
SECRÉTARIAT GÉNÉRAL

3 place Arnold F-67000 STRASBOURG

+33-(0)388 61 18 62 Fax +33-(0)388 60 58 79

e-mail : ciec-sg@ciec1.org Internet: www.ciec1.org

LA MATERNITÉ DE SUBSTITUTION ET L'ÉTAT CIVIL DE L'ENFANT

DANS DES ÉTATS MEMBRES DE LA CIEC

Note de synthèse rédigée par Frédérique GRANET,
Professeur à l'Université de Strasbourg,
et le Secrétariat Général de la CIEC

La note comprend des informations relatives aux 13 États suivants :
Allemagne - Belgique - Espagne - France - Grèce – Italie – Luxembourg –
Pays-Bas – Pologne - Portugal – Royaume-Uni - Suisse - Turquie

Sommaire

Sommaire	Pages
Avant-propos	2
Introduction	3
I. La prohibition des conventions de maternité pour autrui et ses incidences sur l'état civil de l'enfant	4
II. La licéité et l'encadrement légal des conventions de maternité pour autrui et l'état civil de l'enfant	12
III. La reconnaissance internationale des actes de l'état civil ou des jugements étrangers concernant un enfant né d'une mère de substitution et ses incidences sur la situation de l'enfant	14
Conclusion	28

Avant-propos

La Commission Internationale de l'État Civil (CIEC)¹ est une organisation internationale intergouvernementale dont la création résulte du Protocole signé à Berne le 25 septembre 1950. Elle a pour objet de faciliter la coopération internationale en matière d'état civil et de favoriser l'échange d'informations entre les officiers de l'état civil. À cette fin, elle procède à toutes études et travaux, notamment à l'élaboration de recommandations ou projets de conventions, tendant à harmoniser dans les matières relatives à l'état et la capacité des personnes, à la famille et à la nationalité les dispositions en vigueur dans les États membres et à améliorer les techniques des services chargés de l'état civil dans ces États. Elle coordonne son action avec celle d'autres organismes internationaux et favorise les relations avec les organismes intervenant dans les matières qui intéressent l'état civil. Elle peut en outre, dans les domaines de sa compétence, instaurer une collaboration avec des États tiers afin de favoriser la coopération entre ceux-ci et les États membres.

Selon son acte fondateur, il incombe à la CIEC de constituer et tenir à jour dans les matières précitées une documentation législative et jurisprudentielle exposant le droit des États membres, que ces derniers s'engagent à lui fournir gratuitement pour ses études et travaux (art. 1 du Protocole précité).

C'est dans ce contexte que s'inscrit la présente étude, dont l'objet est de faire le point sur un phénomène auquel sont confrontés la plupart des États membres de la CIEC depuis quelques années, à savoir le recours à des conventions de maternité pour autrui. Suite au nombre en constante progression de couples ou personnes seules sollicitant l'enregistrement d'enfants nés à l'étranger et pour lesquels existaient des soupçons de recours à une mère porteuse étrangère, des États ont souhaité faire le point sur la question. En vue de réunir des informations plus précises sur la législation, la pratique et la jurisprudence existant dans ce domaine, un questionnaire a été préparé à la fin de l'année 2009 auquel les États ont été invités à répondre. Il est vite apparu que l'ampleur du phénomène semblait plus importante dans certains États que dans d'autres et que les dispositifs variaient en conséquence.

Les réponses des États ont été reprises dans la présente note de synthèse, dont les ébauches successives ont été rédigées par Frédérique Granet et le Secrétariat Général de la CIEC. En septembre 2013, l'Assemblée Générale de la CIEC a décidé de publier l'étude sur le site Internet de la CIEC, en laissant aux Sections nationales un dernier délai pour la relire et valider les réponses, les amender ou les compléter. La présente note de synthèse reprend l'ensemble des données collectées ainsi que certains éléments complémentaires ; les dernières mises à jour ont été reçues en octobre 2013.

¹ Le siège de la CIEC est fixé à Strasbourg (France), 3 place Arnold, où sont installés les locaux du Secrétariat Général. La langue officielle de la CIEC est le français, mais la plupart de ses réalisations sont traduites en anglais et dans d'autres langues. Davantage d'informations sur la CIEC et ses activités sont disponibles sur le site Internet de la CIEC à l'adresse : <http://www.ciec1.org>

LA MATERNITÉ DE SUBSTITUTION ET L'ÉTAT CIVIL DE L'ENFANT

DANS DES ÉTATS MEMBRES DE LA CIEC

Introduction

Les progrès accomplis en matière de techniques médicales d'assistance à la procréation permettent depuis de nombreuses années à des couples de sexe opposé de réaliser leur projet parental. Des revendications sont aussi émanées de personnes seules ou vivant en couple homosexuel. Selon les situations et selon les dispositions applicables en droit interne dans chacun des États de la CIEC, un don de sperme ou d'ovocyte ou un don d'embryon est envisageable, ou encore le recours à la maternité de substitution. C'est sur cette dernière hypothèse que porte cette note de synthèse qui montre que le droit est à la fois très diversifié et en constante évolution parmi les États de la CIEC.

Sur un tel sujet, il convient de rappeler en premier lieu que dans tous les États de la CIEC, la maternité est fondée sur l'accouchement en vertu du principe *Mater semper certa est*, que l'indication du nom de la mère dans l'acte de naissance suffit ainsi à établir la filiation maternelle, sous réserve en Italie de la nécessité d'une reconnaissance maternelle aux fins d'établir la filiation naturelle conformément à l'article 250 du Code civil, et que la mère doit obligatoirement être désignée dans l'acte de naissance à l'exception de la France, de l'Italie et du Luxembourg où la loi autorise l'accouchement sous X. En outre, les règles relatives à l'établissement de la filiation paternelle diffèrent de celles relatives à la filiation maternelle et en ce qui concerne la filiation paternelle, il faut encore distinguer selon qu'il s'agit d'un enfant né en mariage ou hors mariage. Des incidences peuvent en résulter sur les modalités d'établissement de la filiation d'un enfant né d'une convention de maternité de substitution.

En second lieu, il faut aussi prendre en considération le fait que les maternités de substitution peuvent correspondre à plusieurs types de situations : celle d'un enfant conçu grâce aux gamètes d'un couple en vertu d'une convention passée avec une mère porteuse qui s'engage à assumer la grossesse et l'accouchement, puis à remettre le nouveau-né au couple commanditaire, la mère porteuse n'étant que gestatrice; ou celle d'un enfant conçu avec le sperme d'un homme, qui peut être l'un des membres du couple commanditaire ou un donneur anonyme, et avec un ovocyte de la mère porteuse, celle-ci s'engageant à remettre le nouveau-né au couple commanditaire et étant alors à la fois génitrice et gestatrice ; ou même encore celle d'un enfant conçu ou non avec les gamètes d'une personne seule commanditaire et né d'une mère porteuse qui s'est engagée à le lui remettre à la naissance et qui, selon les cas, peut être seulement gestatrice ou à la fois génitrice et gestatrice.

Certains États de la CIEC ont légiféré spécialement sur ce sujet, tantôt pour interdire le recours à une mère porteuse (Allemagne ; Espagne ; France ; Italie ; Portugal ; Suisse ; Turquie) (I), tantôt au contraire pour l'autoriser mais dans un cadre légal très strict (Royaume-Uni : loi du 1^{er} novembre 1990 sur la fécondité et l'embryologie humaines [*Human Fertilisation and Embryology Act 1990*], amendée par la loi de 2008 sur la fécondation et l'embryologie humaines [*Human Fertilisation and Embryology Act 2008*]; et Grèce : loi n° 3089 du 19 décembre 2002 complétée par la loi n° 3305/2005 du 27 janvier 2005) (II), et avec des incidences différentes sur l'état civil et la filiation de l'enfant, bien que tout ne soit pas si tranché car il peut arriver que le contraste entre ces systèmes de droit soit troublé par le fait que le silence du législateur est parfois interprété comme ne valant pas interdiction. C'est le cas par exemple de la législation belge (loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes) qui, actuellement, ne permet ni ne prohibe expressément les conventions de mère porteuse, mais

plusieurs propositions de lois ont été déposées ; ces propositions, dont aucune n'a encore abouti, retiennent le principe de l'interdiction de la maternité de substitution, mais il faut noter que certaines l'autorisent et l'organisent à titre exceptionnel et moyennant le respect de conditions strictes. Au Luxembourg, le projet de loi 6568 portant réforme du droit de la filiation, déposé le 25 avril 2013, prévoit d'ajouter dans l'article 6 du Code civil un deuxième alinéa frappant de nullité toute convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui. Aux Pays-Bas, l'article 151b du Code pénal prohibe explicitement les conventions de maternité pour autrui à finalité commerciale, mais la réglementation médicale en vigueur encadre les actes médicaux de fécondation in vitro combinés le cas échéant avec une convention de mère porteuse et les modalités d'habilitation des établissements de santé (*Planningsbesluit in-vitrofertilisatie*, *Staatcourant* 1998/95, 14-18) ; on signalera que, suite à des cas de maternités de substitution internationales, des débats parlementaires ont eu lieu sur ce sujet en vue de modifier le droit néerlandais, qui n'ont cependant pas abouti.

Cela montre bien que les questions soulevées par la maternité pour autrui semblent plus complexes et diversifiées que celles posées par un simple don de gamètes.

La pratique a en outre révélé que les services de l'état civil sont saisis de demandes de reconnaissance des effets d'un acte de naissance valablement établi ou d'un jugement valablement rendu dans un pays étranger et en conformité avec la législation étrangère locale, avec toutes conséquences sur la nationalité de l'enfant. Il arrive aussi que les autorités d'un État soient saisies simplement d'une demande de documents de voyage pour permettre à l'enfant d'être admis sur le territoire national du couple d'intention ou du parent d'intention. Les difficultés les plus aiguës sont posées dans les situations internationales de maternité de substitution et selon les Etats, des solutions variables découlent de leur droit international. L'influence accordée à l'ordre public international dans l'État requis a alors une incidence forte dans les Etats qui interdisent la maternité pour autrui, même si l'argument tiré de l'intérêt supérieur de l'enfant visé par la Convention de New York relative aux droits de l'enfant est fréquemment soulevé à l'appui des demandes formées par les parents d'intention (III).

I - La prohibition des conventions de maternité pour autrui et ses incidences sur l'état civil de l'enfant

Dans les États qui ont adopté une législation spécifique, la prohibition et la nullité des conventions de maternité pour autrui sont expressément prévues pour des raisons éthiques et morales. C'est le cas en Allemagne (loi sur la protection de l'embryon du 13 décembre 1990 [*Gesetz zum Schutz von Embryonen, Embryonenschutzgesetz - ESchG*], entrée en vigueur en 1991), en Espagne (loi n° 14/2006 du 26 mai 2006 [*Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida*], entrée en vigueur le 28 mai 2006), en France (art. 16-7, C. civ.), en Italie (loi n° 40 du 19 février 2004 [*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*]), en Suisse (art. 119 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2000 ; articles 4 et 31 de la Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée du 18 décembre 1998, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2001) et en Turquie (Règlement n° 24359 relatif à la procréation médicalement assistée du 31 mars 2001 [*Uremeye yardimci tedavi merkezleri yönetmeliği*]).

Mais même en l'absence de loi spéciale, la prohibition peut aussi découler d'autres dispositions législatives, comme c'est le cas en Pologne où le législateur a clairement indiqué sa position dans la loi du 6 novembre 2008, entrée en vigueur le 13 juin 2009, sur la modification du Code de la famille et de la tutelle. Elle peut encore résulter d'une interprétation jurisprudentielle des dispositions relatives à l'établissement légal de la maternité et à la validité des contrats, bien que la jurisprudence reste nuancée (Belgique), ou encore de la conception nationale de l'ordre public (Luxembourg).

En Allemagne, toute prestation médicale relative à la gestation pour autrui est interdite par la loi sur la protection de l'embryon (préc.). Tout contrat de mère porteuse par lequel une femme se déclare

prête à se faire féconder artificiellement ou naturellement, ou à se faire transférer ou à porter d'une autre manière un embryon qui n'est pas issu d'elle, est immoral et est donc nul.

Des actes médicaux d'une telle nature sont répréhensibles et passibles d'une peine privative de liberté d'une durée maximale de trois ans ou d'une amende (art. 1^{er}, paragraphe 1, ESchG). En revanche, ni la mère porteuse, ni les personnes ayant recours à ses services n'encourent aucune peine. Par ailleurs, la mise en relation avec des mères porteuses est interdite par la loi sur le placement d'enfants dans des familles adoptives [*Gesetz über die Vermittlung der Annahme als Kind und über das Verbot der Vermittlung von Ersatzmüttern, Adoptionsvermittlungsgesetz - AdVermiG*], mais en cas de placement d'enfants adoptifs, les mères porteuses et les parents d'intention n'encourent aucune peine.

Dans l'hypothèse où une convention de maternité pour autrui serait conclue en violation de la loi, l'enfant aurait pour mère légale la mère porteuse et non la mère d'intention conformément à l'article 1591 du BGB qui répute mère légale la femme ayant accouché de l'enfant et qui est une disposition d'ordre public. Cette solution est applicable en droit allemand sans distinguer selon que l'ovule à l'origine de la conception de l'enfant est celui de la mère porteuse ou de la mère d'intention, puisque c'est l'accouchement qui détermine seul la mère légale aux termes de l'article 1591 du BGB et qu'il n'existe aucune procédure spécifique pour établir si un enfant a été mis au monde par une mère porteuse, ni aucune action en contestation de la maternité.

Quant à la paternité légale, elle est fondée sur le mariage avec la mère à la date de la naissance (art. 1592, n° 1, BGB), ou sur une reconnaissance paternelle (art. 1592, n° 2, BGB), ou encore sur une décision judiciaire (art. 1592, n° 3 du BGB). L'homme, dont le sperme a été utilisé pour concevoir l'enfant et qui en est le père d'intention, ne pourrait le reconnaître qu'à condition que la mère ne soit pas mariée, qu'elle soit effectivement désignée en tant que mère dans l'acte de naissance et qu'elle ait consenti à la reconnaissance de paternité. Ce n'est que dans le cas où des hommes différents pourraient être considérés comme étant le père en vertu des ordres juridiques invoqués conformément à l'article 19, EGBGB (paternités dites concurrentes) qu'il serait concevable que la paternité biologique joue un rôle ; si une telle situation devait se produire, et vu les règles générales relatives au droit de la personnalité de l'enfant qui englobe également le droit de connaître sa filiation, la possibilité pourrait être envisagée d'accorder la priorité au père biologique probable dans un souci de tenir compte de la réalité de la filiation.

L'objectif général dans la législation est une convergence entre parentalité biologique et parentalité légale et la rectification de la paternité légale n'est admise que par la voie d'une action en contestation visée aux articles 1599 et suivants du BGB, et ce, notamment dans un souci de sécurité juridique. Il s'ensuit que l'homme à enregistrer en tant que père est par principe celui qui est considéré comme père légal, même si sa paternité biologique est invraisemblable. La vérification porte uniquement sur la question de savoir si les conditions d'établissement de la paternité légale sont réunies en vertu de la *lex causae* visée par l'article 19 du EGBGB, c'est-à-dire l'existence d'un mariage valable au moment de la naissance selon l'article 1592, n° 1 du BGB quand le droit allemand est applicable. Il n'est procédé à aucune vérification de la conformité du lien de filiation à la vérité biologique. Or les points suivants concernant la contestation de la paternité méritent d'être mentionnés : il convient de tenir compte du fait qu'en droit allemand, un risque d'abus concernant l'acquisition de la nationalité allemande et d'un titre séjour résulte du fait de l'absence de vérification de la paternité biologique. Pour parer à ce risque, les autorités déterminées par voie réglementaire ont été dotées de la faculté de contester des reconnaissances de paternité (art. 1592, n° 2 du BGB) dans la mesure où il n'existe aucun lien socio-familial entre l'homme reconnaissant sa paternité et l'enfant, et où cette reconnaissance crée les conditions juridiques pour l'entrée ou le séjour légal de l'enfant ou de l'un des parents en Allemagne, c'est-à-dire en cas de soupçon de reconnaissance de paternité fictive (art. 1600, § 1, n° 5 du BGB).

De plus, en vertu de l'article 1600, paragraphe 1, n° 4 du BGB, au même titre que sa mère, son père légal ou son père biologique (putatif), l'enfant est recevable à contester sa filiation paternelle aux fins d'intenter ensuite une action en recherche de paternité à l'encontre de son père génétique.

Enfin, tant l'enfant que la mère et le père légal peuvent, en vertu de l'article 1598a du BGB, exiger des autres parties prenantes leur consentement à un test de filiation génétique en vue de déterminer la filiation par ce moyen.

Cependant, en cas de recours à une mère porteuse, il pourrait être envisagé que les parents d'intention procèdent à une adoption, ce qui constitue la seule possibilité pour établir un lien juridique entre l'enfant et la mère d'intention. A cet égard, l'article 22 du EGBGB prévoit que le droit allemand est applicable si l'adoptant est de nationalité allemande. Dans ce cas de figure, une adoption par l'un ou par les deux époux, parents d'intention, relève du droit qui régit les effets généraux du mariage, conformément à l'article 14, paragraphe 1 du EGBGB. S'il en résulte que le droit allemand est applicable, les conditions requises pour l'adoption de l'enfant découlent des articles 1741 et suivants du BGB. Il faut alors tenir compte notamment du fait qu'en vertu des articles 1745 et suivants du BGB, le consentement des autres parties prenantes est requis et que tout accord entre les parents d'intention et la mère porteuse visant le consentement à l'adoption est nul.

En Belgique, la loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes autorise le projet parental d'un couple ou de « toute personne ayant pris la décision de devenir parent par le biais d'une procréation médicalement assistée, qu'elle soit effectuée ou non au départ de ses propres gamètes ou embryons ». La loi belge ne vise pas les maternités de substitution, de sorte qu'il n'y a pas de prohibition expresse. Cependant, selon une nette majorité de la doctrine, un contrat de gestation pour le compte d'autrui serait contraire aux articles 6 et 1128 du Code civil. L'article 6 interdit de déroger par convention privée aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs, et l'article 1128 prévoit que seules les choses qui sont dans le commerce juridique peuvent faire l'objet de conventions, ce qui n'est pas le cas des gamètes, des embryons ou des fonctions reproductrices d'une femme. L'illicéité des contrats de mère porteuse pourrait reposer sur plusieurs considérations : le défaut de consentement éclairé de la gestatrice et la contrariété aux principes d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes. En conséquence, le contrat serait entaché d'une cause de nullité absolue et corrélativement, il ne pourrait pas donner lieu à exécution forcée, ni pour ce qui touche à la remise de l'enfant au couple commanditaire, ni pour ce qui tient au paiement de la rémunération promise à la mère porteuse.

Pourtant, en l'absence de loi, la jurisprudence est nuancée. Parmi les décisions rendues par des juridictions du fond et bien qu'elles soient encore peu nombreuses, on peut distinguer deux tendances qui répondent à des préoccupations opposées: d'une part, veiller au respect des articles 6, 1128 et 1131 du Code civil; d'autre part, préserver l'intérêt de l'enfant conçu et né en de telles circonstances.

Ainsi, la Cour d'appel de Gand a jugé qu'au travers des règles existantes, le législateur n'entendait pas permettre la commande d'un enfant à une mère porteuse (Gand, 16 janvier 1989, T.G.R. 1989, p. 52). Elle a aussi refusé l'adoption d'un enfant, né dans le cadre d'un contrat de gestation pour autrui à titre onéreux, par l'épouse du père biologique (la mère biologique étant la mère porteuse). La Cour a assimilé la gestation pour autrui à titre onéreux à une vente d'enfant, de sorte que l'adoption n'était pas fondée sur de justes motifs et que les droits fondamentaux de l'enfant n'étaient pas respectés (art. 344-1 du Code civil). Par ailleurs, la gestation pour autrui est contraire à la dignité humaine car elle ferait de l'enfant une chose dans le commerce, ce qui est contraire à l'ordre public interne et international. La Cour a invoqué à l'appui de son raisonnement les articles 1 et 5 de la Déclaration universelle des droits de l'homme à laquelle renvoient la Convention européenne des droits de l'homme, l'article 35 de la Convention relative aux droits de l'enfant et les articles 1 à 3 du

Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant ainsi que les articles 6, 1128 et 1131 du Code civil (Gand, 30 avril 2012, RGDC 2012/8, p. 372).

En revanche, plusieurs jugements ont été favorables à l'adoption d'un enfant. Dans le cas d'un enfant, qui avait été conçu avec les gamètes des parents adoptifs mariés ensemble, puis porté et mis au monde par la sœur de l'un d'eux, sans aucune rémunération versée à celle-ci, le Tribunal de première instance de Turnhout a jugé que si la mère porteuse ne perçoit aucun gain, la convention n'est pas contraire à l'ordre public ; elle a aussi considéré que l'adoption par le couple commanditaire est conforme à l'intérêt de l'enfant conçu par fécondation in vitro avec les gamètes des deux adoptants, ainsi parents « sociaux-génétiques », seuls la gestation et l'accouchement ayant été assumés par une tierce personne proche d'eux (Tribunal de la jeunesse de Turnhout, 4 octobre 2001, R.W. 2001, n° 6 du 6 octobre 2001). La Cour d'appel d'Anvers s'est prononcée dans le même sens dans le cas où la mère porteuse était la grand-mère biologique de l'enfant (Anvers, 14 janvier 2008, R.W., 2007-2008, n°42, p. 1774).

Un jugement du Tribunal de la jeunesse de Bruxelles a aussi homologué l'adoption plénière par des époux d'un enfant conçu par fécondation *in vitro* réalisée avec les gamètes du mari et de son épouse et porté par la sœur de celle-ci, tel étant l'intérêt de l'enfant » (Tribunal de la jeunesse de Bruxelles, 4 juin 1996, J.L.M.B. 1996, p.1182 et Revue du Droit de la santé 1997, p.124).

Le même tribunal a rendu une décision identique à propos d'un enfant, porté par une femme tierce et qui était génétiquement le fils de la requérante et de son époux, ce dernier l'ayant reconnu. Le tribunal a constaté qu'aucune autre procédure légale belge, pas même l'action en contestation de maternité, ne permet de conférer à l'enfant la filiation maternelle qui correspond à sa filiation biologique, alors que les progrès de la science impliquent parfois de distinguer la mère génétique de la mère porteuse. Il a jugé que « dans ces circonstances, la procédure d'adoption est en quelque sorte utilisée pour combler une lacune de la loi ou, à tout le moins, pour rencontrer une hypothèse qu'elle n'a pas envisagée », que l'adoption était fondée sur de justes motifs et qu'elle répondait à l'intérêt supérieur de l'enfant (Trib. jeunesse Bruxelles, 6 mai 2009, J.L.M.B., 2009/23, p. 1083). Le tribunal de la jeunesse de Bruxelles a abouti à la même solution dans un jugement concernant l'adoption par une femme de l'enfant de son mari, conçu avec une personne tierce, soupçonnée d'être intervenue comme mère porteuse (Trib. jeunesse Bruxelles, 23 août 2012, Act. Dr. Fam., 2013/5, p. 99).

Bien qu'il ait considéré la pratique de la gestation pour autrui comme illicite, tant du point de vue de son objet que de sa cause, Le tribunal de la jeunesse de Namur a déclaré fondée sur de justes motifs et conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant l'adoption par un couple homosexuel marié d'un enfant né dans le cadre d'une gestation pour autrui, la mère porteuse, sœur de l'une des requérantes, étant la mère génétique et l'embryon ayant été obtenu grâce à un don anonyme de sperme. Selon ce jugement, « il appartient au tribunal non pas de se prononcer sur la licéité ou non de la pratique de la gestation pour autrui mais bien de statuer en fonction de l'intérêt supérieur de l'enfant à être adopté (...). La question de l'adoption doit se distinguer de celle de la validité de la gestation pour autrui » (Trib. jeunesse Namur, 7 janvier 2011, Act. Dr. Fam., 2013/5, p. 96).

En Espagne, l'article 10, alinéa 1^{er} de la loi n° 14/2006 du 26 mai 2006, entrée en vigueur le 28 mai 2006, a maintenu la prohibition qui avait été instituée par une loi du 22 novembre 1988. Ainsi, est nul de plein droit le contrat par lequel est convenue la gestation, à titre onéreux ou à titre gratuit, d'un enfant par une femme qui renoncera à l'établissement d'un lien de filiation maternelle au profit du ou des parents d'intention ou d'un tiers. La loi (art. 27 et 28) sanctionne les auteurs d'actes médicaux contrevenant à la loi par une peine d'amende de 10.000 à 1 million d'euros, assortie de la fermeture du centre médical ou des services de procréation médicalement assistée. Mais le ou les parents d'intention ne sont pas passibles de sanctions pénales.

La loi (art. 10, al. 2) rappelle aussi que la filiation maternelle d'un enfant né d'une gestation pour autrui étant déterminée par l'accouchement, la mère porteuse serait seule réputée être la mère

légale, à l'exclusion de la mère d'intention. Quant à la filiation paternelle, le géniteur pourrait revendiquer l'établissement de sa paternité dans les conditions du droit commun (art. 10, al. 3 de la loi préc.).

En France, c'est par la loi de bioéthique n° 94-653 du 29 juillet 1994 que le Parlement a jugé nécessaire de légiférer en introduisant dans le Code civil un nouvel article 16-7 dont les dispositions, qualifiées d'ordre public par l'article 16-9, prévoient que « toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle », et de nullité absolue. L'article 16-7 consacre la solution qui fut dégagée par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation dans un arrêt du 31 mai 1991, rendu sur pourvoi formé dans l'intérêt de la loi par le Procureur général, au visa des articles 6, 1128 et 353 du Code civil et aux termes duquel « la convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes » (Cass. Ass. Plén., 31 mai 1991, Bull. civ. n° 4). Les articles 16-7 et 16-9 n'ont pas été modifiés lors des révisions successives des lois de bioéthique opérées par la loi n° 2004-800 du 6 août 2004, puis par la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011. Quant à la Cour de cassation, sa Première chambre civile maintient sa jurisprudence très ferme, qu'elle a encore réitéré par deux arrêts du 13 septembre 2013 (pourvois n° 12-18.315 et n° 12-30.138), en refusant de reconnaître en France des effets d'état civil à des actes de naissance dressés à l'étranger au profit d'enfants nés d'une mère porteuse en exécution d'une convention passée par des Français à l'étranger. De plus, au plan pénal, la gestation pour autrui est réprimée comme portant une atteinte à l'état civil de l'enfant et elle est assimilée à une supposition d'enfant qui est constitutive d'un délit passible de trois années d'emprisonnement et de 45.000 euros d'amende (article 227-13 du Code pénal). Sont susceptibles d'être considérés comme coauteurs la mère porteuse lorsqu'elle a dissimulé son lien de filiation avec l'enfant, la mère d'intention si elle a simulé ce lien et, quand elle est mariée, son conjoint s'il a déclaré à l'état civil une fausse filiation. En outre, aux termes de l'article 227-12 du Code Pénal, les actes commis par des intermédiaires dans le but de faciliter ou de provoquer la gestation pour autrui constituent des délits passibles de six mois d'emprisonnement et de 7.500 euros d'amende, d'un an d'emprisonnement et de 15.000 euros d'amende, ou de deux ans d'emprisonnement et de 30.000 euros d'amende suivant les cas.

En Italie, la loi n° 40 du 19 février 2004 (*Règles en matière de procréation médicalement assistée [Norme in materia di procreazione medicalmente assistita]*) a réglementé l'accès aux techniques médicales de procréation assistée qu'elle a strictement réservées aux couples majeurs hétérosexuels dont les deux membres sont en vie, mariés ou cohabitants, en âge de procréer et atteints d'une stérilité médicalement constatée (art. 1). Elle n'autorise que les techniques ayant recours aux gamètes du couple (art. 4.3), sous peine de sanction administrative de 300.000 à 600.000 euros contre quiconque utilise des gamètes étrangers au couple bénéficiaire (art. 12) ou enfreint les autres conditions prévues (art. 12.2). Cette loi (art. 12.6) ajoute que quiconque, et sous quelque forme que ce soit, réalise, organise ou fait de la publicité en faveur de la commercialisation de gamètes ou d'embryons ou de la gestation pour autrui encourt une peine privative de liberté allant de trois mois à deux ans et une amende de 600.000 à 1 million d'euros. Sont en principe visés par ces sanctions les médecins ayant mis en œuvre une technique de procréation assistée prohibée par la loi. Ils encourrent aussi une suspension d'exercice allant d'une à trois années. Quant aux établissements sanitaires dans lesquels les actes auraient été réalisés, ils s'exposent à la révocation de leur agrément à pratiquer la procréation assistée. Mais ni la mère porteuse, ni les parents d'intention n'encourent en principe aucune pénalité.

La gestation pour autrui étant contraire aux principes fondamentaux du droit italien, une convention de mère porteuse est nulle de plein droit pour objet illicite, même si elle a été conclue dans un pays étranger en conformité de la loi locale.

Si l'article 8 de la loi dispose que la filiation des enfants conçus par procréation assistée homologue peut être établie à l'égard du couple bénéficiaire, l'article 9 prévoit qu'il en va différemment en cas d'assistance médicale à la procréation réalisée en violation de la loi. Ainsi, selon l'article 9.3, le donneur de gamètes (homme ou femme) ou, de façon générale, celui ou celle qui a exclusivement mis à la disposition le matériel biologique nécessaire à la reproduction sans vouloir être père ou mère ni vouloir assumer les responsabilités parentales corrélatives, ne peut être considéré légalement comme père ou mère de l'enfant. En ce qui concerne la filiation maternelle, la mère porteuse serait seule réputée être la mère légale, à l'exclusion de la mère d'intention. En effet, selon la loi italienne (art. 269 al. 3 du Code civil), la mère légale d'un enfant est la femme qui en est accouchée, que l'enfant soit né pendant le mariage de sa mère ou qu'il ait été déclaré par celle-ci comme enfant naturel (même s'il est né pendant le mariage, mais qu'il n'a pas été conçu avec son mari). On peut en outre souligner qu'il est possible, pour la mère biologique, de déclarer ne pas vouloir être désignée dans l'acte de naissance de l'enfant. Lorsque la mère porteuse n'est pas mariée, ou même lorsqu'elle l'est mais qu'elle a déclaré son enfant comme naturel, le père d'intention peut reconnaître l'enfant comme le sien dans les conditions des articles 250 et suivants du Code civil ; s'il s'agit d'une reconnaissance prénatale, elle doit être effectuée par les deux parents simultanément, ou par le père après la reconnaissance maternelle prénatale et avec le consentement de la mère.

Au Luxembourg, la prohibition des conventions de maternité pour autrui résulte actuellement de la conception nationale de l'ordre public. La législation existante ne permet pas d'écarter une maternité de substitution par le biais des règles relatives à la preuve de la filiation maternelle, qu'elle soit légitime ou naturelle (cette distinction étant d'ailleurs appelée à disparaître si le projet de loi le projet de loi 6568 déposé le 25 avril 2013 et réformant le droit de la filiation est adopté). La preuve de la filiation maternelle peut résulter dans les deux cas de la possession d'état, définie comme « une réunion suffisante de faits qui indiquent le rapport de filiation et de parenté entre un individu et la famille à laquelle il est dit appartenir ». A défaut de possession d'état, la preuve de la filiation peut même être faite par témoins. Certes, s'il est allégué qu'il y a eu supposition d'enfant, ou substitution d'enfants, même involontaire, soit avant, soit après la rédaction de l'acte de naissance, l'article 322-2 du Code civil admet que la preuve en sera recevable et pourra se faire par tous moyens; mais dans l'hypothèse d'une convention de maternité pour autrui, il est peu probable que l'une des parties intéressées en fasse la dénonciation. Il n'en demeure pas moins qu'une telle convention serait illicite car elle heurterait l'ordre public luxembourgeois. Pour l'avenir, le projet de loi 6568, précité, prévoit de modifier l'article 6 du Code civil, placé dans le Titre Préliminaire concernant « la publication, des effets et de l'application des lois en général » et de le compléter par un deuxième alinéa disposant que « toute convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui est nulle ».

L'article 363 du Code Pénal Luxembourgeois prévoit une peine pouvant aller jusqu'à la réclusion de cinq à dix ans pour les coupables de suppression d'un enfant, de substitution d'un enfant à un autre, ou de supposition d'un enfant à une femme qui ne serait pas accouchée. La même peine serait applicable à ceux qui auraient donné la mission de commettre les mêmes faits, en cas de réalisation de ceux-ci.

Une décision de la Cour Supérieure de Justice a précisé la portée des notions de « supposition » d'enfant et de « suppression » d'enfant : *l'élément essentiel de la supposition d'enfant réside dans l'introduction d'un enfant dans une famille à laquelle il n'appartient pas, alors que la suppression d'enfant consiste dans le fait criminel de supprimer la preuve de l'état civil d'un enfant, sans qu'il y ait attentat à la vie de cet enfant (Cour Supérieure de Justice, 11 novembre 1957, P. 17, 189).*

A la lumière de l'incrimination de la supposition d'un enfant à une femme qui ne « sera pas accouchée », il devient très clair que la filiation maternelle, en droit luxembourgeois, trouve son origine dans le fait d'accoucher d'un enfant, précision qui n'est pas reprise expressément dans le Code civil, mais qui est évidente aux yeux des rédacteurs de ce Code. Est donc la mère d'un enfant la

femme qui a accouché de celui-ci, qu'elle ait ou non fourni son patrimoine génétique pour sa conception.

La responsabilité pénale d'un officier de l'état civil ayant sciemment établi un acte de naissance renseignant la maternité d'une femme qui ne figure pas dans l'avis de naissance pourrait être recherchée sur la base de cette disposition, tout comme celle de la femme et/ou de celui qui se reconnaîtra être le père de l'enfant et ayant incité l'officier de l'état civil à acter une filiation maternelle supposée. Il est évident qu'un officier de l'état civil luxembourgeois ne se risquera pas à de tels actes ; les avis de naissance sont conservés et permettent une vérification de la véracité des déclarations. Le geste tout aussi téméraire d'une sage-femme qui aurait inscrit un faux nom dans l'avis de naissance serait passible des mêmes peines. La qualification de faux et usage de faux trouvera probablement également à s'appliquer dans la plupart des cas.

En application de l'article 5 du Code d'instruction criminelle, *tout Luxembourgeois qui hors du territoire du Grand-Duché s'est rendu coupable d'un crime puni par la loi luxembourgeoise peut être poursuivi et jugé dans le Grand-Duché*. De la sorte, un couple luxembourgeois ou une femme luxembourgeoise qui aurait conclu une convention de maternité pour autrui pourrait être poursuivi(e) de ce chef au Luxembourg.

De même, l'étranger coauteur ou complice d'un crime commis hors du territoire du Grand-Duché par un Luxembourgeois pourra être poursuivi au Grand-Duché, conjointement avec le Luxembourgeois inculpé ou après la condamnation de celui-ci. Il serait théoriquement concevable d'appliquer cette disposition à un officier de l'état civil étranger ou à toute autre personne (telle une sage-femme) ayant permis, même à l'étranger, la supposition ou la suppression d'enfant, et de le/la citer devant une juridiction répressive luxembourgeoise.

Des sanctions disciplinaires sont également envisageables, notamment contre des professionnels de la santé.

Le projet de loi précité prévoit d'ajouter au Code pénal un article 391 quater punissant le fait de s'entremettre entre une personne ou un couple désireux d'accueillir un enfant et une femme acceptant de porter en elle cet enfant en vue de le leur remettre. La tentative est pareillement punissable et de tels faits commis à titre habituel ou dans un but lucratif seraient passible du double de ces peines. En revanche, la femme qui aurait accepté de mener à son terme une gestation pour autrui ne serait pas pénalement punissable.

Aux Pays-Bas, la réglementation datant de 1997 concerne les actes médicaux de fécondation in vitro (FIV), combinés le cas échéant avec une convention de mère porteuse, et les établissements habilités à les pratiquer. Des conditions strictes sont ainsi posées et un guide de bonnes pratiques a été établi sur cette base par la Société néerlandaise d'obstétrique et de gynécologie (*Guidelines on IVF-surrogacy*). L'hôpital d'Amsterdam (*Amsterdam VU Medical Centre*) est seul habilité à pratiquer la FIV combinée avec une convention de mère porteuse. Les parents d'intention et la mère porteuse, qui est généralement une de leurs proches parentes, concluent un contrat de mère porteuse. Si la mère porteuse est mariée, son conjoint doit aussi donner son consentement. La mère porteuse doit être âgée de moins de quarante-quatre ans, être en bonne santé, avoir déjà donné naissance à un ou plusieurs enfants et avoir ainsi réalisé son propre projet familial. Elle doit être animée par la volonté altruiste d'aider un couple à devenir parent alors qu'il ne peut pas procréer naturellement et elle doit accepter de lui remettre l'enfant à naître. Pour la plupart d'entre eux, les couples d'intention sont de nationalité néerlandaise et vivent aux Pays-Bas. La mère d'intention doit être dans l'incapacité de mener une grossesse à son terme, soit pour cause de stérilité, soit parce que cela mettrait sa vie en danger et être âgée de moins de quarante ans au moment du traitement. En outre, le Service de protection de l'enfance, qui est impliqué dans l'ensemble du processus depuis son commencement, exige la preuve que les parents d'intention n'ont pas d'antécédents criminels.

L'enfant doit être conçu par FIV avec les gamètes des deux parents d'intention, ce qui exclut les couples homosexuels. A sa naissance, sa filiation est légalement établie à l'égard de la mère porteuse du seul fait de l'accouchement, conformément à l'article 198 du Code civil qui ne distingue pas selon qu'elle est ou non la mère génétique. Lorsqu'elle est mariée et que son mari a consenti à la convention de maternité pour autrui, sa paternité est présumée en vertu du droit commun. Un transfert de la responsabilité parentale est prononcé au profit des parents d'intention qui peuvent alors former une requête conjointe aux fins d'adoption dans les conditions du droit commun, c'est-à-dire à condition qu'au moment de l'adoption, ils vivent en commun depuis au moins trois ans, qu'ils aient élevé l'enfant à leur foyer depuis au moins un an et que le prononcé de l'adoption soit dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Dans l'hypothèse où le mari de la mère porteuse n'aurait pas donné son consentement à la convention, il peut contester sa paternité et en obtenir l'annulation. La paternité du père d'intention pourra ensuite être légalement établie et la responsabilité parentale transférée à son profit. La mère d'intention pourra également demander l'adoption de l'enfant de son conjoint. Lorsque la mère porteuse n'est pas mariée, l'enfant lui est légalement rattaché à la naissance. Avec son consentement, le père d'intention peut reconnaître l'enfant. Puis son épouse peut former une requête aux fins d'adoption.

La convention passée avec la mère porteuse peut prévoir que les parents d'intention lui rembourseront les frais qu'elle a pu exposer à l'occasion de la grossesse et de l'accouchement. Cependant, l'article 151b du Code pénal sanctionne expressément la maternité de substitution à finalité commerciale en prévoyant contre les intermédiaires des peines d'amende et d'emprisonnement, les parents d'intention échappant, quant à eux, à de telles sanctions.

En Pologne, il n'y a pas de législation spéciale concernant les maternités de substitution. Néanmoins, la volonté du législateur polonais est déclarée d'une manière très claire depuis la loi du 6 novembre 2008, entrée en vigueur le 13 juin 2009, sur la modification du Code de la famille et de la tutelle, en inscrivant expressément dans l'article 61 du Code que la mère est la femme qui est accouchée. La formulation de cet article a été retenue pour écarter les doutes en cas de mère porteuse et éviter tout litige entre une femme qui aurait fourni un ovule et qui ne pourrait pas être considérée comme la mère légale, et celle qui serait accouchée de l'enfant et qui en serait légalement seule réputée la mère. Une demande en contestation de maternité ne pourrait être admise que si, dans l'acte de naissance de l'enfant, une autre femme que la femme accouchée était inscrite en qualité de mère.

Une convention conclue entre les père et mère ou la mère d'intention et une mère porteuse serait certainement annulée en vertu de l'article 56 du Code civil comme étant contraire aux règles de la vie en société et on peut même penser que la loi du 6 novembre 2008 constituerait le fondement de cette nullité.

Au Portugal, la gestation pour autrui est interdite par l'article 8 de la loi sur les procréations médicalement assistées, que le contrat soit conclu à titre gratuit ou à titre onéreux. Dans l'hypothèse où un tel contrat serait conclu en violation de la loi, la filiation de l'enfant serait légalement établie à l'égard de la mère porteuse sur le fondement du principe *Mater semper certa est*.

En Suisse, l'article 119 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 et les articles 4 et 31 de la Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée du 18 décembre 1998 (LPMA ; RS 810.11) interdisent toute forme de maternité de substitution.

Selon l'article 2 lettres a et k LPMA, la procréation médicalement assistée vise toute méthode qui permet 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 le transfert d'embryon et le transfert de gamètes. La maternité de substitution est le fait qu'une femme accepte de porter un enfant conçu au moyen d'une méthode de procréation médicalement assistée pour le remettre définitivement à des tiers après l'accouchement. En toute occurrence, une convention de mère porteuse conclue en Suisse en violation de cette loi est nulle.

Par ailleurs, selon l'article 31 LPMA, quiconque applique une méthode de procréation médicalement assistée à une mère de substitution est puni d'emprisonnement ou d'une amende. Celui qui sert d'intermédiaire à une telle pratique est également puni de la même peine. Mais les parents d'intention n'encourent pas de sanction pénale suite au recours à une mère porteuse.

En Turquie, les conventions de mères porteuses sont prohibées par le Règlement n° 24359 du 31 mars 2001 sur la procréation médicalement assistée [*Uremeye yordimci tedavi merkezleri yönetmeliği*].

II. La licéité et l'encadrement légal des conventions de maternité pour autrui et l'état civil de l'enfant

La Grèce et le Royaume-Uni autorisent la maternité pour autrui, tout en l'encadrant très strictement, mais dans des conditions qui ne sont pas identiques. De même, la législation en tire des incidences très différentes en matière d'état civil de l'enfant.

En Grèce, les maternités de substitution ont été autorisées par la loi 3089/2002 du 19 décembre 2002 portant sur l'assistance médicale à la procréation humaine. Cette loi a ajouté dans le Code civil les articles 1455 à 1460 et modifié les articles 1461 à 1484 concernant la parenté. Elle a été complétée par la loi n° 3305/2005 du 27 janvier 2005 sur la mise en œuvre des méthodes de reproduction médicalement assistée, entrée en vigueur le 27 février 2005.

La loi 3089/2002 contient notamment des dispositions concernant spécifiquement le recours à des mères porteuses. D'après ce texte, l'utilisation de cette technique de procréation artificielle est permise à certaines conditions, tant générales (c'est-à-dire applicables à diverses techniques d'assistance médicale à la reproduction) que spécifiques (c'est à dire applicables exclusivement dans ce cas particulier).

Quant aux conditions générales, elles concernent l'âge de la personne assistée (une limite d'âge est fixée à cinquante ans pour la femme commanditaire et la mère porteuse) et l'incapacité médicale de procréer ou le risque de transmission d'une maladie grave. Selon l'article 1455 du Code civil (introduit par l'effet de l'article 1^{er} de la loi 3089/2002), « l'assistance médicale à la reproduction humaine (procréation artificielle) n'est permise que pour faire face à l'impossibilité de procréation naturelle ou pour éviter la transmission à l'enfant d'une maladie grave. Cette assistance est permise jusqu'à l'âge de la capacité naturelle de procréation de la personne assistée ». Cette disposition est complétée par l'article 1458 du Code civil, spécifique à la question du recours à des mères porteuses. Il prévoit notamment que « *le transfert dans le corps d'une autre femme d'embryons étrangers à celle-ci et la gestation par elle sont permis ... s'il est prouvé que la gestation lui [à la femme qui désire avoir un enfant] est médicalement impossible et que la femme qui se prête à la gestation y est apte, au vu de son état de santé* ».

La procédure d'autorisation du recours à une mère porteuse fait également l'objet de la loi 3089/2002. La décision est rendue par application des dispositions du Code de procédure civile concernant la juridiction gracieuse (art. 4, loi 3089/2002, modifiant l'art. 121 de la loi d'introduction au Code civil). Il est aussi précisé par la loi 3089/2002 que le transfert dans le corps d'une autre femme d'embryons étrangers à celle-ci et la gestation par elle sont permis par autorisation judiciaire délivrée avant le transfert, s'il existe un accord écrit et sans contrepartie entre les personnes qui désirent avoir un enfant et la femme qui accouchera, ainsi que son conjoint quand elle est mariée. L'autorisation judiciaire est accordée après requête de la femme qui désire avoir un enfant. Le consentement donné doit l'avoir été de façon libre et éclairée. Toute contrepartie pécuniaire est interdite, excepté le remboursement des frais de grossesse et d'accouchement, ainsi que, le cas échéant, le versement d'une indemnité correspondant aux salaires perdus par la mère porteuse

durant la grossesse à concurrence d'un maximum évalué par une autorité indépendante. On peut noter que le jugement n° 452/2006, rendu par le Tribunal de grande instance de Lefkade, a autorisé la mère de la femme commanditaire à être la mère porteuse.

Il est enfin prévu (art. 4 de la loi 3089/2002, modifiant l'article 121 de la loi d'introduction au Code civil) que l'autorisation est accordée en application des dispositions du Code de procédure civile concernant la juridiction gracieuse et que la solution de l'article 1458 n'est applicable « qu'au cas où la femme demanderesse et la femme gestatrice ont leur domicile en Grèce » (art. 8 de la loi 3089/2002). En effet, soucieuse d'éviter le « tourisme procréatif », la législation grecque n'est applicable qu'au profit d'une femme commanditaire domiciliée en Grèce et à condition que la mère porteuse le soit aussi (art. 8 de la loi du 19 décembre 2002). Cela a pour conséquence dérivée qu'une femme de nationalité grecque, mais domiciliée à l'étranger, ne peut pas bénéficier de la loi sauf à établir son domicile en Grèce. En revanche, une étrangère domiciliée en Grèce peut y devenir mère avec l'aide d'une mère porteuse, ce qui soulèvera alors la question en droit international privé de l'établissement du lien de filiation maternelle.

Une infraction à la loi est pénalement sanctionnée par une peine privative de liberté d'au moins deux ans et par une amende d'au moins 1.500 euros. Les mêmes peines sont applicables aux intermédiaires.

Les effets de l'autorisation du recours à une mère porteuse en matière d'état civil et de filiation sont régis par le nouvel article 1464 du Code civil, introduit par la loi 3089/2002. Il dispose qu'« en cas de procréation artificielle et de gestation par une autre femme selon l'article 1458, est présumée mère de l'enfant la femme à laquelle a été accordée l'autorisation. Cette présomption est renversée par l'action en contestation de la maternité, exercée dans un délai de six mois à partir de la naissance, soit par la mère présumée, soit par la femme gestatrice, s'il est prouvé que l'enfant est issu biologiquement de cette dernière. La contestation est faite par la femme titulaire de l'action elle-même, ou par son mandataire spécial, ou, après autorisation judiciaire, par son représentant légal. Suite à la décision judiciaire irrévocable qui fait droit à l'action, l'enfant a, rétroactivement depuis sa naissance, pour mère la femme gestatrice ». La législation grecque présente ainsi une forte originalité à propos de la filiation de l'enfant conçu et né dans ces circonstances. Portant exception au principe général *Mater semper certa est*, qui est posé classiquement par l'article 1463 du Code civil, l'article 1464 répute la femme bénéficiaire de l'autorisation judiciaire comme étant la mère légale et prévoit sa désignation comme telle dans l'acte de naissance dès l'origine. La paternité du mari est présumée en application du droit commun, si la naissance a eu lieu durant le mariage ou dans les trois cents jours suivant sa dissolution ou son annulation (art. 1465 du Code civil). S'agissant d'un couple non marié, le concubin doit exprimer par acte notarié son consentement à l'assistance médicale à la procréation réalisée grâce à une mère porteuse (art. 1456, §1, al. b), ce qui vaut reconnaissance volontaire de paternité (art. 1475 du Code civil). Que le couple bénéficiaire soit marié ou non, la filiation paternelle est ainsi inscrite dans l'acte de naissance.

En ce qui concerne plus particulièrement l'état civil, la loi 3089/2002 porte modification de la loi 344/1976 relative aux actes civils et notamment de son article 20 établissant l'obligation de déclaration de la naissance auprès des autorités d'état civil du lieu de celle-ci sur production d'une attestation du médecin ou de la sage-femme ayant assisté à l'accouchement. En cas de recours à une mère porteuse, la loi 3089/2002 précise qu'« est également produite l'autorisation judiciaire accordée à la femme qui désire avoir un enfant ».

Au Royaume-Uni, une loi de 1985 (*Surrogacy Arrangements Act 1985*) avait interdit les contrats conclus à titre privé et à but lucratif, au Royaume-Uni ou à l'étranger, entre un couple et une mère porteuse qui s'engagerait à assumer la grossesse et l'accouchement moyennant une rémunération, et de tels contrats étaient frappés de nullité. Les conventions de maternité pour autrui ont ensuite été admises et étroitement réglementées par la loi du 1^{er} novembre 1990 sur la fécondité et l'embryologie humaines (*Human Fertilisation and Embryology Act 1990*). Cette loi a été amendée par

la loi de 2008 sur la fécondation et l'embryologie humaines (*Human Fertilisation and Embryology Act 2008*), entrée en vigueur le 6 avril 2009 et complétée par des règlements ultérieurs, puis par la loi de 2010 sur la fécondation et l'embryologie humaines (*Human Fertilisation and Embryology Act 2010*), entrée en vigueur le 16 avril 2010, pour permettre aux couples non mariés et aux couples du même sexe d'avoir recours à une mère porteuse et de devenir parents légaux.

De façon générale, le recours à une mère porteuse est permis, certaines restrictions étant toutefois prévues. La maternité de substitution à des fins lucratives est interdite, les parents d'intention ne pouvant prendre en charge que les frais raisonnablement engagés par la mère porteuse.

Le couple demandeur peut être constitué des deux parents génétiques, ou simplement de l'un d'eux ; il est aussi possible qu'aucun des deux membres du couple demandeur n'ait de lien génétique avec l'enfant lorsqu'il a été conçu grâce à un don de sperme et à un don d'ovule, y compris par la mère porteuse.

La mère porteuse ne pourrait pas être contrainte de remettre l'enfant aux parents d'intention même si un contrat a été signé et si les frais de la maternité de substitution ont été pris en charge.

Dans la phase initiale, à la différence de ce que prévoit le droit grec, la naissance est traditionnellement enregistrée sous le nom de la mère porteuse qui, étant accouchée de l'enfant, est seule réputée la mère légale selon la réglementation en vigueur dans l'ensemble du Royaume-Uni.

S'agissant de la paternité, la loi de 1990 sur la fécondation et l'embryologie humaines et la législation relative à la nationalité prévoient que le mari ou le compagnon de la mère de substitution est le père légal de l'enfant s'il a consenti à ce qu'elle entreprenne le traitement. Lorsqu'elle n'est pas mariée au moment de la naissance ou lorsque son mari n'avait pas consenti au traitement, l'enfant n'a pas de père légal ; mais le consentement du mari est alors présumé jusqu'à preuve contraire.

Ensuite, si les parents d'intention souhaitent devenir les parents légaux de l'enfant, ils peuvent demander une décision d'adoption ou une décision parentale (*Parental Order*), six semaines après la naissance et avant l'expiration d'un délai de six mois, ce qui aura pour effet de leur transférer les droits et les devoirs parentaux. L'obtention d'une décision parentale est subordonnée à plusieurs conditions : il faut que l'un des deux parents d'intention au moins possède un lien génétique avec l'enfant et que la mère de substitution et le père légal aient consenti sans réserve. Une décision parentale permet le réenregistrement de l'enfant dans un registre des naissances distinct tenu par l'Officier Général de l'État civil (*Registrar General*), avec inscription du couple demandeur en tant que parents de l'enfant. L'acte de naissance d'origine est annoté afin de mentionner ce réenregistrement et les copies certifiées délivrées à toutes fins légales devront être faites exclusivement à partir de l'acte réenregistré.

La loi de 1990 a été modifiée en avril 2010 pour permettre aux couples non mariés et aux couples de même sexe engagés dans un partenariat civil (*Civil Partnership*) d'avoir recours à une mère porteuse, puis d'obtenir une décision parentale.

III. La reconnaissance internationale des actes de l'état civil ou des jugements étrangers concernant un enfant né d'une mère de substitution et ses incidences sur la situation de l'enfant

Vu la rigueur des réglementations, on constate que des couples recherchent vers quel pays se tourner pour entrer en relation avec une mère porteuse étrangère, ce que l'internet facilite. Comme le révèlent des cas concrets, les pays étrangers de destination sont divers, en Europe (par exemple, l'Ukraine, la Géorgie ou la Russie) ou hors d'Europe (États-Unis d'Amérique, Inde, Israël, Canada). Se pose alors la question de la reconnaissance ou non des effets de l'acte de naissance dressé à l'étranger en conformité de la loi locale ou celle de la reconnaissance du jugement qui établit un lien de filiation à l'égard du couple ou de la personne commanditaire de l'enfant né d'une mère porteuse.

Sur ce point, la question d'une coopération multilatérale a été posée et dans cette perspective par exemple, les Consuls généraux de huit États européens, presque tous membres de la CIEC (Allemagne, Belgique, Espagne, France, Italie, Pays-Bas, Pologne et République tchèque), ont envoyé en 2010 un courrier commun à plusieurs cliniques en Inde pour les inviter à ne plus offrir des possibilités de maternités de substitution à leurs ressortissants qui n'auraient pas consulté auparavant leur ambassade (<http://www.hindustantimes.com/Inde-news/Mumbai/IVF-centres-direct-foreigners-to-consulates-over-surrogacy-issue/Article1-572534.aspx>). On doit aussi signaler le rapport préliminaire *sur les problèmes découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international*, qui a été établi en mars 2012 par la Conférence de La Haye de droit international privé (<http://www.hcch.net/upload/wop/gap2012pd10fr.pdf>).

En Allemagne, la gestation pour autrui est incompatible avec des principes fondamentaux du droit et est donc par principe nulle et non avenue au regard du droit national, même si elle résulte d'une convention conclue et exécutée dans un État étranger qui l'autorise (en Ukraine, par exemple). Tout ressortissant allemand est supposé connaître la prohibition en droit allemand des maternités de substitution.

Dans une telle hypothèse, il faut examiner si une filiation légale a été établie sur la base de la *lex causae* visée par l'article 19 EGBGB. En vertu du droit international privé allemand, la filiation est déterminée selon la loi de l'État de la résidence habituelle de l'enfant (art. 19, paragraphe 1, 1^{ère} phrase de la Loi introductive au Code civil [*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche* - EGBGB]). Elle peut aussi être déterminée conformément au droit de l'État dont l'un ou l'autre des parents est ressortissant (art. 19, paragraphe 1, 2^e phrase EGBGB). Quand la mère est mariée, la filiation peut en outre être déterminée par la loi des effets du mariage visée à l'article 14, paragraphe 1 EGBGB (art. 19, paragraphe 1, 3^e phrase EGBGB). S'agissant de la filiation maternelle, cette diversité d'options peut conduire à ce que des femmes différentes puissent être considérées comme la mère légale. Par exemple, cela peut être le cas lorsque le droit étranger (tel que le droit californien) attribue l'enfant à sa mère génétique, contrairement au droit allemand (article 1591, BGB). A la recherche d'une solution à ce problème, force est de prendre en compte le fait que l'application de normes juridiques étrangères est exclue lorsque son résultat serait manifestement incompatible avec des principes essentiels du droit allemand (art. 6, EGBGB), sachant qu'il y a lieu dans ce contexte de tenir compte de la relativité de l'ordre public. Plus le lien avec l'Allemagne est étroit, plus il y a lieu de présumer que l'article 6 EGBGB est applicable. Il convient encore de tenir compte de l'article 1591 du BGB, qui fonde la filiation maternelle exclusivement sur l'accouchement, donc à la mère porteuse. Dans ce contexte, il est impossible de contourner l'interdiction de la gestation pour autrui, de sorte qu'*in fine*, il convient d'invoquer l'ordre juridique allemand qui attribue l'enfant à la mère porteuse du seul fait de l'accouchement.

Dans les situations internationales où des fondements juridiques clairs font encore défaut, le droit évoluera à mesure que les tribunaux seront saisis en vue d'examiner des décisions prises par les autorités compétentes qui se trouvent sur le territoire national, de sorte que les missions diplomatiques ou consulaires allemandes n'ont pas à apprécier ni anticiper de décision des autorités et des tribunaux en Allemagne.

S'agissant de la filiation paternelle, l'article 19 EGBGB est utilement complété par l'article 23 EGBGB, dans la mesure où ce dernier invoque également le droit de l'État dont l'enfant est ressortissant en ce qui concerne les conditions de consentement à la reconnaissance de paternité.

Si le père d'intention est un ressortissant allemand, la filiation à son égard peut être appréciée conformément au droit allemand, en vertu de l'article 19, paragraphe 1, 2^e phrase EGBGB. Sa paternité ne peut être légalement présumée sur la base de l'article 1592, n° 1 du BGB étant donné qu'il n'est pas marié avec la mère porteuse, mais elle pourrait résulter d'une reconnaissance sur le fondement du paragraphe 2 de l'article 1592 du BGB ou encore d'une décision judiciaire selon le paragraphe 3. Si la mère porteuse était mariée, l'établissement de la paternité de son mari pourrait

empêcher la reconnaissance par le père d'intention allemand jusqu'à une contestation effective de la paternité du mari. Une telle reconnaissance par le père d'intention ne peut donc être réalisée que dans ces conditions limitées, indépendamment du fait que les deux parents soient inscrits ou non dans l'acte de naissance étranger. En outre, l'article 23 EGBGB concernant le consentement de la mère à la reconnaissance de paternité doit encore une fois être pris en compte : il prévoit que le consentement à une déclaration de filiation relève du droit de l'État dont l'enfant a la nationalité, mais que si l'intérêt supérieur de l'enfant l'exigeait, le droit allemand devrait néanmoins être appliqué. Dans de telles situations, la compétence relèverait des fonctionnaires consulaires allemands en vertu de l'article 2 de la Loi consulaire [*Gesetz über die Konsularbeamten, ihre Aufgaben und Befugnisse – Kons*]. En pratique, on a pu rencontrer un jugement indulgent par lequel un tribunal a retenu la validité de la reconnaissance faite par le père (AG Nürnberg, 14 déc. 2009 – UR III 0264/09, UR III 264/09).

L'établissement valable d'une filiation à l'égard d'un ressortissant allemand peut entraîner la délivrance pour l'enfant d'un document de voyage, subordonnée à sa nationalité allemande (art. 1^{er}, 1^{ère} phrase de la Loi relative aux passeports [*Paßgesetz - PassG*]) qui découle de l'établissement de la filiation envers un ressortissant allemand (art. 4, paragraphe 1 de la Loi sur la nationalité allemande [*Staatsangehörigkeitsgesetz - StAG*]). Par conséquent, si la filiation paternelle n'a pas été valablement établie, l'enfant n'a pas la nationalité allemande et il ne peut être délivré à l'enfant des documents de voyage ou un passeport allemand. En règle générale, le père d'intention ne pourrait donc pas sortir du territoire (par exemple de l'Ukraine) avec l'enfant pour le faire entrer en Allemagne sans être muni des documents d'identité appropriés. Avant de délivrer un passeport allemand, il est de rigueur de consulter les autorités nationales compétentes en matière de filiation et de nom (service de l'état civil) et de nationalité (autorité administrative), puis d'attendre leurs directives. Un recours judiciaire est possible contre une décision négative de leur part.

De façon générale, les ambassades et les consulats ont reçu pour instructions de refuser l'authentification d'actes de naissance étrangers dans des situations de maternité de substitution et la délivrance d'un visa aux fins d'adoption ne saurait être accordée que si, par analogie, les conditions fixées à l'article 6 de la loi de mise en œuvre de la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale [*Gesetz zur Ausführung des Haager Übereinkommens vom 29. Mai 1993 über den Schutz von Kindern und die Zusammenarbeit auf dem Gebiet der internationalen Adoption (Adoptionsübereinkommens-Ausführungsgesetz – AdÜbAG)*] sont réunies, c'est-à-dire si une procédure d'adoption internationale est en cours à laquelle concourent tant les autorités de l'État d'origine de l'enfant que celles de l'État d'accueil.

En Belgique, il n'y a pas de procédures spécifiques prévues pour vérifier que l'enfant est biologiquement issu de la ou des personnes qui se prétendent ses parents, mais les dispositions légales relatives à l'établissement et à la contestation de la filiation s'appliquent conformément aux règles du droit international privé belge dans l'hypothèse d'une convention conclue à l'étranger. Dans la pratique, il est rapporté par le Département des Affaires étrangères qu'il ressort parfois clairement des dossiers soumis aux postes diplomatiques ou consulaires que les intéressés ont fait appel aux services d'une mère porteuse. Deux situations sont à distinguer : la reconnaissance d'un acte de naissance étranger et la reconnaissance d'une décision judiciaire étrangère établissant la filiation de l'enfant.

Concernant la reconnaissance d'un acte de naissance étranger, il y a lieu de se référer, en l'absence de disposition spécifique, au Code de droit international privé et, en particulier, à ses articles 27 (reconnaissance des actes authentiques étrangers) et 62 (droit applicable à la filiation). Plusieurs conditions doivent être réunies pour qu'un acte de naissance établi à l'étranger soit reconnu en Belgique :

- en premier lieu, l'acte doit réunir les conditions nécessaires à son authenticité selon le droit de l'État dans lequel il a été établi.
- En deuxième lieu, la validité de l'acte doit être établie conformément au droit applicable en vertu du Code de droit international privé, de sorte que pour vérifier la validité de l'acte, il convient d'appliquer les règles de rattachement prévues par ce Code (Circulaire du 23 septembre 2004 relative aux aspects de la loi du 16 juillet 2004 portant le Code de droit international privé concernant le statut personnel, Moniteur belge, 28 septembre 2004, p. 69600). En l'espèce, il y a lieu de retenir la règle relative à la filiation énoncée à l'article 62 du Code de droit international privé et de vérifier, pour chacun des parents, si l'acte de naissance est valide conformément au droit de l'État dont il a la nationalité au moment de la naissance de l'enfant. Par conséquent, si la mère est belge au moment de la naissance, la filiation maternelle constatée dans l'acte de naissance étranger s'appréciera au regard du droit belge. Conformément à l'article 312 du Code civil, la personne désignée dans l'acte de naissance est la mère de l'enfant, en sorte que, au regard du droit belge, la mère est toujours celle qui a accouché. Un acte de naissance étranger qui constate la filiation de la mère intentionnelle n'est donc pas valable et ne peut donc pas être reconnu. Quant à la filiation paternelle, si le père est belge, elle est également régie par le droit belge. Si la filiation paternelle inscrite dans l'acte de naissance étranger est établie sur la base de la présomption de paternité à l'égard de la mère d'intention (article 315 du Code civil), elle est problématique dans la mesure où la filiation maternelle est elle-même rejetée.
- En troisième lieu, la loi précise qu'il y a lieu de tenir spécialement compte des articles 18 et 21 du Code de droit international privé, portant respectivement sur la fraude à la loi et l'ordre public.

Il en découle qu'un acte de naissance établi à l'étranger constatant la filiation de parents intentionnels belges ne peut être reconnu en Belgique sur la base des articles 27 et 62 du Code de droit international privé. Il devrait en aller de même de la demande de reconnaissance d'un acte de naissance étranger établi au profit du ou des parents intentionnels, dans l'hypothèse où ces derniers possèdent une nationalité dont la loi admet le recours à une mère porteuse, résidant en Belgique et ce, alors même que l'acte de naissance est valide au regard du droit dont ils possèdent la nationalité.

Concernant l'hypothèse où la filiation maternelle et/ou paternelle des parents intentionnels est établie, non pas dans un acte de naissance dressé à l'étranger, mais par décision judiciaire prononcée à l'étranger, la reconnaissance de la décision judiciaire est soumise aux conditions visées à l'article 25 du Code de droit international privé (article 22 dudit Code). Les questions de la compatibilité du recours à la maternité de substitution avec l'ordre public et de la fraude à la loi sont alors centrales.

La personne qui conteste le refus de reconnaissance de l'acte authentique ou de la décision judiciaire étrangère par l'officier de l'état civil dispose d'un recours devant le tribunal de première instance (articles 23 et 27 du Code de droit international privé).

La pratique rapportée par le Département des Affaires étrangères fait état de ce que les postes ont reçu pour instructions de ne reconnaître aucun effet aux documents étrangers produits dans ce cadre (actes de naissance, jugements,...). Cette position est adoptée même si la procédure, telle que légalement prévue localement, a été scrupuleusement suivie. Ce qui a des effets à l'étranger, en l'espèce, n'en produit pas dans l'ordre juridique interne belge.

Lorsque les intéressés prennent contact avec les postes à l'étranger ou avec le Département des Affaires étrangères avant d'entamer les démarches, ils sont sérieusement mis en garde quant au fait que s'ils suivent cette procédure, le cas échéant même suivant la loi locale étrangère, les postes refuseront de reconnaître la maternité et/ou la paternité, ne délivreront aucun document de voyage et les inviteront à s'adresser au tribunal de première instance compétent (renvoi aux articles 23 et 27 du Code de droit international privé).

Plusieurs décisions judiciaires rendues en la matière montrent que la filiation est généralement établie *in fine* par le juge, par reconnaissance et/ou adoption sur le fondement de l'intérêt supérieur de l'enfant. Certaines de ces décisions sont résumées ci-dessous :

- Civ. Anvers, 19 décembre 2008 : Un homme et une femme, tous deux de nationalité belge, mariés, résidant en Belgique, font appel aux services d'une mère porteuse en Ukraine. Il ressort d'un test ADN que les demandeurs sont, d'un point de vue génétique, les parents des enfants (jumeaux). Les demandeurs sont mentionnés dans les actes de naissance des enfants, établis en Ukraine, comme les parents légaux. L'Ambassade belge a refusé de reconnaître les actes de naissance ukrainiens.

Conformément à l'article 27, § 1^{er}, du Code de droit international privé, les actes de naissance réunissent les conditions nécessaires à leur authenticité selon le droit de l'État dans lequel ils ont été établis, à savoir le droit ukrainien. La validité, quant à elle est établie conformément au droit applicable en vertu du Code de droit international privé, en tenant compte des articles 18 et 21 de ce Code.

L'établissement de la filiation est régi par l'article 62 de ce Code, lequel prescrit l'application de la loi de l'État dont les requérants ont la nationalité, soit la loi belge en l'espèce. Les actes de naissance doivent donc être contrôlés sur la base des conditions du droit belge. Il est dit également dans le jugement qu'aucun acte étranger ne peut produire d'effets en Belgique, si le contenu de celui-ci ne peut être virtuellement élaboré en Belgique. Selon le droit belge de la filiation, la femme qui a accouché de l'enfant doit être considérée comme sa mère et est mentionnée comme telle dans l'acte de naissance. Le tribunal relève encore que la validité des actes présentés en Belgique comme « actes de naissance » ne peut pas être établie, mais il considère par ailleurs qu'en l'absence de fraude à la loi, ces actes de naissance peuvent être considérés comme des actes authentiques valides, desquels il ressort que la volonté du mari était de reconnaître les enfants et que cette reconnaissance n'est pas contraire à l'ordre public international. Cette reconnaissance a eu pour effet d'attribuer la nationalité belge aux enfants.

La mère intentionnelle (et génétique) s'est, ensuite, adressée au Tribunal de la jeunesse d'Anvers (Civ. Anvers, 22 avril 2010, T. Fam., 2012/2, p. 43) en vue d'adopter les enfants. Sur la base de la procédure de l'adoption interne, le tribunal a prononcé l'adoption, en considérant qu'il ne lui appartient pas de trancher une question aussi fondamentale que la gestation pour autrui et que l'adoption est dans l'intérêt des enfants.

- Civ. Huy, 22 mars 2010, J.T., 2010, p. 420 : Un couple homosexuel marié décide de recourir aux États-Unis (Californie) à une mère porteuse, laquelle met au monde deux enfants dont un membre du couple est le père biologique. Préalablement à la naissance et conformément au droit local, les intéressés obtiennent un jugement qui déclare parents légaux et naturels des enfants à naître les parents intentionnels. L'acte de naissance est établi avec indication de leurs noms en cette qualité. La transcription en Belgique desdits actes est refusée.

Sur la base des articles 27 et 21 du Code de droit international privé, le tribunal s'estime compétent pour examiner la compatibilité avec l'ordre public de la convention de gestation pour autrui, en ce que celle-ci est la conséquence des actes de naissance dont le refus de reconnaissance est discuté. Le juge fonde son analyse sur l'ordre public international belge et les engagements internationaux de la Belgique (Convention relative aux droits de l'enfant et Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales) et estime que « s'il reconnaissait la validité des actes de naissance contestés, le tribunal donnerait effet à la convention de gestation pour autrui, et cautionnerait ainsi le principe que des enfants, dès avant leur naissance, fassent l'objet d'une convention commerciale ».

Le tribunal juge donc que la convention de gestation pour autrui est contraire à l'ordre public en application des articles 27 et 21 dudit Code et que les actes de naissance sont constitutifs d'une fraude à la loi. Il refuse la reconnaissance et la transcription des actes de naissance établis en

Californie, « en tant qu'ils sont l'ultime phase d'un processus d'ensemble destiné à permettre à un couple l'accueil à son foyer d'enfants conçus en exécution d'un contrat de gestation pour autrui ».

Ce jugement est réformé pour raison procédurale en appel (Liège, 6 septembre 2010, J.T., 2010, p. 634). Sur la base des articles 27 et 62 du Code de droit international privé, la Cour reconnaît les actes de naissance et autorise leur transcription dans les registres de l'état civil, mais uniquement en ce qu'ils mentionnent un lien de filiation à l'égard du père biologique. Elle rejette, par contre, le lien de filiation à l'égard de l'autre parent intentionnel.

La Cour considère que le droit belge, applicable en l'espèce (les parents intentionnels étant de nationalité belge), aurait permis l'établissement du lien de filiation à l'égard du père biologique sur la base de l'article 329 bis du Code civil (reconnaissance) dès lors que la filiation paternelle n'est pas établie par l'effet de la loi. En outre, l'article 330, § 2, du Code civil n'autorise pas la contestation du lien de paternité à l'égard du père biologique. Par contre, concernant l'autre parent intentionnel, la Cour constate que le droit belge n'admet pas l'existence d'un double lien de filiation paternelle d'origine et que l'article 143 du Code civil exclut l'application de présomption de paternité en cas de mariage entre deux personnes du même sexe.

L'illicéité du contrat de gestation pour autrui, que la Cour affirme, ne peut porter atteinte à l'intérêt supérieur des enfants garanti par les articles 3 de la Convention relative aux droits de l'enfant et 22bis de la Constitution.

- Civ. Bruxelles (réf.), 6 avril 2010, R.T.D.F., 2010/4, p. 1164 : Un homme de nationalité belge s'est rendu en Inde pour avoir recours à la gestation pour autrui avec don anonyme d'ovule. Il est génétiquement le père de l'enfant. L'acte de naissance dressé en Inde mentionne ce père intentionnel comme étant le père de l'enfant (reconnaissance par acte notarié) et de mère inconnue, conformément à la législation indienne. L'intéressé s'est adressé au président du tribunal de première instance pour obtenir la délivrance d'un titre de voyage pour l'enfant et dire pour droit que l'enfant serait hébergé en Belgique à son domicile.

Le tribunal considère que le contrat de gestation pour autrui est illégal. Il n'en demeure pas moins que le lien de filiation pourrait être reconnu en droit belge à l'occasion d'une procédure devant le juge du fond. Le tribunal constate en effet que l'intéressé a reconnu l'enfant par acte notarié, que l'enfant n'a pas la nationalité indienne, que le demandeur s'occupe effectivement de l'enfant depuis sa naissance et qu'en conséquence un lien privilégié et une situation familiale se sont créés entre eux. L'intérêt de l'enfant n'apparaît pas de demeurer en Inde, situation qui serait contraire à l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. En conséquence, le tribunal ordonne à l'État belge de délivrer à l'intéressé un visa ou un laissez-passer au nom de l'enfant pour lui permettre de revenir sur le territoire belge avec l'enfant.

- Civ. Bruxelles, 15 février 2011 : Un couple homosexuel décide de recourir en Ukraine à une mère porteuse, laquelle met au monde un enfant dont un membre du couple est le père biologique de nationalité belge. L'acte de naissance, établi en Ukraine, mentionne la mère porteuse comme mère et le père biologique et intentionnel comme père de l'enfant. Conformément à la loi ukrainienne, l'autorité parentale est confiée par jugement au père intentionnel. Les autorités belges refusent de reconnaître l'acte de naissance et de délivrer un passeport à l'enfant.

Conformément à l'article 27, § 1^{er}, du Code de droit international privé, l'acte de naissance ukrainien réunit les conditions nécessaires à son authenticité selon le droit ukrainien. La validité est, quant à elle, établie conformément au droit applicable en vertu du Code de droit international privé, en tenant compte des articles 18 et 21 de ce Code. L'établissement de la filiation est régi par l'article 62 de ce Code, lequel prescrit l'application de la loi de l'État dont les requérants ont la nationalité, soit en l'espèce, la loi belge. La filiation paternelle établie par l'acte de naissance étranger doit donc être contrôlée sur la base des conditions du droit belge. Le tribunal considère que la reconnaissance de l'enfant par le demandeur, établie dans l'acte de naissance ukrainien, est conforme aux exigences de

l'article 329 du Code civil, la mère ayant valablement donné son consentement à ladite reconnaissance. Elle n'est pas contraire à l'ordre public international, dans la mesure où il s'agit de la reconnaissance d'un enfant par son père biologique et en raison de l'intérêt de l'enfant. Il n'y a pas non plus de fraude à la loi, d'autant que le mariage entre partenaires de même sexe et que l'adoption d'un enfant dans ce cadre ne sont pas interdits.

- Civ. Liège, 15 mars 2013, Act. dr. fam, 2013/5, p. 93) : Suite au refus de la ville de Liège de transcrire dans les registres de l'état civil les actes de naissance américains de deux enfants nés d'une gestation pour autrui avec don anonyme d'ovocytes, les parents d'intention (un couple homosexuel) demandent au tribunal, à titre principal, la reconnaissance du jugement prononcé par la Cour supérieure de Californie qui établit la double filiation de chacun des enfants à leur égard et, à titre subsidiaire, la reconnaissance des actes de naissance dressés par la ville de Los Angeles.

Les actes de naissance n'étant que l'exécution sur le plan administratif du jugement californien, le juge en déduit que la demande doit être examinée sous l'angle de la reconnaissance d'une décision judiciaire étrangère, à savoir sur la base des articles 24 et 25 du Code de droit international privé. Il n'y a dès lors pas lieu de s'interroger sur la loi qui aurait été applicable si les dispositions du Code avaient été appliquées et sur le respect de celles-ci. Il faut vérifier que l'un des motifs de refus visés à l'article 25 de ce Code n'est pas applicable, notamment l'incompatibilité manifeste avec l'ordre public et la fraude à la loi. Le tribunal considère que la décision étrangère n'est pas manifestement incompatible avec l'ordre public international belge. Vu la situation, le tribunal décide qu'il n'y a pas lieu de « détricoter partiellement la décision américaine, avec toutes les incidences négatives qu'une telle opération implique sur le plan de l'intérêt des enfants, de la cohérence et de la permanence de leur statut personnel, dès lors qu'il est certain que le lien sera rétabli grâce à une procédure ultérieure d'adoption ». De plus, il ne peut être question, d'après le tribunal, de fraude à la loi, dès lors que les requérants n'ont pas artificiellement acquis une autre nationalité dans le but exclusif de voir leur parenté d'intention légitimée. En conséquence, le juge autorise la transcription des actes de naissance dressés sur la base de la décision américaine.

En Espagne, à l'initiative des autorités administratives, et dans l'intérêt des enfants nés de mères porteuses, la Direction générale des registres a publié l'Instruction du 5 octobre 2010, relative à l'enregistrement de la filiation des enfants nés d'un contrat de gestation pour autrui, ordonnant aux services de l'état civil de suivre certaines règles de reconnaissance procédurale, d'une portée limitée. Les articles 1 et 2 de cette instruction fixent les règles suivantes :

Selon son article premier :

« 1. L'enregistrement de la naissance d'un mineur, né à l'étranger suite à des techniques de maternité de substitution, ne pourra être fait que si la décision du tribunal compétent déterminant la filiation de l'enfant est jointe à la demande d'enregistrement.

2. Sauf si un accord international était applicable, la décision judiciaire étrangère est soumise à la procédure d'exequatur prévue par la loi sur la procédure civile de 1881. Pour procéder à l'enregistrement d'une naissance, doivent être déposées auprès du service d'état civil espagnol la demande d'enregistrement et l'ordonnance du tribunal clôturant la procédure d'exequatur mentionnée.

3. Nonobstant ce qui précède, dans l'hypothèse où la décision judiciaire étrangère a eu son origine dans une procédure analogue à une procédure espagnole de juridiction volontaire, l'officier de l'état civil fera, comme condition préalable à l'enregistrement, un contrôle accessoire afin de déterminer si ce jugement peut être reconnu en Espagne. Dans un tel contrôle l'officier de l'état civil devra vérifier :

a) La régularité et l'authenticité formelle du jugement étranger et de tous autres documents qui seraient présentés.

- b) Que le tribunal d'origine a fondé sa compétence internationale sur des critères équivalents à ceux prévus dans la législation espagnole.
- c) Que les droits procéduraux des parties, en particulier de la femme enceinte, ont été garantis.
- d) Qu'il n'y a pas eu de violation de l'intérêt supérieur du mineur et des droits de la femme enceinte. Il devra en particulier être vérifié que le consentement de cette dernière a été obtenu librement et volontairement, sans aucune erreur, fraude ou violence, et que la femme a la capacité naturelle suffisante.
- e) Que le jugement est définitif et que les consentements donnés sont irrévocables ou, s'ils étaient soumis à un délai de révocation en vertu de la loi étrangère applicable, que ce délai était écoulé sans que quiconque ayant une telle faculté de révocation ne l'eût exercée. »

Et selon l'article 2 de l'Instruction :

« En aucun cas, il ne sera admis pour l'enregistrement de la naissance et la filiation de l'enfant une certification de l'état civil étranger ou la simple déclaration, accompagnée d'un certificat médical concernant la naissance de l'enfant, dans laquelle l'identité de la femme enceinte n'est pas constatée ».

En France, aucune disposition légale ne subordonne la reconnaissance des actes de l'état civil étrangers à leur transcription dans les registres. Or, les parents d'intention français souhaitent le plus souvent que leur enfant dispose d'un acte de naissance français et demandent la transcription de l'acte étranger dans les registres de l'état civil directement auprès des autorités diplomatiques ou consulaires.

Le procureur de la République de Nantes est seul compétent en matière d'état civil des Français à l'étranger. Lorsqu'il soupçonne une gestation pour autrui, il peut demander qu'il soit sursis à la transcription dans l'attente des résultats de l'enquête qu'il va diligenter sur cette naissance suspecte. A l'issue desdites investigations, il peut soit autoriser la transcription, soit s'y opposer. Dans le cadre de l'instruction de la demande, aucune distinction n'est opérée selon que l'enfant a été conçu avec les gamètes des parents d'intention ou de tiers donneurs, la prohibition de la procréation ou de la gestation pour autrui étant générale. Aucune procédure n'est prévue pour vérifier que l'enfant est bien l'enfant biologique du ou des prétendus parents. Toutefois, le ou les parents d'intention mettent souvent en avant une expertise biologique privée, voire leur consentement à se soumettre à toute expertise qui pourrait être ordonnée par le tribunal. Concrètement, les mesures prévues pour vérifier si l'enfant a été mis au monde par une mère porteuse consistent avant tout en une enquête sur l'origine du projet de grossesse et sur les conditions dans lesquelles la grossesse s'est déroulée. A cet égard, les informations sur le suivi de grossesse et la production du carnet de grossesse sont déterminantes. Les investigations menées sur les conditions de vie matérielle de la femme ayant accouché peuvent également présenter de l'intérêt. Si le procureur de la République refuse la transcription de l'acte de naissance étranger, le ou les parents d'intention peuvent l'assigner devant le tribunal de grande instance. Sur ce point, la Cour de cassation maintient une jurisprudence très ferme. Elle a encore réaffirmé récemment les conséquences en ce domaine du principe de la prohibition des conventions de gestation pour le compte d'autrui. Par deux décisions rendues le 13 septembre 2013 (pourvois n° 12-18.315 et n° 12-30.138), la Première chambre civile de la Cour de cassation a ainsi considéré que la transcription de tels actes de naissance doit être refusée dès lors que la naissance de l'enfant est *« l'aboutissement, en fraude à la loi française, d'un processus d'ensemble comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui, convention qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du Code civil »*. La Cour de cassation a également précisé *« qu'en présence de cette fraude, ni l'intérêt supérieur de l'enfant que garantit l'article 3, § 1, de la Convention internationale des droits de l'enfant, ni le respect de la vie privée et familiale au sens de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne sauraient être utilement invoqués »*. La Cour

de cassation confirme aussi l'un des arrêts frappés d'un pourvoi en ce qu'il a annulé la reconnaissance de paternité du père d'intention à la suite de l'action en contestation de paternité intentée par le ministère public pour fraude à la loi, en écartant de la même façon les arguments tirés de l'intérêt supérieur de l'enfant et du respect de la vie privée et familiale.

Il résulte de ces décisions que les actes de naissance étrangers ne peuvent être transcrits, et qu'indépendamment de toute transcription, ils ne peuvent produire aucun effet quant à la filiation de l'enfant. En faisant pour la première fois référence à la fraude à la loi, et en écartant toutes considérations liées à l'intérêt supérieur de l'enfant et au respect de la vie privée et familiale, la Cour de cassation va au-delà de sa précédente jurisprudence, aux termes de laquelle elle jugeait que l'absence de transcription ne privait pas pour autant les enfants concernés de leur filiation paternelle et maternelle reconnue par le droit étranger.

Avant ces deux arrêts, une circulaire, d'application immédiate, avait été adressée par la Ministre de la justice aux greffiers en chef des tribunaux d'instance, ainsi qu'aux procureurs généraux et aux procureurs de la République le 25 janvier 2013 (Circ. 25 janvier 2013 relative à la délivrance des certificats de nationalité française – convention de mère porteuse – État civil étranger, NOR : JUSC1301528C, BO MJ n°2013-01 du 31 janvier 2013) pour faciliter la délivrance de certificats de nationalité française (CNF). Dans cette circulaire, la Ministre rappelle que "l'attention de la chancellerie a été appelée sur les conditions de délivrance des certificats de nationalité française (CNF) aux enfants nés à l'étranger de Français, lorsqu'il apparaît, avec suffisamment de vraisemblance, qu'il a été fait recours à une convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui". Dans ces situations, les Parquets ont été invités, « sous réserve que les autres conditions soient remplies », à veiller à ce qu'il soit fait droit à ces demandes "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". Mais "à l'inverse, face à un acte d'état civil étranger non probant, le greffier en chef du tribunal d'instance, sera fondé, après consultation préalable du bureau de la nationalité, à refuser la délivrance d'un CNF", étant précisé que "le seul soupçon du recours à une telle convention conclue à l'étranger ne peut suffire à opposer un refus aux demandes de CNF dès lors que les actes de l'état civil local attestant du lien de filiation avec un Français, légalisés ou apostillés sauf dispositions conventionnelles contraires, sont probants au sens de l'article 47 précité". Dans tous les cas, "une copie du dossier et du certificat de nationalité française délivré ou du refus de le délivrer" doit être transmise au Bureau de la nationalité. Par conséquent, même si les circonstances laissent présager une convention de mère porteuse, les greffiers sont enjoins à délivrer le certificat réclamé en dehors de toute vérification de la réalité de la filiation inscrite, chaque fois que l'acte de l'état civil étranger est probant au regard de l'article 47 du Code civil. Une reconnaissance inscrite dans l'acte par un père d'intention français peut ainsi servir de base pour obtenir un certificat de nationalité française.

Quant au Ministère des affaires étrangères, il autorise la délivrance d'un « document de voyage » permettant aux parents d'intention d'entrer sur le territoire national avec l'enfant au nom du droit à la vie privée et familiale, sur le fondement d'une décision du Conseil d'État en date du 4 mai 2011. En pratique, le Ministère des affaires étrangères a établi et diffusé une procédure spécifique permettant de déceler les indices de recours à la gestation pour autrui par un ressortissant français à l'étranger, de procéder à une mise en état des dossiers (production de documents, audition des parents d'intention et de la mère porteuse), de surseoir à l'établissement ou à la transcription de l'acte de naissance et de saisir, pour instruction, le procureur de la République de Nantes.

En Grèce, l'article 8 de la loi 3089/2002 ne porte que sur la détermination du champ d'application territoriale de la loi elle-même sans aucune référence au traitement des situations analogues, créées à l'étranger. Face au silence de la législation, on est en droit d'hésiter entre la nécessité d'appliquer une règle de conflit, et de déterminer laquelle, ou de recourir à la méthode de la reconnaissance. Le recours à des mères porteuses n'étant autorisé que par certains ordres juridiques, la formulation d'une règle de conflit bilatérale ne semble cependant pas possible pour l'instant et la reconnaissance

apparaît comme la seule solution réaliste dans des situations analogues qui ne tombent pas sous l'empire de la loi précitée. Ce problème s'était déjà posé, en des termes analogues, avant la promulgation de la loi de 2002 : en l'espèce, était discutée la licéité de la transcription dans les registres grecs d'un acte de naissance britannique se rapportant à un enfant né au Royaume-Uni d'une femme anglaise et conçu avec un ovule et le sperme de deux époux grecs, l'acte étranger mentionnant l'épouse commanditaire comme mère de l'enfant. Dans un avis émis en 1998, le Conseil juridique de l'État, saisi par l'office spécial d'Athènes, avait d'abord constaté que, conformément à la loi 344/1976, relative aux actes de l'état civil, l'officier de l'état civil ne procédait qu'au contrôle des conditions formelles de l'acte étranger, à l'exclusion de la substance de l'acte en cause et de loi appliquée, dans les limites du respect de l'ordre public grec. D'ailleurs, cette solution du Conseil juridique, réaffirmée ensuite à plusieurs reprises, concerne tout acte de l'état civil, y compris les actes de naissance pour des enfants nés par l'entremise d'une mère porteuse. En outre, le Conseil juridique a relevé que les législations étrangères permettant le recours à une technique de procréation humaine ne heurtent pas l'ordre public et ceci, malgré le fait qu'en 1998, la gestation pour autrui n'était pas encore inscrite dans le droit hellénique. Le droit grec avait quand même déjà posé le principe de la licéité de la pratique de différentes techniques de fécondation artificielle au sein d'établissements médicaux, sans en préciser les conditions.

La loi 3089/2002 ayant résolu ce dernier problème, on pourrait prétendre que la question de l'ordre public ne se pose plus. Toutefois, selon cette nouvelle législation, le recours à des mères porteuses est strictement réglementé, ce qui permettrait de considérer que certaines des conditions prévues relèvent de l'ordre public. Il pourrait en être ainsi du principe de l'autorisation judiciaire qui est à la base d'une maternité pour autrui ou même de l'interdiction de rémunérer la mère porteuse.

Lorsque l'acte étranger fait mention de la décision étrangère qui a autorisé le recours à une mère porteuse ou que l'un ou les époux commanditaires de nationalité hellénique produisent devant les autorités grecques de l'état civil une telle décision et demandent la rédaction d'un acte de naissance pour l'enfant ainsi né à l'étranger conformément à l'article 42 de la loi 344/1976, se pose le problème de la question de la reconnaissance de la décision étrangère. Or, à défaut de dispositions législatives spécifiques, même dans la loi 3089/2002, il reste à déterminer les conditions pour de reconnaissance d'un tel jugement, et sur ce point, le doute est permis. En effet, deux dispositions du droit hellénique pourraient s'appliquer : les articles 780 et 905 § 4 du Code de procédure civile, concernant en matière d'état civil la reconnaissance des décisions étrangères rendues respectivement dans le cadre d'une procédure gracieuse ou contentieuse. La portée pratique de la détermination du régime juridique de la reconnaissance des décisions en cause est considérable du fait des différences existant entre les dispositions précitées, s'agissant tant de la procédure à suivre que des conditions d'efficacité des jugements étrangers. L'exequatur n'est nécessaire que dans les cas relevant de l'article 905 § 4 précité, alors que les jugements gracieux régis par l'article 780 ont de plein droit autorité en Grèce s'ils ont été régulièrement rendus. Or les conditions de la régularité des décisions étrangères, soumises ou non à l'exequatur, varient également selon leur nature procédurale : le contrôle de la loi applicable détermine l'efficacité des décisions gracieuses alors qu'un tel contrôle n'est pas permis pour les jugements contentieux. En effet, l'article 780 prévoit qu'une décision étrangère gracieuse ne peut être reconnue que si la juridiction étrangère a appliqué la même règle que celle qui aurait été appliquée par les tribunaux grecs, s'ils avaient été saisis et s'ils avaient été compétents par application du droit international privé applicable à la cause selon le droit hellénique.

Bien que d'après la position dominante, la nature procédurale d'un jugement étranger soit jugée par application des conceptions helléniques y afférant, la doctrine et la jurisprudence sont généralement divisées à propos du régime juridique de la reconnaissance des décisions étrangères de procédure gracieuse ayant tranché une question d'état civil. Vu l'absence en droit hellénique de solutions spéciales relatives à la reconnaissance des décisions étrangères autorisant le recours à une mère porteuse, aucune distinction ne peut être faite selon l'état civil du ressortissant grec. Aucune

procédure n'est d'ailleurs prévue, permettant de vérifier que l'enfant en cause a été mis au monde par une mère porteuse ou qu'il est bien l'enfant biologique de la personne qui se dit en être le parent, les autorités grecques n'étant pas, en général, autorisées à procéder à la modification d'actes publics étrangers.

En Italie, l'article 269 du Code civil dispose que la mère légale est celle qui est accouchée de l'enfant, de sorte qu'en cas de gestation pour autrui réalisée dans un État qui l'autorise et qui admettrait l'établissement de la filiation maternelle à l'égard de la mère d'intention, cette filiation ne serait pas reconnue en Italie, du fait de la prohibition de la gestation pour autrui par la Loi n° 40/2004 et l'acte de naissance ou le jugement étranger ne pourrait pas être transcrit dans les registres italiens de l'état civil en raison de sa contrariété aux dispositions d'ordre public des articles 64 et 65 de la loi n° 218/1995. A cet égard, on peut toutefois mentionner un arrêt rendu le 13 février 2009 par la Cour d'appel de Bari, jugeant qu'une décision anglaise ayant admis l'établissement de la filiation à l'égard de la mère d'intention pouvait être transcrite dans les registres italiens de l'état civil, dans l'intérêt supérieur du mineur considéré comme critère d'appréciation de l'ordre public international ("*Non vi è contrarietà all'ordine pubblico internazionale nella trascrizione del provvedimento inglese che assicura anche il rispetto del diritto comunitario garantendo un'unicità dello status del minore e la libera circolazione delle persone*"). Mais il s'agit d'une décision restée isolée jusqu'à présent.

Lorsqu'un enfant né d'une mère porteuse à l'étranger a été conçu avec le sperme du père d'intention de nationalité italienne, celui-ci peut le reconnaître en Italie dans les conditions du droit commun prévues aux articles 250 et 254 du Code civil et en cas de contestation, la paternité pourra être prouvée par tous moyens, y compris par une expertise par l'ADN. Conformément aux articles 44-57 de la Loi n. 184/1983 relatifs à l'adoption de mineurs dans des cas particuliers, la mère d'intention peut demander l'adoption de l'enfant ainsi reconnu par son mari. Dans l'hypothèse d'un acte de reconnaissance paternelle d'enfant naturel dressé à l'étranger, sa validité en Italie est régie par les articles 64 et 65 de la Loi n° 218/1995 sur la reconnaissance des décisions judiciaires et administratives étrangères, sous réserve qu'elles ne soient pas contraires à l'ordre public.

Dans le cas où les gamètes des parents d'intention ne seraient pas à l'origine de la conception de l'enfant, ils pourraient procéder à son adoption dans les formes établies par la Loi n. 184/1983, modifiée par la Loi n. 149/2001 (*adoption de mineurs, dite légitimante, ou adoption internationale [adozione di minori c.d. legittimante ou adozione internazionale]*).

Au Luxembourg, comme les agents diplomatiques et les consuls luxembourgeois ne remplissent aucune fonction en matière d'état civil et ne dressent donc pas d'actes de l'état civil, ils n'auront pas à apprécier si une filiation établie à l'étranger doit être reconnue ou non, et ils n'ont pas reçu d'instructions spécifiques pour les situations d'enfants nés de mères porteuses. Aucune procédure ni aucune vérification du lien biologique ne sont prévues.

Si un Luxembourgeois souhaitait obtenir un titre de voyage pour un enfant né d'une mère porteuse à l'étranger et qui était jusque-là inconnu des autorités luxembourgeoises, les décisions relèveraient des autorités nationales au Luxembourg (Ministère de la Justice en ce qui concerne la nationalité, et officier de l'état civil en ce qui concerne la filiation et le nom). Dans ce contexte, si un Luxembourgeois présentait au Ministère de la Justice (Service de l'indigénat) ou à l'officier de l'état civil de son lieu de résidence un acte de naissance ou tout autre document relatif à un enfant qu'il présenterait comme le sien et dressé conformément à la loi applicable du lieu de naissance à l'étranger, tout dépendrait du contenu exact d'un tel document. Dans l'hypothèse d'un document ne révélant en rien que l'enfant a été mis au monde par une mère porteuse et que les parents indiqués dans le document ne sont pas les parents biologiques, le contenu pourrait tout au plus paraître douteux au vu des circonstances (par exemple, quelle femme ferait un voyage lointain à l'étranger pour y accoucher d'un enfant ?). Au contraire, si le document produit contenait une indication permettant de pressentir l'intervention d'une mère porteuse, la filiation ne serait sûrement pas reconnue au Luxembourg puisqu'une convention de mère porteuse peut y être considérée comme

contraire à l'ordre public. Aucune situation de cet ordre ne s'est encore présentée en pratique. S'il n'existe aucune législation ni aucune procédure spécifiques relatives à la reconnaissance de ces situations, il ne fait pas de doute qu'en cas de contestation, de telles affaires relèveraient de la compétence des tribunaux civils.

Par ailleurs, une autorisation de séjour provisoire aux fins d'adoption ne saurait être délivrée par le Ministère des Affaires Etrangères que si une procédure d'adoption internationale est en cours et si, conformément à la Convention de la Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, tant les autorités de l'État d'origine de l'enfant que celles de l'État d'accueil y concourent. Dès lors, de telles autorisations provisoires de séjour ne sont délivrées que si le Ministère de la Famille (autorité centrale dans le cadre de la Convention de La Haye) certifie la régularité de la procédure d'adoption.

Aux Pays-Bas, la pratique révèle une diversité de situations où des parents d'intention néerlandais ont conclu une convention de mère porteuse à l'étranger. Ils peuvent tout d'abord réclamer à leurs autorités consulaires la délivrance d'un passeport néerlandais pour l'enfant et leur demande sera appréciée au regard des règles du droit international privé néerlandais, la décision émanant en dernier ressort du Ministre des affaires étrangères. Ils peuvent aussi demander seulement un permis de résidence pour ramener l'enfant aux Pays-Bas, ou plus simplement un visa touristique auprès du Service de l'immigration et de la naturalisation pour faire entrer l'enfant sur le territoire national. Il arrive aussi que les parents d'intention n'engagent leurs démarches qu'une fois de retour aux Pays-Bas. La reconnaissance par les autorités néerlandaises d'un acte de naissance régulièrement dressé à l'étranger en conformité de la loi locale ou d'un jugement rendu en vertu de la loi étrangère locale et qui les désignent en qualité de parents légaux pourrait théoriquement être accordée dans le respect des conditions du droit commun (art. 101, livre 10 du Code civil), mais une cause de refus de reconnaissance pourrait en pratique être tirée de l'illicéité aux Pays-Bas de la convention qui est à l'origine de la naissance de l'enfant, comme en a décidé la Cour de district de La Haye dans un arrêt du 23 novembre 2009 (affaire n° 328511 / FA RK 09-317, arrêt non publié). Toutefois, on peut signaler qu'un jugement a considéré que l'illicéité en droit interne d'une convention de maternité de substitution conclue en Inde ne peut pas avoir plus de poids que l'intérêt supérieur de l'enfant et le tribunal s'est aussi fondé sur l'existence de la vie privée familiale entre l'enfant et cet homme et sur leur droit de chacun d'eux au respect de sa vie privée garantie par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme pour ordonner aux autorités néerlandaises de délivrer d'urgence un document autorisant l'entrée du mineur en territoire néerlandais (Tribunal de district de Haarlem, 10 janv. 2011, LJN BPP0426, NIPR 211 185).

En Pologne, faute de dispositions spécifiques et de lignes directrices, les autorités tentent d'apporter des solutions *ad hoc* et dans la majorité des cas, il revient au tribunal de trancher.

Au Royaume-Uni, un enfant né à la suite d'un accord entre un couple britannique et une mère de substitution étrangère est soumis à la législation britannique quand le couple souhaite faire entrer l'enfant sur le territoire britannique. Il doit donc s'y conformer, notamment en ce qui concerne l'application des règles relatives à la parentalité et à l'absence de versement à la mère porteuse de sommes excédant les frais raisonnablement engagés par elle. Certains systèmes judiciaires étrangers admettent que les parents d'intention acquièrent automatiquement le statut de parentalité, soit parce qu'ils sont désignés en qualité de père et mère dans l'acte de naissance, soit par l'effet d'un jugement étranger. Cependant, s'ils résident ou s'ils sont domiciliés au Royaume-Uni, il est possible qu'ils ne soient pas considérés comme les parents légaux, notamment en vue de l'autorisation d'entrée sur le territoire et de la nationalité de l'enfant, ce qui peut les empêcher de ramener celui-ci au Royaume-Uni. La solution consiste alors à faire une demande de décision parentale, ce qui exige que l'un d'entre eux au moins possède un lien génétique avec l'enfant. En outre, une difficulté peut résulter du fait qu'ils aient rémunéré la mère de substitution dans le cadre d'un accord à titre onéreux, comme c'est souvent le cas, et selon la législation britannique, ils devront alors demander

au tribunal d'autoriser leurs versements avant qu'une décision parentale ne puisse leur être accordée. Le tribunal examinera les circonstances particulières de la situation avant de décider s'il convient de faire exception à la politique publique britannique qui interdit les maternités de substitution à des fins lucratives.

Lorsqu'un enfant est né à l'étranger d'une mère de substitution, sa naissance doit être enregistrée selon les dispositions légales en vigueur dans l'État où il est né. Par la suite, le couple demandeur (*commissioning couple*) pourra demander une décision parentale auprès du tribunal britannique compétent (Angleterre et Pays de Galles, Écosse et Irlande du Nord), en procédant de la même façon que si la naissance avait eu lieu au Royaume-Uni. Pour cela, certains critères réglementaires devront être satisfaits, notamment le fait que les parents demandeurs soient domiciliés au Royaume-Uni, dans les Îles Anglo-normandes ou dans l'Île de Man.

Des recommandations ont été émises par le *Foreign and Commonwealth Office* (Ministère britannique des affaires étrangères), rappelant que « dans certains pays, il est possible d'inclure le nom du 'couple demandeur' dans l'acte de naissance dressé sur place, soit par décision judiciaire avant la naissance de l'enfant, soit dans le cadre de la législation locale. Cela signifie que la mère de substitution et son partenaire ne sont pas mentionnés. Il est donc essentiel que les postes consulaires soient très prudents lorsqu'ils déterminent le droit de l'enfant en matière de nationalité s'il est né dans le cadre d'une maternité de substitution. En cas de doute, il convient de renvoyer la demande à la Section chargée de la nationalité et de l'inscription consulaire, auprès de la Direction consulaire. Les formulaires de demande de passeport et de déclaration de naissance auprès des consulats comportent des questions supplémentaires visant à déterminer qui sont les parents légaux dans le cas d'un enfant né d'une mère porteuse. L'acte de naissance (s'il est délivré dans les 12 mois qui suivent la naissance) constituera la preuve concluante de la paternité aux fins d'attribution de la nationalité, indépendamment du fait que le père désigné puisse être considéré en tant que tel par la Loi de 1990 sur la fécondation et l'embryologie humaines, à moins que la mère de substitution ne soit mariée au moment de la naissance. Dans le cas d'un enfant né avant le 1^{er} juillet 2006, ni la décision judiciaire étrangère ni l'acte de naissance n'affecteront la situation légale au Royaume-Uni exposée précédemment (voir II), mais ces documents pourraient appuyer une demande d'inscription aux termes du paragraphe 3 (1) de la Loi de 1981 relative à la nationalité britannique dans le cas où, soit l'un, soit les deux parents désignés sont des citoyens britanniques et qu'il est évident que l'enfant sera élevé en tant que membre de leur famille (Chapitre 35 – Conditions d'accès à la nationalité britannique d'un enfant né d'une procréation médicalement assistée ou d'un accord de maternité de substitution).

En Suisse, le peuple s'est prononcé en 1992 en faveur de l'inscription dans la Constitution fédérale (Cst.) d'une disposition concernant la procréation médicalement assistée. La Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (LPMA; RS 810.11) et l'ordonnance du même nom (RS 810.112.2) sont entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2001.

L'article 119 Cst. et la LPMA déterminent les conditions de la pratique de la procréation médicalement assistée. Ils prohibent en particulier le recours à la maternité de substitution. Cependant, l'adoption de la LPMA n'a pas entraîné celle de normes de droit international privé réglant la situation de l'enfant né à l'étranger suite au recours à la maternité de substitution admise à l'étranger, mais prohibée en Suisse.

Les autorités cantonales de surveillance de l'état civil sont généralement compétentes pour reconnaître une décision étrangère en matière de maternité de substitution (art. 32 LDIP [Loi fédérale du 18 décembre 1987 de droit international privé; RS 291]). En l'absence de règles spécifiques en droit international privé, ces autorités doivent trouver des solutions en se basant sur les normes existantes sur l'établissement du lien de filiation, en tenant compte du principe fondamental de l'intérêt supérieur de l'enfant.

Le lien de filiation peut notamment être établi à l'étranger par un acte de naissance (art. 70 LDIP), par une adoption (art. 78 LDIP) ou par une reconnaissance d'enfant (art. 73 LDIP). L'autorité compétente devra dès lors examiner si l'un des critères de rattachement retenus par la LDIP pour admettre la validité de la décision rendue à l'étranger est réalisé.

La reconnaissance de la décision étrangère concernant la maternité de substitution doit encore être conforme aux principes généraux du droit international privé suisse et notamment ne pas être manifestement contraire à l'ordre public suisse. L'intérêt de l'enfant est le critère prépondérant d'ordre public. Le principe de droit interne qui veut que le lien juridique de filiation maternelle s'établisse de plein droit, entre l'enfant et la femme qui lui a donné naissance (*Mater semper certa est* ; voir art. 252 al. 1 du Code civil), n'a pas été érigé en règle d'ordre public en droit international privé, afin d'éviter des rapports juridiques boiteux (Message du Conseil fédéral à la LDIP, FF 1983 I 358).

Lorsqu'une situation de maternité de substitution réalisée à l'étranger est jugée manifestement contraire à l'ordre public suisse, la filiation maternelle de la mère commanditaire ne sera pas reconnue. La filiation paternelle établie à l'étranger peut être maintenue ou supprimée en même temps que la filiation maternelle, si la situation familiale réalisée à l'étranger dans son ensemble est jugée manifestement contraire à l'ordre public suisse. Un grand nombre de situations peuvent se présenter, selon qu'il s'agit d'une famille commanditaire monoparentale (mère seule ou père seul), une famille commanditaire avec deux parents hétérosexuels ou un couple de même sexe.

Si les liens de filiation résultant d'une situation de maternité de substitution à l'étranger ne sont pas reconnus en Suisse, il sera néanmoins possible parfois d'établir un lien de filiation à l'égard de l'un ou des deux parents commanditaires en application du droit suisse. La filiation paternelle peut dans ce cas résulter d'une reconnaissance d'enfant, d'une action judiciaire en paternité ou d'une adoption. La reconnaissance d'enfant et l'action en paternité nécessitent que la filiation maternelle soit établie. Aucune autre filiation paternelle ne doit par ailleurs avoir été établie, notamment sur le fondement de la présomption de paternité du mari de la mère porteuse. Dans ce cas-là, l'adoption reste donc le seul moyen pour créer un nouveau lien de filiation entre l'enfant et le père commanditaire. Les parents de l'enfant doivent en principe y consentir, à moins que l'on puisse faire abstraction de leur consentement dans les conditions restrictives de la loi (art. 265a à 265d du Code civil).

Pour la femme commanditaire, si la mère porteuse a été inscrite dans le registre de l'état civil suisse en tant que mère, la filiation ne peut être établie que par adoption, pour autant que les parents y aient consenti ou que l'on puisse faire abstraction de leur consentement (art. 265a à 265d du Code civil). En effet, la mère d'intention ne peut pas reconnaître l'enfant, ni agir en constatation de la maternité, quand bien même l'un de ses ovules aurait été à l'origine de la conception.

Une personne mariée peut adopter un enfant avec son conjoint ou peut adopter l'enfant de son conjoint, notamment lorsque le père a reconnu l'enfant. Le mariage n'est admis en droit suisse qu'entre deux personnes de sexe différent. Une personne seule peut adopter, mais l'adoption rompt tous les liens de filiation antérieurs, notamment ceux établis par reconnaissance d'enfant avec le père commanditaire. De plus, l'adoption par une personne seule est exceptionnelle, car l'intérêt de l'enfant commande en règle générale son intégration dans une famille biparentale. Le droit suisse de l'adoption ne permet actuellement pas à un couple de personnes de même sexe liées par un partenariat, ni à des concubins (hétérosexuels ou homosexuels) d'adopter ensemble. Cependant, des travaux parlementaires sont en cours à ce sujet (voir en outre l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme dans l'affaire Emonet et autres c. Suisse (« <http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-83991> »)). Pour finir, les conditions de l'adoption, en particulier les conditions d'âge, sont assez restrictives (cf. art. 265 et 266 du Code civil), de sorte que les parents d'intention ne seront pas toujours en mesure d'adopter.

Conclusion

Cette étude montre bien les difficultés et les incertitudes actuelles que posent les situations de maternité pour autrui. Cette note, achevée à la fin de l'année 2013, a été réalisée sur la base des informations communiquées par les Sections nationales de la CIEC. Elle reprend aussi quelques informations issues du rapport préliminaire établi par le Bureau Permanent de la Conférence de La Haye, précité, et s'agissant des Pays-Bas, de l'article de Ian Curry-Sumner et Machteld Vonk « Surrogacy in The Netherlands » (in K. Trimmings and P. Beaumont (eds. *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulations at the International Level*, Hart Publishing, Oxford, 2013: <http://www.hartpub.co.uk/BookDetails.aspx?ISBN=9781849462808>), lui-même basé sur le rapport K. Boele-Woelki, I. Curry-Sumner, W. Schrama and M. Vonk, *Draagmoederdchap en illegale onneming van kinderen* (The Hague, WODC, 2011).