

THE PARENTAGE / SURROGACY PROJECT: AN UPDATING NOTE

drawn up by the Permanent Bureau

* * *

LE PROJET FILIATION / MATERNITÉ DE SUBSTITUTION : NOTE DE MISE À JOUR

établie par le Bureau Permanent

*Preliminary Document No 3A of February 2015 for the attention
of the Council of March 2015 on General Affairs and Policy of the Conference*

*Document préliminaire No 3A de février 2015 à l'attention
du Conseil de mars 2015 sur les affaires générales et la politique de la Conférence*

I. INTRODUCTION¹

1. Cette note de mise à jour a pour objet de présenter aux Membres certains des grands développements² pertinents concernant le projet « Filiation / Maternité de substitution » de la Conférence de La Haye intervenus depuis la réunion de 2014 du Conseil sur les affaires générales et la politique (le « Conseil »). À l'issue de cette réunion, le Conseil a salué les travaux menés par le Bureau Permanent et a convenu que des travaux devraient être poursuivis en vue d'approfondir l'étude de la faisabilité d'établir un instrument multilatéral. À cette fin, le Conseil a invité le Bureau Permanent à continuer de recueillir des informations. En outre, tout en prenant note « du soutien exprimé par un nombre considérable de Membres, favorables à la constitution d'un Groupe d'experts », le Conseil a décidé que cette question serait tranchée à l'occasion de sa réunion de 2015³.

2. Il convient de noter préalablement les trois points suivants :

- (i) La recommandation du Bureau Permanent aux Membres concernant les « prochaines étapes » de ce projet restent les mêmes que lors de la réunion du Conseil de 2014 : c'est-à-dire qu'il recommande que le Conseil charge un Groupe d'experts d'approfondir l'étude de la faisabilité d'établir un instrument multilatéral dans ce domaine. Cette recommandation est exposée plus en détail à la section V du [Rapport de 2014](#)⁴ et ne sera donc pas reproduite dans cette note. Toutefois, un an plus tard, les questions relatives à la date de la première réunion du Groupe d'experts et aux implications des travaux proposés en termes de ressources sont abordées dans la section V ci-dessous.
- (ii) Le raisonnement analytique qui sous-tend cette recommandation et ses justificatifs sont présentés dans le Rapport et l'[Étude](#) de 2014⁵. Il est respectueusement demandé aux Membres de garder ces documents à l'esprit en vue de la réunion du Conseil de 2015⁶. Cette note n'est qu'un supplément visant à effectuer une mise à jour et à confirmer que les développements intervenus en 2014 continuent de démontrer qu'il est important que le projet « Filiation / Maternité de substitution » reste à l'ordre du jour du programme de travail de la Conférence de La Haye.
- (iii) Pour autant que la plupart des développements récents décrits dans cette note se rapportent aux conventions de maternité de substitution à caractère international (« CMSI »)⁷ — phénomène dynamique et grandissant —, la recommandation du Bureau Permanent figurant aux paragraphes 68 à 70 du Rapport de 2014, formulée à la lumière du processus de consultation détaillé entrepris et de l'analyse réalisée dans le Rapport et l'Étude de 2014, ne concerne que la portée générale des travaux futurs préconisés.

¹ Cette note de mise à jour a été rédigée par Hannah Baker (Collaboratrice juridique senior) avec le soutien de Laura Martinez-Mora (Collaboratrice juridique principale). Le Bureau Permanent remercie William Duncan (ancien Secrétaire général adjoint de la Conférence de La Haye) pour les conseils et assistance qu'il a apporté au projet. Le Bureau Permanent souhaite également remercier Nadine Lederer et Eleonora Lamm, chercheuses en Allemagne et en Argentine, respectivement, qui ont généreusement consacré du temps à tenir le Bureau Permanent informé des développements dans leur région.

² N.B. : ce document n'a pas pour objectif de rendre compte aux Membres de tous les développements survenus l'année dernière dans le monde en matière de filiation / maternité de substitution. Le Bureau Permanent a préféré retenir certains des grands développements dont il a connaissance et qu'il considère particulièrement pertinents pour les Membres, compte tenu de la décision qu'ils seront amenés à prendre lors de la réunion de 2015 du Conseil.

³ Para. 3 des « Conclusions et Recommandations adoptées lors de la réunion de 2014 du Conseil sur les affaires générales et la politique de la Conférence » (8-10 avril 2014), disponibles sur le site de la Conférence de La Haye, à l'adresse < www.hcch.net >.

⁴ « Opportunité et possibilité de poursuivre les travaux menés dans le cadre du projet Filiation / Maternité de substitution », Doc. pré-l. No 3 B de mars 2014 (ci-après, le « Rapport de 2014 »).

⁵ « Étude sur la filiation juridique et questions découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international », Doc. pré-l. No 3 C de mars 2014 (ci-après, l'« Étude de 2014 »).

⁶ Ces deux documents préliminaires ont d'abord été diffusés auprès des Membres en anglais, en mars 2014. En décembre 2014, le Rapport a été diffusé aux Membres en français et en espagnol ; en février 2015, l'Étude a été diffusée aux Membres en français.

⁷ Voir le tableau « Terminologie », disponible dans l'espace spécialisé « Filiation / Maternité de substitution » du site de la Conférence de La Haye, à l'adresse < www.hcch.net > (également reproduit à l'annexe I du Rapport de 2014).

II. GRANDS DÉVELOPPEMENTS RÉGIONAUX ET INTERNATIONAUX OBSERVÉS EN 2014

*Le Comité des Nations Unies des droits de l'enfant*⁸

3. Premier point à noter, qui prouve à la fois l'importance des préoccupations en matière de droits de l'homme que suscite la situation actuelle concernant les CMSI, ainsi que leur fréquence croissante : le Comité des Nations Unies des droits de l'enfant a évoqué des questions relatives aux CMSI dans le cadre de deux procédures distinctes de soumission de rapports par les États, pour lesquelles des sessions ont été tenues en 2014⁹. Fait intéressant, ces questions ont été débattues en lien avec un État d'accueil¹⁰ et un État de naissance¹¹. En ce qui concerne l'État d'accueil (à savoir l'Allemagne), les questions du Comité des Nations Unies portaient essentiellement sur le statut juridique des enfants nés à la suite d'une CMSI, sollicitant en particulier des informations sur les mesures prises pour empêcher que ces enfants deviennent apatrides¹². En ce qui concerne l'État de naissance (à savoir l'Inde), en réaction à des rapports de la société civile¹³ faisant état de préoccupations concernant la protection des enfants nés en Inde à la suite d'une CMSI¹⁴, mais aussi concernant les droits des mères porteuses¹⁵, le Comité des Nations Unies a demandé à l'Inde de fournir des informations sur les mesures prises pour veiller à ce que la législation et les procédures relatives à la maternité de substitution soient conformes à la *Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant* (« CNUDE »)¹⁶. Dans ce cas, le Comité des Nations Unies a formulé une Observation finale déclarant que : « [I]a gestation pour autrui à des fins commerciales, qui n'est pas suffisamment encadrée, est une pratique répandue, qui entraîne la vente d'enfants et des violations des droits de l'enfant »¹⁷.

4. Ces discussions font suite à des débats sur la maternité de substitution — notamment sur les CMSI — qui ont eu lieu au Comité des Nations Unies en 2013¹⁸. Il est intéressant de noter

⁸ Le Bureau Permanent est en contact avec le Comité des Nations Unies qui a donc connaissance du projet « Filiation / Maternité de substitution » de la Conférence de La Haye et des travaux qu'elle conduit dans ce domaine. De fait, dans le cadre de la procédure de soumission de rapports, le Comité a demandé à l'Inde si elle avait connaissance des travaux de la Conférence de La Haye dans ce domaine ; par ailleurs, Israël a mentionné les travaux de la Conférence de La Haye et sa participation à la procédure de soumission de rapports en 2013.

⁹ En ce qui concerne l'Allemagne, il convient de noter que les documents mentionnant les CMSI (c.-à-d. la « Liste des points à traiter », voir *infra*, note 12) et la « Réponse à la liste des points à traiter ((CRC/C/DEU/Q/3-4/Add.1), 23 décembre 2013) ont été préparés en 2013 (voir également l'Étude de 2014, note 794). Toutefois, la 65^e session du Comité des Nations Unies au cours de laquelle les rapports de l'Allemagne ont été discutés s'est tenue en janvier 2014 ; c'est la raison pour laquelle elle figure dans cette note.

¹⁰ Tout comme dans les documents antérieurs du Bureau Permanent, le terme « État d'accueil » est utilisé dans cette note pour désigner l'État dans lequel les parents d'intention résident et dans lequel ils souhaitent retourner vivre après la naissance d'un enfant à l'étranger à la suite d'une CMSI.

¹¹ Le terme « État de naissance » désigne l'État dans lequel un enfant est né à la suite d'une CMSI.

¹² Para. 7 de la « Liste des points à traiter concernant les troisième et quatrième rapports périodiques de l'Allemagne, soumis en un seul document » (CRC/C/DEU/3-4), 10 juillet 2013. Voir également l'Étude de 2014, note 794.

¹³ Voir les rapports de l'*India Alliance for Child Rights* et du *Centre for Child Rights* et Terre Des Hommes, disponibles à l'adresse < <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRC/Pages/CRCIndex.aspx> >.

¹⁴ À cet égard, les préoccupations concernaient entre autres le statut juridique des enfants nés à la suite d'une CMSI, l'absence de vérifications quant à l'aptitude des parents d'intention et la situation d'un enfant en cas d'abandon par ses parents d'intention (suite à des exemples d'affaires dans le cadre desquelles ces questions se sont posées en Inde).

¹⁵ À cet égard, les préoccupations concernaient essentiellement des questions d'exploitation des femmes et jeunes filles en conséquence de la promotion du tourisme procréatif.

¹⁶ « Liste des points à traiter concernant les troisième et quatrième rapports périodiques de l'Inde, soumis en un seul document » (CRC/C/IND/Q/3-4), 25 novembre 2013, p. 2.

¹⁷ Para. 57(d) des « Observations finales concernant les troisième et quatrième rapports périodiques de l'Inde, soumis en un seul document » (CRC/C/IND/CO/3-4), 13 juin 2014. Le Comité a également recommandé que l'Inde, « [veille] à ce que [les futures lois] contiennent des dispositions qui définissent et encadrent la gestation pour autrui et en assurent la surveillance et qui incriminent la vente d'enfants à des fins d'adoption illégale, y compris l'utilisation abusive de la gestation pour autrui ». (para. 58(d)).

¹⁸ En ce qui concerne Israël (voir les « Observations finales concernant les deuxième, troisième et quatrième rapports périodiques d'Israël soumis en un seul document, adoptées par le Comité lors de sa 63^e session » (CRC/C/ISR/CO/2-4), 4 juillet 2013, para. 33 à 34 — cependant, voir le commentaire figurant à la note 794 de l'Étude de 2014 concernant lesdites Observations finales) et les États-Unis d'Amérique (voir les « Observations finales concernant le deuxième rapport périodique des États-Unis d'Amérique, soumis en application de l'art. 12 du Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants » (CRC/C/OPSC/USA/CO/2), 2 juillet 2013, para. 29(a) et (b), et para. 30(b)).

que le Comité des Nations Unies avait rarement fait mention de la maternité de substitution avant cette date¹⁹. On peut donc considérer que ces développements ajoutent du poids à la conclusion du Rapport de 2014²⁰, à savoir qu'il existe désormais une justification impérative, du point de vue des droits de l'homme et notamment de ceux des enfants, aux travaux de la Conférence de La Haye dans ce domaine, mais aussi que la nécessité de ces travaux internationaux ne fait que croître d'année en année. En outre, on peut également considérer que ces développements ajoutent du poids à la conclusion selon laquelle, malgré l'absence de disposition expresse de la CNUDE concernant l'établissement de la filiation et / ou concernant la maternité de substitution, la CNUDE justifie néanmoins des travaux internationaux si l'on envisage cet instrument dans sa globalité et, en particulier, les dispositions que le Comité des Nations Unies a citées dans ses questions à l'Inde²¹.

Décisions de la Cour européenne des droits de l'homme (« CrEDH »)

5. Autres développements importants²² survenus cette année : les décisions prononcées par la CrEDH dans les affaires *Mennesson c. France* et *Labassee c. France*²³. Dans ces arrêts très attendus, la CrEDH a jugé que le refus de la France de reconnaître l'existence d'un lien juridique entre des enfants (nés aux États-Unis à la suite d'une CMSI) et leurs pères d'intention génétiquement apparentés respectifs, ou d'en permettre l'établissement, violait l'article 8 de la *Convention européenne des droits de l'homme* (« CEDH ») concernant le droit des enfants au respect de leur vie privée. Pour parvenir à cette conclusion, la CrEDH a souligné : (1) le fait que le droit français *empêchait absolument* l'établissement d'un lien juridique entre les enfants et leur père d'intention, c'est-à-dire que non seulement la transcription de l'extrait d'acte de naissance étranger dans les registres français avait été refusée, mais aussi qu'il n'existait pas de possibilité pour que le père d'intention établisse sa filiation juridique en France d'un quelconque autre moyen²⁴ ; et, (2) que le père d'intention, dans les deux cas, était le père *génétique* des enfants²⁵.

6. Ces arrêts ont clarifié plusieurs questions importantes concernant les exigences de l'article 8 de la CEDH en ce qui concerne la filiation juridique²⁶, entre autres que le droit au respect de la vie privée « exige que chacun puisse établir les détails de son identité d'être humain, *ce qui inclut sa filiation* »²⁷. La large marge d'appréciation accordée aux États non seulement concernant la décision de permettre ou d'interdire la maternité de substitution mais également concernant la reconnaissance d'un lien de filiation juridique entre des enfants conçus à l'étranger et leurs parents d'intention doit donc être *réduite* au vu du fait « qu'un aspect essentiel de l'identité des individus est en jeu dès lors que l'on touche à la filiation »²⁸. En outre, même dans les limites de cette marge d'appréciation, les approches adoptées par les États en

¹⁹ Par ex., d'après les recherches effectuées par le Bureau Permanent, les mentions précédentes datent de 2009, c.-à-d. de la 50^e session, au cours de laquelle a eu lieu une brève discussion sur la maternité de substitution dans le contexte de la procédure de soumission de rapports par les Pays-Bas (voir « Observations finales : Pays-Bas » (CRC/C/NLD/CO/3), 27 mars 2009, para. 45 à 46).

²⁰ Voir para. 18 et 19 du Rapport de 2014.

²¹ À savoir les art. 3, 6, 7, 8, 9, 19, 21 et 35.

²² Bien qu'il s'agisse d'un développement « régional » dans le sens où ces arrêts émanent d'une juridiction européenne, ils touchent bien entendu des États au-delà des frontières de l'UE, puisque l'État de naissance peut très bien se situer hors d'Europe (par ex., dans les affaires *Mennesson* et *Labassee*, l'État de naissance était les États-Unis d'Amérique).

²³ En date du 26 juin 2014. Requêtes Nos 65192/11 et 65941/11, respectivement.

²⁴ Par ex. en reconnaissant sa paternité en vertu du droit français, ou en acquérant la paternité juridique en France sur la base d'un statut *de facto* ou d'une adoption.

²⁵ Le fait que la CrEDH se fonde sur la génétique est intéressant, puisque le Gouvernement français a déclaré « qu'eu égard à la diversité des fondements et des modes d'établissement de la filiation prévus par le droit français, le privilège qui pourrait ainsi être accordé à un critère purement biologique 'para[issait] très contestable' » (para. 72). Par ailleurs, ce constat ne tient pas compte du fait que, dans la plupart des affaires de CMSI, la mère d'intention sera également la mère génétique de l'enfant à naître si elle a fourni ses propres ovocytes. Le raisonnement de la CrEDH concernant les *pères* d'intention génétiquement apparentés s'applique-t-il à ces *mères* d'intention ? (Voir en outre *infra*, para. 8.)

²⁶ À cet égard, il convient de noter que les arrêts *Mennesson / Labassee* ont des implications pour les États membres du Conseil de l'Europe dans d'autres situations que les CMSI, puisqu'ils fournissent des éclairages importants concernant les exigences de l'art. 8 de la CEDH en termes d'établissement et de reconnaissance de la filiation juridique *de manière générale*. Ces arrêts sont donc pertinents quel que soit l'aspect concerné des travaux de la Conférence de La Haye dans ce domaine.

²⁷ Para. 96 de l'arrêt *Mennesson* (*supra*, note 22).

²⁸ *Ibid.*, para. 80.

matière d'établissement et de reconnaissance de la filiation juridique, notamment toute application du principe d'ordre public, feront l'objet d'une surveillance par la CrEDH afin de « rechercher si un juste équilibre a été ménagé entre les intérêts de l'État et ceux des individus directement touchés par cette solution »²⁹. En outre, dans sa détermination de ce « juste équilibre », la CrEDH devra « avoir égard au principe essentiel selon lequel, chaque fois que la situation d'un enfant est en cause, l'intérêt supérieur de celui-ci doit primer »³⁰. Il est également intéressant de noter que la CrEDH a déclaré que, bien qu'il soit concevable qu'un État puisse souhaiter décourager ses ressortissants de se rendre à l'étranger pour y bénéficier de méthodes de procréation assistée prohibées sur son propre territoire, « les effets de la non-reconnaissance [...] du lien de filiation entre les enfants ainsi conçus et les parents d'intention ne se limitent pas à la situation de ces derniers [...] : ils portent aussi sur celle des enfants eux-mêmes », et que c'est le respect de l'intérêt supérieur des *enfants* qui « doit guider toute décision les concernant »³¹.

Questions en suspens suite aux arrêts de la CrEDH

7. Même si ces deux arrêts de la CrEDH ont permis de trancher une question importante concernant les obligations nées de l'article 8 de la CEDH s'agissant de la reconnaissance ou de l'autorisation d'établir un lien juridique entre un enfant et un père génétiquement apparenté, plusieurs questions connexes restent en suspens. Elles concernent à la fois : (1) les exigences de l'article 8 de la CEDH pour ce qui est de la filiation juridique des enfants dans des cas où la matrice factuelle n'est pas comparable à celle des affaires *Menesson / Labassee* ; et, plus important, (2) la réponse à apporter aux préoccupations plus générales qui surviennent en particulier dans le contexte des CMSI.

8. Pour ce qui est du premier point, il n'est toujours pas certain que l'article 8 de la CEDH sera considéré avoir été violé si les faits précis ayant entraîné la violation de cet article dans les affaires *Menesson / Labassee* ne se retrouvent pas dans d'autres affaires. À cet égard, on peut donner deux exemples :

a) Premièrement, le fait de refuser à un enfant la possibilité de faire reconnaître ou établir (de nouveau) son lien de filiation juridique, établi à l'étranger, avec un parent d'intention *qui ne lui est pas génétiquement apparenté* constitue-t-il une violation de l'article 8 de la CEDH ? Le paragraphe 99 de l'arrêt de la CrEDH semble suggérer que le fait de refuser à un enfant la moindre possibilité de faire établir un lien de filiation juridique avec une personne dans ces circonstances *constitue effectivement* une violation de l'article 8 de la CEDH, tandis que le paragraphe 100, lui, est beaucoup moins catégorique. On aurait pu penser que la CrEDH répondrait à cette question dans l'affaire dont elle a été saisie plus récemment, *Paradiso et Campanelli c. Italie*³², concernant une CMSI entreprise en Russie et deux parents d'intention dont *ni l'un ni l'autre* n'est génétiquement apparenté à l'enfant³³. Toutefois, dans son arrêt du 27 janvier 2015, elle a jugé que, s'agissant de la question de savoir si l'article 8 de la CEDH avait été violé par le refus de l'Italie de transcrire l'extrait d'acte de naissance russe de l'enfant dans les registres d'état civil italiens, les parents d'intention n'avaient pas épuisé tous les recours internes qui leur étaient ouverts³⁴. Par conséquent, cette partie de la demande a été rejetée et la CrEDH n'a pas directement tranché cette question³⁵. Autre

²⁹ *Ibid.*, para. 81 et 84.

³⁰ *Id.*

³¹ Para. 99. Voir également l'article de H. Fulchiron, « Du tourisme procréatif » dans « La famille en mutation », Arch. phil. droit. 57 (2014) [p. 331-347], dans lequel l'auteur déclare que, bien qu'il puisse y avoir fraude dans les dispositions du droit international privé français dans les situations de CMSI (puisqu'il y a création, à l'étranger, d'une situation qui est illégale en France), l'enfant né par le biais de la maternité de substitution n'a rien à voir avec le comportement de l'adulte. On peut considérer que ce fait a été implicitement admis par la Cour de cassation française, suite aux arrêts *Menesson / Labassee*, dans ses avis No 15010 et 15011 du 22 septembre 2014.

³² Requête No 25358/12 (arrêt non encore définitif, voir art. 44(2) de la CEDH).

³³ D'après les parents d'intention, cette situation était le résultat d'une erreur de l'établissement médical, puisqu'ils avaient pris les dispositions nécessaires pour que les gamètes du père d'intention soient utilisés.

³⁴ Conformément à l'art. 35 de la CEDH (puisqu'ils n'avaient pas saisi la *Corte Suprema di Cassazione* du rejet de leur demande).

³⁵ Toutefois, la CrEDH a formulé une observation incidente intéressante concernant l'approche adoptée par les autorités italiennes concernant le statut juridique de l'enfant (au para. 77), déclarant que, en appliquant strictement le droit interne pour déterminer la filiation juridique et en ignorant le statut juridique créé à l'étranger, elles n'avaient pas, en l'espèce, agi de manière « déraisonnable » (contrairement à ce qui avait été jugé dans

question qui reste en suspens après ces affaires : le fait de refuser à un enfant la possibilité de faire reconnaître ou établir son lien de filiation juridique, établi à l'étranger, avec une mère d'intention génétiquement apparentée (c.-à-d. une mère d'intention qui utilise ses propres ovocytes) constitue-t-il une violation de l'article 8 de la CEDH ?

b) Deuxièmement, les arrêts de la CrEDH semblent également laisser ouverte la question de savoir si le fait de prévoir *ne serait-ce qu'une* possibilité d'établir la filiation juridique satisfierait l'article 8 de la CEDH ou pas. Par exemple, que se passerait-il si un État ne reconnaissait³⁶ pas la filiation juridique d'un enfant établie à l'étranger mais permettait aux parents d'intention, y compris à ceux génétiquement apparentés à l'enfant, de demander à la place l'adoption de l'enfant une fois de retour dans l'État d'accueil (procédure qui peut être longue et dont le résultat est parfois incertain)³⁷ ? Cette situation est-elle conforme à l'article 8 de la CEDH ? En 2014, les juridictions de plusieurs États³⁸ ont indiqué être de l'avis que l'adoption n'était peut-être pas la meilleure suite qu'il convienne de donner à une convention de maternité de substitution. Toutefois, la jurisprudence de la CrEDH est moins claire à ce sujet.

9. À la lumière des questions de droits plus générales qui se posent dans les affaires de CMSI, les arrêts *Mennesson / Labassee* semblent avoir pour résultat que, même si les États membres du Conseil de l'Europe sont tenus, en vertu de l'article 8 de la CEDH, de permettre que le lien juridique entre un enfant et son père d'intention génétiquement apparenté soit reconnu ou établi à la suite d'une CMSI, cette obligation s'impose dans des circonstances où les États d'accueil, à cause de l'absence de cadre international, ne disposent d'aucun moyen de contrôler a priori — ou alors seulement de manière très limitée³⁹ — les circonstances qui ont conduit à la conception et à la naissance des enfants en question. Dans l'arrêt ultérieur de la CrEDH prononcé dans l'affaire *D. et autres c. la Belgique*⁴⁰, une affaire de CMSI concernant le refus des autorités belges d'autoriser l'entrée de l'enfant en Belgique et la séparation de l'enfant et des parents d'intention qui en a été la conséquence, la CrEDH a en effet confirmé que la CEDH ne pouvait pas contraindre les États à autoriser l'entrée, sur leur territoire, d'enfants nés de mères porteuses avant que les autorités n'aient eu la possibilité de procéder à certaines vérifications d'ordre juridique⁴¹. Toutefois, cela ne résout pas le problème suivant : l'État d'accueil devra procéder à ces éventuelles vérifications *ex post facto* et, qui plus est, *une fois l'enfant déjà né*. Comme l'ont déploré de nombreux juges, à ce moment-là, il est déjà trop tard pour pouvoir exercer le moindre contrôle significatif ; souvent, à ce stade, les décisions doivent être guidées par l'intérêt supérieur de l'enfant⁴².

l'arrêt prononcé par la CrEDH dans l'affaire *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg*, requête No 76240/01, 28 juin 2007). En outre, elle a constaté qu'il y avait eu violation de l'art. 8 de la CEDH en lien avec l'éloignement de l'enfant des parents d'intention (à ce propos, voir *infra*, para. 10).

³⁶ C.-à-d. par des méthodes de droit international privé.

³⁷ En raison de la méthode de procréation assistée (illégal) utilisée. S'agissant de l'application de la Convention de La Haye de 1993 sur l'adoption internationale dans ces affaires, voir la Note préliminaire de 2011 préparée par le Bureau Permanent (Doc. pré. No 11 de mars 2011), para. 43, et la Conclusion et Recommandation de la réunion de 2010 de la Commission spéciale sur le fonctionnement pratique de la Convention de 1993, para. 25, qui « considère inappropriée l'utilisation de la Convention dans les cas de maternité de substitution à caractère international ».

³⁸ La Cour suprême fédérale d'Allemagne (voir **annexe I**, point 1), le tribunal brésilien (voir *infra*, note 59) et la Haute Cour d'Angleterre (par ex. dans l'affaire *CC c. DD* [2014] EWHC 1307, dans laquelle une décision d'adoption par la belle-mère avait été prononcée aux États-Unis d'Amérique pour attribuer la filiation juridique à une mère d'intention. En étudiant l'effet de la décision d'adoption dans l'État d'accueil (l'Angleterre), le juge Theis a fait observer que, bien que cette décision soit susceptible de reconnaissance en Angleterre, une décision de justice transférant la filiation juridique (*parental order*) en vertu du droit anglais « refléterait mieux [...] l'identité [de l'enfant] en tant qu'enfant procréé plutôt qu'enfant adopté » et qu'« [une] *parental order* est ce qui convient le mieux aux situations de maternité de substitution » (para. 40). Voir également *Re G and M* [2014] EWHC 1561 et les observations du juge Munby dans l'affaire *Re X (A child) (Surrogacy: Time limit)* [2014] EWHC 3135, para. 7.

³⁹ Notamment par le biais de discussions et d'accords bilatéraux.

⁴⁰ Requête No 29176/13 (arrêt disponible en français seulement).

⁴¹ *Id.*, para. 59. La CrEDH a également souligné (para. 48) que la procédure introduite, en l'espèce, ne portait pas sur la non-reconnaissance de la filiation juridique (puisque cette question était toujours pendante devant la juridiction interne) mais sur l'entrée de l'enfant sur le territoire et sur la séparation résultant du refus initial.

⁴² Comparer cette situation à l'approche internationalement convenue en matière d'adoption internationale : la reconnaissance du statut juridique d'un enfant adopté au titre d'une adoption internationale *s'appuie* sur une attestation indiquant que la procédure d'adoption est conforme à la Convention et, par conséquent, ce qui est

10. Cette difficulté a de nouveau été illustrée par la récente affaire susmentionnée dont a été saisie la CrEDH, *Paradiso et Campanelli c. Italie*⁴³, dans le cadre de laquelle les autorités italiennes ont éloigné l'enfant des parents d'intention et l'ont placé dans un établissement puis au sein d'une famille d'accueil. La CrEDH, constatant qu'il y avait eu violation de l'article 8 de la CEDH parce que l'enfant avait été éloigné des parents d'intention⁴⁴, a déclaré que les considérations d'ordre public par lesquelles les autorités italiennes avaient justifié leurs décisions (notamment le fait que les parents d'intention avaient essayé de contourner les règles italiennes en matière de maternité de substitution et d'adoption internationale) ne pouvaient pas primer sur l'intérêt supérieur de l'enfant, et ce malgré l'absence de lien génétique avec les parents d'intention et la brièveté de la période pendant laquelle l'enfant avait été sous leur garde. Le fait d'éloigner un enfant de son environnement familial était une mesure extrême qui ne pouvait se justifier que si l'enfant courait un danger immédiat. En outre, la Cour a souligné qu'il était nécessaire de veiller à ce qu'un enfant ne soit pas défavorisé pour la simple raison qu'il était né d'une mère porteuse, à commencer par son identité (citant à cet égard l'art. 7 de la CNUDE)⁴⁵.

11. Comme le montrent ces récents arrêts, dans le contexte de la CMSI, la situation actuelle pourrait ainsi placer les États dans une situation extrêmement délicate. Que se passe-t-il si les États d'accueil sont gravement préoccupés — que ce soit dans un cas particulier, ou systématiquement, concernant toutes les affaires émanant de certains États en particulier — par les circonstances qui ont conduit à la naissance de certains enfants à la suite d'une CMSI ? Que faire lorsque leurs préoccupations concernent le traitement des mères porteuses (par ex. leur consentement, leur traitement ou les soins dont elles bénéficient)⁴⁶ ? Qu'en est-il des droits des enfants, outre les questions relatives à leur statut juridique (par ex. leur droit à connaître leurs origines génétiques et les conditions de leur gestation, leur droit à la santé, leur droit d'être protégés de tout mauvais traitement, etc.)⁴⁷ ? Que se passe-t-il si certains États d'accueil sont confrontés à des préoccupations et à des difficultés particulières en lien avec certaines CMSI (par ex. celles dans le cadre desquelles il n'y aura pas de lien génétique entre les parents d'intention et l'enfant) ? Qu'en est-il des préoccupations concernant certains intermédiaires (par ex. les établissements médicaux où se produisent régulièrement des « mélanges » génétiques) ? Il va de soi que cela ne veut pas dire qu'une approche au titre de laquelle les enfants se retrouvent avec une filiation juridique « boiteuse » (ou apatrides) est une solution : cela n'apporte pas le moindre élément de réponse à ces questions. Toutefois, comme l'a démontré une étude détaillée de ce domaine⁴⁸, le statut juridique des enfants n'est que l'une des nombreuses questions variées et complexes que suscitent les CMSI. Le fait d'imposer la reconnaissance de la filiation juridique dans une situation dans laquelle aucun contrôle *a priori* — notamment aucune norme minimale internationalement convenue ni aucun cadre de coopération — n'a été mis en place pourrait involontairement produire des conséquences problématiques⁴⁹.

12. Du fait de ce qui précède, à savoir des incertitudes en suspens concernant la filiation juridique des enfants, ainsi que de la position délicate dans laquelle se trouvent désormais les États, la situation actuelle peut être considérée comme très insatisfaisante pour les familles tout comme pour les États. De fait, de l'avis du Bureau Permanent, elle met encore plus en évidence la nécessité que la communauté internationale se réunisse pour étudier la possibilité de convenir d'un cadre multilatéral susceptible de garantir une sécurité juridique universelle

plus important, conforme aux protections et garanties internationalement convenues (voir art. 23 de la Convention de 1993).

⁴³ Au para. 8.a).

⁴⁴ Il convient de noter que les juges Raimondi et Spano ont conjointement exprimé une opinion partiellement dissidente en l'espèce.

⁴⁵ En lien avec le refus des autorités italiennes de transcrire l'extrait d'acte de naissance russe, voir *supra*, para. 8.a).

⁴⁶ Ce qu'elles sont souvent : voir l'Étude de 2014, para. 192 à 199.

⁴⁷ Voir l'Étude de 2014, para. 185 à 191.

⁴⁸ Voir l'Étude de 2014, section C, et le Rapport de 2014.

⁴⁹ Par ex. si la reconnaissance de la filiation juridique encourage davantage de parents d'intention à entreprendre des CMSI dans ces circonstances où d'autres protections n'existent pas pour toutes les parties. Voir par ex. la liste de domaines que le Rapport de 2014 recense comme nécessitant éventuellement la mise en place de normes minimales internationalement convenues (para. 63 et 64).

dans ce type de situations transfrontières *tout en permettant* aux États d'œuvrer ensemble pour faire respecter les droits de l'homme de tous les intéressés⁵⁰. Seule une analyse globale réalisée par la communauté mondiale permettra d'avancer pour savoir si un instrument international serait en mesure d'atteindre ces objectifs.

III. GRANDS DÉVELOPPEMENTS NATIONAUX OBSERVÉS EN 2014⁵¹

Tendances relatives à l'établissement / à la reconnaissance de la filiation juridique à la suite d'une CMSI⁵²

13. Le flux stable et ininterrompu des décisions concernant la filiation juridique à la suite d'une CMSI rapportées au niveau national en 2014 ne fait que confirmer la conclusion⁵³ que le nombre de CMSI a notablement augmenté et que les problèmes qui en découlent ne cessent de croître. S'agissant des approches que les États ont adoptées pour traiter ces questions en 2014, les répercussions des arrêts *Menesson / Labassee* se font déjà fortement sentir dans certains États membres du Conseil de l'Europe, surtout dans les États qui se distinguaient auparavant par leur approche plus restrictive. Cela ne veut pas dire que ces États ont modifié leur position *interne* (notamment leurs interdictions) en matière de maternité de substitution, ni qu'ils envisagent de le faire : au contraire, certains d'entre eux ont expressément déclaré qu'aucun changement n'était à l'étude. C'est plutôt l'approche de la *reconnaissance d'un statut juridique acquis légalement à l'étranger* qui évolue. De fait, on peut affirmer — quoique avec prudence — que les premiers signes d'une tendance, dans ces États, en faveur de la reconnaissance de la filiation juridique dans les affaires de CMSI *dans certaines circonstances* sont perceptibles, ce que confirment certains exemples notables allant dans ce sens dans la jurisprudence récente⁵⁴, mais aussi des recommandations ou des propositions législatives dans d'autres États⁵⁵. Ces développements importants sont présentés plus en détail à l'**annexe I**.

14. Au-delà de l'Europe, l'approche que les États ont adoptée en 2014 par rapport à ces questions semble elle aussi tendre à faciliter la reconnaissance ou l'établissement de la filiation juridique des enfants et des parents d'intention pour des motifs d'intérêt supérieur de l'enfant⁵⁶. Par exemple, en Australie, un juge du tribunal aux affaires familiales s'est récemment déclaré en mesure de faire une déclaration quant à la filiation juridique d'un père d'intention génétiquement apparenté (malgré l'existence d'un précédent australien allant dans l'autre sens)⁵⁷, au vu du fait que « les intérêts de l'enfant devaient primer [...] sur les considérations d'ordre public »⁵⁸. Au Brésil, même s'il s'agissait d'une affaire de maternité de substitution

⁵⁰ Voir les objectifs politiques de futurs travaux énoncés à la p. 68 du Rapport de 2014.

⁵¹ Plusieurs États ont envisagé d'adopter ou déjà adopté des réformes législatives *internes* concernant la maternité de substitution l'année dernière : c'est notamment le cas d'Israël (un amendement est à l'étude par le Parlement pour permettre aux couples de même sexe et aux hommes et femmes célibataires de bénéficier de services de maternité de substitution), du Vietnam (une loi a été adoptée pour permettre la maternité de substitution dans des conditions strictes), de la Serbie (une réforme législative est à l'étude) et des États-Unis d'Amérique (état de New York). En outre, aux États-Unis d'Amérique, des lignes directrices (en date du 28 octobre 2014) déclarent qu'une femme qui donne naissance à un enfant non génétiquement apparenté à l'étranger (c.-à-d., en règle générale, conçu par PMA au moyen de l'ovocyte d'une donneuse) peut désormais transmettre sa nationalité américaine à l'enfant malgré l'absence de lien génétique (voir < www.uscis.gov >, PA-2014-009).

⁵² Les tendances observées dans les affaires de CMSI sont décrites dans cette partie parce qu'elles représentent la majorité de la jurisprudence en la matière en 2014 ; cependant, des développements notables sont également intervenus concernant la reconnaissance transfrontière de la filiation juridique dans des affaires sans lien avec la maternité de substitution : voir par ex. l'article < <http://www.thelocal.it/20150109/turin-will-transcribe-birth-certificate-of-gay-couples-son> > qui indique que, pour la première fois en Italie, l'extrait d'acte de naissance espagnol d'un enfant nommant deux femmes a été intégralement transcrit en Italie suite à un arrêt prononcé en appel.

⁵³ Voir l'Étude de 2014, para. 125 à 129.

⁵⁴ Par ex. en Allemagne, au Royaume-Uni et en Suisse.

⁵⁵ Par ex. en Espagne, en France (une éventuelle initiative *internationale* a été suggérée) et en Irlande.

⁵⁶ Bien que dans certaines circonstances précises, la filiation juridique étant établie / reconnue selon diverses méthodes.

⁵⁷ Voir l'Étude de 2014, para. 156.

⁵⁸ Selon le juge Johns, *Green-Wilson & Bishop* [2014] FamCA 1031, para. 44. Il convient de noter que le juge a pu faire la distinction entre des décisions australiennes antérieures en se fondant sur les différences entre les lois d'état australiennes relatives à la maternité de substitution (Victoria en l'espèce, par rapport à la Nouvelle-Galles-du-Sud).

altruiste *interne*⁵⁹, il a récemment été jugé que deux hommes devaient être enregistrés en qualité de parents juridiques de l'enfant sur son extrait d'acte de naissance, au motif que c'était la conclusion à atteindre si l'on se fondait sur l'intérêt supérieur de l'enfant⁶⁰. Au Canada, la Cour d'appel du Québec a récemment arrêté que, bien qu'une convention de maternité de substitution soit « absolument nulle » au Québec, une adoption par la belle-mère en faveur d'une mère d'intention (le père d'intention génétiquement apparenté étant déjà le père juridique au Québec en l'espèce) devait être accordée au motif que les intérêts de l'enfant primaient sur les circonstances de sa gestation⁶¹.

Problèmes en suspens : limites et questions de droits plus générales

15. Bien que la reconnaissance du statut juridique de l'enfant se soit avérée possible dans un plus grand nombre d'affaires de CMSI rapportées en 2014 (mais pas dans toutes, loin s'en faut⁶²) par rapport à ce qui était auparavant le cas, les développements observés au niveau national continuent d'illustrer de manière flagrante les problèmes importants qui demeurent en l'absence de réglementation internationale, à savoir : (1) les limites, le cas échéant, que les États d'accueil devraient imposer aux circonstances dans lesquelles ils reconnaîtront / établiront la filiation juridique (et / ou la nationalité) d'un enfant à la suite d'une CMSI ; et (2) les questions de droits de l'homme plus générales qui se posent dans ces affaires. Les États d'accueil doivent-ils tout simplement « fermer les yeux » à ce sujet et se concentrer uniquement sur le statut juridique de l'enfant concerné ?

16. Pour ce qui est du premier point, il est intéressant de noter que, dans certains États d'accueil européens, on peut discerner une limite quant à l'application du raisonnement de la CrEDH dans des affaires présentant une matrice factuelle différente de celle des affaires *Menesson / Labassee*⁶³. Par exemple, en Italie, dans un arrêt du 26 septembre 2014, la Cour suprême s'est appuyée sur les arrêts *Menesson / Labassee* pour *établir une distinction* entre les faits de ces deux affaires et ceux d'une affaire dont elle était saisie⁶⁴. Elle a jugé qu'un extrait d'acte de naissance ukrainien, qui indiquait qu'un couple d'Italiens étaient les parents juridiques d'un enfant né en Ukraine à la suite d'une CMSI, ne pouvait pas être reconnu en Italie dans des circonstances où *ni la mère ni le père d'intention n'étaient génétiquement apparentés à l'enfant*⁶⁵. Par conséquent, la décision de la juridiction inférieure au titre de laquelle l'enfant avait été déclaré adoptable et un tuteur avait été nommé a été confirmée⁶⁶.

⁵⁹ L'affaire concernait une convention de procréation pour autrui altruiste, et la mère porteuse était la sœur de l'un des pères d'intention. Les spermatozoïdes utilisés étaient ceux du père d'intention non apparenté à la mère porteuse.

⁶⁰ Affaire No 0800779-46.2013.8.24.0090. *Averiguacao de Paternidade/PROC*. Florianopolis (SC), juge : Luiz Claudio Broering. En date du 30 juillet 2014.

⁶¹ *Adoption – 1445* [2014] QCCA 1162, 10 juin 2014. Il s'agissait là encore d'une affaire concernant une convention de maternité de substitution *interne* ; en l'espèce, le juge saisi de l'affaire a constaté, contrairement à la juridiction inférieure, qu'il ne pouvait pas être conclu que la mère porteuse avait été rémunérée (c.-à-d. qu'il était probable qu'il s'agisse d'une convention *altruiste*). En outre, qu'il y ait ou non eu rémunération, les éventuels versements n'avaient pas pour objectif d'obtenir son consentement à l'adoption (ce qui est interdit et passible de poursuites pénales en vertu de la Loi sur la protection de la jeunesse, art. 135.1 et 135.1.3).

⁶² Voir *infra*, para. 16. En outre, une autre affaire rapportée par les médias, qui, semble-t-il, est toujours en instance devant les tribunaux suisses, concerne un couple suisse qui avait entrepris une seconde CMSI aux États-Unis d'Amérique (n'ayant eu aucun problème à faire établir le statut juridique de son premier enfant en Suisse, sans doute parce que les autorités n'avaient pas eu connaissance de la CMSI). Toutefois, en ce qui concerne le second enfant, les autorités suisses auraient refusé de reconnaître la mère d'intention suisse en qualité de mère juridique de l'enfant et auraient nommé un tuteur pour l'enfant. En conséquence, le couple a quitté la Suisse pour vivre aux États-Unis d'Amérique. Comme le démontrait déjà la jurisprudence analysée dans l'Étude de 2014 (para. 147 et s. ; voir en particulier les para. 176 à 179), cette affaire est un autre exemple de l'incohérence des décisions pouvant se produire dans les affaires de CMSI en l'absence de cadre international (à cet égard, voir également les observations des parents d'intention allemands citées au para. 179 de l'Étude de 2014).

⁶³ Voir, *supra*, la question soulignée au para. 8 concernant les limites à l'application du raisonnement de la CrEDH.

⁶⁴ *Corte Suprema di Cassazione, 1a sezione civile, 24001 / 14*, en date du 26 septembre 2014.

⁶⁵ De fait, l'absence de lien génétique entre l'enfant et les parents d'intention est également contraire à la loi ukrainienne sur la maternité de substitution, qui impose que l'un des parents d'intention soit génétiquement apparenté à l'enfant. Même si les faits sont très semblables, cette affaire est différente de l'affaire *Paradiso et Campanelli c. Italie*, voir *supra*, para. 8.a)

⁶⁶ N.B. : en lien avec l'éloignement de l'enfant des parents d'intention dans cette affaire, il sera intéressant de savoir si ceux-ci prennent d'autres mesures dans cette affaire pour contester cet arrêt au vu de la récente décision prononcée par la CrEDH dans l'affaire *Paradiso et Campanelli c. Italie* (voir *supra*, para. 8.a) et 10). L'arrêt

Dans la même veine, récemment, la Cour suprême fédérale d'Allemagne⁶⁷, bien qu'elle ait ordonné la reconnaissance de la filiation juridique dans l'affaire dont elle était saisie, a expressément décidé de trancher ultérieurement des affaires dans lesquelles : (1) aucun des parents d'intention n'était génétiquement apparenté à l'enfant et / ou (2) la mère porteuse était également la mère génétique de l'enfant⁶⁸. Toutefois, l'accent mis sur le lien génétique n'est pas universellement admis (voir par ex. les commentaires du juge dans l'affaire brésilienne susmentionnée⁶⁹, ainsi que la position adoptée par la France devant la CrEDH⁷⁰).

17. Pour ce qui est du second point, dans un grand nombre d'affaires jugées en 2014, même si le statut juridique de l'enfant a été reconnu (par quelque méthode disponible que ce soit dans l'État d'accueil en question, parfois au terme de longues procédures judiciaires incertaines, aux lourdes conséquences financières et psychologiques⁷¹), les juges continuent de déplorer que ces affaires soulèvent des questions systémiques de droits de l'homme, notamment de droits des enfants, qu'ils ne peuvent résoudre après les faits au cas par cas⁷². De fait, cette situation a suscité de nouveaux appels à la réglementation, un juge anglais ayant même indiqué, en préambule de la décision qu'il avait prononcée en 2014 dans une affaire de CMSI, ce qui suit : « Il existe, à mon avis, un besoin impératif d'uniformisation de la réglementation au moyen d'un instrument international, afin de structurer de manière appropriée ce que l'on est forcé d'appeler le marché de la maternité de substitution »⁷³. Dans le même ordre d'idées, un juge australien s'est prononcé sur « le besoin de réglementation et de contrôle de ces pratiques sur d'autres territoires afin de garantir que les droits de toutes les parties (et des enfants nés à la suite de ces conventions) soient protégés »⁷⁴.

18. Certaines des questions de droits extrêmement graves qui ont *continué* de se poser en 2014⁷⁵ sont exposées en détail à l'**annexe II** ci-dessous : affaires d'abandon d'enfant (déchaînant la fureur des médias) ; affaires dans lesquelles l'aptitude des parents d'intention a été remise en question, donnant lieu à des craintes de traite d'enfants ; affaires dans lesquelles les juges ont déploré la probable incapacité future de l'enfant à connaître ses origines génétiques et les conditions de sa gestation ; affaires dans lesquelles s'est encore une fois posée la question du consentement libre et éclairé des mères porteuses et celle des termes des contrats qu'elles ont signés ; affaires faisant état de préoccupations claires concernant des intermédiaires sans scrupules, etc. Toutefois, comme indiqué dans le Rapport et l'Étude de 2014, il convient de noter que ces préoccupations varient en fréquence et en gravité en fonction des États de naissance⁷⁶.

Paradiso devra également être pris en considération dans le cadre de futures affaires de CMSI présentant des matrices factuelles similaires.

⁶⁷ Dans l'affaire citée à l'**annexe I**.

⁶⁸ Encore une fois, dans le même esprit (mais s'intéressant davantage à l'acquisition de la nationalité qu'à la filiation juridique), un arrêt de 2014 d'une Cour d'appel fédérale canadienne (*Kandola c. Canada (Citoyenneté et immigration)* [2014] FCA 85, 31 mars 2014) a confirmé que, pour qu'un enfant né à l'étranger par PMA acquière la nationalité canadienne par filiation de son parent d'intention canadien, « le seul type de lien qui peut conférer la citoyenneté acquise par filiation est le lien génétique / gestationnel » (*cf.* la décision antérieure de la Cour fédérale en l'espèce, mentionnée au para. 157 et à la note 613 de l'Étude de 2014). En l'espèce, étant donné que l'enfant n'était pas génétiquement apparenté au père d'intention canadien (ou qui plus est à la mère d'intention étrangère), il n'a pas pu acquérir la nationalité canadienne par filiation de plein droit.

⁶⁹ Dans laquelle il a déclaré que l'idée selon laquelle la filiation juridique devrait reposer uniquement sur un lien génétique était « archaïque » (voir *supra*, note 59).

⁷⁰ Voir *supra*, note 24. En outre, en Afrique du Sud, une femme qui souhaite avoir un enfant par le biais de la maternité de substitution mais qui ne peut pas (pour des raisons médicales) utiliser ses propres ovocytes et qui est célibataire (et aurait donc recours à un don de spermatozoïdes) a introduit une demande devant la Haute Cour de Pretoria contestant l'exigence de lien génétique entre un enfant né à la suite d'une convention de maternité de substitution et au moins l'un des parents d'intention prévue par la loi. Elle conteste cette disposition au motif qu'elle viole plusieurs de ses droits constitutionnels (pour plus d'informations, voir < <http://www.timeslive.co.za/thetimes/2014/10/15/sa-surrogacy-law-challenged> >).

⁷¹ Voir l'Étude de 2014, para. 176 à 180.

⁷² Comme l'a récemment fait remarquer un juge australien : « le point de départ [...] consiste à indiquer clairement, du point de vue du juge, qu'il s'agit d'un domaine qui lui cause des inquiétudes » (traduction du Bureau Permanent). Selon le juge Cronin, *Fisher-Oakely & Kittur* [2014] FamCA 123, para. 5.

⁷³ (traduction du Bureau Permanent). Selon le juge Moylan, *Re D (A Child)* [2014] EWHC 2121, para. 1.

⁷⁴ Selon le juge Johns, *Green-Wilson & Bishop* [2014] FamCA 1031, para. 10.

⁷⁵ Malheureusement, ceci n'est pas une nouveauté — voir l'Étude de 2014, para. 185 à 215.

⁷⁶ Par ex., un grand nombre des affaires graves de 2014 impliquent l'Inde et la Thaïlande.

19. Il est intéressant de noter qu'en Inde et en Thaïlande, la situation actuelle nécessite déjà une coopération internationale avec les principaux États d'accueil : en effet, certaines affaires ayant fait la une des médias, les États de naissance ont réagi en modifiant leur politique, faisant que les parents d'intention ont du mal à suivre les évolutions rapides qui en découlent⁷⁷. Dans une perspective à plus long terme, ces deux États ont entrepris de légiférer pour essayer de résoudre certaines des difficultés (bien qu'en l'état actuel des projets de loi, les approches soient très différentes en ce qui concerne les conventions de maternité de substitution *à but lucratif*, l'Inde envisageant de les autoriser sous certaines conditions, tandis que la Thaïlande les interdirait)⁷⁸. De façon intéressante, ces deux approches démontrent que la législation *interne* est limitée dans sa capacité à résoudre les problèmes propres à ce phénomène véritablement *international*. Par exemple, il s'avère que la « fermeture » attendue de la Thaïlande aux CMSI a (déjà) entraîné l'installation de certains établissements médicaux et agences au Népal, soulignant la vigueur de la demande en matière de CMSI et l'adaptabilité des « protagonistes » du marché⁷⁹. Entre-temps, le fonctionnement efficace de la législation indienne, si elle est adoptée en sa forme actuelle⁸⁰, pour ce qui est des questions de statut juridique (notamment de nationalité) des enfants nés à la suite de CMSI, dépendra au bout du compte de la coopération internationale⁸¹ (que la législation nationale ne peut imposer). La nécessité d'une approche véritablement *multilatérale*⁸² a également été confirmée de nouveau par le nombre d'affaires impliquant *au moins trois* États (par ex. parce que les parents d'intention résidaient dans un autre État que celui dont ils étaient ressortissants, ou parce que la ou les personnes fournissant les gamètes et la mère porteuse résidaient dans des États différents) rapportées en 2014⁸³.

IV. AUTRES SOUTIENS EXPRIMÉS EN FAVEUR DES TRAVAUX DE LA HCCH SUR LA FILIATION / MATERNITÉ DE SUBSTITUTION

20. Le Rapport de 2014 signale que d'autres organismes ont reconnu le besoin de réaliser des travaux législatifs internationaux dans ce domaine et ont soutenu les travaux conduits sous les auspices de la Conférence de La Haye⁸⁴. Depuis la publication du Rapport de 2014 et à mesure que les travaux de la Conférence de La Haye dans ce domaine sont mieux connus⁸⁵, d'autres soutiens ont été exprimés en faveur de ces travaux, notamment par des acteurs publics tels

⁷⁷ Par ex., le projet de loi thaïlandais et l'actuelle fermeté de mise concernant la maternité de substitution à caractère commercial ont entraîné une situation dans laquelle de nombreux parents d'intention et donc de mères porteuses qui avaient déjà conclu une CMSI se retrouvent dans l'incertitude quant à la suite que connaîtront ces « affaires de transition ». Entre-temps, en Inde, suite à la « tempête » médiatique entourant l'affaire de l'enfant abandonné par des parents d'intention australiens, il a été rapporté qu'une « interdiction temporaire » frappait la délivrance des visas nécessaire aux Australiens et que toutes les demandes de visas étaient contrôlées bien plus strictement.

⁷⁸ Voir l'*Assisted Reproductive Technology (Regulation) Bill* (2013), pour l'Inde, et le *Protection of Children born from Assisted Reproductive Technologies Bill*, pour la Thaïlande (première lecture le 28 novembre 2014, désormais en cours de révision et de modification par un comité avant sa transmission en deuxième lecture).

⁷⁹ Voir par ex. < <http://www.ekantipur.com/2014/12/04/headlines/Door-opens-to-foreigners-for-surrogacy/398524/> >.

⁸⁰ D'après les médias, différents ministères indiens ont formulé des observations très différentes concernant ce projet de loi, la direction générale des services de santé ayant déclaré que la maternité de substitution en Inde devrait être réservée aux ressortissants indiens et aux personnes d'origine indienne (ce qui représenterait un écart politique significatif par rapport aux versions précédentes), le ministère de la Condition féminine et du développement de l'enfant exprimant pour sa part un avis différent. Voir < <http://blog.indiansurrogacylaw.com/women-and-child-development-ministry-assisted-reproductive-technology-bill/> >.

⁸¹ Des États d'accueil et qui plus est des autres États impliqués.

⁸² À cet égard, voir l'art. 23 de la Convention de La Haye de 1993 sur l'adoption internationale : dans le cas où les critères prévus par la Convention sont remplis, le statut juridique de l'enfant adopté sera reconnu non seulement dans l'État d'origine de ses parents d'intention mais également dans *tous* les États parties à la Convention, ce qui garantit la sécurité maximale du statut juridique pour l'enfant et sa famille.

⁸³ Ce que faisait déjà remarquer l'Étude de 2014, para. 134. S'agissant du premier cas de figure, voir par ex., pour 2014, les affaires anglaises *CC c. DD* [2014] EWHC 1307, *Re G and M* [2014] EWHC 1561, et l'affaire australienne *Fisher-Oakley & Kittur* [2014] FamCA 123. S'agissant du second cas de figure, voir l'affaire australienne *Green-Wilson & Bishop* [2014] FamCA 1031, dans laquelle la donneuse d'ovocytes était originaire d'Ukraine et la mère porteuse d'Inde.

⁸⁴ Par ex. le Service Social International, un rapport commandé par la Commission des affaires juridiques et parlementaires du Parlement européen, des publications et conférences universitaires. Voir également le Rapport de 2014, para. 20, note 68.

⁸⁵ En partie, grâce aux travaux de coopération entrepris par le Bureau Permanent avec d'autres organismes œuvrant dans ce domaine.

que décideurs politiques, magistrats et personnes chargées de réaliser des études dans ce domaine. En 2014, par exemple, au Royaume-Uni et en Suisse, des députés ont interpellé leur gouvernement concernant les difficultés survenant en lien avec les CMSI⁸⁶. Dans leurs réponses respectives, les deux gouvernements ont fait état du soutien qu'ils apportaient, au niveau international, aux travaux de la Conférence de La Haye en faveur d'un éventuel futur instrument international⁸⁷. En outre, mais hors du contexte des débats parlementaires, le Premier ministre français a lui aussi fait remarquer qu'il serait possible d'envisager une « initiative internationale » en la matière⁸⁸. En Australie, le *Family Law Council*, suite à son *Report on Parentage and the Family Law Act*, a conclu, s'agissant des CMSI, qu'il « estimait que cette question appelait une réponse réglementaire internationale coordonnée [...] et qu'il soutenait les travaux actuels de la Conférence de La Haye de droit international privé à cet égard »⁸⁹. Enfin, sur la scène judiciaire, comme indiqué ci-dessus, en 2014, des juges ont signalé ou rappelé la position délicate dans laquelle se trouvaient les tribunaux saisis d'affaires de CMSI et le besoin d'une réglementation internationale⁹⁰.

V. PROCHAINES ÉTAPES

21. Les Membres sont invités à se référer à la section V du Rapport de 2014, qui recommande que le Conseil charge un Groupe d'experts d'approfondir l'étude de la faisabilité d'établir un instrument multilatéral dans ce domaine. Les recommandations du Bureau Permanent concernant : (1) la composition de ce Groupe et (2) la structure de ces travaux sont exposées aux paragraphes 69 à 72 du Rapport et ne seront pas reproduites dans cette note. Toutefois, un an plus tard, la question du calendrier et des ressources est traitée ci-dessous.

22. S'agissant de la date de la première réunion du Groupe d'experts, le Bureau Permanent considère qu'il est réaliste de proposer qu'elle se tienne au cours du premier semestre 2016. Ceci laisserait suffisamment de temps, au cours du second semestre 2015⁹¹, pour que le Bureau Permanent travaille avec les Membres afin de constituer le Groupe d'experts et d'entreprendre les préparatifs nécessaires à la réunion.

23. En termes de ressources, suite à la publication des documents du Conseil en mars 2014 et conformément à la priorité accordée par le Conseil aux travaux préparatoires de la réunion de 2015 de la Commission spéciale sur la Convention de La Haye de 1993 sur l'adoption internationale, ce projet s'est vu accorder environ 20 % du temps de travail d'un Collaborateur

⁸⁶ S'agissant de la Suisse, voir « Interpellation 14.3742 » (18 septembre 2014) et la réponse du Conseil fédéral (5 novembre 2014), à l'adresse

< http://www.parlament.ch/e/suche/Pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20143742 >. S'agissant du Royaume-Uni, voir les débats qui se sont déroulés au Westminster Hall le 14 octobre 2014, publiés dans le Hansard, disponible à l'adresse

< <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm201415/cmhansrd/cm141014/halltext/141014h0001.htm#14101451000001> >.

⁸⁷ En Suisse, cette réponse faisait suite au « Rapport sur la maternité de substitution » du Conseil fédéral suisse, qui soulignait qu'une coopération entre États était nécessaire pour résoudre les problèmes survenant en lien avec les CMSI (Rapport du Conseil fédéral du 29 novembre 2013 en exécution du postulat 12.3917 du 28 septembre 2012, p. 2 et 34). Dans le même esprit, le gouvernement britannique, soulignant son obligation de protéger les enfants, a déclaré que « la Conférence de La Haye [était] probablement l'organisme international le mieux placé pour les étudier » (traduction du Bureau Permanent) (voir le Hansard (*supra*, note 86), colonne 14WH).

⁸⁸ Voir par ex. < <http://www.gouvernement.fr/manuel-valls-la-gpa-est-et-sera-interdite-en-france> > et < <http://www.la-croix.com/Actualite/France/Manuel-Valls-La-France-entend-promouvoir-une-initiative-internationale-sur-la-GPA-2014-10-02-1215549> >. Manuel Valls a cité l'exemple d'une initiative semblable aux règles actuelles applicables aux visas en Inde, dont le but serait de garantir que les pays qui autorisent la maternité de substitution n'en étendent pas le bénéfice aux ressortissants de pays qui l'interdisent.

⁸⁹ (traduction du Bureau Permanent). Voir Family Law Council, « *Report on Parentage and the Family Law Act* » (décembre 2013), disponible à l'adresse

< <http://www.ag.gov.au/FamiliesAndMarriage/FamilyLawCouncil/Documents/family-law-council-report-on-parentage-and-the-family-law-act-december2013.pdf> >. Par la suite, la Direction de la Santé d'Australie-Occidentale, ayant réalisé une étude sur la loi de 2008 de cet état relative à la maternité de substitution, a présenté un rapport au Parlement d'état qui recommandait entre autres que des recherches complémentaires en matière de CMSI soient encouragées et favorisées. À cet égard, le rapport soulignait que les travaux de la Conférence de La Haye pourraient déboucher sur une réponse réglementaire mondiale.

⁹⁰ Voir *supra*, para. 17.

⁹¹ Suite à la réunion de 2015 de la Commission spéciale sur le fonctionnement pratique de la Convention de La Haye de 1993 sur l'adoption internationale, sur laquelle cette équipe travaille également.

juridique senior et 5 % du temps de travail d'un Collaborateur juridique principal. Si un Groupe d'experts est créé, des ressources supplémentaires devront être affectées à ce projet.

24. Le Bureau Permanent serait également reconnaissant au Council de bien vouloir recommander que les Membres tiennent le Bureau Permanent très régulièrement informé, dans la mesure du possible, des développements importants survenant dans leurs États respectifs en lien avec la filiation juridique et la maternité de substitution (par ex. nouveautés judiciaires, législatives et politiques). Ainsi, le Bureau Permanent pourrait économiser les ressources qu'il aurait faute de quoi besoin de consacrer au suivi de ces développements.

ANNEXE I

Développements importants en lien avec la reconnaissance / l'établissement de la filiation juridique suite à une CMSI dans certains États membres du Conseil de l'Europe après les arrêts *Menesson / Labassee*¹

1. En Allemagne, la Cour suprême fédérale, dans un récent arrêt² infirmant la décision de la juridiction inférieure³ et contraire à un grand nombre de précédents allemands⁴, a jugé qu'une décision californienne nommant deux pères d'intention en qualité de parents juridiques d'un enfant⁵ devait être reconnue en Allemagne. Pour parvenir à cette décision, la Cour s'est fondée sur l'article 8 de la CEDH et sur les arrêts *Menesson / Labassee*, déclarant que l'intérêt supérieur de l'enfant voulait que sa filiation juridique établie aux États-Unis soit reconnue et que l'enfant ne pouvait être tenu responsable des actes des adultes. Il est particulièrement intéressant de noter que la Cour fédérale a marqué son désaccord par rapport aux commentaires de la juridiction inférieure qui affirmait qu'une adoption — et non la reconnaissance d'une décision étrangère — serait la procédure la plus appropriée pour établir un lien juridique entre l'enfant et le père d'intention qui ne lui était *pas* génétiquement apparenté. La Cour fédérale a déclaré qu'au contraire, une adoption comporterait le risque que les parents d'intention changent d'avis après la naissance de l'enfant. Cela pourrait donc permettre aux parents d'intention de fuir leur responsabilité envers l'enfant. La Cour fédérale a souligné les différences entre l'adoption et la maternité de substitution et a déclaré que, dans les affaires de maternité de substitution, la filiation juridique devrait être établie *lors de la naissance de l'enfant*. En outre, la Cour fédérale a contredit l'avis de la juridiction inférieure, selon laquelle la transcription intégrale de la décision étrangère violerait le droit de l'enfant à connaître son identité, puisqu'elle ne contiendrait pas d'informations sur la mère porteuse. La Cour fédérale a déclaré que le registre d'état civil n'avait pas pour rôle de protéger le droit d'un enfant à connaître ses origines *génétiques*, puisqu'il ne concernait que les liens *juridiques*. La Cour a cité des exemples d'autres cas dans lesquels le registre d'état civil ne correspondait pas à la réalité génétique (par ex., en cas de don de spermatozoïdes, le nom du donneur n'est pas enregistré). Par conséquent, ce raisonnement n'interdisait pas la reconnaissance de la décision étrangère.

2. En Suisse⁶, le Tribunal administratif fédéral de Saint-Gall a récemment jugé⁷ (décision qui fait l'objet d'un recours devant le Tribunal fédéral suisse)⁸ que deux pères d'intention devaient être enregistrés en qualité de pères juridiques d'un enfant né à la suite d'une CMSI, conformément à l'extrait d'acte de naissance américain, au motif que cela était dicté par l'intérêt supérieur de l'enfant⁹. Le Tribunal a déclaré qu'une décision contraire placerait l'enfant dans une situation où sa filiation juridique serait « boiteuse ». En outre, cela signifierait que le deuxième père d'intention ne pourrait pas établir sa paternité juridique concernant l'enfant¹⁰. Ceci aurait des conséquences négatives *sur l'enfant* car il ne pourrait pas faire valoir de

¹ Même si certaines des affaires mentionnées dans cette annexe ne citent pas expressément les arrêts *Menesson / Labassee*, elles y sont ultérieures : il se peut donc que les tribunaux aient fondé leur raisonnement sur ces arrêts ou, au moins, sur l'art. 8 de la CEDH.

² *Bundesgerichtshof*, arrêt du 10 décembre 2014 (No XII ZB 463/13).

³ Celle de la *Kammergericht* Berlin, en date du 1^{er} août 2013, présentée en détail au para. 164.3) de l'Étude de 2014.

⁴ Voir l'Étude de 2014, para. 164 et 165.

⁵ Dans des circonstances où l'enfant a été conçu à la suite d'une CMSI au moyen des spermatozoïdes de l'un des pères d'intention et des ovocytes d'une donneuse.

⁶ Cette décision a été prononcée bien que la maternité de substitution soit interdite par la Constitution suisse.

⁷ Le 19 août 2014. Le service des affaires intérieures et communales s'était prononcé en faveur de l'enregistrement des deux hommes, mais l'Office fédéral de la justice a contesté cette décision devant le Tribunal administratif.

⁸ L'Office fédéral de la justice a fait appel de cette décision.

⁹ Bien que le Tribunal n'ait pas directement cité les arrêts de la CrEDH, son raisonnement laisse penser qu'ils ont peut-être été pris en compte.

¹⁰ Cette décision a remis en question la pratique suisse autrefois prédominante : il était souvent exigé que le père d'intention génétique reconnaisse sa paternité en vertu du droit suisse et rien ne permettait au second père d'intention non apparenté génétiquement d'établir sa filiation juridique (l'adoption par le beau-père ou la belle-mère n'est pas ouverte aux membres d'un couple de même sexe en Suisse).

prétentions en matière d'aliments ou d'héritage à l'encontre de ce deuxième père d'intention. Par conséquent, la reconnaissance a été ordonnée pour protéger les intérêts juridiques et financiers de l'enfant. Toutefois, le Tribunal cantonal a en partie confirmé le recours de l'Office fédéral de la justice, en déclarant qu'outre le statut *juridique* de l'enfant, ses origines *génétiques* ainsi que les coordonnées de la mère porteuse¹¹ devaient dans la mesure du possible être elles aussi consignées dans le registre d'état civil¹². Ceci est particulièrement intéressant au vu de l'avis différent récemment exprimé par la Cour suprême fédérale d'Allemagne à ce sujet (voir para. 1 ci-dessus).

3. En Espagne, suite aux arrêts de la CrEDH, la Direction générale des registres et du notariat (« DGRN »)¹³ a publié une circulaire¹⁴ déclarant que les registres devaient désormais de nouveau appliquer l'Instruction de 2010 de la DGRN, qui préconisait une approche plus « libérale » vis-à-vis de la reconnaissance¹⁵, et ce malgré la décision contraire rendue par la Cour suprême espagnole en février 2014¹⁶. En outre, le 11 décembre 2014, le ministre espagnol de la Justice a déclaré qu'un amendement (qui n'a pas encore été rendu public) au projet de loi sur les registres d'état civil, actuellement à l'étude par le Parlement, serait proposé pour garantir que la disposition concernant l'enregistrement d'un enfant suite à une CMSI soit conforme aux récents arrêts de la CrEDH.

4. En France, le Premier ministre Manuel Valls a clairement indiqué que l'État ne ferait pas appel des deux arrêts de la CrEDH¹⁷. Il a fait remarquer que le Gouvernement prendrait le temps de réfléchir à la question mais qu'une « initiative internationale » dans ce domaine pourrait être envisagée¹⁸. Suite à cela, dernièrement, le Conseil d'État, dans une décision contentieuse en date du 12 décembre 2014, a confirmé la validité de la circulaire publiée le 25 janvier 2013 par la Garde des Sceaux concernant la délivrance de certificats de nationalité aux enfants nés à l'étranger à la suite d'une CMSI. Bien que le rapporteur public ait précisé que la compétence du Conseil d'État était limitée à la question de droit administratif dont il était saisi (à savoir si la circulaire était entachée d'un excès de pouvoir) et que le Conseil d'État n'entendait pas se prononcer quant aux conséquences, en matière de filiation juridique et de nationalité, des arrêts de la CrEDH, les remarques incidentes du Conseil d'État à cet égard sont intéressantes. En effet, le Conseil d'État a déclaré que le fait qu'un enfant soit né à l'étranger à la suite d'une convention que le droit français (ordre public) considère comme nulle ne peut, en soi, priver l'enfant de la nationalité française à condition que celui-ci puisse y prétendre en vertu des dispositions applicables du Code civil¹⁹. Faisant apparemment référence aux arrêts de la

¹¹ Ses date et lieu de naissance, ainsi que son adresse, doivent être enregistrés.

¹² Le Tribunal a noté que la donneuse d'ovocytes était anonyme en l'espèce et que ses coordonnées ne pouvaient donc pas être indiquées. Toutefois, le fait qu'il y ait eu recours à un don d'ovocytes anonyme devrait être enregistré.

¹³ *Dirección General de los Registros y del Notariado*.

¹⁴ En date du 11 juillet 2014.

¹⁵ Le contenu de cette Instruction est décrit plus en détail à la note 126 du Rapport préliminaire de 2012, disponible sur l'espace spécialisé « Filiation / Maternité de substitution » du site de la Conférence de La Haye, à l'adresse < www.hcch.net >.

¹⁶ Voir l'arrêt de la Cour suprême espagnole du 6 février 2014 (prononcé à la majorité de 5 voix contre 4) qui jugeait qu'un extrait d'acte de naissance américain d'un enfant né à la suite d'une CMSI ne devrait pas être transcrit dans les registres d'état civil espagnols au motif que le registre devait vérifier non seulement l'authenticité de l'acte mais également s'il était contraire à l'ordre public espagnol. Deux pères d'intention étaient nommés en qualité de parents juridiques de l'enfant dans l'extrait. Il convient de noter que, malgré le refus de transcrire l'extrait d'acte de naissance américain, la Cour suprême a arrêté que les enfants pouvaient tout de même acquérir la nationalité espagnole et les droits en découlant puisque le père d'intention génétiquement apparenté pouvait, comme tout père génétique, faire enregistrer (c.-à-d. reconnaître) les enfants en vertu du droit espagnol. Voir en outre l'Étude de 2014, p. 76.

¹⁷ Il a également confirmé que la France ne reviendrait pas sur son interdiction nationale de la maternité de substitution. Reconnaisant la complexité de la situation qui s'ensuivait, Manuel Valls a noté que, d'une part, le Gouvernement ne souhaitait pas autoriser la transcription automatique des actes d'état civil étrangers résultant d'une CMSI « car cela équivaldrait à accepter et normaliser la gestation pour autrui » en France, mais, d'autre part, qu'il était impossible de considérer que les enfants nés à l'étranger à la suite d'une CMSI étaient dépourvus de *filiation* et d'identité.

¹⁸ Voir par ex. < <http://www.gouvernement.fr/manuel-valls-la-gpa-est-et-sera-interdite-en-france> > et < <http://www.la-croix.com/Actualite/France/Manuel-Valls-La-France-entend-promouvoir-une-initiative-internationale-sur-la-GPA-2014-10-02-1215549> >.

¹⁹ Par ex. les art. 18 et 47 du Code civil français. Il convient de noter que l'application de l'art. 47 semble tout de même ne pas écarter la possibilité que, dans certaines circonstances, l'acte d'état civil étranger puisse ne pas

CrEDH, il a déclaré qu'une approche contraire constituerait une « atteinte disproportionnée » au droit de l'enfant au respect de sa vie privée garanti par l'article 8 de la CEDH²⁰.

5. En Irlande, la Cour suprême a récemment arrêté²¹, bien que dans le contexte d'une convention de maternité de substitution *interne*, qu'une mère d'intention génétiquement apparentée ne pouvait pas être enregistrée en qualité de mère juridique sur l'extrait d'acte de naissance d'un enfant à la place de la mère porteuse gestatrice. Infirmant la décision de la juridiction inférieure, la Cour suprême a déclaré qu'en Irlande, ni la *common law* ni la législation n'avaient jamais traité de cette question ; par conséquent, l'*Oireachtas* (Parlement irlandais) devrait légiférer pour combler « le vide juridique concernant certains droits, surtout ceux des enfants nés dans ces circonstances²². » Dans sa décision, le juge MacMenamin notait que les arrêts prononcés par la CrEDH dans les affaires *Menesson / Labassee* avaient souligné la nécessité, pour les États, d'opérer une distinction entre les intérêts des parents d'intention et les droits des enfants²³.

6. En Angleterre, la Haute Cour a récemment déterminé qu'une décision attribuant la filiation juridique aux parents d'intention à la suite d'une CMSI pouvait être prononcée bien que la demande n'ait pas été déposée dans le délai statutaire de six mois (à compter de la date de naissance de l'enfant)²⁴. Elle a jugé qu'une décision attribuant la filiation juridique « porte sur les aspects les plus fondamentaux du statut, voire les transcende, puisqu'elle porte sur l'identité même de l'enfant en tant qu'être humain » ; par conséquent, il était impossible que le Parlement ait eu pour intention que le respect d'un *quelconque* délai, aussi insignifiant soit-il, produise des conséquences irrévocables sur une demande. La Cour s'est également fondée sur l'article 8 de la CEDH et a déclaré que, si son interprétation du texte était erronée, la CEDH exigeait en tout état de cause d'être interprétée de manière à garantir que l'essence du droit prévu par l'article 8 ne soit pas altérée.

être transcrit dans les registres français au motif qu'il contient des faits qui « ne correspondent pas à la réalité » (par ex., peut-être si le père figurant sur extrait d'acte de naissance n'est pas le père *génétique* de l'enfant).

²⁰ Voir para. 11 de la décision du 12 décembre 2014.

²¹ *M.R. and D.R. (suing by their father and next friend O.R.) & ors -v- An t-Ard-Chláraitheoir & ors*, [2014] IESC 60 (7 novembre 2014).

²² Voir la décision de la juge Denham, para. 116 à 118. Elle a également déclaré que la loi devrait comprendre une disposition rétrospective applicable en cas de maternité de substitution.

²³ En réponse à cette décision, le Gouvernement irlandais a annoncé qu'il prévoyait de légiférer dans les meilleurs délais sur des questions relatives à la filiation juridique, à la maternité de substitution, au don d'ovocytes et de spermatozoïdes.

²⁴ *Re X (A child) (Surrogacy: Time limit)* [2014] EWHC 3135.

ANNEXE II

Certaines des graves questions de droits de l'homme, y compris de droits de l'enfant, qui se sont posées (de nouveau) dans des affaires de CMSI en 2014

1. **Abandon d'enfant**¹ : En 2014, en Thaïlande et en Inde, des affaires d'abandon d'enfant suite à une CMSI ont été rapportées, déclenchant des « tempêtes » médiatiques et illustrant les risques inhérents aux affaires de CMSI pour les enfants, surtout dans un environnement non réglementé². Tant l'affaire du « bébé Gammy » (concernant l'abandon allégué, par des parents d'intention australiens, d'un jumeau porteur du syndrome de Down conçu à la suite d'une CMSI) que l'affaire indienne dans laquelle, là encore, un jumeau a été abandonné par des parents d'intention australiens³ soulignent, une fois de plus, le besoin de discussions internationales sur de nombreux points, notamment sur les mesures à prendre en cas de rupture d'une convention et sur les vérifications auxquelles les parents d'intention doivent être soumis avant qu'ils ne soient autorisés à conclure des CMSI. Cela est d'autant plus flagrant que, dans l'affaire du bébé Gammy, il a par la suite été révélé que le père d'intention avait déjà été condamné en Australie pour des infractions envers des enfants⁴.

2. **Aptitude de certains parents d'intention et soupçons de traite d'enfants** : En 2014, les médias ont également rapporté d'autres affaires qui laissent penser qu'il est impératif de mener des travaux internationaux pour protéger les enfants. Par exemple, il a été révélé qu'un riche homme d'affaires japonais était le père d'au moins 16 enfants⁵ à la suite de CMSI entreprises en Thaïlande. Les médias se sont fait l'écho de craintes selon lesquelles cette affaire pourrait présenter un lien avec la traite d'enfants (même si ce n'est pas encore avéré). D'autres rapports font également état de préoccupations relatives à la traite et à la vente d'enfants⁶ : un intermédiaire indien a été arrêté et mis en examen pour avoir, de fait, « vendu » un enfant non apparenté à des parents d'intention qui pensaient qu'il avait servi de courtier à une convention de maternité de substitution et utilisé leurs gamètes pour les implanter chez une mère porteuse⁷.

3. **Droit de l'enfant de connaître ses origines** : En 2014, les juridictions de plusieurs États ont continué de se dire préoccupées concernant la probable future incapacité des enfants nés à la suite d'une CMSI à connaître leurs origines génétiques et les conditions de leur gestation, certaines d'entre elles n'ayant pas pu retrouver les mères porteuses même lors des procédures judiciaires ultérieures⁸, d'autres déplorant le fait qu'elles ne sont pas sûres « de ce

¹ Voir également l'affaire d'abandon d'enfant rapportée dans l'Étude de 2014, para. 189.

² Bien que l'affaire indienne se soit en réalité déroulée en 2012. L'importante couverture médiatique de ces affaires a permis que ces questions soient prises en considération au plus haut niveau ; selon les médias, il est envisagé d'établir une agence du Commonwealth pour contrôler les CMSI et / ou de réaliser une enquête nationale sur les CMSI : < <http://www.sunshinecoastdaily.com.au/news/experts-agency-to-monitor-verseas-surrogacy-not-en/2415837/> >.

³ Et probablement vendu par la suite à une femme en Inde (ce qui n'est pas certain mais, si cela a bien eu lieu, on ne sait pas si la femme souhaitait prendre en charge l'enfant ou pas).

⁴ Il a ensuite fait l'objet d'une enquête et d'un suivi par les services sociaux de l'état australien en question en lien avec son aptitude à élever l'enfant dont il avait encore la garde. Étant donné que les affaires de CMSI ne semblent pas faire l'objet d'un suivi systématique dans les États, il est impossible de connaître avec certitude la fréquence des abandons d'enfant à la suite d'une CMSI. Toutefois, au vu de la gravité extrême de ces affaires, qu'elles soient rares ou plus fréquentes que l'on puisse l'espérer, elles doivent être prises en compte lorsque de futures approches internationales relatives aux CMSI sont envisagées.

⁵ Voir par ex. < <http://www.theguardian.com/lifeandstyle/2014/aug/23/interpol-japanese-baby-factory-man-fathered-16-children> > et < <http://www.abc.net.au/news/2014-09-10/japanese-surrogacy-man-has-another-baby/5732856> >. Il aurait déclaré qu'il souhaitait avoir un grand nombre d'enfants.

⁶ Dans ce contexte, il n'est peut-être pas surprenant de constater que, lors de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe du 1^{er} juillet 2014, une proposition de résolution ait été présentée pour solliciter une déclaration contre la pratique de la maternité de substitution et demandant que l'Assemblée examine plus attentivement les questions découlant de cette pratique, surtout ses liens avec la santé génésique des femmes, la traite d'êtres humains et les droits des enfants, et réfléchisse à des outils pour traiter ce problème. Cette proposition n'a pas été examinée par l'Assemblée et n'engage que ses signataires (23 députés). Voir « Droits de l'homme et questions éthiques liées à la gestation pour autrui », proposition de résolution présentée par M. Valeriu Ghiletschi et d'autres membres de l'Assemblée (Doc 13562), disponible à l'adresse < www.assembly.coe.int >.

⁷ Voir également < <http://www.thehindu.com/news/cities/bangalore/fertility-specialist-held-on-charge-of-selling-newborn-running-surrogacy-racket/article6492156.ece> >.

⁸ Par ex. *Re D (A child)* [2014] EWHC 2121.

que l'enfant aura à affronter dans une quinzaine d'années si des problèmes culturels se posent ou si son questionnement quant à son identité se transforme en crise »⁹.

4. **Préoccupations concernent le consentement des mères porteuses** : En 2014, dans plusieurs affaires, des questions se sont posées, encore, pour savoir si certaines mères porteuses avaient donné leur consentement « librement, inconditionnellement et en parfaite connaissance de cause quant aux implications »¹⁰. Ces préoccupations se rencontrent principalement dans des États où les mères porteuses ne sont pas de langue maternelle anglaise. En effet, les documents signés sont souvent rédigés en anglais, et ne précisent pas si la mère porteuse parle l'anglais, si elle sait lire ou si les documents lui ont été lus et expliqués. En plus, dans certains cas, les parents d'intention n'ont jamais rencontré la mère porteuse et ne peuvent donc pas préciser si elle sait lire ou quelles sont ses compétences linguistiques¹¹. Encore une fois, des préoccupations ont été exprimées concernant certaines modalités des conventions et, dans certains cas, concernant le pouvoir de décision limité des mères porteuses, surtout en lien avec leur santé¹².

5. **Difficultés avec les intermédiaires** : Comme les années précédentes, l'année 2014 est édifiante en ce qui concerne les intermédiaires dans le contexte des CMSI, surtout dans certains États de naissance¹³ : plusieurs décisions judiciaires anglaises soulignent les difficultés rencontrées. Il a été rapporté que certains établissements médicaux étaient peu collaboratifs, voire ne répondaient pas aux demandes, et que certains établissements et agences donnaient de mauvais conseils¹⁴, mais aussi que, dans certains États de naissance, des établissements avaient « mélangé » des gamètes¹⁵. Les médias ont également affirmé qu'une société mexicaine (appartenant à des propriétaires américains), ayant depuis déposé son bilan et faisant l'objet d'une enquête fédérale aux États-Unis, n'effectuait pas de vérifications suffisantes auprès des mères porteuses, ne leur fournissait pas les soins et traitements nécessaires et extorquait des fonds aux parents d'intention¹⁶. Cette année, il a été rapporté que plusieurs affaires ont réitéré que les parents d'intention devaient se procurer l'avis d'un conseil juridique dans tous les pays concernés, les affaires de CMSI constituant un « terrain miné » du point de vue juridique¹⁷.

⁹ *Fisher-Oakley & Kittur* [2014] FamCA 123 (para. 9). Voir également le développement de ces questions dans les affaires allemande et suisse citées, *supra*, à l'**annexe I**.

¹⁰ Selon le juge Theis, para. 28.

¹¹ Par ex. *Re WT* [2014] EWHC 1303. Dans cette affaire, ces préoccupations ont amené le tribunal à demander que le service britannique des visas et de l'immigration modifie la lettre type fournie pour appuyer les demandes de visa pour raisons médicales déposées par les personnes souhaitant bénéficier de services de maternité de substitution en Inde, afin de « souligner l'importance de l'exigence [...] que la mère de naissance ait donné son plein consentement éclairé par-devant notaire après la naissance [...] à la remise de l'enfant [...] et ait donné son accord à la décision de justice transférant la filiation juridique (*parental order*) » (para. 45) (traduction du Bureau Permanent). Voir également l'affaire australienne *Green-Wilson & Bishop* [2014] FamCA 1031, dans laquelle il a été déclaré qu'il n'était pas prouvé que la convention de maternité de substitution ait été traduite en hindi. Par conséquent, le juge a estimé nécessaire de prononcer ses décisions à la condition qu'elles soient remises en mains propres à la mère porteuse et à son mari et que ceux-ci aient la possibilité de les contester dans un certain délai.

¹² Voir par ex. *Green-Wilson & Bishop* [2014] FamCA 1031.

¹³ En 2014, de nombreux rapports se sont concentrés sur l'Inde, la Thaïlande et le Mexique.

¹⁴ Par ex. *Re WT* [2014] EWHC 1303 (affaire dans laquelle l'établissement médical n'a pas répondu ni collaboré aux demandes du tribunal et a fourni des conseils juridiques contradictoires) ; *Re D (A Child)* [2014] EWHC 2121 (affaire dans laquelle le directeur d'un établissement médical a refusé de faire une déclaration et de coopérer avec le tribunal, et semble avoir menti concernant la situation de famille d'une mère porteuse).

¹⁵ Voir par ex. < <http://www.dailymail.co.uk/news/article-2794150/australian-couples-shocked-discover-no-genetic-link-children-born-india-surrogate.html> >, ce que soulignait déjà l'Étude de 2014, para. 189.

¹⁶ Une agence de tourisme médical implantée en Californie : voir par ex. les articles figurant aux adresses < <http://www.abc.net.au/news/2014-07-08/would-be-parents-fleeced-by-mexican-surrogacy-operation/5572262> > et < <http://america.aljazeera.com/watch/shows/america-tonight/articles/2014/5/14/desperate-for-a-babyscammingglobal-surrogacysnewestfrontier.html> >. Comme les autres intermédiaires opérant au Mexique, cette agence était implantée à Cancún, dans un état où la maternité de substitution est illégale, mais envoyait les mères porteuses par avion dans l'état de Tabasco, où la maternité de substitution *altruiste* est légale, pour qu'elles y donnent naissance aux enfants (enfrenant par la même occasion les exigences en matière d'altruisme au Tabasco).

¹⁷ *Re G and M* [2014] EWHC 1561 et *CC v. DD* [2014] EWHC 1307.