., en Russie, la clause principale ne peut faire l'objet d'une exécution forcée (O. Khazova, *op. cit.* note 99) ; comparer par ex. l'Ukraine (où il n'y a pas de jurisprudence sur la question mais les commentateurs ont déclaré que le tribunal serait bienveillant avec les parents d'intention : voir G. Druzenko, *op. cit.* note 97).

¹⁰⁶ Les mères porteuses ne sont pas toujours ressortissantes ou résidentes de ces États. En l'absence d'obligation concernant la nationalité ou la résidence de la mère porteuse, les femmes peuvent se rendre dans l'État pour devenir mères porteuses (de leur plein gré ou sous la contrainte).

(v) *Tendances des développements législatifs*

29. Comme il a été indiqué plus haut, certains États ont récemment légiféré afin de réguler la maternité pour autrui. En outre, plusieurs États qui pour l'essentiel n'encadrent pas la maternité de substitution (ou dans quelques cas, ceux qui ont une position prohibitive) envisagent une forme ou une autre de réglementation¹⁰⁷. Ces dispositions législatives, qu'elles soient promulguées ou encore à l'étude, édictent généralement des règles qui autorisent et encadrent certaines formes de conventions de maternité de substitution, le plus souvent les conventions *altruistes*¹⁰⁸. En même temps, elles interdisent les formes de conventions non conformes au « modèle » approuvé. Certains États suivent le « modèle » grec / israélien qui impose que le traitement médical soit préalablement autorisé par un organe compétent. À l'heure actuelle, aucun État ne légifère en vue d'interdire toutes les formes de conventions de maternité de substitution.

30. En outre, trois des États qui ont aujourd'hui une approche très permissive de la maternité pour autrui, y compris à caractère commercial, envisagent aussi des projets de loi¹⁰⁹ qui visent tous à (mieux) encadrer la maternité de substitution et à instaurer certaines conditions à son utilisation. Ces conditions diffèrent néanmoins d'un État à l'autre : par exemple, dans un État, la maternité de substitution à caractère commercial serait expressément autorisée par le projet de loi¹¹⁰, dans un autre, elle serait expressément prohibée et tout contrevenant s'exposerait à de graves sanctions¹¹¹. D'autre part, dans un État, le projet de loi à l'étude prévoit des dispositions concernant la maternité de substitution internationale qui visent à atténuer certaines difficultés rencontrées par les parents d'intention internationaux¹¹². Dans un autre État, un projet de loi réserve expressément le recours aux TPA (maternité de substitution comprise) à ses ressortissants et tente ainsi de freiner la pratique du « tourisme procréatif »¹¹³.

¹⁰⁷ Par ex., Argentine (quatre projets de loi sur la maternité de substitution sont à l'étude : les trois plus récents (2011) visent à réglementer la maternité de substitution. En outre, le projet d'actualisation du Code civil argentin engagé en février 2011 comprend une proposition sur la maternité de substitution inspirée de la loi grecque : voir E. Lamm, *op. cit.* note 55) ; Belgique (plusieurs projets de loi interdisant tous la maternité de substitution à caractère commercial sont devant le parlement) ; Bulgarie (le 26 octobre 2011, le parlement bulgare aurait adopté en première lecture un projet de loi modifiant et complétant le Code de la famille, qui légalise la maternité de substitution : voir < <http://claradoc.gpa.free.fr/doc/398.pdf> >, dernière consultation le 16 mars 2012) ; Finlande (le 23 septembre 2011, il a été rapporté qu'un rapport d'un conseil consultatif pourrait ouvrir la voie à la maternité de substitution dans des hypothèses très limitées : < <http://claradoc.gpa.free.fr/doc/393.pdf> >, dernière consultation le 16 mars 2012) ; Islande (le 18 janvier 2012, il a été annoncé que le parlement islandais avait voté pour engager la procédure législative afin d'autoriser certaines formes de conventions de maternité de substitution, mais pas la maternité de substitution commerciale : voir < <http://claradoc.gpa.free.fr/doc/407.pdf> >, dernière consultation le 16 mars 2012) ; Irlande (le Ministre de la Justice a récemment annoncé son intention de légiférer dans ce domaine) ; Mexique (Mexique) (une loi votée mais non encore entrée en vigueur réglemente expressément la maternité de substitution : E. Lamm, *ibid.*) ; les Pays-Bas (une proposition du gouvernement des Pays-Bas concernant la maternité de substitution internationale devait être examinée par le parlement début 2012, et il a été annoncé que les conditions pour les maternités de substitution nationales seraient réexaminées) ; Suède (une nouvelle étude doit être entreprise afin de réexaminer l'interdiction de la maternité de substitution : < <http://www.thelocal.se/39650/20120313/> >, dernière consultation le 16 mars 2012).

¹⁰⁸ Par ex., Belgique, Islande, Mexique (Mexique).

¹⁰⁹ Inde (Projet de loi indien de 2010 : devant le parlement), Thaïlande (projet de Loi sur la maternité de substitution : adopté par le Cabinet mais en cours d'examen par le parlement) et Ukraine (dans le cas de l'Ukraine, pour affiner la réglementation : trois projets de loi sont à l'étude, mais aucun n'a été introduit par le gouvernement).

¹¹⁰ Par ex., le Projet de loi indien de 2010 autorise expressément la rémunération de la mère porteuse au-delà des frais raisonnables (clause 34(3)).

¹¹¹ Par ex., Thaïlande : le projet de Loi sur la maternité de substitution interdirait la maternité de substitution commerciale (excepté pour les frais médicaux de la mère porteuse liés à la grossesse). Les conséquences d'une contravention à cette loi pourraient aller jusqu'à 10 ans d'emprisonnement ou une amende.

¹¹² Le Projet de loi indien de 2010 contient une clause visant expressément les parents d'intention « étrangers » (c.-à-d. non résidents). Cet aspect est analysé à la section IV *infra*.

¹¹³ Un projet de loi en cours en Ukraine vise à restreindre l'accès aux TPA aux ressortissants ukrainiens capables, âgés d'au moins 21 ans (Projet de loi No 8282). Cependant, ce projet n'a pas été proposé par le gouvernement et les commentateurs pensent qu'il a peu de chances d'être adopté (G. Druzenko, *op. cit.* note 97).

(b) Approche concernant les conventions de maternité de substitution internationales

31. Comme l'indiquait le Document préliminaire No 11 de mars 2011, les conventions de maternité de substitution internationales sont généralement portées à l'attention des autorités de l'État d'accueil de deux manières : (1) soit au siège des autorités consulaires à l'étranger auxquelles le ou les parents d'intention demandent un passeport ou un autre document de voyage pour l'enfant afin de rentrer « chez eux » (2) soit lorsque le ou les parents d'intention et l'enfant sont de retour dans l'État d'accueil¹¹⁴ et souhaitent y régulariser la situation juridique de l'enfant¹¹⁵. Deux questions (connexes) se posent habituellement pour les autorités de l'État d'accueil (dans un ordre ou dans l'autre en fonction des faits de l'espèce) : (a) l'identité des parents *légaux* de l'enfant conformément au droit de l'État d'accueil (y compris, dans certains cas aux règles de droit international privé) et (b) la possibilité qu'a l'enfant d'acquérir la nationalité de cet État. La première question peut être une question préalable à la seconde dans la plupart des États (mais pas dans tous)¹¹⁶. Un nombre croissant d'États d'accueil ont publié sur Internet de sérieux avertissements pour les futurs parents d'intention sur les dangers et les complications qui peuvent s'ensuivre si leurs ressortissants ou résidents concluent une convention de maternité de substitution internationale¹¹⁷.

32. Il faut d'abord noter ici que malgré quelques « solutions » partielles appliquées par certains États (décrites plus loin), la situation actuelle est fortement préjudiciable à toutes les parties concernées et surtout aux enfants. D'une part, ces « solutions » (même partielles) n'existent pas dans certains États¹¹⁸, d'autre part, même les États qui ont prévu des « solutions » partielles n'ont pas été en mesure de le faire pour tous les cas qui leur ont été soumis. Les faits peuvent être très différents et les « solutions » sont habituellement « ad hoc » et parfois expressément limitées à l'espèce considérée¹¹⁹.

¹¹⁴ Habituellement, l'enfant voyage avec le passeport de l'État de naissance. C'est possible s'il est né dans un État où l'acquisition de la nationalité peut être fondée sur le principe *ius soli* (par ex. les États-Unis d'Amérique).

¹¹⁵ Souvent en inscrivant l'enfant dans les registres de l'état civil de cet État ou en demandant pour l'enfant la nationalité de l'État à ce moment-là. Dans les affaires de maternité de substitution internationale, les parents d'intention peuvent présenter aux autorités plusieurs documents étrangers attestant la filiation juridique : par ex., un acte de naissance original ou modifié, une décision de justice, une décision administrative ou un jugement d'adoption.

¹¹⁶ Voir le groupe 2 ci-dessous : par ex., en Australie, aux États-Unis d'Amérique et en Israël, des lignes directrices indiquent que la nationalité peut être consentie à un enfant né dans le cadre d'une convention de maternité de substitution internationale si un lien *génétique* peut être établi entre l'enfant et l'un des parents d'intention. Cependant, cela n'établira pas la filiation juridique avec les parents d'intention.

¹¹⁷ Par ex., Australie, Canada, Irlande, Nouvelle-Zélande, Royaume-Uni, Suisse.

¹¹⁸ Par ex., en Australie, dans une série d'affaires récentes, alors que des ordonnances conférant l'autorité parentale (« *parental responsibility orders* ») aux parents d'intention avaient été prononcées afin de les autoriser à prendre les décisions courantes relatives à l'enfant, la filiation de l'enfant avec les parents d'intention n'a pas été reconnue ni établie en droit australien : voir *Dudley and Chedi* (2011) FamCA 502, *Hubert and Juntasa* (2011) FamCA 504, *Findlay and Punyawong* (2011) FamCA 503, *Johnson and Anor & CHompunut* (2011) FamCA 505.

¹¹⁹ Voir J. Verhellen, « Intercountry Surrogacy : a comment on recent Belgian cases », (2011) NIPR Afl. 4, 1.2, qui décrit le « [f]ait accompli amenant les autorités belges à appliquer une approche au cas par cas ». Concernant la diversité des faits soumis aux autorités publiques, voir : « Documenting US Citizenship and getting a US passport for Children born abroad to US citizen parents through ART » par L. Vogel, Département d'État américain, article présenté à la Conférence de la section Droit de la famille de l'ABA, octobre 2011, où il a été déclaré : « [L]e Département a vu des exemples de parents d'intention américains qui ont eu recours aux TPA pour concevoir des enfants utilisant presque toutes les combinaisons d'ovocytes et de spermatozoïdes américains ou d'ovocytes et de spermatozoïdes étrangers et de mères porteuses américaines ou étrangères. Les parents d'intention américains sont des hommes célibataires, des femmes célibataires, des couples hétérosexuels mariés et des couples homosexuels, mariés et non mariés ». Une hypothèse citée dans cet article qui peut poser des difficultés est celle d'un parent d'intention génétiquement apparenté à l'enfant qui *n'est pas* ressortissant de l'État où il réside et souhaite retourner avec l'enfant (c.-à-d. que le ressortissant est le parent d'intention qui n'est pas génétiquement apparenté à l'enfant) ; dans ce cas, il est peu probable que l'enfant puisse acquérir la nationalité de cet État « par filiation » et il peut donc y avoir des difficultés pour l'enfant à entrer sur le territoire (et à terme à acquérir la nationalité). Le même problème se pose dans d'autres États qui se fondent sur le lien génétique pour établir la nationalité « par filiation » (Israël par ex.).

33. Ensuite, la filiation juridique est pour les enfants le sésame dont découlent de nombreux droits et obligations¹²⁰. Une autre raison pour laquelle le *statu quo* n'est pas satisfaisant est, comme nous le verrons plus loin, que ces « solutions » partielles donnent souvent à l'enfant une filiation juridique « boiteuse ». En effet, si l'enfant peut être capable d'obtenir un passeport et d'entrer sur le territoire de l'État du fait de sa filiation avec un parent d'intention, le deuxième parent d'intention (souvent une mère) peut se trouver sans aucun statut légal au regard de l'enfant et dans certains États, sans possibilité d'en acquérir. Des informations récemment obtenues montrent par exemple que de nombreux enfants nés suite à des conventions de maternité de substitution internationales vivent dans un État avec au moins un individu (voire deux) que la loi de cet État ne reconnaît pas comme leurs parents¹²¹.

34. Enfin, lorsqu'elles existent, les procédures auxquelles recourent les parents d'intention pour établir la filiation juridique sont souvent lourdes et longues, notamment parce qu'elles sont employées à des fins pour lesquelles elles n'ont jamais été prévues¹²². Ces procédures peuvent aussi, bien entendu, impliquer des coûts (supplémentaires) considérables pour les parents d'intention.

(i) États appliquant une méthode de « conflit de lois » ou de « reconnaissance » à la question de la filiation légale établie dans l'État de naissance de l'enfant¹²³

(i) Filiation

35. Dans de nombreux États de tradition civiliste, la filiation juridique d'un enfant né dans un autre État est déterminée par l'application des règles internes de droit international privé applicables, le plus souvent celles qui concernent la « reconnaissance ». Dans certains États, différentes règles peuvent s'appliquer selon que les parents d'intention sollicitent la reconnaissance d'un acte de naissance (confirmation

¹²⁰ Doc. pré-l. No 11 de mars 2011 (*op. cit.* note 3), para. 4. On imagine aisément les difficultés qui peuvent se poser plus tard pour l'enfant dans cette situation, par ex. si les parents d'intention se séparent et sollicitent la garde de l'enfant, si le parent « juridique » reconnu décède ou même si un parent non reconnu décède, du point de vue de l'héritage, etc.

¹²¹ Cette information a été obtenue par le projet de recherche de l'Université d'Aberdeen avec l'assistance de CLARA, Comité de soutien pour la Légalisation de la Gestation Pour Autrui et l'Aide à la Reproduction Assistée, en réponse à un questionnaire auquel 12 couples d'intention français ont répondu. Dans tous les cas, les réponses ont indiqué qu'au moins un des parents d'intention voire les deux ne sont pas reconnus en France (ou en Belgique) comme les parents juridiques de l'enfant.

¹²² Par ex., la procédure pour établir la filiation juridique recommandée aux parents d'intention allemands qui ont conclu une convention de maternité de substitution internationale (« How to choose a surrogate for German Intended parents : an overview of legal issues when trying to legalise a child for intended parents from Germany in Germany » par M. Pecher (avocat), article présenté à la Conférence de la section Droit de la famille de l'ABA, octobre 2011). Puisque l'acte de naissance étranger ne peut être transcrit dans les registres de l'état civil allemand (note 123 *infra*) et que la reconnaissance d'un jugement étranger sera refusée pour des raisons d'ordre public, les parents d'intention sont informés qu'ils devront : (1) établir la filiation juridique avec le père d'intention en droit allemand (ce qui implique une procédure de reconnaissance de paternité qui exige le consentement de la mère porteuse ou si la mère porteuse est mariée, une audience au tribunal pour contester la paternité du mari de la mère porteuse, suivie de la procédure de reconnaissance) ; (2) ils devront ensuite engager une procédure pour attribuer la garde exclusive de l'enfant au père d'intention ; (3) enfin, quelque temps plus tard, la mère d'intention devra s'adresser au tribunal pour obtenir une adoption en tant que belle-mère (même si elle est la mère génétique de l'enfant).

¹²³ Par ex., Allemagne, Belgique, Espagne, France, Italie et Pays-Bas. Il faut noter qu'auparavant, dans nombre de ces États, en raison des problèmes qu'ils anticipaient s'ils divulguaient la convention de maternité de substitution aux autorités compétentes, les parents d'intention se contentaient, une fois l'enfant sur le territoire de leur État (après avoir habituellement voyagé avec le passeport de son État de naissance), de présenter l'acte de naissance au registre de l'état civil et de demander une « transcription » dans les registres sans faire état de la maternité de substitution. La naissance était donc déclarée comme une naissance « normale » à l'étranger et la filiation juridique de l'enfant avec les parents d'intention était reconnue dans leur État de résidence. En fait, cette procédure est constitutive d'un délit pénal dans la plupart de ces États. Cependant, du fait du nombre croissant de ces conventions, les bureaux de l'état civil sont maintenant informés de la possibilité qu'une convention de maternité de substitution ait été utilisée et de nouvelles procédures ont été instaurées pour tenter de freiner ces pratiques (par ex., en Allemagne : de nouvelles lignes directrices ont été publiées à l'intention des bureaux de l'état civil allemand (M. Pecher, *ibid.*) ; Italie : voir E. Menzione, « The Legal Situation in Italy : A general overview », article présenté à la Conférence de la section Droit de la famille de l'ABA, octobre 2011, où il était indiqué qu'il était possible de procéder ainsi jusqu'à l'an dernier mais que les autorités sont devenues plus strictes et engagent même des poursuites – voir note 152 *infra*.)

d'un « fait » juridique), de la paternité (« acte » juridique) ou d'un jugement¹²⁴. Toutefois, plusieurs cas montrent que quelle que soit la reconnaissance recherchée – acte juridique, fait juridique ou jugement –, l'application stricte de ces règles de droit international privé peut souvent aboutir, dans le contexte d'une maternité de substitution internationale, à la non-reconnaissance de la filiation avec le ou les parents d'intention (en particulier de la filiation maternelle) établie en droit étranger sur le fondement d'une exception d'ordre public de l'État. C'est ce qui ressort de plusieurs cas qui se sont présentés ces dernières années et qui ont posé de considérables difficultés aux parents d'intention et, en dernier ressort, à l'enfant¹²⁵.

36. Dans plusieurs États toutefois, les autorités judiciaires ou administratives ont tenté plus récemment de créer des « solutions » au moins partielles, notamment pour permettre à un enfant issu d'une convention de maternité de substitution internationale de rentrer « chez lui »¹²⁶. Ces solutions sont explicitement fondées sur la reconnaissance de la primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant. Dans un État par exemple, dans deux jugements récents concernant la reconnaissance d'actes de naissance étrangers, le tribunal a reconnu les actes de naissance étrangers comme des actes authentiques valables dans la mesure (et seulement dans la mesure) où ils établissaient la paternité du père d'intention¹²⁷. Le tribunal a jugé que le caractère illicite des conventions de maternité de substitution en droit interne ne pouvait se voir accorder plus de poids que l'intérêt supérieur de l'enfant¹²⁸. Un tribunal d'un autre État a récemment suivi une logique similaire, se référant à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme et à la vie familiale qui existait entre le père d'intention et l'enfant né en Inde¹²⁹. Ces décisions peuvent représenter les prémices d'une tendance de certains États à s'attacher au statut de l'enfant et à dissocier celui-ci du caractère illicite du contrat en

¹²⁴ C'est le cas par ex. en Belgique et aux Pays-Bas. Les affaires de maternité de substitution internationale peuvent impliquer un de ces documents (voir note 115, *supra*).

¹²⁵ Exemples : France : arrêts de la Première chambre civile de la Cour de cassation (arrêts No 369, 370, 371 du 6 avril 2011). La position de la Cour de cassation est contestée devant la Cour européenne des droits de l'Homme : voir Requête No 65941/11, *Labassée et autres c. France*, introduite le 6 octobre 2011. Belgique : dans deux affaires contestant le refus de délivrance de documents de voyage pour l'enfant par les autorités belges, les tribunaux ont refusé de casser la décision des autorités : Tribunal de première instance de Bruxelles, 4 février 2009, AR 09/1694/C et Tribunal de première instance de Bruxelles, 9 juillet 2010, AR 10/830/C (tous deux non publiés). De plus dans l'affaire des *jumeaux H&E* (Tribunal de première instance d'Anvers, 19 décembre 2008) et celle des *jumeaux M&M* (Cour d'appel de Liège, 6 septembre 2010), malgré la reconnaissance de la filiation juridique des enfants avec le père d'intention (voir *infra*), le deuxième parent d'intention (dans un cas une mère d'intention et dans l'autre un deuxième père d'intention) ont été apparemment laissés sans statut juridique vis-à-vis des enfants. Aux Pays-Bas, les tribunaux ont refusé de reconnaître la filiation établie par les actes de naissance étrangers lorsqu'ils ne mentionnent pas de mère (voir I. Curry-Sumner et M. Vonk, *op. cit.* note 52). Au Japon, les tribunaux ont systématiquement confirmé le refus du gouvernement de reconnaître la filiation avec les parents d'intention attestée par un acte de naissance étranger à la suite d'une convention de maternité de substitution internationale (affaire *Aki Mukai* (non publiée), affaire Yasunao et Yoko Kondo, Haute Cour d'Osaka, 20 mai 2005, 1919 Hanrei Jihō 107, confirmée par la Cour suprême (arrêt non publié) et affaire *Baby Manji* (*supra* note 27) : M. de Alcantara « National Report on Surrogacy : Japan »). En Espagne, voir la décision du Tribunal de première instance No 15 de Valence (15 septembre 2010, Loi 152885/2010) annulant l'inscription de deux pères d'intention reconnus comme les parents légaux dans un acte de naissance californien (qui a incité la Direction générale des registres et du notariat à agir : voir note 126 *infra*).

¹²⁶ En Espagne, des développements ont été engagés à l'initiative des autorités administratives et une « Directive » a été publiée par la Direction générale des registres et du notariat (5 octobre 2010). Si les autorités chargées du registre de l'état civil ne donnent habituellement effet à un jugement étranger que si la relation créée par le jugement est conforme à la loi applicable déterminée par les règles internes espagnoles de droit international privé (« reconnaissance conflictuelle »), la Directive ordonne aux registres de l'état civil de suivre les règles de « reconnaissance procédurale ». De ce fait, les conditions de reconnaissance sont nettement plus restreintes et la Directive ne fait aucune mention d'« ordre public ». Cependant, des commentateurs craignent que la Directive ne résiste pas à l'examen des tribunaux (voir P. Orejudo, « National Report on Surrogacy : Spain »).

¹²⁷ Belgique : affaire des *jumeaux H&E* (Tribunal de première instance d'Anvers, 19 décembre 2008) et affaire des *jumeaux M&M* (Cour d'appel de Liège, 6 septembre 2010) (note 125 *supra*). Ces décisions s'opposant au refus de principe des autorités administratives d'enregistrer les enfants, qui a été à l'origine de la soumission de ces affaires aux tribunaux. Un constat analogue, basé cette fois-ci sur l'art. 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme (CEDH) a été fait dans l'affaire de l'*enfant C* (Tribunal de première instance de Bruxelles, 6 avril 2010).

¹²⁸ *Ibid.*

¹²⁹ Pays-Bas : ordonnant aux autorités néerlandaises de délivrer un document d'urgence pour autoriser l'entrée de l'enfant sur le territoire néerlandais (juge d'une procédure interlocutoire devant le Tribunal de district d'Haarlem, 10 janvier 2011, LJV BPP0426, *NIPR* 211 185).

droit interne. Cependant, toutes ces décisions ont porté jusqu'ici sur la reconnaissance de la *paternité* juridique d'un père d'intention. Dans certains États, la mère d'intention peut régulariser son statut vis-à-vis de l'enfant en entamant une procédure d'adoption une fois que l'enfant est dans l'État d'accueil.

37. Suivant la tendance centrée sur la *paternité* juridique, une approche plus indulgente a été adoptée dans deux autres États à l'égard de la « reconnaissance de paternité » par le père d'intention¹³⁰. Dans le premier, dans une affaire au moins, le droit étranger a été appliqué pour déterminer si la reconnaissance qui avait été effectuée par un père d'intention était valable, le tribunal ayant conclu à sa validité¹³¹. Dans le second État, dans deux affaires où le consulat avait refusé de reconnaître l'acte de naissance étranger, les pères d'intention ont pu reconnaître l'enfant. Dans un cas, le père d'intention n'était pas le père génétique de l'enfant mais il a quand même été jugé que la reconnaissance établissait valablement la paternité¹³². Cela étant, il semble aussi que dans ces deux États, la situation de la mère d'intention demeure bien plus précaire¹³³.

(ii) Nationalité

38. Les États appliquent leur droit interne pour déterminer si l'enfant est un de leurs ressortissants. En général, le droit prévoit la nationalité « par filiation » lorsqu'un des parents *légaux* de l'enfant est ressortissant de l'État¹³⁴. Cela signifie que les autorités doivent statuer sur la filiation avant de déterminer s'il est possible de délivrer un passeport à l'enfant¹³⁵. À cette fin, les États de ce groupe appliquent généralement leurs règles de droit international privé (décrites plus haut)¹³⁶. Lorsque les autorités refusent de délivrer un passeport à l'enfant (par exemple du fait d'un refus de reconnaissance de l'acte de naissance étranger), il est permis dans certains États de contester cette décision au tribunal¹³⁷.

¹³⁰ Allemagne et Suisse.

¹³¹ AG Nürnberg 14 décembre 2009 – UR III 0264/09, UR III 264/09. S. Gössl (*op. cit.* note 42), où il est indiqué : « La reconnaissance de paternité étant plus libérale en droit allemand, l'exception d'ordre public semble gérée moins strictement que dans les questions de maternité [...] ».

¹³² Suisse (information des autorités publiques). Cela concorde également avec la démarche recommandée par un avocat allemand aux parents d'intention allemands (M. Pecher, *op. cit.* note 122). Il a été indiqué qu'en droit français, un père d'intention français pourrait reconnaître l'enfant afin d'établir sa paternité juridique et permettre ainsi à l'enfant d'acquérir la nationalité française (L. Perreau-Saussine, N. Sauvage, « National Report on Surrogacy : France »). C'est aussi conforme à l'approche suggérée par le Conseil d'État dans son rapport sur la révision de la Loi de bioéthique de 1994, où il concluait que l'interdiction de l'établissement de la filiation d'un enfant avec la mère d'intention doit être maintenue mais qu'une alternative juridique doit être trouvée, comme la reconnaissance de la paternité par un père d'intention génétiquement apparenté (« La révision des lois de bioéthique », étude du Conseil d'État).

¹³³ Par ex., en Suisse et en Allemagne, la possibilité d'adopter l'enfant est ouverte à la mère d'intention mais sous certaines conditions (*supra* notes 46 et 47).

¹³⁴ Par ex., Allemagne, Belgique.

¹³⁵ Ce pourrait être les autorités consulaires à l'étranger ou les autorités compétentes de l'État d'accueil si l'enfant est entré sur le territoire national avec un passeport étranger. Il est possible qu'un document de voyage initial (ou laissez-passer) soit accordé dans le premier cas.

¹³⁶ Toutefois, dans un arrêt récent, le Conseil d'État a adopté une approche de l'application des règles françaises de droit international privé que l'on pourrait qualifier de plus libérale afin de consentir à un père d'intention un laissez-passer pour permettre l'entrée de l'enfant sur le territoire. Dans son arrêt du 4 mai 2011 (Juge des référés, 348778), le Conseil d'État a jugé que si les tests d'ADN prouvent un lien biologique entre l'enfant et la personne désignée comme le père dans l'acte de naissance, il doit être donné effet à l'acte de naissance étranger (conformément à l'art. 47 du Code civil) et il sera présumé que le père d'intention est le père légal aux fins de la délivrance des documents de voyage. En outre, les circonstances dans lesquelles l'enfant est conçu sont sans effet sur l'obligation de l'administration de faire de l'intérêt supérieur de l'enfant une considération primordiale conformément à l'art. 3 de la CNUDE.

¹³⁷ Par ex., en Belgique (art. 23 du Code de droit international privé qui, dans certains cas a conduit à la reconnaissance de l'acte de naissance dans la mesure où il établit la paternité juridique (note 125 *supra*)) ; Italie (si l'Autorité d'enregistrement refuse l'inscription, une réclamation peut être adressée au tribunal civil local : au tribunal de Naples récemment (Première chambre civile, 1^{er} juillet 2011, décision non publiée), le juge a annulé le refus de l'officier d'état civil d'inscrire les jumeaux d'un père d'intention génétiquement apparenté nés suite à une convention de maternité de substitution internationale, déclarant que l'inscription n'était pas contraire à l'ordre public).

(ii) États appliquant la *lex fori* à la question de la filiation¹³⁸**(i) Filiation**

39. Dans de nombreux États de *common law*, la question de la filiation juridique d'un enfant né dans un autre État est abordée sous un angle foncièrement différent. Dans ces États, la filiation est une question de fait plus qu'une question de droit¹³⁹. Il est donc possible que l'acte de naissance étranger n'ait aucun poids si ce n'est qu'il apporte une preuve factuelle de la conclusion trouvée en droit étranger quant à la filiation juridique¹⁴⁰. De plus, dans certains États, la législation interne concernant la détermination de la filiation dispose expressément qu'elle s'applique quel que soit le lieu de naissance de l'enfant (c'est-à-dire que le principe expressément posé est celui de l'effet extraterritorial du droit interne)¹⁴¹, le corollaire étant que les autorités de l'État appliquent leur droit interne à la question de la filiation. Il peut en résulter une réponse qui (en tout ou partie) ne coïncide pas avec la filiation établie par le droit étranger¹⁴². Cependant, lorsque l'application de ce droit interne ne reconnaît pas à l'enfant un lien de filiation avec l'un des parents d'intention ou les deux, des moyens peuvent être ouverts aux parents d'intention pour établir ou acquérir la paternité ou la maternité juridique (souvent lorsqu'ils sont de retour dans l'État d'accueil avec l'enfant)¹⁴³. Ces moyens sont variables : par exemple, si l'État s'est doté d'une législation interne spécifique pour l'établissement de la filiation lorsqu'une convention de maternité de substitution a été conclue et si les critères prévus par la législation ont été satisfaits, il peut être possible

¹³⁸ Par ex., Australie, Irlande, Nouvelle-Zélande, Royaume-Uni. On peut considérer à ce jour qu'Israël entre dans ce groupe car aucun poids n'est accordé à l'acte de naissance étranger et un test d'ADN est effectué sur les parents d'intention (et ce n'est que si un lien génétique est établi avec l'un des parents d'intention que l'inscription à l'état civil et l'acquisition de la nationalité sont autorisées). Cependant, cette position est actuellement contestée devant la Haute Cour de justice (H.C.J 566/11 *D.M.-M. et al. v. The Ministry of the Interior*) au motif que la filiation juridique doit être fondée sur la reconnaissance de l'acte de naissance étranger.

¹³⁹ Par ex., cette approche peut être observée dans des affaires anglaises et irlandaises (aujourd'hui historiques) concernant la légitimité d'un enfant, dans lesquelles le *fait* de la filiation a d'abord été établi avant de déterminer en droit si les parents étaient mariés (et par conséquent, la question du droit à appliquer à cette question s'est posée) : voir, par ex., *AB v. AG* (1868) IR 4 Eq 56.

¹⁴⁰ Par ex., le Ministère de l'Intérieur d'Israël a confirmé que les actes de naissance étrangers ne suffisent pas à prouver la filiation (S. Shakargy, *op. cit.* note 70). La jurisprudence de l'Australie, de la Nouvelle-Zélande et du Royaume-Uni, ainsi que les directives publiées par les autorités publiques en ligne l'indiquent clairement (par ex., *Re X and Y*, voir *supra* note 5 et les lignes directrices émises par la *Border Agency* britannique, qui indiquent « toute personne envisageant de conclure une convention de maternité de substitution internationale doit garder à l'esprit que dès lors qu'elle réside au Royaume-Uni, elle est soumise à la loi du Royaume-Uni et aux définitions qui la sous-tendent » (para. 10, disponible à l'adresse < <http://www.ukba.homeoffice.gov.uk/sitecontent/documents/documents/residency/Inter-country-surrogacy-leaflet> >, dernière consultation le 16 mars 2012), comme le font les nouvelles Directives irlandaises émises par le Ministère de la Justice en coopération avec le Département du Procureur général, où il est indiqué en ce qui concerne la question de l'identité des parents juridiques de l'enfant : « Les autorités irlandaises sont tenues d'appliquer la loi irlandaise » (p. 2 : disponible à l'adresse < <http://www.inis.gov.ie/en/JELR/Pages/PR12000035> >, dernière consultation le 16 mars 2012).

¹⁴¹ Par ex., Nouvelle-Zélande (art. 5(3) du *Status of Children Act 1969*) et Royaume-Uni (art. 33(3) du *Human Fertilisation and Embryology Act 2008*, « HFEA 2008 »).

¹⁴² C'est le cas en particulier parce que les règles internes de ces États considèrent généralement la mère gestatrice (c.-à-d. la mère porteuse) comme la mère légale et, dans certains États, le mari de la mère porteuse comme le père légal (par ex., au Royaume-Uni du fait de l'application des règles relatives aux TPA dans le HFEA 2008).

¹⁴³ Il faut évidemment que l'enfant puisse entrer sur le territoire de l'État d'accueil : cette entrée peut être autorisée avec le passeport de l'État de naissance (par ex., si l'enfant est né aux États-Unis d'Amérique où la citoyenneté peut s'acquérir sur la base du principe du *ius soli*), ou par l'application des règles de nationalité ou d'immigration de l'État d'accueil (voir la section consacrée à la nationalité, *infra*). D'autres moyens peuvent être nécessaires pour établir la filiation dans ce dernier cas car le fait que les conditions d'immigration soient remplies n'implique pas nécessairement, dans ces États, que le ou les parents d'intention seront ensuite reconnus (automatiquement) comme le ou les parents *légaux*. Certains commentateurs ont décrit cette situation comme un « cercle vicieux » pour les parents d'intention : « on doit rentrer de l'étranger pour utiliser la procédure de transfert de filiation mais on peut avoir des difficultés à faire entrer un enfant sur le territoire sans avoir d'abord établi sa filiation » (J. Millbank, *op. cit.* note 24, p. 34).

de recourir à ces textes pour établir la filiation¹⁴⁴. Dans d'autres États, l'adoption nationale peut être la seule voie qui s'offre au(x) parent(s) d'intention pour établir le lien de filiation¹⁴⁵. Bien que les juges de nombreux États considèrent ces demandes avec bienveillance, ils déplorent la position difficile dans laquelle ils se trouvent face au fait accompli et certains ont demandé une réforme¹⁴⁶.

(ii) Nationalité

40. Comme il est indiqué plus haut, la question de la nationalité de l'enfant est résolue par l'application des lois internes régissant la nationalité et, là encore comme indiqué plus haut, de nombreux États appartenant à ce groupe envisagent d'abord la question de la filiation *juridique* pour déterminer si l'enfant peut acquérir la nationalité « par filiation ». L'approche de ces États diffère toutefois par le fait que la plupart de ces États appliquent leur droit interne pour trancher cette question préliminaire de la filiation *juridique*. De plus, dans une minorité d'États de ce groupe, ce n'est pas la filiation *juridique* mais *génétique* qui est déterminante pour l'acquisition de la nationalité. Si un lien génétique peut être établi entre l'enfant et un parent d'intention, celui-ci sera généralement considéré comme le parent aux fins de la nationalité (qu'il soit ou non un parent *juridique* en droit interne) et s'il est ressortissant de l'État, il pourra transmettre la nationalité « par filiation »¹⁴⁷.

41. Lorsque l'enfant ne peut acquérir la nationalité « par filiation » et qu'il ne peut entrer sur le territoire de l'État d'accueil, par exemple au moyen d'un passeport étranger, certains États prévoient un assouplissement de leurs règles d'immigration pour autoriser l'enfant à entrer sur le territoire afin que la situation puisse être régularisée une fois l'enfant « chez lui » (cela semble s'appliquer lorsque les autorités d'immigration savent que des moyens sont ouverts dans l'État d'accueil aux parents d'intention pour établir leur lien de filiation avec l'enfant une fois de retour dans cet État). À cet égard, dans certains États, ces parents d'intention peuvent demander un visa pour l'enfant ou une autorisation d'entrée (« *entry clearance* ») pour permettre à l'enfant d'entrer sur le territoire de l'État « en dehors des règles d'immigration »¹⁴⁸.

¹⁴⁴ Ce n'est habituellement pas le cas pour les États qui appliquent un système « d'autorisation préalable » (voir section III(a) *supra*) car cette autorisation n'aura pas été délivrée et d'autre part, les obligations relatives au domicile ou à la résidence de la mère porteuse ne seront pas satisfaites : par ex. Afrique du Sud, Israël. Au Royaume-Uni en revanche, il est possible d'appliquer des procédures aux fins du transfert de la filiation si les parents d'intention sont en mesure d'entrer sur le territoire avec l'enfant. Cependant, le caractère commercial de la convention a posé des difficultés au juge du fait des exigences de la législation (art. 54, HFEA 2008). Néanmoins, si un transfert de filiation est consenti, l'enfant acquerra automatiquement la nationalité britannique (*HFE (Parental Orders) Regulations 2010*). En Australie, les critères prévus par la législation ne sont généralement pas satisfaits (dans le Territoire de la capitale australienne par ex., la conception assistée doit intervenir sur le territoire de cet état).

¹⁴⁵ Par ex., Nouvelle-Zélande, où les parents d'intention doivent présenter une demande d'adoption nationale pour que la filiation soit reconnue (et pour que l'enfant acquière la nationalité néozélandaise par filiation). Voir, par ex., *Re an application by KR and DGR to adopt a female child* [2011] New Zealand Family Law Reports 429, et *Re an application by BWS to adopt a child* [2011] New Zealand Family Law Reports 621. Ces demandes ont jusqu'ici été accueillies avec bienveillance, les juges ayant constaté que l'enfant était « résident à titre habituel » en Nouvelle-Zélande (conformément aux intentions de ses parents) de sorte que l'*Adoption (Intercountry) Act* ne s'applique pas et l'affaire peut être traitée comme une adoption nationale.

¹⁴⁶ Par ex., *Re an application by KR and DGR to adopt a female child* [2011] New Zealand Family Law Reports 429, dans laquelle le juge Ryan déclarait « il est essentiel qu'un contrôle soit exercé sur les procédures qui peuvent être utilisées [...] C'est au Parlement, en concertation avec les autorités publiques appropriées tant en Nouvelle-Zélande qu'à l'étranger de mettre en place des règles et des protocoles entourant les procédures de FIV entreprises par des Néozélandais à l'étranger. » Voir aussi, le juge Hedley dans l'affaire *Re X & Y (Foreign Surrogacy)* (*supra* note 5), 82E.

¹⁴⁷ Dans certains États, ils peuvent appliquer une combinaison de ces critères. En outre, dans la plupart de ces États, la preuve du consentement de la mère porteuse ou de la renonciation à ses droits parentaux est obligatoire, soit au moment de l'examen des critères d'immigration, soit ultérieurement, au stade de la régularisation du statut juridique du ou des parents d'intention.

¹⁴⁸ Par ex., Nouvelle-Zélande : voir

< [http://www.acart.health.govt.nz/moh.nsf/pagescm/22/\\$File/international-surrogacy-factsheet.pdf](http://www.acart.health.govt.nz/moh.nsf/pagescm/22/$File/international-surrogacy-factsheet.pdf) > (dernière consultation le 16 mars 2012) ; Royaume-Uni (*supra* note 140).

(iii) Possibilité de sanctions pénales

42. Le rôle du droit pénal est une autre source de préoccupation croissante liée aux conventions de maternité de substitution internationales. Comme on l'a vu plus haut, conclure une convention de maternité de substitution à caractère commercial peut constituer un délit pénal dans de nombreux États. Bien que dans de nombreux États, la législation ne vise que les conventions de maternité de substitution conclues *sur leur territoire*, dans certains, la législation a expressément un effet extraterritorial¹⁴⁹. Face au nombre croissant de parents d'intention qui concluent ces conventions, il semble que certains États appliquent plus strictement leur droit pénal¹⁵⁰.

43. De plus, dans certains États, les parents d'intention en viennent par désespoir à commettre des actes réprimés par la loi du fait de leur incapacité à rentrer « chez eux » ou à se faire reconnaître comme le père ou la mère juridique de leur enfant dans l'État d'accueil. Les images saisissantes du père d'intention qui a tenté par désespoir de faire illégalement entrer en France ses deux jumelles nées en Ukraine ont été diffusées sur toutes les chaînes de télévision¹⁵¹. Dans un État, les procureurs ont récemment poursuivi de nombreux couples pour fausses déclarations aux registres d'état civil concernant leur état¹⁵². Certains de ces délits pénaux exposent le contrevenant à des peines d'emprisonnement, ce qui peut avoir de graves implications, notamment pour l'avenir de l'enfant.

IV. QUELQUES RÉFLEXIONS LIMINAIRES SUR LES APPROCHES POSSIBLES D'UN NOUVEL INSTRUMENT RELATIF À LA MATERNITÉ DE SUBSTITUTION INTERNATIONALE

44. Étant donné le caractère transnational des difficultés découlant des conventions de maternité de substitution internationales, il est difficile, voire impossible, d'envisager que l'action *individuelle* d'un État puisse parfaitement les résoudre¹⁵³. Au demeurant, les difficultés qui subsistent après les tentatives unilatérales déjà opérées par les États pour remédier à certains aspects de ces problèmes ont été décrites plus haut.

45. Certaines mesures prises par les États pointent la nécessité d'une coopération *multilatérale*. À titre d'exemple, en 2010, les Consuls généraux de huit États européens ont adressé un courrier commun à plusieurs cliniques pratiquant la FIV en Inde pour leur demander de cesser d'offrir des possibilités de maternité de substitution aux ressortissants de leurs pays s'ils n'avaient pas préalablement consulté leur ambassade¹⁵⁴. En outre, certains États envisagent déjà d'introduire des aspects de coopération

¹⁴⁹ Par ex., Australie (Nouvelle-Galles du Sud, Queensland, Territoire de la capitale australienne) : les délits pénaux ont tous trait aux conventions de maternité de substitution *commerciales*. Si auparavant, les poursuites étaient rares, deux affaires récentes impliquant des conventions de maternité de substitution internationales à caractère commercial ont été déferées par le tribunal au *Director of Public Prosecutions* et des inculpations pourraient être prononcées (voir *Dudley and Anor & Chedi* [2011] FamCA 502, *Findlay and Anor & Punyawong* [2011] FamCA 503).

¹⁵⁰ *Ibid.* Voir aussi note 152 *infra*.

¹⁵¹ Voir *supra* note 6. Ce père d'intention (et son père qui a apporté son aide à la tentative de sortie clandestine) ont été poursuivis par les autorités ukrainiennes et condamnés à des amendes.

¹⁵² Italie : des procureurs auraient commencé à adopter une position plus ferme vis-à-vis des parents d'intention dont on découvre qu'ils se sont frauduleusement déclarés comme les parents légaux d'un enfant né à l'étranger à la suite d'une convention de maternité de substitution. Cela constitue une violation de l'art. 567(2) du Code pénal italien et une avocate a indiqué défendre actuellement une « douzaine » de couples dans toute l'Italie qui encourent cette accusation (et risquent une peine de prison de 5 à 15 ans : voir E. Menzione (*op. cit.* note 123)).

¹⁵³ Constat qui avait été fait dans le contexte de l'adoption internationale et qui est un des motifs qui a conduit à l'élaboration d'un instrument sur le sujet par la Conférence de La Haye : voir J.H.A. van Loon (*op. cit.* note 28) para. 168. Voir également le Doc. de travail No 3 à l'intention du Conseil sur les affaires générales et la politique de la Conférence (7-9 avril 2010), proposé par Israël, suggérant un examen du besoin d'établir une convention internationale sur la maternité de substitution internationale.

¹⁵⁴ Allemagne, Belgique, Espagne, France, Italie, Pays-Bas, Pologne, République tchèque : voir « *IVF Centres Direct Foreigners to Consulates over Surrogacy Issue* », *Hindustantimes* (New Delhi, 15 juillet 2010) (< www.hindustantimes.com/Inde-news/Mumbai/IVF-centres-direct-foreigners-to-consulates-over-surrogacy-issue/Article1-572534.aspx >, dernière consultation le 16 mars 2012).

multilatérale dans leurs projets de réforme interne. Par exemple, le projet de loi indien de 2010 contient des dispositions spécifiques visant le(s) parent(s) d'intention qui résident à l'étranger¹⁵⁵ et souhaitent conclure une convention de maternité de substitution en Inde avec une mère porteuse. Cette disposition exige que l'État de résidence des parents d'intention leur délivre une autorisation au projet, qui doit prendre la forme d'un « *document approprié (courrier de l'Ambassade du pays en Inde ou du Ministère des Affaires étrangères du pays, déclarant sans ambiguïté que (a) le pays autorise la maternité de substitution et (b) l'enfant issu de la convention de maternité de substitution en Inde sera autorisé à entrer sur le territoire du pays en tant qu'enfant biologique du couple ou de l'individu qui a commandé l'enfant)* »¹⁵⁶. S'il n'y a pas lieu ici d'entreprendre une analyse approfondie de ce projet de loi, c'est un exemple de coopération internationale envisagée dans le domaine des conventions de maternité de substitution internationales qui adopte, au niveau international, une forme d'« autorisation préalable » des conventions de maternité de substitution, similaire à celle qui existe en interne dans certains États. Il reconnaît les différentes approches juridiques de la maternité de substitution et tient compte de la loi de l'État de résidence du ou des parents d'intention *avant* la conception d'un enfant. On peut considérer que cette démarche opère une « répartition des responsabilités » entre les États, à charge pour l'« État d'accueil » de déterminer la « recevabilité » du projet des futurs parents d'intention¹⁵⁷, si bien que les parents d'intention originaires d'un État qui interdit les conventions de maternité de substitution ne seraient plus autorisés à accéder aux services de maternité de substitution en Inde¹⁵⁸.

46. Les Conventions de La Haye peuvent également offrir des sources d'« inspiration » pour un futur instrument. La Convention Protection des enfants de 1996¹⁵⁹ et la Convention Adoption internationale de 1993¹⁶⁰ « inspirent » en particulier une partie des réflexions qui suivent concernant les approches possibles d'une régulation multilatérale dans ce domaine.

47. Toutefois, si une action multilatérale s'impose, il importe de bien cerner les besoins auxquels elle entendrait répondre.

(a) Les besoins

48. Comme il a été dit plus haut, les conventions de maternité de substitution internationales mettent en jeu les droits et intérêts fondamentaux des enfants – droits et intérêts que la communauté internationale reconnaît déjà largement. Le « besoin » ultime est donc celui d'un instrument multilatéral qui établirait des structures et des procédures permettant aux États de garantir que ces obligations sont satisfaites dans le contexte de ce phénomène international. Il s'agirait de tendre à éliminer la filiation juridique « boiteuse », à garantir que les enfants puissent acquérir une nationalité, à garantir que leur droit de connaître leur identité est protégé et à instaurer des procédures pour les protéger de tout danger. Le risque est réel que la situation qui prévaut aujourd'hui trahisse ces enfants sur tous ces points.

49. Les enfants nés suite à une convention de maternité de substitution internationale ne sont pas les seules parties vulnérables¹⁶¹. Étant donné la vulnérabilité des mères porteuses, surtout celles de milieux défavorisés, et celle des parents d'intention, souvent

¹⁵⁵ Auquel le projet de loi fait référence de la manière suivante : « un étranger ou un couple étranger ne résidant pas en Inde, ou un individu ou un couple indien non résident, recherchant une maternité de substitution en Inde [...] » (clause 34(19)).

¹⁵⁶ Le projet de loi déclare que ces parents d'intention doivent également nommer un gardien local légalement chargé de s'occuper de la mère porteuse et de recueillir l'enfant si les parents d'intention ne le font pas afin de le confier à une agence d'adoption (clause 34(19)).

¹⁵⁷ Art. 5 de la Convention de 1993.

¹⁵⁸ Clause 34(19)(a).

¹⁵⁹ *Convention de La Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants.*

¹⁶⁰ *Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale* (« la Convention de 1993 »).

¹⁶¹ Voir *supra* note 9.

prêts à tout pour avoir un enfant, il est également impératif de prévenir l'exploitation de toutes les parties à ces conventions¹⁶². Cette question est liée à l'absence de réglementation des intermédiaires dans ce domaine. Sur ces aspects aussi, un cadre juridique multilatéral pourrait établir des structures et procédures pour garantir (1) que les normes juridiques internationales déjà en place soient respectées en contexte transnational et (2) que d'autres garanties soient introduites, lorsque c'est nécessaire, pour protéger les personnes concernées. L'une des *conséquences* d'une approche multilatérale pourrait être de renforcer le respect mutuel et la confiance entre les différents systèmes juridiques. Comme pour de nombreuses Conventions de La Haye, un cadre multilatéral établirait des structures par lesquelles les États œuvreraient ensemble pour garantir les droits de toutes les parties concernées.

50. Le triple caractère d'instrument des droits de l'Homme, d'instrument de coopération judiciaire et administrative et d'instrument de droit international privé que revêt la Convention de 1993¹⁶³ peut être une approche à envisager dans le contexte des conventions de maternité de substitution internationales.

51. Sans présenter ici d'examen exhaustif des cadres juridiques internationaux déjà en place qu'il conviendrait de garder à l'esprit si une action multilatérale dans ce domaine était envisagée, il est clair que les principes internationaux doivent être pris en compte, notamment ceux qui sont énoncés dans la *CNUDE* et son *Protocole facultatif concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants*¹⁶⁴, le *Pacte international relatif aux droits civiques et politiques*¹⁶⁵, le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*¹⁶⁶, la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*¹⁶⁷, ainsi que le *Protocole visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants*¹⁶⁸.

(b) Quelques réflexions concernant les approches possibles d'une réglementation multilatérale

52. Les réflexions suivantes sur quelques approches possibles de la réglementation multilatérale dans ce domaine sont provisoires et se fondent sur les recherches préliminaires effectuées à ce jour. D'autres recherches, et les informations que permettrait d'obtenir un questionnaire que le Bureau Permanent propose d'envoyer à ses Membres dans le courant de l'année prochaine si le Conseil juge utile de poursuivre les travaux dans ce domaine, permettraient une étude plus précise de la faisabilité et de l'opportunité de ces approches. Ces informations complémentaires pourraient aussi éclairer d'autres solutions possibles à ces questions qui ne sont pas envisagées ici.

¹⁶² Y compris les risques de traite des femmes et des enfants (voir *supra* note 11). Voir aussi, par ex. la Résolution du Parlement européen du 5 avril 2011 sur « Les priorités et la définition d'un nouveau cadre politique de l'Union en matière de lutte contre la violence à l'encontre des femmes » (INI/2010/2209) qui, aux para. 20-21, « invite les États membres à reconnaître le problème grave de la maternité de substitution [...] [et] souligne que les femmes et les enfants sont soumis aux mêmes formes d'exploitation et peuvent être vus comme des marchandises sur le marché international de la reproduction ; fait remarquer que les nouvelles méthodes de reproduction, comme la maternité de substitution, entraînent une hausse de la traite des femmes et des enfants ainsi que des adoptions illégales par-delà les frontières nationales [...] ».

¹⁶³ J.H.A. van Loon (*op. cit.* note 28), p. 336-337.

¹⁶⁴ Adopté et ouvert à la signature, à la ratification et à l'adhésion par la résolution A/RES/54/263 de l'Assemblée générale du 25 mai 2000 (entré en vigueur le 18 janvier 2002).

¹⁶⁵ Du 16 décembre 1966 (entré en vigueur le 23 mars 1976), adopté et ouvert à la signature, à la ratification et à l'adhésion par la résolution 2200A (XXI) de l'Assemblée générale : par ex., art. 17(1), 23, 24.

¹⁶⁶ Adopté et ouvert à la signature, à la ratification et à l'adhésion par la résolution 2200A (XXI) de l'Assemblée générale du 16 décembre 1966 (entré en vigueur le 3 janvier 1976) : par ex., art. 12(1), 15(1) b).

¹⁶⁷ Adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 18 décembre 1979 (entrée en vigueur le 3 septembre 1981). En ce qui concerne les mères porteuses et les mères d'intention : par ex., art. 6, 11(1) f), 9(2), 16.

¹⁶⁸ Adopté par la résolution 55/25 de l'Assemblée générale du 15 novembre 2000, entré en vigueur le 25 décembre 2003, Protocole additionnel à la *Convention contre la criminalité transnationale organisée* (adopté par la même résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies ; entrée en vigueur le 29 septembre 2003) ; outre les approches régionales : voir par ex., les décisions de la Cour européenne des droits de l'Homme, notamment *S.H c. Autriche* (*supra* note 43) et la décision à venir dans l'affaire *Labassée* (*supra* note 125).

(i) Harmonisation des règles de droit international privé relatives à l'établissement et à la contestation de la filiation juridique, comprenant des dispositions sur la coopération

53. Une approche possible pour résoudre les difficultés relatives à la filiation juridique des enfants nés suite à une convention de maternité de substitution internationale peut être de considérer la question dans le contexte plus large d'un futur instrument complet concernant les aspects de droit international privé de l'établissement et de la contestation de la filiation juridique. Comme l'indiquait le Document préliminaire No 11 de mars 2011, cet instrument pourrait par exemple prévoir des règles uniformes de compétence des autorités judiciaires ou des autres autorités pour prendre des décisions d'effet général quant à la filiation juridique, des règles uniformes sur la loi applicable, des règles correspondantes permettant la reconnaissance et l'exécution de ces décisions (ou d'actes authentiques, par exemple un acte de naissance), des règles uniformes sur la loi applicable à l'établissement de la filiation juridique de plein droit ou par accord et des principes de loi applicable ou de reconnaissance concernant l'établissement de la filiation juridique par reconnaissance volontaire¹⁶⁹.

54. Plusieurs facteurs méritent un complément d'analyse, à commencer par la question de l'opportunité de cette approche : elle dépend en dernier ressort du besoin pratique d'un large ensemble de principes. Les recherches ont porté cette année sur les problèmes aigus que posent les conventions de maternité de substitution internationales. Il faudrait conduire d'autres travaux l'année prochaine pour déterminer la nature et l'ampleur des problèmes pratiques générés par l'absence de règles mondiales uniformes relatives à la compétence, à la loi applicable, à la reconnaissance et à l'exécution concernant la filiation juridique *en dehors* du contexte de la maternité de substitution. Se pose ensuite la question de la faisabilité : là encore, d'autres travaux de droit comparé sont requis afin d'évaluer les perspectives de consensus autour de l'unification de règles de droit international privé dans ce domaine.

55. D'autre part, si une telle approche était envisagée pour résoudre les problèmes particuliers des conventions de maternité de substitution internationales, il conviendrait de déterminer si elle répondrait aux « besoins » tels que définis. Pour certains États, la reconnaissance de la filiation juridique d'un enfant issu d'une convention de maternité de substitution est problématique en raison de l'application d'une clause d'ordre public (souvent en relation avec la filiation maternelle en particulier). Si un accord était possible sur des règles de droit international privé, il pourrait comprendre une clause d'ordre public empêchant l'application du droit étranger ou la reconnaissance d'une décision étrangère, d'un acte authentique ou d'une reconnaissance volontaire, lorsque ceci serait contraire à l'ordre public d'un État. Dans ce cas, des règles unifiées n'empêcheraient peut-être pas l'enfant de se retrouver « sans parents et apatride »¹⁷⁰.

56. Cependant, le rôle de l'ordre public pourrait être sensiblement plus limité pour la reconnaissance que pour la loi applicable ; le champ d'application d'un instrument de droit international circonscrit à la reconnaissance pourrait donc être plus efficace. Certains États pourraient par exemple refuser l'application du droit étranger autorisant ou acceptant les conventions de maternité de substitution mais ils pourraient néanmoins accepter les effets d'un jugement ou d'un acte étranger accordant à un enfant un statut juridique et établissant sa filiation avec les parents d'intention.

57. On peut imaginer que cette approche pourrait se limiter aux conventions de maternité de substitution internationales et exclure d'autres questions relatives à la filiation juridique. Elle serait ainsi plus ciblée mais de nouvelles questions se poseraient, concernant par exemple les paramètres limitant le champ d'application.

¹⁶⁹ *Op. cit.* note 3 : voir section VIII, « Quelle pourrait être la contribution de la Conférence de La Haye dans ce domaine ? ».

¹⁷⁰ « International Surrogacy Agreements : Some Thoughts from a German Perspective », Rolf Wagner, (2012) IFL (à paraître), où il déclare que, dans ces circonstances, « [I]es règles unifiées ne seraient pas en mesure d'éliminer des relations juridiques boiteuses ».

(ii) Établissement d'un cadre de coopération

58. Une autre approche possible de la résolution des difficultés découlant des conventions de maternité de substitution internationales serait d'envisager la question comme un « problème brûlant », à part, qui requiert une méthodologie plus ciblée mais plus large dans les techniques employées pour régler les problèmes. Cette approche pourrait consister à examiner la Convention de 1993 même s'il existe des différences évidentes et importantes entre la maternité de substitution internationale et l'adoption internationale¹⁷¹. Notons par exemple qu'il n'existe aujourd'hui aucun ensemble comparable de principes internationaux consensuels en matière de maternité de substitution internationale et qu'il pourrait être difficile de ce fait de dégager des principes communs pour un système international. Cependant, si les « besoins » à satisfaire sont comparables, il est opportun d'étudier dans quelle mesure certaines des techniques employées par la Convention de 1993 pourraient être adaptées pour la maternité de substitution internationale. Ce Rapport préliminaire n'envisage que quelques aspects généraux pour les besoins des discussions initiales¹⁷².

59. Puisque certains États interdisent aujourd'hui le recours aux conventions de maternité de substitution, cette interdiction pourrait sembler incompatible avec une discussion concernant l'encadrement des conventions de maternité de substitution internationales. Il importe néanmoins de reconnaître que créer des protections autour d'un système et trouver des solutions aux difficultés qu'il engendre ne suppose pas nécessairement faciliter et promouvoir ce système. C'est d'ailleurs le dénominateur commun entre la maternité de substitution internationale et l'adoption internationale. Les États contractants à la Convention de 1993 ne sont tenus d'aucun niveau d'adoption internationale¹⁷³. En réalité, « [a]ux termes de la Convention [de 1993], les États contractants restent totalement libres de réglementer ou de limiter les adoptions internationales par les moyens qu'ils jugent opportuns, tant qu'ils respectent ses garanties minimum »¹⁷⁴. De la même façon, un instrument fixant un cadre de coopération et de prévention des abus afin de protéger les droits et les intérêts des enfants est à distinguer d'un effort tendant à promouvoir la maternité de substitution internationale. Tous les États peuvent considérer qu'ils ont intérêt à réguler efficacement la maternité de substitution internationale pour protéger les droits et les intérêts des parties concernées et à veiller à ce que les situations de fait accompli, avec toutes les difficultés et préoccupations qui en découlent, soient réduites au minimum.

60. La Convention de 1993 prévoit des dispositions innovantes concernant la « reconnaissance et [les] effets de l'adoption »¹⁷⁵. Le jugement d'adoption d'un enfant n'est reconnu que pour une adoption « conforme à la Convention »¹⁷⁶. Au lieu d'adopter une approche de droit international privé « traditionnelle » et de tenter d'harmoniser les règles de compétence, de reconnaissance et de loi applicable en matière d'adoption,

¹⁷¹ La plus fréquemment citée étant que la maternité de substitution est une forme de procréation visant à satisfaire le désir d'enfant d'adultes qui n'en ont pas alors que l'adoption vise (en théorie) à trouver un foyer à un enfant dans le besoin. Il faut toutefois relever les difficultés concernant l'adoption internationale à cet égard : voir « La mise en œuvre et le fonctionnement de la Convention de La Haye de 1993 sur l'adoption internationale : Guide de bonnes pratiques No 1 » (disponible à l'adresse < www.hcch.net >, dans l'espace « Adoption »).

¹⁷² Cette section ne comprend que les points clés concernant l'approche générale qui peut être adoptée. De nombreux aspects d'une future réglementation dans cette forme ne sont pas envisagés, notamment le champ d'application matériel d'un tel instrument, la rémunération, la question de la nationalité, le droit de l'enfant de connaître son identité ainsi que les questions entourant l'anonymat des donneurs de gamètes et des mères porteuses, etc. Pour un complément d'analyse des importantes différences entre la maternité de substitution internationale et l'adoption internationale et des difficultés que poserait l'utilisation de la Convention de 1993 comme modèle d'un régime international régulant la maternité de substitution, voir H. Baker, « Are there 'lessons' that can be learnt from the 1993 Hague Intercountry Adoption Convention for any future instrument on international surrogacy arrangements ? », basé sur une présentation donnée à l'Université d'Aberdeen en septembre 2011, à paraître, Hart Publishing.

¹⁷³ Le Guide de bonnes pratiques No 1 (*op. cit.* note 171) indique clairement que les États qui ont imposé un moratoire aux adoptions internationales ne violent pas la Convention de 1993 (chapitre 8)

¹⁷⁴ J.H.A. van Loon (*op. cit.* note 28), para. 198.

¹⁷⁵ Chapitre V, Convention de 1993.

¹⁷⁶ Cf. *Convention du 15 novembre 1965 concernant la compétence des autorités, la loi applicable et la reconnaissance des décisions en matière d'adoption.*

la Convention de 1993 s'appuie sur un système de coopération. L'article 17 est au cœur de ce système aux fins de la reconnaissance. Il prévoit que les deux États concernés par l'adoption considérée doivent donner leur accord avant l'adoption à la poursuite de la procédure d'adoption. Ils ont donc tous deux le pouvoir d'empêcher l'adoption si elle leur paraît contraire à leurs perceptions de la compétence régulière ou de la loi applicable (ou en présence d'une autre préoccupation).

61. Dans le contexte de la maternité de substitution, un tel système de garanties minimum, allié à l'instauration d'un système de coopération et en dernier ressort d'un « principe de reconnaissance », pourrait prévenir les abus tout en bannissant la filiation juridique « boiteuse » d'un enfant issu d'une convention et en garantissant la prévisibilité pour les parties. Ce système éviterait en outre d'avoir à harmoniser des règles de droit international qui peuvent s'avérer complexes et diverses en matière de filiation juridique.

62. Suivant les Conventions de La Haye antérieures dans le domaine de l'entraide judiciaire, la Convention de 1993 met en place une structure par laquelle les Autorités centrales désignées jouent le rôle de « gardiennes » de la procédure d'adoption internationale. Les responsabilités peuvent être déléguées à des organismes compétents ou « agréés », mais seulement dans la mesure définie¹⁷⁷. Ce système centralisé, renforcé par les bénéfices de la coopération, pourrait contribuer à prévenir certains des problèmes qui se posent aujourd'hui dans le contexte de la maternité de substitution internationale. Il permettrait que les vérifications appropriées des garanties importantes soient effectuées par ce mécanisme structurel.

63. Un instrument axé sur la coopération dans le domaine de la maternité de substitution internationale pourrait offrir des protections pour devenir un phénomène respectueux des droits et intérêts des enfants nés. Il établirait des procédures permettant aux États de contrôler *a priori* la procédure pour prévenir les abus et pour garantir, à l'avance, que lorsqu'une convention est exécutée, le statut juridique de l'enfant est empreint de certitude.

V. CONCLUSION

64. Le nombre de conventions de maternité de substitution internationales semble en plein essor et bien que certains États tentent de résoudre les problèmes en résultant, ce phénomène *mondial* pourrait exiger à terme une solution *mondiale*. Il est certain que la situation qui prévaut aujourd'hui est loin d'être satisfaisante pour les États et parties concernés et, surtout, pour les enfants nés suite à ces conventions. Il existe un danger réel que souvent, la situation actuelle ne parvienne pas à garantir le respect des droits et intérêts fondamentaux des enfants.

65. Dans les douze prochains mois, si le Conseil se prononce en faveur de la poursuite des travaux dans ce domaine, le Bureau Permanent poursuivrait ses travaux conformément au mandat de 2011 et plus précisément : (1) il adresserait un questionnaire aux Membres afin d'obtenir des informations complémentaires plus précises sur la fréquence et la nature des problèmes rencontrés dans le contexte des conventions de maternité de substitution internationales et sur la filiation juridique en général et solliciterait également les vues des Membres sur les « besoins » et sur l'approche à adopter ; (2) il entreprendrait des consultations (complémentaires) avec les professionnels de la santé et du droit et d'autres professionnels (y compris les agences de maternité de substitution) œuvrant dans ce domaine et (3) il effectuerait d'autres recherches de droit comparé concernant les règles de droit international privé relatives à la filiation juridique afin de mieux cerner l'opportunité et la faisabilité des approches étudiées à la section IV(b) ci-dessus.

66. Sous réserve de l'avis du Conseil, le Bureau Permanent envisagerait de produire un rapport final sur cette question en avril 2013 et de formuler des recommandations sur les étapes suivantes.

¹⁷⁷ Art. 9 et s., Convention de 1993.

ANNEXE / ANNEX

GLOSSAIRE

Convention de maternité de substitution internationale	<p>Convention de maternité de substitution conclue par le ou les parents d'intention résidant¹ dans un État et une mère porteuse qui réside (ou qui parfois n'est que présente) dans un autre État.</p> <p>Ce type de convention peut impliquer des donneurs de gamètes dans l'État de résidence de la mère porteuse (où dans l'État où elle est présente) ou même dans un troisième État.</p> <p>Cette convention peut être une convention de procréation pour autrui ou de gestation pour autrui et peut être altruiste ou commerciale (voir ci-dessous).</p>
Convention de procréation pour autrui	<p>Convention de maternité de substitution dans laquelle la mère porteuse fournit son propre matériel génétique (ovocyte) ; l'enfant lui est donc génétiquement apparenté.</p> <p>Cette convention peut faire appel à la conception naturelle ou à des procédures d'insémination artificielle.</p> <p>Elle peut être altruiste ou commerciale (voir plus loin).</p>
Convention de gestation pour autrui	<p>Convention de maternité de substitution dans laquelle la mère porteuse ne fournit pas son propre matériel génétique ; l'enfant ne lui est donc pas génétiquement apparenté.</p> <p>Ce type de convention fait généralement suite à un traitement par FIV. Les gamètes peuvent être ceux d'un seul ou des deux parents d'intention ou ne provenir d'aucun des deux.</p> <p>Cette convention peut être altruiste ou commerciale (voir plus loin).</p>
Convention de maternité de substitution commerciale	<p>Convention de maternité de substitution dans laquelle le ou les parents d'intention versent à la mère porteuse une rémunération financière qui est généralement supérieure à ses « frais raisonnables ». Cette rémunération peut être appelée « compensation » pour les « douleurs et les souffrances » ou peut être simplement le prix que la mère porteuse demande pour porter l'enfant.</p> <p>Il peut s'agir d'une convention de gestation pour autrui ou d'une convention de procréation pour autrui.</p> <p>N.B. : Il est souvent difficile de distinguer les conventions de maternité de substitution altruistes des conventions de maternité commerciales. Ainsi, si une mère porteuse est sans emploi avant la conception mais peut demander des « frais raisonnables », y compris la perte de revenus, cette convention est-elle encore « altruiste » ?</p>
Convention de maternité de substitution altruiste	<p>Convention de maternité de substitution dans laquelle le ou les parents d'intention ne paient rien à la mère porteuse ou seulement ses « frais raisonnables » associés à la maternité de substitution. La mère porteuse ne perçoit aucune autre rémunération financière.</p> <p>Il peut s'agir d'une convention de gestation pour autrui ou d'une convention de procréation pour autrui.</p> <p>Cette convention est souvent (mais pas toujours) conclue entre le ou les parents d'intention et une personne de leur connaissance (une parente ou une amie par exemple).</p>
État d'accueil	<p>État de résidence des parents d'intention dans lequel ils souhaitent retourner avec l'enfant après la naissance.</p>

¹ Le terme « résident habituel » ou « résidence habituelle » est volontairement évité ici. Il est fréquent que les parents d'intention et la mère porteuse soient « résidents habituels » de ces États, mais une définition large a été retenue (recouvrant même les situations dans lesquelles une mère porteuse est seulement « présente » dans l'autre État) afin de couvrir toutes les hypothèses dans lesquelles se posent des problèmes, par exemple, les situations dans lesquelles des femmes sont victimes de « traite » dans un État permissif afin qu'elles deviennent des mères porteuses.

État de naissance de l'enfant	État dans lequel la mère porteuse donne naissance à l'enfant, où la question de la filiation juridique de l'enfant se pose initialement. Il s'agit généralement de l'État de résidence de la mère porteuse. Dans certains cas cependant, la mère porteuse peut se rendre dans un État expressément pour la naissance ² .
Mère porteuse	Femme qui accepte de porter un ou des enfants pour le ou les parents d'intention et renonce à ses droits parentaux après la naissance. Dans ce rapport, ce terme désigne une femme qui n'a pas fourni son matériel génétique à l'enfant. Dans ces circonstances, la mère porteuse est appelée « mère gestatrice » ou « mère gestationnelle » dans certains États francophones ou « <i>gestational carrier</i> » ou « <i>gestational host</i> » dans les États anglophones.
Parent(s) d'intention	Personne ou personnes qui demandent à une autre personne de porter un enfant pour elles dans l'intention d'en assumer la garde après la naissance et de l'élever comme le leur. Ces personnes peuvent être ou non génétiquement apparentées avec l'enfant né par suite de la convention.
Donneuse de gamètes (ovocytes)	Femme qui fournit ses ovocytes à utiliser par une ou plusieurs autres personnes pour concevoir un enfant. Dans certains États, ces « donneuses » peuvent recevoir une rémunération supérieure aux frais qu'elles exposent. La question de l'anonymat des « donneuses » est diversement abordée d'un État à l'autre.
Donneur de gamètes (spermatozoïdes)	Homme qui fournit ses spermatozoïdes à utiliser par d'autres personnes pour concevoir un enfant. Dans certains États, ces « donneurs » peuvent recevoir une rémunération supérieure aux frais qu'ils exposent. La question de l'anonymat des « donneurs » est diversement abordée d'un État à l'autre.
« Filiation juridique »	Lien de parenté unissant l'enfant à une ou des personnes que la loi applicable reconnaît comme ses « parents » et qui acquerront tous les droits et obligations légaux qui découlent de ce statut. Dans les situations de maternité de substitution, la filiation juridique ne coïncide pas nécessairement (et coïncide rarement) à la filiation génétique (celle qui unit l'enfant aux parents qui ont fourni leur matériel génétique).
« Filiation génétique »	Lien de parenté unissant l'enfant à une ou des personnes ayant fourni leur matériel génétique pour sa conception. Dans certains pays, on parle de « filiation biologique ». Dans les situations de maternité de substitution, les parents génétiques de l'enfant ne sont pas nécessairement (et sont rarement) ses parents juridiques.

² Ou peut avoir été victime de la traite et emmenée dans ce pays à cette fin.