

**OPPORTUNITÉ ET POSSIBILITÉ DE POURSUIVRE LES TRAVAUX MENÉS DANS LE CADRE DU
PROJET FILIATION / MATERNITÉ DE SUBSTITUTION**

* * *

**THE DESIRABILITY AND FEASIBILITY OF FURTHER WORK
ON THE PARENTAGE / SURROGACY PROJECT**

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

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

**OPPORTUNITÉ ET POSSIBILITÉ DE POURSUIVRE LES TRAVAUX MENÉS DANS LE CADRE DU
PROJET FILIATION / MATERNITÉ DE SUBSTITUTION**

*** * ***

**THE DESIRABILITY AND FEASIBILITY OF FURTHER WORK
ON THE PARENTAGE / SURROGACY PROJECT**

TABLE DES MATIÈRES

I.	INTRODUCTION	4
II.	ÉTABLISSEMENT ET CONTESTATION DE LA FILIATION JURIDIQUE : UNE QUESTION D'INTÉRÊT INTERNATIONAL COMPORTANT DES IMPLICATIONS EN MATIÈRE DE DROITS DE L'HOMME	8
III.	BRÈVE PRÉSENTATION DE L'« ÉTUDE SUR LA FILIATION JURIDIQUE ET QUESTIONS DÉCOULANT DES CONVENTIONS DE MATERNITÉ DE SUBSTITUTION À CARACTÈRE INTERNATIONAL »	13
	A. Établissement et contestation de la filiation juridique en droit interne.....	13
	B. Règles de droit international privé et de coopération en matière de filiation juridique.....	14
	C. Conventions de maternité de substitution à caractère international : analyse détaillée d'un phénomène précis.....	16
IV.	OPPORTUNITÉ ET POSSIBILITÉ DE POURSUIVRE DES TRAVAUX SUR LES QUESTIONS DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ RELATIVES À LA FILIATION JURIDIQUE ET CELLES DÉCOULANT DES CONVENTIONS DE MATERNITÉ DE SUBSTITUTION À CARACTÈRE INTERNATIONAL.....	18
	A. Opportunité : d'autres travaux internationaux sont-ils nécessaires ?	18
	B. Faisabilité : serait-il possible d'atteindre un consensus concernant une approche multilatérale ?	21
V.	« PROCHAINES ÉTAPES » RECOMMANDÉES.....	33
ANNEXES		
	ANNEXE A – GLOSSAIRE MIS À JOUR.....	i
	ANNEXE B – RÉPARTITION GÉOGRAPHIQUE DES RÉPONSES REÇUES PAR LE BUREAU PERMANENT AUX QUESTIONNAIRES NOS 1 ET 2.....	iii

I. INTRODUCTION¹

Contexte du projet et mandats donnés au Bureau Permanent

1. Le thème des « questions de droit international privé relatives au statut des enfants » figure à l'ordre du jour du programme de travail de la Conférence de La Haye depuis 2010, année où les Membres de l'Organisation ont suggéré que le Bureau Permanent y consacre une note préliminaire, « notamment concernant la reconnaissance [transfrontière] de la filiation »². À cette époque, les Membres avaient également reconnu « la complexité des questions relatives au droit international privé et à la protection des enfants résultant du nombre croissant de contrats internationaux de maternité de substitution »³. La Note préliminaire demandée⁴ décrivait la corrélation entre les règles de droit international privé relatives à la filiation juridique et certaines des questions soulevées dans le contexte des conventions de maternité de substitution à caractère international (ci-après, « CMSI ») ; par ailleurs, elle recensait certaines des questions plus vastes se rapportant plus précisément à la maternité de substitution à caractère international⁵.

2. En 2011, les Membres ont invité le Bureau Permanent à intensifier ses travaux dans le domaine en soulignant le large éventail de questions résultant des CMSI, et à produire un Rapport préliminaire faisant le point sur les progrès réalisés en 2012⁶. Si le *Rapport préliminaire* sur les CMSI⁷ a été accueilli favorablement par les Membres, il a été décidé que la portée des travaux devrait pour le moment rester large et que le Bureau Permanent devrait poursuivre l'étude des questions soulevées en rapport avec la reconnaissance de la filiation, sans limiter ses travaux à la maternité de substitution à caractère international. À cet effet, il a été demandé au Bureau Permanent de « poursuivre le travail tel que mandaté par le Conseil de 2011 »⁸, consistant notamment à recueillir des informations sur « les besoins pratiques dans ce domaine, les développements comparatifs relatifs au droit interne et au droit international privé, ainsi que les perspectives de parvenir à un consensus sur une approche mondiale », et à consulter « les professionnels du droit, les professionnels de la santé et d'autres professionnels concernés au sujet de la nature et des répercussions des problèmes soulevés dans ce domaine »⁹. En outre, il a été demandé au Bureau Permanent de préparer un Questionnaire et de l'adresser aux Membres et aux autres États non membres intéressés afin de réunir des informations plus détaillées

¹ Le Bureau Permanent souhaite remercier Hannah Baker (Collaboratrice juridique senior), auteur de ce Document préliminaire et de l'*Étude sur la filiation juridique et questions découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international*. Le Bureau Permanent souhaite également remercier Laura Martinez-Mora (Collaboratrice juridique principale) et William Duncan (consultant auprès du Bureau Permanent) pour leurs conseils et assistance, ainsi qu'Anna Bertram (stagiaire) pour l'assistance qu'elle a apporté aux recherches, et Lukas Rass-Masson, pour son assistance concernant le droit français.

² Conclusions et Recommandations adoptées par le Conseil d'avril 2010 sur les affaires générales et la politique de la Conférence, p. 3 et 4, disponibles sur le site web de la Conférence de La Haye, à l'adresse < www.hcch.net >, sous les rubriques « Travaux en cours » puis « Affaires générales ». Cette suggestion a été proposée pour la première fois au cours des consultations informelles concernant le futur programme de travail de la Conférence de La Haye de droit international privé en 2001 (*Observations sur la stratégie de la Conférence de La Haye – Observations faites par d'autres organisations internationales et observations exprimées à titre individuel, en réponse à la lettre du Secrétaire général des 30-31 juillet 2001* (Doc. prélim. No 20 à l'intention de la Dix-neuvième session)).

³ *Ibid.*

⁴ « Questions de droit international privé concernant le statut des enfants, notamment celles résultant des accords de maternité de substitution à caractère international », Doc. prélim. 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 de la Conférence de La Haye, à l'adresse < www.hcch.net >, sous la rubrique « Filiation / Maternité de substitution » (ci-après, « Note préliminaire de 2011 »).

⁵ Voir section VI de la Note préliminaire de 2011 (*ibid.*).

⁶ Conclusions et Recommandations adoptées par le Conseil d'avril 2011 sur les affaires générales et la politique de la Conférence, para. 17 à 20, disponibles sur le site web de la Conférence de La Haye, à l'adresse < www.hcch.net >, sous les rubriques « Travaux en cours » puis « Affaires générales ».

⁷ « Rapport préliminaire sur les problèmes découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international », Doc. prélim. No 10 de mars 2012 à l'intention du Conseil d'avril 2012 sur les affaires générales et la politique de la Conférence, disponible sur le site de la Conférence de La Haye, à l'adresse < www.hcch.net >, sous la rubrique « Filiation / Maternité de substitution » (ci-après, « Rapport préliminaire de 2012 »).

⁸ Conclusions et Recommandations adoptées par le Conseil d'avril 2012 sur les affaires générales et la politique de la Conférence, para. 21.

⁹ Voir *supra*, note 6.

concernant la portée et la nature des questions de droit international privé se posant en lien avec la filiation juridique, notamment dans le contexte de la maternité de substitution à caractère international. Le Questionnaire devait par ailleurs « solliciter les divers points de vue sur les besoins à aborder et sur les approches à adopter » concernant d'éventuels travaux futurs d'envergure internationale¹⁰. Le Bureau Permanent a été invité à présenter un rapport au Conseil en 2014¹¹.

Travaux réalisés depuis 2012 : le processus de consultation

3. En réponse à ce mandat, le Bureau Permanent a entrepris un vaste processus de consultation visant à recueillir des informations auprès des principaux acteurs concernés du monde entier. Dans le cadre de ce processus, ont été préparés et diffusés quatre questionnaires adressés : (1) aux Membres et États non membres intéressés¹² ; (2) aux praticiens du droit experts du domaine ; (3) aux experts du domaine de la santé ; et (4) aux agences de maternité de substitution¹³. En outre, le Bureau Permanent a continué de coopérer avec les organisations intergouvernementales et non gouvernementales influentes œuvrant dans des domaines connexes¹⁴ et de les consulter, tout en menant parallèlement ses propres travaux de recherche et de suivi.

4. Ce vaste processus de consultation a permis à la Conférence de La Haye de réunir les informations suivantes : 46 réponses d'États au Questionnaire No 1, émanant de 40 États membres et de six États non membres¹⁵, représentant six régions différentes¹⁶ ; 50 réponses d'avocats au Questionnaire No 2 de 20 États différents¹⁷, représentant six régions différentes¹⁸, ainsi que deux réponses d'associations de praticiens du droit¹⁹ ; 11 réponses de professionnels de la santé au Questionnaire No 3, de six États²⁰ ; et six réponses d'agences de maternité de substitution au Questionnaire No 4, de quatre États²¹. En outre, trois associations de parents d'intention situées en France, en Allemagne et en Espagne ont coordonné les 31 réponses de personnes / couples ayant personnellement conclu une CMSI²². Par ailleurs, le Bureau Permanent a reçu deux réponses de travailleurs sociaux : la première du Service social international et la seconde d'un groupe composé

¹⁰ Voir *supra*, note 8.

¹¹ *Ibid.*

¹² « Questionnaire sur les questions de droit international privé relatives au statut des enfants, notamment celles découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international (Questionnaire No 1) », Doc. pré-l. No 3 A d'avril 2013 à l'attention du Conseil d'avril 2014 sur les affaires générales et la politique de la Conférence, disponible sur le site de la Conférence de La Haye, à l'adresse < www.hcch.net >, sous la rubrique « Filiation / Maternité de substitution ».

¹³ Les Questionnaires Nos 2 à 4 pouvaient également être remplis en ligne, à partir du nouvel Espace spécialisé consacré au projet : < www.hcch.net >, puis « Filiation / Maternité de substitution ». Ils sont toujours disponibles au format Word dans l'Espace spécialisé.

¹⁴ Décrits *infra*, au para. 4. Dans certains cas où l'expérience était déjà avancée dans un État donné, des organisations non gouvernementales ou des associations professionnelles *nationales* se sont également proposé de partager leur expérience avec le Bureau Permanent.

¹⁵ Des réponses ont été reçues des États suivants : Allemagne, Australie, Belgique, Brésil, Canada, Chili, Chypre, Colombie, Corée, Croatie, Danemark, El Salvador, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, Finlande, Guatemala, Hongrie, Irlande, Islande, Israël, Japon, Lettonie, Lituanie, Madagascar, Maurice, Mexique, Monaco, Norvège, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas, Philippines, Pologne, Portugal, République dominicaine, République tchèque, Roumanie, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord (Royaume-Uni), Serbie, Slovaquie, Sri Lanka, Suède, Suisse, Thaïlande, Turquie et Uruguay. Sauf demande contraire expresse, ces réponses ont été publiées sur le site de la Conférence de La Haye, dans l'Espace spécialisé « Filiation / Maternité de substitution » (voir *supra*, note 13).

¹⁶ Afrique, Asie, Europe, Océanie, Amériques du Nord et du Sud.

¹⁷ Des réponses ont été reçues d'avocats des États suivants : Albanie, Argentine, Australie, Canada, Danemark, Espagne, États-Unis d'Amérique, Éthiopie, France, Inde, Irlande, Israël, Japon, Mexique, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas, Royaume-Uni, Suède, Ukraine et Venezuela.

¹⁸ Afrique, Asie, Europe, Océanie, Amériques du Nord et du Sud.

¹⁹ Respectivement de l'*American Bar Association* (ci-après, « ABA ») et de l'*American Academy of Assisted Reproductive Technology Attorneys* (ci-après, « AAARTA »).

²⁰ Des réponses ont été reçues de professionnels de la santé des États suivants : Brésil, Danemark, Espagne, Inde, Lettonie et République tchèque.

²¹ Des réponses ont été reçues d'agences situées dans les États suivants : Canada, États-Unis d'Amérique, Inde et Royaume-Uni.

²² Ces personnes / couples résident à titre habituel dans les trois États où sont situées les associations de parents d'intention, à savoir l'Allemagne (7 réponses), l'Espagne (10 réponses) et la France (14 réponses). Toutefois, l'un des couples qui résidait auparavant habituellement en Espagne a déménagé dans un autre État après la CMSI.

d'universitaires, de chercheurs et de praticiens spécialistes de l'aide sociale²³, ainsi que des informations provenant d'autres grandes organisations non gouvernementales²⁴. Ainsi, les réponses au processus de consultation traduisent l'opinion d'un large éventail d'acteurs concernés à l'expertise professionnelle variée et d'origines géographiques diverses. Les informations réunies ont permis de dresser un inventaire bien plus riche des approches adoptées par les États en matière de filiation juridique, que ce soit sur le plan interne ou sur celui du droit international privé, ainsi que du phénomène de la maternité de substitution à caractère international. Le Bureau Permanent souhaite adresser ses sincères remerciements aux personnes qui ont pris le temps de partager avec lui ces précieuses informations, leur expertise voire parfois leur expérience personnelle, afin de porter assistance aux travaux de la Conférence de La Haye.

5. Toutefois, il convient de garder à l'esprit les limitations suivantes concernant les réponses, en particulier celles au Questionnaire No 1 (adressé aux États) : (1) inévitablement, chaque État n'a pas toujours pu répondre à toutes les questions ; il se peut qu'un État ayant répondu au Questionnaire ne disposait pas d'informations dans certains domaines ; (2) il a été considéré que les informations fournies dans les réponses étaient exactes, les sources n'ayant pas été vérifiées par manque de temps et de ressources ; (3) même si des informations ont été recueillies auprès d'États de nombreuses régions du monde aux différentes cultures juridiques mais aussi sociales et politiques, certaines zones géographiques ne sont pas bien représentées dans les réponses — par exemple, seuls deux États africains ont répondu au Questionnaire No 1²⁵ ; en général, les États dont le système juridique repose en tout ou partie sur la charia n'ont pas répondu ; (4) enfin, le Bureau Permanent reconnaît que, malgré tous ses efforts, les États représentant une catégorie précise d'approche dans certains domaines (par ex. une approche libérale des conventions de maternité de substitution à but lucratif) ne sont pas représentés (du tout, ou suffisamment) dans les réponses. Dans la mesure du possible, le Bureau Permanent a complété les informations manquantes en effectuant lui-même les recherches nécessaires ou grâce aux informations déjà en sa possession, ainsi que grâce aux réponses reçues à d'autres questionnaires, auquel cas il est toujours expressément mentionné que les informations concernées n'ont pas été fournies par l'État lui-même.

Objectifs, portée et structure du Document préliminaire

6. Ce Document préliminaire a pour objectif de présenter aux Membres : (1) une analyse concise et facile à lire concernant l'opportunité et la possibilité, pour la Conférence de La Haye, de poursuivre des travaux sur les aspects de droit international privé de la filiation juridique et sur les questions que soulèvent les CMSI ; et (2) les « prochaines étapes » recommandées, pour discussion. Ainsi, ce document adopte une approche pratique et s'efforce de se focaliser sur les décisions que les Membres seront amenés à prendre lors de la prochaine réunion du Conseil en 2014²⁶.

7. Toutefois, cette analyse d'opportunité / de possibilité et les recommandations en vue de travaux futurs s'inspirent du document détaillé qu'est l'*Étude sur la filiation juridique et questions découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international*²⁷ (ci-après, l'« Étude ») portant sur les (centaines de pages de) données issues du processus de consultation décrit ci-dessus²⁸ ainsi que des travaux de recherche et de suivi menés indépendamment par le Bureau Permanent, notamment en lien avec les (autres) travaux régionaux et internationaux existant en la matière. De fait, cette Étude

²³ Trois experts de l'aide sociale (deux du Royaume-Uni et un d'Australie) travaillant dans les domaines de la procréation assistée et des formes de famille non traditionnelles, y compris la maternité de substitution.

²⁴ Dont l'Association européenne des officiers de l'État civil (AEEC), CLARA (France) et *Families Thru Surrogacy* (Australie).

²⁵ Madagascar et Maurice.

²⁶ Réunion du Conseil sur les affaires générales et la politique de la Conférence de La Haye (8-10 avril 2014).

²⁷ Jointe à ce Doc. prélim.

²⁸ Voir *supra*, para. 3 et 4.

est la base de connaissances qui a servi à préparer ce Document préliminaire ; à cet égard, elle doit être considérée comme en faisant partie intégrante²⁹.

8. Étant donné le volume et l'ampleur des données reçues dans le cadre du processus de consultation³⁰, si cette Étude fondamentale avait été présentée dans sa version complète aux Membres *intégrée* à un Document préliminaire à l'attention du Conseil, le document en résultant aurait été très long et technique. Néanmoins, à cause de son importance centrale pour les Membres — en tant que base de connaissances ayant servi à établir ce document mais aussi, plus généralement, de source d'informations pertinentes (ne pouvant être trouvées ailleurs) pouvant s'avérer utiles aux Membres dans leur travail politique et législatif — le Bureau Permanent a jugé qu'il était important de la mettre à disposition³¹. C'est la raison pour laquelle le Bureau Permanent a décidé de présenter un bref aperçu de l'Étude dans la section III de ce document, la version intégrale de l'Étude y étant jointe : il ne doute pas que les Membres qui souhaitent étudier de manière approfondie l'analyse comparative, régionale et internationale ayant servi à préparer ce Document préliminaire consulteront l'Étude. Par ailleurs, ce document comporte des références croisées à l'Étude qui doit être consultée en parallèle pour permettre une lecture complète.

9. La portée du présent Document préliminaire, ainsi que de l'Étude sur lequel il repose, reste large, comme l'ont demandé les Membres³² : il étudie l'établissement et la contestation de la filiation juridique du point de vue du droit international privé et ne se borne pas à étudier les CMSI. Toutefois, pour ne pas tomber dans la démesure, la portée des travaux a été limitée, en ce que les questions de droit international privé soulevées en lien avec la filiation juridique (et certaines des conséquences juridiques en découlant) sont étudiées, mais que ses autres effets (par ex. concernant les noms des enfants) ne sont pas couverts. Les questions d'authenticité des actes d'état civil (c.-à-d. légalisation et / ou apposition d'une apostille³³) et les aspects pratiques formels de l'échange transfrontière d'actes d'état civil³⁴ (par ex. exigences en matière de traduction) ne sont pas non plus traités à ce stade.

10. Le Document préliminaire suit la structure suivante :

- 1) il commence par une présentation du contexte dans lequel intervient la discussion sur la filiation juridique et rappelle pourquoi la filiation juridique est devenue une question d'intérêt international (**section II**) ;
- 2) il poursuit par une très brève description de l'Étude (**section III**), et fait la synthèse des conclusions de l'Étude en rapport avec les règles de droit interne et de droit international privé des États en matière de filiation juridique, leur approche des CMSI, ainsi qu'avec les développements bilatéraux, régionaux et internationaux pertinents dans ces domaines ;
- 3) il examine ensuite l'opportunité et la possibilité de futurs travaux internationaux à la lumière de l'Étude et des opinions exprimées par les Membres et autres acteurs concernés dans le cadre du processus de consultation (**section IV**) avant de terminer en recommandant des « prochaines étapes » à envisager par les Membres (**section V**).

²⁹ Comme il a été noté ailleurs, « l'analyse comparative systématique des règles existantes est le point de départ d'un débat éclairé » et constitue des fondations solides pour envisager en connaissance de cause d'éventuels futurs travaux internationaux en la matière (voir « *Birthright Citizenship: Trends and Regulation in Europe* », M. P. Vink et G-R. de Groot (novembre 2010) pour l'Observatoire européen de la Citoyenneté (EUDO), disponible à l'adresse < www.eudo-citizenship.eu >).

³⁰ Couvrant les règles de droit interne et de droit international privé relatives à la filiation juridique, ainsi que les lois et pratiques concernant les CMSI.

³¹ Si des travaux dans ce domaine sont poursuivis, il est également considéré que l'Étude constituera une référence pour tout groupe d'experts qui pourrait être constitué.

³² Voir *supra*, para. 2.

³³ À ce propos, voir la *Convention de La Haye du 5 octobre 1961 supprimant l'exigence de la légalisation des actes publics étrangers* (« Convention Apostille »).

³⁴ À ce propos, voir les travaux de la Commission internationale de l'état civil (ci-après, « CIEC ») < <http://www.ciec1.org/> >.

11. Il est important de souligner que ce Document préliminaire et l'Étude ne sont pas considérés comme des documents « définitifs »³⁵ : ils doivent plutôt être perçus comme les étapes d'un processus. Le volume des informations recueillies a beau être énorme, il reste encore des lacunes importantes et des travaux supplémentaires s'imposent pour faire avancer ce projet³⁶. En outre, au vu de la rapidité de l'évolution des règles nationales et régionales en la matière, tant du point de vue législatif que jurisprudentiel³⁷, il est impossible de présenter un document qui serait considéré comme « définitif » au sens où il fournirait une description achevée et indéfectible du sujet.

12. Enfin, il convient de noter que le Glossaire publié en 2012 a été révisé à la lumière des commentaires reçus dans le cadre du processus de consultation et complété pour les besoins de ce document. Le Glossaire mis à jour figure à l'**annexe A**. En outre, des cartes illustrant les réponses aux Questionnaires Nos 1 et 2 sont jointes à l'**annexe B**.

II. ÉTABLISSEMENT ET CONTESTATION DE LA FILIATION JURIDIQUE : UNE QUESTION D'INTÉRÊT INTERNATIONAL COMPORTANT DES IMPLICATIONS EN MATIÈRE DE DROITS DE L'HOMME

13. Comme indiqué dans la Note préliminaire de 2011³⁸, ces dernières décennies, les évolutions démographiques, sociétales et scientifiques ont convergé, faisant que la question de savoir qui la loi doit identifier comme étant les parents d'un enfant est aujourd'hui plus complexe et difficile qu'elle ne l'a jamais été³⁹. Les tendances recensées en 2011 se sont confirmées au cours de ces trois dernières années ; par ailleurs, d'autres schémas sont identifiables, ce qui prouve que la complexité croissante de cette question se prolongera dans l'avenir.

14. Du point de vue démographique, la diversité croissante des formes de familles dans de nombreux États fait qu'en 2014, les enfants vivent au sein de foyers dont la variété n'était même pas imaginable ne serait-ce qu'il y a quelques décennies. Par exemple, les naissances hors mariage ont continué d'augmenter dans de nombreux États : dans certains d'entre eux, elles représentent au moins 50 % des naissances⁴⁰. Associé à ce phénomène, le « déclin notable » du taux de mariage dans de nombreux États s'est accompagné d'une « augmentation significative de la fréquence des autres formes d'union consensuelle » (par ex. de la cohabitation hors mariage)⁴¹. Le taux de divorce a lui aussi continué d'augmenter dans de nombreux États⁴², contribuant davantage à l'augmentation du nombre d'enfants vivant dans des foyers monoparentaux ou dans des familles recomposées, ou une combinaison des deux. En outre, depuis 2011, davantage d'États, même s'ils demeurent

³⁵ Les Conclusions et Recommandations du Conseil d'avril 2012 sur les affaires générales et la politique de la Conférence (voir *supra*, note 8) mentionnaient un rapport « définitif ».

³⁶ Voir également **section V** : il est en outre suggéré dans cette section que l'Étude pourrait être considérée comme un document « vivant », qui serait mis à jour au fur et à mesure de la collecte de nouvelles informations.

³⁷ Comme le prouve l'Étude : voir par ex. partie A, section 1(g) et partie C, section 3.

³⁸ Note préliminaire de 2011 (voir *supra*, note 4), para. 6 à 9.

³⁹ Certaines questions concernant la filiation juridique, ou la « filiation », ne sont pas nouvelles, par ex. les questions découlant des naissances hors mariage. Toutefois, à cause de l'évolution démographique, les difficultés liées à ces questions sont plus fréquentes de nos jours que dans les décennies précédentes. Venant s'ajouter aux questions plus anciennes du droit de la filiation, elles constituent une multitude de nouveaux enjeux nés à la suite de l'apparition de nouvelles formes familiales et des progrès de la médecine.

⁴⁰ Base de données de l'OCDE sur la famille < <http://www.oecd.org/fr/social/soc/labasededonneesdelocdesurlafamille.htm> >, « SF2.4 : Proportion de naissances hors mariage » (mise à jour le 31 janvier 2013). Ce chiffre peut inclure les enfants nés de couples non mariés ou de familles monoparentales. La base de données sur la famille déclare que les naissances hors mariage ont augmenté dans de nombreux États de l'OCDE « mais en aucun cas dans tous ». En outre, à cet égard, il existe de grandes différences entre États de l'OCDE : par ex., moins de 10 % des enfants sont nés hors mariage en Corée, au Japon et en Grèce, tandis que 50 % et plus des enfants sont nés hors mariage en France, en Slovaquie, au Mexique et dans les pays nordiques (à l'exception du Danemark).

⁴¹ Base de données de l'OCDE sur la famille (*ibid.*), « SF3.1 : Mariage et taux de divortialité » (mise à jour le 31 janvier 2013). Le déclin notable du taux de mariage a été remarqué dans presque tous les États de l'OCDE et de l'UE. Voir également SF3.3 : « Taux de cohabitation et fréquence des autres formes d'union consensuelle » (mise à jour le 31 janvier 2013).

⁴² Base de données de l'OCDE sur la famille (*ibid.*), « SF3.1 : Mariage et taux de divortialité » (mise à jour le 31 janvier 2013), qui indique que les taux de divortialité ont augmenté dans la plupart des États de l'OCDE entre 1970 et 2010.

minoritaires, ont adopté des lois permettant la formalisation des relations hors mariage, que ce soit pour les couples de sexe opposé ou de même sexe ou les deux, ou des lois permettant le mariage entre personnes de même sexe⁴³. Alors que les formes de familles se diversifient, des questions se posent quant au statut juridique à accorder aux adultes s'occupant des enfants qui composent les familles. Par exemple, quel rôle le mariage ou toute autre situation familiale joue-t-il dans l'établissement de la filiation juridique des enfants ? L'intention d'élever un enfant, ou l'acte de le faire joue-t-il un rôle dans l'établissement de la filiation juridique ? Comment la loi devrait-elle traiter les cas où plus de deux adultes jouent un rôle parental à long terme dans la vie d'un enfant ? S'agit-il de questions d'attribution de la *responsabilité* parentale ? Ces questions doivent-elles affecter le *statut* juridique de ces personnes vis-à-vis de l'enfant (et vice versa)⁴⁴ ?

15. Les questions concernant la filiation juridique que suscitent les progrès scientifiques ne sont pas moins complexes. Depuis l'avènement des tests d'ADN, les législateurs et juridictions du monde entier sont aux prises avec le rôle que doit jouer la génétique dans la capacité à établir ou à contester la filiation juridique, notamment quand il s'agit de la concilier avec la stabilité familiale. En même temps, l'arrivée de la procréation médicalement assistée (ci-après, « PMA ») a encore compliqué la situation et concerne un nombre important et toujours plus nombreux de familles⁴⁵. Ceci est dû aux taux de stérilité, surtout dans les pays développés où les femmes attendent plus longtemps avant de fonder une famille, à l'évolution des perceptions de la PMA (à mesure qu'elle devient mieux connue), à la diminution de son coût dans certains États (ou à la capacité de se rendre dans un autre État où elle est moins chère), ainsi qu'au fait que les personnes touchées par la stérilité sociale cherchent à fonder une famille en ayant recours à ces techniques⁴⁶. De fait, il est estimé que « près de 5 millions d'enfants sont nés [grâce à la PMA] dans le monde depuis le premier bébé-éprouvette [...] en 1978 » et qu'aujourd'hui, « près de 1,5 million de cycles de PMA sont réalisés chaque année dans le monde, donnant lieu à

⁴³ Par ex. depuis le début de l'année 2011, les unions civiles ou les partenariats enregistrés entre personnes de même sexe sont devenus légaux au Brésil (mai 2011), au Liechtenstein (septembre 2011) et au Chili (avril 2013). En outre, 16 États et 17 états des États-Unis d'Amérique, soit une augmentation de 16 territoires par rapport à 2011, autorisent désormais le *mariage* entre personnes de même sexe (à compter de janvier 2014, l'Angleterre et le Pays de Galles venant s'y ajouter à compter de mars 2014). Toutefois, bien entendu, il convient de noter que cela ne représente encore qu'une minorité d'États ; de fait, en 2011, il a été rapporté que l'homosexualité reste incriminée par le droit pénal dans 76 États (voir le Rapport du Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme sur les « Lois et pratiques discriminatoires et actes de violence dont sont victimes des personnes en raison de leur orientation sexuelle ou de leur identité de genre » (A/HRC/19/41, présenté à la Dix-neuvième session du Conseil des droits de l'homme, disponible à l'adresse < <http://www2.ohchr.org/> >).

⁴⁴ À certains égards, il n'est pas facile d'établir une distinction claire entre l'attribution de la responsabilité parentale et le « statut » de la filiation juridique, parce que dans certains États, l'acquisition de la responsabilité parentale peut impliquer de fait l'acquisition d'un certain « statut ». Toutefois, de nombreux systèmes juridiques font cette distinction, et si plusieurs individus peuvent jouir de la responsabilité parentale envers un enfant, généralement seules deux personnes sont considérées comme ses parents juridiques (cependant, au Canada, une province a déterminé qu'un enfant pouvait avoir plus de deux parents juridiques). On opère également cette distinction dans le droit régional et international relatif aux enfants : voir par ex. la *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* (la « Convention de 1996 ») qui inclut explicitement dans son champ d'application matériel les mesures traitant de la responsabilité parentale et excluant les questions relatives à la filiation juridique (voir art. 3 et 4 a)), ainsi que le *Règlement (CE) No 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale* (le « Règlement Bruxelles II bis », voir art. premier).

⁴⁵ Y compris même les formes familiales les plus traditionnelles : c.-à-d. les couples hétérosexuels mariés.

De fait, il s'avère que ces couples forment la majorité des parents d'intention qui concluent des CMSI aujourd'hui : voir l'*Étude*, para. 140.

⁴⁶ En 2010, il est estimé que 48,5 millions de couples dans le monde étaient déclarés stériles (c.-à-d. incapables d'avoir un enfant au bout de cinq ans) : voir Mascarenhas et al. (2012), « *National, Regional, and Global Trends in Infertility Prevalence Since 1990: A Systematic Analysis of 277 Health Surveys* », *PLoS Med* 9(12): e1001356. En outre, il est estimé qu'un couple sur six dans le monde « connaît une forme de problème de stérilité au moins une fois au cours de sa période de fécondité » (voir « ART fact sheet », publiée par la Société européenne de reproduction humaine et d'embryologie (ESHRE), disponible à l'adresse < <http://www.eshre.eu/Guidelines-and-Legal/ART-fact-sheet.aspx>. >) Il est également intéressant de noter que l'âge moyen des femmes lors de la première naissance a augmenté dans tous les pays développés depuis les années quatre-vingt-dix ; c'est désormais l'une des causes les plus fréquentes de stérilité (*ibid.*). Par ailleurs, certaines personnes cherchent désormais à avoir recours à la PMA pour avoir un enfant à cause de ce que l'on appelle la « stérilité sociale » (par ex. le fait que ces personnes, sans ce recours, ne pourraient pas avoir d'enfant parce qu'elles sont célibataires ou à cause de leur orientation sexuelle).

350 000 naissances estimées »⁴⁷. En outre, étant donné que « [le] nombre de cycles [de PMA] réalisés dans de nombreux pays développés a augmenté de 5 à 10 % au cours des dernières années », on peut en conclure que cette augmentation du recours à la PMA se poursuivra⁴⁸. Si tel est le cas, il est probable que 2014 connaîtra un record d'enfants nés grâce à la PMA⁴⁹. Outre la question *a priori* de savoir s'il convient d'autoriser la PMA et, dans l'affirmative, sous quelle forme et en vertu de quel système réglementaire (le cas échéant), les systèmes juridiques sont également confrontés à des questions délicates concernant la filiation juridique des enfants nés grâce à la PMA, notamment à l'importance relative qu'ont l'intention et la génétique dans l'établissement de la filiation juridique dans ces circonstances.

16. Le droit de la famille est souvent en retard par rapport aux développements sociétaux et scientifiques et ce domaine particulier n'est pas une exception à la règle. Ces dernières années, de nombreux États ont tout juste commencé à se pencher sur les questions relatives à l'établissement et à la contestation de la filiation juridique dans ces nouvelles situations, d'autres n'ayant même pas encore commencé⁵⁰. En outre, dans ce domaine, les réponses juridiques sont souvent fortement influencées par l'environnement social, culturel et politique prévalant dans l'État en question.

17. Si l'on ajoute à ce tableau complexe l'augmentation croissante de la mobilité internationale des personnes que provoque la mondialisation, on imagine aisément la forte probabilité que des problèmes et difficultés *transfrontières* surviennent. En outre, la diversité des approches juridiques observées dans les États sert également de *déclencheur* aux déplacements transfrontières, puisque, par exemple, les futurs parents sont à la recherche d'un État où les conditions médicales, financières et juridiques leur sont favorables pour y entreprendre une PMA ou pour y conclure une convention de maternité de substitution⁵¹. Force est de constater que dans notre monde globalisé, les « soins génésiques transfrontaliers », que certains taxent de « tourisme procréatif », sont désormais une pratique « bien établie »⁵². En termes juridiques, ils pourraient même dans certains cas illustrer le « *forum shopping* », c'est-à-dire la recherche de la juridiction la

⁴⁷ Voir « ART fact sheet », publiée par l'ESHRE (*ibid.*). Voir également Sullivan EA et al., « *International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technologies (ICMART) world report: assisted reproductive technology 2004* » Hum Reprod 2013; 28: 1375-90, et, pour les États-Unis en particulier, « *Assisted Reproductive Technology Surveillance – United States, 2010* », publié le 6 décembre 2013 par le *National Center for Chronic Disease Prevention and Health Promotion* (CDC), qui déclare : « [d]epuis que le premier bébé américain conçu grâce à la procréation médicale assistée (PMA) est né en 1981, le recours aux technologies de pointe pour surmonter la stérilité tout comme le nombre de centres de procréation médicalement assistée proposant des services ad hoc ont régulièrement augmenté aux États-Unis » et « au cours de la période 1996-2010, le nombre de procédures de PMA réalisées aux États-Unis a doublé, tandis que le nombre de bébés nés en conséquence de ces procédures a quasiment triplé » (p. 10) (traduction du Bureau Permanent). Il convient de noter que dans ce rapport, la définition de la PMA n'inclut pas les traitements dans le cadre desquels seul le sperme est manipulé (par ex. insémination intra-utérine). S'ils étaient inclus, ces chiffres seraient encore plus élevés.

⁴⁸ *Ibid.* Bien que certains rapports indiquent que la croissance a ralenti (voir « ART fact sheet », *supra*, note 46), d'autres statistiques indiquent que le traitement par FIV, en particulier, continue de se développer : par ex., le 24 février 2014, la *Society for Assisted Reproductive Technology* (SART) a rapporté qu'en 2012, le nombre de bébés nés aux États-Unis d'Amérique par FIV avait atteint le nombre record de 61 000.

⁴⁹ Sans mentionner les accords *informels* que des adultes peuvent conclure pour avoir un enfant (par ex. des hommes qui conviennent informellement avec un couple ou une personne pour donner leur sperme, l'enfant étant conçu soit par insémination artificielle au domicile ou par un rapport sexuel) et la façon dont la loi doit y répondre. Par ailleurs, la science n'a pas fini de compliquer les choses. En 2013, il a été rapporté qu'il pourrait être possible, à l'avenir, qu'un enfant ait *trois* parents *génétiques*. Les enfants nés grâce à un « transfert mitochondrial » posséderont de l'ADN de trois sources, plus de 99,9 % provenant des parents d'intention mais également de l'ADN provenant des mitochondries héritées de la donneuse d'ovocytes.

⁵⁰ Voir de manière générale la partie A de l'**Étude** et en particulier, concernant les récents développements juridiques dans les États, la partie A, section 1(g).

⁵¹ Ils peuvent parfois rechercher un État favorable pour s'y installer à long terme afin de fonder une famille : par ex. les couples de même sexe venant d'un État où il n'est pas possible que les membres d'un couple de même sexe soient tous deux parents juridiques d'un enfant (que l'enfant soit adopté ou conçu grâce à la PMA ou au titre d'un accord informel avec des tiers) peuvent envisager de déménager dans un État plus favorable afin d'y fonder une famille.

⁵² Shenfield F. et al., « *The European Society for Human Reproduction and Embryology (ESHRE) Taskforce on Cross border reproductive care. Cross border reproductive care in six European countries* », Human Reproduction, 2010, vol 25: 1361–1368.

plus avantageuse⁵³. Toutefois, il est fréquent que les futurs parents ne sachent pas (et ne soient pas non plus informés) que ce qui vaut concernant leur statut juridique (et celui de leur enfant) dans un État peut ne pas l'être dans un autre État, ce qui peut avoir de sérieuses conséquences juridiques sur l'enfant⁵⁴.

18. De fait, il est utile de rappeler et de souligner ce qui suit : la filiation juridique des enfants est devenue une préoccupation internationale précisément parce que ce n'est *pas* un simple détail juridique en ce qui concerne les enfants. C'est aujourd'hui le sésame dont découle un grand nombre des obligations des adultes envers les enfants ; c'est donc un statut juridique dont les enfants tirent de nombreux droits importants, notamment des droits établis en vertu du droit international. Qu'il s'agisse de l'identité des personnes chargées de s'occuper des enfants (responsabilité parentale), de leur soutien financier (aliments), d'héritage ou de nationalité, dans de nombreux États, l'identité des personnes à l'encontre desquelles les enfants peuvent faire valoir ces droits (ou, dans certains cas, la question de la jouissance de ces droits à proprement parler, par ex. la nationalité par filiation) dépend souvent de la réponse à la simple question suivante : qui est (sont) leur(s) parent(s)⁵⁵ ?

19. Il est par conséquent impératif, du point de vue des droits des enfants, de travailler sur la filiation juridique. En effet, le terme « parent » apparaît 36 fois dans la *Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant* (ci-après, « CNUDE »), souvent dans un contexte d'exposition des droits que les États doivent respecter pour qu'un enfant puisse établir et maintenir un lien avec son (ses) parent(s)⁵⁶, ou dans le contexte de l'identification de la personne chargée de veiller à ce qu'un enfant puisse exercer un droit précis⁵⁷. Dans l'un ou l'autre cas, il est clair qu'un certain degré de filiation est une condition préalable pour qu'un enfant puisse jouir d'une grande partie de ses droits. Bien entendu, puisque la CNUDE a été rédigée dans les années quatre-vingt, avant que ne soient connues la plupart des difficultés évoquées dans les paragraphes qui précèdent, le terme « parent » y est utilisé sans qu'il ne soit précisé s'il désigne les parents biologiques, sociaux ou juridiques de l'enfant et, à cet égard, pose simplement la question de savoir comment les États doivent déterminer la « filiation » à cet effet⁵⁸. Néanmoins, cette ambiguïté ne doit pas faire oublier que, dans un contexte transfrontière, si la filiation d'un enfant est incertaine ou « boiteuse » (parce que deux États répondent différemment à la question « qui est (sont) son (ses) parent(s) ? »), cela compromettra sérieusement la capacité de l'enfant à jouir d'un grand nombre de ces droits (outre le fait que cette situation, en soi, peut contrevenir aux art. 7 et 8 de la CNUDE⁵⁹). De fait, si cette situation se produit, elle peut

⁵³ Cependant, si les restrictions juridiques de l'État d'origine ne sont en aucun cas la seule raison qui pousse les personnes à se rendre à l'étranger pour y bénéficier de services de PMA, l'étude européenne de l'ESHRE (*ibid.*) a conclu, d'après les données qu'elle avait réunies, que « [l]es principales raisons des déplacements étaient les restrictions légales reposant sur une interdiction de la technique en soi ou son inaccessibilité à cause des caractéristiques des patients (âge, orientation sexuelle ou situation de famille) » (p. 1367) (traduction du Bureau Permanent).

⁵⁴ Même s'il semble y avoir eu des initiatives régionales visant à améliorer la qualité des services / soins médicaux apportés aux patients dans le contexte des soins génésiques transfrontaliers (par ex. le Guide de bonnes pratiques de l'ESHRE en la matière, voir également partie C, section 3 de l'**Étude**), les conséquences *juridiques* de la PMA à l'étranger pour les enfants et leur famille semblent avoir suscité moins d'attention.

⁵⁵ Dans ce cas, le terme « parents juridiques » n'est pas utilisé sciemment : en effet, par ex., dans certains États, l'acquisition de la nationalité par les enfants par filiation dépendra de la filiation *génétique* et non de la filiation *juridique* : voir partie A, section 1 (f) de l'**Étude**.

⁵⁶ Par ex. les art. 9 et 10 qui font référence au droit de l'enfant de ne pas être séparé de ses parents et d'entretenir des relations personnelles et des contacts directs avec eux.

⁵⁷ Par ex. l'art. 27(2) qui dispose que « [c]'est aux parents ou autres personnes ayant la charge de l'enfant qu'incombe au premier chef la responsabilité d'assurer [...] les conditions de vie nécessaires au développement de l'enfant ».

⁵⁸ Bien que la récente « Observation générale No 14 (2013) sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale (art. 3 (1)) » du Comité des droits de l'enfant des Nations Unies, adoptée par le Comité lors de sa 62^e session (14 janvier – 1^{er} février 2013) (ci-après, « Observation générale No 14 sur l'art. 3(1) de la CNUDE »), énonce clairement que, dans le contexte du droit de l'enfant à une vie familiale, protégé en vertu de l'art. 16 de la CNUDE, le terme « famille » doit « s'interpréter au sens large en englobant les parents biologiques et les parents adoptifs ou les parents nourriciers, ou, le cas échéant, les membres de la famille élargie ou de la communauté [...] » (para. 59).

⁵⁹ L'art. 7 de la CNUDE dispose : « (1) L'enfant est enregistré aussitôt sa naissance et a dès celle-ci le droit à un nom, le droit d'acquérir une nationalité et, dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux. (2) Les États parties veillent à mettre ces droits en œuvre conformément à leur législation nationale

à son tour porter atteinte à un autre des droits fondamentaux de l'enfant, énoncé non seulement dans la CNUDE mais dans de nombreux autres traités régionaux⁶⁰ et internationaux relatifs aux droits de l'homme, c'est-à-dire son droit à ne pas subir de discrimination fondée uniquement sur la complexité et les difficultés entourant sa naissance et sa situation⁶¹.

20. Ces questions sont au cœur du grand intérêt international qu'elles suscitent et, à de nombreux égards, des préoccupations internationales qui ont vu le jour concernant les CMSI depuis que la Conférence de La Haye a rapporté les premières difficultés liées à ce phénomène, en 2011. En effet, le fait que la forte augmentation continue du nombre de CMSI conclues dans le monde⁶² s'ajoute à la gravité des questions qui se posent dans de tels cas⁶³ n'a fait que contribuer à accroître l'intérêt mondial porté à ce domaine. L'engagement de plusieurs organismes d'État, régionaux et internationaux dans ce domaine, avec lesquels la Conférence de La Haye coopère activement, en est la preuve⁶⁴. À l'échelle nationale, plusieurs États ont désormais établi des lignes directrices à l'intention des personnes envisageant de conclure une CMSI⁶⁵. En outre, des initiatives gouvernementales⁶⁶ et non gouvernementales⁶⁷ ont été lancées entre plusieurs États pour aider les familles en lien avec les problèmes actuels ou pour envisager des solutions pour améliorer la situation. Il n'est peut-être pas surprenant, au vu de ce degré d'intérêt et de préoccupation, que la Conférence de La Haye ait déjà été appelée plusieurs fois à entreprendre une action législative mondiale concernant la maternité de substitution à

et aux obligations que leur imposent les instruments internationaux applicables en la matière, en particulier dans les cas où faute de cela l'enfant se trouverait apatride ». L'art. 8 dispose : « (1) Les États parties s'engagent à respecter le droit de l'enfant de préserver son identité, y compris sa nationalité, son nom et ses relations familiales, tels qu'ils sont reconnus par la loi, sans ingérence illégale. (2) Si un enfant est illégalement privé des éléments constitutifs de son identité ou de certains d'entre eux, les États parties doivent lui accorder une assistance et une protection appropriées, pour que son identité soit rétablie aussi rapidement que possible. »

⁶⁰ Au niveau régional, d'autres droits tels que le « droit au respect de sa vie privée et familiale » (art. 8 de la Convention européenne des droits de l'homme de 1950 (ci-après, la « CEDH »)) seront également engagés dans cette situation. Au sein de l'UE, cette situation peut également impliquer la libre circulation des personnes et l'entraver.

⁶¹ Les États parties à la CNUDE sont tenus de « respecter les droits qui sont énoncés dans la présente Convention et à les garantir à tout enfant relevant de leur juridiction, sans distinction aucune, indépendamment de [...] [la] naissance ou de toute autre situation [de l'enfant ou de ses parents] » (art. 2(1)). En lien avec cette disposition, le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies, dans sa récente Observation générale No 14 sur l'art. 3 (1) de la CNUDE (voir *supra*, note 58), a déclaré que cela « va au-delà de l'obligation passive [...] et requiert aussi [...] l'adoption de mesures proactives propres à garantir effectivement à tous les enfants des chances égales d'exercer les droits énoncés dans la Convention. Il peut être nécessaire à cette fin d'appliquer des mesures positives visant à remédier à une situation de réelle inégalité » (para. 41). En outre, on retrouve des dispositions de non-discrimination dont la formulation est similaire dans, par ex., la *Déclaration universelle des droits de l'homme* (art. 2) et le *Pacte international des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques* (art. 2), ainsi que dans des instruments régionaux, par ex. l'art. 14 de la CEDH. De fait, la consultation des enfants dans le cadre de travaux sur leur statut juridique dans le contexte européen a permis de noter l'effet de l'absence de reconnaissance juridique sur leur vie et la stigmatisation et la discrimination qu'ils ont ressenties : voir le rapport du Dr Kilkelly dans le cadre des travaux du Conseil de l'Europe sur le statut juridique (mentionné dans CJ-FA (2011) RAP 5).

⁶² Étudiée dans la partie C, section 1 de l'**Étude**.

⁶³ Étudiés dans la partie C, section 2 de l'**Étude**.

⁶⁴ Par ex., on peut mentionner le Service social international (« SSI », dont l'« Appel à l'action » de 2013 déclare que « le travail social du réseau mondial du SSI concerne de plus en plus de cas individuels de maternité de substitution, toutefois il est réalisé en l'absence d'un cadre juridique coordonné et cohérent en la matière », voir le numéro spécial du Bulletin mensuel du SSI/CIR « Maternité de substitution à caractère international et droits des enfants », No 174 (juillet-août 2013), disponible à l'adresse < www.iss-ssi.org >), la CIEC (étude comparative de 2014 sur ce thème), le rapport sur la maternité de substitution commandé par la Commission des Affaires juridiques du Parlement européen (qui conclut que « tous les États membres semblent convenir de la nécessité de donner aux enfants concernés une filiation légitime et un statut civil clairement définis »), le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies (des questions de droits des enfants concernant les CMSI se sont posées dans le cadre de procédures de soumission de rapports par les États concernant Israël, l'Allemagne et l'Inde en 2013 et 2014 — voir en outre partie C, section 3 de l'**Étude**), et la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après, « CrEDH ») (qui examine actuellement quatre affaires de CMSI, et d'autres affaires éventuelles à venir — voir en outre partie C, sections 2 et 3 de l'**Étude**), et les grandes organisations de praticiens du droit (par ex. l'*International Law Association*, l'*International Academy of Matrimonial Lawyers*, l'ABA et l'AAARTA sont activement engagées dans ce domaine).⁶⁵ Voir para. 216 de l'**Étude**.

⁶⁵ Voir para. 216 de l'**Étude**.

⁶⁶ Par ex. les groupes de travail établis en Suède et en Suisse pour étudier les questions découlant des CMSI ; la législation temporaire promulguée en Norvège ; le groupe de travail interministériel établi au Royaume-Uni ; les travaux entrepris par le *Family Law Council* en Australie : voir en outre l'**Étude**, partie C, section 3.

⁶⁷ Par ex. l'établissement d'organisations non gouvernementales spécialisées telles qu'en Espagne, France et Australie.

caractère international⁶⁸. Comme le démontre l'Étude (et tel que mentionné, *infra*, dans la **section III (C)**), le vaste processus de consultation entrepris par le Bureau Permanent, y compris les informations provenant des États, des avocats spécialisés, des établissements médicaux et agences, ainsi que les 30 réponses de parents d'intention ayant eux-mêmes eu recours à une CMSI, révèle en outre les fortes préoccupations qui entourent plusieurs grands domaines dans les affaires de maternité de substitution à caractère international⁶⁹.

III. BRÈVE PRÉSENTATION DE L'« ÉTUDE SUR LA FILIATION JURIDIQUE ET QUESTIONS DÉCOULANT DES CONVENTIONS DE MATERNITÉ DE SUBSTITUTION À CARACTÈRE INTERNATIONAL »⁷⁰

A. Établissement et contestation de la filiation juridique en droit interne

21. L'Étude, dans sa partie A, section 1, commence par étudier comment les États abordent l'établissement de la filiation juridique dans le contexte des faits actuels, comment ils tranchent les difficultés en matière de filiation juridique et comment ces questions se répercutent (le cas échéant) sur l'acquisition de la nationalité par les enfants. Cette analyse a pour but de déterminer le degré d'harmonisation ou de divergence de la façon dont ces questions sont abordées, juridiquement parlant, dans le monde⁷¹, et les potentielles questions de conflits de loi qui en découlent, outre qu'elle évalue à quel point les lois en la matière évoluent. La partie A, section 2 de l'Étude poursuit par une brève présentation de certains des travaux pertinents entrepris au niveau fédéral, régional ou international concernant la filiation juridique, notamment en vue d'une harmonisation des règles internes de droit *matériel*, et analyse comment ces initiatives, qu'elles aient été couronnées de succès ou qu'elles aient échoué, peuvent s'avérer d'une certaine utilité s'agissant des travaux de droit international privé en la matière.

22. L'Étude conclut que les lois internes d'un grand nombre d'États relatives à l'établissement et à la contestation de la filiation juridique ont été influencées, parfois considérablement, par les changements sociaux, scientifiques et démographiques, ces cent dernières années. Très généralement, on peut discerner deux grands « bouleversements » dans la pensée et les approches juridiques du statut des enfants que ces changements ont entraîné au cours de cette période : (1) premièrement, l'orientation sur la situation maritale des parents pour déterminer leurs obligations envers leur enfant (et donc les droits acquis par l'enfant) s'est muée en une approche rejetant cette orientation comme étant discriminatoire et redéfinissant le fondement des obligations parentales envers les enfants, utilisant à la place l'établissement d'un lien de filiation, qui semble ouvert à tous les enfants sans distinction⁷². Résultat de cette nouvelle façon de penser, de nombreuses

⁶⁸ Par ex. le SSI, dans son « Appel à l'action » de 2013 (voir *supra*, note 64), a déclaré qu'il prévoyait de « développer une campagne à l'échelle du réseau afin de plaider en faveur [...] d'une Convention de La Haye sur la maternité de substitution à caractère international ». En outre, un rapport préparé à l'intention de la Commission des affaires juridiques et parlementaires du Parlement européen (« Le régime applicable à la maternité de substitution au sein des États membres de l'UE », par Brunet et al. (2013), dont la synthèse est disponible en français à l'adresse < [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/474403/IPOL-JURI_ET\(2013\)474403\(SUM01\)_FR.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/474403/IPOL-JURI_ET(2013)474403(SUM01)_FR.pdf) >), conclut que "[l]es limitations territoriales d'un régime purement intérieur à l'UE signalent l'opportunité d'une réponse plus globale » et qu'il « conviendrait de tenir compte de l'opportunité d'une solution mondiale, par ex. fondée sur une Convention de La Haye » (traduction du Bureau Permanent) (voir p. 191 et 194).

En outre, lors d'une conférence sur la pratique et le droit international de la famille sur le thème « Filiation, égalité et genre » organisée à Londres du 3 au 5 juillet 2013, des participants experts du droit international de la famille ont conclu : « Nous reconnaissons qu'une convention internationale multilatérale sur la maternité de substitution est requise d'urgence » (traduction du Bureau Permanent) (para. 4). De nombreux commentateurs du milieu universitaire ont eux aussi appelé à la préparation d'un instrument international en la matière, certains mentionnant précisément des travaux sous les auspices de la Conférence de La Haye.

⁶⁹ Voir l'Étude, partie C, section 2.

⁷⁰ Ci-jointe : voir *supra*, les para. 7 et 8 concernant le fait que cette Étude doit être consultée en intégralité pour analyser en profondeur les données reçues et les recherches entreprises concernant les règles de droit interne et de droit international privé relatives à la filiation juridique et aux approches des CMSI.

⁷¹ Il convient cependant de noter les limitations géographiques aux réponses reçues des États, mentionnées *supra* au para. 5.

⁷² Comme décrit dans la partie A, section 1 de l'Étude, si les enfants nés hors mariage peuvent aujourd'hui établir leur filiation juridique, les méthodes d'établissement applicables seront souvent différentes de celles utilisées pour

lois ont cherché à établir efficacement un lien juridique entre l'enfant et ses parents (ce qui désignait les parents génétiques ou « naturels » de l'enfant, puisqu'à l'époque, il y avait très peu d'autres possibilités, voire aucune) ; (2) pour de nombreux États, un deuxième bouleversement est intervenu des décennies plus tard, à la fin du xx^e siècle, lorsque l'on s'est aperçu que les progrès scientifiques permettaient de déterminer la filiation génétique avec quasi-certitude mais, paradoxalement, que la génétique n'était plus le seul critère déterminant en termes d'identité des personnes donnant vie à des enfants et, en outre, exerçant socialement la fonction de « parent ». Les évolutions scientifiques et sociétales avaient une fois de plus modifié la donne : dans certaines circonstances, des personnes pouvaient avoir l'intention de devenir « parents » ou y donner leur consentement, quel que soit leur lien génétique avec l'enfant à naître.

23. Dans leur approche juridique interne, un grand nombre d'États (mais pas tous, loin s'en faut) ont franchi la première « étape » idéologique. Par contre, le fait qu'un État donné ait entrepris des réformes législatives ou autres réformes juridiques pour tenir compte de la deuxième étape, à quelque degré que ce soit, dépend souvent de la situation culturelle, sociale et parfois religieuse de l'État en question. L'image globale qui en résulte est loin d'être uniforme ; malgré une certaine homogénéité en termes de principes de base applicables à l'établissement de la filiation juridique, elle présente une diversité considérable, en ce qui concerne l'établissement et la contestation de la paternité juridique en particulier (surtout pour les enfants nés hors mariage), et l'établissement et la contestation de la filiation juridique de manière générale pour les enfants nés grâce à des technologies modernes ou dans des formes familiales plus nouvelles. Ceci reste valable malgré les travaux régionaux et internationaux entrepris dans le domaine de la filiation juridique, travaux qui dans certains cas ont été sujets à controverse. Par ailleurs, de nombreux États sont toujours en cours d'adaptation, en particulier parce que les préoccupations concernant le deuxième ensemble de développements susmentionnés et donc les lois internes n'ont pas fini d'évoluer. Comme décrit dans l'Étude, cette instabilité du droit interne ne doit pas empêcher les travaux au niveau international. Cependant, le tableau général souligne l'importance de se focaliser sur les ponts qu'il convient de jeter *entre* systèmes juridiques, reposant sur des principes communs internationalement reconnus⁷³, plutôt que sur des travaux visant à harmoniser le droit matériel relatif à la filiation juridique.

24. Fait important, cette diversité des approches en droit interne a bien entendu pour conséquence que des problèmes transfrontières peuvent se poser en termes de filiation juridique d'enfants dans le cas de familles ayant un lien avec plusieurs États, *si* ces États n'ont pas essentiellement les mêmes approches en matière droit international privé⁷⁴. La partie B de l'Étude se penche précisément sur ce point : les États ont-ils des règles de droit international privé essentiellement similaires en la matière et, dans la négative, leurs approches révèlent-elles des tendances qui pourraient être mises à profit en vue de travaux tendant à l'harmonisation du droit international privé ?

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

25. La partie B de l'Étude se compose de trois sous-parties : (1) elle commence par une analyse comparative des règles de droit international privé des États, principalement établie à partir des réponses des États au Questionnaire No 1⁷⁵ ; (2) elle poursuit en étudiant les démarches entreprises au niveau bilatéral, régional ou international pour favoriser soit la coopération transfrontière en la matière soit l'unification des règles de droit international privé ; (3) enfin, elle cherche à savoir si l'établissement de la filiation juridique

les enfants nés d'un mariage ; de ce fait, il peut s'avérer plus difficile d'établir en particulier la paternité juridique de l'enfant concerné. Par conséquent, la situation actuelle révèle encore une différence de traitement entre les enfants nés d'un mariage et ceux nés hors mariage.

⁷³ Par ex. les droits des enfants exposés dans la CNUDE. Ainsi que sur une acceptation de la diversité juridique.

⁷⁴ Par ex. si tous les États ont les mêmes règles applicables, par exemple, et qu'aucune exception d'ordre public ou autre n'est applicable, il se peut qu'il n'y ait pas de « conflits » en termes de résultats, malgré les différences entre droits internes.

⁷⁵ Sauf mention contraire expresse.

entraîne des difficultés transfrontières pour les familles et les enfants (exception faite du contexte de la maternité de substitution à caractère international, étudiée dans la partie C de l'Étude). Cette analyse a un objectif double : (i) établir le degré de diversité ou de similarité des règles de droit international privé des États en la matière (notamment au vu des éventuels travaux régionaux et internationaux déjà entrepris en vue de la coopération ou de l'unification desdites règles), afin de fournir la base scientifique à une analyse de la *possibilité* de futurs travaux internationaux dans ce domaine⁷⁶ ; et (ii) grâce à l'étude des problèmes transfrontières (partie B, section 3), évaluer l'*opportunité* — ou le besoin — de poursuivre des travaux hors du contexte de la maternité de substitution à caractère international.

26. S'agissant des règles de droit international privé des États concernant la filiation juridique, l'Étude conclut que malgré les grands écarts qui existent dans les approches nationales de diverses questions (par ex. dans quelles circonstances les autorités d'un État se déclarent compétentes pour enregistrer la naissance d'un enfant né *hors* du territoire national — et donc déterminer sa filiation juridique —, dans quelles circonstances elles se déclareront compétentes pour accepter une reconnaissance volontaire de paternité juridique, ainsi que les règles applicables à l'établissement de la filiation juridique résultant de la loi), il existe une importante cohérence des approches dans d'autres domaines (par ex. concernant la compétence assumée lorsqu'un enfant est né sur le territoire de l'État) ; dans d'autres domaines, des thèmes communs peuvent être déduits (par ex. s'agissant de l'interprétation et de l'application de l'exception d'ordre public en la matière). Par ailleurs, s'agissant de la façon dont les États abordent la filiation juridique établie à l'étranger, il existe un contraste saisissant dans leur approche selon que l'établissement de la filiation juridique repose sur un acte authentique étranger (par ex. un certificat de naissance ou une reconnaissance volontaire) ou sur une décision judiciaire étrangère. Pour ce qui est des actes authentiques étrangers, les États ont adopté diverses approches de droit international privé, allant de la reconnaissance (sous réserve de conditions variables) à des méthodes qui se contentent d'établir de nouveau la filiation juridique en se fondant sur les lois applicables (qui peuvent impliquer une application cohérente de la *lex fori*). Pour ce qui est des décisions *judiciaires* étrangères, toutefois, l'approche des États est bien plus cohérente : beaucoup plus d'États adoptent une approche fondée sur la reconnaissance, souvent soumise à des règles indirectes de compétence et à certaines garanties procédurales (exprimées généralement sous forme de motifs de non-reconnaissance).

27. L'analyse des initiatives bilatérales, régionales et internationales en la matière (partie B, section 2 de l'Étude) conclut que, même s'il existe de nombreux travaux pertinents à prendre en considération pour réfléchir à l'opportunité et, dans l'affirmative, à la manière d'uniformiser les règles de droit international privé relatives à la filiation juridique⁷⁷, au niveau international, l'unification générale de ces règles ne fait pas encore l'objet de travaux, ne serait-ce que pour établir une coopération transfrontière dans ce domaine, en particulier au vu de la nouvelle réalité mondiale qui prévaut en matière de filiation juridique. La Conférence de La Haye pourrait donc chercher à tirer profit de l'expertise qui existe aux niveaux régional, national et international, avec la certitude qu'elle ne reproduirait pas les travaux d'autres organismes.

28. La partie B, section 3 de l'Étude présente plusieurs exemples de problèmes transfrontières concernant la filiation juridique et la nationalité qui se poseraient *hors* du contexte de la maternité de substitution à caractère international⁷⁸. Elle conclut que ces problèmes transfrontières surviennent non seulement à cause de la différence entre approches internes de la question de la filiation juridique mais également à cause de la différence entre approches de droit international privé des États. En outre, des problèmes semblent se poser dès lors que les règles de droit international privé d'un État adoptent une « approche fondée sur les conflits de loi » (c.-à-d. une approche faisant appel aux règles applicables, y compris si cela consiste à systématiquement appliquer la *lex fori*) ou,

⁷⁶ Voir *infra* **section IV**.

⁷⁷ Voir l'**Étude**, partie B, section 2.

⁷⁸ Rapportés au Bureau Permanent dans le cadre du processus de consultation par des États, des avocats et des organisations non gouvernementales.

mais peut-être dans une moindre mesure, une « approche fondée sur la reconnaissance »⁷⁹. Toutefois, le résultat est souvent le même pour l'enfant : soit un statut juridique « boiteux » soit une situation incertaine dans laquelle son statut juridique (filiation juridique et / ou nationalité) repose sur une base factuelle incorrecte dans un État et peut à tout moment être contesté.

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

29. En 2011, la Conférence de La Haye a fait le constat que la maternité de substitution à caractère international était devenue un « commerce mondial en plein essor » dont la communauté internationale n'avait pas encore pleinement conscience des multiples enjeux, notamment de ceux entourant le statut juridique des enfants nés au titre de ces conventions⁸⁰. En 2014, ce fait est largement reconnu et la maternité de substitution à caractère international est devenue une question d'intérêt international et, dans bien des milieux, une source de préoccupations internationales⁸¹. Toutefois, comme le rappelle l'Étude, dans la mesure où le statut juridique des enfants et des parents d'intention (c.-à-d. la filiation juridique et ses conséquences, telles que la nationalité) sont en jeu dans des affaires de maternité de substitution à caractère international, les parties B et C de l'Étude, qui analysent les règles de droit interne et de droit international privé des États relatives à la filiation juridique et à la nationalité, sont directement pertinentes, puisque c'est justement le conflit entre approches nationales de la filiation juridique et de la nationalité qui est le problème sous-jacent aux affaires de maternité de substitution à caractère international — si tant est qu'il s'agit de questions de statut. Il est important de le reconnaître et de replacer les problèmes rencontrés dans les affaires de maternité de substitution à caractère international dans ce contexte plus large. Néanmoins, il ne faut pas ignorer qu'au-delà de la question du statut juridique de l'enfant et des parents d'intention, les affaires de maternité de substitution à caractère international présentent aussi de multiples considérations plus larges, même si l'on se contente de se focaliser sur l'aspect *transfrontière* du sujet⁸². Ces préoccupations plus larges sont exprimées à diverses fréquences et de façon plus ou moins virulente selon les États ; elles portent sur des questions de bien-être de l'enfant, de liberté de procréation, d'exploitation des personnes vulnérables (particulièrement dans le contexte des disparités socioéconomiques mondiales), de réglementation et de politique sanitaires (au vu de la mondialisation et du recours accru à des services médicaux transfrontières, y compris de procréation), et d'égalité. Par conséquent, la maternité de substitution à caractère international est un phénomène particulier qui exige une analyse indépendante.

30. Utilisant la mine d'informations produite par le processus de consultation, l'Étude dresse un portrait clair et plus détaillé que jamais du nombre, de la nature et de la portée géographique des CMSI actuelles, ainsi que des parties et intermédiaires qui y sont impliqués⁸³. À la lumière de ce constat, l'Étude analyse certains des grands problèmes rencontrés dans les affaires de CMSI⁸⁴ : statut juridique des enfants et parents

⁷⁹ Dans le premier cas, si les différents États présentant un lien avec un enfant utilisent différents facteurs de rattachement pour déterminer le droit applicable, cela peut entraîner des résultats différents pour l'enfant dans chaque État (et une exception d'ordre public peut néanmoins s'appliquer pour empêcher l'application de certaines lois étrangères). Toutefois, si l'« approche fondée sur la reconnaissance » est adoptée, il existe le risque, surtout dans ce domaine du droit, que l'exception d'ordre public s'applique pour empêcher la reconnaissance du (des) lien(s) juridique(s) établi(s) à l'étranger. Ceci dit, au vu des droits fondamentaux en jeu lorsque l'on examine la reconnaissance transfrontière du statut juridique d'un enfant, dans certains cas, la jurisprudence nationale et régionale a mis en lumière une approche nuancée de l'exception d'ordre public, en invoquant des droits tels que ceux visés à l'art. 3 de la CNUDE et à l'art. 8 de la CEDH. Voir en outre l'Étude, partie B et partie C, section 2 (a).

⁸⁰ Voir la Note préliminaire de 2011 (*supra*, note 4) et le Rapport préliminaire de 2012 (*supra*, note 7).

⁸¹ Voir *supra*, para. 20. Il convient de noter, toutefois, que ces préoccupations peuvent varier notablement en fonction des États impliqués dans la CMSI en question.

⁸² Voir « Le régime applicable à la maternité de substitution au sein des États membres », par Brunet et al. (2013) (*supra*, note 68), section 1.2.

⁸³ Voir l'Étude, partie C, section 1.

⁸⁴ Voir l'Étude, partie C, section 2 : comme l'ont rapporté des États, des avocats, des professionnels de la santé, des agences de maternité de substitution, des organisations non gouvernementales et des parents d'intention.

d'intention⁸⁵ ; préoccupations relatives au bien-être de l'enfant ; position de la mère porteuse et des donneurs de gamètes ; préoccupations des parents d'intention ; compétence et comportement de certains intermédiaires ; aspects financiers des CMSI ; activité criminelle en lien avec les CMSI. Enfin, elle étudie l'évolution des approches nationales des CMSI, notamment les tentatives bilatérales, régionales et internationales de coopération⁸⁶. Les conclusions de l'Étude, dans la mesure où elles s'avèrent utiles pour analyser l'opportunité et la possibilité de travaux futurs sur les CMSI, sont évoquées *infra* à la **section IV**.

⁸⁵ Des exemples de jurisprudence dans ce domaine sont analysés en détail aux para. 147 et s.

⁸⁶ Voir l'**Étude**, partie C, section 3.

IV. OPPORTUNITÉ ET POSSIBILITÉ DE POURSUIVRE DES TRAVAUX SUR LES QUESTIONS DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ RELATIVES À LA FILIATION JURIDIQUE ET CELLES DÉCOULANT DES CONVENTIONS DE MATERNITÉ DE SUBSTITUTION À CARACTÈRE INTERNATIONAL

31. La question de savoir si la Conférence de La Haye doit poursuivre des travaux sur ce thème peut être tranchée en répondant d'abord à deux questions fondamentales :

(1) **D'autres travaux internationaux sont-ils nécessaires ?** En d'autres termes, existe-t-il des problèmes transfrontières pratiques auxquels il peut être remédié ou qui peuvent être soulagés grâce à une action multilatérale et, dans l'affirmative, quels sont l'ampleur, les répercussions et la portée géographique de ces problèmes ? Sont-ils tels que l'investissement de ressources au niveau international est garanti ?

(2) Dans l'affirmative, **serait-il possible d'atteindre un consensus**, à l'avenir, concernant un instrument multilatéral contraignant en la matière et / ou concernant des mesures non contraignantes ou d'autres résultats pratiques qui auraient des répercussions importantes sur les problèmes recensés ?

32. Cette section répond à chaque question successivement en faisant référence : (1) à l'analyse comparative réalisée dans l'Étude ; et (2) aux réponses données par les Membres et autres acteurs concernés intéressés aux questions posées dans les Questionnaires qui leur étaient adressés concernant d'éventuels travaux futurs.

A. Opportunité : d'autres travaux internationaux sont-ils nécessaires ?

« Le monde est plus petit qu'avant.

Les gens regardent au-delà des frontières : les États doivent donc faire la même chose. »

Observation d'un avocat néerlandais dans sa réponse au Questionnaire No 2 concernant l'opportunité de poursuivre des travaux internationaux.

33. Le vaste processus de consultation entrepris par le Bureau Permanent, dont les résultats sont exposés dans l'Étude, a démontré ce qui suit :

(i) la façon dont les États abordent la question de la filiation juridique dans leur droit national varie notablement, en particulier dans des domaines tels que l'établissement (la contestation) de la paternité juridique, la filiation juridique suite aux procédures de PMA (y compris en cas de maternité de substitution) et la parentalité par des personnes de même sexe. Les difficultés rencontrées dans le cadre des travaux fédéraux et régionaux visant à harmoniser le droit matériel dans ce domaine montrent clairement que les travaux internationaux doivent se concentrer sur les ponts à jeter *entre* systèmes juridiques (différents) plutôt que sur l'harmonisation des lois en la matière⁸⁷ ;

(ii) les règles de droit international privé des États relatives à l'établissement et à la contestation de la filiation juridique varient elles aussi beaucoup à bien des égards, que l'on considère les questions de compétence, de droit applicable ou de reconnaissance d'une filiation juridique déjà établie à l'étranger (le cas échéant). Malgré certaines démarches bilatérales, régionales et internationales pertinentes tendant à l'unification, l'unification des règles de droit international privé en la matière n'a jamais été étudiée de manière globale et exhaustive⁸⁸ ;

(iii) lorsque les enfants ont un lien avec plusieurs États ou déménagent à l'étranger, la diversité des règles de droit interne et de droit international privé peuvent poser de réels problèmes pratiques en termes d'établissement et / ou de reconnaissance de leur filiation juridique, ainsi que concernant leur acquisition de la nationalité⁸⁹ ;

(iv) les enfants dont la filiation juridique est « boiteuse » (et, bien entendu, les enfants qui se retrouvent apatrides) risquent de subir de graves inconvénients tout au long de leur vie à cause de la myriade de conséquences juridiques qui découlent de la détermination de la filiation juridique dans la plupart des États. De fait, dans cette situation, les enfants peuvent être empêchés d'exercer leurs droits fondamentaux et se retrouver dans une

⁸⁷ Voir *supra*, section III.A et l'Étude, partie A.

⁸⁸ Voir *supra*, section III.B et l'Étude, partie B.

⁸⁹ Voir *supra*, section III.B et l'Étude, partie B, section 3, ainsi que partie C, section 2(a).

position où ils sont, de fait, l'objet de discriminations à cause des circonstances de leur naissance (ce qui est contraire à de nombreux instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme)⁹⁰.

34. En termes d'**échelle** et d'**impact**, même si les informations obtenues à partir du processus de consultation prouvent que des problèmes transfrontières concernant la filiation juridique se posent déjà dans différentes situations, y compris dans des affaires n'ayant *pas* trait à la maternité de substitution⁹¹, les problèmes se posant pour les enfants dans le contexte des CMSI sont sans conteste les plus aigus et les plus urgents. Ceci est dû : (1) au nombre d'affaires de CMSI actuelles, susceptibles d'impliquer des milliers d'enfants⁹² ; (2) au fait que les questions de statut juridique transfrontières surviennent dans la grande majorité des cas en raison de leurs caractéristiques factuelles⁹³ ; et (3) aux graves préoccupations plus larges, impliquant les droits fondamentaux des enfants et des femmes, qui se posent dans les affaires de CMSI⁹⁴.

35. Ceci dit, il est clair que même hors du contexte des CMSI, les problèmes transfrontières mis en lumière dans l'Étude ne sont qu'un avant-goût de ce qui deviendra probablement un problème mondial de plus en plus important. En effet, les tendances démographiques, sociétales et médicales soulignées, *supra*, dans la section II sont vouées à se prolonger, ce qui signifie que le nombre d'enfants nés, par exemple, de couples non mariés, grâce à des procédures de PMA ou dans des familles non traditionnelles continuera d'augmenter dans les années à venir. Ce phénomène se produira sur fond de mondialisation toujours plus grande et de déplacements transfrontières toujours plus nombreux, y compris de déplacements motivés par la différence entre les lois des États en la matière (c.-à-d. de déplacements dont le but est de permettre l'accès à des services de procréation transfrontières). Entre-temps, si certains développements vont dans la même direction, dans l'ensemble, les lois des États en la matière ne semblent pas converger rapidement. La possibilité que des problèmes transfrontières concernant la filiation juridique en général surviennent encore plus fréquemment à l'avenir ne peut donc pas être ignorée.

36. En termes de **répartition géographique** de ces problèmes, comme l'a exprimé un État dans sa réponse, « [l]es questions relatives à la filiation juridique [...] sont susceptibles d'être rencontrées dans tous les États, quels que soient [...] leurs régimes domestiques ; ces questions présentent donc un intérêt mondial »⁹⁵. Les résultats du processus de consultation étayent ce point de vue, puisqu'il est démontré que les problèmes rencontrés en lien avec la filiation juridique ne sont pas circonscrits à une région du globe, à une approche juridique ou à une culture. C'est la *différence* entre approches nationales qui est la source des problèmes, associée à l'internationalisation croissante de la vie familiale (que ce soit à cause de déplacements transfrontières ou du caractère multinational des familles), ainsi qu'au fort désir humain d'avoir des enfants. Ceci est particulièrement vrai dans le contexte des CMSI. Les informations fournies par les avocats spécialistes en la matière montrent que ce phénomène touche chaque région du monde et que l'approche interne qu'adopte un État vis-à-vis de la maternité de substitution ne l'empêchera pas d'être touché par ce phénomène⁹⁶.

⁹⁰ Voir *supra* para. 20 et l'Étude, partie B, section 3, ainsi que partie C, section 2(a).

⁹¹ Voir l'Étude, partie B, section 3.

⁹² Voir l'Étude, para. 125 à 129.

⁹³ Voir l'Étude, partie C, section 2, para. 147 à 184.

⁹⁴ Voir l'Étude, partie C, section 2, para. 185 à 215.

⁹⁵ Voir la réponse du Canada à la question 87. Ceci a été reconnu par plusieurs États dotés d'une législation stricte (ou d'aucune législation) concernant les questions telles que la PMA et / ou la maternité de substitution : par ex., voir la réponse de la Lituanie à la question 87.

⁹⁶ Voir l'Étude, para. 130 à 134, en lien avec le grand nombre d'États concernés par le phénomène des CMSI, notamment la répartition géographique de ces États, dans toutes les régions du monde, et la diversité des cultures et approches juridiques qui y sont représentées. De fait, même dans les États où une interdiction extraterritoriale est placée sur la sollicitation de certains services de PMA à l'étranger, sous peine de poursuites pénales, les personnes résidant dans ces États semblent malgré tout désireuses de conclure des CMSI dans d'autres États.

37. Les réponses des États au Questionnaire No 1⁹⁷ prouvent que de nombreux États reconnaissent déjà les besoins auxquels pourraient répondre de futurs travaux internationaux ; de fait, les États qui ont répondu à cette partie du Questionnaire s'accordent largement. Plusieurs États ont souligné, comme l'a exprimé le Canada, le besoin d'« assurer une plus grande prévisibilité et une plus grande sécurité juridique concernant la filiation juridique des enfants dans les situations transfrontières en général »⁹⁸. Toutefois, la majorité des réponses se focalisait sur ce qui semble être considéré comme les besoins les plus urgents, c'est-à-dire ceux qui se posent dans le contexte des CMSI⁹⁹. Dans ce contexte, les États ont indiqué que les besoins les plus pressants se rapportaient aux questions relatives au statut juridique des enfants nés dans le cadre de CMSI, et en particulier au besoin d'éliminer la filiation juridique « boiteuse » et l'apatridie. En outre, toutefois, de nombreux États ont mentionné le besoin de garantir le respect des droits et du bien-être de toutes les parties à une CMSI, notamment les mères porteuses et les enfants, dans le cadre d'éventuels futurs travaux internationaux. De fait, comme on peut s'y attendre, les besoins précis soulignés par les États comme étant ceux auxquels de futurs travaux devraient répondre font écho aux domaines de préoccupation identifiés¹⁰⁰, c'est-à-dire : le besoin de garantir que les mères porteuses donnent leur consentement libre et éclairé aux CMSI¹⁰¹ ; le besoin de garantir des normes appropriées pour les soins médicaux prodigués aux mères porteuses et les enfants, y compris de garantir que la mère porteuse conserve le pouvoir de disposer de son propre corps ; le besoin de procéder à des vérifications minimales concernant l'aptitude des parents d'intention au regard de la CMSI ; enfin, le besoin d'établir des normes concernant le droit de l'enfant à connaître ses origines génétiques et celles de sa naissance.

38. Cette large acceptation des besoins auxquels il faudrait répondre apparaissait également parmi les différentes catégories d'acteurs concernés. Par exemple, de nombreux avocats (des États d'accueil comme des États de naissance) ont identifié les mêmes besoins, notant que des travaux internationaux devraient viser à garantir que les enfants jouissent d'un statut juridique protégé au sein de leur unité familiale dans le monde entier. Alors que certaines d'entre elles contenaient des remarques d'ordre général, de nombreuses réponses soulevaient ces questions dans le contexte précis des CMSI, indiquant qu'il s'agit des « problèmes les plus fréquents associés aux CMSI », observant que « ces questions sont rarement [...] des différends entre les parties aux CMSI ; ce sont des différends entre États [...] qui font obstacle à la sécurité des personnes les plus vulnérables du monde : les enfants ». Plusieurs avocats ont souligné le besoin d'aborder les démarches complexes et épuisantes, tant financièrement qu'émotionnellement, ainsi que les considérables formalités administratives que doivent actuellement accomplir les familles et les enfants dès la naissance d'un enfant pour garantir son statut juridique (si tant est que cela soit possible). Ils ont été nombreux à reconnaître la nécessité d'aller au-delà des questions de statut et de garantir des normes minimales qui protégeraient les droits de toutes les parties à la CMSI¹⁰². Si la majorité écrasante des avocats a qualifié

⁹⁷ Qui sollicitait des opinions sur les besoins qui devraient être traités par d'éventuels futurs travaux internationaux : voir par ex. la question 86.

⁹⁸ Par ex. ce besoin général de sécurité accrue concernant les questions de statut juridique des enfants a également été souligné par les États suivants : Chili, Colombie, Espagne, Portugal et Slovaquie. Un rapport commandé par le Parlement européen (voir *supra*, note 68), bien que dans le contexte des CMSI, concluait également que « tous les États membres semblent convenir de la nécessité de donner aux enfants concernés *une filiation légitime et un statut civil clairement définis* ; quelle que soit la façon dont cela est par la suite facilité en termes juridiques » (traduction du Bureau Permanent) (section 5.3 ; nous soulignons).

⁹⁹ Par ex., les États suivants ont indiqué que les besoins découlant des CMSI étaient ceux qui devraient être traités par de futurs travaux internationaux : Allemagne, Canada (qui identifiait également un besoin plus large concernant la filiation juridique), Chili (comme pour le Canada), Colombie (comme pour le Canada), Espagne (comme pour le Canada), Finlande, Guatemala, Irlande, Israël, Norvège, Nouvelle-Zélande et Portugal (comme pour le Canada).

¹⁰⁰ Voir l'**Étude**, partie C, section 2.

¹⁰¹ En tenant notamment compte des sanctions contractuelles pouvant faire obstacle à ce consentement libre et éclairé.

¹⁰² À cet égard, les questions de consentement libre et éclairé de la mère porteuse, les informations (trompeuses) que fournissent actuellement certains intermédiaires aux parents d'intention (et le besoin de mieux éduquer certains intermédiaires), le droit de l'enfant à connaître ses origines, et certaines vérifications minimales de base concernant les parents d'intention sont fréquemment identifiés comme des domaines où des besoins se font sentir.

d'« urgents », voire de « très urgents » les besoins dans le contexte des CMSI, certains d'entre eux ont également souligné qu'en raison de la complexité et du caractère sensible du sujet, il était préférable d'atteindre le résultat escompté en termes de législation internationale que de hâter le processus à cause de l'urgence des besoins en prenant le risque d'empirer la situation pour les enfants et les familles¹⁰³.

39. En outre, les parents d'intention qui ont eux-mêmes eu recours à des CMSI ont tous¹⁰⁴ exprimé le souhait d'un futur instrument international dans le contexte des CMSI, un grand nombre d'entre eux exprimant le besoin urgent de garantir l'établissement ou la reconnaissance du statut juridique des enfants en termes de nationalité et de filiation juridique. Toutefois, ils ont également mentionné le besoin de garantir que les droits de la mère porteuse soient protégés dans le cadre des travaux internationaux, certains comparant les États de naissance dans lesquels ils considéraient que les pratiques en la matière étaient meilleures et les États de naissance suscitant des préoccupations plus grandes.

40. Au vu de ce qui précède, ainsi que de l'analyse détaillée figurant aux parties B et C de l'Étude, il est considéré que le **besoin** de poursuivre des travaux internationaux dans ce domaine est flagrant, urgent même pour ce qui est des CMSI, et que ces travaux devraient aller au-delà en termes de filiation juridique en général. De fait, comme indiqué *supra*, il est impératif, du point de vue des droits des enfants, de poursuivre ces travaux.

B. Faisabilité : serait-il possible d'atteindre un consensus concernant une approche multilatérale ?

41. Les questions les plus épineuses relèvent de la faisabilité : en d'autres termes, savoir s'il est possible de trouver un terrain d'entente pour progresser vers une approche multilatérale des aspects transfrontières de la filiation juridique, en gardant à l'esprit la diversité des approches nationales des questions relatives à la filiation juridique en droit interne et en droit international privé, ainsi que les délicates questions d'ordre public soulevées dans un domaine traditionnellement lié à l'environnement socioculturel des États. La réponse à cette question pourrait dépendre, premièrement, de la **portée** de l'objectif visé : par exemple, si un instrument traitant de la question unique des CMSI est envisagé, ou plutôt un régime plus large de droit international privé concernant la filiation juridique (comme évoqué timidement dans la Note préliminaire de 2011 et le Rapport préliminaire de 2012), ou une combinaison des deux, ou encore quelque chose de complètement différent. Elle pourrait aussi dépendre de la **nature** de l'objectif visé : en d'autres termes, si ce sont des solutions contraignantes qui sont souhaitées, ou si des mesures juridiques non contraignantes (*soft law*) pourraient être envisagées, ne serait-ce qu'à titre préliminaire.

42. Les réponses des Membres et des autres acteurs concernés à la question de l'approche qu'il conviendrait d'adopter quant à d'éventuels travaux futurs, ainsi qu'à la priorité qu'il conviendrait de leur accorder, sont révélatrices en termes de possibilité générale de la poursuite du projet. Leurs réponses seront tout d'abord résumées ; ensuite, les éventuelles futures approches seront analysées à la lumière de l'opinion des Membres en particulier.

(1) Opinions exprimées quant aux approches à adopter concernant de futurs travaux et quant à la priorité à leur accorder

43. En général¹⁰⁵, lorsqu'ils étaient formulés, les avis des Membres et des États non membres intéressés quant aux approches qui pourraient être adoptées concernant de futurs travaux se distinguaient par leur flexibilité, leur ouverture et le souhait d'étudier

¹⁰³ Comme l'a écrit un avocat britannique : « [I]e nombre croissant d'enfants nés grâce à des CMSI et leurs besoins devraient être abordés de toute urgence. Toutefois, [...] toute réglementation mal pensée serait pire pour les enfants et les familles que les conventions actuelles » (traduction du Bureau Permanent).

¹⁰⁴ Sauf un cas où la question est restée sans réponse.

¹⁰⁵ Il convient de noter que cela n'était pas exclusivement le cas : voir *infra*, para. 51.

différentes possibilités pour répondre aux besoins qui, selon eux, appelaient à une réponse au niveau international. Cette flexibilité était perceptible tant en lien avec la portée d'éventuels futurs travaux qu'en lien avec l'approche particulière qui pourrait être adoptée et la nature contraignante (ou non) de ces éventuels futurs travaux¹⁰⁶.

Portée des éventuels futurs travaux

44. En termes de portée des éventuels futurs travaux internationaux, plusieurs États ont défendu une approche cherchant à unifier les règles de droit international privé concernant la filiation juridique en général¹⁰⁷. Certains des États ont déclaré qu'il s'agissait de quelque chose qui pourrait être envisagé avant d'examiner précisément les questions qui se posent dans le contexte des CMSI, ou parallèlement à cet examen. Dans le cadre d'une telle approche, certains États ont affirmé leur volonté d'envisager une unification des règles applicables ou d'étudier la possibilité de reconnaître la filiation juridique de plein droit, particulièrement dans le cas de décisions judiciaires étrangères concernant la filiation juridique. Toutefois, à ce sujet, plusieurs États étaient de l'avis que toute « reconnaissance de plein droit » devrait reposer sur une « procédure fiable » suivie dans l'État d'origine et, à cet égard, que des garanties adéquates et des normes minimales communes seraient de rigueur, en particulier pour limiter l'application d'une clause d'ordre public dans certains cas¹⁰⁸. Comme l'a fait remarquer la Serbie, « [la] condition préalable à la reconnaissance de plein droit est la confiance mutuelle que s'accordent les États ; des garanties pourraient utilement servir à l'instaurer »¹⁰⁹.

45. S'agissant des CMSI, plusieurs États ont exprimé le besoin de se focaliser précisément sur les difficultés survenant dans ce contexte, que ce soit dans le cadre des travaux plus généraux évoqués *supra* ou « à titre autonome ». Si de nombreux États soutenaient l'idée de travaux tendant à la coopération transnationale et de normes minimales à cet égard, certains États (et d'autres acteurs concernés)¹¹⁰ ont exprimé leur hésitation à s'inspirer trop fortement de la *Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale* (ci-après, la « Convention de 1993 ») dans les projets de législation internationale en la matière. Comme l'a exprimé le Canada concernant l'adoption internationale et la maternité de substitution à caractère international, même si des leçons peuvent inévitablement être tirées de la Convention de 1993, « [les] deux situations présentent [...] des différences importantes permettant de s'interroger sur l'opportunité et la faisabilité d'utiliser le cadre établi par la Convention [...] de 1993 dans les cas de maternité de substitution sans qu'aucun examen plus poussé soit effectué et sans que les adaptations nécessaires soient apportées »¹¹¹.

46. En termes de cadre de coopération concernant les CMSI, plusieurs États ont précisé qu'un objectif primordial serait « d'envisager la possibilité de préparer un instrument international qui mettrait en place un mécanisme de coopération entre les autorités compétentes des États des parents et mères porteuses des enfants nés grâce à cette méthode, qui permettrait de résoudre les questions juridiques relatives à la filiation et à la citoyenneté de l'enfant *ex ante*, c'est-à-dire avant la conception » [sic ; nous soulignons]¹¹². En ce qui concerne les normes minimales, comme l'a indiqué la Serbie, « la détermination [...] des éléments qui doivent constituer des normes minimales doit être fondée sur les problèmes pratiques rencontrés dans les États »¹¹³. S'agissant de la possible désignation d'Autorités centrales au titre d'un éventuel nouvel instrument, les États ont exprimé l'avis que le besoin de désigner des Autorités centrales dépendra de la portée et

¹⁰⁶ Cette approche est illustrée par la réponse de la République tchèque qui, tout en notant que la maternité de substitution est un sujet hautement sensible, a déclaré : « [n]ous ne pouvons donner plus de détails quant à nos attentes à ce stade ; nous ne pouvons que confirmer notre volonté à entamer des discussions sérieuses et notre souhait de trouver des solutions » (traduction du Bureau Permanent) (voir réponse de la République tchèque à la question 89 g)).

¹⁰⁷ Par ex. voir les réponses de l'Allemagne, du Canada, de la Lituanie, de la Pologne et de la Slovaquie.

¹⁰⁸ Par ex. voir les réponses de l'Allemagne, de la Lettonie, de la Lituanie et de la Serbie.

¹⁰⁹ Traduction du Bureau Permanent. Voir la réponse de la Serbie à la question 88 c).

¹¹⁰ Par ex., les réponses des associations de praticiens du droit traduisaient également cette hésitation.

¹¹¹ Voir la réponse du Canada à la question 87.

¹¹² Traduction du Bureau Permanent. Voir la réponse de la Lituanie à la question 87.

¹¹³ Traduction du Bureau Permanent. Voir la réponse de la Serbie à la question 89 d).

de la nature de l'instrument envisagé et que cette question devrait être discutée plus avant dans ce contexte¹¹⁴.

47. Une fois de plus, les autres acteurs concernés ont exprimé des vues très similaires à celles des États concernant l'approche à adopter. Par exemple, plusieurs avocats spécialisés ont souligné que, puisque l'harmonisation du droit matériel dans ce domaine était impossible, une approche tendant à unifier les règles de droit international privé était le meilleur espoir de solution dans un domaine présentant un caractère d'urgence avéré. Bien que certains avocats considéraient que la meilleure approche serait un « instrument traitant d'une question unique » orienté sur les CMSI, la majorité appuyait un instrument à large portée qui traiterait peut-être des CMSI en tant qu'aspect (précis) d'une question plus générale. Toutefois, plusieurs avocats ont déclaré que si cette voie était choisie, il était également urgent d'établir des lignes directrices précises de bonnes pratiques dans le contexte des CMSI. Ces travaux se devraient d'être pragmatiques et de tenir compte des réalités sur le terrain. Certains avocats ont indiqué qu'il était important que toute législation internationale relative au statut juridique n'impose pas de nouvelles formalités administratives aux familles alors que la procédure est déjà excessivement bureaucratique. Par ailleurs, certains avocats ont prévenu qu'une approche trop restrictive des CMSI ne ferait que mener les parents d'intention « déterminés » vers la « clandestinité ». En outre, comme les États, ils étaient nombreux à voir les leçons importantes qui pouvaient être tirées de l'expérience de la Convention de 1993 (qu'elles soient positives ou négatives). Tous convenaient du besoin d'éviter la confusion entre adoption internationale et maternité de substitution à caractère international.

Nature des éventuels futurs travaux

48. En raison de la nature des besoins recensés, tous les États qui ont exprimé leur avis à ce sujet privilégiaient une approche qui pourrait tendre à la création d'un instrument international contraignant¹¹⁵. Toutefois, plusieurs États ont reconnu que des mesures juridiques non contraignantes (*soft law*), telles que des principes ou des lignes directrices non contraignants, pourraient être envisagées comme première étape utile en particulier dans le contexte des CMSI¹¹⁶. Cet avis était partagé par de nombreux avocats spécialisés¹¹⁷.

Priorité à accorder aux futurs travaux¹¹⁸

49. Le Questionnaire No 1 demandait en outre aux Membres et États non membres intéressés d'envisager la priorité qu'il conviendrait d'accorder à des futurs travaux en la matière, qu'il s'agisse d'un futur instrument sur les questions de droit international privé relatives au statut des enfants en général (en particulier, la reconnaissance transfrontière de la filiation juridique), ou qu'il s'agisse d'un futur instrument traitant des difficultés survenant dans le contexte des CMSI en particulier. Vingt-cinq États ont répondu aux questions concernant la priorité à accorder aux travaux futurs¹¹⁹. Sur ces 25 États :

¹¹⁴ Par ex. un instrument plus large visant à harmoniser les règles de droit international privé en général pourrait moins nécessiter la désignation d'Autorités centrales qu'un cadre de coopération dans le contexte précis des CMSI, auquel cas des Autorités centrales pourraient servir utilement de point de contact aux communications transfrontières.

¹¹⁵ Par ex. le Canada, la Colombie, la Finlande, l'Irlande, Israël et la Serbie.

¹¹⁶ Par ex. la Colombie, la Finlande, le Mexique, la Nouvelle-Zélande et l'Uruguay ont aussi mentionné la possibilité d'une loi-type.

¹¹⁷ La plupart des avocats ont déclaré qu'un instrument contraignant était nécessaire et devrait être le but ultime des travaux ; cependant, certains, reconnaissant que le processus législatif international était complexe et chronophage, ont suggéré que des travaux sur des lignes directrices de bonnes pratiques dans le contexte des CMSI seraient, d'un point de vue pratique, très utiles entre-temps et pourraient peut-être être réalisés en parallèle à des travaux préparatoires en vue d'un instrument contraignant.

¹¹⁸ Il convient de noter que cette section traite des questions de priorité « absolue » : en d'autres termes, si les Membres considèrent *ou non* qu'il convient de poursuivre des travaux sur ce projet à la Conférence de La Haye. En comparaison, les para. 74 et 75, *infra*, traitent des questions de priorité « relative » : à savoir, si les travaux se poursuivent dans ce domaine, la priorité qu'il convient de leur accorder *par rapport à d'autres domaines de travail*.

¹¹⁹ Questions 90 et 91.

- 1) 22 États accordaient un certain degré de priorité à des travaux préparatoires à un futur instrument sur les questions de droit international privé relatives au statut des enfants, en particulier la reconnaissance transfrontière de la filiation juridique (par opposition à la réponse « non prioritaire – ce domaine ne devrait pas donner lieu à d'autres travaux ») : cinq États ont répondu qu'il s'agissait d'une priorité élevée (urgente) : Chili, Colombie, Finlande, Mexique et République tchèque ; 11 États ont répondu qu'il s'agissait d'une priorité moyenne (souhaitable mais non urgente) : Allemagne, El Salvador, Espagne, Guatemala, Irlande, Lituanie, Nouvelle-Zélande, Philippines, Portugal, Serbie et Slovaquie ; enfin, sept États ont répondu qu'il s'agissait d'une priorité faible (sans doute souhaitable mais pas urgente) : Hongrie, Lettonie, Pays-Bas, Pologne, République de Corée, République dominicaine et Suède.
- 2) 20 États ont accordé un certain degré de priorité aux travaux préparatoires à un futur instrument expressément consacré aux difficultés résultant des CMSI : 10 États ont répondu qu'il s'agissait d'une priorité élevée (urgente) : Chili, Colombie, Finlande, Irlande, Israël, Mexique, Philippines, Portugal, République de Corée et Serbie ; six États ont répondu qu'il s'agissait d'une priorité moyenne (souhaitable mais non urgente) : Allemagne, El Salvador, Guatemala, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas et République tchèque ; et quatre États ont répondu qu'il s'agissait d'une priorité faible (sans doute souhaitable mais pas urgente) : Espagne, Lituanie, République dominicaine et Suède.

50. En outre, trois États qui n'avaient pas coché les cases de priorité ont formulé des observations positives concernant la priorité des travaux en réponse aux questions correspondantes. Le Canada a déclaré qu'il « consid[er]ait que la création d'un groupe d'experts qui aiderait le Bureau Permanent à poursuivre l'étude des options relatives à l'élaboration d'un instrument de droit international privé sur la filiation juridique des enfants est hautement prioritaire » ; l'Australie a exprimé un avis similaire, soutenant l'établissement d'un groupe de travail et en faisant une priorité. La Suisse a déclaré qu'elle « soutenait des travaux futurs de la Conférence de La Haye à ce sujet et avait le sentiment que ces travaux étaient nécessaires pour que les États membres prennent une décision éclairée ».

51. Trois États (États-Unis d'Amérique, Israël et Monaco) ont répondu qu'il n'était pas nécessaire d'entreprendre d'autres travaux en vue d'un instrument concernant les questions de droit international privé relatives à la filiation juridique en général. Toutefois, Israël a déclaré que d'autres travaux en vue d'un instrument multilatéral traitant précisément des CMSI étaient une « priorité élevée ». Cinq États (États-Unis d'Amérique, Hongrie, Lettonie, Pologne et Slovaquie) ont répondu qu'il n'était pas nécessaire d'entreprendre d'autres travaux en vue d'un instrument multilatéral traitant précisément des CMSI ; Monaco a fait remarquer que cela serait « *inopportun* », mais quatre de ces États (Hongrie, Lettonie, Pologne et Slovaquie) ont déclaré que des travaux en lien avec la filiation juridique plus généralement devraient se voir accorder un certain degré de priorité. La Suède a indiqué qu'il serait peut-être prématuré de réaliser des travaux dans ces deux domaines¹²⁰.

(2) Brève analyse de certaines futures approches possibles

52. À la lumière des opinions exprimées par les Membres et autres acteurs concernés à propos d'éventuels futurs travaux internationaux et l'Étude entreprise, cette section propose quelques premiers éléments de réflexion quant à la faisabilité des deux principales approches ressortant des réponses. Nous insistons sur le caractère provisoire de ces éléments. Comme indiqué, *supra*, à la **section V**, il est considéré que davantage d'informations doivent être réunies et que de nouvelles discussions avec les Membres

¹²⁰ Il convient de noter que, même si ce n'était pas en réponse aux questions concernant la priorité à accorder à des futurs travaux, la Pologne et la Hongrie ont indiqué que, s'agissant de travaux sur les CMSI, pour reprendre les termes de la Hongrie, « d'éventuels travaux internationaux dans ce domaine semblent un peu prématurés, puisque nous n'avons pas assez d'expérience en matière de maternité de substitution à caractère international » (traduction du Bureau Permanent) (voir les réponses de ces deux États à la question 86).

doivent intervenir avant que la moindre conclusion ne puisse être tirée quant à la faisabilité d'autres travaux.

a. Large unification des règles de droit international privé relatives à la filiation juridique¹²¹

53. Il est clair que l'un des principaux objectifs politiques visés par la réalisation de travaux tendant à l'unification des règles de droit international privé relatives à la filiation juridique serait de garantir une sécurité juridique (internationale) et la sécurité du statut des enfants et des familles. Toutefois, comme l'a indiqué le Bureau Permanent en 2011¹²², au vu de la nature de la filiation juridique et les nombreuses façons dont elle peut être établie en vertu du droit interne de la plupart des États, si ce n'est de tous (c.-à-d. de plein droit, par reconnaissance volontaire et par décision judiciaire), il semble improbable qu'un futur instrument exhaustif concernant les aspects de droit international privé de l'établissement et de la contestation de la filiation juridique puisse, suivant les débats récemment intervenus dans le domaine du droit international privé, voir se réaliser l'unification des règles de droit applicable et l'établissement d'une procédure de reconnaissance des décisions et situations résultant de la loi, à titre d'approche alternative. De fait, il semble probable que tout instrument international doive combiner les deux approches, en particulier au vu des nombreuses façons dont la filiation juridique peut être établie (et être contestée)¹²³.

54. Par exemple, si la cohérence relative des approches nationales de la reconnaissance des décisions de justice concernant la filiation juridique¹²⁴ peut signifier que la « reconnaissance de plein droit » de certaines décisions *judiciaires* concernant la filiation juridique pourrait être envisagée dans un futur instrument international (mais manifestement seulement si elle était soumise à certaines garanties — voir *supra*), des règles uniformes concernant le droit applicable à l'établissement de la filiation juridique de plein droit resteraient néanmoins nécessaires. Ceci reflète le fait que seule une minorité d'États reconnaît actuellement la *décision* sous-jacente d'un officier d'état civil compétent attestée par un acte de naissance étranger, tandis que la majorité d'entre eux n'accorde aux actes d'état civil étrangers qu'une force probante (si tant est qu'il leur accorde la moindre valeur)¹²⁵. En outre, la même approche pourrait s'avérer nécessaire s'agissant de la question des reconnaissances volontaires, puisque de nombreux États leur appliquent encore une approche fondée sur le « conflit de lois » (droit applicable), plutôt qu'une approche fondée sur la reconnaissance¹²⁶. Toutefois, il convient de recueillir davantage d'informations sur cette question ; cette deuxième approche pourrait être étudiée dans le cadre de discussions futures étant donné que les avis des États étaient plus équilibrés à ce sujet, laissant présager une éventuelle tendance en faveur de la reconnaissance¹²⁷.

55. Lorsque l'on étudie la possibilité d'unifier les règles de droit applicables en lien avec l'établissement de la filiation juridique de plein droit, on ne peut nier que cette unification

¹²¹ Il convient de noter que, même s'il est reconnu que les questions relatives à la reconnaissance transfrontière de la filiation juridique pourraient soi-disant s'inscrire dans le cadre d'un débat plus large concernant la reconnaissance transfrontière des effets des documents / actes d'état civil, il est reconnu qu'en raison de la complexité et des particularités de la filiation juridique, il est nécessaire que cet événement d'état civil soit étudié séparément. En effet, il s'agit là de l'approche qu'ont préconisée certains États en réponse au Livre vert publié par la Commission européenne en 2010, « Moins de démarches administratives pour les citoyens : Promouvoir la libre circulation des documents publics et la reconnaissance des effets des actes d'état civil », COM(2010) 747 final.

¹²² Voir la Note préliminaire de 2011 (*supra*, note 4), para. 50.

¹²³ Ceci serait l'approche adoptée, par exemple, dans la Convention de 1996, au titre de laquelle l'unification directe des règles de compétence permet à la « reconnaissance de plein droit » d'intervenir concernant les mesures tendant à la protection de la personne ou des biens de l'enfant ; cependant, une unification des règles de droit applicables reste nécessaire pour couvrir les situations où la responsabilité parentale est attribuée de plein droit.

¹²⁴ Voir l'**Étude**, para. 92 à 97.

¹²⁵ Voir en outre l'**Étude**, para. 85 à 87. Toutefois, d'autres travaux de recherche devraient être menés à ce sujet puisque plusieurs États, dans leurs réponses, n'ont pas clairement exposé leur approche en matière d'actes de naissance étrangers (voir para. 86.4) de l'**Étude**).

¹²⁶ Voir l'**Étude**, para. 88 à 91.

¹²⁷ Voir par ex. para. 90 de l'**Étude**.

est une source de difficultés¹²⁸, au vu des différences manifestes qui existent (à ce stade) entre les facteurs de rattachement qu'appliquent actuellement les États¹²⁹. En outre, il conviendrait de se pencher sur la différence d'approche entre les États de droit civil et les États de *common law*, ces derniers appliquant apparemment souvent la *lex fori* à ces questions, puisque ces États pourraient considérer qu'il serait trop lourd, pour leurs autorités, d'avoir à appliquer un droit étranger. En outre, des questions d'accès au droit étranger et de preuve du droit étranger ne manqueraient pas de se poser¹³⁰. Par ailleurs, en fonction du (des) facteur(s) de rattachement identifié(s), des questions de « conflit mobile » (c.-à-d. le facteur de rattachement évoluant dans le temps, par exemple celui de la « résidence habituelle ») seraient amenées à être tranchées. En outre, même s'il est possible d'unifier les facteurs de rattachement dans ce domaine, il est difficile d'imaginer que l'application du droit étranger ne fasse pas l'objet d'une clause d'ordre public (de fait, certains avancent qu'une restriction de la clause d'ordre public dans de telles circonstances serait la principale raison pour laquelle certains traités existants n'attirent pas (davantage) de ratifications / d'adhésions¹³¹). Cette question nécessiterait d'être étudiée attentivement et il conviendrait de bien réfléchir à la façon dont la clause d'ordre public pourrait être conçue au vu de la nécessité d'équilibrer la capacité des États à maintenir leur ordre public et la nécessité de prendre adéquatement en considération les droits et le bien-être des enfants.

56. S'agissant de la possibilité d'établir la reconnaissance « de plein droit » en lien (au moins¹³²) avec la filiation juridique établie par une décision *judiciaire* étrangère¹³³, en gardant à l'esprit les approches nationales existantes et le fait que les États seront peu enclins à accepter la reconnaissance inconditionnelle de droits acquis à l'étranger sans garantie (particulièrement au vu du contexte), il conviendrait peut-être d'envisager d'établir : (1) des règles de compétence directe ou indirecte ; et (2) des garanties applicables au processus de reconnaissance, qui pourraient prendre la forme de motifs de non-reconnaissance d'une décision étrangère.

57. S'agissant du premier point, en cas de faisabilité, il pourrait être considéré préférable d'essayer d'établir des règles uniformes de compétence *directe*¹³⁴. Toutefois, son éventuelle faisabilité nécessite des études plus poussées, puisque les facteurs de rattachement utilisés par les États pour fonder leur compétence en lien avec des déclarations et contestations de filiation juridique s'avèrent à ce jour nombreux et variés¹³⁵. S'il était possible d'unifier les règles de compétence directe, il conviendrait également de réfléchir à l'opportunité d'établir une règle uniforme relative au droit applicable s'agissant des contestations de la filiation juridique, ou de se demander si des règles uniformes générales en la matière (par ex. concernant le droit applicable à la filiation juridique de plein droit ou par reconnaissance volontaire) suffiraient¹³⁶. Si l'établissement de règles

¹²⁸ À cet égard, la *Convention de La Haye de 1965 concernant la compétence des autorités, la loi applicable et la reconnaissance des décisions en matière d'adoption* (qui n'est plus en vigueur) pourrait servir de source d'inspiration.

¹²⁹ Décrits dans l'**Étude** : voir partie B, section 2, para. 74 à 81.

¹³⁰ À cet égard, voir les travaux antérieurs de la Conférence de La Haye sur l'accès au contenu du droit étranger, disponibles sur le site de la Conférence de La Haye, à l'adresse < www.hcch.net >, sous les rubriques « Travaux en cours » puis « Affaires générales ».

¹³¹ À ce sujet, voir le développement dans l'**Étude**, para. 111.

¹³² Bien que d'autres travaux de recherche puissent encore envisager une approche fondée sur la reconnaissance concernant les décisions d'autres autorités compétentes relatives à la filiation juridique (par ex. les autorités d'enregistrement), en fonction du résultat d'autres recherches comparatives réalisées sur ce thème : voir *supra*, note 125. L'établissement de règles uniformes de compétence directe en lien avec ces autorités pourrait, de fait, poser moins de difficultés compte tenu de l'adoption quasi-universelle, par les États, du principe voulant que les autorités compétentes doivent enregistrer un enfant né sur le territoire de leur État (conformément aux exigences de l'art. 7 de la CNUDE : voir l'**Étude**, para. 3 et s. et para. 67 et s.). Toutefois, la façon d'aborder la question de la compétence des autorités en matière d'enregistrement des enfants (par ex. ressortissants nationaux) *nés à l'étranger* nécessiterait des discussions plus approfondies au vu des différences entre approches nationales (voir para. 68 de l'**Étude**).

¹³³ Des discussions devraient se tenir pour décider si cela inclurait les « déclarations » judiciaires de filiation juridique (par ex. à la suite d'une demande non contestée), ainsi que les décisions judiciaires faisant suite à une procédure contestée.

¹³⁴ Comme dans la Convention de 1996.

¹³⁵ Voir l'**Étude**, partie B, para. 103.

¹³⁶ Voir les diverses approches nationales de la question, décrites dans l'**Étude**, para. 104.

uniformes de compétence directe s'avérerait impossible, toutefois, il pourrait être espéré qu'il serait possible de parvenir à un accord concernant les règles de compétence *indirecte*, éventuellement en envisageant une approche visant à garantir un lien entre l'enfant et l'État qui détermine la filiation juridique, mais sans imposer d'exigences trop lourdes à cet égard.

58. S'agissant du second point, étant donné que les approches nationales actuelles montrent un certain degré de cohérence pour ce qui est des motifs de non-reconnaissance des décisions judiciaires étrangères relatives à la filiation juridique¹³⁷, les situations suivantes pourraient par exemple déjà être envisagées comme motifs de non-reconnaissance uniformes possibles : la décision étrangère prononcée est contraire aux principes fondamentaux de procédure légale régulière (par ex. une partie n'a pas été informée de la procédure étrangère ou n'a pas eu la possibilité d'être entendue dans le cadre de la procédure étrangère ; la décision étrangère n'est pas définitive / concluante) ; la décision étrangère contredit une décision définitive antérieure de l'État procédant à la reconnaissance ou une décision d'un État tiers déjà reconnue ou pouvant être reconnue par cet État ; une procédure identique est en instance entre les mêmes parties dans l'État procédant à la reconnaissance (ou, dans certains cas, dans un autre État) et a été introduite avant la procédure étrangère (litispendance) ; la décision étrangère est manifestement contraire à l'ordre public de l'État, *compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant*¹³⁸. En ce qui concerne ce dernier point, il faut espérer que si des règles de compétence directe ou indirecte sont convenues, ainsi que des garanties applicables à la procédure en termes de motifs de non-reconnaissance, la reconnaissance de plein droit d'une décision judiciaire étrangère concernant la filiation juridique présente moins de risques d'être contraire à l'ordre public d'un État, surtout lorsque l'intérêt supérieur de l'enfant est pris en considération (comme l'impose en tout état de cause l'art. 3 de la CNUDE à de nombreux États¹³⁹)¹⁴⁰. Ceci serait *a fortiori* le cas si l'objet de l'instrument était pris en considération dans cette détermination, à savoir de garantir la continuité transfrontière et la sécurité juridique de la filiation juridique des enfants.

59. Il conviendrait également d'accorder une attention à la portée de toute « reconnaissance de plein droit » dans ce contexte, à savoir si une reconnaissance s'étendrait également à la reconnaissance des *effets* (c.-à-d. des conséquences) du statut juridique en vertu du droit étranger. À cet égard, il se pourrait que l'article 26 de la Convention de 1993 serve de source d'inspiration : un futur instrument pourrait prévoir certains effets juridiques minimaux qui découleraient de la reconnaissance de la filiation juridique sans soumettre la totalité de la question aux effets du droit étranger, ce qui pourrait être excessivement lourd pour l'État procédant à la reconnaissance. Ainsi, de fait, l'État procédant à la reconnaissance pourrait contrôler les répercussions potentiellement importantes en droit interne que cette détermination pourrait entraîner, puisque les déterminations relatives à la filiation juridique produisent bien entendu des effets sur les droits et responsabilités des personnes concernées¹⁴¹ et peuvent également avoir des

¹³⁷ Voir l'*Étude*, para. 92 à 97.

¹³⁸ S'inspirant de l'art. 24 de la Convention de 1993, ainsi que des art. 22 et 23(2) *d*) de la Convention de 1996, et tenant compte de l'art. 3 de la CNUDE (voir *infra*, note 139).

¹³⁹ Le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies, dans sa récente Observation générale No 14 sur l'art. 3(1) de la CNUDE (voir *supra*, note 58), a confirmé que « [l]'expression 'considération primordiale' signifie que l'intérêt supérieur de l'enfant ne peut pas être mis sur le même plan que toutes les autres considérations » (para. 37) et que « [p]our considérer l'intérêt supérieur de l'enfant comme 'primordial', il faut être conscient de la place que l'intérêt de l'enfant doit occuper dans toutes les actions et avoir la volonté de donner la priorité à ces intérêts en toute circonstance, mais en particulier lorsqu'une action a une incidence indéniable sur les enfants concernés » (nous soulignons, para. 40).

¹⁴⁰ Les conventions internationales adoptant cette approche pourraient également servir de source d'inspiration à des dispositions relatives à la reconnaissance « de plein droit », et notamment : la Convention CIEC No 32 sur la reconnaissance des partenariats enregistrés (2007) ; la Convention CIEC No 31 sur la reconnaissance des noms (2005) ; la Convention CIEC No 29 relative à la reconnaissance des décisions constatant un changement de sexe (2000). Par ailleurs, la *Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages* contient des dispositions intéressantes à cet égard, et la Convention de 1993 prévoit la reconnaissance des adoptions « de plein droit » reposant sur un cadre convenu de coopération et de partage de la responsabilité entre les États.

¹⁴¹ Par ex. les questions concernant la responsabilité parentale, les aliments, l'héritage, le mariage, etc.

incidences en matière d'immigration et de nationalité¹⁴². De fait, ces questions politiques devront toujours être gardées à l'esprit au cours des futures discussions portant sur la possibilité de travaux internationaux futurs ; par ailleurs, il faudra également tenir compte du fait que ces affaires existent néanmoins, tant dans le contexte des CMSI que dans d'autres contextes, et qu'elles devront en fin de compte être tranchées, dans l'intérêt des enfants et des familles¹⁴³. Actuellement, cela se produit au compte-goutte (et nécessite des ressources importantes), dans le cadre de procédures qui sont souvent chronophages et complexes — du point de vue juridique, financier et psychologique — pour toutes les personnes concernées.

60. Toutefois, lorsque l'on étudie les problèmes qui se posent dans le contexte des CMSI, il est important de reconnaître qu'une approche qui se focalise sur la simple unification des règles de droit international privé relatives à la filiation juridique ne répondra pas aux préoccupations politiques plus larges découlant de ce phénomène, préoccupations que de nombreux Membres et autres acteurs concernés estiment dignes d'être prises en considération dans le cadre d'éventuels futurs travaux internationaux. En outre, même en lien avec les problèmes de statut juridique qui se posent dans le contexte des CMSI, en raison des questions particulières d'ordre public que soulève la maternité de substitution, il se peut que les affaires de CMSI doivent de toute façon être examinées séparément (mais de manière connexe). Au vu de l'avancement des discussions sur un instrument plus large, ces discussions connexes pourraient s'interroger sur la possibilité de répondre aux questions se posant à l'égard des CMSI *dans le cadre* d'un instrument plus large (peut-être dans une partie facultative d'un tel instrument) ou sur la nécessité de les aborder séparément. La section suivante souligne succinctement certaines des grandes questions dont il conviendrait de débattre dans ce contexte.

b. Travaux futurs concernant les conventions de maternité de substitution à caractère international

61. Dans le contexte des CMSI, il semble y avoir, en termes généraux, un large consensus entre plusieurs États (et autres acteurs concernés)¹⁴⁴ concernant deux grands objectifs politiques qu'il conviendrait de garder à l'esprit pour envisager de futurs travaux internationaux dans ce domaine¹⁴⁵ :

- (1) Le premier objectif est identique à celui exprimé en lien avec les travaux plus vastes sur les aspects de droit international privé de la filiation juridique, mais dans le contexte précis des CMSI : veiller à ce que les enfants nés à la suite de CMSI

¹⁴² Pour ce qui est des questions d'immigration / de nationalité, on pourrait également s'inspirer de l'art. 18 de la Convention de 1993 et de l'interprétation qui en a été faite par la suite lors des réunions de la Commission spéciale, après quoi il a été décidé que « [l]a politique des États contractants relative à [la nationalité de] l'enfant devrait être guidée par le souci majeur d'éviter qu'un enfant adopté ne soit apatride » (voir Recommandation No 19 des Conclusions et Recommandations de la Commission spéciale de 2010). Cet objectif politique serait également conforme aux règles internationales et régionales en matière de droits de l'homme qui confirment la nécessité de prévenir et de réduire l'apatridie, ainsi qu'à l'interprétation de l'art. 3 donnée par le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies : voir en outre para. 58 et s. de l'**Étude**.

¹⁴³ À défaut, les familles se retrouvent dans des situations où elles ont le sentiment qu'elles doivent déformer la vérité quant à la situation quand elles la présentent aux autorités compétentes : voir les exemples donnés dans l'**Étude**, partie B, section 3.

¹⁴⁴ Comme indiqué *supra* au para. 51, toutefois, il convient de rappeler que les Membres ne sont pas tous d'accord sur la poursuite de travaux dans ce domaine et que le consensus décrit dans ce para. est celui qui prévaut parmi les États qui considèrent que ces travaux doivent être poursuivis (quel que soit le degré de priorité qui leur soit accordé).

¹⁴⁵ En outre, comme indiqué *supra* au para. 47, sans ignorer les éventuels enseignements importants exploitables (positifs et négatifs) tirés du contexte de l'adoption internationale et des années d'expérience de la préparation et du fonctionnement de la Convention de 1993 dans le monde, il semble largement admis que toute future approche législative internationale devrait respecter la différence entre l'adoption internationale et la maternité de substitution à caractère international, puisque « [d]ans le cas de l'adoption, une entité publique confirme le placement d'un enfant déjà né au sein d'une nouvelle famille ; dans le cas de la maternité de substitution, les parents d'intention sont à l'initiative de la conception de leur propre enfant et il est demandé à une entité publique [...] d'aider à protéger l'intégrité de la procédure et de veiller à la sécurité de l'enfant à naître » (traduction du Bureau Permanent) (extrait de la réponse de l'AAARTA).

disposent d'un statut juridique certain et sûr, reconnu dans tous les États présentant un lien avec la famille et ailleurs, dans la mesure du possible¹⁴⁶.

- (2) Toutefois, ceci mis à part, un second objectif des travaux internationaux identifié dans le contexte des CMSI est de veiller à ce que les CMSI soient exécutées dans le respect des droits de l'homme et du bien-être de toutes les personnes impliquées, y compris de l'enfant (des enfants) à naître.

62. Au vu de ces objectifs fondamentaux, il semble également y avoir un important consensus entre de nombreux États et autres acteurs concernés quant au fait que d'éventuels travaux futurs cherchant à couvrir les CMSI (par ex. un instrument « autonome » ou des travaux s'inscrivant dans le cadre d'un instrument de portée plus large) devraient inclure :

- 1) des garanties matérielles minimales¹⁴⁷ fondamentales concernant les CMSI,
- 2) associées à un cadre de coopération internationale permettant aux États de garantir : (i) le respect de ces garanties et (ii) que le statut juridique de l'enfant est assuré avant le début de toute procédure médicale (c.-à-d. avant la conception).

63. S'agissant des normes matérielles minimales, le but des travaux internationaux ne serait pas d'entreprendre un processus qui viserait à élaborer un droit uniforme relatif à la maternité de substitution, chose qui ne serait ni souhaitable ni faisable¹⁴⁸. Néanmoins, la jurisprudence internationale en matière de CMSI¹⁴⁹ et les réponses des États font apparaître qu'il pourrait bien s'avérer nécessaire d'établir des garanties matérielles minimales fondamentales (et de veiller à leur respect) afin de jeter les bases nécessaires à une coopération internationale dans ce domaine. Ces garanties minimales matérielles iraient également dans le sens de l'objectif identifié plus haut concernant la protection des droits (et du bien-être) de toutes les parties à la CMSI. En partant des besoins recensés à ce jour par les États, faisant écho aux domaines de préoccupation qu'ils ont été nombreux à mentionner, on pourrait envisager qu'elles comprennent des normes minimales visant à garantir (dans le désordre) :

- 1) Le consentement libre et éclairé des mères porteuses parties à une CMSI¹⁵⁰.
- 2) Que toutes les parties ont été informées et renseignées dans les formes concernant les CMSI, tant du point de vue juridique, dans tous les États concernés, que du point de vue médical et psychologique¹⁵¹.
- 3) L'aptitude médicale et psychologique de la future mère porteuse¹⁵².
- 4) Le bien-être d'un enfant né dans le cadre d'une CMSI¹⁵³ : cela peut par exemple inclure des vérifications de base en lien avec les parents d'intention, notamment des

¹⁴⁶ Un objectif connexe serait de prévenir l'apatridie des enfants et de garantir que leur droit à une nationalité est maintenu, droit affirmé par les instruments internationaux et régionaux relatifs aux droits de l'homme : voir l'**Étude**, partie A, section 2.

¹⁴⁷ C.-à-d. que les États pourraient encore imposer des normes supplémentaires plus strictes.

¹⁴⁸ Ce processus ne viserait donc pas non plus à légiférer de fait pour le compte des États qui, tel que cela pourrait être considéré, devraient légiférer au niveau interne concernant la maternité de substitution.

¹⁴⁹ Voir l'**Étude**, para. 147 et s.

¹⁵⁰ Cette exigence serait également conforme aux normes internationales de bioéthique, telles qu'exprimées entre autres dans la *Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme* (adoptée le 19 octobre 2005 par la 33^e session de la Conférence générale de l'UNESCO), qui dispose, à l'art. 6(1) : « Toute intervention médicale [...] ne doit être mise en œuvre qu'avec le consentement préalable, libre et éclairé de la personne concernée, fondé sur des informations suffisantes. Le cas échéant, le consentement devrait être exprès et la personne concernée peut le retirer à tout moment et pour toute raison sans qu'il en résulte pour elle aucun désavantage ni préjudice. » Voir en outre l'**Étude**, partie A, section 2. Par ex., des exigences prévoyant la représentation juridique indépendante des mères porteuses (au moins dans l'État de naissance), qui doit être prise en charge par le(s) parent(s) d'intention, pourraient être envisagées, ainsi que toute aide nécessaire à la traduction / à l'interprétation afin de veiller à ce que la mère porteuse comprenne parfaitement les ramifications de la convention qu'elle signe.

¹⁵¹ *Ibid.* Par ex. cela peut inclure des exigences relatives aux conseils juridiques dans les États concernés, ainsi que des exigences quant aux conseils informatifs devant être fournis à toutes les parties par un professionnel de la santé et / ou de la santé mentale dûment qualifié avant le début d'une quelconque procédure de PMA (ne visant pas à « contrôler » les parties mais à les informer).

¹⁵² Par ex. d'éventuelles exigences quant à son âge, sa santé et à des naissances viables précédentes.

¹⁵³ Une telle norme pourrait garantir le respect de l'art. 3(2) de la CNUDE, à savoir : « Les États parties s'engagent à assurer à l'enfant la protection et les soins nécessaires à son bien-être [...] ». Le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies, dans son Observation générale No 14 sur l'art. 3(1) de la CNUDE (voir *supra*, note 58), a confirmé que l'expression « la protection et les soins » devait « s'entendre au sens large » pour garantir le bien-être et l'épanouissement de l'enfant et que « [l]a notion de bien-être de l'enfant, au sens large, englobe la

vérifications quant à d'éventuels antécédents de maltraitance d'enfant ou pénaux, et d'éventuelles restrictions en matière d'âge limite¹⁵⁴, ainsi que des dispositions concernant le droit de l'enfant à connaître ses origines. Cette dernière question nécessitera des discussions plus approfondies pour déterminer ce que des normes minimales pourraient impliquer (en raison de la diversité des approches nationales en la matière). Toutefois, les règles régionales et internationales en matière de droits de l'homme devront être gardées attentivement à l'esprit¹⁵⁵.

- 5) La compétence et le comportement adéquats des intermédiaires¹⁵⁶ : là encore, les normes précises qui pourraient être incluses nécessiteraient des discussions plus approfondies ; cependant, il ne serait peut-être pas nécessaire d'inclure des dispositions similaires aux exigences en matière d'agrément prévues par la Convention de 1993. S'il est indubitable que des problèmes surviennent en lien avec la compétence / le comportement de certains intermédiaires, il est également clair que les intermédiaires, lorsqu'ils sont compétents et expérimentés, apportent un soutien vital aux parties et peuvent représenter des garanties importantes dans le processus de CMSI. Par conséquent, il convient d'étudier l'opportunité d'établir des normes et, dans l'affirmative, la façon de les établir sans engendrer des coûts prohibitifs et des procédures excessivement lourdes pour les intermédiaires¹⁵⁷.

64. Parmi les autres domaines que les parties intéressées ont proposé d'étudier afin de déterminer si des normes minimales sont garanties au niveau international, citons les suivants :

- 1) Garanties médicales fondamentales¹⁵⁸ : la mesure dans laquelle un instrument devrait établir des normes minimales concernant les procédures médicales de PMA aboutissant à la conception, et la mesure dans laquelle cette question devrait relever de la réglementation de l'État de naissance sont des questions qui nécessitent des discussions plus approfondies. Néanmoins, en raison des sérieuses préoccupations qui se posent concernant ces questions dans certains États de naissance (et le fait que d'autres « nouveaux » États pourraient devenir des États de naissance, donnant naissance à des préoccupations similaires¹⁵⁹), certaines normes minimales très élémentaires pourraient être envisagées concernant par exemple le nombre maximal

satisfaction de ses besoins matériels, physiques, éducatifs et affectifs, ainsi que de ses besoins d'affection et de sécurité » (para. 71). Elle peut également être considérée comme conforme à l'art. 3(1), puisque l'Observation générale déclare également que « [l]'évaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant doit aussi porter sur la sécurité de l'enfant [...] » (para. 73).

¹⁵⁴ Ce qui ne laisse pas entendre une approche de type « enquête sociale » dans le contexte de l'adoption internationale, mais plutôt des vérifications minimales et élémentaires.

¹⁵⁵ Il se pourrait que l'art. 30 de la Convention de 1993 (sous réserve de modifications appropriées) serve de source d'inspiration à cet égard, en particulier au vu de la disparité des lois internes relatives à ces questions et du fait qu'il pourrait être difficile de parvenir à un accord sur des normes plus strictes.

¹⁵⁶ Il conviendrait également d'étudier quels intermédiaires seraient soumis à quelles normes, puisque dans le contexte des CMSI, de nombreux intermédiaires différents sont impliqués (par ex. agences de maternité de substitution, centres de procréation médicalement assistée / hôpitaux, banques de PMA, etc.) : voir en outre l'**Étude**, para. 139 à 145.

¹⁵⁷ La réponse de l'AAARTA présente les préoccupations soulevées à cet égard aux États-Unis d'Amérique après l'entrée en vigueur de la Convention de 1993.

¹⁵⁸ Voir en outre l'**Étude**, partie C, section 2(b) et (c) concernant les problèmes pouvant se poser à cet égard pour les femmes et les enfants. Du point de vue de l'enfant, ceci doit être examiné à la lumière de l'art. 24 de la CNUDE, qui dispose que « [l]es États parties reconnaissent le droit de l'enfant de jouir du meilleur état de santé possible [...] ». En outre, le droit à la santé maternelle, infantile et génésique visé à l'art. 12 du *Pacte international des Nations Unies relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* (ci-après, « PIDESC ») doit également être pris en considération. L'Observation générale No 14 (2000) du Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies sur l'art. 12 du PIDESC indique clairement que cette disposition exige de prendre les mesures nécessaires pour améliorer les « soins de santé maternelle et infantile ».

¹⁵⁹ On peut par ex. imaginer qu'au fur et à mesure que des progrès médicaux interviennent dans d'autres pays moins développés économiquement, ceux-ci pourraient commencer à chercher à fournir des services de CMSI à des parents d'intention étrangers. Les préoccupations que l'on constate aujourd'hui dans des États tels que l'Inde et la Thaïlande pourraient ainsi voir le jour dans ces États. De fait, comme cela a été prouvé au fil des ans en matière d'adoption internationale s'agissant de l'évolution du paysage mondial (par ex. concernant les principaux États d'origine et États d'accueil), il est peu probable que le paysage mondial reste statique dans le contexte des CMSI s'agissant des principaux États concernés. Au contraire, à mesure que la situation médicale et juridique évolue dans les États, l'identité des États les plus impliqués dans ce phénomène évoluera elle aussi (bien qu'il est probable que ce phénomène reste véritablement mondial, vu la force du désir humain d'avoir des enfants).

- d'embryons transférés à une mère porteuse donnée et le nombre de mères porteuses pouvant recevoir une implantation pour un couple de parents d'intention¹⁶⁰.
- 2) Dispositions visant à protéger toutes les parties en cas de rupture de la CMSI : par exemple des dispositions prévoyant qu'une fois la convention conclue, les parents d'intention seront responsables de tout enfant né, notamment, à titre indicatif, si l'enfant a des besoins particuliers et / ou en cas d'erreur des établissements prestataires de services médicaux (par ex. en cas de mélange des gamètes ou des embryons).
 - 3) Limitations des modalités contractuelles (notamment en énumérant les modalités inadmissibles) : par exemple, une CMSI ne pourra pas comprendre de clauses qui forcent indument la mère porteuse à interrompre une grossesse ou à en réduire la durée, ni de clauses qui pénaliseraient illégitimement une mère porteuse ayant résilié une CMSI, en la forçant dans les faits, par des pressions d'ordre économique, à exécuter la convention alors qu'elle ne le souhaite plus¹⁶¹.
 - 4) Aspects financiers des CMSI¹⁶² : par exemple, la rémunération devrait être proportionnelle au temps, aux efforts et aux risques engagés ou courus par la mère porteuse et non pas subordonnée à l'issue de la grossesse.

65. En termes de cadre de coopération, le premier besoin est que la coopération entre les États fonctionne *ex ante* et avant la conception, pour que les parties et les États concernés puissent avoir connaissance des difficultés potentielles concernant le statut juridique d'un enfant *avant* que l'enfant ne soit (même) conçu. L'une des questions qui exigera des discussions plus approfondies est de savoir si un cadre de coopération, associé au respect de normes minimales matérielles fondamentales, suffirait à instaurer une confiance mutuelle suffisante entre les États parties pour aboutir à un système en vertu duquel la filiation juridique établie dans l'État de naissance d'un enfant pourrait être reconnue de plein droit dans les autres États parties¹⁶³. Même s'il est probable que des normes minimales répondent à certaines des préoccupations des États d'accueil en matière d'ordre public¹⁶⁴, il est concevable que d'autres États d'accueil éprouveront des difficultés à accepter une telle approche¹⁶⁵. Cette question nécessiterait toutefois une étude plus approfondie, au vu de l'avancement des discussions relatives à la possibilité d'unifier les règles de droit international privé dans ce domaine, puisque ces discussions pourraient avoir une influence importante à cet égard. Cette question devrait également être étudiée à la lumière des exigences de la CNUDE (par ex. de ses art. 2, 3, 7 et 8)¹⁶⁶ et pourrait être

¹⁶⁰ À cet égard, les conseils nationaux et régionaux existants pourraient être étudiés lors de l'élaboration de ces normes. Des questions telles que le nombre de fois où une femme peut être mère porteuse, ainsi que le nombre de cycles de FIV auxquels une mère porteuse doit se soumettre pourraient également être prises en considération. Des questions plus complexes telles que l'opportunité d'interdire les réductions fœtales et les avortements sélectifs fondés sur le sexe de l'enfant ou d'inclure des dispositions concernant le stockage des gamètes / embryons nécessiteraient des discussions plus approfondies.

¹⁶¹ Là encore, des normes en la matière pourraient s'inspirer des principes internationaux de bioéthique, tels que l'autonomie et le consentement préalable libre et éclairé (voir art. 5 (autonomie) et 6 (consentement) de la *Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme* (*supra*, note 150)).

¹⁶² À cet égard, il conviendrait de porter une attention particulière à l'art. 35 de la CNUDE et à son *Protocole facultatif concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants*. Le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies a souligné le besoin d'un encadrement clair de la maternité de substitution pour empêcher qu'elle ne relève de la « vente d'enfants » au sens du Protocole facultatif (voir par ex. les Observations finales concernant le deuxième rapport 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* (62^e session, 14 janvier – 1^{er} février 2013), para. 29 b)).

¹⁶³ Autre question : celle des effets de l'établissement / de la reconnaissance de la filiation juridique ; à cet égard, le para. 59 *supra* est pertinent.

¹⁶⁴ Par ex. si des exigences portaient sur le droit de l'enfant à connaître ses origines, certains des États dans lesquels des préoccupations d'ordre public sont soulevées quant à la capacité de l'enfant à connaître sa mère de naissance si son nom ne figure pas sur l'acte de naissance pourraient considérer que la reconnaissance de la filiation juridique de l'enfant établie dans l'État de naissance est possible au vu des garanties offertes par le cadre international à cet égard. Toutefois, dans d'autres États, la détermination, par l'État de naissance, qu'une mère non biologique est la mère juridique de l'enfant peut s'avérer problématique pour des motifs plus larges d'ordre public (voir partie B de l'**Étude** et en particulier les para. 98 et s.).

¹⁶⁵ En particulier au vu du fait que les parents d'intention présentent souvent un lien étroit avec l'État d'accueil, qu'il s'agisse de leur résidence habituelle et / ou de leur nationalité, et au vu des conséquences juridiques liées à la détermination de la filiation juridique.

¹⁶⁶ En particulier au vu de l'Observation générale No 14 sur l'art. 3(1) de la CNUDE (voir *supra*, note 58).

affectée, au moins en ce qui concerne les États d'accueil situés en Europe, par des affaires de droits de l'homme en instance au niveau régional. Ces développements doivent être suivis de près¹⁶⁷.

66. Autre question qui devra être attentivement étudiée dans le cadre d'éventuelles futures discussions de possibilité concernant les CMSI : le champ d'application matériel de tout futur instrument potentiel en la matière (que ce soit dans le cadre d'un instrument plus large ou d'un instrument « autonome ») : en d'autres termes, est-ce qu'un éventuel futur instrument devrait englober *toutes* les CMSI dans la définition du terme adoptée à ce jour (voir le Glossaire — à ce jour, la définition se focalise uniquement sur les différentes résidences des parties principales, associées à l'existence d'une convention de maternité de substitution, et ne limite pas davantage les conventions couvertes¹⁶⁸) ? À défaut, les CMSI qui font l'objet d'un instrument international devraient-elles se voir assortir d'exigences, par exemple, quant à la nécessité d'un lien génétique entre l'enfant et l'un des parents d'intention (exigence qu'impose souvent le droit interne des États où la maternité de substitution est encadrée), ou concernant l'*absence* de lien génétique entre la mère porteuse et l'enfant (à savoir couvrant uniquement les conventions de gestation pour autrui et non de procréation pour autrui : là encore, exigence du droit interne de certains États en matière de maternité de substitution, mais pas de tous) ? Le risque, bien entendu, est que plus le champ d'application d'un éventuel futur instrument est restreint, plus les conventions internationales échappant au champ d'application de l'instrument se poursuivront, voire augmenteront (en raison de l'absence de législation s'y rapportant), sans bénéficier des protections offertes par un éventuel nouvel instrument. Par conséquent, une autre possibilité serait que l'instrument définisse les conventions auxquelles il s'applique tout en interdisant (entre États parties) d'autres CMSI. Malgré tout, cette approche présente un double risque : (1) les parents d'intention souhaitant conclure de telles conventions se tourneraient tout simplement vers des États non parties à l'instrument international (là encore évitant les protections offertes par l'instrument)¹⁶⁹ ; ou (2) ces conventions entreraient purement et simplement dans la « clandestinité ». Ces questions complexes devront être étudiées de manière plus approfondie dans le cadre de futures discussions concernant la possibilité et la forme des travaux futurs.

67. En ce qui concerne la question du champ d'application matériel, ainsi que l'établissement de garanties, il pourrait être envisagé de prévoir des exigences plus explicites concernant la résidence de la mère porteuse dans un éventuel futur instrument afin d'offrir une garantie contre les préoccupations relatives à la traite des femmes à des fins de maternité de substitution à caractère international¹⁷⁰. En outre, en définissant une CMSI aux fins d'un éventuel futur instrument, la nécessité que les parties concluent une convention avant la conception¹⁷¹ pourrait être envisagée afin d'empêcher les conventions passées sous couvert de maternité de substitution à caractère international alors qu'il s'agit en réalité d'adoptions internationales illégales¹⁷².

¹⁶⁷ Voir l'**Étude**, para. 170 à propos des quatre affaires concernant des CMSI actuellement en instance devant la CrEDH.

¹⁶⁸ Il pourrait également être tenu compte des répercussions du traitement de PMA ou d'autres parties de la convention exécutées dans d'autres États (tel qu'évoqué dans « *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level* », par Trimmings et Beaumont (éd.), 2013, Hart Publishing, p. 537-538).

¹⁶⁹ Tendances qui ont été observées dans le contexte de l'adoption internationale : certains parents d'intention cherchent à adopter des enfants d'États d'origine non contractants à la Convention de 1993.

¹⁷⁰ Voir l'**Étude**, para. 211 qui présente certaines des préoccupations à cet égard, ainsi que le Rapport préliminaire de 2012 (*supra*, note 7), note 11. Certains commentateurs ont suggéré une exigence de résidence d'une durée minimale pour les mères porteuses qui ne sont pas ressortissantes de l'État de naissance, conformément à l'approche adoptée dans la *Convention de La Haye du premier août 1989 sur la loi applicable aux successions à cause de mort* : voir en outre Trimmings et Beaumont (*supra*, note 168).

¹⁷¹ Avec des garanties supplémentaires, par ex. une convention conclue après réception de conseils juridiques par toutes les parties dans tous les territoires concernés — voir également *supra*, para. 63.

¹⁷² Voir l'affaire mentionnée dans l'**Étude**, note 767, ainsi que les rapports établis par les Philippines au sujet de telles affaires, évoqués dans l'**Étude**, note 783. Cette question sera également affectée par le résultat des discussions sur l'opportunité d'inclure les conventions de *procréation pour autrui* dans le champ d'application d'un éventuel futur instrument. Une telle exigence devrait également empêcher qu'un « scandale Theresa Erickson » (évoqué dans l'**Étude**, para. 211) éclate entre États parties.

V. « PROCHAINES ÉTAPES » RECOMMANDÉES

Objectifs politiques de futurs travaux

68. À la lumière de l'Étude et de l'analyse qui précède, il est entendu que l'*opportunité* de poursuivre des travaux internationaux — c'est-à-dire la *nécessité* de ces travaux — s'agissant tant de la filiation juridique en général que des CMSI en particulier est incontestable. De fait, les avis exprimés par les Membres, les États non membres intéressés et les autres acteurs concernés ont permis de discerner deux grandes catégories de « besoins » qui pourraient être considérés comme un guide utile en vue de futurs travaux dans ce domaine. Ainsi, d'autres travaux internationaux pourraient avoir pour objectif de :

- 1) garantir la sécurité juridique et la sécurité du statut juridique des enfants et des familles dans des situations internationales ; et
- 2) protéger les droits et le bien-être des enfants, des parents et autres parties concernées par la conception d'enfants dans des situations internationales, conformément aux normes internationales reconnues dans le domaine des droits de l'homme.

Constitution d'un groupe d'experts pour faciliter des recherches plus poussées quant à la possibilité d'un instrument multilatéral contraignant (ou d'éventuelles mesures non contraignantes) dans ce domaine

69. À cet effet, il est considéré que d'autres travaux doivent être entrepris pour étudier les questions qui restent en suspens concernant la *possibilité* de travaux internationaux dans ce domaine. À cet égard, il est considéré que d'autres discussions avec les Membres sont nécessaires et devraient désormais prendre la forme de discussions structurées en présentiel, dans le cadre d'un groupe d'experts. Au vu de la nature des problèmes et de la complexité des questions soulevées, le Bureau Permanent estime que le groupe devrait, en sus de son objectif principal qui serait de mener des recherches plus poussées sur la possibilité de solutions multilatérales *contraignantes*, également garder à l'esprit les possibilités d'action de la Conférence de La Haye à divers degrés, en fonction de l'avancement des discussions.

70. En termes de *portée* des discussions devant intervenir dans le cadre du groupe d'experts, le Bureau Permanent recommande, comme l'ont suggéré certains Membres, qu'il commence par étudier la possibilité de travaux internationaux tendant au premier objectif souligné plus haut, c'est-à-dire tendant à produire une sécurité juridique quant au statut juridique des enfants se trouvant dans des situations transfrontières / internationales. Ces travaux pourraient consister entre autres à étudier de manière plus approfondie la possibilité d'unifier les règles de droit international privé relatives à l'établissement et à la contestation de la filiation juridique, tout en accordant une attention particulière aux problèmes de statut juridique se posant concernant les enfants dans le contexte des CMSI. De fait, le point de départ pour envisager des travaux sur les questions de statut juridique dans le contexte des CMSI pourrait être d'analyser s'il existe des raisons d'appliquer aux affaires de CMSI des règles différentes de celles qui pourraient être élaborées de manière plus générale. L'hypothèse pourrait être qu'il serait plus avisé d'élaborer un ensemble cohérent de principes concernant le statut juridique des enfants qui fonctionne également dans le contexte des CMSI, éventuellement en y apportant les ajouts ou précisions qui s'imposent¹⁷³. Les experts pourraient également envisager la forme que pourrait revêtir un éventuel futur instrument dans ce domaine.

71. Compte tenu du second objectif visé par la poursuite de travaux internationaux, il est considéré que les préoccupations plus larges suscitées notamment dans le contexte des CMSI (dont certaines peuvent se rencontrer dans des affaires de filiation juridique hors CMSI) devraient également être attentivement étudiées par le groupe d'experts une fois

¹⁷³ À cet égard, les travaux pourraient envisager des règles ou procédures particulières nécessaires dans le contexte des CMSI.

que les discussions concernant les questions de statut juridique auront avancé et que l'orientation des futurs travaux et la forme qu'ils pourraient prendre seront plus claires. À cet égard, la possibilité et l'opportunité d'élaborer, au niveau international, des mécanismes — notamment d'éventuelles structures de coopération — pour veiller à garantir la protection des droits et la sécurité de l'enfant et des autres personnes impliquées dans la procédure pourraient être envisagées. Les experts pourraient étudier des solutions contraignantes et non contraignantes à cet égard¹⁷⁴.

72. Pour ce qui est de la *composition* du groupe d'experts, il est considéré que ses principaux participants devraient être désignés par les Membres. En outre, les Membres représentés au sein du groupe d'experts devraient être géographiquement représentatifs, et illustrer les différentes cultures et traditions juridiques (à titre d'exemple, il sera important d'assurer un équilibre entre États ou territoires de droit civil et de *common law*). S'agissant de l'identité des experts, des experts politiques et du droit international privé doivent former la base du groupe, mais il est néanmoins considéré indispensable que le groupe soit composé d'experts pluridisciplinaires et en particulier qu'il compte parmi ses membres des experts disposant d'une expérience pratique « sur le terrain » des problèmes transfrontières qui se posent en lien avec la filiation juridique. Par exemple, des praticiens du droit spécialisés et des travailleurs sociaux ayant une expérience pratique de ces questions devraient en faire partie, ainsi que d'autres organisations gouvernementales et non gouvernementales internationales ayant une expérience pratique du domaine.

73. Afin de faciliter les discussions et les travaux du groupe d'experts, il est considéré que le Bureau Permanent devrait continuer à réunir des informations en gardant à l'esprit deux objectifs précis : (1) recueillir des réponses au Questionnaire No 1 (ou des informations essentielles) auprès des Membres et États non membres intéressés qui n'y ont pas encore répondu, en particulier lorsque la culture juridique ou la situation d'un État donné n'est pas encore suffisamment représentée dans les réponses / informations recueillies¹⁷⁵ ; et (2) se tenir informé des développements jurisprudentiels et législatifs en la matière, afin de pouvoir les communiquer au groupe d'experts avant qu'il ne commence ses travaux. À cet égard, il pourrait être considéré utile que le Bureau Permanent mette l'Étude à jour avant la première réunion du groupe d'experts.

Incidences des « prochaines étapes » recommandées en termes de ressources

74. En 2013, pour ce qui est du personnel, ce projet s'est vu attribuer un Collaborateur juridique senior (0,8 ETP pour l'année dernière et, avant mars 2013, bien moins à cause de priorités concurrentes) et un Collaborateur juridique principal (environ 0,2 ETP) (soit au total 1 ETP pour le projet filiation / maternité de substitution). Avec le Coordinateur ICATAP (1 ETP, actuellement financé au titre du Budget supplémentaire jusqu'en octobre 2014), cela représente l'ensemble de l'équipe juridique également chargée d'assurer le suivi de la Convention de 1993 (soit l'équivalent de 0,9 ETP au titre du Budget régulier concernant les questions d'adoption). À ce jour, le projet n'a bénéficié d'aucun budget particulier pour les frais de déplacement ni d'aucune autre ressource.

75. Si les Membres souhaitent que le projet soit poursuivi conformément aux recommandations formulées, des décisions devront être prises concernant la priorité à accorder aux ressources organisationnelles, en particulier au vu de la prochaine Commission spéciale sur le fonctionnement pratique de la Convention de 1993 qui devrait se tenir au plus tard au premier semestre 2015¹⁷⁶. Si l'équipe ne reçoit pas d'autres ressources, il se pourrait qu'une éventuelle réunion du groupe d'experts doive attendre

¹⁷⁴ En particulier et en fonction de l'avancement des discussions à cet égard, les experts pourraient envisager l'opportunité d'établir des principes ou des conseils de bonnes pratiques dans ce domaine.

¹⁷⁵ Voir para. 5 concernant certaines des « lacunes » des informations actuelles.

¹⁷⁶ Voir les Conclusions et Recommandations adoptées par le Conseil sur les affaires générales et la politique de 2013, para. 20 c). Il convient de noter que cette section traite des questions de priorité « relative » : à savoir, si les travaux se poursuivent dans ce domaine, la priorité qu'il convient de leur accorder *par rapport à d'autres domaines de travail*. En comparaison, la discussion figurant *supra* aux para. 49 à 51 traite de questions de priorité « absolue » : en d'autres termes, si les Membres considèrent ou non qu'il convient de poursuivre des travaux sur ce projet à la Conférence de La Haye.

que la Commission spéciale sur l'adoption internationale soit passée. Ainsi, la première réunion du groupe d'experts pourrait se tenir au cours du second semestre 2015 au plus tôt. Cependant, si les Membres souhaitent accorder une plus grande priorité à ces travaux (c.-à-d. s'ils considèrent qu'une réunion devrait se tenir plus tôt), des ressources supplémentaires devront être affectées à ce projet. Toutefois, il est considéré que le Bureau Permanent devrait entre-temps poursuivre sa mission de collecte d'informations.

A N N E X E S

ANNEXE A – GLOSSAIRE MIS À JOUR

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 à but lucratif² (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 à but lucratif (voir ci-dessous).</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 à but lucratif (voir ci-dessous).</p>
Convention de maternité de substitution à but lucratif	<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 à but lucratif. 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>

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.

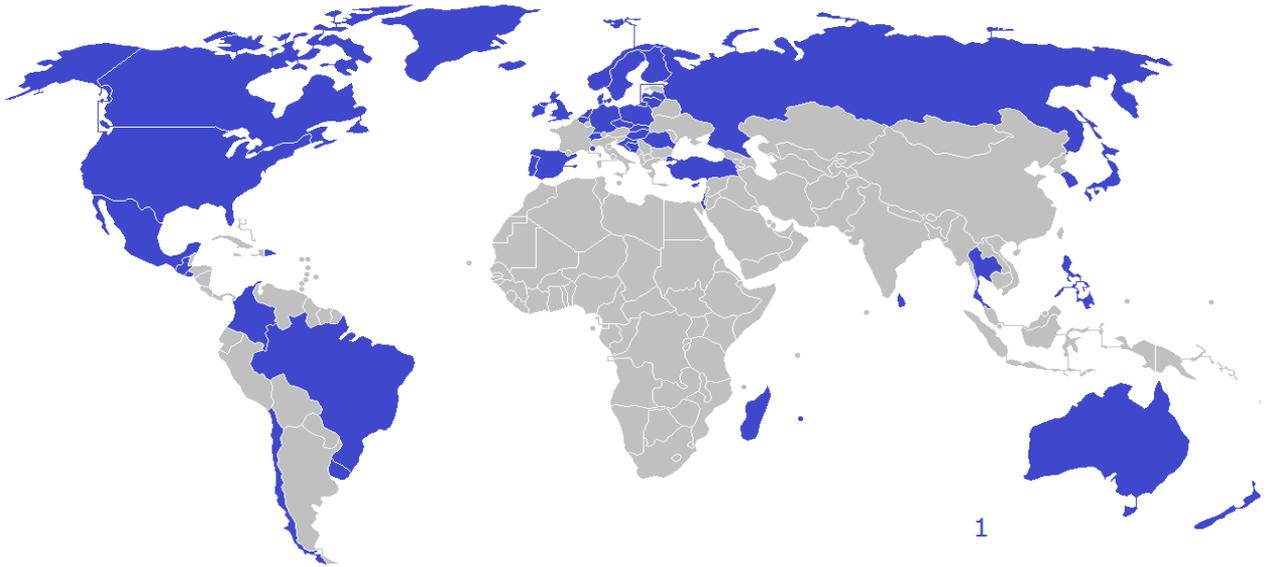
² En réponse aux commentaires formulés par certains parents d'intention, estimant que l'adjectif « commercial » (tel qu'employé dans le Glossaire annexé au Doc. pré-l. No 10 de mars 2012) pouvait être offensant à l'égard des parents d'intention concluant ces conventions, et que, même si ces conventions peuvent procurer une compensation supérieure aux dépenses encourues par la mère porteuse, elles ne sont généralement pas « commerciales » par nature, cet adjectif a été remplacé par l'expression « à but lucratif ».

	<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	État de résidence des parents d'intention dans lequel ils souhaitent retourner avec l'enfant après la naissance.
État de naissance de l'enfant	<p>État dans lequel la mère porteuse donne naissance à l'enfant, où la question de la filiation juridique de l'enfant se pose initialement.</p> <p>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 naissance³.</p>
Mère porteuse	<p>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.</p> <p>Dans ce rapport, ce terme désigne aussi 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.</p>
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)	<p>Femme qui fournit ses ovocytes à utiliser par une ou plusieurs autres personnes pour concevoir un enfant.</p> <p>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.</p>
Donneur de gamètes (spermatozoïdes)	<p>Homme qui fournit ses spermatozoïdes à utiliser par d'autres personnes pour concevoir un enfant.</p> <p>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.</p>
« Filiation juridique »	<p>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.</p> <p>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).</p>
« Filiation génétique »	<p>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 ».</p> <p>Dans les situations de maternité de substitution, les parents génétiques de l'enfant ne sont pas nécessairement (et sont rarement) ses parents juridiques.</p>

³ Ou peut avoir été victime de la traite et emmenée dans cet État à cette fin.

ANNEXE B – RÉPARTITION GÉOGRAPHIQUE DES RÉPONSES REÇUES PAR LE BUREAU PERMANENT AUX QUESTIONNAIRES NOS 1 ET 2

RÉPONSES AU QUESTIONNAIRE NO 1



RÉPONSES AU QUESTIONNAIRE NO 2

