



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. Schluep, 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. Rütsche 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. Rütsche, 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 programmatiques 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 programmatrice, 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. Verfassungsgerichtshof, 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 heurtait 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