



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Rapport sur la maternité de substitution

Rapport du Conseil fédéral du 29 novembre 2013

en exécution du postulat 12.3917

du 28 septembre 2012

Aperçu

Dans le monde entier, de nombreuses cliniques et organismes de médiation offrent des traitements en procréation médicalement assistée. Les offres s'adressent aux couples ou aux personnes seules qui ne peuvent pas concevoir d'enfants par voie naturelle. La maternité de substitution fait partie des offres de procréation médicalement assistée. La conception et la fécondation ne se déroulent pas dans le corps de la femme. L'ovule fécondé, qui provient généralement d'une autre femme, est implanté dans le corps de la mère porteuse. A la naissance, la mère porteuse remet l'enfant à un couple ou aux personnes qui désirent devenir les parents de l'enfant. Dans le cadre de ce rapport, on parle dans ce contexte de parents d'intention. Sont notamment connus pour une pratique et une législation libérales l'Inde, la Géorgie, l'Ukraine et une partie des Etats des USA. Les centres de procréation médicalement assistée se sont développés dans certaines régions en un facteur économique important.

En Suisse, comme dans la plupart des pays limitrophes, la maternité de substitution est interdite (art. 119 al. 2 let. d de la Constitution fédérale de la Confédération suisse). Malgré cette interdiction, des personnes résidant en Suisse font recours à une mère porteuse à l'étranger. Ce processus soulève de sérieuses questions sociales et juridiques: la maternité est partagée, les dispositions sur l'adoption et la protection de l'enfant sont contournées et la question du règlement des droits parentaux est controversée.

Le Conseil fédéral conclut dans le présent rapport que les intérêts des enfants concernés peuvent être protégés sur la base de la législation actuelle. Il constate également que globalement la situation est insatisfaisante. Des préjudices juridiques menacent l'enfant. En outre, les parents d'intention résidant en Suisse contournent l'ordre juridique suisse et profitent de la pauvreté qui sévit dans les pays lointains.

Au niveau international, la Suisse s'engage dans le cadre de la Conférence de La Haye de droit international privé pour une solution multilatérale de la problématique de la maternité de substitution.

Table des matières

1	Situation initiale	6
1.1	Aperçu	6
1.2	Le postulat Fehr.....	6
1.2.1	Texte déposé	6
1.2.2	Développement.....	6
1.2.3	Traitement du postulat.....	7
1.3	Remarque préliminaire	7
1.3.1	Structure	7
1.3.2	Maternité de substitution	7
2	Faits et situations de fait	8
2.1	Remarque préliminaire	8
2.2	Les questions de l'auteur du postulat.....	10
2.2.1	Combien de couples trouvent-ils une mère porteuse?.....	10
2.2.2	Dans quels pays?.....	11
2.2.3	Dans quelles cliniques?.....	11
2.2.3.1	Introduction.....	11
2.2.3.2	Géorgie.....	11
2.2.3.3	Inde	11
2.2.3.4	Ukraine	12
2.2.3.5	Résultat	13
2.2.4	Comment font-ils?	13
2.2.5	Que savons-nous des mères porteuses?	14
2.2.5.1	Généralités	14
2.2.5.2	Géorgie.....	14
2.2.5.3	Inde	14
2.2.5.4	Russie	16
2.2.5.5	Ukraine	16
2.2.5.6	USA	16
2.3	Conclusion.....	17
3	Droit	18
3.1	Etablissement de la filiation selon le droit actuel	18
3.1.1	La naissance	18
3.1.2	L'adoption	18
3.2	La procréation médicalement assistée.....	19
3.2.1	Introduction	19

3.2.2	Bases légales.....	19
3.2.3	La maternité de substitution en Suisse	21
3.2.4	La maternité de substitution à l'étranger.....	21
3.2.4.1	Etats prohibant les conventions de maternité de substitution....	21
3.2.4.2	Etats dans lesquels la maternité de substitution est essentiellement non réglementée	22
3.2.4.3	Etats autorisant expressément et encadrant la maternité de substitution	22
3.2.4.4	Etats ayant une approche permissive de la maternité de substitution, y compris à caractère commercial.....	23
3.2.4.5	La maternité de substitution étrangère et la Suisse	23
3.3	Les questions de l'auteur du postulat.....	23
3.3.1	Introduction	23
3.3.2	Pratique actuelle	24
3.3.2.1	Contournement de l'ordre juridique suisse.....	24
3.3.2.2	Droits de l'enfant.....	24
3.3.2.3	Droits de la mère porteuse.....	25
3.3.3	Conséquences de cette pratique	26
3.3.4	Les questions particulières	26
3.3.4.1	Comment les droits de l'enfant sont-ils sauvegardés?	26
3.3.4.2	Comment le droit de l'enfant à connaître ses origines est-il garanti?	27
3.3.4.3	Comment s'assure-t-on que l'enfant pourra entrer plus tard en contact avec sa mère porteuse?	27
3.3.4.4	Comment est-il distingué juridiquement entre, d'une part, les enfants nés de l'implantation dans la mère porteuse d'un ovule fécondé et, d'autre part, ceux qui sont nés de la fécondation d'un ovule de la mère porteuse elle-même par le sperme du père? .	27
3.3.4.5	Dans ce deuxième cas, quel est le statut juridique de la mère sociale par rapport à la mère porteuse?.....	27
3.3.4.6	Quelle est la situation des couples qui vivent en concubinage et des couples de personnes de même sexe?	28
3.4	Critique de la pratique actuelle par la doctrine	28
3.5	Evaluation de la pratique actuelle	28
3.6	Remarques finales de la partie juridique	32
3.6.1	Lien de filiation	32
3.6.2	Documentation de la maternité de substitution	33
3.6.3	Cour européenne des droits de l'homme.....	33

4	Etudes et projets de régulation au plan international	34
4.1	Remarque préliminaire	34
4.2	Conférence de La Haye	34
4.3	Université d'Aberdeen	35
4.4	Commission Internationale de l'État Civil	35
4.5	Union européenne	35
4.6	Conseil de l'Europe.....	36
5	Remarque finale	36
5.1	La situation actuelle	36
5.2	Possibilités de champs d'action	38

1 Situation initiale

1.1 Aperçu

Le Conseil fédéral soumet ce rapport en réponse au postulat 12.3917 Fehr (rapport sur la maternité de substitution). En mars 2011, le Conseil fédéral s'est exprimé sur le thème de la maternité de substitution¹. A la question ordinaire 11.1013 Fehr, il a été constaté que les cas de maternité de substitution doivent être évalués au cas par cas. Le Conseil fédéral suit l'évolution de manière attentive et la Suisse s'engagerait dans le cadre de la Conférence de La Haye de droit international privé en faveur d'une solution multilatérale².

1.2 Le postulat Fehr

1.2.1 Texte déposé

Le Conseil fédéral est chargé d'établir un rapport sur la maternité de substitution. Ce rapport fera d'abord le point sur les questions suivantes: combien de couples vivant en Suisse trouvent-ils une mère porteuse, et dans quels pays et quelles cliniques? Comment font-ils? Que savons-nous des cliniques concernées? Que savons-nous des mères porteuses (notamment leur âge, leur formation, leur statut social, leur santé physique et mentale)? Ensuite, ce rapport fera le point sur les droits de l'enfant et sur la situation juridique qui prévaut en Suisse: comment les droits de l'enfant sont-ils sauvegardés? Comment le droit de l'enfant à connaître ses origines est-il garanti? Comment s'assure-t-on que l'enfant pourra entrer plus tard en contact avec sa mère porteuse? Comment est-il distingué juridiquement entre, d'une part, les enfants nés de l'implantation dans la mère porteuse d'un ovule fécondé et, d'autre part, ceux qui sont nés de la fécondation d'un ovule de la mère porteuse elle-même par le sperme du père? Dans ce dernier cas, quel est le statut juridique de la mère sociale par rapport à la mère porteuse? Quelle est la situation des couples qui vivent en concubinage et des couples de personnes de même sexe? Enfin, ce rapport examinera les mesures qui permettront de réglementer la maternité de substitution au niveau international de la même manière que cela a été fait pour l'adoption, afin de prévenir autant que possible les abus et les agissements criminels (conclusion d'un traité international, certification de cliniques par un organisme reconnu, etc.).

1.2.2 Développement

On ne sait pas grand-chose sur le phénomène de la maternité de substitution. Certaines cliniques (sises par ex. en Ukraine) affirment cependant être d'ores et déjà sollicitées par de nombreux couples venant de Suisse. Ce qui démontre encore une fois que dans notre monde globalisé, il ne suffit pas d'une interdiction prise en Suisse pour évacuer un problème.

De fait, la maternité de substitution soulève plusieurs questions, dont beaucoup concernent les droits et la protection de l'enfant, et d'autres, les droits de la mère porteuse et le statut du couple demandeur. Le rapport que je propose d'établir devra permettre de traiter la thématique de manière exhaustive et d'identifier des solutions susceptibles de protéger les intérêts de tous les intéressés.

¹ En ce qui concerne la terminologie *mère porteuse*, *maternité de substitution*, *parents d'intention*, etc. cf. Birgit Christensen, Schwangerschaft als Dienstleistung - Kind als Ware? Eine rechtliche Annäherung an das komplexe Phänomen der sogenannten Leihmutterchaft, in Hill, Zeitschrift für Recht und Gesundheit, no 86, 2013, p. 4.

² Question ordinaire 11.1013 du 14.03.2011 de Jacqueline Fehr, http://www.parlament.ch/f/suche/pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20111013 (26 août 2013).

1.2.3 Traitement du postulat

Le Conseil fédéral a demandé le 21 novembre 2012 que l'on adopte ce postulat. Le Conseil national l'a adopté le 14 décembre 2012.

1.3 Remarques préliminaires

1.3.1 Structure

La structure du présent rapport s'oriente sur la structure du postulat. La première partie du rapport contient un exposé des faits, la deuxième partie répond aux questions juridiques et la troisième partie traite les initiatives et les possibilités d'action dans le domaine international.

Le rapport ne doit pas et ne peut pas être une analyse juridique exhaustive. Il n'appartient pas au Conseil fédéral d'anticiper les réponses aux questions concernant le traitement des cas de maternité de substitution respectivement aux problèmes juridiques qui en résultent. Cette tâche revient aux autorités compétentes. L'objectif est plutôt de montrer la pratique actuelle et de mettre en évidence les aspects du problème. Cette base servira à discuter une éventuelle nécessité d'agir.

Dans ce rapport, on entend par autorités compétentes, en premier lieu, les autorités cantonales de surveillance de l'état civil qui sont chargées de la reconnaissance du lien de filiation établi à l'étranger. Font également partie de ces autorités, les représentations de la Suisse à l'étranger qui transmettent les documents étrangers en Suisse et établissent les documents de voyage ainsi que des autorités compétentes en matière de migration qui peuvent être confrontées dans le cadre d'un regroupement familial à des questions de maternité de substitution. Si la voie de droit est utilisée, les instances de recours doivent également être incluses dans les autorités compétentes.

Ce rapport se base sur les connaissances que le Conseil fédéral a acquises dans le cadre de la haute surveillance en matière d'état civil et dans les échanges avec les autorités compétentes. En ce qui concerne la collecte des éléments de fait à l'étranger, les représentations de la Suisse dans les pays qui autorisent la maternité de substitution commerciale aussi pour les ressortissants étrangers ont été consultées. Les références des publications juridiques consultées, des études et des rapports des médias sont citées en bas de page.

1.3.2 Maternité de substitution

L'auteur du postulat pose des questions juridiques sur la maternité de substitution qui se rapportent à la période postérieure à la conception de l'enfant et à sa naissance.

Dans la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée du 18 décembre 1998 (LPMA)³, on entend par mère de substitution "une femme qui accepte de porter un enfant conçu au moyen d'une méthode de procréation médicalement assistée et de le remettre définitivement à des tiers après l'accouchement".

Dans les cas de maternité de substitution, la conception et la naissance de l'enfant ont lieu à l'étranger sans que les autorités suisses en aient concrètement connaissance. En règle générale, les parents d'intention reçoivent un acte de naissance sur lequel ils sont déjà inscrits en tant que mère et père. Si les parents d'intention se trouvent dans un pays dans lequel la citoyenneté n'est pas octroyée d'office aux nouveau-nés, ils doivent s'adresser à la

³ RS 810.11.

représentation de la Suisse et annoncer l'enfant. Les parents d'intention doivent s'identifier et présenter l'acte de naissance. En règle générale, s'il n'y a pas de soupçon de maternité de substitution, l'enfant reçoit une autorisation d'entrée et les parents d'intention peuvent rentrer en Suisse. En parallèle, la représentation de la Suisse transmet l'acte de naissance à l'autorité de surveillance de l'état civil du canton d'origine des parents ou de l'un des parents d'intention. La filiation est ensuite inscrite dans le registre de l'état civil.

Si l'enfant est né dans un pays qui lui octroie d'office sa citoyenneté, les parents peuvent demander sur place la délivrance d'un passeport pour l'enfant. Avec ce document, il leur est possible de rentrer directement en Suisse sans devoir contacter la représentation de la Suisse. Dans ce cas, l'autorité cantonale de surveillance de l'état civil est la première autorité qui a contact avec les parents d'intention.

Les parents d'intention procèdent donc exactement de la même manière que les parents dont l'enfant a été conçu et porté sans l'aide de la procréation médicalement assistée et qui est né à l'étranger

Dans de nombreux cas, les autorités compétentes ne remarquent pas que la mère d'intention n'a pas mis elle-même l'enfant au monde. Si elles le constatent, ce n'est qu'au moment de l'entrée en Suisse ou de l'inscription du lien de filiation établi à l'étranger. La problématique est évidente: à ce moment on est en présence d'un enfant vivant et les éventuelles atteintes aux droits de la mère porteuse ou de l'enfant à naître ne peuvent plus être rétablies rétroactivement. Dans la partie juridique de ce présent rapport, il est traité uniquement des cas de maternité de substitution dont l'enfant est déjà né et donc de parents d'intention qui vivent avec l'enfant à l'étranger ou en Suisse.

Les autorités suisses ne sont régulièrement confrontées aux cas de maternité de substitution qu'après le *fait accompli*.

Si la représentation de la Suisse à l'étranger constate qu'elle est en présence d'un cas de maternité de substitution, elle refuse l'autorisation d'entrée et transmet les documents à l'autorité cantonale de surveillance de l'état civil. L'entrée en Suisse est refusée tant que la parentalité n'a pas été clarifiée⁴. En outre, aucune intervention n'est possible de la part des représentations suisses. Un retrait de l'enfant et son retour dans la famille d'origine ou le placement de l'enfant n'est guère concevable dans la plupart des pays d'origine. Les autorités locales ne voient aucune raison qui exigerait une telle mesure et selon la perception du droit dans ces pays, les parents d'intention sont les parents juridiques de l'enfant. Dans de nombreux cas, il serait difficile d'identifier la mère porteuse et si cela devait cependant être le cas, elle pourrait déclarer une nouvelle fois qu'elle renonce à l'enfant.

2 Faits et situations de fait

2.1 Remarques préliminaires

La maternité de substitution classique ou traditionnelle existe depuis un certain temps⁵. Une femme se met à disposition pour porter l'enfant pour une autre femme. La femme est fécondée avec le sperme du mari du couple commanditaire et donne ainsi naissance à un enfant qui est génétiquement parent avec ce dernier et qu'elle remet après la naissance.

⁴ Cf. mémento «Leihmutterchaft für den schweizerischen Rechtsbereich» du DFAE, <http://www.eda.admin.ch/etc/medialib/downloads/edactr/esp.Par.0166.File.tmp/Merkblatt%20LeihmutterchaftD.pdf>, (26 août 2013).

⁵ Andreas Bernhard, Das Standesamt, Zeitschrift für das Standesamtswesen, Familienrecht, Staatsangehörigkeitsrecht, Personenstandsrecht, internationales Privatrecht des In- und Auslands (StAZ), Frankfurt am Main und Berlin, no 5/2013, p. 139.

Grâce aux progrès de la médecine reproductive, cette forme initiale de la maternité de substitution est largement supplantée. La détresse financière d'une part et un fort désir d'avoir un enfant d'autre part font que cette forme initiale de maternité de substitution existe encore aujourd'hui⁶. En règle générale, la procédure est actuellement partagée: l'ovule et le sperme proviennent du couple lui-même ou d'une donneuse d'ovules et/ou d'un donneur de sperme, alors que la mère porteuse mène la grossesse et donne naissance à l'enfant.

La possibilité de partager la maternité en a) une donneuse de matériel génétique et b) une femme qui donne naissance explique le succès de la maternité de substitution. La mère qui met l'enfant au monde n'est pas génétiquement parente avec lui. De son côté, la mère génétique de l'enfant ne sait généralement pas qui a reçu son ovule, avec quel sperme celle-ci a été fécondée et à qui elle a finalement été implantée. Ce partage simplifie ainsi les relations complexes inhérentes de la mère porteuse: la mère porteuse donne naissance à un enfant avec lequel elle n'a aucun lien génétique et la donneuse d'ovule anonyme n'a aucun contact ni avec la mère porteuse ni avec les parents d'intention. Il est ainsi possible d'assurer que le lien familial social ne sera établi qu'entre les parents d'intention payeurs et l'enfant. Cette forme de maternité de substitution est en principe la règle actuelle de la médecine de procréation⁷. Elle permet d'engager en tant que mères porteuses des femmes appartenant à un autre groupe ethnique que celui-ci des parents d'intention.

Dans tous les cas connus du Conseil fédéral, le père d'intention était le donneur de sperme et donc le père génétique de l'enfant. Techniquement, il n'est pas indispensable que les parents d'intention disposent de propres cellules germinales fertiles.

Il ne peut être répondu que partiellement aux questions soulevées par l'auteur du postulat sur les circonstances de fait. Il n'existe pas de statistiques ou de rapports qui étudient et documentent le phénomène de manière exhaustive. Il est certain que la maternité de substitution constitue un marché en expansion constante dans lequel les relations internationales ne cessent d'augmenter⁸.

L'interdiction de la maternité de substitution en Suisse ne permet guère d'avoir des données officielles à disposition. Les parents d'intention savent que l'entrée en Suisse avec l'enfant peut leur être refusée⁹. Par conséquent, ils évitent avant et après la naissance tout contact qui n'est pas absolument nécessaire avec les autorités et cachent le fait qu'il s'agit d'un cas de maternité de substitution. Ce fait est connu. L'ambassade de Suisse à Kiev a communiqué, sur demande, que les parents d'intention suisses évitent "*soigneusement*" une approche avec les autorités. Les cliniques ainsi que les avocates et avocats médiateurs invoquent de leur côté le secret médical respectivement le secret professionnel.

Pour terminer, il convient de noter que les autorités officielles des pays concernés ont elles-mêmes peu de contrôle sur les offres et ne peuvent donc donner aucune information. L'Inde et les Etats-Unis, par exemple, tentent d'instituer l'obligation pour chaque clinique de fertilité de se faire accréditer. Il est cependant peu probable que cet objectif soit atteint dans un proche avenir. Aux États-Unis, on redoute concrètement, qu'une discussion sur la maternité de substitution conduise inévitablement au débat sur l'avortement. Ce débat est désigné

⁶ Cf. 20 Minutes du 20 juin 2013, <http://www.20min.ch/panorama/news/story/20641964>, (26 août 2013) ainsi que Yahoo! Nouvelles du 7 juin 2013, <http://de.nachrichten.yahoo.com/chinesische-frau-verkauft-vier-babys-100407747.html>, (26 août 2013).

⁷ Andreas Bernhard (op.cit. note 5), p. 139.

⁸ Rapport préliminaire sur les problèmes découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international de mars 2012, Conférence de la Haye de Droit International Privé, p. 8.

⁹ Cf. comme exemple le forum sur le thème: Maternité de substitution à l'étranger, <http://f3.webmart.de/f.cfm?id=2448811&t=3397321&pg=76&r=threadview>, (23 juin 2013).

comme "*suicide politique*"¹⁰, raison pour laquelle, on ne s'attend pas, dans un avenir proche ou à moyen terme, que la politique US au niveau national abordera cette problématique.

Il ne peut donc être répondu aux questions de l'auteur du postulat que sur la base d'éléments de faits rudimentaires. En fonction des données disponibles, les questions ont pu être examinées de façon un peu plus approfondie dans certains pays.

Les réponses ne peuvent prétendre à l'exhaustivité et à l'exactitude du contenu. Contrairement aux journalistes, les autorités n'ont souvent pas de contact direct avec les parents d'intention, le personnel médical et les mères porteuses. Par conséquent, ce rapport doit se baser en partie sur des faits parus dans la presse. Le Conseil fédéral est conscient que les rapports présentés dans les médias ne peuvent se substituer aux publications scientifiques.

Les informations provenant de différentes sources ne se contredisent pas sur les questions de principe. Par conséquent, le Conseil fédéral est d'avis que les événements effectifs cités dans les articles de presse référencés sont probablement exposés correctement même si l'on ne dispose pas de chiffres précis.

2.2 Les questions de l'auteur du postulat

2.2.1 Combien de couples trouvent-ils une mère porteuse?

Il n'est pas possible de répondre à cette question. Le Conseil fédéral a connaissance d'environ 10 cas qui ont été consignés dans un dossier. Le magazine Annabelle no 19/12 du 24 octobre 2012 cite que les organismes de médiation ukrainiens Biotex et La Vita Felice auraient pris en charge jusqu'à présent environ 50 respectivement plusieurs douzaines de parents d'intention suisses¹¹. On estime que les USA et l'Inde présentent des chiffres comparables.

Les jeunes couples avec un enfant né à l'étranger peuvent entrer en Suisse sans difficulté. Sans indices concrets, le lien de filiation n'est pas mis en cause. Une grande partie des cas de maternité de substitution parvient ainsi à se soustraire à une enquête officielle. Les indices concrets peuvent être, par exemple, des actes de naissance ne mentionnant pas le nom de la mère, avec mention de deux mères ou avec une mère qui a manifestement dépassé l'âge de procréer. Parfois, le visa permet également de tirer des conclusions. Ainsi, il semble peu probable qu'une femme enceinte entreprenne deux semaines avant la date présumée de l'accouchement un long voyage par avion d'autant plus que la plupart des compagnies aériennes n'acceptent pas les femmes durant les quatre dernières semaines de la grossesse (ou seulement dans des cas exceptionnels avec certificat médical).

Sur cette base, le Conseil fédéral présuppose un nombre élevé de cas non déclarés. Il en est de même en ce qui concerne le don d'ovules qui, comme la maternité de substitution, est interdit en Suisse. La Suisse n'est pas le seul pays touché par ce phénomène. Ceci est non seulement valable pour les pays ayant une législation restrictive (comme la France ou l'Allemagne) mais aussi pour les pays qui jouissent d'une réglementation libérale. Même si la maternité de substitution est autorisée et réglementée en Angleterre, les autorités locales estiment qu'en 2012, rien qu'en Inde, 1000 enfants sont nés de mères porteuses sur mandat

¹⁰ Interview avec Debora Spar du 20 juillet 2011, <http://www.councilforresponsiblegenetics.org/GeneWatch/GeneWatchPage.aspx?pagelD=347#>, (26 août 2013).

¹¹ Leihmütter – unser Baby made in Ukraine, Annabelle 19/12 du 24 octobre 2012, p. 54 ss.

de parents anglais. Officiellement, seuls 100 enfants nés de maternité de substitution ont été annoncés en Angleterre en 2012¹².

2.2.2 Dans quels pays?

On estime qu'il pourrait s'agir en premier lieu de la Géorgie, de l'Inde, de l'Ukraine et des États-Unis. Des cas sont également connus en Afrique du Sud et en Russie.

2.2.3 Dans quelles cliniques?

2.2.3.1 Introduction

Il s'agit uniquement de cliniques qui sont spécialisées dans les traitements en procréation médicalement assistée. Elles donnent une apparence sérieuse et professionnelle mais les différences de qualité ne peuvent pas être perçues sans se rendre sur place. Il existe toutefois des différences manifestes et importantes quant au prix. Aux USA, il faut compter environ 120'000 \$ alors qu'en Géorgie une solution globale est offerte à partir de 5'300 \$. L'Inde et l'Ukraine se situent entre ces deux. Les cliniques ont en partie une démarche commerciale que l'on n'a pas l'habitude de rencontrer dans les établissements médicaux en Suisse. Vous trouverez ci-après des informations concernant les pays qui sont réputés pour offrir des maternités de substitution aussi aux étrangers.

2.2.3.2 Géorgie

Selon les informations de la représentation de la Suisse à Tiflis, notamment deux cliniques offrent ce service en Géorgie (Surrogate Motherhood Center of Georgia et New Life). Ces cliniques sont des exemples d'établissements spécialisés exclusivement dans les traitements en reproduction médicalement assistée. Le caractère commercial est manifeste. Les établissements font de la publicité avec des "offres spéciales"¹³ et enfreignent la législation géorgienne si la demande le requiert¹⁴.

2.2.3.3 Inde

En 2011, on estimait que près de 600 établissements étaient spécialisés dans les traitements en reproduction médicalement assistée en Inde¹⁵. Ces établissements appartiennent au secteur privé et ne sont pas sans susciter la controverse même en Inde. Le secrétaire du ministère de la santé et de la famille en Inde a souligné que toutes les cliniques ne disposent pas de personnel qualifié ou de l'équipement technique nécessaire. En outre, les offres,

¹² Our «rent a womb» child from an Indian baby farm, Daily Mail du 31 août 2012, <http://www.dailymail.co.uk/femail/article-2196538/Our-rent-womb-child-Indian-baby-farm-British-couple-paying-20-000-desperately-poor-single-mother-child.html>, (26 août 2013).

¹³ «Our Gold Program! 6500 USD only!», <http://www.surrogacy.ge/2013-03-12-09-58-46>, (26 août 2013), il convient de noter que le programme Gold coûtait encore 5300 USD le 13 mars 2013.

¹⁴ Comme la législation géorgienne n'autorise la maternité de substitution que pour les couples mariés, New Life cite un établissement pour «single intending parents» en Inde. <http://www.newlifegeorgia.com/Surrogacy>, (26 août 2013).

¹⁵ Surrogate Motherhood - Ethical or Commercial, Centre for Social Research, p. 23, <http://www.womenleadership.in/Csr/SurrogacyReport.pdf>, (26 août 2013).

comme la sélection du sexe de l'enfant, sont des sujets de préoccupation car elles ne font pas l'objet d'un consensus social¹⁶.

Indian Council of Medical Research a déjà édicté des directives complètes en 2005¹⁷. Par conséquent, les cliniques de fertilité doivent s'accréditer, ce qui permet de garantir une structure d'offres uniforme et de haute qualité. Ces directives ont été édictées en raison du fait que de nombreuses cliniques ne disposent pas de personnel approprié ni de l'infrastructure nécessaire ou trompent les couples infertiles avec de fausses promesses¹⁸. L'objectif d'enregistrer toutes les cliniques ne sera probablement pas réalisable dans un avenir proche¹⁹.

Le 17 décembre 2012, le ministère de l'intérieur indien a envoyé un courrier à caractère contraignant²⁰ à Foreign Regional Registration Office à Mumbai ainsi qu'aux cliniques de fertilité. Il y est arrêté qu'une maternité de substitution sur la base d'un visa touristique n'est plus admise. Il est désormais obligatoire d'avoir un «visa médical». En outre, seuls les couples étrangers mariés peuvent faire recours à des mères porteuses. Les cliniques ne doivent plus accepter les personnes seules et les couples de même sexe étrangers²¹. De même, les couples étrangers doivent présenter une confirmation selon laquelle la filiation entre eux et l'enfant sera reconnue dans leur pays de résidence. Ces règles ont suscité des critiques en Inde. Il manque une réglementation d'application du droit dans le temps et la restriction aux couples mariés est discriminatoire²².

De son côté, le Parlement indien a approuvé un projet législatif en 2010. Il n'apparaît pas clairement quand et sous quelle forme le projet entrera en vigueur. Il faut souligner qu'il contredit en certains points les directives édictées en 2005²³. En Inde, il a été reconnu de manière unanime qu'il existe un besoin de réglementation mais apparemment aucun consensus sur les contenus n'a encore été établi.

2.2.3.4 Ukraine

En Ukraine, des tarifs favorables et une législation laxiste sont manifestement proposés²⁴. Les offres font l'objet de titres négatifs dans les médias: Un magazine français a présenté le portrait d'un couple de même sexe qui a pu combler son désir d'avoir un enfant par le biais

¹⁶ National Guidelines for Accreditation, Supervision and Regulation of ART Clinics in India, Ministry of Health and Family Welfare, Indian Council of Medical Research, Nationale Academy of Medical Sciences (India), New Dehli - 110029, 2005, Preliminary Pages, p. ix, http://www.icmr.nic.in/art/art_clinics.htm, (26 août 2013).

¹⁷ National Guidelines for Accreditation, Supervision and Regulation of ART Clinics in India (op.cit. note 16).

¹⁸ National Guidelines for Accreditation, Supervision and Regulation of ART Clinics in India (op.cit. note 15), Preliminary Pages, S. ix.

¹⁹ No surrogacy visa for gay foreigners, The Times of India du 18 janvier 2013, http://articles.timesofindia.indiatimes.com/2013-01-18/india/36415052_1_surrogacy-fertility-clinics-home-ministry, (26 août 2013).

²⁰ <http://mha.nic.in/pdfs/CS-GrntVISA-291112.pdf>, (26 août 2013).

²¹ Cf. aussi à ce sujet No surrogacy visa for gay foreigners (op.cit. note 19).

²² Surrogacy norms leave foreigners in a quandry, The Times of India du 19 janvier 2013.

²³ New surrogacy norm will hit genuine couples, The Times of India du 19 janvier 2013, http://articles.timesofindia.indiatimes.com/2013-01-19/india/36431477_1_art-regulation-bill-home-ministry-gay-couples, (26 août 2013).

²⁴ «Just google the word 'surrogacy', and you will find Ukraine as a 'hot spot' for couples in the U.S. and Europe. One reason is that Ukraine allows couples to expand their families at drastically lower prices than in the U.S., and with far less stringent legal regulations than some European countries», Brochure de Ukrainian surrogacy Solutions, p. 3, <http://ukrainiansurrogacy.com/images/Surrogacy.pdf>, (26 août 2013).

d'une mère porteuse en Ukraine même si la maternité de substitution est interdite pour les couples de même sexe. Selon les informations fournies par les médias, la remise de l'enfant au père a eu lieu sur le trottoir²⁵. Le magazine Le Monde a brièvement résumé la situation en Ukraine: «*un pied dans la modernité, l'autre dans la misère*». D'un côté, le pays dispose de cliniques ultra modernes (dont le développement et la structure ont diminué en raison de la baisse des naissances après la catastrophe à Tchernobyl) et de l'autre côté, il n'existe que peu de contrôle étatique. Il en résulte des parents d'intention trompés, des mères porteuses maltraitées et exploitées ou voire même des enfants disparus²⁶.

Afin d'assurer un certain degré de sécurité juridique, le parlement ukrainien a adopté un projet qui prévoit, entre autre, que les ressortissants étrangers ne peuvent faire recours à une mère porteuse que s'ils sont en possession d'une confirmation de leur pays d'origine, selon laquelle la filiation sera reconnue²⁷. Le président a opposé son veto contre ce projet²⁸.

2.2.3.5 Résultat

Les cliniques et les organismes de médiation ne sont accrédités ou autorisés dans aucun Etat. Les pays d'origine eux-mêmes n'ont ainsi pas de contrôle exhaustif sur la façon dont les cliniques travaillent et quelles personnes (seuls les couples, les couples mariés, les couples de même sexe, les personnes seules) peuvent recourir à la procréation médicalement assistée.

Les parents d'intention étrangers sont considérés comme des personnes aisées et jouissent d'un traitement de faveur. Le Conseil fédéral constate que le manque de contrôle étatique en revanche porte préjudice avant tout aux mères porteuses. Ainsi un suivi prénatal par les cliniques n'est pas garanti dans tous les pays²⁹ et les cliniques peuvent se soustraire à leur responsabilité envers les mères porteuses si la naissance ne se déroule pas comme prévue³⁰.

2.2.4 Comment font-ils?

Il semble que, dans une première étape, la maternité de substitution l'étranger est souvent discutée avec les médecins en Suisse lorsque les options de procréation médicalement assistée sont épuisées en Suisse³¹. Parmi les autres sources, on cite l'Internet resp. les forums en ligne auprès desquels les personnes concernées peuvent échanger des informations.

²⁵ Ukraine - GPA, Gestation en pleine angoisse, Têtu, édition de novembre 2012.

²⁶ Ventres à louer, M le magazine du monde du 4 janvier 2013, http://www.lemonde.fr/europe/article/2013/01/04/ukraine-ventres-a-louer_1812237_3214.html, (26 août 2013).

²⁷ <http://www.genethique.org/?q=content/l%E2%80%99ukraine-adopte-une-loi-interdisant-le-recours-aux-m%C3%A8res-porteuses-pour-les-%C3%A9trangers>, (26 août 2013).

²⁸ <http://www.irtsa.com.ua/en/news/631.html>, (26 août 2013).

²⁹ Gebärmutter zu vermieten, Spiegel Online du 8 décembre 2012, <http://www.spiegel.de/panorama/leihmuettern-in-indien-kinderlose-paare-lassen-babys-von-frauen-austragen-a-869348.html>, (26 août 2013).

³⁰ Ventres à louer (op.cit. note 26).

³¹ Nora Bertschi, Assistante de la Chaire Büchler à l'université de Zurich, exposé à l'occasion du groupe de travail des adoptions internationales des autorités centrales alémaniques (AGIA) du 21 février 2013 à Zurich.

2.2.5 Que savons-nous des mères porteuses?

2.2.5.1 Généralités

Les cliniques et les organismes de médiation transmettent des femmes en bonne santé, entre 20 et 35 ans, qui ont déjà des enfants elles-mêmes. Il s'agit de femmes de la classe moyenne inférieure ou inférieure sans formation ou avec un faible niveau de formation. Elles n'ont pas d'emplois ou travaillent, faute de formation supérieure, à de bas salaires. Dans des pays comme l'Ukraine, la Géorgie et l'Inde, les femmes vivant dans la pauvreté et par manque d'alternatives se mettent à disposition en tant que mères porteuses. Elles s'engagent par nécessité comme mères porteuses malgré les situations juridiques floues pour elles et les questions ouvertes en ce qui concerne le suivi médical. Ces incertitudes et la question continue de savoir si la grossesse et l'accouchement se dérouleront sans problème génèrent une forte pression psychologique. Dans quelques pays, les mères porteuses souffrent aussi de désavantages sociaux graves car leur activité est associée à la prostitution ou au trafic d'enfants.

2.2.5.2 Géorgie

Selon les informations de la représentation de la Suisse à Tiflis, il s'agit de femmes provenant de milieux ruraux pauvres, sans formation ou avec un faible niveau de formation. La famille et la religion revêtent une grande importance dans la société géorgienne. Par conséquent, on peut supposer que les mères porteuses ne jouissent d'aucune ou de peu d'acceptabilité sociale.

2.2.5.3 Inde

Selon la représentation de la Suisse à Nouvelle Delhi, il s'agit exclusivement de femmes des classes inférieures de la société, originaires de petites villes ou villages pauvres. Elles n'ont souvent aucune formation. Elles sont mariées et ont entre 20 et 35 ans.

En 2011, le Center for Social Research a publié une étude sur les mères porteuses indiennes³². L'étude se base sur des entretiens avec des mères porteuses indiennes de la région du Gujarat, qui est aussi appelée le «*berceau du monde*» en raison de la médecine de procréation en plein essor. Les considérations suivantes sont tirées de cette étude:

Les femmes qui se mettent à disposition en tant que mères porteuses sont pauvres et se font engager pour entretenir leur famille. Elles sont mariées et ont elles-mêmes des enfants. Ce fait sert à prouver aux médecins l'aptitude à la procréation des femmes. Dans la plupart des cas, les mères porteuses ont l'accord de leur mari. A la naissance et à la remise de l'enfant, de nombreux maris et en partie aussi les propres enfants se détournent de la mère porteuse. Deux tiers des mères porteuses interrogées ont indiqué qu'elles ont ressenti de l'anxiété et de la tristesse avant le déclenchement de la grossesse. Par peur de l'exclusion sociale, beaucoup d'entre elles veulent rester anonymes. Elles ont également mentionné qu'elles se sentent livrées aux professionnels.

D'autres circonstances permettent de conclure que, dans de nombreux cas, les mères porteuses indiennes sont exploitées et soumises à une forte pression psychologique:

³² Surrogate Motherhood - Ethical or Commercial, Centre for Social Research (op.cit. note 15).

Une grande partie des mères porteuses sont analphabètes. De ce fait, elles ne peuvent pas lire les contrats écrits et doivent se fier aux déclarations des professionnels. La plupart des mères porteuses ne peuvent pas relater le contenu du contrat.

Les contrats ne sont généralement signés qu'au quatrième mois de grossesse. À ce moment là, la mère porteuse ne peut plus se retirer du contrat. Elle est pratiquement contrainte d'accepter n'importe quelles conditions du contrat.

Dans certains cas, la clinique ne signe aucun contrat avec la mère porteuse. Elle se dégage ainsi de toute responsabilité éventuelle après la naissance.

La rémunération de la mère porteuse n'est pas fixée à l'avance. La clinique décide du montant de l'indemnité.

Si la naissance ne se passe pas comme prévue et que l'enfant ne peut pas être remis aux parents d'intention, la mère porteuse ne reçoit qu'une fraction de l'indemnité.

Si un problème surgit dans le cadre de la grossesse, les parents d'intention ou la clinique décident en règle générale d'une éventuelle interruption de grossesse sans consulter la mère porteuse.

Les articles des médias confirment cette image: la maternité de substitution est uniquement intéressante pour les femmes provenant d'un environnement marqué par la pauvreté³³. L'attrait financier est la raison principale qu'indiquent les femmes indiennes qui se mettent à disposition en tant que mères porteuses³⁴. Dans un portrait de parents d'intention britanniques présenté dans le Daily Mail, il est cité: «*It goes without saying that she (la mère porteuse) is desperately poor*»³⁵. L'attrait financier est susceptible d'être aussi la raison pour laquelle le mari ou la famille, pour autant qu'ils soient inclus, donnent leur accord à la maternité de substitution³⁶.

Contrairement aux États-Unis, les mères porteuses en Inde ne sont non seulement beaucoup plus pauvres mais risquent aussi d'être stigmatisées et exclues de la société³⁷. La maternité de substitution est souvent considérée, tout comme la prostitution, comme une activité impure³⁸. Dans les zones rurales, les mères porteuses sont souvent soupçonnées de vendre leur propre bébé et donc de se livrer à la traite d'êtres humains³⁹. Par conséquent, les mères porteuses passent la grossesse dans de grands établissements médicaux et cachent la grossesse même à leurs parents⁴⁰.

³³ Surrogate mother dies of complications, The India Times du 17 mai 2012, http://articles.timesofindia.indiatimes.com/2012-05-17/ahmedabad/31748277_1_surrogate-mother-surrogacy-couples, (26 août 2013).

³⁴ Womb for rent: Indian surrogate mother tell their tales, Times Live du 26 février 2013, <http://www.timeslive.co.za/lifestyle/2013/02/26/womb-for-rent-indian-surrogate-mother-tell-their-tales>, (26 août 2013).

³⁵ Our «rent a womb» child from an Indian baby farm, Daily Mail du 31 août 2012, <http://www.dailymail.co.uk/femail/article-2196538/Our-rent-womb-child-Indian-baby-farm-British-couple-paying-20-000-desperately-poor-single-mother-child.html>, (26 août 2013).

³⁶ Wanna rent a womb, come to Anand, The Times of India du 11 février 2006, http://articles.timesofindia.indiatimes.com/2006-02-11/ahmedabad/27830480_1_surrogate-mother-surrogacy-ivf, (26 août 2013).

³⁷ India's child surrogacy boom, Times Live du 28.05.2012, <http://www.timeslive.co.za/scitech/2012/05/28/india-s-child-surrogacy-boom>, (26 août 2013).

³⁸ Nora Bertschi (op.cit. note 31).

³⁹ Gebärmutter zu vermieten, Spiegel Online du 8 décembre 2012 (op.cit. note 29).

⁴⁰ France Winddance Twine, Outsourcing the womb, New York 2011, p. 46.

2.2.5.4 Russie

La mère porteuse russe typique est issue de la classe inférieure ou de la classe moyenne inférieure. Elle ne dispose pas d'un niveau de formation élevé et n'est pas en mesure de nourrir sa famille. Les chances de trouver un travail sont faibles. Il s'agit souvent de femmes qui vivent seules, sont divorcées ou veuves⁴¹. Le personnel médical et les professionnels de la santé se montrent sceptiques et ont des préjugés envers les mères porteuses. Le phénomène n'est pas compris et rejeté⁴². On peut donc en conclure que les mères porteuses en Russie ne jouissent pas d'une bonne réputation.

2.2.5.5 Ukraine

L'ambassade de Suisse à Kiev déclare qu'elle ne peut pas définir un profil général applicable aux femmes qui s'offrent comme mères porteuses. Toutefois, les documents à disposition laissent conclure que les femmes deviennent mères porteuses en Ukraine uniquement pour des raisons financières. On peut dès lors en déduire qu'il s'agit de femmes vivant dans un environnement marqué par la pauvreté, qui le plus souvent ne disposent pas d'une formation ou uniquement d'une formation rudimentaire. En janvier 2013, le journal «Le Monde» a présenté le portrait de deux mères porteuses ukrainiennes. Les indications fournies par ce journal confirment les informations de la représentation de la Suisse: la maternité de substitution en Ukraine permet aux jeunes femmes de gagner une somme d'argent relativement importante. En Ukraine, beaucoup de jeunes, et surtout de jeunes femmes, n'ont ni travail ni perspective économique. Dans cette situation, la promesse financière associée à la mère porteuse est attrayante. La détresse des jeunes femmes est exploitée et conduit en partie à des abus et à des violations graves⁴³.

2.2.5.6 USA

La mère porteuse américaine moyenne est mariée, âgée d'environ 30 ans et déjà mère elle-même. Elle est issue de la classe moyenne inférieure ou de classe inférieure (formation scolaire de bas niveau, faible revenu familial). Contrairement aux mères porteuses indiennes et ukrainiennes, les mères porteuses américaines ne vivent généralement pas en dessous du seuil de pauvreté⁴⁴. Si l'on tient compte de la perception des mères porteuses, celles-ci indiquent qu'elles se mettent à disposition comme mères porteuses principalement pour des raisons altruistes. Le mérite est un facteur secondaire.

Les données suivantes indiquent cependant que l'attrait financier est un critère de décision important: les femmes qui veulent devenir mères porteuses n'ont souvent pas les ressources financières pour requérir l'assistance d'un représentant légal⁴⁵. La recherche de donneuses d'ovules appropriées diffère sensiblement de celle des mères porteuses: les donneuses d'ovules sont recrutées dans les universités d'élite alors que les mères porteuses proviennent des couches sociales et économiques plutôt marginales⁴⁶. La thèse soutient en outre qu'un grand nombre de mères porteuses sont des femmes de soldats. Les organismes de médiation s'adressent de manière ciblée aux femmes de soldats car celles-ci disposent

⁴¹ Russian Surrogate Moms Attract Foreigners, The St. Petersburg Times du 12 septembre 2012.

⁴² Russian Surrogate Moms Attract Foreigners (op.cit. note 41).

⁴³ Ventres à louer (op.cit. note 26).

⁴⁴ France Winddance Twine (op.cit. note 40), p. 46.

⁴⁵ Magdalena Gugucheva, Surrogacy in America, Council for Responsible Genetics, 2010, <http://www.councilforresponsiblegenetics.org/pagedocuments/kaevej0a1m.pdf>, (26 août 2013).

⁴⁶ Andreas Bernhard (op.cit. note 5), p. 139.

de ressources en temps et de nombreuses familles de soldats vivent dans la pénurie financière. La rémunération de l'épouse d'un soldat en tant que mère porteuse est supérieure au traitement de base annuel de son mari⁴⁷.

Enfin, le montant de l'indemnité indique que les mères porteuses sont exploitées économiquement. Si l'on convertit la rémunération de la mère porteuse en un salaire horaire, on arrive à environ 50 cents US. Ce chiffre est nettement inférieur à n'importe quel salaire horaire minimum national⁴⁸. Quelle que soit la propre perception (altruiste) des mères porteuses, le phénomène de la maternité de substitution aux USA se déroule dans une zone de tensions d'inégalités ethniques et sociales⁴⁹.

2.3 Conclusion

Avant le début de la grossesse ou dans les premiers mois de la grossesse, la mère porteuse et les parents d'intention conviennent du prix auquel ces derniers pourront recevoir l'enfant après sa naissance. L'aptitude de pouvoir mettre au monde des enfants et l'enfant lui-même font l'objet du contrat de mère porteuse et deviennent ainsi des marchandises. Il en est de même pour les ovules et les spermatozoïdes qui sont nécessaires pour la fécondation. La mondialisation, l'augmentation de stérilité non désirée dans les pays industrialisés et les nouvelles possibilités techniques ont conduit à la commercialisation de la procréation humaine.

Cette commercialisation de la procréation humaine a créé un tourisme procréatif des citoyens suisses à l'étranger alors que l'un des objectifs fondamentaux de la législation suisse dans le domaine de la médecine reproductive⁵⁰ était justement de l'éviter.

Les mères porteuses proviennent régulièrement des couches socialement défavorisées de la population (USA) ou d'un environnement marqué par la pauvreté et la détresse (Inde, Géorgie, Ukraine, Russie). En raison de cette détresse et en partie à cause du manque d'éducation adéquate, les mères porteuses ne sont pas en mesure de reconnaître ou de refuser les offres désavantageuses. Par contre, les parents d'intention peuvent laisser implanter l'ovule fécondé dans une mère porteuse à un tarif avantageux. Les chances et les risques sont très inégalement réparties sur ce marché^{51,52}.

Une «colonisation du corps»⁵³, une orientation stricte des processus vers l'économie de marché s'est développée: les différentes étapes de la procédure i) l'extraction du matériel génétique, ii) la fécondation, iii) la grossesse et iv) la naissance ont lieu où les coûts sont les plus faibles.

⁴⁷ Magdalena Gugucheva (op.cit. note 45), S. 24; France Winddance Twine (op.cit. note 39), p. 1.

⁴⁸ Magdalena Gugucheva (op.cit. note 45), p. 5.

⁴⁹ France Winddance Twine (op.cit. note 40), p. 16.

⁵⁰ Message relatif à l'initiative populaire «Pour la protection de l'être humain contre les techniques de reproduction artificielle» du 26 juin 1996, BBI 1996 205, 231.

⁵¹ Birgit Christensen (op.cit. note 1), p. 8.

⁵² «Le cas d'une femme aisée qui porte l'enfant d'une femme qui ne peut avoir d'enfant contre rémunération ne semble pas (encore) avoir eu lieu», J.G. Raymond, Women and wombs. Reproductive technologies and the battle over women's freedom, Melbourne 1993, p. 45.

⁵³ Andreas Bernhard (op.cit. note 5), p. 139.

3 Droit

3.1 Etablissement de la filiation selon le droit actuel

3.1.1 La naissance

Le Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC)⁵⁴ prévoit que le lien de filiation avec la mère résulte de la naissance (art 252 al. 1 CC). Le processus biologique de la naissance est déterminant. Cet ordre biologique sanctionné par la loi est résumé par le proverbe latin *mater semper certa est* (ce qui signifie: la mère est toujours certaine). Le lien de filiation avec la mère ne peut pas être contesté.

Le problème juridique effectif se pose avec le père. Contrairement à la mère, à l'époque où le CC a été créé, il n'existait aucune preuve clairement identifiable permettant une attribution biologique sans aucun doute avec le père. Par conséquent, le droit suisse a eu recours aux solutions suivantes:

Le lien de filiation avec le père est établi soit par le mariage avec la mère de l'enfant (art. 255 al. 1 CC) soit par la reconnaissance (art. 260 al. 1 CC). Ainsi, un lien biologique respectivement génétique n'est pas déterminant pour la filiation mais un fait social ou un acte que sanctionnent la loi (existence d'un mariage, remise d'une déclaration de volonté). Il s'agit donc uniquement d'une présomption respectivement d'une affirmation de la paternité qui peut être annulée⁵⁵.

Si des doutes subsistent quant à cette paternité présumée, le législateur recourt au lien génétique: D'une part, la paternité peut être imposée au père génétique qui refuse de reconnaître un enfant si elle a été constatée par un jugement en paternité (art. 261 ss CC). D'autre part, le mari de la mère présumé comme étant le père peut tenter une action en contestation de paternité avec succès s'il n'existe aucun lien génétique entre lui et l'enfant (art. 256 ss CC).

Une particularité réside dans le fait que la reconnaissance d'un enfant peut être attaquée en justice par tout intéressé (art. 260a al.1 CC). En revanche, la présomption de paternité du mari ne peut être contestée que par l'enfant et le mari (art. 256 al. 1 CC). La mère et le père génétique notamment n'ont pas de droit d'action. Le droit d'action de l'enfant est toutefois limité: Il ne peut tenter une action que si le ménage commun des époux a été dissous pendant sa minorité (art. 256 al. 1 ch. 2 CC.). Le législateur protège ainsi l'institution du mariage. Si un couple marié veut élever un enfant ensemble, cette volonté jouit d'une protection quelle que soit la parentalité effective génétique resp. biologique. Cette réglementation légale est de plus en plus critiquée⁵⁶.

3.1.2 L'adoption

L'adoption constitue la seule possibilité d'établir un lien de filiation sans qu'il existe au moins un lien de filiation génétique présumé.

L'adoption crée par un acte juridique un lien de filiation entre des personnes qui ne sont génétiquement pas liées entre elles (art. 252 al. 3 et art. 264 ss CC). Cela signifie que l'enfant quitte juridiquement sa famille d'origine et est assimilé à un enfant de sang des parents adoptifs (art. 267 CC).

⁵⁴ RS 210.

⁵⁵ Ingeborg Schwenzer, Basler Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch I, Hon-sell/Vogt/Geiser (éditeurs), 4^{ème} édition, Zurich et St. Gall 2010, n. 13 ad art. 252 CC.

⁵⁶ Cf. parmi d'autres Ingeborg Schwenzer (op.cit. note 55), n. 5 ss ad art. 256 CC.

Avant qu'une adoption soit prononcée, les futurs parents adoptifs font l'objet d'un examen approfondi. Ils doivent notamment prouver qu'ils sont aptes à accueillir un enfant et à pourvoir à son éducation (art. 268a CC).

3.2 La procréation médicalement assistée

3.2.1 Introduction

Les règles du CC sur l'établissement du lien de filiation sont fondées sur la procréation naturelle et supposent ainsi un acte sexuel et la naissance. On présume implicitement que la femme qui a accouché (mère biologique) est aussi la femme dont les ovules ont été fécondés au préalable (mère génétique) et qui va élever l'enfant (mère sociale). Seul le droit en matière d'adoption fait exception à cette règle.

Il y a encore quelque temps, il n'existait que la paternité partagée (à l'exception de la mère adoptive dans le droit en matière d'adoption). On parle de paternité partagée si le procréateur génétique n'est pas le même que le père juridique (enfant dont le mari de la mère n'est pas le père biologique). Avec les méthodes de la médecine de procréation, la maternité peut désormais aussi être partagée. La mère génétique fait don de l'ovule, la mère biologique donne naissance à l'enfant et la mère sociale l'élève. La filiation génétique peut même être encore partagée: au Royaume-Uni, le parlement doit s'exprimer sur une extension de la loi qui autoriserait ce que l'on appelle les «enfants de trois parents». Dans ce cas, le matériel génétique de trois personnes au lieu de deux est utilisé pour l'insémination artificielle. Le but de cette méthode est de prévenir les maladies héréditaires⁵⁷.

Ainsi, un système qui s'est développé pendant des siècles est confronté à une nouvelle réalité. La question se pose de savoir qui est la mère de l'enfant si l'on remplace le matériel génétique de l'un ou des deux parents par le matériel génétique de tiers et qu'une femme porte l'enfant d'une autre femme. Selon le principe *mater semper certa est*, on ne devait pas se poser cette question jusqu'à présent. Si l'on ne sait pas qui est la mère, la paternité juridique ne peut pas non plus être attribuée selon les règles habituelles.

3.2.2 Bases légales

Le législateur a défini la notion de médecine de procréation dans la LPMA. Il s'agit de toutes les méthodes permettant d'induire une grossesse sans rapport sexuel (art. 2 al. 2 let. a LPMA).

Cette définition est large et contient des procédures qui soulèvent des questions de pratiques, de morale et d'éthique difficiles.

Le principe a été ancré dans la Constitution fédérale du 18 avril 1999 (CF)⁵⁸, selon lequel l'homme doit être protégé contre les abus en matière de procréation médicalement assistée (et aussi contre le génie génétique dans le domaine humain) (art. 119 al. 1 CF). Ce principe est concrétisé par l'interdiction de certaines procédures particulières. Il s'agit notamment de toute forme de clonage humain et de toute intervention dans le patrimoine génétique de gamètes ou d'embryons humains, de la fusion de patrimoine génétique et germinal non humain et humain ainsi que le don d'embryon et la maternité de substitution (art. 119 al. 2 let. a, b et d). Le don d'ovules est interdit au niveau de la loi (art. 4 LPMA).

⁵⁷ Kind mit Genen von drei Eltern, NZZ du 29 juin 2013.

⁵⁸ RS 101.

Dans son message relatif à l'initiative populaire «pour la protection de l'être humain contre les techniques de reproduction artificielle (initiative pour une procréation respectant la dignité humaine, PPD) et pour une loi fédérale sur la procréation médicalement (LPMA)», le Conseil fédéral a justifié ces interdictions avec le principe *mater semper certa est*. La procréation médicalement assistée ne doit pas conduire à des relations familiales qui dérogent à ce qui n'est pas possible par la voie naturelle. Par conséquent, la femme qui accouche est toujours juridiquement considérée comme la mère. Par contre, une parallèle existe en ce qui concerne le partage de la paternité lors de la conception naturelle car l'époux de la femme qui accouche ne doit pas absolument être le père de l'enfant⁵⁹.

Toutes les méthodes de procréation médicalement assistée qui respectent le principe *mater semper certa est* sont donc admises. Il s'agit de l'insémination artificielle (art. 2 let. b LPMA), de la fécondation in vitro (art. 2 let. c LPMA) et du transfert de gamètes (art. 2 let. d LPMA). Ces procédures permettent d'établir facilement le lien de filiation avec les parents. Le don de sperme (art. 3 al. 3 LPMA) est également admis pour les couples mariés même s'il diffère sur un point essentiel des méthodes citées ci-dessus: l'enfant n'est pas génétiquement l'enfant du mari de la mère. Cependant ce dernier est considéré en vertu de la loi comme le père de l'enfant. Ainsi, la loi désigne un homme comme le père juridique d'un enfant dont on sait qu'il n'a pas de lien génétique avec lui. Le lien de filiation ainsi établi ne peut pas être supprimé si le mari a consenti à la procédure de procréation. Ni lui, ni l'enfant (et ni le père génétique) ne peuvent contester ultérieurement le lien de filiation (art. 256 al. 3 CC et l'art. 23 LPMA).

En Suisse, la procréation médicalement assistée ne peut proposer de l'aide qu'à une femme qui dispose de ses propres ovules pour la fécondation et qui peut ensuite porter elle-même l'enfant et le mettre au monde. Toute offre dépassant ce cadre n'est pas admise en raison de l'interdiction du don d'ovules ou de la maternité de substitution.

Par contre, si le mari est stérile, il est possible d'avoir recours au don de sperme d'un autre homme.

En outre, la LPMA prévoit que la procédure de procréation médicalement assistée doit tenir compte de l'intérêt de l'enfant. Cela implique notamment le droit de l'enfant à connaître ses origines. Un couple ne pourra avoir recours aux procédures de procréation médicalement assistée que sur présentation d'une indication médicale. Avant de procéder au traitement, le couple concerné doit être suffisamment informé et conseillé par les médecins et donner ensuite son consentement au traitement par écrit. Lors de la sélection des gamètes, il est interdit d'influer sur le sexe ou sur les caractéristiques de l'enfant.

Pour terminer, la LPMA règle les modalités de la procréation qui se différencient de la conception naturelle. Au lieu de l'acte sexuel, la fusion des cellules germinales a lieu en dehors du corps de la femme (sauf dans le cas d'insémination artificielle). Les règles du CC relatives à la filiation sont applicables: la mère est la femme qui a donné naissance à l'enfant, le père est le mari de la mère. Dans la conception de la LPMA, la mère biologique est toujours la mère génétique du fait de l'interdiction du don d'ovules.

⁵⁹ FF 1996 253 ss.

3.2.3 La maternité de substitution en Suisse

Même si, en vertu de l'art. 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH)⁶⁰, chaque couple a le droit d'avoir un enfant et de faire appel aux techniques de la reproduction artificielle, les États peuvent édicter des règlements relatifs à la procréation médicalement assistée et interdire certaines techniques de procréation conformément aux conditions fixées à l'art. 8 al. 2 CEDH⁶¹.

La maternité de substitution est interdite en Suisse. Quiconque applique une méthode de procréation médicalement assistée à une mère porteuse ou sert d'intermédiaire à une maternité de substitution est punissable (art. 31 LPMA). Toutefois, ni la mère porteuse ni les parents d'intention sont passibles de sanctions pénales.

Un contrat de maternité de substitution soumis au droit suisse est frappé de nullité en vertu de l'art. 20 al. 1 de la Loi fédérale complétant le Code civil suisse du 30 mars 1912 (CO)⁶². Le contenu du contrat est réputé illégal⁶³ et illicite⁶⁴. Les obligations contractuelles qui en découlent ne sont pas exécutoires.

Si une maternité est partagée, le lien de filiation est toujours établi avec la femme qui donne naissance à l'enfant (*mater semper certa est*) même en présence d'un contrat, soit avec la mère porteuse et son mari si elle est mariée (art. 252 al. 2 CC).

La mère d'intention doit adopter l'enfant. Il en est de même pour le père d'intention de l'enfant. Par contre, si la mère porteuse n'est pas mariée, le père d'intention qui a donné son sperme peut reconnaître l'enfant⁶⁵.

Indépendamment de l'interdiction de la maternité de substitution, il est difficile de savoir comment un contrat de maternité de substitution conclu à titre onéreux en Suisse serait qualifié du point de vue juridique. Le contrat de maternité de substitution se classe difficilement dans le système des types de contrats du Code des obligations^{66,67}.

3.2.4 La maternité de substitution à l'étranger

Les approches juridique et politique nationales de la maternité de substitution peuvent être divisées comme suit⁶⁸.

3.2.4.1 États prohibant les conventions de maternité de substitution

La législation de certains États interdit expressément les conventions de maternité de substitution. Les États de cette catégorie incluent: Allemagne, Autriche, Chine (continentale), cer-

⁶⁰ Voir jugement de la Cour européenne des droits de l'homme du 3 novembre 2011, no 57813/00, S.H. et autres contre l'Autriche, § 82.

⁶¹ Voir jugement de la Cour européenne des droits de l'homme du 3 novembre 2011, no 57813/00, S.H. et autres contre l'Autriche, § 82.

⁶² RS 220.

⁶³ Ingeborg Schwenzer (op.cit. note 55), n. 10 ad art. 252 CC.

⁶⁴ Birgit Christensen (op.cit. note 1), p. 6.

⁶⁵ Ingeborg Schwenzer (op.cit. note 54), n. 6 ss. ad art. 252 ZGB.

⁶⁶ Jäggi/Widmer, Der Leihmutterschaftsvertrag: Forstmoser/Tercier/Zäch (éditeurs), Innominatverträge, Zurich 1988, p. 69.

⁶⁷ Pour la qualification juridique cf. Birgit Christensen (op.cit. note 1), p. 6.

⁶⁸ Les informations qui suivent sont tirées du Document préliminaire No 10 de mars 2012 de la Conférence de La Haye de droit international privé, <http://www.hcch.net/upload/wop/gap2012pd10fr.pdf>, (26 août 2013).

tains états des États-Unis d'Amérique (par ex. Arizona, District de Columbia), Espagne, France, Italie, Japon, Mexique (Querétaro), Norvège, Portugal, Slovaquie, Suède, Suisse.

3.2.4.2 États dans lesquels la maternité de substitution est essentiellement non réglementée

Un deuxième groupe d'États partagent les caractéristiques suivantes: (1) la loi n'interdit pas expressément les conventions de maternité de substitution en général; (2) cependant, ces conventions sont soit expressément, soit en vertu de principes généraux du droit, nulles et sans effet du point de vue de leur clause essentielle (l'obligation pour la mère porteuse de remettre le ou les enfants aux parents d'intention après la naissance); (3) dans certains de ces États, la maternité de substitution *commerciale* est interdite soit par des dispositions expresses du droit pénal, soit parce qu'une telle convention contreviendrait à d'autres dispositions du droit pénal général relatives par exemple à la traite d'enfants; (4) cependant, dans nombre de ces États (mais pas dans tous) des établissements médicaux implantés sur leur territoire facilitent les conventions de maternité de substitution altruistes mais il est laissé généralement aux établissements eux-mêmes le soin d'apprécier les conditions précises du traitement.

Font partie de ces groupes entre autres les pays resp. les territoires ou les États suivants: l'Argentine (mais les conventions commerciales n'y sont pas expressément interdites et de nouvelles recherches sont nécessaires pour déterminer si elles contreviendraient à d'autres lois internes); l'Australie (le Territoire du Nord, qui n'a aucun texte concernant la maternité de substitution mais où il existe des restrictions effectives contre la maternité de substitution commerciale faisant appel à des cliniques); la Belgique; le Brésil (bien qu'il n'y ait pas de législation encadrant la maternité de substitution, une résolution du Conseil médical fédéral (1957/2010) édicte des règles pour les cliniques offrant des TPA, y compris la maternité de substitution, et indique que les conventions commerciales ne sont pas autorisées); le Canada (la Loi sur la procréation assistée, une loi fédérale de 2004, interdit les conventions de maternité de substitution à caractère commercial. La filiation est du ressort des provinces et leurs positions sont très différentes sur ce point; néanmoins, la majorité d'entre elles n'ont pas de réglementation expresse de la filiation juridique des enfants nés suite à une convention de maternité de substitution); Chypre; les États-Unis d'Amérique (par ex. Michigan, New York), l'Irlande, le Japon (la Société japonaise d'obstétrique et de gynécologie a adopté des principes directeurs en 2003 aux termes desquels les médecins ne doivent pas intervenir dans des conventions de maternité de substitution; bien qu'il n'y ait pas de prohibition législative, la maternité de substitution est donc fortement découragée), le Mexique (Mexico), les Pays-Bas, la République tchèque et le Venezuela.

3.2.4.3 États autorisant expressément et encadrant la maternité de substitution

On peut classer les pays en deux groupes en fonction du type d'encadrement prévu par la loi: (1) le premier groupe applique un processus d'autorisation préalable par lequel les futurs parents d'intention et la mère porteuse doivent soumettre leur convention de maternité de substitution à un organe afin qu'elle soit autorisée avant que la convention et tout traitement médical puissent avoir lieu. Ces organes doivent vérifier que les conditions légales sont remplies. (2) Dans le deuxième groupe, la régulation ne concerne que l'instauration d'une procédure définie pour que les parents d'intention acquièrent ex post facto la paternité et la maternité juridiques d'un enfant issu d'une convention de maternité de substitution.

Dans leur écrasante majorité, les États qui encadrent la maternité de substitution n'autorisent que les conventions altruistes. Dans de nombreux États, le respect de cette obligation est assuré par des dispositions pénales réprimant la maternité de substitution commerciale.

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

3.2.4.4 États ayant une approche permissive de la maternité de substitution, y compris à caractère commercial.

Dans ces États, la maternité de substitution à caractère commercial est autorisée et pratiquée, et des procédures permettent en général de consentir à l'un des parents d'intention ou aux deux le statut de parents juridiques. Aucun critère de domicile ou de résidence habituelle n'est imposé aux parents d'intention.

Ces pays sont: certains États américains (une jurisprudence positive ou une législation autorise la maternité de substitution à caractère commercial dans 18 États: jurisprudence – Californie, Caroline du Sud, Maryland, Massachusetts, Ohio, Pennsylvanie; législation – Alabama, Arkansas, Connecticut, Dakota du Nord, Illinois, Iowa, Nevada, Oregon, Tennessee, Texas, Utah, Virginie-Occidentale), Géorgie, Inde, Ouganda, Russie, Thaïlande et Ukraine.

3.2.4.5 La maternité de substitution étrangère et la Suisse

Si les parents d'intention résidant en Suisse font recours à une mère porteuse à l'étranger pour donner naissance à un enfant et rentrent en Suisse avec lui ou le font inscrire dans le registre de l'état civil, la question juridique de savoir qui sont les parents juridiques dès la naissance de l'enfant doit notamment être clarifiée. En outre, le lien de filiation établi à l'étranger doit être reconnu.

Dans le cadre de la reconnaissance des liens de filiation établis à l'étranger, il sera examiné si la compétence de l'autorité étrangère était donnée (compétence indirecte) et si la décision est irrévocable. Comme dernier obstacle, la décision à reconnaître resp. l'acte d'état civil étranger ne doit pas porter atteinte à l'ordre public suisse que ce soit au niveau du contenu ou sur la manière dont elle a été rendue (ordre public matériel et formel).

Dans la pratique actuelle, on part du principe que les cas de maternité de substitution sont habituellement contraires à l'ordre public (voir chiffre 3.3.2). Le Conseil fédéral n'a pas connaissance qu'une filiation, dont on sait qu'elle repose sur une relation avec une mère porteuse à l'étranger et dont au moins la paternité avec le père d'intention suisse n'a pas pu être établie à l'étranger par reconnaissance ou jugement, a été reconnue. La question reste controversée et sera discutée par la doctrine (voir ci-dessous la section 3.4.).

3.3 Les questions de l'auteur du postulat

3.3.1 Introduction

Dans le cadre de la reconnaissance du lien de filiation de l'enfant établi par le biais de la maternité de substitution, la Suisse applique une pratique restrictive. La question principale qui se pose est de savoir si un acte de naissance étranger, qui ne représente pas le

processus usuel effectif de la naissance, peut être reconnu en Suisse. Sont notamment considérées comme les parents, les personnes qui se sont assurées par voie judiciaire ou contractuelle le droit à la paternité de l'enfant issu de maternité de substitution. Le document représente ainsi une décision judiciaire ou un accord de droit privé. Par conséquent, il s'agit plutôt d'un document qui règle l'autorité parentale d'un enfant que d'un acte qui documente la naissance. Ainsi, selon certaines législations nationales (par exemple, Californie), il est possible d'établir un acte de naissance avec le nom de deux hommes et sans mention du nom de la mère. Dans de tels cas, il est évident que le certificat de naissance ne relate pas les faits biologiques mais il règle au moins partiellement les droits parentaux.

Lors du premier contact des autorités suisses avec les parents d'intention, l'enfant vit généralement déjà avec eux. À l'étranger, ils sont considérés comme les parents juridiques. Une partie des parents d'intention se trouvent en Suisse avec l'enfant, d'autres sont tenus de séjourner à l'étranger en raison de soupçons de maternité de substitution. L'entrée avec l'enfant ne leur sera autorisée que si un lien de filiation a été reconnu en Suisse au moins à l'égard de l'un des parents.

3.3.2 Pratique actuelle

Avant de répondre aux questions de l'auteur du postulat, il est présenté brièvement pourquoi le lien de filiation établi à l'étranger par le biais d'une maternité de substitution n'est pas reconnu jusqu'à présent en Suisse. Les opinions divergentes dans la doctrine ne sont pas mentionnées ici. Il ne s'agit que d'un résumé des arguments sur lesquels est fondée la pratique restrictive actuelle.

3.3.2.1 Contournement de l'ordre juridique suisse

En Suisse, la maternité de substitution est interdite dans la CF. Les parents d'intention qui ont recours à une mère porteuse à l'étranger contournent cette interdiction. Ils enfreignent d'autres principes du droit international et du droit suisse: la maxime suprême de toutes les procédures concernant un enfant est son bien-être. Le droit suisse et aussi le droit international prévoient des mécanismes qui permettent aux couples sans enfant de devenir parents. L'objectif de ces règlements est la protection de l'enfant et des parents biologiques, la prévention de la traite des enfants et de la commercialisation du matériel germinal humain. En outre, ces règlements prévoient que l'intérêt de l'enfant doit être examiné avec soin et que les parents d'intention doivent être en mesure de s'occuper d'un enfant. Enfin, il faut s'assurer que l'enfant puisse retrouver sa filiation s'il le souhaite. Toutes ces règles sur la protection de l'enfant et des parents biologiques sont contournées par les parents d'intention dans les cas de maternité de substitution.

3.3.2.2 Droits de l'enfant

L'ordre public suisse est violé si l'intérêt de l'enfant n'a pas fait l'objet d'un examen scrupuleux lors de l'établissement de la parentalité juridique. Ainsi, une adoption prononcée à l'étranger est considérée contraire à l'ordre public⁶⁹ si les conditions fondamentales et l'aptitude des parents n'ont pas été clarifiées. Une telle vérification n'a quasiment jamais lieu dans les cas de maternité de substitution étrangers. Il est contraire à l'ordre public suisse

⁶⁹ Urwyler/Hauser, Basler Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch I, Honsell/Vogt/Geiser (éditeurs), 4^{ème} édition, Zurich et St. Gall 2010, n. 16 ad art. 78 CC.

qu'un enfant né d'une maternité de substitution perde ses parents biologiques et que les parents d'intention puissent obtenir les droits de la parentalité sans égard à leur aptitude. En Suisse, un test d'aptitude n'est pas effectué que dans le cadre de l'attribution de l'autorité parentale ou de l'adoption. Celui qui accueille «*simplement*» un enfant chez lui doit également effectuer un test d'aptitude que ce soit en tant qu'exploitant d'un home ou en tant que famille d'accueil (voir ordonnance sur le placement d'enfants du 19 octobre 1977; OPE⁷⁰). Le sens et le but du test d'aptitude est de protéger les intérêts supérieurs de l'enfant. Seules des personnes qualifiées devraient être les parents juridiques d'un enfant avec lequel il n'ont pas de lien. Ils doivent garantir notamment qu'ils ont les qualités personnelles, l'état de santé, le temps disponible, la situation financière et les aptitudes éducatives pour que l'enfant bénéficie de soins, d'une éducation et d'une formation adéquats (art. 2 al. Let. d ch.1 de l'Ordonnance sur l'adoption (OAdo)⁷¹. Par conséquent, une partie de la doctrine refuse également les reconnaissances de complaisance: *La reconnaissance d'un enfant ne peut constituer une alternative libre à l'adoption et les règles strictes de l'adoption ne doivent pas être éludées par une reconnaissance de complaisance*⁷².

Ceci doit aussi s'appliquer à la maternité de substitution. Un jugement de complaisance qui repose sur un contrat de maternité de substitution et probablement le paiement d'une certaine somme et une femme non parente avec l'enfant, désignée en tant que mère, ne doit pas servir à contourner les conditions de l'adoption.

Outre la parentalité juridique, la connaissance de la filiation génétique et biologique joue un rôle important pour assurer le bien-être de l'enfant respectivement le développement de la personnalité de chaque personne. La connaissance de la propre origine est une partie importante de la personnalité et de l'identité d'une personne. Chaque enfant a un droit légal à connaître sa filiation génétique (art. 119 al. 2 let. g CF, art. 27 LPMA, art. 268c CC et l'art. 7 al. 1 de la Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 [CDE]⁷³ et de l'art. 8 de la CEDH). Dans la plupart des cas de maternité de substitution, ce droit légal de l'enfant est supprimé avant sa naissance. De ce point de vue, une maternité de substitution étrangère est contraire à l'ordre public suisse.

3.3.2.3 Situation juridique de la mère porteuse

Dans la plupart des cas, les droits parentaux sont réglés avant la naissance de l'enfant. Cela signifie que la mère porteuse et - si elle est mariée - son mari renoncent à la parentalité et donnent leur accord pour que l'enfant soit juridiquement considéré dès sa naissance comme l'enfant des parents d'intention. La renonciation aux droits parentaux avant la naissance est contraire à l'ordre public Suisse. Il en est de même pour tout contrat qui ne respecte pas le principe *mater semper certa est*⁷⁴.

La maternité de substitution est également liée à des risques pour la santé de la mère porteuse et présente le risque d'exploitation des femmes qui vivent dans une situation sociale ou économique difficile. Dans ce contexte, il s'agit de garantir les droits des femmes. La Suisse condamne toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et s'est engagée à prendre des mesures appropriées et à contribuer à la compréhension de la

⁷⁰ RS 211.222.338.

⁷¹ RS 211.221.36.

⁷² Cyrill Hegnauer, Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, vol. II/2, 4^{ème} édition, Berne 1984, n. 62 ad art. 260 CC.

⁷³ RS 0.107.

⁷⁴ Kurt Siehr, Zürcher Kommentar zum IPRG, 2^{ème} édition, Zurich, Bâle et Genève 2004, n. 19 ad art. 70 LDIP.

maternité comme fonction sociale (art. 2, let. a et d e.r. avec Art. 5 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du 18 décembre 1979⁷⁵)

3.3.3 Conséquences de cette pratique

Les personnes résidant en Suisse, qui font recours à une mère porteuse à l'étranger, ne sont pas considérées juridiquement en Suisse comme les parents de l'enfant même si, en règle générale, ils sont inscrits en tant que parents sur l'acte de naissance étranger.

Si le père d'intention est aussi le père génétique de l'enfant, il peut reconnaître l'enfant dès que la paternité à l'égard d'un éventuel mari de la mère porteuse a été annulée. Son épouse qui, dans la plupart des cas, n'est pas la mère génétique doit adopter l'enfant.

Selon la situation juridique actuelle en Suisse, les partenaires de même sexe et les partenaires vivant en concubinat ne peuvent pas adopter l'enfant du père génétique. L'adoption de l'enfant du conjoint est réservée aux couples mariés. Le refus de reconnaissance a pour conséquence que l'enfant n'a qu'un seul parent juridique.

Si ni le père d'intention ni la mère d'intention n'ont un lien génétique avec l'enfant, ils doivent adopter l'enfant en commun. Cela présuppose également que les parents d'intention sont mariés. En outre, ils doivent remplir les conditions d'adoption. Si tel n'est pas le cas, l'enfant n'a juridiquement pas de parents.

Si l'enfant se trouve en Suisse avec ses parents d'intention, la question de la parentalité sera réglée par les autorités nationales. Si les parents d'intention se trouvent encore à l'étranger avec l'enfant, les droits parentaux doivent être réglés sur place dans la mesure du possible. L'autorisation d'entrée est refusée aux parents d'intention respectivement à l'enfant tant que cette question n'est pas clarifiée. Il est habituellement demandé que la mère porteuse et son mari soient inscrits en tant que parents "initiaux" sur l'acte de naissance et que cette inscription soit ensuite radiée par consentement donné après la naissance de l'enfant et jugement approprié. Dans une deuxième étape, le père génétique de l'enfant peut le reconnaître, ce qui lui donnera la possibilité d'entrer en Suisse.

3.3.4 Les questions particulières

3.3.4.1 Comment les droits de l'enfant sont-ils sauvegardés?

Dans de nombreux cas, il ne ressort pas de l'acte de naissance ni des circonstances extérieures qu'il s'agit d'une maternité de substitution. Dans un tel cas, le lien de filiation est reconnu et inscrit dans le registre de l'état civil. L'Etat n'a pas la possibilité d'intervenir pour protéger l'enfant car elle n'a tout simplement pas connaissance de la maternité de substitution.

Si l'autorité compétente remarque qu'il s'agit d'un cas de maternité de substitution, elle refuse la reconnaissance la filiation. Les droits de l'enfant seront ensuite sauvegardés par l'établissement de la filiation. La procédure de reconnaissance et/ou d'adoption qui en résulte assure que la maternité de substitution est documentée et que la biographie de l'enfant ne révèle pas de lacunes plus tard. Le processus d'adoption assure que les droits et les intérêts de l'enfant font l'objet d'un examen approfondi.

⁷⁵ RS 0.108.

Indépendamment du lien de filiation juridique, le principe de la protection des enfants est valable pour tous les enfants en Suisse. Si un enfant est en danger ou s'il existe un risque de danger, l'autorité de protection de l'enfant doit édicter des mesures de protection appropriées.

3.3.4.2 Comment le droit de l'enfant à connaître ses origines est-il garanti?

Etant donné que les parents d'intention doivent reconnaître respectivement adopter l'enfant, la maternité de substitution est documentée. La filiation avec la mère porteuse sera saisie dans une première étape dans le registre de l'état civil et annulée de manière analogue à l'adoption. L'enfant peut ainsi accéder ultérieurement aux données de sa filiation biologique. Si les parents choisissent une donneuse d'ovule connue, il leur incombe de conserver ces données et de les mettre à la disposition de l'enfant sur demande. En Suisse, contrairement au don de sperme, il n'existe pas de registre de don d'ovules. Si les parents choisissent une donneuse d'ovules anonyme, ils ôtent toute possibilité à l'enfant de connaître sa filiation génétique maternelle de manière irrévocable. Il en est de même en ce qui concerne la filiation paternelle si les parents d'intention choisissent un donneur de sperme anonyme à l'étranger.

3.3.4.3 Comment s'assure-t-on que l'enfant pourra entrer plus tard en contact avec sa mère porteuse?

L'enfant a le droit de connaître ses origines. Un droit de contacter n'est pas prévu dans la LPMA.

3.3.4.4 Comment est-il distingué juridiquement entre, d'une part, les enfants nés de l'implantation dans la mère porteuse d'un ovule fécondé et, d'autre part, ceux qui sont nés de la fécondation d'un ovule de la mère porteuse elle-même par le sperme du père?

Le fait que la mère porteuse soit ou ne soit pas la mère génétique de l'enfant ne change rien à la situation juridique en Suisse: la femme qui accouche est considérée comme la mère.

Si l'ovule n'est pas fécondé avec le sperme du père d'intention, il n'existe aucun lien génétique avec le père d'intention. Dans ce cas, il peut ne pas reconnaître l'enfant et les deux parents d'intention doivent adopter l'enfant. Si l'ovule a été fécondé avec le sperme du père d'intention, il est le père génétique de l'enfant. Il peut reconnaître l'enfant si une éventuelle paternité juridique existante, en particulier avec le mari de la mère porteuse, a été annulée.

3.3.4.5 Dans ce deuxième cas, quel est le statut juridique de la mère sociale par rapport à la mère porteuse?

Dans les deux cas, la femme qui a donné naissance à l'enfant est la mère de l'enfant. La mère d'intention doit adopter l'enfant dans chaque cas.

3.3.4.6 Quelle est la situation des couples qui vivent en concubinage et des couples de personnes de même sexe?

Si le spermatozoïde provient du père d'intention, il peut reconnaître l'enfant après l'annulation d'une éventuelle filiation juridique existante. La mère d'intention n'a cependant aucune possibilité d'établir un lien de filiation juridique. La reconnaissance par la mère n'existe pas en Suisse et l'adoption de l'enfant de son conjoint est actuellement réservée aux couples mariés. Une adoption commune est réservée aux couples mariés. Elle n'est pas ouverte aux couples vivant en concubinage et aux couples de même sexe.

Chez les couples de personnes de même sexe masculin, un père d'intention est généralement le père génétique de l'enfant et une reconnaissance est donc possible. Le second père d'intention n'a actuellement aucune possibilité d'établir un lien de filiation avec l'enfant.

Chez les couples de personnes de même sexe féminin, aucun cas de maternité de substitution n'est connu à ce jour. L'adoption de l'enfant de la conjointe est actuellement refusée à la partenaire de la mère. En Suisse, dans cette configuration, l'enfant n'a juridiquement qu'un parent.

3.4 Critique de la pratique actuelle par la doctrine

La pratique décrite sous le chiffre 3.3.2 est critiquée par une partie de la doctrine et la reconnaissance des actes de naissance étrangers des enfants issus de maternité de substitution est demandée⁷⁶. Cette critique est justifiée par les arguments suivants: une importance moins élevée devrait être attribuée à l'interdiction de la CF et au danger du tourisme de procréation par rapport au bien-être de l'enfant. Elle demande que les parents d'intention soient inscrits en tant que parents juridiques. Chaque enfant a droit à ses deux parents et ne doit pas être puni pour les actes des parents d'intention. En outre, il existe également le risque qu'aucune relation ne puisse être établie si l'adoption était refusée. Dans ce cas, l'enfant se trouverait sans parent et ne pourrait pas être enregistré. Les parents d'intention ne seraient pas obligés juridiquement de s'occuper de l'enfant et celui-ci perdrait le droit à l'entretien et le droit successoral. Si les parents d'intention ont eu recours à un don d'ovule anonyme, l'État ne pourrait pas compenser cette perte due au refus de l'inscription, c'est la raison pour laquelle le refus d'établir une filiation ne devrait pas être fondé sur ces motifs.

3.5 Evaluation de la pratique actuelle

Le Conseil fédéral est conscient que la pratique actuelle dont il est question au chiffre 3.3.2 n'est pas satisfaisante dans toutes les parties. Des semaines voire même des mois peuvent s'écouler jusqu'à ce que les droits parentaux soient réglés correctement. Il est donc possible que les parents d'intention suisses doivent attendre à l'étranger avec l'enfant né de maternité de substitution et ne puissent pas entrer en Suisse. Pendant cette période, l'enfant n'acquiert pas la nationalité des parents d'intention et n'est inscrit dans aucun registre. Il faut aussi se demander ce que cela signifierait si un enfant qui vit avec les parents d'intention n'est attribué juridiquement qu'à l'un des parents voire même à aucun des deux. Le parent d'intention qui n'est pas inscrit en tant que parent juridique n'a pas d'obligations

⁷⁶ Parmi d'autres Andrea Büchler/Nora Bertschi, Gewünschtes Kind, geliehene Mutter, zurückgewiesene Eltern?, Leihmutterchaft in den USA und die Anerkennung des Kindesverhältnisses in der Schweiz, FamPra 2013 33 ss avec d'autres références.

juridiquement contraignantes à l'égard de l'enfant. Si les parents d'intention se séparent, ce parent d'intention peut se soustraire à toute responsabilité à l'égard de l'enfant.

Indépendamment du fait que les parents d'intention se trouvent en Suisse ou à l'étranger avec l'enfant, il n'est guère possible de retirer l'enfant aux parents d'intention suisses et de le redonner à la mère porteuse à l'étranger - sans chercher à savoir si la mère porteuse reprendrait effectivement l'enfant. Le retrait de l'enfant aux parents d'intention en Suisse en vue d'une adoption ne devrait être envisagé que si l'enfant est exposé à un danger pressant et durable sous la garde des parents d'intention et que cette mesure est donc justifiée.

Ainsi, on se trouve face à une situation difficile à supporter: certains parents d'intention ne sont pas inscrits en tant que parents juridiques même s'ils assurent effectivement l'éducation de l'enfant. Ceci s'applique particulièrement aux couples vivant en concubinat et aux couples de même sexe mais aussi à d'autres personnes qui ne remplissent pas les conditions d'adoption.

Ces considérations plaident en faveur d'une reconnaissance du lien de filiation avec les parents d'intention.

Les autorités compétentes pour la reconnaissance se trouvent ainsi face à une pesée des intérêts délicate. L'interdiction constitutionnelle de la maternité de substitution parle a priori contre la reconnaissance du lien de filiation. Par contre, si elles s'orientent sur le bien-être de l'enfant, elles devraient s'efforcer de reconnaître la filiation ou de permettre son établissement.

Un enfant ne doit pas être puni pour les actes répréhensibles des autres, en particulier des parents d'intention⁷⁷. Dans le cas d'une reconnaissance du lien de filiation, les parents d'intention seraient en fait ainsi invités à contourner l'interdiction suisse du recours à la maternité de substitution. Si les parents d'intention savent qu'un lien de filiation est établi ou reconnu dès que l'enfant vit avec eux, l'interdiction perd inévitablement son effet. L'exploitation des mères porteuses dans les pays pauvres et le non-respect des droits de l'enfant seraient ainsi directement soutenus.

Pour évaluer la marge d'appréciation des autorités suisses compétentes pour la reconnaissance, il faut clarifier si elles sont en principe tenues, en vertu de l'art. 119 al. 2, let. d CF, de ne pas reconnaître les liens de filiation établis à l'étranger par le biais d'une maternité de substitution.

Il a été répondu de manière détaillée à ces questions dans l'avis qui accompagne le présent rapport. Pour conclure, il convient de relever ce qui suit:

1. La première phrase de l'article 119 al. 2 CF autorise la Confédération à légiférer dans le domaine de la médecine de procréation. La deuxième phrase définit la façon dont la Confédération doit gérer cette autorisation. La Constitution fixe ainsi les limites que le législateur doit respecter. Ces limites constituent d'une part l'idée de base de la protection de la dignité humaine, de la personnalité et de la famille et d'autre part les interdictions et les obligations les plus importantes qui doivent être transposées dans la législation (art. 119 al. 2 let. a - g). Parmi celles-ci, on cite l'interdiction de la maternité de substitution (art. 119 al. 2 d CF).

Comme l'art. 119 al. 2 CF ne s'exprime pas sur la procédure de procréation médicalement assistée à l'étranger, il faut supposer qu'il concerne exclusivement le règlement de telles procédures en Suisse. Le fait que certaines interdictions peuvent être contournées à l'étranger a été abordé dans le message et lors des débats

⁷⁷ Birgit Christensen (op.cit. note 1), p. 1.

parlementaires mais n'a pas été traduit dans la Constitution ou dans la loi. Aucune interdiction de prendre en considération les procédures de médecine de procréation effectuées à l'étranger ne découle du mandat législatif dans l'art. 119 al. 2 CF.

L'art. 119 al. 2 let. d CF n'est pas directement applicable à la reconnaissance des décisions ou des documents étrangers qui établissent un lien de filiation par le biais d'une maternité de substitution. Il en est de même en ce qui concerne l'art. 4 LPMA. Le champ d'application de la LPMA est également limité à la Suisse. Ni l'art. 119 al. 2 CF ni l'art. 4 LPMA ne contiennent une interdiction de reconnaître les liens de filiation établis à l'étranger par le biais d'une mère porteuse.

L'art. 119 al. 2 CF protège la dignité humaine et concrétise ainsi l'art. 7 CF qui prévoit en tant que norme fondamentale la protection de la dignité humaine dans l'ensemble de l'ordre juridique⁷⁸. Par conséquent, la reconnaissance d'un lien de filiation étranger peut être refusée s'il a été porté atteinte à la dignité de la mère porteuse ou de l'enfant. Il convient également de rappeler ici qu'il est difficile de protéger la dignité de la mère porteuse après la naissance. En outre, l'enfant ne doit pas être puni par des pertes de droit. Ces aspects doivent être pris en compte dans chaque cas individuel. Il ne peut donc pas résulter de manière générale de l'art. 7 en relation avec l'art. 119 al. 2 CF que chaque cas de maternité de substitution porte atteinte à la dignité de la mère porteuse ou de l'enfant.

Résultat: Les autorités suisses n'ont pas l'obligation, conformément à l'art. 119 al. 2, let. d CF, de refuser systématiquement les liens de filiation établis à l'étranger par le biais d'une mère porteuse. La protection de la dignité de l'enfant et/ou la mère porteuse peut parler en faveur d'une violation de l'ordre public et donc contre la reconnaissance d'un tel lien de filiation. Un tel lien de filiation peut être reconnu s'il est dans l'intérêt supérieur de l'enfant.

2. Par ailleurs, la question se pose de savoir si le refus de reconnaissance d'un tel lien de filiation serait compatible avec la Convention relative aux droits de l'enfant de l'ONU. La CDE fixe une norme minimale concernant les droits de l'enfant qui ne doit pas être dépassée par les Etats. La CDE s'intègre dans le système juridique suisse et est directement applicable lorsque la norme individuelle n'est pas suffisamment concrète et précise. Par contre, les normes qui constatent les grandes lignes et qui laissent une marge d'interprétation et de précision aux Etats ne sont pas directement applicables. Ces normes s'adressent au législateur qui doit les concrétiser dans l'ordre juridique national. Les normes énumérées ci-dessous sont directement applicables.

Le principe de base de la CDE est le bien-être de l'enfant (art. 3 al. 1 CDE):

«Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale».

Ce principe n'empêche pas de prendre d'autres intérêts en compte. En Allemagne, par exemple, selon la pratique actuelle, le principe *mater semper certa est* un principe absolu. Ainsi, l'Allemagne refuse aux enfants nés de maternité de substitution qui se trouvent à l'étranger, l'attribution juridique aux parents d'intention

⁷⁸ En ce qui concerne la dignité humaine dans le domaine de la médecine de procréation voir aussi Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine du 4 avril 1997; RS **0.810.2**.

allemands, l'octroi de la nationalité allemande et donc l'autorisation d'entrer en Allemagne. Il convient de noter que l'enfant est considéré en règle générale comme l'enfant de parents allemands dans le pays où il se trouve. Dans un cas extrême, cette interprétation peut conduire au fait qu'un enfant n'acquiert aucune nationalité et doit vivre dans des conditions précaires à l'étranger.

A titre d'exemple, on peut citer le cas d'un enfant qui vit en Inde avec sa mère d'intention allemande depuis le 5 octobre 2010. Le père d'intention, qui est également le père génétique, vit et travaille en Allemagne où il a intenté un procès. Jusqu'à présent, les parents d'intention ont reçu une décision négative de toutes les instances concernant la reconnaissance du lien de filiation. L'enfant vit maintenant depuis environ 3 ans en Inde. Sur la base des faits exposés, on peut douter qu'une telle procédure est dans l'intérêt de l'enfant. Il est impossible de savoir combien de temps cet enfant doit encore rester en Inde, comment il va vivre un éventuel déménagement et s'intégrer en Allemagne et comment la relation avec le père génétique va se développer.

Le Conseil fédéral est d'avis que la Suisse a l'obligation, conformément à la CDE, de tenir compte de tous les aspects lors de la pesée des intérêts. Parmi ces aspects, le bien-être de l'enfant figure en premier lieu et donc toutes les obligations y relatives comme la protection de l'enfant contre toutes formes d'abus et d'abandon (art. 19 CDE) ou le droit de chaque enfant à être enregistré à sa naissance, sans aucune discrimination (art. 7 CDE). Les aspects tels que la prévention de l'enlèvement, la vente ou la traite d'enfants à quelque fin que ce soit et sous quelque forme que ce soit (art. 35 CDE)⁷⁹ doivent également être pris en considération.

Un refus général de reconnaître un lien de filiation sans tenir compte du bien-être de l'enfant concerné viole l'art. 3 al. 1 de la CDE. L'État est tenu de protéger les enfants en tant que ses membres les plus faibles. Un enfant n'est pas responsable du fait qu'il est né d'une mère porteuse. Il n'est pas approprié d'accorder la priorité à un ordre juridique rigide et au détriment de l'enfant si cela ne s'avère pas nécessaire.

L'interdiction de la discrimination (art. 2 CDE) oblige les États membres à protéger les enfants contre toutes formes de discrimination⁸⁰. Un enfant ne doit notamment pas être discriminé en raison de sa naissance. Il y a discrimination lorsqu'une personne est traitée différemment d'une autre sans justification objective dans une situation comparable. Par conséquent, une inégalité de traitement doit être soigneusement justifiée et ne doit pas être contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant.

Résultat: un refus général de reconnaître un lien de filiation en raison d'une maternité de substitution peut violer l'interdiction de la discrimination et le bien-être de l'enfant. Cependant, le refus de reconnaître un lien de filiation établi par le biais d'une maternité de substitution peut dans un cas concret individuel être compatible avec les

⁷⁹ Cf. la remarque générale no 7/Rév. 1 du Comité des droits de l'enfant, CRC/C/GC7/Rév.1 du 20 septembre 2006, §§ 25 et 36 b/h; voir aussi la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée du 15 novembre 2000; RS **0.311.54**, et le protocole visant à prévenir, à réprimer et à punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, additionnel à la convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée du 15 novembre 2000; RS **0.311.542**, ainsi que la Convention relative à la lutte contre la traite des êtres humains du 16 mai 2005; RS **0.311.543**.

⁸⁰ Cf. aussi l'art. 24 pacte international relatif aux droits civils et politiques (Pacte II); RS **0.103.2**, et les remarques générales no 17 Comité des droits de l'homme sur le droit des enfants (art. 24) du 07.04.1989, ch. 5 et 8.

droits de l'enfant. Il convient d'analyser avec soin le bien-être de l'enfant et de le protéger le mieux possible⁸¹.

Conclusion: Un lien de filiation établi à l'étranger par le biais d'une mère porteuse ne s'oppose pas formellement à l'ordre public de la Suisse. S'il s'avère indispensable au bien-être de l'enfant, une reconnaissance respectivement l'établissement du lien de filiation doit être possible. Une telle reconnaissance ne constitue pas une discrimination des ressortissants suisses⁸² et est donc recevable sous cet aspect.

Dans un cas individuel, la prise en considération du bien-être de l'enfant peut également entraîner le refus de la reconnaissance d'un lien de filiation. Ce refus, dans l'intérêt de l'enfant, est conforme à la CDE.

Les autorités compétentes ne peuvent donc pas invoquer de manière générale et abstraite l'ordre public ou les intérêts de l'enfant pour refuser ou accepter la reconnaissance. Avec les bases légales actuelles, elles disposent de l'instrumentarium nécessaire pour analyser les intérêts dans chaque cas individuel.

Dans ce contexte, une différence devrait aussi être faite dans la pratique s'il existe uniquement un acte de naissance ou si la filiation a été constatée après la naissance par un tribunal judiciaire. Si un jugement après la naissance est disponible et qu'il se prononce sur l'aptitude des parents d'intention, qu'il indique les parents biologiques, génétiques et d'intention et qu'il contient les déclarations nécessaires, il devrait y avoir, du point de vue de l'enfant, peu d'éléments qui plaident en défaveur d'une reconnaissance.

3.6 Remarques finales de la partie juridique

3.6.1 Lien de filiation

Conformément à la doctrine dominante, le Conseil fédéral est d'avis que le bien-être de l'enfant est primordial si l'attribution juridique de la responsabilité parentale et ainsi la reconnaissance ou l'établissement du lien de filiation fait l'objet d'un examen.

Si les autorités compétentes accordent généralement plus d'importance à l'application de l'interdiction de la maternité de substitution qu'au bien-être de l'enfant, celui-ci n'est pas perçu et pris au sérieux en tant que sujet juridique à part entière mais instrumentalisé à des fins. Le refus de reconnaître un lien de filiation doit donc être examiné au cas par cas.

Toutefois, le Conseil fédéral tient à souligner que le lien de filiation qui a été établi par le biais d'une mère porteuse à l'étranger ne doit pas être reconnu avec une facilité excessive.

Il relève de la tâche des autorités compétentes pour la reconnaissance et des tribunaux en cas de recours de prendre en compte les intérêts de l'enfant et des autres parties concernées dans chaque cas concret.

Indépendamment des droits parentaux, l'autorité de protection de l'enfant est tenue et habilitée à prendre les mesures nécessaires pour protéger l'enfant lorsqu'il se trouve en danger. Le fait que la parentalité ne peut pas être attribuée aux deux ou à aucun des parents d'intention ne signifie pas que personne ne s'occupe de l'enfant. Si l'on soupçonne qu'il y a un danger, l'autorité de protection de l'enfant examine comment y remédier. Elle vérifie en premier lieu si les parents d'intention ont l'aptitude pour élever un enfant. En cas de doute, l'autorité de protection de l'enfant doit prendre les mesures nécessaires. Il peut s'agir de mesures d'accompagnement, de mesure de curatelle ou même de placement auprès de tiers

⁸¹ Voir l'expertise ci-jointe.

⁸² Voir l'expertise ci-jointe.

ou en vue d'adoption. A ce jour, le Conseil fédéral n'a connaissance que d'un seul cas où un enfant issu de maternité de substitution a été placé pendant un certain temps chez des tiers. Les parents d'intention ont été autorisés à le prendre en charge seulement après que les résultats de l'expertise ont permis de conclure qu'ils étaient en mesure de veiller à son éducation.

3.6.2 Documentation de la maternité de substitution

Quelle que soit la manière dont les droits parentaux sont réglés, le Conseil fédéral est d'avis que le droit de l'enfant à connaître sa filiation doit être garanti autant que possible.

De ce fait, les parents biologiques et génétiques, pour autant que les données soient disponibles, doivent être enregistrées, sans tenir compte des circonstances, qu'il s'agisse dans un cas concret d'une adoption ou d'une reconnaissance d'un lien de filiation étranger. Si les parents d'intention ont fait appel à une donneuse d'ovule, ce fait devrait être mentionné et documenté. L'Etat protège ainsi les intérêts de l'enfant en regard au droit à connaître sa filiation.

3.6.3 Cour européenne des droits de l'homme

La Cour européenne des droits de l'homme de Strasbourg est actuellement saisie de trois requêtes portant sur des refus de transcription ou de reconnaissance de certificats de naissance d'un enfant né d'une mère porteuse (Menesson et autres c. France (no 65192/11), Labassée et autres c. France (no 65941/11) et Paradiso et Campanelli c. Italie No 25358/12). L'issue de ces procédures n'est pas encore connue.

La Cour européenne des Droits de l'Homme s'est déjà exprimée à plusieurs reprises dans sa jurisprudence sur des aspects qui revêtent une certaine importance pour la maternité de substitution.

Le droit d'un couple, protégé par l'art. 8 CEDH, à concevoir un enfant et à faire appel aux techniques de procréation artificielle n'est pas violé par une interdiction générale de faire recours à un don d'ovules ou à un don de sperme pour la fécondation in vitro. Les Etats contractants ont une grande marge d'application dans la réglementation de la médecine de procréation en raison de l'absence de consensus paneuropéen, des questions controversées moralement et éthiquement et du développement dynamique de la médecine de procréation⁸³. Dans le cadre d'une fécondation in vitro, l'absence d'une possibilité de contrevenir au retrait du consentement du partenaire pour le stockage et l'utilisation des cellules germinales prélevées ne viole pas l'art. 8 CEDH⁸⁴.

Le droit de connaître sa propre filiation (art. 8 CEDH) peut être limité dans le contexte de l'adoption si les intérêts de la mère biologique et l'intérêt public l'emportent sur ceux de l'enfant⁸⁵. L'art. 8 CEDH ne garantit aucun droit à l'adoption. Si l'ordre juridique relevant du droit national prévoit un droit à l'adoption, ce droit doit être appliqué sans discrimination⁸⁶. L'irrecevabilité générale de l'adoption pour les personnes vivant en concubinat peut violer l'article 8 de la CEDH⁸⁷. La législation étatique qui empêche la reconnaissance des adop-

⁸³ Arrêt de la Grande chambre du 3 novembre 2011, no 57813/00, S.H. et autres contre l'Autriche.

⁸⁴ Arrêt de la Grande chambre du 10 avril 2007, no 6339/05, Evans contre le Royaume Unie.

⁸⁵ Arrêt de la Grande chambre du 13 février 2003, no 42326/98, Odièvre contre la France.

⁸⁶ Jugement du 22 janvier 2008, no 43546/02, E.B. contre la France.

⁸⁷ Jugement du 13 décembre 2007, no 39051/03, Emonet et autres contre la Suisse.

tions par des personnes non mariées sur la base d'un jugement étranger valable, peut violer l'art. 8 CEDH et l'art. 8 e.r. avec l'art. 14 CEDH⁸⁸.

La parenté biologique entre un parent et un enfant, sans qu'aucun autre facteur juridique ou effectif n'indique l'existence d'un lien étroit personnel ne suffit pas à assurer la protection de l'art. 8 CEDH. En général, la cohabitation des personnes concernées est une condition préalable pour des liens familiaux. Si les circonstances le justifient, la «vie de famille», doit toutefois aussi s'étendre à une relation potentielle qui peut se développer entre un enfant né hors mariage et son père biologique⁸⁹. Si l'existence d'un lien familial est démontré avec un enfant, l'Etat doit agir de telle sorte que la relation familiale puisse se développer et il doit prévoir des mesures de protection juridique qui garantissent l'appartenance de l'enfant à sa famille dès sa naissance ou dès que possible⁹⁰. L'Etat a l'obligation de prendre des mesures appropriées (*obligations positives*) afin de réunir les parents concernés et l'enfant⁹¹.

4 Etudes et projets de régulation au plan international

4.1 Remarque préliminaire

Des pertes de droit qui surviennent avant l'inscription de la filiation dans le registre de l'état civil ou avant l'entrée en Suisse ne peuvent pas être rétablies dans le cadre de la reconnaissance de la filiation. Ceux-ci surviennent à l'étranger, de sorte que l'intervention des autorités suisses n'est guère possible. Une protection effective ne peut être assurée que si les États concernés collaborent. Par conséquent, la Suisse s'engage à différents niveaux afin de faire face aux abus dans le futur. L'UE s'est également penché sur la question.

4.2 Conférence de La Haye

Avec le soutien de la Suisse, la Conférence de La Haye de droit international privé (HCCH)⁹² s'est saisie du sujet et a présenté un premier «Rapport préliminaire sur les problèmes découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international»⁹³ au Conseil sur les affaires générales et la politique de la HCCH d'avril 2012. Le Conseil a invité le Bureau permanent de la HCCH à poursuivre ses travaux, notamment en préparant et distribuant un questionnaire à ce sujet⁹⁴. Ce questionnaire a été envoyé aux Etats le 26 avril 2013 avec un délai de réponse au 1er août 2013. Les réponses devraient être disponibles sur le site internet de la Conférence de La Haye ainsi que c'est usuellement le cas. Un rapport final sera présenté au Conseil en avril 2014 afin que les Etats Membres de la Conférence de La Haye puissent débattre de la suite des travaux.

⁸⁸ Jugement du 28 juin 2007, no 76240/01, Wagner et J.M.W.L. contre le Luxembourg.

⁸⁹ Jugement du 21 décembre 2010, no 20578/07, Anayo contre l'Allemagne, § 56 ff.; voir aussi jugement du 17 janvier 2012, no 1598/06, Kopf et Liberda contre l'Autriche, §§ 34 ss. Concernant le lien familial entre les parents d'accueil et l'enfant d'accueil.

⁹⁰ Jugement du 27 octobre 1994, no 18535/91, Séries A 297-C, Kroon and Others v. The Netherlands, § 32.

⁹¹ Jugement du 24 février 2009, no 29768/05, Errico contre l'Italie, § 44.

⁹² Cf. la section spéciale sur le site internet de la Conférence de La Haye à propos des questions de droit international privé concernant le statut des enfants, notamment celles découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international, http://www.hcch.net/index_fr.php?act=text.display&tid=178, (26 août 2013).

⁹³ Document préliminaire de mars 2012, <http://www.hcch.net/upload/wop/gap2012pd10fr.pdf>, (26 août 2013).

⁹⁴ Conclusion et recommandation No 21 du Conseil sur les affaires générales et la politique, http://www.hcch.net/upload/wop/gap2012concl_fr.pdf, (26 août 2013).

Le Rapport préliminaire de la Conférence de La Haye propose quelques pistes de réflexion concernant des approches possibles d'un nouvel instrument relatif à la gestation pour autrui à caractère international. Une première approche possible serait de considérer la question dans le contexte plus large d'un instrument international complet concernant les aspects de droit international privé de l'établissement et de la contestation de la filiation juridique, incluant des règles de compétence, droit applicable, de reconnaissance et exécution de décisions. Ceci ne résout toutefois pas le problème de la clause habituelle de la réserve d'ordre public, qui est l'élément clé de la non-reconnaissance de la filiation dans des cas de gestation pour autrui.

Une autre approche serait l'établissement d'un cadre de coopération sur l'exemple de la Convention de La Haye de 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale. Plutôt que d'harmoniser les règles de droit international en la matière, un tel système de garanties minimum et de coopération lié à un principe de reconnaissance pourrait prévenir les abus en bannissant la filiation juridique « boiteuse » d'un enfant issu d'une convention de gestation pour autrui. Il convient de noter que la Commission spéciale de juin 2010 sur le fonctionnement pratique de la Convention de La Haye de 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale a indiqué, dans ses conclusions et recommandations⁹⁵, qu'elle « considère inappropriée l'utilisation de la Convention dans les cas de maternité de substitution à caractère international ».

4.3 Université d'Aberdeen

La Conférence de La Haye coopère avec l'Université d'Aberdeen qui mène une étude de deux ans sur le sujet des aspects de droit international privé des contrats de maternité de substitution dans la perspective d'une solution globale. Une conférence a été organisée à ce sujet en 2011 au cours de laquelle des experts de nombreux pays ont présenté des rapports nationaux à ce sujet. Ces rapports, ainsi qu'une analyse et proposition de régulation internationale, ont été publiés en mai 2013 sous la forme d'un livre⁹⁶.

4.4 Commission Internationale de l'État Civil

La Commission Internationale de l'État Civil (CIEC), organisation intergouvernementale composée de 17 Etats membres dont la Suisse, s'est également penchée sur la question. Elle a établi une note de synthèse⁹⁷ mise à jour en 2003 et un court rapport⁹⁸ en 2007 dans le cadre du 7^e Congrès de l'Association européenne des officiers de l'état civil. Cette note de synthèse est actuellement mise à jour par le Secrétariat général sur la base de questionnaires envoyés aux Etats membres.

4.5 Union européenne

Le Parlement européen a mandaté la London School of Economics avec une étude comparative du régime applicable à la maternité de substitution au sein des Etats membres

⁹⁵ http://www.hcch.net/upload/wop/adop2010concl_f.pdf, (26 août 2013).

⁹⁶ Hart Publishing 2013, édité par Katarina Trimmings et Paul Beaumont, <http://www.hartpub.co.uk/books/details.asp?isbn=9781849462808>, (26 août 2013).

⁹⁷ <http://www.ciec1.org/Documentation/NotePMA.pdf>, (26 août 2013).

⁹⁸ <http://www.ciec1.org/Documentation/EVS-Congres7-Gand-14-15mai2007-MeresPorteusesExposeCN-Francais.pdf>, (26 août 2013).

de l'UE.⁹⁹ Le rapport final est disponible en ligne¹⁰⁰. Le rapport détaille la problématique de la gestation pour autrui à travers trois volets: les données empiriques, les préoccupations d'éthique et de politique générale ainsi que les considérations légales.

Concernant les données empiriques, le rapport note que très peu de données et statistiques sont disponibles, mais qu'une nette augmentation des cas peut être constatée. Il est recommandé de mettre en place des systèmes de récoltes de données, en particulier dans les pays où la pratique est légale.

Le rapport note ensuite que la thématique soulève de nombreuses et variées préoccupations d'éthique et de politique générale, telles que des questions de structures de soin et d'accès aux soins, d'aspects financiers et de questions de genre. Le rapport suggère que de plus amples recherches soient menées à ce sujet, la priorité semblant être la protection des mères porteuses contre le risque d'exploitation.

Finalement, les considérations légales du rapport portent sur les modèles législatifs nationaux ainsi qu'une possible approche de l'Union européenne et/ou de droit international privé. Le rapport suggère qu'une approche globale semble nécessaire et plus appropriée dans ce domaine et qu'une attention particulière doit être portée aux divers travaux existants au plan international afin que l'Union européenne y soit représentée. Cette étude conclut de manière générale qu'il est impossible d'indiquer une tendance légale particulière qui se dégagerait à travers l'Union européenne. Toutefois, tous les Etats membres semblent s'accorder sur le besoin qu'un enfant ait un statut d'état civil et une filiation et parenté légale clairement définis.

4.6 Conseil de l'Europe

L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe s'est aussi penchée sur le thème de la maternité de substitution. La Commission des questions sociales, de la santé et de la famille a rédigé un rapport sur les accords de maternité de substitution en Europe et sur les aspects médicaux, sociaux, éthiques et juridiques à travers le monde - situation et perspectives¹⁰¹. Dans le cadre du comité des ministres, le projet d'une recommandation sur les droits et le statut juridique des enfants et sur la responsabilité parentale qui aura aussi pour thème la maternité de substitution sera discuté¹⁰².

5 Remarque finale

5.1 La situation actuelle

Avec la base juridique actuelle on se trouve en présence d'un instrumentaire qui permet de trouver une solution adéquate dans chaque cas concret en regard aux droits de l'enfant. Néanmoins, le phénomène de la maternité de substitution est irritant et pose des exigences élevées aux autorités.

⁹⁹ Le but est d'étudier les aspects juridiques de la maternité de substitution en analysant les différentes solutions nationales et d'évaluer si l'UE devrait adopter des règles uniformes à cet égard.

¹⁰⁰ Disponible uniquement en anglais sur le site du Parlement européen, <http://www.europarl.europa.eu/delegations/en/studiesdownload.html?languageDocument=EN&file=93673>, (26 août 2013).

¹⁰¹ CoE, Parliamentary Assembly, Social, Health and Family Affairs Committee, Surrogacy arrangements in Europe and worldwide Medical, social, ethical and legal aspects Situation and outlook, AS/Soc (2004) 18, 30 septembre 2004.

¹⁰² Draft recommendation on the rights and legal status of children and parental responsibilities.

Les parents d'intention qui ont déjà la garde de l'enfant issu d'une mère porteuse à l'étranger ou qui sont déjà en Suisse n'ont pas à craindre le retrait de l'enfant, à moins qu'il existe un danger pour l'enfant. La situation créée par les parents d'intention ne peut guère être changée. Les parents d'intention *décident* consciemment de créer cette situation et sont convaincus que l'enfant peut vivre avec eux même si les droits parentaux à l'égard des deux parents d'intention ne peuvent pas être réglés.

Etant donné que les autorités sont confrontées à un cas au plus tôt après la naissance de l'enfant, les intérêts de la mère porteuse ne peuvent plus être sauvegardés. Souffrance, exclusion sociale, douleur, stress, et risques de santé - aucune action en Suisse ne peut apporter une réparation rétroactivement.

La maternité de substitution n'est pas seulement un phénomène juridiquement difficile à saisir. Des personnes au bénéfice d'un bon niveau de formation et aisées ont recours aux services de mères porteuses à l'étranger tout en sachant que malgré la contre-prestation on ne peut pas parler de libre choix. La pauvreté dans les pays tels que l'Inde et l'Ukraine -, mais aussi des phénomènes de pauvreté, p.ex. aux USA - régissent l'offre de la maternité de substitution. L'inégalité des parties contractantes est évidente, tout comme le fait que la mère porteuse est livrée au personnel médical, aux organismes de médiation et pour finir aux parents d'intention. Ils devraient tous être conscients des risques de la grossesse et des problèmes de société auxquels les mères porteuses doivent faire face. Néanmoins, de plus en plus de personnes ont recours à de tels services.

Il n'incombe pas au Conseil fédéral de comparer la détresse et les angoisses des couples sans enfant avec la détresse et les angoisses des mères porteuses. L'infertilité peut être un énorme fardeau. Il est cependant une réalité que les mères porteuses agissent régulièrement par détresse économique.

Le Conseil fédéral ne peut pas contrôler si les mères porteuses reçoivent des soins médicaux, psychologiques et sociaux et un soutien adéquats à l'étranger et sont rémunérés équitablement. Par conséquent, les parents d'intention en assument l'entière responsabilité. On doute que tous les parents d'intention ont conscience de cette responsabilité et l'assume.

La même chose s'applique au droit de l'enfant à connaître sa propre filiation. La recherche sur l'adoption a démontré l'importance de connaître ses origines. Les parents d'intention se comportent de manière irresponsable et égoïste s'ils empêchent l'enfant de connaître sa filiation biologique ou génétique. Ce ne sont pas tous les enfants qui veulent savoir d'où ils viennent. Mais chaque enfant doit en avoir la possibilité. Tant qu'on ne disposera pas des instruments qui règlent la maternité de substitution sur le plan international et qui permettent d'arriver à un accord en ce qui concerne les intérêts, les parents d'intention sont invités à prendre les mesures appropriées et à recueillir les informations nécessaires. Comme l'indique l'expérience dans le domaine de l'adoption, il est également dans l'intérêt des parents d'informer les enfants dont l'origine est inhabituelle. Ils risquent un jour d'être rejetés par «leur» enfant et de rendre difficile le développement personnel de «leur» enfant.

Même si, dans certains cas, il existe des bases légales pour protéger les intérêts de l'enfant, la situation est globalement insatisfaisante. Les évolutions sociales et techniques obligent les autorités tenues d'appliquer le droit, à assimiler des faits à des lois qui n'étaient pas prévues initialement pour de tels cas. Sur la base de l'ordre juridique existant, l'autorité parentale ne peut être attribuée qu'à des personnes qui ont un lien de filiation avec l'enfant. La reconnaissance n'est possible que par le père génétique. Dans la doctrine juridique, on se penche sur la question de savoir si le droit pourrait être formulé différemment sur ces points

et de quelle manière¹⁰³. Le but de cette réflexion est de renforcer la parentalité sociale, sans compromettre le droit à connaître sa propre filiation. L'avenir montrera si cette dissociation entre la filiation et l'autorité parentale est conseillée.

Enfin, il est important de souligner l'importance pour l'enfant à connaître sa propre filiation. On doit également prendre en compte qu'en raison du fait de la présomption de paternité fondée sur le mariage et de la reconnaissance de l'enfant, de nombreux pères juridiques ne sont pas les pères génétiques. Par contre, le principe s'appliquant aux femmes *mater semper certa est* reste un principe absolu.

Est-ce que ces contradictions sont encore actuelles? Sur quelle base doit s'orienter le droit de la famille? Sur la filiation biologique ou génétique? Sur le bien-être de l'enfant? Sur l'institution du mariage? Quelle importance a la parentalité sociale, doit-elle être ancrée dans la loi? Ces questions ainsi que d'autres sont étroitement liées à la médecine de procréation et ainsi à la maternité de substitution. Elles se rapportent au droit de la famille et dépasse l'objet du présent rapport. Elles doivent donc être traitées dans un autre cadre¹⁰⁴.

5.2 Possibilités de champs d'action

Une discussion approfondie sur le phénomène de la maternité de substitution, comme l'exige l'auteur du postulat, doit également inclure la question de savoir si des mesures doivent être envisagées à l'encontre des parents d'intention résidant en Suisse. Au niveau du droit actuel, ils contournent la législation suisse et se font assurer par des contrats des prestations qu'ils ne peuvent obtenir que par l'exploitation de la pauvreté qui sévit dans des pays lointains. En outre, dans de nombreux cas, ils ôtent le droit de l'enfant à connaître ses origines.

On pourrait examiner la possibilité de menacer de peine les parents d'intention, même si la conclusion du contrat de maternité de substitution, la conception, la grossesse et l'accouchement n'ont pas eu lieu sur le territoire suisse. Cependant, on peut se demander si une punissabilité des parents d'intention n'aurait pas plutôt un caractère symbolique étant donné les difficultés que l'on pourrait rencontrer en vue de l'élucidation des faits qui, en majeure partie, ont lieu à l'étranger. En outre, des poursuites pénales et une condamnation des parents d'intention pourraient compromettre le bien-être de l'enfant.

Une autre possibilité serait de mener une campagne de sensibilisation pour informer la population et de faire appel à la responsabilité des parents d'intention.

Indépendamment de l'établissement de la filiation, les questions de savoir quelles personnes devraient avoir accès à des procédures de médecine de procréation ont été soulevées. Le Conseil fédéral prend acte que la Commission nationale d'éthique a pris entretemps cette discussion en charge¹⁰⁵.

Comme mentionné précédemment, le retrait de l'enfant ne devrait pas être une option courante ni à l'étranger ni en Suisse. Le retrait à l'étranger est illusoire. Pour les autorités locales, les parents d'intention sont considérés comme les parents juridiques de l'enfant. S'il n'y a pas d'enlèvement d'enfant ou de danger pour l'enfant, il n'y a pas lieu pour elles d'intervenir.

¹⁰³ Cf. à ce sujet Martina Rusch, *Rechtliche Elternschaft, Rechtsvergleich und Reformvorschlag für die Schweiz*, Bern 2009 und Andrea Büchler, *Sag mir, wer die Eltern sind. Konzeptionen rechtlicher Elternschaft im Spannungsfeld genetischer Gewissheit und sozialer Geborgenheit*: PJA, 2004, page 1175.

¹⁰⁴ Postulat 12.3607 Fehr, Pour un droit de la famille moderne et cohérent du 15 juin 2012.

¹⁰⁵ <http://www.bag.admin.ch/nek-cne/06128/index.html?lang=fr>, (26 août 2013).

Annexe

Expertise du 15 mai 2013 de l'Office fédéral de la Justice, Domaine de direction Droit public, Unité Législation I



Constitutionnalité et conformité à la Convention sur la protection des droits de l'enfant de la reconnaissance de décisions étrangères établissant la filiation d'un enfant né par maternité de substitution

Questions:

- 1) Découle-t-il de l'art. 119 al. 2 let. d Cst. l'obligation de ne pas reconnaître des décisions étrangères établissant la filiation d'un enfant né par maternité de substitution?
- 2) Un refus de la reconnaissance d'une décision étrangère établissant la filiation d'un enfant né par maternité de substitution serait-elle compatible avec les art. 2, 3 al. 1 et 2, et 7 de la Convention relative aux droits de l'enfant?
- 3) La reconnaissance d'une décision étrangère établissant la filiation d'un enfant né par maternité de substitution constituerait-elle une discrimination à rebours?

Résumé des réponses:

1. La prohibition de la maternité de substitution par l'art. 119 al. 2 Cst. ne s'applique pas directement à la reconnaissance de décisions étrangères en matière de filiation. Elle peut s'appliquer indirectement au travers de l'art. 7 Cst. lorsque la reconnaissance de décisions étrangères en matière de filiation fondée sur un contrat de maternité de substitution porterait atteinte à l'obligation de protection de la dignité humaine, en particulier celle de l'enfant.

2. Le refus de la reconnaissance de décisions étrangères en matière de filiation d'enfants né d'une maternité de substitution peut être conforme aux art. 2, 3 et 7 de la Convention sur la protection des droits de l'enfant. On peut toutefois envisager différentes constellations dans lesquelles un tel refus violerait ces dispositions.

3. La reconnaissance de décisions étrangères en matière de filiation d'enfants nés d'une maternité de substitution n'entraînerait pas une discrimination à rebours prohibée par la Constitution.

Table des matières

1	Introduction	3
2	Applicabilité de l'art. 119 Cst. à la reconnaissance de décisions étrangères sur la filiation.....	3
2.1	Historique	3
2.2	Notion de maternité de substitution.....	4
2.3	Buts de la prohibition de la maternité de substitution	5
2.4	L'art. 119 al. 2, 2e phrase, Cst. comme cadre à un mandat législatif.....	6
2.5	Applicabilité directe de l'art. 119 al. 2 let. d Cst. ?.....	7
2.6	Applicabilité de l'art. 119 al. 2 let. d Cst. au-delà du domaine de la procréation médicalement assistée?	8
2.7	La maternité de substitution comme atteinte à la dignité humaine?	9
2.8	Conclusion	11
3	Compatibilité d'un refus de reconnaissance avec les art. 2, 3 al. 1 et 2, et 7 de la Convention relative aux droits de l'enfant (CDE)	12
3.1	Généralités.....	12
3.2	Art. 2 CDE : le droit à la non-discrimination.....	12
3.3	Art. 3 al. 1 CDE : l'intérêt de l'enfant	14
3.4	Art. 3 al. 2 CDE : devoir de protection de l'État	16
3.5	Art. 7 CDE: droits spécifiques de l'enfant.....	17
3.5.1	Droit à l'enregistrement et à un nom	17
3.5.2	Droit à l'acquisition d'une nationalité	18
3.5.3	Droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux.....	19
4	Discrimination à rebours en cas de reconnaissance de la filiation d'un enfant né d'une maternité de substitution?	20

1 Introduction

La reconnaissance de décisions administratives ou judiciaires étrangères en matière de filiation est régie par la loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP, RS 291). Celle-ci définit notamment aux art. 25 ss et à l'art. 70 les conditions auxquelles les décisions étrangères relatives à la constatation de la filiation sont reconnues en Suisse, notamment les conditions relatives à la compétence. L'art. 27 al. 1 LDIP exclut la reconnaissance d'une décision étrangère si celle-ci est manifestement incompatible avec l'ordre public suisse.

Pour l'objet du présent examen, nous partons de l'hypothèse qu'une décision étrangère qui a constaté la filiation avec ses parents commanditaires d'un enfant né dans le cadre d'une maternité de substitution remplit les conditions formelles de reconnaissance. Il ne nous appartient pas de nous prononcer abstraitement sur la question relevant du droit international privé de savoir si l'interdiction de la maternité de substitution prévue en droit suisse peut être assimilée à l'ordre public suisse au sens de l'art. 27 al. 1 LDIP. Au regard des questions qui nous ont été posées, notre champ d'examen a pour objet de déterminer d'une part si le droit constitutionnel suisse oblige à interdire la maternité de substitution y compris dans le cadre de la procédure de reconnaissance de décisions étrangères relatives à la filiation et d'autre part si la Convention sur la protection des droits de l'enfant interdit le refus de la reconnaissance de décisions étrangères en matière de filiation suite à une maternité de substitution.

Il faut relever que la problématique de la reconnaissance d'une décision étrangère constatant un lien de filiation établi au moyen d'une maternité de substitution peut se présenter dans des contextes très variables. Il peut s'agir d'une décision étrangère rendue à propos de parents résidents en Suisse qui auraient eu recours à la maternité par substitution à l'étranger. Il peut toutefois s'agir aussi d'une décision étrangère concernant des personnes qui avaient toutes alors leur résidence habituelle ou leur domicile à l'étranger et qui peuvent être de nationalité suisse ou étrangère. La décision étrangère concernée peut avoir été rendue par une autorité de l'État dans lequel la maternité par substitution s'est déroulée conformément au droit de cet État (par ex. en Ukraine ou dans certains États américains). La décision étrangère peut aussi avoir été rendue par une autorité d'un État qui ne permet pas la pratique de la maternité de substitution sur son territoire, mais qui reconnaît le lien de filiation établi par maternité de substitution dans un État tiers.

2 Applicabilité de l'art. 119 Cst. à la reconnaissance de décisions étrangères sur la filiation

2.1 Historique

L'art. 119 Cst. est issu de l'art. 24^{novies} de la Constitution de 1874. Cet art. 24^{novies} aCst. était un contre-projet à une initiative populaire dite du Beobachter «contre l'application abusive des techniques de reproduction et de manipulation génétique à l'espèce humaine». Alors que le Conseil fédéral avait proposé comme contre-projet une disposition se limitant pour l'essentiel à attribuer des compétences législatives à la Confédération, en particulier en matière de maternité de substitution¹, le parlement

¹ Message du 18 septembre 1989, FF 1989 III 945, 969.

a opté pour une réglementation qui donne un mandat au législateur fédéral tout en fixant certains principes clairs et précis («durchformuliert»)². Ces principes devaient énoncer les points qui, selon la conviction générale, ne sauraient être permis³. Ils avaient aussi pour fonction de garantir un certain nombre de valeurs fondamentales⁴. En particulier, il y avait unanimité que toute forme de maternité de substitution devait être interdite⁵. L'art. 24^{novies} aCst. a été adopté le 17 mai 1992. Concernant la maternité par substitution, il avait la teneur suivante:

² La Confédération édicte des prescriptions concernant l'utilisation du patrimoine germinal et génétique humain. Elle veille par là à assurer la protection de la dignité humaine, de la personnalité et de la famille et se conformera notamment aux principes suivants:

d. Le don d'embryons et toutes les formes de maternité de substitution sont interdits;

Dans le cadre de la révision totale de la Constitution fédérale, les dispositions de l'art. 24^{novies} aCst. relatives à la procréation médicalement assistée et au génie génétique dans le domaine humain ont été reprises de manière presque littérale à l'art. 119 Cst. Les dispositions pertinentes de l'art. 119 Cst. ont la teneur suivante:

Art. 119 Procréation médicalement assistée et génie génétique dans le domaine humain

¹ L'être humain doit être protégé contre les abus en matière de procréation médicalement assistée et de génie génétique.

² La Confédération légifère sur l'utilisation du patrimoine germinal et génétique humain. Ce faisant, elle veille à assurer la protection de la dignité humaine, de la personnalité et de la famille et respecte notamment les principes suivants:

d. le don d'embryons et toutes les formes de maternité de substitution sont interdits;

Cette disposition est concrétisée par la loi fédérale du 18 décembre 1998 sur la procréation médicalement assistée (RS 810.11, LPMA) qui prévoit à son art. 4 que la maternité par substitution est interdite au même titre que le don d'ovule ou d'embryon. Quant à l'art. 31 LPMA il sanctionne pénalement l'application d'une méthode de procréation médicalement assistée à une mère de substitution ainsi que la fonction d'intermédiaire à une maternité de substitution. Le fait d'utiliser des ovules provenant de dons, de développer un embryon conçu à la fois au moyen d'un ovule et de spermatozoïdes provenant d'un don ou de transférer à une femme un embryon provenant d'un don constitue une contravention (art. 37 let. c LPMA).

2.2 Notion de maternité de substitution

Selon l'art. 2 let. k LPMA, une mère de substitution est «une femme qui accepte de porter un enfant conçu au moyen d'une méthode de procréation médicalement assistée et de le remettre définitivement à des tiers après l'accouchement».

² Piller, rapporteur (BO 1990 E 478).

³ Conseiller fédéral Koller (BO 1989 E 487).

⁴ Conseiller fédéral Koller (BO 1991 N 598).

⁵ Conseiller fédéral Koller (BO 1991 N 598).

Le rapport du 19 août 1988 de la Commission d'expert Amstad chargée d'étudier les questions relatives à la procréation assistée et au génie génétique appliqué à l'homme définissait la notion de mère de substitution comme suit:

«La mère de substitution est la personne qui se charge de porter l'enfant d'un couple dont la femme ne peut mener une grossesse à terme, en raison, par exemple, d'une malformation de l'utérus provoquant un risque accru d'avortement. En général, la mère de substitution est inséminée artificiellement au moyen du sperme du futur père. On peut aussi pratiquer la FIV au moyen des gamètes du couple, puis transférer l'embryon ainsi obtenu dans l'utérus de la mère de substitution. Le rôle de la mère de substitution est de mener la grossesse à terme, puis de remettre l'enfant au couple qui l'en a chargée.»⁶

La maternité par substitution au sens de la LPMA implique d'une part le recours à une méthode de procréation médicalement assistée — c'est-à-dire une méthode permettant d'induire une grossesse en dehors de l'union naturelle de l'homme et de la femme, en particulier l'insémination, la fécondation in vitro avec transfert d'embryons et le transfert de gamètes (art. 2 let. a LPMA) — et d'autre part la remise définitive de l'enfant à des «tiers» après l'accouchement.

Suivant la méthode de procréation médicalement assistée utilisée, on distingue usuellement deux formes de maternité de substitution. La première est celle où la mère porteuse est aussi mère génétique, parce que l'un de ses ovules a été inséminé artificiellement par le sperme d'un tiers, usuellement le père auquel l'enfant sera ultérieurement remis (ci-après père commanditaire). L'autre forme est celle où la mère qui porte l'enfant et le met au monde est distincte de la mère génétique, ce qui est le cas lorsqu'un ovule provenant d'un tiers est imprégné in vitro avant d'être implanté dans l'utérus de la mère de substitution. Dans une telle forme, la mère biologique dont l'ovule fécondé provient peut être de la personne à laquelle l'enfant sera ultérieurement remis (ci-après mère commanditaire) ou une tierce personne. Les parents commanditaires peuvent ainsi être les parents génétiques (appelés aussi parents biologiques) ou n'avoir aucun lien génétique avec l'enfant, avec toutes les combinaisons intermédiaires imaginables.

2.3 Buts de la prohibition de la maternité de substitution

Selon les travaux préparatoires et la doctrine, la prohibition de la maternité de substitution poursuit les buts suivants:

- Protection de la dignité de la mère porteuse:
 - La maternité de substitution ravale la mère de substitution au rang d'un objet, en instrumentalisant et en utilisant financièrement son aptitude à enfanter⁷.
 - La maternité de substitution expose la mère porteuse à un conflit entre le lien psychique qui la lie à son enfant et l'engagement qu'elle a pris envers les parents sociaux⁸.

⁶ FF 1989 III 1002.

⁷ Message relatif à la LPMA, FF 1996 III 273; R.J. Schweizer, Art. 24^{novies} n° 85 in: Kommentar der Bundesverfassung vom 29 Mai 1874.

- Il est inadmissible que la mère de substitution puisse, durant sa grossesse, être liée, quant à son mode de vie, par les directives du couple qui l'a mandatée⁹.
- Protection de la dignité de l'enfant à naître: la maternité de substitution réduit l'enfant à une marchandise qui peut être commandée à des tiers¹⁰.
- Protection de l'intérêt de l'enfant:
 - Éviter que l'enfant soit l'objet de conflits entre la mère de substitution et les parents commanditaires sur les liens entre l'enfant et la mère de substitution après la naissance (sur l'attribution du lien de parenté, maintien du lien affectif, etc.), notamment dans l'hypothèse où les parents commanditaires ne souhaitent plus accueillir l'enfant¹¹.
 - Éviter les problèmes de constitution de l'identité de l'enfant liés à la distinction entre les parents biologiques des parents juridiques ou sociaux¹².

2.4 L'art. 119 al. 2, 2e phrase, Cst. comme cadre à un mandat législatif

La première phrase de l'art. 119 al. 2 Cst. attribue à la Confédération la compétence et le mandat de légiférer dans le domaine de la procréation médicalement assistée et du génie génétique. La seconde phrase de l'art. 119 al. 2 Cst. régit la manière dont la Confédération doit utiliser cette compétence législative (cf. «ce faisant», «dabei», «in tale ambito»). Elle fixe donc des directives matérielles¹³ pour la législation dans le domaine de la procréation médicalement assistée et du génie génétique. Ces directives matérielles sont de deux ordres. Il y a d'abord l'énonciation de devoirs de protection¹⁴: la Confédération doit veiller à assurer la protection de la dignité humaine, de la personnalité et de la famille. Il y a ensuite un certain nombre de principes qui prennent principalement la forme d'interdictions, mais aussi de prescriptions positives. Ces directives matérielles ont été mises en œuvre dans le cadre de la LPMA.

Dans la mesure où l'art. 119 al. 2 Cst. ne vise pas explicitement aussi la procréation médicalement assistée qui se déroule à l'étranger, il faut partir du principe selon lequel le mandat législatif qu'il impose a pour vocation primaire de régler l'usage de la procréation médicalement assistée sur le territoire suisse. D'ailleurs, le risque que l'interdiction de certaines méthodes de procréation médicalement assistée soit dé-

⁸ Message relatif à la LPMA, FF 1996 III 273; Rapport de la Commission d'expert Amstad, FF 1989 III 1075.

⁹ Rapport de la Commission d'expert Amstad, FF 1989 III 1075.

¹⁰ Message relatif à la LPMA, FF 1996 III 273.

¹¹ B. Rüttsche, Rechte von Ungeborenen auf Leben und Integrität, 2009, p. 526 s.; R.J. Schweizer, Art. 24^{novies} n° 85 in: Kommentar der Bundesverfassung vom 29 Mai 1874.

¹² R.J. Schweizer, Art. 24^{novies} n° 85 in: Kommentar der Bundesverfassung vom 29 Mai 1874; O. Peisard, La dignité humaine dans le droit suisse et international relatif au génie génétique : essai d'interprétation, Fribourg 2008, p. 125 (cet auteur rattache la protection de la constitution de l'identité de l'enfant à sa dignité humaine).

¹³ J-F Aubert, Art. 119 n° 11, in Aubert/Mahon, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, 2003.

¹⁴ R. Reusser/R.J. Schweizer, Art.119 n° 41 ss.in: St Galler BV-Kommentar.

ournée par un traitement à l'étranger avait été admis lors des débats parlementaires sur l'art. 24^{novies} aCst.¹⁵ Cela ne signifie pas que le législateur fédéral serait incompétent pour régler les effets transfrontaliers de la procréation médicalement assistée, mais l'art. 119 al. 2 Cst. ne l'oblige pas à régler aussi cette question. On ne peut donc pas déduire du mandat législatif de l'art. 119 al. 2 Cst. que le législateur fédéral est tenu de prohiber aussi toute forme de la maternité de substitution qui se déroulerait en dehors du territoire suisse concernant des personnes ayant un lien avec la Suisse.

2.5 Applicabilité directe de l'art. 119 al. 2 let. d Cst.?

Certains auteurs soutiennent que les principes figurant à l'art. 119 al. 2 Cst., tels que l'interdiction de la maternité de substitution, sont en partie directement applicables¹⁶. Avant que la LPMA qui concrétise ces principes ne soit entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2001, l'applicabilité directe signifiait que les principes étaient suffisamment précis pour pouvoir être mis en œuvre par les tribunaux.

S'agissant de l'art. 119 al. 2 let. g Cst. qui énonce le principe que «toute personne a accès aux données relatives à son ascendance», le Tribunal fédéral en avait déduit en 1999 — en relation avec l'art. 7 al. 1 de la Convention relative aux droits de l'enfant (CDE) qui énonce le «droit de connaître ses parents»¹⁷ — que l'enfant issu d'une procréation médicalement assistée a le droit de connaître son ascendance, ce qui comprend le droit d'accéder aux données y relatives¹⁸. Le Tribunal fédéral n'a toutefois pas déterminé si ce droit découlait de l'art. 7 al. 1 CDE ou s'il reposait directement sur l'art. 119 al. 2 let. g Cst.¹⁹ Dans la mesure où, comme nous le verrons, la jurisprudence ultérieure a fondé le droit de connaître son ascendance sur l'art. 13 Cst., l'applicabilité directe de l'art. 119 al. 2 let. g Cst. reste essentiellement théorique.

S'agissant de la prohibition de la maternité de substitution, la question de l'applicabilité directe aurait pu se poser avant l'entrée en vigueur de la LPMA puisque certains cantons interdisaient uniquement certaines modalités d'application de la maternité de substitution²⁰. Dans le champ d'application de la LPMA, la prohibition de la maternité de substitution par l'art. 4 LPMA rend obsolète la question de l'applicabilité directe de l'art. 119 al. 2 let. d Cst.

La LPMA ne régit pas expressément son champ d'application territorial. Conformément au principe selon lequel le droit public a pour vocation de s'appliquer sur le territoire de l'État qui l'a édicté, il en découle que la LPMA ne règle pas l'usage de la procréation médicalement assistée à l'étranger, y compris pour les personnes qui

¹⁵ BO 1991 N 605. Message relatif à la LPMA, FF 1996 III 224.

¹⁶ R. Reusser/R.J. Schweizer, Art. 119, n° 18, in: St Galler BV-Kommentar, 2e éd., 2008; R.J. Schweizer, Art. 24^{novies} n° 42 in: Kommentar der Bundesverfassung vom 29 Mai 1874; G. Biaggini, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Art. 119 n°10.

¹⁷ Cf. à ce sujet infra ch. 3.5.3.

¹⁸ ATF 125 I 257 consid. 3.c.bb p. 262 du 24 juin 1999.

¹⁹ ATF 125 I 257 consid. 3.c.bb p. 262. On relèvera à cet égard que le régeste de cet arrêt ne mentionne pas l'art. 119 al. 2 Cst. parmi les bases juridiques déterminantes.

²⁰ BS: interdiction de la maternité de substitution contre rémunération; BL: interdiction de la maternité de substitution organisée. A ce sujet: M. Ben-Am, Gespaltene Mutterschaft, 1998, thèse, p. 87 s.

résident en Suisse ou qui sont de nationalité suisse. Comme il ressort des travaux préparatoires à l'art. 24^{novies} Cst. et à la LPMA que le parlement était conscient que les restrictions apportées à l'usage des techniques de procréation médicalement assistée pouvaient être détournées par un traitement à l'étranger²¹, il faut en déduire que le constituant et le législateur n'envisageaient pas que les prohibitions de l'art. 24^{novies} Cst. puissent s'appliquer directement à des actes accomplis à l'étranger. Ce raisonnement vaut aussi à l'égard de l'art. 119 al. 2 Cst.

2.6 Applicabilité de l'art. 119 al. 2 let. d Cst. au-delà du domaine de la procréation médicalement assistée?

La question de l'applicabilité de l'art. 119 al. 2 Cst. au-delà du domaine législatif de la procréation médicalement assistée et du génie génétique s'est principalement posée en relation avec le principe de l'accès aux données relatives à son ascendance. Selon le message du 26 juin 1996 relatif à la LPMA, il découle de la Constitution que l'enfant adopté a un droit inconditionnel à la communication d'un extrait de registre concernant ses parents naturels (FF 1996 III 265 s.). Le message ne se référait toutefois pas explicitement sur ce point à l'art. 119 al. 2 let. g Cst. Si le Tribunal fédéral a confirmé en 2002 que l'enfant adopté avait un droit constitutionnel à connaître ses parents, il ne l'a pas déduit de l'art. 119 al. 2 Cst., mais il l'a traité comme un aspect du droit constitutionnel à la protection de la personnalité, respectivement à la liberté personnelle (art. 10 Cst.)²². En 2008, le Tribunal fédéral a rattaché le droit de chaque enfant à connaître son ascendance (y compris pour les enfants nés pendant le mariage) au droit au respect de la vie privée, donc à l'art. 13 Cst.²³ Même si une partie de la doctrine continue à analyser l'art. 119 al. 2 let. g Cst. comme conférant un droit fondamental propre²⁴, une autre partie soutient que le fondement du droit à la connaissance de son ascendance se situe en dehors de l'art. 119 al. 2 Cst. et que la fonction de l'art. 119 al. 2 let. g Cst. est ainsi de procéder à une pesée des intérêts entre le droit constitutionnel de l'enfant à l'accès aux données relatives à son ascendance et le droit constitutionnel d'un tiers donneur de sperme à garder l'anonymat²⁵, deux droits garantis par l'art. 13 Cst.

Déjà avant l'entrée en vigueur de l'art. 24^{novies} aCst., le contrat par lequel la mère de substitution s'engage à remettre l'enfant aux parents cocontractants après sa nais-

²¹ BO 1991 N 605. Le souci de ne pas forcer les couples à recourir à la procréation médicalement assistée à l'étranger a été un des motifs invoqués à l'encontre d'une initiative populaire qui visait à ajouter à l'art. 24^{novies} aCst. une interdiction de certaines formes particulières de procréation médicalement assistée (FF 1996 III 224).

²² ATF 128 I 63, consid. 5 p. 77. Actuellement cette question est réglée à l'art. 268c CC.

²³ ATF 134 III 241, consid. 5.2.2 p. 244.

²⁴ R. Reusser/R.J. Schweizer, St Galler BV-Kommentar zu Art. 119 n° 13 ss

²⁵ G. Biaggini, BV-Kommentar, Art. 119 n°19; A. Ph. Leukart, Die praktischen Konsequenzen des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung - Welche Fälle verlangen ein Umdenken im schweizerischen Familienrecht?, AJP 2009 p. 584; cf. aussi J-F Aubert, Art. 119 n°26, in Aubert/Mahon, op. cit., même si cet auteur en déduit dans une note de bas de page que l'enfant tire ainsi de la Constitution un droit fondamental.

sance était considéré par la doctrine unanime comme nul en droit suisse²⁶. Il en allait de même pour les contrats de mandats ou les contrats médicaux relatifs à la mise en œuvre de la maternité de substitution²⁷. Ce n'est donc pas de la prohibition de la maternité de substitution par l'art. 119 al. 2 let. d Cst. que découlent ces conséquences juridiques; tout au plus, la prohibition constitutionnelle confirmerait ce résultat. A cela s'ajoute que la prohibition constitutionnelle n'aurait, au moins selon une partie de la doctrine²⁸, pas pour conséquence d'exclure l'admissibilité juridique de la réalisation du but de la maternité de substitution au travers d'un contrat de placement de l'enfant auprès des parents commanditaires comme parents nourriciers ainsi que d'une adoption ultérieure de l'enfant par les parents commanditaires, si ces actes s'avéraient être dans l'intérêt de l'enfant²⁹. Il en découle que la prohibition de la maternité de substitution par l'art. 119 al. 2 let. d Cst. n'a pas une portée générale au-delà du domaine de la procréation médicalement assistée. Elle ne s'applique donc pas directement à la reconnaissance d'une décision établissant la filiation entre un enfant et ses parents commanditaires, puisque ces questions relèvent du droit de la famille.

2.7 La maternité de substitution comme atteinte à la dignité humaine?

Dans un avis de droit du 17 novembre 1995, nous avons estimé que les prescriptions des lettres a à g de l'art. 24^{novies} al. 2 aCst. devaient être comprises comme la concrétisation du principe de la dignité humaine³⁰. En effet, l'art. 24^{novies} al. 2 aCst. et l'art. 119 al. 2 Cst. posent comme principe que le législateur fédéral doit, en réglant l'utilisation du patrimoine germinal et génétique humain, veiller à assurer la protection de la dignité humaine, de la personnalité et de la famille. Cette corrélation entre les prohibitions de l'art. 119 al. 2 Cst. et la protection de la dignité humaine a été cependant relativisée dans un avis de droit du 22 juin 2004 portant sur le commerce de produits résultant d'embryons: en effet, la question de savoir si l'interdiction de ce commerce à l'art. 119 al. 2 let. e Cst. visait à protéger la dignité humaine a été laissée ouverte³¹.

En l'espèce, nous avons vu que les travaux préparatoires et la doctrine attribuent à la prohibition de la maternité de substitution notamment les buts de protéger la dignité de la mère porteuse et celle de l'enfant à naître³². Si l'on reconnaît à la prohibition de la maternité de substitution une telle portée de concrétisation de la dignité humaine, alors il découle de l'art. 7 Cst. – qui oblige à respecter et à protéger la dignité huma-

²⁶ Rapport de la Commission d'expert Amstad susmentionné (FF 1989 III 1075); Th. Jäggi et P. Widmer, *Der Leihmutterschaftsvertrag*, In: *Innominatverträge : Festgabe zum 60. Geburtstag von Walter R. Schlupe*, Zürich, 1988, p. 61, 73 s. avec d'autres références.

²⁷ Th. Jäggi et P. Widmer, *Der Leihmutterschaftsvertrag*, op. cit., p. 75.

²⁸ Th. Jäggi et P. Widmer, *Der Leihmutterschaftsvertrag*, op. cit., p. 76; M. Ben-Am, *Gespaltene Mutterschaft*, Basel, 1998, p. 177 s. Contra: S. Othenin-Girard, *La réserve d'ordre public en droit international privé suisse*, thèse, 1999, n° 935, qui le déduit de la prohibition de la maternité de substitution par la LPMA.

²⁹ Cf. aussi la pratique suisse mentionnée par A. Büchler et N. Bertschi, *Gewünschtes Kind, geliehene Mutter, zurückgewiesene Eltern?*, in: *FamPra.ch* 2013 p. 33, 47.

³⁰ JAAC 60.67ch. 3.a. Dans le même sens: Schweizer, Art. 24^{novies} n° 44 s in: *Kommentar der Bundesverfassung vom 29 Mai 1874*.

³¹ JAAC 68.113 ch. 3.1.

³² Cf. supra 2.3.

ne – que la prohibition de la maternité de substitution doit être réalisée dans l'ensemble de l'ordre juridique³³. Le lien entre l'interdiction de la maternité de substitution et la protection de la dignité humaine est toutefois controversé. B. Rüttsche considère comme paternaliste l'argument selon lequel le but de protéger les femmes contre une instrumentalisation de leur corps ; à tout le moins lorsque la maternité de substitution n'est pas choisie par la mère pour des motifs prioritairement financiers, on ne saurait à son avis parler d'une atteinte à la dignité qui justifierait une limitation de l'autonomie de la femme³⁴. Dans la même lignée, A. Büchler et N. Bertschi ont une approche différenciée. À leur avis, la dignité de la mère porteuse serait atteinte si elle était tenue de remettre l'enfant aux parents commanditaires malgré son refus de s'en séparer. Ainsi, le recours aux services d'une mère porteuse qui serait dans une situation de détresse financière soulèverait des doutes sur le libre choix de cette femme et sur la légalité de la procédure.³⁵

Dans la mesure où le constituant était conscient que les prohibitions figurant à l'art. 24^{novies} aCst. et donc aujourd'hui à l'art. 119 al. 2 Cst. ne pouvaient pas faire obstacle au "tourisme" de la procréation médicalement assistée consistant pour les personnes résidant en Suisse de recourir dans des pays qui les admettent à des méthodes de procréation médicalement assistée interdites en Suisse³⁶, ces prohibitions n'ont pas vocation à avoir une valeur absolue, indépendante du territoire où l'acte se déroule. Cela exclut à notre avis que les prohibitions de l'art. 119 al. 2 Cst. soient automatiquement considérées comme des expressions de la protection de la dignité humaine au sens de l'art. 7 Cst. S'agissant de la maternité de substitution, il serait délicat de déduire de l'art. 119 al. 2 let. d Cst. qu'une réglementation étrangère autorisant la gestation pour autrui porte nécessairement atteinte à la dignité de la mère porteuse, même lorsque le droit étranger réglemente cette forme de procréation médicalement assistée de manière à protéger aussi les intérêts de la mère porteuse. A cela s'ajoute que la problématique de la dignité de la mère porteuse se pose essentiellement jusqu'à la remise de l'enfant aux parents commanditaires et l'attribution à ceux-ci du lien de filiation par le droit régissant la maternité de substitution; après ces moments clés, la mère porteuse n'a en principe plus de statut juridique spécifique à l'égard de l'enfant, de sorte que la protection de sa dignité serait dépourvue d'effet juridique à son égard. C'est pourquoi il est douteux que la dignité de la mère porteuse soit protégée par l'art. 7 Cst. lorsqu'il s'agit de trancher la question de la reconnaissance en Suisse d'une filiation établie en droit étranger en faveur des parents commanditaires à la suite d'une maternité de substitution qui s'est déroulée à l'étranger. Certes, l'on ne peut pas exclure que le devoir de protection de la dignité humaine établi par l'art. 7 Cst. puisse dans des cas particuliers prohiber la reconnaissance d'une filiation avec les parents commanditaires au motif qu'il s'agit d'une atteinte à la dignité de la mère porteuse. Tel pourrait être le cas lorsque le lien de filiation a été attribué aux parents commanditaires par les autorités de l'État où la maternité de substitution s'est déroulée, alors que la mère porteuse avait refusé de remettre l'enfant qu'elle a porté et avait revendiqué pour elle-même le lien de filiation. Il n'en demeure pas moins qu'on ne peut pas déduire de l'art. 7 Cst. que la protection de la dignité de la mère porteuse

³³ Cf. art. 35 al. 1 Cst. Sur la portée de l'art. 7 Cst., cf. notamment P. Mastronardi, Art. 7 n°31 ss, in Sant Galler BV-Kommentar.

³⁴ B. Rüttsche, Rechte von Ungeborenen auf Leben und Integrität - Die Verfassung zwischen Ethik und Rechtspraxis, 2009, p. 527, note 151.

³⁵ A. Büchler et N. Bertschi, op. cit. p. 51 s.

³⁶ BO 1991 N 605; FF 1996 III 224.

exclut dans tous les cas une reconnaissance en Suisse d'une filiation établie à l'étranger sur la base d'une maternité de substitution.

Il en va de même pour la dignité de l'enfant. Traiter un enfant comme une marchandise est lui dénier le statut de personne³⁷, ce qui porte atteinte à sa dignité protégée par l'art. 7 Cst. L'attribution du lien de filiation sur la base d'un contrat de maternité de substitution est ainsi problématique. Le respect de la dignité de l'enfant implique toutefois aussi que l'intérêt de l'enfant soit un facteur important dans les décisions le concernant personnellement³⁸. Or, l'intérêt de l'enfant à la reconnaissance d'une filiation qui a été attribuée par décision aux parents commanditaires peut, suivant les circonstances déterminantes, primer sur sa dignité à ne pas être traité comme une marchandise. L'atteinte à la dignité de l'enfant qu'a pu impliquer le contrat de maternité de substitution perd en importance au fil du temps par rapport à une relation vécue avec les détenteurs de l'autorité parentale. C'est pourquoi il serait contestable de déduire de l'art. 7 Cst. qu'un lien de filiation établi en droit étranger et concrétisé depuis un certain temps par une véritable vie de famille est contraire à l'ordre public et ne peut pas être reconnu en raison d'une atteinte initiale à la dignité de cet enfant par le contrat de maternité de substitution. Par ailleurs, il ne découle pas de la protection de la dignité d'un enfant né d'une maternité de substitution que le lien de filiation devrait nécessairement être attribué à la mère porteuse en application du principe établi par l'art. 252 CC selon lequel la filiation à l'égard de la mère résulte de la naissance; en effet, l'intérêt de l'enfant à ce qu'on ne lui attribue pas dans son État de résidence un lien de filiation avec sa mère porteuse n'est pas négligeable lorsque celle-ci n'a aucun lien de parenté avec cet enfant selon le droit de son propre État de résidence et ne réclame pas un tel lien.

Vu ce qui précède, on ne peut pas exclure que dans certains cas la protection de la dignité de la mère porteuse et celle de l'enfant qu'elle a mis au monde puissent, en vertu de l'art. 7 Cst., s'opposer à la reconnaissance d'une décision étrangère établissant une filiation avec les parents commanditaires sur la base d'un contrat de maternité de substitution. En revanche, lorsque l'intérêt de l'enfant à la reconnaissance de la filiation avec ses parents commanditaires est prépondérant, la protection de la dignité humaine n'exige pas de dénier tout effet juridique à la maternité de substitution. A priori, l'art. 27 al. 1 LDIP devrait suffire pour permettre une telle pondération des intérêts dans les cas particuliers.

2.8 Conclusion

La prohibition de la maternité de substitution par l'art. 119 al. 2 let. d Cst. ne s'applique pas directement à la reconnaissance de décisions étrangères en matière de filiation. Elle peut s'appliquer indirectement au travers de l'art. 7 Cst. lorsque la reconnaissance de décisions étrangères en matière de filiation fondée sur un contrat de maternité de substitution porterait atteinte à l'obligation de protection de la dignité humaine, en particulier celle de l'enfant.

³⁷ B. Christensen, Schwangerschaft als Dienstleistung - Kind als Ware? Eine rechtliche Annäherung an das komplexe Phänomen der sogenannten Leihmutterchaft, Hill 2013 n° 86, n°58.

³⁸ B. Christensen, op. cit. n°60.

3 Compatibilité d'un refus de reconnaissance avec les art. 2, 3 al. 1 et 2, et 7 de la Convention relative aux droits de l'enfant (CDE)

3.1 Généralités

La CDE fixe un standard minimum en dessous duquel les États parties ne peuvent pas aller, mais qu'ils peuvent dépasser. La réserve du meilleur droit (cf. art. 41 CDE) implique aussi que les États ne peuvent pas réduire ou refuser des droits prévus par leur droit interne en se fondant sur le standard inférieur établi par la Convention relative aux droits de l'enfant³⁹.

Selon la conception moniste, qui est suivie par la Suisse, l'ordre juridique international et l'ordre juridique interne forment un seul système cohérent. La règle internationale est reçue dans l'ordre interne à la suite d'un acte parlementaire d'approbation, sans qu'elle ait à subir de transformation⁴⁰. Aussi, le particulier, lorsque les conditions de l'applicabilité directe sont réunies, peut-il invoquer cette règle en tant que telle devant les organes juridictionnels du for. Conformément à la conception moniste, qui a donc trait à la question de la validité immédiate d'un traité international, les particuliers sont par conséquent autorisés à invoquer en justice les dispositions du droit international pour autant qu'elles aient un caractère directement applicable ("self executing"). Savoir si une norme de droit international peut être considérée comme directement applicable est une question d'interprétation. Une norme est directement applicable si elle est suffisamment déterminée et claire par son contenu pour constituer le fondement d'une décision⁴¹, en d'autres termes si elle est suffisamment concrète et précise pour que des personnes physiques ou morales en retirent des droits et des obligations sur lesquels ils pourront fonder une action devant les autorités judiciaires et administratives⁴². Ne sont pas directement applicables les règles du droit des gens qui se bornent à régler une matière dans ses grandes lignes, qui laissent à l'État contractant une grande latitude dans l'interprétation et l'application ou qui se limitent à formuler des directives non «justiciables». Ce sont notamment les dispositions dites programmatoires qui manquent de précision. Ces dispositions s'adressent avant tout au législateur et doivent être concrétisées par celui-ci sur le plan interne en vue de créer des droits et des obligations pour des particuliers⁴³.

3.2 Art. 2 CDE : le droit à la non-discrimination

Par l'art. 2 CDE, les États parties s'engagent à respecter les droits qui sont énoncés dans la CDE et à les garantir à tout enfant relevant de leur juridiction, sans distinction aucune, indépendamment de toute considération de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou autre de l'enfant ou de ses parents ou représentants légaux, de leur origine nationale, ethnique ou sociale, de leur situation de fortune, de leur incapacité, de leur naissance ou de toute autre situation. Les

³⁹ Sharon Detrick, A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, The Hague 1999, p. 713.

⁴⁰ FF **2010** 2088.

⁴¹ ATF 126 I 240 consid. 2b; 125 III 277 consid. 2d/aa p. 281; 121 V 246 consid. 2b p. 249; 120 Ia 1 consid. 5b.

⁴² FF **2010** 2089.

⁴³ ATF 120 Ia 1 Consid. 5b p. 11. FF **2010** 2088.

États parties prennent toutes les mesures appropriées pour que l'enfant soit effectivement protégé contre toutes formes de discrimination ou de sanction motivées par la situation juridique, les activités, les opinions déclarées ou les convictions de ses parents, de ses représentants légaux ou des membres de sa famille.

Selon la doctrine, cette disposition est directement applicable⁴⁴. En pratique, toutefois, elle se recoupe en Suisse avec la garantie de l'art. 8 al. 2 Cst. qui prohibe les discriminations, du fait notamment de l'origine, de la race, du sexe, de l'âge, de la langue, de la situation sociale, du mode de vie, des convictions religieuses, philosophiques ou politiques ainsi que du fait d'une déficience corporelle, mentale ou psychique. La liste des critères n'est pas identique à celle de l'art. 2 CDE, mais il n'y a a priori pas de différence décisive, d'autant que les deux listes sont exemplatives. On peut donc admettre que l'art. 2 CDE, hormis son champ d'application personnel plus restreint puisque limité aux enfants, n'a pas de portée propre en Suisse par rapport à l'art. 8 al. 2 Cst. Cela paraît être confirmé par le fait que la jurisprudence n'a pas eu à se prononcer spécifiquement sur la portée de l'art. 2 CDE.

Selon la jurisprudence, on est en présence d'une discrimination selon l'art. 8 al. 2 Cst. lorsqu'une personne est traitée différemment en raison de son appartenance à un groupe particulier qui, historiquement ou dans la réalité sociale actuelle, souffre d'exclusion ou de dépréciation. Le principe de non-discrimination n'interdit toutefois pas toute distinction basée sur l'un des critères énumérés à l'art. 8 al. 2 Cst. ou par l'art. 2 CDE, mais fonde plutôt le soupçon d'une différenciation inadmissible. Aussi bien des inégalités qui résultent d'une telle distinction doivent-elles faire l'objet d'une justification particulière⁴⁵.

En l'espèce, les enfants nés d'une maternité de substitution constituent un groupe social susceptible de souffrir d'exclusion ou de dépréciation. Ce risque découle à notre avis non pas tant de la prohibition juridique de cette maternité de substitution en Suisse mais principalement de la représentation sociale de cette forme de procréation médicalement assistée comme une atteinte à la dignité de la mère et de l'enfant. Cela étant, le recours au motif de la réserve d'ordre public pour ne pas reconnaître une décision étrangère attestant de la filiation d'un enfant avec ses parents commanditaires requiert une justification particulière.

Le souci de protéger l'enfant contre une commercialisation de sa naissance est en soi un motif louable. Il n'empêche que l'art. 4 LPMA interdit également le don d'ovules et d'embryons, donc la commercialisation des ovules et des embryons. Or, il ne paraît pas vraisemblable que la filiation d'un enfant né en Suisse ou à l'étranger puisse être contestée au motif du recours à l'étranger au don d'ovule ou d'embryon, plus précisément de l'achat d'un ovule ou d'un embryon. Même si l'autorité avait connaissance de cette origine de l'enfant, il serait pour le moins douteux qu'elle puisse valablement invoquer la réserve de l'ordre public pour refuser la reconnaissance de cette filiation, car cela priverait l'enfant de toute mère, voire de tous parents. Certes, le contrat de maternité de substitution déploie l'essentiel de ses effets après la naissance de l'enfant alors que le contrat de vente d'ovules ou d'embryons épuise ses effets avec l'implantation de l'ovule ou de l'embryon dans le corps de la future mère. Il n'empêche que la distinction entre la commercialisation avant et après la naissance n'est pas une justification suffisante pour une différence de traitement lorsque, com-

⁴⁴ B. Adamson, Article 2 — The Right of Non-Discrimination, in: A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, 2007, n° 91.

⁴⁵ ATF 137 V 334 consid. 6.2.1 p. 348; 135 I 49 consid. 4.1 p. 53.

me c'est le cas usuel, le contrat de maternité de substitution a commencé à déployer ses effets, tout comme le contrat d'achat d'ovule ou d'embryon, lors du recours à la procréation médicalement assistée par la femme qui met l'enfant au monde. De plus, si le refus de reconnaissance de l'acte de filiation a pour conséquence que l'enfant se retrouve sans parents susceptibles d'en prendre soin — parce que la mère porteuse n'a pas de rapport de filiation selon son propre droit et ne revendique pas un tel rapport voire même le refuse conformément au contrat signé avec les parents commanditaires — alors on peut se demander si le but de protéger l'enfant contre une commercialisation n'entre pas en conflit avec le but ultime de la CDE, à savoir la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant⁴⁶. Si l'intérêt supérieur de l'enfant requiert le maintien de la relation avec les parents commanditaires, le but de protéger l'enfant contre une commercialisation ne constituerait pas une justification adéquate pour le refus de reconnaissance de la filiation avec ces parents commanditaires.

S'agissant du but de protéger la dignité de la mère, il n'est plus, après la naissance, une justification suffisante pour priver de facto de tout parent l'enfant né d'une maternité de substitution. Il en va différemment dans les cas où la mère porteuse, bien qu'elle n'ait pas de rapport de filiation selon son propre droit, revendique un tel rapport, car l'on peut alors escompter que le refus de reconnaissance en Suisse de la filiation par les parents commanditaires permettra à la mère porteuse d'obtenir la reconnaissance de son lien de filiation dans son propre État.

Reste encore la justification par la volonté du constituant et du législateur de prohiber la maternité de substitution. Cette justification se heurte toutefois aussi au problème d'une différence de traitement par rapport au commerce d'ovules et d'embryons, alors que ce commerce est autant prohibé en Suisse. Comme il ne ressort pas du droit que la prohibition de la maternité de substitution a une valeur supérieure à la prohibition du don ou du commerce d'ovules et d'embryons, elle ne constitue pas une justification adéquate pour limiter le recours à la réserve d'ordre public aux seuls cas de reconnaissance de filiation issue d'une maternité de substitution.

Vu ce qui précède, l'invocation systématique de la réserve d'ordre public pour refuser de reconnaître la filiation avec les parents commanditaires d'enfants né d'une maternité de substitution pourrait constituer une discrimination de cette catégorie d'enfants, violant ainsi l'art. 2 CDE.

3.3 Art. 3 al. 1 CDE : l'intérêt de l'enfant

Le principe général de la CDE est l'intérêt de l'enfant. L'art. 3 al. 1 l'énonce comme suit:

"Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale."

La Convention n'indique pas comment il faut entendre le terme «intérêt supérieur de l'enfant» utilisé dans le texte original français; le texte original anglais emploie l'expression «best interests». Une interprétation de cette clause générale qui laisserait aux autorités étatiques l'entière liberté de limiter les droits de l'enfant ou la position

⁴⁶ Cf. art. 3 al. 1 CDE et infra 3.3.

des parents et ne servirait qu'une définition étatique de l'intérêt supérieur de l'enfant, ne correspond assurément pas à l'objet et au but de la Convention⁴⁷. L'art. 3 al. 1 CDE permet uniquement la prise en compte de l'intérêt de l'enfant au titre de considération primordiale. L'intérêt de l'enfant n'est toutefois ni la seule considération à devoir être prise en compte ni une considération décisive⁴⁸. Il n'a pas la priorité absolue⁴⁹. L'art. 3 al. 1 CDE permet aussi de tenir compte d'autres intérêts du détenteur de l'autorité parentale ou de l'État⁵⁰.

Selon la jurisprudence, l'art. 3 al. 1 CDE constitue une norme programmatoire, une idée directrice, une maxime d'interprétation, qui doit être respectée lors de l'édiction et de l'interprétation de la législation⁵¹. Il est pris en compte par la jurisprudence, mais il ne confère pas de droit à une prestation de l'État⁵².

Dans la mesure où l'art. 3 al. 1 CDE ne donne pas d'office la priorité aux intérêts de l'enfant, l'État peut procéder à une pondération abstraite et donner la primauté à des facteurs objectifs par rapport à l'intérêt individuel de l'enfant afin d'aboutir au refus de la reconnaissance d'une filiation fondée sur une maternité de substitution. C'est ainsi qu'en droit français la Cour de cassation a décidé que le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes exclut de faire produire effet, au regard de la filiation, à une convention portant sur la gestion pour compte d'autrui qui est nulle «d'une nullité d'ordre public» en droit français⁵³. De même, les tribunaux allemands ont considéré que le principe légal «mater semper certa est» (§1591 BGB) est absolu et ne tolère pas d'exception en cas de maternité de substitution, ce qui exclut la reconnaissance de la décision étrangère établissant la filiation avec les parents commanditaires⁵⁴. Dans ces cas, les tribunaux ont renvoyé à une autre procédure pour tenir compte de l'intérêt de l'enfant, à savoir la procédure d'adoption.

On peut en revanche douter qu'il soit encore compatible avec l'art. 3 al. 1 CDE de donner la primauté à de tels principes juridiques quand l'acte faisant l'objet de la procédure de reconnaissance est lui-même une décision de reconnaissance ou une décision en matière d'adoption par un État tiers : lorsque la filiation est établie avec les parents commanditaires dans l'État national ou l'État de résidence de ceux-ci même si la maternité de substitution y est interdite⁵⁵, la remise en question ultérieure de cette filiation par un autre État en raison des circonstances initiales de son établissement ne tiendrait guère compte de l'intérêt de l'enfant.

⁴⁷ Message, FF **1994** V 15.

⁴⁸ Sur l'origine de l'expression «une considération primordiale», cf. Nigel Cantwell, La genèse de l'intérêt supérieur de l'enfant dans la Convention relative aux droits de l'enfant, in: Bulletin suisse des droits de l'enfant, vol. 18 n°3, septembre 2012.

⁴⁹ M. Freeman, Article 3 - The Best Interests of the Child, in A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, 2007, p. 61.

⁵⁰ ATF 136 I 297 consid. 8.2 p. 308; Stefan Wolf, Die UNO-Konvention über die Rechte des Kindes und ihre Umsetzung in das schweizerische Kindesrecht, ZBJV 1998, 119.

⁵¹ ATF 136 I 297 consid. 8.2; FF **1994** V 1, 26; Stephan Wolf, op.cit., p. 113, 118.

⁵² ATF 136 I 297 consid. 8.2 p. 308; 135 I 153 consid. 2.2.2 p. 157; arrêt du Tribunal administratif fédéral du 23.05.2012, C-1394/2009, consid. 10.4.

⁵³ Arrêt n°369 du 6 avril 2011 dans la cause 09-66.486.

⁵⁴ Par ex. Oberlandesgericht Stuttgart, jugement du 7 février 2012 (8 W 46/12). Un recours devant la Cour constitutionnelle allemande contre ce jugement a été déclaré irrecevable.

⁵⁵ Tel est le cas par exemple en Autriche (cf. Verfassungsgerichtof, arrêt du 14 décembre 2011 dans la cause B13/11) ou en Espagne (Boletín Oficial del Estado, 7 octobre 2010 sec I p. 84803).

Lorsque la mère commanditaire est aussi la mère génétique des enfants, le Verfassungsgerichtshof autrichien a estimé qu'il était manifestement contraire à l'intérêt de l'enfant de «contraindre» la mère porteuse dans le rôle de mère alors qu'elle ne l'est pas de manière "biologique" ni du point de vue juridique selon le statut personnel des enfants, qu'elle ne revendique pas ce rôle et qu'elle n'a pas constitué une communauté familiale avec les enfants. Cela priverait en effet l'enfant des droits à ce que les parents exercent l'autorité parentale, à ce qu'ils veillent sur lui et l'entretiennent⁵⁶. Nous estimons que cette analyse vaut aussi lors de la mise en œuvre de l'art. 3 al. 1 CDE.

De même, lorsque les parents commanditaires et l'enfant mènent une vie familiale effective depuis un certain temps, l'intérêt supérieur de l'enfant à la poursuite de cette vie familiale et donc à la reconnaissance de son lien de filiation l'emportera usuellement sur les considérations objectives liées au mode de procréation de l'enfant.

En conclusion, l'art. 3 al. 1 CDE n'exclut pas que l'intérêt éventuel de l'enfant à la reconnaissance d'une filiation avec les parents commanditaires cède le pas à d'autres intérêts étatiques dans certaines circonstances. En revanche une invocation systématique de la réserve de l'ordre public pour refuser la reconnaissance de la filiation d'un enfant né d'une maternité de substitution avec ses parents commanditaires sans tenir compte de l'importance relative de l'intérêt de l'enfant à cette reconnaissance ne serait pas conforme à l'art. 3 al. 1 CDE.

3.4 Art. 3 al. 2 CDE : devoir de protection de l'État

L'art. 3 al. 2 CDE oblige les États parties à assurer à l'enfant la protection et les soins nécessaires à son bien-être, compte tenu des droits et des devoirs de ses parents, de ses tuteurs ou des autres personnes légalement responsables de lui, et à prendre à cette fin toutes les mesures législatives et administratives appropriées

L'alinéa 2 est formulé comme une obligation pour les États parties. Il a une fonction subsidiaire, dans la mesure où il vise à combler les lacunes éventuelles de la CDE: il oblige l'État partie à prendre «les mesures législatives et administratives appropriées» pour la protection et les soins de l'enfant dans tous les cas où la CDE ne prescrit pas spécifiquement un acte ou une omission nécessaire au bien-être de cet enfant.⁵⁷ Sa portée n'est donc pas limitée aux domaines visés expressément par la CDE. Il n'est en revanche pas directement applicable.

À notre avis, l'art. 3 al. 2 CDE n'a en principe pas de portée spécifique en matière de reconnaissance de décisions étrangères relatives à la filiation. Les États sont en effet libres dans le choix des moyens permettant d'assurer à l'enfant la protection et les soins nécessaires à son bien-être. Lorsque l'enfant né d'une maternité de substitution se trouve en Suisse, l'art. 3 al. 2 CDE oblige la Suisse à prendre les mesures appropriées à la protection et aux soins de cet enfant⁵⁸ même si elle refusait de reconnaître le lien de filiation avec les parents commanditaires. En revanche, lorsque l'enfant né d'une maternité de substitution se trouve encore dans le pays de naissance sans avoir la nationalité de cet État parce que celui-ci attribue le lien de filiation aux pa-

⁵⁶ Verfassungsgerichtshof, arrêt du 14 décembre 2011 dans la cause B13/11, ch. 4.2.

⁵⁷ S. Detrick, op. cit., p. 94; M. Freeman, op. cit. p. 66.

⁵⁸ Cf. art. 307 ss. CC.

rents commanditaires, la Suisse ne peut pas, en statuant sur la reconnaissance de ce lien de filiation, faire abstraction des conséquences de sa décision sur le bien-être de cet enfant⁵⁹.

3.5 Art. 7 CDE: droits spécifiques de l'enfant

Selon l'art. 7 al. 1 CDE, 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. Selon l'al. 2 de cette disposition, les États parties veillent à mettre ces droits en œuvre conformément à leur législation nationale 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. 7 al. 1 CDE confère expressément des droits et non uniquement des obligations à l'égard des États parties. L'applicabilité directe de ces droits est toutefois limitée par le fait que la plupart de ceux-ci sont étroitement dépendants du cadre législatif: le droit à un nom est étroitement dépendant de la réglementation des modalités d'acquisition du nom; le droit à la nationalité dépend de la réglementation des conditions d'acquisition de la nationalité; etc. Le cadre légal n'est alors pas une restriction par rapport à un droit directement applicable, mais il définit l'essentiel de la portée du droit garanti par l'art. 7 al. 1 CDE. En l'espèce, s'agissant de la compatibilité avec l'art. 7 al. 1 CDE du refus de la reconnaissance de la filiation en cas de maternité de substitution, les droits garantis par cette disposition servent principalement de règle interprétative: le recours à l'institution de la réserve d'ordre public ne doit pas avoir pour effet de priver l'enfant des droits que l'art. 7 al. 1 CDE lui confère.

3.5.1 Droit à l'enregistrement et à un nom

Dans la mesure où l'État dans lequel la maternité de substitution s'est déroulée a lui-même enregistré la naissance et donné un nom à l'enfant en fonction du lien de filiation avec les parents commanditaires, le droit de l'enfant à son enregistrement et à un nom est respecté. Le problème du respect du droit au nom pourrait toutefois se présenter si la Suisse refusait de reconnaître cette filiation pour un enfant issu d'une maternité de substitution qui serait venu en Suisse et considérerait que l'attribution du nom des parents commanditaires par le droit de l'État où l'enfant est né heurterait l'ordre public suisse⁶⁰. Dans la mesure où le nom constitue un élément important de la personnalité, le droit au nom implique aussi celui de l'unicité du nom⁶¹. Il faudrait en

⁵⁹ L'Etat peut toutefois aussi respecter l'art. 3 al. 2 CDE en autorisant l'enfant à venir sur son territoire en vue d'une adoption. Telle a été la solution trouvée finalement en Allemagne pour des jumeaux nés en Inde d'une mère porteuse mariée indienne avec du sperme du père commanditaire allemand et d'un ovule d'une donneuse indienne (http://www.t-online.de/eltern/schwangerschaft/id_41794012/indische-leihmutter-zwillinge-duerfen-nach-deutschland-.html)

⁶⁰ Art. 27 al. 1 et 37 LDIP.

⁶¹ I. Zimele, Art. 7 - The Right to Birth Registration, Name and Nationality and the Right to Know and Be Cared for by Parents, in: A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, 2007, n°21 (qui réserve toutefois la marge d'appréciation des Etats en matière de transcription du nom dans une autre langue).

particulier éviter que l'enfant doive porter en Suisse un nom différent de celui qui figure dans ses documents d'identité⁶². L'art. 7 al. 1 CDE peut ainsi faire obstacle au refus de reconnaissance du nom de l'enfant tel qu'établi par l'État où celui-ci est né suite à une maternité de substitution.

3.5.2 Droit à l'acquisition d'une nationalité

Lorsque l'enfant a acquis une nationalité en raison de son lieu de naissance, les exigences de l'art. 7 al. 1 CDE sont respectées même si l'État national des parents refuse de reconnaître la filiation avec les parents commanditaires et donc de reconnaître l'acquisition par filiation de la nationalité de ces parents. La situation se présente toutefois différemment si l'État dans lequel la maternité de substitution a eu lieu considère que l'enfant n'a pas sa nationalité en raison de son lien de filiation avec les parents commanditaires étrangers. Si l'État national des parents commanditaires refuse, pour sa part, de reconnaître le lien de filiation avec ceux-ci et donc l'acquisition de sa nationalité par l'enfant, ce dernier se retrouve dans une situation d'apatridie. L'art. 7 al. 1 CDE impose alors tant à l'État national des parents commanditaires qu'à celui où la maternité de substitution s'est déroulée, s'ils sont tous deux parties à la CDE, l'obligation de résoudre ce conflit négatif de manière à protéger l'intérêt supérieur de l'enfant⁶³. En vertu de l'art. 7 al. 2 CDE, les États doivent prendre les mesures nécessaires pour assurer le respect du droit de l'enfant à une nationalité, «en particulier dans les cas où faute de cela l'enfant se trouverait apatride». L'enfant ne peut toutefois pas déduire de cette disposition un droit spécifique à acquérir la nationalité des parents commanditaires.

Lorsque le père commanditaire de nationalité suisse est le père biologique de l'enfant et a reconnu celui-ci conformément aux exigences de l'art. 73 LDIP, on peut se demander si le refus de reconnaître cette reconnaissance en raison du recours à la maternité de substitution — avec son corollaire de l'absence d'octroi de la nationalité suisse — serait un motif valable de restriction du droit à la nationalité conféré par l'art. 7 al. 1 CDE. Pour que tel soit le cas, il faudrait que ce refus ne soit pas discriminatoire par rapport à d'autres cas de reconnaissance. Or, les modalités de la conception d'un enfant ne sont ordinairement pas un motif pour invoquer la réserve de l'or-

⁶² Tel serait le cas dans l'hypothèse d'un enfant né d'une maternité de substitution qui aurait acquis la nationalité du pays en raison du droit du sol lors sa naissance (par ex. aux USA) et qui porterait le nom de famille des parents commanditaires.

⁶³ Cf. art. 3 al. 1 CDE. I. Zimele, *op. cit.*, n°50. C'est ainsi qu'en France on distingue depuis une circulaire du 25 janvier 2013 entre la filiation civile (qui n'est pas reconnue en cas de maternité de substitution) et la filiation au sens du droit de la nationalité: le certificat de nationalité française qui permet d'obtenir un document d'identité est délivré à l'enfant dès lors que le lien de filiation avec un Français résulte d'un acte d'état civil étranger probant au regard de l'article 47 du code civil selon lequel «tout acte de l'état civil des Français et des étrangers fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays fait foi, sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant, après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité». Cette circulaire a pour conséquence d'exclure l'invocation de la violation de l'ordre public par la maternité de substitution en ce qui concerne le droit de la nationalité. La légalité de cette circulaire est toutefois controversée (cf. N. Mathey, *Circulaire Taubira - Entre illusions et contradictions*, in *La semaine juridique*, Edition générale n°7, 11 février 2013 p. 162).

dre public suisse à l'encontre d'un acte de reconnaissance de la filiation, y compris lorsque le droit interne suisse exclut la reconnaissance de la filiation dans ce genre de situations⁶⁴.

On relèvera que l'art. 7 al. 2 CDE réserve d'autres instruments internationaux applicables. Selon l'art. 1 al. 1 de la Convention du 13 septembre 1973 tendant à réduire le nombre des cas d'apatridie (RS 0.141.0), l'enfant dont la mère a la nationalité d'un État contractant acquiert à la naissance la nationalité de celle-ci au cas où il eut été apatride. Cette Convention ne permet toutefois pas de résoudre le problème, car elle ne définit pas elle-même qui est la mère en cas de maternité de substitution. En refusant de reconnaître la filiation avec les parents commanditaires suisses, la Suisse considérerait par hypothèse que la mère porteuse est la "mère" au sens de cette Convention.

3.5.3 Droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux

Le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux est expressément conçu comme comportant des exceptions, car l'art. 7 al. 1 CDE précise que ce droit vaut "dans la mesure du possible".

Selon le Comité des droits de l'enfant institué par l'art. 43 CDE, l'art. 7 al. 1 CDE donne aux enfants adoptifs le droit de connaître leurs parents biologiques⁶⁵. Dans un arrêt, le Tribunal fédéral semble avoir considéré cette règle comme directement applicable; ultérieurement il a rattaché ce droit à celui au respect de la vie privée, donc à l'art. 13 Cst.⁶⁶ La même règle devrait valoir en cas de maternité de substitution. L'enfant a ainsi le droit de connaître l'ensemble de ses «parents»: les parents biologiques (donneur de sperme et éventuellement donneuse d'ovule), la mère qui l'a mis au monde et les personnes auxquelles le droit attribue le lien de filiation. Le refus par la Suisse de reconnaître le lien de filiation avec les parents commanditaires ne serait donc pas un motif justifiant d'empêcher l'enfant de connaître ceux-ci, qu'ils soient parents biologiques ou parents juridiques selon le droit du pays de naissance. Il ne découle toutefois pas du droit de connaître ses parents (commanditaires) un droit à la reconnaissance de la filiation avec ceux-ci.

Le droit de l'enfant à être élevé par ses parents pose problème lorsque la Suisse refuse de reconnaître le lien de filiation avec les parents commanditaires en considérant la mère porteuse (et son mari éventuel) comme les parents de l'enfant au sens du droit suisse. La CDE ne détermine toutefois pas, en cas de parenté plurale telle que celle résultant de la maternité de substitution, auprès de quels parents l'enfant a le droit d'être élevé. Conformément à l'art. 3 al. 1 CDE, il faut néanmoins tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant dans l'interprétation de l'art. 7 al. 1 CDE. Si l'enfant est venu en Suisse, le recours à la maternité de substitution par les parents commanditaires n'est pas à lui seul un motif suffisant pour exclure que l'enfant soit élevé par ceux-ci. Si l'enfant est resté dans son pays de naissance, il appartient prioritairement à celui-ci de veiller à la mise en œuvre du droit de l'enfant à être élevé par

⁶⁴ C'est ainsi que les tribunaux suisses avaient considérés que l'art. 304 aCC qui interdisait la reconnaissance d'enfants adultérins n'était plus d'ordre public déjà avant que cette prohibition ne soit abandonnée en droit interne (S. Othenin-Girard, op. cit., p. 525 avec références).

⁶⁵ I. Ziemele, op. cit. n° 52.

⁶⁶ ATF 125 I 257 consid. 3.c.bb p. 262; 134 III 241, consid. 5.2.2 p. 244. Cf. aussi supra 2.5 et 2.6.

ses parents. Lorsque les parents commanditaires sont aussi les parents biologiques de l'enfant, ils font partie des parents par lesquels l'enfant a le droit d'être élevé dans la mesure du possible en vertu de l'art. 7 al. 1 CDE. Ce droit peut alors faire obstacle au refus de la reconnaissance de l'acte constatant le lien de filiation avec les parents commanditaires.

4 Discrimination à rebours en cas de reconnaissance de la filiation d'un enfant né d'une maternité de substitution?

La notion de «discrimination à rebours» vise les situations dans lesquelles les ressortissants nationaux sont traités moins favorablement, dans leur État national, que les ressortissants étrangers⁶⁷. Lorsqu'elle ne repose pas sur un motif raisonnable, cette discrimination à rebours est prohibée par l'art. 8 Cst.

Le fait que certaines méthodes de procréation médicalement assistées telle que la maternité de substitution soient interdites en Suisse alors qu'elles peuvent être pratiquées à l'étranger ne constitue pas une discrimination à rebours. Cette interdiction s'applique indépendamment de la nationalité de la personne.

Le fait que les personnes résidant en Suisse peuvent recourir à l'étranger à des méthodes de procréation médicalement assistée interdites en Suisse sans que les autorités suisses ne privent de portée juridique en matière de filiation les conséquences factuelles de ce «tourisme» de la procréation médicalement assistée ne constitue pas non plus une discrimination à rebours. En effet, la limitation du champ d'application territorial des règles suisses en matière de procréation médicalement assistée s'applique aussi indépendamment de la nationalité des parents.

La problématique de la discrimination à rebours peut en revanche a priori se présenter si la Suisse reconnaît le lien de filiation établi suite à une maternité de substitution lorsque ce lien a été établi ou reconnu par l'État national des parents commanditaires ou par celui de l'enfant. Même si la différence de traitement ne concerne pas uniquement les citoyens suisses mais aussi tous les résidents en Suisse qui sont ressortissants d'autres États ne reconnaissant pas le lien de filiation avec les parents commanditaires, les ressortissants suisses sont traités de manière moins favorable que les ressortissants de certains pays étrangers. À notre avis, il existe toutefois des motifs objectifs pour une telle différence de traitement. Si les parents commanditaires avaient leur résidence habituelle à l'étranger lorsque la filiation a été établie et sont venus ultérieurement en Suisse, il est évident que cette situation est matériellement différente de celle de ressortissants suisses résidant habituellement en Suisse, ce qui constitue une justification objective pour une différence de traitement juridique. Si les parents commanditaires avaient leur résidence habituelle en Suisse tant lors de la naissance de l'enfant que lors de la décision étrangère établissant leur lien de filiation avec l'enfant né de la maternité de substitution, alors le souci d'éviter une divergence entre le lien de filiation établi selon le droit national des parents et celui valant en Suisse est également un motif objectif valable pour cette différence de traitement.

⁶⁷ V. Boillet, L'interdiction de discrimination en raison de la nationalité au sens de l'Accord sur la libre circulation des personnes, 2010, p. 128.

En conclusion, la reconnaissance de la filiation entre l'enfant né à l'étranger d'une maternité de substitution et ses parents commanditaires ne créerait pas une discrimination à rebours prohibée par la Constitution.

15 mai 2013

Office fédéral de la justice OFJ

Unité Législation I