

L'élaboration d'un traitement international des GPA transfrontalières

Les enseignements de la Convention de La Haye de 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale¹

Jimmy Messineo, *Doctorant en droit international privé à l'Université Paris 1 et juriste dans le domaine de l'adoption internationale*

1. Entre totem et tabou, la gestation pour autrui (GPA) en intrigue certains, suscite l'admiration des uns et l'indignation des autres. Son admission est aujourd'hui une question brûlante qui déchaîne les passions. Ce débat philosophique rejaillit nécessairement sur le droit et la politique des Etats qui se divisent aujourd'hui sur l'admission de la GPA. Certains considèrent qu'elle doit être interdite, d'autres l'autorisent. Parmi ces derniers, coexistent des manières de pratiquer la GPA diamétralement opposées. Or, dans un monde globalisé, les GPA transfrontières sont nombreuses et posent d'importants problèmes de droit international privé.

2. En effet, d'un côté les Etats prohibitifs, en refusant au nom du respect des principes essentiels du for, de reconnaître les GPA pratiquées à l'étranger, remettent en cause la pérennité du statut juridique de l'enfant. De l'autre, les États permissifs, en autorisant, voire incitant, les ressortissants d'Etats interdisant la GPA à y avoir accès, encouragent le tourisme procréatif et la création de situations boiteuses, contraires à l'intérêt de l'enfant. Cet échec des méthodes traditionnelles, s'explique par l'antagonisme profond qui sépare les États sur l'admission de la GPA et empêche aujourd'hui la création d'une communauté de droit nécessaire au bon fonctionnement de la méthode classique du droit international privé telle que développée par Savigny.

3. Face à cet échec, de nombreuses voix s'élèvent en faveur de l'élaboration d'une convention internationale capable de jeter des ponts entre les systèmes et d'ainsi déjouer les points d'achoppement. La Conférence de La Haye de droit international privé y travaille activement depuis 2010. Dès cette

¹ Cette contribution écrite reprend de façon actualisée et enrichie les propos tenus lors de la rencontre doctorale du Centre de Recherche de Droit International du 15 décembre 2015 : « Les méthodes du Droit International Privé à l'épreuve de la Gestation pour autrui ». Sans en dénaturer le sens ni la portée, c'est une version plus approfondie de son intervention que l'auteur souhaite offrir au lecteur de cette revue.

époque, les interactions entre les GPA et la Convention de La Haye de 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale (CLH 93)² ont été étudiées lors de la 2^{ème} commission spéciale sur son fonctionnement³. A cette occasion, il a été clairement affirmé que cette convention ne pouvait s'appliquer *per se* aux GPA transfrontières. En effet, plusieurs principes fondamentaux de ladite convention sont incompatibles avec la GPA, notamment l'interdiction de contacts préalables à l'adoption entre les adoptants et les parents biologiques (art 29), l'exigence d'un consentement donné après la naissance de l'enfant ne moyennant ni contrepartie ni paiement (art 4) ou encore le respect du principe de subsidiarité (art 4)⁴. Ces incompatibilités s'expliquent par la nature antinomique entre les deux institutions. En effet, l'adoption est internationalement reconnue comme une mesure de protection de l'enfance : elle vise à donner une famille à un enfant qui en est privé afin de garantir son droit le plus fondamental à grandir dans un environnement familial. À l'inverse, la GPA est une technique de procréation médicalement assistée qui consiste, par le biais de dons de gamètes et d'engendrement, à concevoir un enfant pour satisfaire un désir de parenté et ainsi offrir un enfant à une famille. Néanmoins, à la suite de cette commission spéciale et conformément à ses recommandations, le bureau permanent a poursuivi ses recherches sur les problématiques de droit international privé découlant des GPA transfrontières. Depuis lors, plusieurs notes et études ont été publiées et un groupe d'experts a été constitué en vue de la rédaction d'un futur instrument⁵.

4. La CLH 93 ne peut s'appliquer aux GPA transfrontières. Toutefois, à l'heure où leur encadrement est à l'étude à l'échelle internationale, l'encadrement de l'adoption internationale ne pourrait-il pas nous fournir quelques enseignements utiles ? Cette question, loin d'être illégitime, a d'ailleurs fait l'objet en 2013 d'une intervention à l'Université d'Aberdeen de la part de Madame Hannah Baker, juriste senior chargée des conventions sur la

² Texte intégral disponible ici : <https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/full-text/?cid=69>.

³ H. Baker, « A possible future instrument on International Surrogacy Arrangement: Are there lessons to be learnt from the 1993 Hague Intercountry Adoption Convention » in *International Surrogacy Agreements, Legal Regulation at the International Level*, P. Beaumont & K. Trimmings, Hartpublishing, Studies in international private law, 2013, p. 412

⁴ Pour plus de précisions voir à ce sujet *Conclusions, recommandations et rapport de la commission spéciale sur le fonctionnement de la Convention de La Haye de 1993 sur l'adoption internationale (Doc. Prél. N°4)*, Conférence de La Haye, 2011, p. 22, spec §59-60.

⁵ Voir sur ce point la chronologie disponible sur le site de la Conférence de La Haye : <https://www.hcch.net/fr/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy-surrogacy-2011-2015>.

famille à la Conférence de La Haye⁶. En 2015, le Professeur Smolin a ouvertement plaidé pour l'application des leçons de l'adoption internationale à la régulation des GPA transfrontières⁷. Selon lui, les principes régissant l'adoption et qui visent à prévenir les trafics et la vente d'enfants devraient être adaptés et appliqués à la GPA⁸. Un an plus tard, à l'occasion du colloque annuel de la Mission de l'Adoption Internationale, portant sur l'éthique et les pratiques en matière d'adoption internationale, Madame Mia Dambach, directrice du centre international de référence pour les droits de l'enfant privé de famille (SSI-CIR)⁹, invitait à son tour l'auditoire à tirer les leçons de l'adoption internationale afin de mieux protéger les enfants nés par GPA¹⁰. Dans son rapport remis à la Ministre de la famille de l'époque, le groupe de travail multidisciplinaire présidé par la sociologue Irène Théry et la juriste Anne-Marie Leroyer recommandait l'adoption d'un instrument international prenant modèle sur la CLH 93¹¹. Cette solution a par la suite été préconisée par le Défenseur des Droits en juillet 2015¹² avant d'être reprise dans le programme présidentiel de Monsieur Emmanuel Macron¹³.

5. À la réflexion, il apparaît clairement que les raisons qui ont dicté l'adoption de la CLH 93 sont similaires à celles qui rendent aujourd'hui nécessaire l'adoption d'une convention internationale sur les GPA transfrontières (I). En outre, l'orientation philosophique et méthodologique de la CLH 93 pourrait se révéler être particulièrement pertinente et adaptée pour la rédaction d'un nouvel instrument international en matière de GPA transfrontière (II).

⁶ H. Baker, « A possible future instrument on International Surrogacy Arrangement: Are there lessons to be learnt from the 1993 Hague Intercountry Adoption Convention » In *International Surrogacy Agreements, Legal Regulation at the International Level*, P. Beaumont & K. Trimmings, Hartpublishing, Studies in international private law, 2013, p. 411 et ss.

⁷ D. Smolin, « Surrogacy as the Sale of Children: Applying Lessons Learned from Adoption to the Regulation of the Surrogacy Industry's Global Marketing of Children », *Pepperdine Law Review*, 2015.

⁸ *Ibid.* p. 270.

⁹ Le SSI-CIR a participé activement aux travaux préparatoires de la CLH 93.

¹⁰ Acte du 7ème colloque de la Mission de l'adoption internationale : Adoption internationale, éthique et pratiques, p. 15.

¹¹ I. Théry, A-M Leroyer : « *Filiation, origines, parentalité – Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle* », Odile Jacob, 2014, p. 226.

¹² Défenseur des droits, avis n°15-18 du 3 juillet 2015, p. 3.

¹³ <https://en-marche.fr/emmanuel-macron/le-programme/familles-et-societe>

« Nous assurerons la participation de la France à une initiative internationale pour lutter contre les trafics et la marchandisation des femmes liés au développement de la GPA dans le monde. Une telle démarche est d'ores et déjà en préparation à la Convention de la Haye, sur le modèle de ce que cette Convention a réalisé en matière d'adoption internationale pour lutter contre le trafic d'enfants ».

I. Les nécessités d'un encadrement à l'échelle internationale

6. Comme a déjà pu le souligner Madame Hannah Baker, les raisons qui impulsent aujourd’hui la rédaction d'une convention internationale sur les GPA transfrontières ne sont pas sans faire écho à celles qui ont motivé l'adoption de la CLH 93¹⁴. En effet, c'est à l'aube d'une augmentation spectaculaire du nombre d'adoptions internationales couplée à une multiplication des abus qu'est apparue la nécessité d'une nouvelle convention sur l'adoption internationale¹⁵. Cette nécessité s'était alors trouvée renforcée par le vide juridique dans lequel pouvaient se retrouver certains enfants dont l'adoption prononcée dans leur État d'origine n'était parfois pas reconnue dans leur État d'accueil. Partant, les travaux préparatoires de la CLH 93 nous délivrent deux enseignements particulièrement pertinents en matière de GPA : tout d'abord, l'absence de cadre international favorise le développement des mauvaises pratiques (A). Ensuite, cette même absence génère un cloisonnement des ordres juridiques particulièrement contraire à l'intérêt de l'enfant (B).

A. Une absence de cadre international propice au développement des mauvaises pratiques

7. La GPA est aujourd’hui un phénomène en plein essor. Selon le service social international (SSI), plus de 20 000 enfants naîtraient chaque année par le biais d'une procédure de maternité de substitution à caractère international ou d'une autre pratique de reproduction artificielle¹⁶. Les informations communiquées au Bureau permanent de la conférence de La Haye par certains États permettent d'illustrer l'ampleur qu'a pu prendre le phénomène au cours des dernières années. Ainsi, alors qu'il n'aurait traité que 12 dossiers de GPA transfrontières en 2009, l'État israélien déclare en avoir traité 128 en 2012¹⁷.

¹⁴ H. Baker, « A possible future instrument on International Surrogacy Arrangement: Are there lessons to be learnt from the 1993 Hague Intercountry Adoption Convention » in *International Surrogacy Agreements, Legal Regulation at the International Level*, P. Beaumont & K. Trimmings, Hartpublishing, Studies in international private law, 2013, p. 415.

¹⁵ Conférence de La Haye, *La mise en œuvre et le fonctionnement de la Convention de La Haye de 1993 sur l'adoption internationale, guide des bonnes pratiques n°1*, p. 21, §13.

¹⁶ Service Social International, *Appel à l'action 2016 : nécessité urgente de réglementer la maternité de substitution à caractère international et les techniques de reproduction artificielle*, <http://www.iss-ssi.org/index.php/fr/que-faisons-nous/maternite-de-substitution>.

¹⁷ *Etude sur la filiation juridique et questions découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international (Doc. Préliminaire n°3 c)*, Conférence de La Haye de Droit International Privé, 2014, p. 60.

De la même façon, entre 2009 et 2012, le Ministère de l'Immigration et de la Citoyenneté australien aurait eu connaissance d'environ 430 affaires « entrantes » de GPA transfrontières¹⁸. De son côté, un centre de fertilité en Inde revendique la naissance de 735 bébés issus d'une GPA transfrontière pour le compte de parents d'intention du monde entier¹⁹.

8. Les causes de cette augmentation sont diverses et trouvent leur origine dans « *la convergence de développements scientifiques, démographiques, juridiques et sociaux* »²⁰. En effet, d'un côté les personnes touchées par la stérilité augmentent en même temps que les structures familiales se muent, notamment avec l'admission des familles monoparentales et homoparentales. De l'autre, les techniques de procréation médicalement assistées ont évolué et certaines législations se sont adaptées à ces bouleversements. Ainsi, le recours à la GPA apparaît pour beaucoup comme le moyen de rendre possible un désir d'enfant jadis refoulé.

9. Cependant, face à cette augmentation, des législations nationales souvent lacunaires couplées à une absence de cadre international constituent des terreaux fertiles au développement des mauvaises pratiques. Ainsi, comme le souligne le SSI, en l'absence de réglementation, des activités commerciales très lucratives et potentiellement dangereuses de la part d'agences intermédiaires, de cliniques spécialisées et de candidats souhaitant un enfant se sont développées²¹.

10. La situation des gestatrices en Inde a ainsi souvent été mise en avant pour dénoncer la véritable exploitation dont les femmes peuvent être victimes : détention dans des maisons pendant la totalité de la grossesse, implantation d'un nombre important d'embryons dans l'utérus de la gestatrice, avortements sélectifs selon le sexe de l'enfant, accouchements par césarienne sans que cela ne soit médicalement exigé et sans que le consentement de la mère porteuse ne soit recueilli²². Les droits des femmes ne sont pas les seuls à être violés.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ *Ibid.*, p. 62.

²⁰ *Rapport préliminaire sur les problèmes découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international (Doc. Préliminaire n°10)*, Bureau Permanent - Conférence de La Haye de Droit International Privé, 2012, p. 6.

²¹ Service Social International, *Appel à l'action 2016 : Nécessité urgente de réglementer la maternité de substitution à caractère international et les techniques de reproduction artificielle*, <http://www.iss-ssi.org/index.php/fr/que-faisons-nous/maternite-de-substitution>.

²² S. Saravanan, « Liberté pour qui ? Justice reproductive et organisation de la GPA en Inde » in, *Résumés des communications du colloque scientifique internationale du 17 et 18 novembre 2016 : « La gestation pour autrui : résituer la France dans le monde— représentations, encadrements et pratiques »*, p. 20-21.

Dans certains États, les GPA s'apparentent à de véritables ventes d'enfants. Ces derniers sont alors réduits à l'état de simples marchandises, objets d'un contrat. Ainsi, sous l'égide de l'ancienne législation indienne, aucun paiement n'était réalisé en cas de fausse-couche et le « prix » pouvait varier en fonction du poids et de l'état de santé de l'enfant²³.

11. Cette augmentation du nombre de GPA avec pour corollaire une augmentation des mauvaises pratiques n'est pas sans rappeler les inquiétudes qui ont dicté la rédaction de la CLH 93 pour réguler l'adoption internationale et lutter contre le trafic d'enfants.

12. À la fin des années 1960 et au début des années 1970, le nombre d'enfants pouvant être adoptés dans les pays industrialisés a fortement diminué en raison de facteurs tant démographiques que sociaux. Cette baisse trouve son origine dans la chute du taux de natalité, mais aussi, et surtout, dans les importants progrès sociaux alors réalisés tels que la démocratisation de la contraception, la légalisation de l'interruption volontaire de grossesse, mais également l'acceptation sociale progressive des enfants nés hors mariage ou en violation du devoir de fidélité. Les familles qui bien souvent n'avaient d'autres moyens que l'adoption pour réaliser leur projet parental se sont tournées vers l'adoption d'enfants dans les pays en voie de développement.

13. Ainsi, le nombre d'adoptions internationales a augmenté de façon spectaculaire, engendrant un marché important et inquiétant, semblable à celui que l'on déplore aujourd'hui en matière de GPA. En effet, les travaux préparatoires de la CLH 93 rapportent que « *la demande d'enfants dans les pays industrialisés et la disponibilité de nombreux enfants sans foyer dans les pays en voie de développement ont donné naissance non seulement aux adoptions régulières et légales à l'intérieur de chaque pays, mais à des trafics internationaux d'enfants, soit aux fins d'adoption à l'étranger, soit sous le couvert de l'adoption, à d'autres fins habituellement illicites* »²⁴. Ce trafic d'enfants que la CLH 93 vise à éliminer se fonde sur plusieurs pratiques telles que la vente d'enfants, l'obtention d'un consentement à l'adoption par fraude ou par contrainte ainsi que l'enlèvement d'enfants. Ces méthodes ont été particulièrement bien analysées à l'occasion de la deuxième

²³ *Ibid.*

²⁴ J.H.A Van Loon, *Rapport sur l'adoption d'enfants originaires de l'étranger (Doc. Préliminaire n°1 d'avril 1990)*, Bureau Permanent - Conférence de La Haye de Droit International Privé, 1990, p 50, spéc. § 78. Disponible ici : <https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/publications1/?dtid=3&cid=69>

commission spéciale par le SSI²⁵ et par le professeur Smolin²⁶. Dénonçant ce trafic, le rapport Van Loon, qui a servi de base à la CLH 93, rapportait que : « *[I]a santé, le poids, le sexe, la couleur des yeux, l'origine sociale sont autant d'éléments qui peuvent influer sur le prix de l'enfant. Les tarifs peuvent aller de 10 000 à 15 000 dollars, mais atteindre parfois des sommes sensiblement plus élevées. Les bénéficiaires ne sont pas en général les parents biologiques ni les adoptants, mais les intermédiaires* »²⁷. Le parallèle avec les dérives de la GPA sus-évoquées apparaît ainsi avec évidence.

14. Toutefois, il est important de souligner une différence fondamentale dans les raisons de l'internationalisation des deux phénomènes. Si le recours à l'adoption internationale a trouvé son origine dans l'impossibilité pratique pour les adoptants d'adopter un enfant dans leur pays de résidence, c'est l'impossibilité légale de la pratiquer dans le pays de résidence qui motive l'internationalisation de la GPA. Néanmoins, cette différence, loin de constituer un obstacle à l'instauration d'un cadre international, devrait au contraire inciter davantage les États à suivre cette voie.

15. En effet, il apparaît clairement que les divergences entre États sur l'acceptation ou non de la GPA ont contribué à accélérer la réalisation d'un marché mondial que nous devons regretter et déconstruire. Comme l'a justement souligné le Professeur Fulchiron, le tourisme procréatif « *prospère sur la diversité des systèmes juridiques, des systèmes qui d'une façon ou d'une autre sont interdépendants* »²⁸. Ainsi, seule une convention internationale visant une harmonisation des standards pourrait permettre d'endiguer le phénomène.

²⁵ H. Boéchat, F. Fuentes (Service Social International), *Les zones grises de l'adoption internationale (doc d'information n°4 à l'attention de la commission spéciale de juin 2010 sur le fonctionnement pratique de la CLH 93)* - Bureau Permanent - Conférence de La Haye de Droit International Privé, 2010. Disponible ici : <https://www.hcch.net/fr/publications-and-studies/details4/?pid=6162&dtid=57>.

²⁶ D. Smolin, *Enlèvement, vente et traite d'enfants dans le contexte de l'adoption internationale (doc d'information n°1 à l'attention de la commission spéciale de juin 2010 sur le fonctionnement pratique de la CLH 93)* - Bureau Permanent - Conférence de La Haye de Droit International Privé, 2010. Disponible ici : <https://www.hcch.net/fr/publications-and-studies/details4/?pid=6162&dtid=57>.

²⁷ J.H.A Van Loon, *Rapport sur l'adoption d'enfants originaires de l'étranger (Doc. Préliminaire n°1 d'avril 1990)*, Bureau Permanent - Conférence de La Haye de Droit International Privé, 1990, p 52. Disponible ici : <https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/publications1/?dtid=3&cid=69>

²⁸ H. Fulchiron, « La gestation pour autrui : un problème juridique global » in, *résumés des communications du colloque scientifique internationale du 17 et 18 novembre 2016 : « La gestation pour autrui : redessiner la France dans le monde— représentations, encadrements et pratiques »*, p. 6.

16. Le continent asiatique illustre parfaitement ce phénomène de concurrence mercantile favorisé par l'absence de cadre tant national qu'international. En effet, l'Inde a été pendant longtemps une destination prisée en matière de GPA. Sunita Reddy explique comment ce pays est devenu « *un berceau pour la planète* »²⁹. Elle souligne que son attractivité était liée à « *des faibles coûts, l'absence quasi totale de cadre juridique pour surveiller et réglementer les pratiques et l'accès aisément à des gestatrices au meilleur prix* »³⁰. Sous la pression internationale, des changements législatifs sont intervenus pour interdire la GPA commerciale et réserver la GPA altruiste aux couples hétérosexuels. On aurait pu croire que cela constituerait un frein au tourisme procréatif ; en réalité, celui-ci n'a fait que prendre un nouveau tournant. Comme le met en lumière Andréa Whitaker, ce phénomène « *[a] poussé les cliniques à se réinstaller au Népal, déplaçant les gestatrices indiennes dans ce pays pour le transfert de l'embryon et la grossesse* »³¹. Elle souligne que le même déplacement du problème s'est créé avec la fermeture de la Thaïlande après l'affaire du bébé Gammy, faisant du Laos et du Cambodge³² les nouvelles destinations phares de ce tourisme procréatif³³.

17. Force est donc de constater que l'objectif principal qui a dicté l'adoption de la CLH 93, à savoir la lutte contre les trafics et les ventes d'enfants, se retrouve aujourd'hui dans le projet de convention GPA à l'étude au sein de la Conférence de La Haye. Cet objectif de lutte contre les trafics est d'autant plus fondamental en matière de GPA qu'il se double de celui de lutte contre l'asservissement et l'exploitation des femmes. Parallèlement, comme en matière d'adoption, le manque de coordination entre les États sur le statut juridique des enfants nés par GPA rend urgent l'adoption d'une convention internationale en la matière.

²⁹ S. Reddy, « La saga de la GPA en Inde : de la commercialisation à l'altruisme » in, *Résumés des communications du colloque scientifique internationale du 17 et 18 novembre 2016 : « La gestation pour autrui : résituer la France dans le monde— représentations, encadrements et pratiques »*, p. 12.

³⁰ *Ibid.*

³¹ A Whittaker, « Nouvelles destinations pour la GPA internationale en Asie du Sud-Est » in, *Résumés des communications du colloque scientifique internationale du 17 et 18 novembre 2016 : « La gestation pour autrui : résituer la France dans le monde— représentations, encadrements et pratiques »*, p. 8.

³² Notons que le Cambodge a cependant interdit la GPA en novembre 2016.

³³ A Whittaker, « Nouvelles destinations pour la GPA internationale en Asie du Sud-Est » in, *Résumés des communications du colloque scientifique internationale du 17 et 18 novembre 2016 : « La gestation pour autrui : résituer la France dans le monde— représentations, encadrements et pratiques »*, p. 8.

B. Une absence de cadre international génératrice d'un cloisonnement des ordres juridiques contraire à l'intérêt de l'enfant

18. Comme Madame Hannah Baker l'a mis en avant lors de sa communication à Aberdeen, l'une des raisons à l'origine de la mise en place de la CLH 93 était le vide juridique dans lequel pouvaient se trouver les enfants adoptés à l'étranger. En effet, les États ayant participé à la rédaction de la Convention étaient particulièrement inquiets du fait que les adoptions accordées dans l'État d'origine de l'enfant puissent ne pas être reconnues dans l'Etat d'accueil de l'enfant³⁴. Ainsi, l'un des objectifs des rédacteurs de la CLH 93 était de trouver les moyens d'assurer la pérennité du statut juridique de l'enfant. Ces inquiétudes se retrouvent aujourd'hui concernant le statut juridique des enfants nés de GPA transfrontières. En effet, à l'occasion de la consultation lancée par la conférence en 2014, les États ont nettement mis en exergue le fait que « *les besoins les plus pressants se rapportaient aux questions relatives au statut juridique des enfants nés dans le cadre de convention de maternité de substitution internationale, et en particulier au besoin d'éliminer la filiation juridique "boiteuse" et l'apatriodie* »³⁵. C'est la raison pour laquelle les questions de reconnaissance de la filiation constituent aujourd'hui un enjeu majeur pour le groupe d'experts travaillant sur le projet de convention filiation internationale/maternité de substitution. En février 2017, à l'occasion de sa dernière réunion, ce groupe a d'ailleurs affirmé que « *la filiation juridique des enfants et la continuité transfrontière de celle-ci constituaient des questions d'intérêt international* »³⁶. Il a également rappelé le principe fondamental selon lequel « *tous les enfants, sans distinction selon les circonstances de leur naissance doivent être traités de la même manière* »³⁷. À la lumière de ces éléments, ce groupe considère à l'unanimité que l'exception d'ordre public qui pourrait s'opposer à la reconnaissance d'une filiation devrait

³⁴ H. Baker, « A possible future instrument on International Surrogacy Arrangement: Are there lessons to be learnt from the 1993 Hague Intercountry Adoption Convention » in *International Surrogacy Agreements, Legal Regulation at the International Level*, P. Beaumont & K. Trimmings, Hartpublishing, Studies in international private law, 2013, p. 417.

³⁵ *Opportunité et possibilité de poursuivre les travaux menés dans le cadre du projet filiation/maternité de substitution (Doc. Prél. N°3B)*, Conférence de La Haye, 2014, p. 20.

³⁶ HCCH, rapport de février 2017 du groupe d'experts sur le projet filiation/maternité de substitution, §4, p. 1 Disponible ici : <https://www.hcch.net/fr/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>.

³⁷ HCCH, rapport de février 2017 du groupe d'experts sur le projet filiation/maternité de substitution, §25, p. 4. Disponible ici : <https://www.hcch.net/fr/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>.

nécessairement prendre en compte l'intérêt supérieur de l'enfant comme dans de nombreuses conventions, dont la CLH 93³⁸.

19. À l'heure actuelle, en l'absence de cadre international, force est de constater que la reconnaissance de la filiation des enfants nés par GPA reste dans beaucoup d'Etats, dont la France, particulièrement complexe et insatisfaisante. En effet, même si sous l'influence de la Cour Européenne des droits de l'Homme (CEDH), les droits fondamentaux des enfants à voir garantir leur filiation et leur identité ont pu être renforcés, la pérennité de leur filiation telle que conçue par leur État d'origine n'est pas toujours assurée. Après avoir invoqué l'ordre public³⁹ puis la fraude à la loi⁴⁰ pour s'opposer à cette reconnaissance, la France a été obligée d'infléchir sa position en conséquence de sa condamnation par la CEDH dans les arrêts Mennesson et Labassée⁴¹, confirmés depuis par l'arrêt Foulon et Bouvet⁴² ainsi que par l'arrêt Laborie⁴³. Dans ces affaires, les juges strasbourgeois ont, à l'unanimité, considéré que le refus de transcription des actes de naissance des enfants portait atteinte à leur identité. S'est alors posée, en France, la question de savoir si la CEDH condamnait le refus de reconnaissance de la seule parenté biologique ou également de la parenté d'intention. Prenant acte de la condamnation de la France, la Cour de cassation a, dans deux arrêts d'assemblée plénière en date du 3 juillet 2015⁴⁴, affirmé qu'à partir du moment où l'acte de naissance mentionne en qualité de père, le père biologique, et en qualité de mère, la femme qui a accouché, la seule existence d'une convention de GPA ne pouvait suffire à refuser la transcription. Dans ces affaires, la haute juridiction ne s'est cependant pas prononcée sur la parenté d'intention. Deux arrêts récents de la cour d'appel de Rennes, l'un du 12 décembre 2016⁴⁵ et l'autre du 6 mars 2017⁴⁶, ont pu laisser croire à une ouverture. Dans ces arrêts, la Cour, confirmant les décisions de première instance, a considéré que les actes de naissance faisant apparaître une telle filiation sont conformes à la réalité au sens de l'article 47 du code civil et peuvent être transcrits. Ces décisions

³⁸ HCCH, rapport de février 2017 du groupe d'experts sur le projet filiation/maternité de substitution, §12, p. 2. Disponible ici : <https://www.hcch.net/fr/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>.

³⁹ Civ.1ère, 6 avr. 2011, n° 09-66.486, *Bull. 2011*, I, n° 71, n° 10-19.053, *Bull. 2011*, I, n° 72 et n° 09-17.130, *Bull. 2011*, I, n° 70.

⁴⁰ Civ.1ère, 13 septembre 2013, n° 12-18.315, *Bull. 2013*, I, n° 176 et n° 12-30.138, *Bull. 2013*, I, n° 176.

⁴¹ CEDH, 26 juin 2014 : *Mennesson c. France* et CEDH, 26 juin 2014 : *Labassée c. France*.

⁴² CEDH, 21 juillet 2016, *Foulon et Bouvet c. France*.

⁴³ CEDH, 19 janvier 2017, *Laborie c. France*.

⁴⁴ Ass. plén, 3 juillet 2015, n° 14-21.323, *Bull 2015*, I, n° 831 et n° 15-50.002, *Bull 2015*, I, n° 831.

⁴⁵ CA Rennes, 12/12/2016 n° 15/08549.

⁴⁶ CA Rennes, 06/03/2017 n°16/00393.

doivent cependant être considérées comme isolées. En effet ces décisions ont toutes deux été cassées. D'abord par un arrêt du 5 juillet 2017⁴⁷, puis par un arrêt confirmatif du 29 novembre 2017⁴⁸. Dans ces arrêts, la haute juridiction a solennellement affirmé que, puisque l'article 47 du code civil ne permet de transcrire à l'état civil français que les actes étrangers dont les énonciations sont conformes à la réalité, il est alors impossible de transcrire un acte faisant mention d'une mère qui n'est pas la femme ayant accouché. Autrement dit, selon la Cour de cassation, la notion de « réalité » doit être vue au travers du prisme de nos règles de droit régissant la filiation et de ce qu'elles autorisent. Cette solution est-elle conforme à l'intérêt de l'enfant qui, en traversant les frontières qui séparent son pays de naissance et son pays de résidence, n'aura pas la même filiation maternelle ? La question mérite d'être posée. Fort heureusement, pour tempérer cela, par un autre arrêt du 5 juillet 2017⁴⁹, la haute juridiction a précisé qu'une GPA réalisée à l'étranger ne fait pas obstacle, à elle seule, à l'adoption simple de l'enfant par l'époux du père. Ainsi, de la même façon, l'épouse du père à qui la transcription directe sera refusée pourra chercher à établir sa filiation par la voie de l'adoption simple. Il est cependant permis de douter de la pertinence de cette solution qui ne permet de reconnaître la filiation maternelle, et ce quand bien même la mère d'intention serait la mère génétique de l'enfant, que par le truchement de l'adoption, alors même que la GPA est antinomique avec cette institution.

20. Si le statut juridique de l'enfant né d'une GPA à l'étranger a, sous l'influence de la CEDH, indubitablement progressé au cours des dernières années, la recherche d'un équilibre entre l'interdit du for et le droit de l'enfant à avoir un statut juridique stable conduit à dénaturer ce statut qui se fait, se défait et se refait selon les frontières franchies. Nous ne pouvons dès lors que partager le sinistre constat fait par le Professeur Maria-Susanna Narujieta qui, dans son cours dispensé en 2015 à l'Académie internationale de La Haye relatif à l'adoption internationale des mineurs et les droits de l'enfant, affirmait, s'agissant des GPA transfrontières, que « *[I]l a conclusion inévitable est que le système de conflit des lois d'un État, considéré isolément, ne parvient pas à assurer la coordination des solutions dont les enfants ont besoin* »⁵⁰.

⁴⁷ Civ.1ère, 5 juillet 2017, n° 15-28.597, *Bull 2018, IV*, n° 874.

⁴⁸ Civ.1ère, 29 novembre 2017, n° 16-50.061, à paraître au BICC.

⁴⁹ Civ. 1ère, 5 juillet 2017, n°16-16.455, *Bull 2018, IV*, n° 874.

⁵⁰ M.S. Narujieta, « L'Adoption Internationale des Mineurs et les droits de l'Enfant (Volume 376) », in: *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, The Hague Academy of International Law, 2015, p. 354, § 129.

21. À l'aune de ces éléments, l'adoption d'une convention internationale apparaît plus que souhaitable. Cependant, admettre qu'une convention internationale est nécessaire ne saurait suffire et encore faut-il savoir quelle orientation lui donner, ce qui nous amène naturellement, au regard des ressemblances précédemment évoquées entre les situations, à apprécier l'opportunité de l'orientation philosophique et méthodologique retenue par la CLH 93 en matière d'adoption internationale

II. L'opportunité de l'adoption d'un instrument hybride : entre instrument de droit de l'homme et de droit international privé

22. Dans le cadre de ses travaux sur un éventuel projet d'instrument relatif aux GPA transfrontières, la Conférence a, par le biais de questionnaires, lancé une grande consultation visant à recenser les besoins urgents. Deux préoccupations majeures ont ainsi été mises en avant tant par les États que par les différents acteurs de la GPA⁵¹ : d'une part, les questions relatives au statut juridique des enfants nés d'une GPA transfrontière ; d'autre part, la nécessité de garantir le respect des droits et du bien-être de toutes les parties à une convention de maternité de substitution internationale, et particulièrement ceux des enfants et des mères porteuses⁵². Parvenir à cet objectif semble ambitieux. Pour autant, on ne peut ignorer le précédent remarquable que constitue la CLH 93 dont le succès se trouve dans sa nature hybride. En effet, la force de la CLH 93 réside dans son « *triple caractère d'instrument des droits de l'Homme, d'instrument de coopération judiciaire et administrative et d'instrument de droit international privé* »⁵³. Les GPA transfrontières posent bien plus que de simples questions de droit international privé. Elles soulèvent des questions éthiques fondamentales et intéressent de près les droits de l'Homme, en particulier ceux des femmes porteuses et des enfants. Partant, si une convention internationale devait voir le jour, il serait primordial que, comme en matière d'adoption, elle pose des garanties minimales (A) dont chaque acteur de la procédure, et en particulier les Etats, aurait la responsabilité d'assurer le respect par le biais d'un mécanisme de coopération (B).

A. La nécessité de centrer le futur instrument sur le respect des droits de l'Homme

⁵¹ *Opportunité et possibilité de poursuivre les travaux menés dans le cadre du projet filiation/maternité de substitution (Doc. Prél. N°3B)*, Conférence de La Haye, 2014, p. 20.

⁵² *Ibid.*

⁵³ J. H. A. Van Loon, « International Co-operation and Protection of Children with regard to Intercountry Adoption », in *Recueil des Cours de l'Académie Internationale de la Haye, Volume 244 (1993- VIII)* p. 336-337.

23. Une majorité d'États et d'acteurs de la GPA souhaitent que le futur instrument veille à ce que les conventions de maternité de substitution internationales « *soient exécutées dans le respect des droits de l'homme et du bien-être de toutes les personnes impliquées, y compris de l'enfant (des enfants) à naître* »⁵⁴. C'est en ce sens que le rapport Théry-Leroyer recommande, sur le modèle de la CLH 93, de renforcer la coopération internationale pour lutter contre les situations dans lesquelles les GPA sont contraires à des principes éthiques fondamentaux⁵⁵. L'objectif affiché est que le futur instrument puisse dépasser les problématiques de droit international privé pour se hisser au rang d'instrument international de droits de l'Homme. Afin de comprendre tout l'intérêt d'une telle approche, il est nécessaire d'expliquer l'apport considérable qu'a constitué la CLH 93 en matière d'éthique. Ce n'est qu'en comprenant comment elle contribue à poser des principes fondamentaux et à lutter contre les pratiques illicites que l'on peut saisir l'intérêt qu'une telle approche pourrait revêtir en matière de GPA transfrontières.

24. Si la CLH 93 est parvenue à s'affirmer, non pas comme un simple instrument de droit international privé, mais également comme un instrument de droits de l'Homme, c'est en raison de son assise solide en la matière : elle trouve ainsi sa source dans la Convention Internationale des Droits de l'Enfant (CIDE) de 1989, qu'elle complète, comme le précise son préambule. Toutefois, si la CLH 93 fait de l'intérêt de l'enfant sa priorité, elle ne protège pas uniquement ce dernier. En effet, sa mise en œuvre doit garantir le respect des droits de toutes les personnes impliquées. Elle protège et respecte donc également les droits des parents biologiques (validité de leur consentement) et des parents adoptants (reconnaissance de la filiation). Sa finalité est double : d'un côté, lutter contre les trafics et la vente d'enfants ; de l'autre, assurer la reconnaissance des adoptions prononcées conformément à la Convention. Il est important de préciser qu'à l'instar d'une directive européenne, la CLH 93 n'impose pas de cadre strict, mais le respect de grands principes tels que le principe de subsidiarité de l'adoption internationale (préambule et article 4-b), l'existence d'un consentement libre et éclairé des parents ou du tuteur légal obtenu sans contrepartie et après la naissance de l'enfant (article 4) ou encore la prévention des gains matériels indus (article 32). Le respect de ces principes doit permettre *in fine* de lutter contre les trafics d'enfants et assurer le respect de son intérêt supérieur. C'est pourquoi les États ratifiant la CLH 93 ont l'obligation de mettre en conformité leur législation avec ses principes directeurs. L'adoption d'une législation conforme au cadre des droits de

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ I. Théry, A-M Leroyer, *Filiation, origines, parentalité – Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Odile Jacob, 2014, p. 226.

l'Homme souhaité par la Convention ne constitue qu'une première étape ; une fois la législation conforme à ce cadre, la coopération entre États (voir infra II.B) a pour objectif d'en assurer le respect. À cet égard, la CLH 93 précise dès son article premier que son but est « *d'instaurer un système de coopération entre les États contractants pour assurer le respect de ces garanties et prévenir ainsi l'enlèvement, la vente ou la traite d'enfants* »⁵⁶. Sa ratification emporte donc pour l'État la nécessité d'adopter une législation respectueuse des droits humains et conforme à ses principes éthiques.

25. On devine aisément à quel point cette approche pourrait être appropriée en matière de GPA. En effet, si certains appellent de leurs vœux une convention abolitionniste, celle-ci ne saurait prospérer tant la GPA est culturellement ancrée dans certaines sociétés. L'approche retenue par la CLH 93 et adaptée aux spécificités de la GPA permettrait d'abolir les mauvaises pratiques, de minimiser la course vers le bas et de garantir un minimum d'éthique dans les GPA réalisées, dans l'intérêt tant des femmes porteuses que des enfants et des parents d'intention. Les États ratifiant la future « CLH GPA » auraient l'obligation d'adopter un cadre légal conforme aux principes généraux de ladite convention, lequel s'appliquera tant dans l'ordre interne que dans l'ordre international. La future convention servira ainsi de garde-fou contre les dérives et les abus. Elle permettrait d'imposer aux États un cadre national favorable au respect des droits humains et en particulier des femmes porteuses et des enfants à naître.

26. De la même façon que pour l'adoption internationale, le caractère d'instrument de protection des droits de l'Homme de cette éventuelle convention ne pourra s'affirmer que si elle prend sa source dans des textes internationaux déjà existants qu'elle complétera. Les travaux déjà menés par la Conférence fournissent de nombreuses pistes de réflexion⁵⁷, qu'il conviendra de poursuivre s'agissant tant des garanties minimales à prévoir afin de lutter contre l'exploitation des femmes et la vente des enfants que des normes internationales pouvant servir de fondement au futur instrument.

Ces garanties peuvent être regroupées en trois catégories :

- les garanties sur la légalité de la procédure et particulièrement sur l'existence d'un consentement libre et éclairé de la femme porteuse ;
- les garanties concernant les aspects éthiques et médicaux de la GPA ;

⁵⁶ CLH 93, Article 1) b).

⁵⁷ Voir spécialement : *Opportunité et possibilité de poursuivre les travaux menés dans le cadre du projet filiation / maternité de substitution* (Doc. Prél. N°3B, Conférence de La Haye, 2014, p. 29 à 32).

- les garanties concernant les aspects financiers de la GPA et l'interdiction de la vente d'enfants.

27. La première catégorie de garanties, comme en matière d'adoption internationale, concerne l'existence d'un consentement libre et éclairé des femmes porteuses qui doivent être informées de toutes les conséquences d'une convention de maternité de substitution. Cette information doit certes être juridique, mais elle doit également être psychosociale et médicale. Il s'agit là d'un impératif éthique consacré expressément dans les normes internationales régissant la bioéthique et particulièrement à l'article 6 (1) de la Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'Homme de l'UNESCO de 2005⁵⁸. Cet article dispose que « *toute intervention médicale [...] ne doit être mise en œuvre qu'avec le consentement préalable, libre et éclairé de la personne concernée fondé sur des informations suffisantes. Le cas échéant, le consentement devrait être exprès et la personne concernée peut le retirer à tout moment et pour toute raison sans qu'il en résulte pour elle aucun désavantage ni préjudice* ». Ainsi, comme le mettent en avant les travaux de la Conférence, ce texte pourrait servir de fondement de droits de l'Homme à un futur projet de convention⁵⁹. Concernant la mise en œuvre de cette information, elle devrait selon nous être délivrée en plusieurs temps et par des personnes distinctes. Dans un premier temps, le corps médical délivrerait une information sur toutes les conséquences médicales et socio-psychologiques et la femme porteuse se verrait obligatoirement remettre le rapport de cet entretien. Ensuite, la femme porteuse pourrait être reçue par une autorité centrale laquelle lui exposerait les conséquences juridiques et lui rappellerait les conséquences psychosociales et médicales. À la suite d'un délai de réflexion, le consentement serait recueilli devant cette même autorité ou devant un magistrat ou un notaire. En la matière, il est également impératif que le projet de convention interdise expressément toute clause contractuelle pouvant forcer une interruption volontaire de grossesse ou pouvant au contraire l'interdire afin de garantir le respect du principe fondamental que constitue la liberté de disposer de son corps. La question du moment du caractère définitif du consentement devra également être débattue lors de l'adoption de la convention. Le consentement à l'acte médical entraîne-t-il consentement à l'abandon et à la remise de l'enfant ou bien la femme porteuse pourrait-elle rompre le contrat et vouloir garder l'enfant ? Cette question doit-elle être tranchée par la future convention ou pourrait-elle être laissée à l'appréciation souveraine de chaque État ? Le fait que

⁵⁸ Texte intégral disponible ici :
http://portal.unesco.org/fr/ev.php-URL_ID=31058&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html

⁵⁹ Opportunité et possibilité de poursuivre les travaux menés dans le cadre du projet filiation/maternité de substitution (Doc. Prél. N°3B), Conférence de La Haye, 2014, p. 29.

la « gestatrice » fournisse son propre ovocyte, utilise celui d'une tierce donneuse ou celui de la mère d'intention entraîne-t-il une approche différente de la problématique ? Toutes ces questions devront être étudiées avec soin par les rédacteurs d'un éventuel futur instrument. Nous nous intéressons ici aux garanties concernant le consentement de la mère porteuse ; toutefois, il est primordial que tous ces éléments soient également communiqués aux parents d'intention qui doivent être pleinement informés de leurs droits et de leurs devoirs, comme de ceux de la femme porteuse.

28. Les garanties concernant les aspects éthiques et médicaux constituent le cœur du projet de convention. Comme l'a souligné la Conférence, les lois régissant la bioéthique — notamment la Déclaration universelle sur la bioéthique précitée —, mais également le Pacte international des Nations Unies relatif aux droits économiques, sociaux et culturels⁶⁰, en particulier son article 12 relatif au droit à la santé maternelle, infantile et génésique, pourraient servir de fondements en matière de droits de l'Homme, la convention projetée venant alors en renfort de ces droits⁶¹. Il conviendrait ainsi avant tout acte obstétrique de s'assurer de l'aptitude médicale et psychologique de la femme porteuse. Il s'agira par ailleurs de veiller au respect d'un encadrement strict : limitation du nombre d'embryons pouvant être implantés dans l'utérus d'une femme porteuse, interdiction des césariennes forcées, limitation du nombre de gestations par une même femme, liberté de mouvement laissée aux gestatrices pendant la grossesse (sauf risque pour l'enfant à naître), obligation d'assurer un suivi médical et psychologique, etc. Ces garanties constituerait le pendant de celles prévues par la CLH 93 concernant l'adoptabilité juridique, psychologique et l'état de santé de l'enfant, telles qu'instaurées notamment à l'article 16, au travers du rapport relatif à l'enfant. L'approche de santé publique⁶², suivie par certains États des États-Unis⁶³ pour réguler la GPA, pourrait constituer une source d'inspiration non négligeable.

29. Enfin, concernant les aspects financiers, il est nécessaire d'encadrer les coûts et d'éliminer les profits indus sur le modèle de ce que permet l'article 32 de la CLH 93 pour l'adoption internationale. Aux termes des paragraphes 1

⁶⁰ Texte intégral disponible ici : <http://www.ohchr.org/FR/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>

⁶¹ *Opportunité et possibilité de poursuivre les travaux menés dans le cadre du projet filiation/maternité de substitution (Doc. Prél. N°3B)*, Conférence de La Haye, 2014, p. 29.

⁶² J. Merchant, « Panorama juridique et politique de la GPA aux Etats-Unis » in *Résumés des communications du colloque scientifique internationale du 17 et 18 novembre 2016 : « La gestation pour autrui : résituer la France dans le monde— représentations, encadrements et pratiques »*, p. 3.

⁶³ La Floride, L'Utah, Le Washington et le New-Hampshire.

et 2 de cet article, « *nul ne peut tirer un gain matériel indu en raison d'une intervention à l'occasion d'une adoption internationale* » et « *seuls peuvent être demandés et payés les frais et dépenses, y compris, les honoraires raisonnables des personnes qui sont intervenues dans l'adoption* ». L'interdiction des « gains matériels indus » nous semble fondamentale en matière de GPA pour ne pas sombrer dans la vente d'enfants et/ou dans l'exploitation des femmes et lutter contre les intermédiaires illicites. Reste alors évidemment à définir ce qui, en matière de GPA, pourrait relever des « *frais et dépenses* » et ce qui constituerait un « *gain matériel indu* ». La question est, comme en matière d'adoption, particulièrement délicate et mériterait des réflexions particulièrement poussées avant toute rédaction de convention. L'approche de certains États américains qui considèrent que la rémunération ne peut excéder les frais médicaux, les vêtements, la perte de salaire de la femme porteuse une fois en congé maternité et les autres frais associés nous semble particulièrement pertinente⁶⁴. En outre, comme le souligne la Conférence de La Haye, « *la rémunération devrait être proportionnelle au temps, aux efforts et aux risques engagés ou courus par la mère porteuse et non pas subordonnée à l'issue de la grossesse* »⁶⁵. En effet, dans le cas contraire, la GPA constituerait une vente d'enfants. À cet égard, la mise en garde du professeur David Smolin mérite d'être rappelée : la volonté louable de garantir le meilleur intérêt de l'enfant par la reconnaissance de sa filiation ne doit pas se traduire par la légitimation systématique de la vente d'enfants⁶⁶.

30. Pour éviter que les GPA ne deviennent des ventes d'enfants, le projet de convention devrait comme la CLH 93 se fonder sur la CIDE et la compléter. En effet, l'article 35 de la CIDE prohibe internationalement la vente d'enfants⁶⁷, règle qui a depuis été renforcée en 2000 par le Protocole facultatif à la CIDE concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants

⁶⁴ J. Merchant, « Panorama juridique et politique de la GPA aux Etats-Unis » in *Résumés des communications du colloque scientifique internationale du 17 et 18 novembre 2016 : « La gestation pour autrui : résituer la France dans le monde— représentations, encadrements et pratiques »*, p. 3.

⁶⁵ *Opportunité et possibilité de poursuivre les travaux menés dans le cadre du projet filiation/maternité de substitution (Doc. Prél. N°3B)*, Conférence de La Haye, 2014, p. 31.

⁶⁶ D. Smolin, « Surrogacy as the Sale of Children : Applying Lessons Learned from Adoption to the Regulation of the Surrogacy Industry's Global Marketing of Children », *Pepperdine Law Review*, 2015, p. 270 : « The understandable goal of strengthening the legal position and protection the best interests of children produced by international surrogacy should not come through legitimating the systematic selling of children ».

⁶⁷ Article 35 de la CIDE : « *les États parties prennent toutes les mesures appropriées sur les plans national, bilatéral et multilatéral pour empêcher l'enlèvement, la vente ou la traite d'enfants à quelque fin que ce soit et sous quelque forme que ce soit* ».

et la pornographie mettant en scène des enfants⁶⁸. L'article 2 de ce protocole définit la vente d'enfants comme « *tout acte ou toute transaction en vertu desquels un enfant est remis par toute personne ou de tout groupe de personnes à une autre personne ou un autre groupe contre rémunération ou tout autre avantage* ». À cet égard, il est primordial de souligner que, contrairement à ce que voudraient faire croire certains opposants à la GPA, cette dernière ne peut pas être systématiquement analysée en vente d'enfants et n'est pas en soi contraire à la CIDE.

31. Le Comité des droits de l'enfant, organe chargé de veiller à la bonne application de la CIDE, a eu récemment l'occasion de se prononcer à plusieurs reprises sur la GPA. Ainsi, en 2013, au paragraphe 29 b de son observation finale aux États-Unis, le Comité dénonce « *l'absence de législation fédérale relative à la GPA, qui, en l'absence de réglementation claire, relève de la vente d'enfants* »⁶⁹. En 2014, dans sa recommandation finale à l'Inde, au paragraphe 57 relatif à l'adoption, le Comité constate que « *la GPA à des fins commerciales, qui n'est pas suffisamment encadrée, est une pratique répandue, qui entraîne la vente d'enfants et des violations des droits de l'enfant* ». Fort de ce constat, au paragraphe 58, il recommande à l'État « *de veiller à ce que le projet de loi de 2013 sur l'encadrement des techniques de procréation médicalement assistée ou d'autres textes ultérieurs contiennent des dispositions qui définissent et encadrent la GPA et en assurent la surveillance et qui incriminent la vente d'enfants à des fins d'adoption illégale, y compris l'utilisation abusive de la GPA [...]* ». Le Comité des droits de l'enfant demande donc à l'Inde non pas d'interdire mais d'encadrer la GPA. Des recommandations ont également été faites à d'autres États tels qu'Israël, la Géorgie, ou encore le Mexique. Sur le modèle de ce qui existe en matière d'adoption, le Comité a pu recommander que les GPA soient conclues dans l'intérêt supérieur des enfants, que ces derniers puissent avoir accès à leurs origines, qu'une évaluation et un accompagnement approprié des femmes porteuses soient réalisés, que les parents d'intention soient évalués afin de s'assurer de leur projet parental et de prévenir la vente clandestine ou les abus sexuels potentiels⁷⁰.

32. Il résulte donc des propres observations du Comité des droits de l'enfant que la GPA ne saurait constituer en soi une violation de la CIDE, mais que son manque d'encadrement, notamment lorsqu'elle poursuit une fin commerciale, entraîne des dérives résultant en des ventes d'enfants et donc en

⁶⁸ Texte intégral disponible ici : <http://www.ohchr.org/FR/ProfessionalInterest/Pages/OPSCCRC.aspx>.

⁶⁹ Service Social International : *Appel à l'action 2016- Nécessité urgente de réglementer la maternité de substitution à caractère international et les techniques de reproduction artificielle*. Disponible ici : <http://www.iss-ssi.org/index.php/fr/que-faisons-nous/maternite-de-substitution>.

⁷⁰ Service Social International, Bulletin mensuel n°212 Mai-Juin 2017, Spéc. p. 10.

une violation de la CIDE. Dans ce contexte, nous partageons l'analyse du SSI, selon laquelle « *la nécessité d'une réglementation de la maternité de substitution à caractère international et des autres pratiques en matière de techniques de reproduction artificielle dans des contextes transfrontières est donc clairement inhérente aux droits des enfants d'être protégés contre la vente d'enfants* »⁷¹. Nous ajouterons que l'encadrement de la GPA par un traité international permettra de lutter contre la vente d'enfants, mais également contre l'exploitation des femmes en venant renforcer les droits des femmes porteuses.

33. On le voit, en prenant modèle sur la CLH 93, le projet de convention GPA pourrait se hisser au rang des instruments de droits de l'Homme. Toutefois, cet objectif ne sera atteint que par la mise en place d'un cadre de coopération interétatique ayant pour finalité de veiller au respect des principes éthiques posés par la future convention. Ce cadre de coopération aurait également l'avantage d'assurer la pérennité du statut juridique des enfants et par la même occasion la reconnaissance des familles.

B. La coopération, clef de voûte du respect des principes éthiques et du système privilégié de reconnaissance

34. Outre son orientation philosophique, l'originalité de la CLH 93 repose sans conteste sur sa méthode. Contrairement à la majorité des conventions internationales, elle ne cherche pas à uniformiser les règles ni de droit interne ni de droit international en matière d'adoption. En effet, les rédacteurs, s'inspirant du mécanisme prévu dans la Convention de La Haye de 1980 sur les déplacements illicites d'enfants, ont fait le choix de substituer à la méthode classique du conflit de lois la méthode novatrice de la coopération. Cette méthode de coopération constitue aujourd'hui la pierre angulaire des conventions de La Haye ayant trait à la protection des mineurs. On la retrouve en effet dans les trois conventions régissant la matière : la convention de 1980 sur les déplacements illicites d'enfants, la convention de 1993 sur l'adoption internationale et la convention de 1996 sur la responsabilité parentale et la protection des mineurs. Il serait donc logique qu'un éventuel projet de convention filiation/maternité de substitution se fonde également sur cette méthode.

⁷¹ Service Social International : *Appel à l'action 2016- Nécessité urgente de réglementer la maternité de substitution à caractère international et les techniques de reproduction artificielle*. Disponible ici : <http://www.iss-ssi.org/index.php/fr/que-faisons-nous/maternite-de-substitution>.

35. En matière d'adoption internationale, cette méthode s'accompagne d'un partage des responsabilités entre les autorités des pays d'origine et des pays d'accueil afin de prévenir les abus et de garantir que les adoptions aient lieu dans le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant⁷². Au cœur de ce système de coopération se trouvent les articles 6, 7, 17 et 23 de la Convention adoption. Dans un premier temps, l'article 6 impose à chaque État de désigner une autorité centrale « *chargée de satisfaire aux obligations qui lui sont imposées par la Convention* ». L'article 7 oblige ensuite ces autorités à coopérer dans le but d'*« assurer la protection des enfants* ». Les autorités des pays d'origine ont principalement la charge d'assurer une protection de remplacement pour les enfants et de garantir leur adoptabilité. Pour ce faire, comme évoqué précédemment, elles doivent mettre en place des lois et procédures respectant les principes directeurs de la Convention. Dès lors que la légalité de la procédure prévue par l'État d'origine est admise par l'État d'accueil, son autorité centrale doit veiller à ce que l'enfant puisse entrer dans son territoire et à ce que sa filiation soit reconnue. L'article 17 s'impose comme le chef d'orchestre de cette coopération interétatique. En effet, il découle de cet article que pour que l'adoption soit valable, les deux États doivent échanger leur accord à la poursuite de la procédure. Cet échange doit intervenir avant le prononcé du jugement d'adoption. Ainsi, chaque État a le pouvoir d'empêcher l'adoption avant qu'elle ne se réalise s'il lui apparaît qu'elle viole les principes directeurs de la Convention. L'échange des accords à la poursuite de la procédure permet un partage de responsabilité entre les autorités centrales et constitue l'instrument de coopération au service de la lutte contre les trafics d'enfants. Cet échange est requis pour l'obtention du certificat de conformité à la Convention. Ce certificat, délivré en fin de procédure, a pour but de garantir que l'adoption a été menée en conformité avec les principes directeurs de la CLH 93. Il doit nécessairement mentionner la date de l'échange des accords à la poursuite de la procédure et le nom des autorités les ayant délivrés. Il constitue ainsi un brevet de « *conventionnalité* » de la procédure et permet, à l'instar des certificats prévus par certains règlements européens, d'organiser la circulation de la décision d'adoption⁷³. Dès lors, un État ne pourra, aux termes de l'article 24, faire obstacle à cette reconnaissance que si *« l'adoption est manifestement contraire à son ordre public, compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant* ». Le système de reconnaissance ainsi mis en place par la CLH 93 prend sa source dans cette étroite coopération interétatique qui permet d'instaurer un cadre de confiance mutuelle grâce aux contrôles par les deux États du respect de principes fondamentaux.

⁷² Voir sur ce point l'article 1) a) de la CLH 93.

⁷³ V. en ce sens rapport préliminaire précité, Spéc § 60. p. 29.

36. Il est dès lors aisément de voir à quel point ce système serait pertinent en matière de GPA. En ratifiant une telle convention, les pays où ont lieu les GPA auraient l'obligation d'adapter leur législation pour la rendre conforme au cadre éthique imposé par la convention afin de protéger les femmes et les enfants des abus et exploitations. Les pays d'accueil auraient l'obligation de faciliter la reconnaissance du lien de filiation dès lors qu'ils ont reconnu que les principes directeurs ont été respectés et ainsi donné leur accord à la poursuite de la procédure. Évidemment cet accord doit intervenir avant la conception de l'enfant. Tout au long de la procédure, les deux États partageraient une coresponsabilité et auraient la charge de vérifier que la GPA ne dissimule pas une vente d'enfants, que les droits de la femme porteuse et sa dignité sont respectés, que son consentement et sa liberté sont garantis. Dans le cas contraire, les États pourraient, avant toute conception, empêcher les GPA contraires aux principes directeurs de se réaliser et éviter d'avoir à statuer a posteriori sur la filiation de l'enfant. Nous nous réjouissons donc de noter qu'à l'occasion de la réunion du groupe d'experts de février 2017, de nombreux membres ont indiqué être convaincus que la mise en place d'un système de coopération administrative serait la méthode idoine pour traiter des GPA transfrontières et estiment qu'il convient de procéder à la désignation d'autorités compétentes ou centrales⁷⁴. Le groupe d'experts semble donc majoritairement considérer que le système mis en place en matière d'adoption internationale pourrait être adapté à la GPA pour répondre de façon efficace aux problématiques que cette technique de procréation médicalement assistée pose dans l'ordre international.

37. D'aucuns argueront que si une telle convention venait à voir le jour, la France ne devrait pas y prendre part. Selon eux, ratifier un tel instrument reviendrait à encourager les GPA transfrontières alors même que notre législation l'interdit et imposerait une obligation de reconnaissance particulièrement lourde pour la France et violant ses valeurs fondamentales. Pour autant, ce serait ignorer qu'en conséquence des récentes décisions de la CEDH, certaines obligations de reconnaissance pèsent déjà sur la France. Partant, la France a deux possibilités : elle peut, comme elle le fait actuellement, se contenter de reconnaître partiellement les liens de filiation découlant des GPA pratiquées à l'étranger comme le lui l'impose la CEDH, sans pouvoir contrôler les violations éventuelles aux droits de l'Homme au cours de la GPA et sans parvenir à établir une filiation cohérente avec celle du pays d'origine. Elle peut sinon participer de manière volontaire à une initiative internationale

⁷⁴ HCCH, rapport de février 2017 du groupe d'experts sur le projet filiation/maternité de substitution, §34, p. 5. Disponible ici : <https://www.hcch.net/fr/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>.

par laquelle elle veillerait à faire valoir ses valeurs et qui pourrait aboutir à la mise en place d'une reconnaissance facilitée sous conditions du respect de certains principes essentiels. Évidemment, à supposer qu'une telle convention soit rédigée, une question se posera. Que décidera la CEDH dans l'hypothèse où une GPA serait pratiquée dans un pays non-partie à la convention GPA et en violation des principes fondamentaux de ladite convention ? Si la France ou un autre État s'oppose alors à la reconnaissance de ce lien de filiation, la CEDH pourrait-elle considérer qu'il y a violation de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales ? Personne ne peut l'affirmer, toutefois il nous semble que la Cour pourrait considérer que l'ingérence, si elle viole les principes posés à l'article 8, est cependant nécessaire dans une société démocratique et proportionnée au but recherché. En effet, le système français avant la condamnation de la CEDH ne permettait la reconnaissance de la filiation dans aucune situation. La solution pourrait être différente si la France participait à une convention prévoyant un cadre éthique et un système de reconnaissance privilégié. Cette question pourrait en plus n'être que théorique si la convention trouvait les moyens de faire obstacle à la possibilité de délivrer un visa pour un enfant né d'une GPA dans un pays non conventionné.

38. L'intérêt de cette convention serait de parvenir à disposer d'un instrument permettant d'éviter de se poser la question de la reconnaissance en permettant d'empêcher plus en amont la GPA. Évidemment, les pays signataires pourraient empêcher la réalisation des GPA ne respectant pas les principes éthiques. Toutefois, on pourrait même envisager d'aller plus loin. Cette convention pourrait pour les États prohibitifs constituer le levier leur permettant d'interdire toute GPA transfrontière. Si nous reprenons l'exemple de la CLH 93, il est important de noter que cette convention n'oblige pas les États à faciliter l'adoption internationale. Au contraire, « *les États contractants restent totalement libres de réglementer ou de limiter les adoptions internationales par les moyens qu'ils jugent opportuns, tant qu'ils respectent ses garanties minimums* »⁷⁵. Ainsi, « *les États contractants à la Convention de 1993 ne sont tenus d'aucun niveau d'adoption internationale* »⁷⁶. En la ratifiant, les États qui la pratiquent s'engagent en revanche à respecter un cadre éthique afin de prévenir les trafics. Ainsi, certains États parties à la CLH 93 interdisent ou limitent l'adoption internationale. On peut citer l'exemple du Mali qui depuis une loi de 2011 prévoit que l'adoption-

⁷⁵ J. H. A. Van Loon, « International Co-operation and Protection of Children with regard to Intercountry Adoption », in *Recueil des Cours de l'Académie Internationale de la Haye*, Volume 244 (1993- VIII).

⁷⁶ *id.*, se référant à la mise en œuvre et le fonctionnement de la Convention de La Haye de 1993 sur l'adoption internationale : Guide des bonnes pratiques disponible sur le site de la Conférence <www.hcch.net>, dans l'Espace adoption.

filiation ne peut être demandée que par une personne ou un couple de nationalité malienne⁷⁷. De la même façon, la convention maternité de substitution pourrait prévoir que les États signataires ne seraient tenus d'aucune légalisation des GPA tant dans l'ordre interne qu'international. Avec une telle approche, la France qui interdit aujourd'hui la GPA ne serait non seulement nullement obligée de la légaliser sur son territoire, mais pourrait également interdire purement et simplement les GPA transfrontières. Si aujourd'hui, cette possibilité semble un vœu pieux, elle pourrait être réalisable dès lors que la coopération interétatique fonctionnerait *ex ante*, c'est-à-dire avant même la conception de l'enfant, du fait de l'obligation préalable à l'acte médical de consultation de l'autorité centrale française. Ainsi, se basant sur sa législation interne, cette autorité pourrait refuser de donner son accord à la poursuite de la procédure de cette GPA transfrontière et donc à l'insémination de la mère porteuse. La Convention pourrait même imposer aux États signataires de ne pratiquer des GPA que s'ils ont reçu un document émanant de l'autorité centrale du pays de résidence des parents d'intention attestant que la filiation de l'enfant sera reconnue dans le pays de résidence.

39. À cet égard, il est particulièrement intéressant de noter qu'avant l'adoption de la nouvelle loi sur la GPA en Inde interdisant cette pratique pour les étrangers, une coopération interétatique s'était mise en place par voie diplomatique pour stopper *ex ante* les GPA transfrontières. En effet, en 2010, les Consuls généraux de huit États européens (dont la France)⁷⁸ ont adressé un courrier commun à plusieurs cliniques pratiquant la GPA en Inde pour leur demander de cesser d'offrir cette possibilité aux ressortissants de leurs pays s'ils n'avaient pas préalablement consulté leur ambassade⁷⁹. En réponse, une circulaire avait été prise spécifiant que les personnes souhaitant conclure une GPA transfrontière devaient obtenir un visa médical. Pour obtenir ce visa, des conditions très strictes devaient être remplies, et notamment que le Ministère des Affaires Etrangères de l'État des parents d'intention fournissent une lettre qui atteste que l'État reconnaît les GPA et que l'enfant à naître pourra entrer sur le territoire et être reconnu comme l'enfant biologique des parents d'intention⁸⁰.

⁷⁷ Article 540 de loi n°2011-087 du 30 décembre 2011 portant code des Personnes et de la Famille.

⁷⁸ Allemagne, Belgique, Espagne, France, Italie, Pays-Bas, Pologne, République Tchèque.

⁷⁹ *Rapport préliminaire sur les problèmes découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international*, Conférence de La Haye, 2012, p. 24, spéç. §45.

⁸⁰ *Etude sur la filiation juridique et les questions découlant des conventions de maternité de substitution à caractère internationale (Doc. Prél. N°3C)*, Conférence de La Haye, 2014, p.

40. Pour des Etats prohibitifs comme la France, la possibilité de s'opposer *ex ante* à toute GPA transfrontière et ainsi stopper en amont le « tourisme procréatif » pourrait être particulièrement tentante. Toutefois, il convient de garder à l'esprit qu'une convention internationale est toujours un objet de compromis qui doit permettre de trouver des points d'entente entre des systèmes opposés et dont le poids diplomatique ne doit pas être négligé. Ainsi, si les États prohibitifs décidaient de ratifier un tel instrument dans l'unique but de pouvoir s'opposer à toute forme de GPA, cela n'inciterait pas les États permissifs à la ratifier. Or, il est fondamental que les États permissifs ratifient cette convention pour qu'ils soient contraints à conformer leur législation à ses principes éthiques et à l'objectif recherché de protection des femmes et des enfants.

41. L'encadrement de l'adoption internationale nous donne une leçon très pertinente en la matière. En effet, une première convention sur l'adoption internationale avait vu le jour sous l'égide de la Conférence en 1965. Néanmoins, elle n'avait été ratifiée que par 3 États⁶³. L'une des raisons principales du désamour que les États ont voué à cette convention est l'absence de place faite à la loi de l'adopté qui n'incitait pas les pays d'origine à la ratifier. Pour y pallier, les travaux préparatoires de la CLH 93 ont associé États d'origine et États d'accueil, et des États non-membres de la Conférence ont été invités à la table des négociations. Parce qu'elle prenait en compte les besoins tant des pays d'accueil que d'origine, la CLH 93 a été ratifiée par de nombreux États dès son élaboration. Au fil du temps, les pays d'accueil ont su jouer de leur poids diplomatique en suspendant les procédures d'adoption avec les pays qui ne respectaient pas les principes fondamentaux de la CLH 93 pour les inciter à la ratifier. En effet, en cas de suspension des adoptions, les États conditionnent la reprise des adoptions à la ratification de la CLH 93. Lorsque les adoptions sont suspendues, aucun visa ne peut être délivré pour l'enfant adopté même si un jugement étranger a prononcé l'adoption. Ainsi, avec 98 États signataires à l'heure actuelle, la CLH 93 compte parmi les conventions internationales les plus ratifiées. Sa ratification par de nombreux États a permis la diminution du nombre d'adoptions internationales en mettant fin à de nombreuses pratiques illicites et en contribuant au renforcement du cadre national de protection des enfants dans leur pays d'origine permettant des solutions au niveau local.

63 citant la lettre du Ministère indien de l'Intérieur du 9 juillet 2012 dans les notes de bas de page.

⁶⁴ L'Autriche (1968), la Suisse (1973) et le Royaume-Uni (1978).

42. Ainsi, il apparaît que les travaux préparatoires du futur instrument devraient associer les États prohibitifs et permissifs et permettre de trouver un consensus. Les États prohibitifs devraient veiller à ne pas voir dans l'instrument la simple opportunité de rejeter en bloc toute GPA pour ne pas tenir à l'écart les pays pratiquant la GPA qui n'auront alors aucun intérêt à y participer. En acceptant de participer à un système de reconnaissance privilégiée de GPA éthiques, sans pour autant légaliser la GPA sur son territoire, la France ne fera pas des enfants nés par GPA des « fantômes de la République » mais contribuera à la lutte contre l'exploitation des femmes et des enfants, valeurs fondamentales qu'elle doit défendre en tant que patrie des droits de l'Homme.

43. Lorsqu'on étudie les enseignements de l'encadrement de l'adoption internationale, il faut en voir les forces, mais également les faiblesses. Un reproche que l'on peut faire à la CLH 93 est qu'elle n'impose pas aux États parties de ne procéder à des adoptions internationales qu'entre eux. Le même reproche peut être fait à la législation française qui ne l'impose pas non plus. De ce fait, de nombreuses adoptions internationales se font en dehors de la convention. Il nous semble que le futur projet de CLH GPA devrait indiquer que « *les personnes ayant leur résidence habituelle dans un État contractant ne peuvent procéder à une GPA que dans un autre État contractant sous réserve d'avoir obtenu l'autorisation des deux autorités centrales* ». Cela permettrait d'empêcher que les parents d'intention se tournent vers des États non-parties à la convention qui n'en respecteraient probablement pas les principes éthiques. En outre, cette limitation pourrait encourager les États pratiquement massivement la GPA à ratifier la convention pour pouvoir continuer à attirer des ressortissants étrangers.

44. En conclusion, l'encadrement de l'adoption internationale démontre que l'absence de cadre international concourt à une augmentation des mauvaises pratiques et engendre un cloisonnement des ordres juridiques qui fait de l'enfant la première victime. Il nous montre aussi qu'un cadre international peut dépasser les simples problématiques de droit international privé pour devenir un instrument de droits de l'Homme. Ainsi, si l'application de la CLH 93 à la question des GPA transfrontières n'est pas adaptée, son orientation philosophique et méthodologique pourrait servir de source d'inspiration pour un futur instrument qui en la matière est nécessaire. En effet, repensé au regard des problématiques en cause, un cadre de coopération fondé sur le respect des droits de l'Homme serait de nature à venir renforcer l'éthique des législations des pays autorisant les GPA et à sécuriser le statut juridique de l'enfant à travers les frontières. Cette solution serait alors tant dans l'intérêt des

femmes porteuses et des enfants, que des parents d'intention et des États. La France qui aujourd'hui se voit contrainte de reconnaître, en partie, la filiation des enfants nés par GPA à l'étranger pourrait ainsi dans le même temps affirmer ses valeurs en exerçant son poids politique et diplomatique pour influer sur un renforcement du cadre éthique des pays qui la pratiquent. À cet égard, nous avons démontré qu'il résulte des propres observations du Comité des droits de l'enfant que la GPA ne peut être systématiquement assimilée à une vente d'enfants et qu'elle ne viole pas toujours la CIDE. Concernant les droits des femmes, un débat divise les courants féministes. D'un côté, les féministes de la mouvance dite « radicale-socialiste » considèrent que la GPA constitue une aliénation de la liberté des femmes et un assouvissement stéréotypé à une fonction de reproduction. De l'autre, les féministes libérales considèrent que la GPA constitue le pendant du droit à l'avortement et doit être autorisée au nom des droits reproductifs et de la liberté de disposer de son corps. Ces dernières soutiennent que les droits procréatifs doivent être conçus tant sous l'angle du droit contraceptif que sous l'angle du droit conceptif. Il semble en réalité que la dialectique asservissement/libération dépende du cadre légal du pays et des mesures prises pour protéger les droits des femmes. En effet, il est évident que dans certains pays des abus conduisent à une véritable exploitation des femmes. Il est vrai également que dans d'autres pays, les droits des femmes porteuses et leur consentement sont particulièrement encadrés et protégés. Le droit de porter un enfant pour une autre ne pourra se hisser au rang de droit reproductif que si l'on instaure des mécanismes permettant de garantir la liberté et la dignité des femmes porteuses. Évidemment, tout cela suppose de se défaire des idées reçues sur la GPA et d'admettre que, si certaines GPA constituent des violations des droits des femmes et des enfants, certaines se font dans le plus grand respect des droits de ces derniers. Cela suppose donc de s'autoriser à penser qu'une GPA éthique est possible et qu'il faut la distinguer du trafic d'enfants et de l'exploitation des femmes. Nous regrettons donc avec Irène Théry que pour beaucoup « *la distinction que chacun fait aisément entre les trafics d'enfants qui existent dans le monde et l'adoption internationale éthique [ne soit] pas envisageable pour la GPA* »⁸². À la lumière de tous ces éléments, il nous semble évident qu'un instrument de coopération visant le respect de principe éthique apparaît, à l'image de la CLH 93, comme le meilleur moyen de freiner la concurrence mercantile des législations les moins protectrices pour viser une harmonisation par le haut et que cet instrument serait le plus propice à protéger les femmes et les enfants. Dans ces conditions nous ne pouvons qu'encourager les travaux de la Conférence de La Haye qui contribueront à améliorer la situation dans l'intérêt de toutes les personnes concernées par la GPA et en premier lieu, des enfants et des femmes porteuses.

⁸² I. Théry, *Mariage et filiation pour tous, une métamorphose inachevée*, Seuil 2016, p. 110.