Document généré le 12 déc. 2024 19:03

**Revue de l'Université de Moncton**

# L'enfant né par la gestation pour autrui à l'étranger : étude comparative canadienne et française à la lumière de l'article 8 de la *Convention relative aux droits de l'enfant*

Hesam Seyyed Esfahani

Volume 52, numéro 1, 2021

Enfants, minorités et construction identitaire / Éducation et petite enfance

URI : https://id.erudit.org/iderudit/1089806ar
DOI : https://doi.org/10.7202/1089806ar

Aller au sommaire du numéro

Éditeur(s)

Revue de l'Université de Moncton

ISSN

0316-6368 (imprimé)
1712-2139 (numérique)

Découvrir la revue

Citer cet article

Seyyed Esfahani, H. (2021). L'enfant né par la gestation pour autrui à l'étranger : étude comparative canadienne et française à la lumière de l'article 8 de la *Convention relative aux droits de l'enfant*. *Revue de l'Université de Moncton*, *52*(1), 7–31. https://doi.org/10.7202/1089806ar

Résumé de l'article

La gestation pour autrui (GPA) est une pratique par laquelle une femme porte le foetus d'un couple de parents intentionnels jusqu'à la naissance de l'enfant, puis le remet à ce dernier. Cette pratique est surtout utilisée dans les cas où une femme ne peut mener une grossesse à terme, malgré une fonction ovarienne conservée. Elle fait l'objet de plusieurs questions éthiques portant principalement sur les droits de la femme porteuse, la dignité des femmes, et le respect du lien entre la mère et l'enfant pendant la grossesse. Cette pratique est interdite en France et, dans certains cas, est criminalisée en vertu de l'article 227-12 du *Code pénal*. Au Canada, la *Loi sur la procréation assistée* interdit la GPA à titre onéreux et toutes les activités menées par des intermédiaires, mais elle autorise implicitement les contrats de GPA à titre gratuit. La position des provinces sur cette pratique n'est toutefois pas uniforme. Cet article vise à interroger le statut juridique de l'enfant né à l'étranger d'une GPA à la lumière de l'article 8 de la *Convention relative aux droits de l'enfant* selon lequel les États parties s'engagent à respecter le droit de l'enfant de préserver son identité, y compris sa nationalité, son nom et ses relations familiales.

Tous droits réservés © Revue de l'Université de Moncton, 2022

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter en ligne.

https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/

Cet article est diffusé et préservé par Érudit.

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche.

https://www.erudit.org/fr/

*Revue de l'Université de Moncton, vol. 52, nº 1, 2021, p. 7-31.*

# L'ENFANT NÉ PAR LA GESTATION POUR AUTRUI À L'ÉTRANGER : ÉTUDE COMPARATIVE CANADIENNE ET FRANÇAISE À LA LUMIÈRE DE L'ARTICLE 8 DE LA *CONVENTION RELATIVE AUX DROITS DE L'ENFANT*

Hesam Seyyed Esfahani
Université de Moncton

**Résumé**

La gestation pour autrui (GPA) est une pratique par laquelle une femme porte le fœtus d'un couple de parents intentionnels jusqu'à la naissance de l'enfant, puis le remet à ce dernier. Cette pratique est surtout utilisée dans les cas où une femme ne peut mener une grossesse à terme, malgré une fonction ovarienne conservée. Elle fait l'objet de plusieurs questions éthiques portant principalement sur les droits de la femme porteuse, la dignité des femmes, et le respect du lien entre la mère et l'enfant pendant la grossesse. Cette pratique est interdite en France et, dans certains cas, est criminalisée en vertu de l'article 227-12 du *Code pénal*. Au Canada, la *Loi sur la procréation assistée* interdit la GPA à titre onéreux et toutes les activités menées par des intermédiaires, mais elle autorise implicitement les contrats de GPA à titre gratuit. La position des provinces sur cette pratique n'est toutefois pas uniforme. Cet article vise à interroger le statut juridique de l'enfant né à l'étranger d'une GPA à la lumière de l'article 8 de la *Convention relative aux droits de l'enfant* selon lequel les États parties s'engagent à respecter le droit de l'enfant de préserver son identité, y compris sa nationalité, son nom et ses relations familiales.

**Mots-clés :** Gestation pour autrui (GPA), femme porteuse, droit de l'enfant à l'identité.

**Abstract**

Surrogacy is a practice by which a woman carries the fetus of intended parents, continues the pregnancy until the birth of the child, and returns the child to them. This practice is, in general, used in cases where women, despite a preserved ovarian function, cannot carry a pregnancy to term. It is the subject of several ethical questions relating mainly to the rights of the surrogate mother, women's dignity, and the respect for the relationship between mother and child during pregnancy. This practice is prohibited in France and criminalized, under certain conditions, by article 227-12 of the *Criminal Code*. In Canada, the *Assisted Human Reproduction Act* prohibits the payment of consideration to a woman to be a surrogate mother or the offer to pay such consideration, but implicitly authorizes management contracts for others for free. However, provincial regulations of this practice vary. The main question of this paper is to discuss the legal status of the child born abroad from surrogacy, considering Section 8 of the *Convention on the Rights of the Child* which provides that States Parties undertake to respect the right of the child to preserve his or her identity.

**Keywords:** Surrogacy, surrogate mother, children's right to identity.

La gestation pour autrui (GPA) est une méthode par laquelle une femme porte le fœtus d'un couple de parents intentionnels jusqu'à la naissance de l'enfant avec l'intention de le remettre aux parents intentionnels (Delaisi de Parseval et Collard, 2007). Cette méthode est surtout utilisée lorsqu'une femme ne peut mener une grossesse à terme ou qu'un couple homosexuel désire devenir parents.

En droit, le terme « gestation » a été préféré aux termes « grossesse » et « maternité », et ce, bien que les trois termes s'appliquent à l'être humain. La raison de ce choix n'est pas claire, mais elle a certainement à voir avec la définition du terme « gestation » qui fait référence à une « femelle vivipare »[1], ce qui déshumanise en quelque sorte le terme.

Cécile Petit (2013) propose quatre scénarios pour décrire les différentes situations liées à une GPA :

1) Un embryon conçu *in vitro* avec les cellules des deux parents intentionnels implanté chez la femme porteuse. Les parents intentionnels sont considérés comme les parents biologiques de l'enfant.
2) Un embryon conçu *in vitro* avec les cellules du père intentionnel et l'ovule de la femme porteuse. Dans cette situation le père intentionnel est le père biologique, mais la mère intentionnelle n'a aucun lien biologique avec l'enfant.
3) Un embryon conçu *in vitro* avec les cellules du père intentionnel et l'ovule d'une autre femme. Cette dernière et le père sont considérés comme les parents biologiques de l'enfant.
4) Un embryon conçu *in vitro* de cellules qui ne proviennent d'aucun des deux parents intentionnels. (p. 2377)

L'expression « femme porteuse » a été adoptée, car la femme qui porte l'embryon n'est pas dans tous les scénarios une « mère porteuse » – elle n'est pas toujours la mère biologique ou la mère adoptive de l'enfant à naître.

D'un point de vue éthique et moral, la GPA est le sujet de débats controversés. En effet, pour certains, cette pratique est une sorte de marchandisation du corps féminin, une nouvelle forme d'exploitation et une violation de la dignité humaine, alors que pour d'autres – les défenseurs de cette pratique –, elle représente un progrès social pour la famille, et un geste altruiste à l'égard de ceux et celles qui souffrent parce qu'ils ne peuvent avoir d'enfants (Mennesson et Mennesson, 2010). Selon ces derniers, cette pratique s'articule autour des notions de don et de vie, et permet à un couple de sortir d'une situation de souffrance. En outre, les femmes porteuses aiment généralement être enceintes et elles font preuve de générosité en procurant du bonheur à un couple (Fabre-Magnan, 2015, 29 janvier). Pour les opposants à cette méthode, le corps ne peut être acheté, vendu ou prêté. Ils mettent également de l'avant le fait que la grossesse peut comporter des risques pour la femme porteuse et, par conséquent, la GPA met cette dernière en danger (Milliez, 2014).

Le statut juridique de l'enfant né à l'étranger d'une GPA est, par rapport à sa filiation biologique, reconnu d'une manière différente d'un pays à

l'autre. Quelques exemples dans la jurisprudence canadienne et française démontrent que cela pourrait causer des problèmes quant à l'identité et à la filiation des enfants, notamment en cas de conflit des lois. D'ailleurs, le droit français et le droit canadien ont adopté différents mécanismes juridiques à cet égard. Il paraît donc pertinent de se demander comment l'intérêt supérieur de l'enfant, sujet de l'article 3 de la *Convention relative aux droits de l'enfant* (Nations Unies, 1989, 20 novembre) et faisant l'objet d'une « considération primordiale », est respecté dans la situation où l'enfant né d'une GPA n'est pas reconnu par le droit interne d'un État.

La première partie de cet article est consacrée à la GPA, plus précisément à ses considérations éthiques dans les systèmes juridiques français et canadiens, et ce, pour identifier ses caractéristiques juridiques. Quant à la seconde, elle vise à analyser le statut juridique de l'enfant né à l'étranger d'une GPA, notamment en ce qui concerne son droit de préserver son identité conformément à l'article 8 de la *Convention relative aux droits de l'enfant* (Nations Unies, 1989, 20 novembre).

## 1. La GPA : de la considération éthique à l'interdiction juridique

La GPA fait l'objet de dispositions juridiques différentes selon les systèmes juridiques. Cette disparité ne concerne pas seulement la prohibition ou l'autorisation de cette pratique et ses impacts sur la filiation de l'enfant, mais elle vise également la question de l'incrimination de la GPA dans certains systèmes juridiques.

### *1.1 La considération éthique et la caractérisation juridique de la GPA*

Selon les systèmes juridiques, quatre formes de règlementation de la GPA peuvent être envisagées : le laisser-faire, la prohibition, la reconnaissance et l'encadrement législatif. Dans certains pays, comme les États-Unis, plusieurs règlementations cohabitent (Côté et al., 2018). Dans d'autres pays, comme la France, l'Espagne et la Chine, ainsi que certains États américains, comme le Michigan, le New Jersey et l'État de New York, cette pratique est interdite. Puis, il y a des pays, comme le Brésil, qui autorisent cette pratique jusqu'au deuxième degré de consanguinité, alors que certains autres, comme l'Australie, le Royaume-Uni, les Pays-Bas et le Canada (sauf le Québec), l'autorisent, mais seulement dans une visée

altruiste. Enfin, la Belgique, le Danemark, l'Inde, la Russie et quelques États des États-Unis, comme la Californie, la Floride et l'Arkansas, autorisent la GPA sous ses formes lucratives et altruistes (Henrion et Bergoignan-Esper, 2011).

En France, la GPA est interdite par la *Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain*[2]. Avant cette date, la GPA était possible en France; il existait des associations qui agissaient comme intermédiaires entre les parents intentionnels et les femmes volontaires, et qui facilitaient les démarches juridiques. Pour établir la filiation de l'enfant, la femme porteuse abandonnait l'enfant à la naissance. Il était alors accueilli dans son foyer par le père. Ensuite, l'épouse du père demandait une adoption plénière de l'enfant (Mécary, 2019).

La *Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain* introduit l'article 16-7 au *Code civil* selon lequel « [t]oute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle »[3]. Selon le législateur français, cette interdiction a pour objectif de protéger « les intéressés et la société dans son ensemble » (Petit, 2013, p. 2377). Cette loi a été adoptée à la suite d'un arrêt de la Cour de cassation rendu le 31 mai 1991, dans lequel « 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 »[4]. L'interdiction de la GPA en France repose surtout sur le respect de la dignité du corps humain et de la personne.

En ce qui concerne le Canada, il faut distinguer le régime juridique québécois de ceux des autres provinces et territoires. En effet, au niveau fédéral, selon la *Loi sur la procréation assistée*, la GPA à titre onéreux et toute activité d'intermédiaire sont interdites; seuls les contrats de GPA à titre gratuit sont implicitement autorisés (Wilson, 2016). Selon le paragraphe 6(1) de cette loi, « [i]l est interdit de rétribuer une personne de sexe féminin pour qu'elle agisse à titre de mère porteuse, d'offrir de verser la rétribution ou de faire de la publicité pour le versement d'une telle rétribution »[5]. En outre, la loi spécifie que la femme porteuse doit avoir au moins 21 ans[6].

En ce qui concerne la validité d'une convention de GPA à titre gratuit et la filiation d'un enfant né dans ces circonstances, les droits provinciaux sont

différents. Au Québec, le *Code civil du Québec* ne reconnaît pas la légitimité des contrats de maternité de substitution, qu'ils soient à titre gratuit ou à titre onéreux (Giroux, 2017). L'article 541 du *Code civil du Québec* prévoit que « [t]oute convention par laquelle une femme s'engage à procréer ou à porter un enfant pour le compte d'autrui est nulle de nullité absolue »[7]. Selon cet article, ni la femme porteuse ni le couple intentionnel ne peut ainsi faire valoir un contrat de GPA devant les tribunaux (Pineau et Pratte, 2006). Michel Tétrault, avocat spécialisé dans le droit de la famille, est d'avis que, selon l'article 541 du *Code civil du Québec*, le parent qui n'a pas participé à la conception ne peut pas réclamer de lien de filiation à l'égard de l'enfant né d'une GPA, à moins que le père demandeur ne soit le père biologique et puisse ainsi faire établir la filiation par le sang (Tétrault, 2005). Pourtant, la possibilité d'utiliser l'adoption pour rattacher l'enfant aux parents qui l'ont désiré est présente dans quelques décisions des tribunaux québécois (Bureau et Guilhermont, 2011). Comme le souligne Michelle Giroux, deux courants se trouvent dans la jurisprudence de la Chambre de la jeunesse : un courant qui refuse le recours à l'adoption au nom de l'ordre public et un autre courant qui, en interprétant de façon différente l'article 541 du *Code civil du Québec*, accepte ce recours au nom de l'intérêt de l'enfant (Giroux, 2011)[8]. Par exemple, le juge Michel DuBois a rejeté, le 6 janvier 2009, le placement pour adoption d'un enfant conçu à la suite d'une convention de procréation[9]. Selon Michelle Giroux, le deuxième courant (en faveur de la GPA) protège la femme porteuse et respecte l'intérêt supérieur et les droits fondamentaux de l'enfant, car, d'une part, la femme porteuse peut « décider librement si elle entend remettre ou non l'enfant aux parents d'intention » (Giroux, 2011, p. 544) et, d'autre part, « lorsque les parties s'entendent pour respecter l'entente, l'enfant n'est pas privé de ses droits et son intérêt prévaut » (Giroux, 2011, p. 544).

Dans les autres provinces du Canada, la GPA à titre gratuit est, dans l'ensemble, autorisée et, dans certaines d'entre elles, elle est même encadrée par des dispositions législatives. En Alberta, selon le paragraphe 8.2(8) de la *Family Law Act*, les contrats de GPA ne sont pas exécutoires et ils ne peuvent pas permettre de prouver que la femme porteuse consent à se séparer de l'enfant; cependant, le paragraphe 8.2(1) et l'alinéa 8.2(6)b) prévoient qu'un juge peut, avec le consentement de la femme porteuse, reconnaître comme parent toute personne ayant contribué du matériel

reproductif humain[10]. En Nouvelle-Écosse, le *Birth Registration Regulations* permet la filiation juridique aux parents intentionnels, sous certaines conditions, dont le consentement de la femme porteuse[11]. Il en va de même en Colombie-Britannique, où des règles similaires s'appliquent à l'enfant né d'une GPA[12]. En outre, dans la jurisprudence de cette province, les cours prennent en compte l'intérêt supérieur de l'enfant pour permettre aux parents intentionnels d'être inscrits en qualité de parents légaux sur le registre des naissances à la place de la femme porteuse[13].

En Ontario, la GPA est évoquée dans la *Loi portant réforme du droit de l'enfance* (1990). L'article 10 de cette loi définit la « convention de gestation pour autrui » comme une « [c]onvention écrite entre un substitut et une ou plusieurs personnes à l'égard d'un enfant qui doit être porté par le substitut prévoyant ce qui suit : a) le substitut convient de ne pas être parent de l'enfant; b) chacune des autres parties à la convention convient d'être parent de l'enfant »[14]. Selon l'alinéa 3 de ce même article, l'enfant devient « l'enfant de chaque parent d'intention, lequel devient parent de l'enfant et est reconnu comme tel en droit »[15], après que la femme porteuse a donné « au parent ou aux parents d'intention son consentement écrit à la cession de son droit à la filiation avec l'enfant »[16], et ce, au moins sept jours après la naissance de l'enfant[17].

Au Nouveau-Brunswick, aucune loi spécifique à l'égard de la GPA n'existe, mais, dans la décision *MAM c TAM* (2015, 8 juillet), la Cour du Banc de la Reine a accordé la filiation de l'enfant né d'une GPA aux parents demandeurs, et elle a considéré le père et la mère intentionnels comme le père et la mère inscrits sur l'acte de naissance de l'enfant[18]. Au Manitoba, les parents intentionnels sont obligés d'entreprendre des démarches juridiques pour obtenir une déclaration solennelle de filiation ou commencer le processus d'adoption après la naissance[19].

D'autres ressorts, comme la France, interdisent la GPA, alors que dans certains régimes juridiques, le législateur a adopté des mesures pénales à l'égard de cette pratique. De cette façon, l'incrimination de cette pratique pourrait avoir des conséquences non seulement sur les personnes impliquées, mais aussi sur l'identité et la filiation de l'enfant.

### *1.2 La criminalisation de la GPA*

La mesure pénale est une réponse à phénomène criminel, mais elle n'est pas toujours la meilleure réponse (Delmas-Marty, 1992). Dans le cas présent, la question est de savoir si la GPA est un phénomène criminel qui doit entraîner une réponse pénale. Selon Louck Hulsman (1975), pour qu'un comportement soit considéré comme un crime, trois éléments doivent être pris en compte. D'abord, « criminaliser un comportement, c'est placer ce comportement dans la sphère d'influence de l'État et reconnaître que l'État est compétent en la matière » (p. 28). Ensuite, il faut examiner « les profits et les coûts (sociaux) d'une action pénale » (p. 29) de ce comportement. Enfin, le troisième élément concerne « la capacité totale du système pénal » (p. 28). Il semble que la GPA ne devrait pas nécessiter une réponse pénale, et ce, même dans les systèmes juridiques où elle est interdite. En effet, si tous les phénomènes interdits devaient être sujets d'incrimination, il y aurait nécessairement inflation pénale par rapport à ce qui est présentement connu, ce qui produirait une surcharge du système et une diminution de la qualité des réponses auxdits phénomènes (Danet, 2006, p. 20).

En droit pénal français, la GPA est un crime qui atteint à la filiation[20]. L'article 227-12 du *Code pénal* prévoit que le fait de provoquer un parent à abandonner son enfant né ou à naître est passible d'une peine de six mois d'emprisonnement et d'une amende de 7 500 €[21]. Cet article vise les parents intentionnels dans le cas de la GPA. Il faut souligner que ce même article prévoit que la personne qui sert d'intermédiaire dans un but lucratif, entre un couple et une femme porteuse, pourrait être condamnée à une peine plus sévère, à savoir un an d'emprisonnement et une amende de 15 000 €[22]. En introduisant cette législation, l'objectif du législateur français est de sanctionner les associations qui recrutent des femmes porteuses (Bonfils et Gouttenoire, 2014). Le législateur français va encore plus loin en sanctionnant l'atteinte à l'état civil d'un enfant (Gross et al., 2018). En effet, à l'article 227-13 du *Code pénal*, il punit de trois ans d'emprisonnement et d'une amende de 45 000 € « la substitution volontaire, [la] simulation ou [la] dissimulation ayant entraîné une atteinte à l'état civil d'un enfant » faite par les parents intentionnels ou la femme porteuse.

Le *Code pénal* français est applicable aux Français hors du territoire, si leurs actes sont punis par la législation du pays où ils les ont commis (article

113-6). Autrement dit, si l'acte ne fait pas l'objet d'une punition dans le pays où il a été commis, son auteur ne peut pas être condamné en France. Par conséquent, un couple français qui a recours à la GPA dans un pays où cette pratique n'est pas interdite ne peut pas être poursuivi en France. Dans une affaire, un couple français a conclu, conformément aux lois en vigueur en Californie, un accord de procréation pour autrui avec un couple américain. La femme porteuse a mis au monde deux petites filles jumelles à un hôpital de San Diego. Selon un jugement rendu le 14 juillet 2000 par la Cour supérieure de l'État de Californie et que Marie-Christine Le Boursicot (2011) rapporte, les actes de naissance des jumelles sont délivrés en désignant le couple français comme parents. Pourtant, la transcription des actes est refusée au consulat de France à Los Angeles. À son retour en France, le couple est poursuivi pénalement et le Tribunal de grande instance de Créteil conclut que le délit « d'entremise en vue de gestation pour le compte d'autrui » est applicable en l'espèce[23].

Au Canada, la *Loi sur la procréation assistée* (2004) autorise la GPA à titre altruiste et établit à 21 ans l'âge minimum pour le consentement[24]. Selon l'article 6 de cette loi, il est interdit de « rétribuer » la femme porteuse[25] et aucun intermédiaire ne doit accepter de rémunération[26]. Quant à l'article 12, il interdit le remboursement à la femme porteuse de certains frais[27] (Giroux, 2011; Neuraz, 2012).

La mise en place de ces restrictions est garantie par des sanctions pénales qui peuvent aller jusqu'à un emprisonnement de dix ans et une amende de 500 000 $[28]. La Cour suprême du Canada, dans le *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée* rendu le 22 décembre 2010[29] portant sur la constitutionnalité de certaines dispositions de la *Loi sur la procréation assistée*, conclut que les sanctions pénales sont conformes à la Constitution (Norris et Tiedemann, 2015). Selon la Cour suprême du Canada, « l'intérêt moral valide le recours aux sanctions pénales pour empêcher le déroulement de la procréation assistée dans des lieux inadéquats »[30] et les dispositions qui « prévoient des sanctions pénales sont nécessaires à l'application de règles de droit criminel »[31]. Depuis l'adoption de la loi en 2004, il y a eu un certain nombre d'affaires criminelles sur la violation des conditions prévues à cette loi, dont les accusations portées en février 2013 contre l'entreprise *Canadian Fertility Consultants* (CFC). Leia Picard a, au nom de l'entreprise, plaidé coupable d'avoir accepté de l'argent pour

conclure un contrat de femme porteuse et l'entreprise a plaidé coupable d'avoir payé des femmes pour faire des dons d'ovules et pour agir comme femmes porteuses. Selon Erin L. Nelson (2016)[32], des amendes totalisant la somme de 60 000 $ ont été imposées à Leia Picard et à l'entreprise.

En France, la GPA est interdite et la convention qui porte sur cette pratique est nulle depuis la loi du 29 juillet 1994. Le législateur français incrimine même la GPA en affirmant qu'il s'agit d'un délit qui atteint « à la filiation » (Bonfils et Gouttenoire, 2014, p. 1138). Au Canada, les contrats de GPA à titre gratuit (les seuls autorisés) peuvent faire l'objet de sanctions pénales si les restrictions prévues dans la *Loi sur la procréation assistée* ne sont pas respectées. Au Québec, les contrats à titre gratuit, tout comme ceux à titre onéreux, ne sont pas reconnus. Bien qu'il n'y ait aucun doute quant à l'importance du débat sur les réponses pénales, il ne faudrait surtout pas négliger l'enfant dans les dispositions juridiques. En effet, selon la *Convention relative aux droits de l'enfant*, l'intérêt supérieur de l'enfant devrait être une considération primordiale dans toutes les décisions le concernant (Nations Unies, 1989, article 3).

## 2. Le droit de l'enfant de préserver son identité dans le cadre de la GPA à l'étranger

Selon l'article 8 de la *Convention relative aux droits de l'enfant*, les États parties s'engagent à respecter « le droit de l'enfant de préserver son identité, y compris sa nationalité, son nom et ses relations familiales » (Nations Unies, 1989). Maintenant que les caractéristiques juridiques entourant la GPA ont été abordées, il semble pertinent de se pencher sur le statut juridique de l'enfant né à l'étranger de cette pratique, notamment en étudiant la question de sa filiation à l'aune du droit de préserver son identité.

### *2.1 La filiation et la nationalité de l'enfant né à l'étranger d'une GPA*

En droit français, la filiation maternelle repose sur le principe de *mater semper certa est*, c'est-à-dire la femme qui accouche est la mère de l'enfant. Par conséquent, elle n'est pas obligée de faire établir juridiquement son lien de maternité à l'égard de l'enfant (Gross et al., 2018). L'article 311-25 du *Code civil* prévoit d'ailleurs que « [l]a filiation est établie, à l'égard de la mère, par la désignation de celle-ci dans l'acte de naissance de l'enfant »[33].

Pour ce qui est de la GPA, il est considéré qu'elle contrevient aux principes d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain et de l'indisponibilité de l'état des personnes[34]. En effet, le législateur français, par la *Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain*, affirme l'importance du principe de la non-patrimonialité du corps humain[35]. Il abonde dans le même sens dans l'article 16-7 du *Code civil* en mentionnant que « [t]oute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle »[36].

Dans trois arrêts rendus le 6 avril 2011, la Cour de cassation s'exprime sur la question de la reconnaissance par le biais de la transcription sur les registres d'État civil français, de la filiation des enfants nés à l'étranger, de parents français, d'une GPA. Dans la première affaire, l'enfant est né de l'embryon issu des gamètes des deux époux; la Cour de cassation a limité la rectification de la transcription sur les registres de l'état civil à la seule mention relative à la filiation maternelle de l'enfant[37]. Dans la deuxième affaire, l'époux est déclaré « père génétique » de l'enfant et l'épouse « mère légale » par le tribunal étranger et le ministère public demande l'annulation de la transcription de l'acte civil français[38]. Dans la troisième affaire, le Consulat français a refusé la transcription de l'acte d'état civil américain de l'enfant né d'une GPA; les époux avaient demandé et obtenu du juge des tutelles français un acte de notoriété constatant la possession d'état de l'enfant à leur égard. Ils ont ainsi demandé en justice la transcription des actes d'état civil[39]. Claire Neirinck (2011) rappelle que la Cour de cassation, dans les trois affaires, a refusé la transcription des jugements ou actes de notoriété sur les registres d'état civil français. La Cour juge qu'il est contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, principe essentiel en droit français, « de faire produire effet, au regard de la filiation, à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui, qui fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public »[40]. Pourtant, selon la Cour, cette décision ne prive pas les enfants de la filiation maternelle et paternelle reconnue par le droit étranger ni ne les empêche de vivre avec leurs parents d'intention, en France[41]. Dans de telles situations, les enfants sont, au nom de l'ordre public, placés dans une situation juridique insoutenable[42].

La Circulaire CIV/02/13 relative à la délivrance des certificats de nationalité française[43] propose une solution rationnelle aux difficultés liées

à la situation des enfants nés à l'étranger d'une GPA. Cette circulaire invite les procureurs et les greffiers en chef à délivrer un certificat de nationalité française aux enfants nés à l'étranger d'un parent français qui a recours à la GPA. Selon ce texte, qui est une avancée importante en matière de droits de l'enfant et de nationalité, le seul soupçon du recours à une GPA ne peut suffire à opposer un refus à une demande de certification de nationalité française si l'acte d'état civil local attestant du lien de filiation avec un Français est probant (Binet, 2013). Pour certains, il faut s'interroger sur la légalité de cette circulaire qui, bien qu'elle ait été validée par le Conseil d'État le 12 décembre 2014, contourne des dispositions du *Code civil* et la jurisprudence de la Cour de cassation (Avena-Robardet, 2013, février). Par ailleurs, il convient également de considérer le fait que ce texte souligne le droit de l'enfant à une nationalité, au nom de son intérêt supérieur et conformément à l'ordre public (Bonfils et Gouttenoire, 2014). Selon le Conseil d'État – la plus haute juridiction administrative –, le fait qu'un enfant soit né à l'étranger d'une GPA ne justifie pas de le priver de sa nationalité, à partir du moment où sa filiation avec un parent français a été légalement établie à l'étranger. Toutefois, en pratique, les délais prévus dans cette circulaire sont longs et ils ont parfois conduit les familles à introduire un recours (Brunet et al., 2017, juillet).

Au Canada, l'article 3 de la *Loi sur la citoyenneté* prévoit qu'un enfant né à l'étranger est citoyen canadien si l'un de ses parents est citoyen canadien[44]. De cette façon, un enfant né à l'étranger d'une femme porteuse peut être citoyen canadien, si un lien génétique existe avec le parent canadien. Dans un cas, un couple canadien a eu recours à une femme porteuse en Inde. Cette dernière a accouché de jumeaux. Lorsque les parents intentionnels ont demandé les documents de voyage pour ces jumeaux, le gouvernement a exigé un examen génétique. Comme l'examen n'a révélé aucun lien génétique entre les jumeaux et le couple intentionnel, la demande a été rejetée et le couple a dû rentrer au Canada sans les jumeaux (Rengachary Smerdon, 2013). Dans un autre cas, une autre femme porteuse a accouché de jumeaux en Inde. Cette fois, l'examen génétique demandé a révélé un lien génétique entre un des enfants et le père intentionnel. Par conséquent, seul cet enfant a obtenu le document de voyage pour entrer au Canada. Comme le couple n'arrivait pas à se résoudre à abandonner l'autre enfant, il est resté six ans en Inde avant d'obtenir du gouvernement du Canada un visa d'entrée pour ce dernier (Rengachary Smerdon, 2013).

En droit français, le législateur ne reconnaît pas la filiation des enfants nés à l'étranger d'une GPA, mais, au niveau de la jurisprudence, des pratiques juridiques distinctes perdurent. Au Canada, si un lien génétique existe avec le parent canadien, un enfant né à l'étranger d'une GPA est un citoyen canadien. En pratique, les parents intentionnels rencontrent néanmoins des difficultés pour rentrer au Canada avec ces enfants. Or, sans égard aux circonstances, tout enfant devrait pouvoir jouir pleinement de ses droits fondamentaux reconnus, dont le droit de préserver son identité.

### *2.2 Le droit de préserver son identité pour l'enfant né à l'étranger d'une GPA*

En droit français, la *Convention relative aux droits de l'enfant*, qui fait partie des instruments internationaux des droits de l'homme, possède une valeur importante dans la hiérarchie des normes juridiques (Laporte-Leconte, 2006)[45] et y est appliquée à la fois directement et indirectement. Selon les décisions rendues par le Conseil d'État et par la Cour de cassation, l'article 3 de la *Convention relative aux droits de l'enfant*, portant sur la primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant, est une disposition d'application directe dans tous les domaines concernant les enfants[46]. Comme Adeline Gouttenoire (2012) l'indique, « la généralité » de ce principe permet son application dans de multiples domaines. En ce qui concerne l'article 8 de la *Convention relative aux droits de l'enfant* sur le droit au nom et à la nationalité, et sur le droit de préserver ses relations familiales, la Cour de cassation a reconnu l'application directe de cet article par sa décision du 6 janvier 2010[47].

Contrairement à la France qui possède un régime moniste[48], le Canada a un régime dualiste. Selon ce régime, des rapports distincts existent entre les instruments internationaux et le droit interne. Dès lors, le législateur doit intervenir pour incorporer les engagements internationaux en droit interne. En effet, la *Convention relative aux droits de l'enfant* contient à la fois des dispositions qui tombent sous la compétence fédérale, comme les dispositions criminelles et celles sur le divorce, et des dispositions qui tombent sous la compétence provinciale, comme l'éducation et la santé. En ce qui concerne l'enfant né d'une GPA, il faut distinguer la question de la citoyenneté, qui est de compétence fédérale, de la question de la filiation, qui est de compétence provinciale. La Cour suprême du Canada confirme

que dans les circonstances où la loi nationale s'y prête, les tribunaux peuvent proposer une interprétation fondée sur les instruments internationaux[49]. La *Convention relative aux droits de l'enfant* est citée à quelques reprises dans la jurisprudence canadienne[50]; la Cour suprême du Canada a même rendu une décision en 1999 qui permet à un tribunal de prendre en compte la *Convention* dans l'approche contextuelle utilisée pour interpréter des lois[51].

L'intérêt supérieur de l'enfant dans toutes les décisions à prendre, sujet de l'article 3 de la *Convention relative aux droits de l'enfant*, est également cité dans quelques arrêts de la Cour suprême du Canada[52]. Dans une affaire sur la constitutionnalité de l'article 715.1 du *Code criminel*[53], elle souligne que l'enfant est défini par la *Convention relative aux droits de l'enfant* comme tout être humain de moins de 18 ans et elle « exige que les enfants canadiens âgés de moins de 18 ans soient protégés »[54]. Malgré cela, aucune décision canadienne ne se penche sur l'incorporation au droit canadien de l'article 8 de la *Convention relative aux droits de l'enfant* portant sur le droit au nom et à la nationalité, et sur le droit de préserver les relations familiales.

Sur la question de la GPA et de la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant, Muriel Fabre-Magnan (2015, 29 janvier), juriste française, évoque trois niveaux d'appréciation. Le premier niveau porte sur l'évaluation de l'intérêt de l'enfant avant sa naissance. À ce niveau, « la gestation pour autrui est revendiquée dans le seul intérêt des adultes » (Fabre-Magnan, 2015, p. 224). Le deuxième niveau se concentre sur l'évaluation de l'intérêt de l'enfant qui est né et l'examen de son statut juridique, lequel lui permet de préserver son intérêt et ses droits fondamentaux. Quant au troisième niveau, il concerne l'intérêt particulier des enfants nés d'une GPA dans un pays où la pratique est légalisée. L'autrice évoque deux situations : l'enfant n'est voulu par personne et l'enfant est réclamé par plusieurs personnes. Dans la première situation, l'enfant est confié à une institution, alors que dans la seconde, le juge statue au cas par cas sur l'intérêt de l'enfant en « multipropriété » (concept emprunté à Martine Fournier, 2010).

Comme précisé plus tôt, la Cour de cassation française, dans plusieurs arrêts (rendus surtout entre 2011 et 2013), n'a pas accepté de transcrire les actes de naissance des enfants nés d'une convention de femme porteuse

légalement exécutée à l'étranger, car elle considère que ce refus n'est pas contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant[55]. En effet, dans ces décisions, elle adopte une conception abstraite de l'intérêt supérieur de l'enfant : le refus de transcrire l'acte de naissance de cet enfant n'est pas contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant (Bonfils et Gouttenoir, 2011).

Toutefois, le Conseil d'État, dans un arrêt rendu le 4 mai 2011, considère que le refus de transcrire l'acte de naissance d'un enfant né à l'étranger d'une GPA est une atteinte à l'intérêt supérieur de l'enfant[56]. Dans sa décision du 12 décembre 2014, le Conseil d'État, conformément à l'article 18 du *Code civil*[57], conclut que le fait qu'un enfant naisse à l'étranger d'une GPA ne peut justifier de le priver de sa nationalité, si sa filiation avec un parent français est établie à l'étranger[58].

De plus, selon deux arrêts connus de la Cour européenne des droits de l'homme, rendus le 26 juin 2014[59] contre la France, le fait d'interdire totalement l'établissement du lien de filiation entre un père et ses enfants biologiques nés à l'étranger d'une GPA est contraire au droit au respect de la vie privée des enfants concernés[60]. Dans ces décisions, l'objectif de la Cour européenne vise à ce que « ces parents *de fait* ne soient pas dérangés dans leur relation quotidienne ultérieure avec les enfants, en pur fait et sans considération de la filiation au sens juridique du terme » (D'Avout, 2014, p. 1806). Pour la Cour européenne, le refus de transcrire l'acte de naissance et le fait que l'enfant soit privé du droit de faire établir judiciairement sa filiation auprès de son père biologique sont des atteintes à l'article 8 de la *Convention européenne des droits de l'homme* sur le droit au respect de la vie privée et familiale.

Dans l'affaire *Foulon et Bouvet c France*, la Cour européenne des droits de l'homme a conclu, comme c'était le cas dans les arrêts *Mennesson* et *Labassée*, qu'il y avait eu violation de l'article 8 de la *Convention européenne des droits de l'homme* concernant le droit au respect de la vie privée des enfants concernés après que la Cour de cassation ait refusé la transcription des actes de naissance d'enfant issus de la GPA[61]. Ainsi, la Cour européenne des droits de l'homme réitère sa critique contre la France au nom du droit des enfants au respect de leur vie privée. Elle souligne que « la situation des requérants en l'espèce est similaire à celle des requérants dans les affaires *Mennesson* et *Labassée* »[62]. Selon Anne-Blandine Caire (2016), la seule différence entre les trois affaires tient au fait que dans les

affaires *Mennesson* et *Labassée*, les mères d'intention se sont ajoutées comme requérantes aux côtés de leurs conjoints et de leurs enfants respectifs. À la suite de cette décision contre la France, la Cour de cassation (2015, 3 juillet), dans deux affaires portant sur la GPA pratiquée en Russie[63], conclut qu'« ayant constaté que l'acte de naissance, établi en Russie, d'un enfant né dans ce pays, désignant l'homme de nationalité française l'ayant reconnu, en qualité de père, et la ressortissante russe en ayant accouché, en qualité de mère, n'était ni irrégulier ni falsifié et que les faits qui y étaient déclarés correspondaient à la réalité […]. [L]a convention de gestation pour autrui conclue entre les parents ne faisait pas obstacle à la transcription de l'acte de naissance »[64].

Depuis cette décision, la Cour de cassation, en considérant le droit au respect de la vie privée et à une vie familiale normale, permet la transcription de l'acte de naissance d'un enfant né à l'étranger d'une GPA et dont le père est français[65].

Dans son rapport du 23 février 2016, notant les observations finales concernant le cinquième rapport périodique de la France, le Comité des droits de l'enfant a accueilli avec satisfaction les décisions de la Cour de cassation sur la reconnaissance juridique et l'inscription à l'état civil des enfants nés d'une GPA, mais il reste toutefois préoccupé « par les différences de pratique, d'un bureau d'état civil à l'autre, en matière de délivrance des certificats de nationalité »[66]. Le Comité recommande ainsi à la France de veiller à ce que les pratiques des différents bureaux d'état civil soient plus uniformes[67].

Aujourd'hui, en France, pour que la filiation d'un enfant né à l'étranger d'une GPA soit reconnue après l'accouchement et que l'acte de naissance de l'enfant dans le pays où la GPA est légale soit obtenu, les parents d'intention doivent procéder à la transcription des actes. Par la suite, l'adoption subséquente de l'enfant du conjoint par la mère d'intention serait envisageable en France. La Cour de cassation, dans une décision rendue le 4 octobre 2019, en considération de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, reconnaît la filiation de cet enfant en allant plus loin : elle décide qu'il convient de transcrire l'acte de naissance établi à l'étranger à l'égard des parents intentionnels[68].

Malgré les différences susmentionnées entre le système juridique de la France et celui du Canada sur la reconnaissance des enfants nés à l'étranger

d'une GPA, le Canada n'est pas le sujet de critiques du Comité des droits de l'enfant. Pourtant, dans le rapport du 6 décembre 2012, le Comité mixte, notant ses observations finales sur les rapports périodiques du Canada, exprime, sans toutefois donner de détails, ses préoccupations à l'égard de certaines dispositions de la *Loi sur la citoyenneté* qui imposent des « restrictions importantes à l'acquisition de la nationalité canadienne par des enfants nés à l'étranger de parents canadiens »[69].

Dans l'évaluation du statut juridique de la pratique de la GPA à l'étranger, il faut distinguer deux sujets : d'une part, la validité d'une telle convention en droit interne et, d'autre part, le statut juridique de l'enfant né d'une GPA, en ce qui concerne sa nationalité et sa filiation. Il existe des arguments pour défendre cette pratique au nom du respect de la vie privée et d'autres pour la critiquer au nom de la dignité des femmes[70]. Or, la question primordiale est celle du statut juridique de l'enfant, un être vulnérable né de cette pratique. Les droits de l'enfant à la nationalité et à la filiation, comme le soulignent les articles 7 et 8 de la *Convention relative aux droits de l'enfant*, devraient être des droits fondamentaux et des priorités dans la législation nationale et la politique judiciaire interne.

L'intérêt supérieur de l'enfant est une considération primordiale à prendre en compte dans toutes les dispositions et les mesures qui le concernent. C'est un droit fondamental qui assure la garantie de l'ensemble des droits de l'enfant (Bonfils et Gouttenoire, 2014). Dans le cas de la GPA, ce principe devrait être également pris en compte dans la reconnaissance juridique de l'enfant né à l'étranger, et dans celle de son droit à l'identité et à la nationalité. Même si les politiques législatives et judiciaires françaises et canadiennes sont différentes, les deux systèmes juridiques n'ont pas, en pratique, de politiques cohérentes et déterminées sur la reconnaissance des enfants nés à l'étranger de cette pratique. Le droit français et le droit canadien devraient chacun se doter d'une politique pour s'assurer que les enfants nés à l'étranger d'une GPA soient respectivement citoyens français et citoyens canadiens. Cela répondrait aux dispositions de la *Convention relative aux droits de l'enfant* sur le droit à la nationalité, tout en assurant que l'intérêt supérieur de l'enfant soit une considération de premier plan.

## Références

Ancel, J. P. (2011). La Convention de New York relative aux droits de l'enfant devant la Cour de cassation. *Justice et Cassation*, 13-22.

Avena-Robardet, V. (2013). Nationalité française des enfants nés d'une gestation pour autrui. *AJ Famille, 2*(février), 74-76.

Binet, J.-R. (2013). Circulaire Taubira. Ne pas se plaindre des conséquences dont on chérit les causes. *La semaine juridique. Édition générale : Jurisclasseur périodique, 7*(11 février), 289-291.

Bonfils, P. et Gouttenoire, A. (2014). *Droit des mineurs* (2e éd.). Paris : Dalloz.

Bonfils, P. et Gouttenoire, A. (2011). Droit des mineurs. *Recueil Dalloz*, *29*(7478), 1995-2004.

Bouzidi, A. (2011). La gestation pour autrui. *Justice et Cassation*, 39-50.

Brunet, L., Courduriès, J., Giroux, M. et Gross, M. (2017, juillet). *Le recours transnational à la reproduction assistée avec don. Perspective franco-québécoise et comparaison internationale*. *Rapport final.* Paris : Mission de recherche Droit et Justice. Récupéré le 23 mai 2020 de : http://www.gip-recherche-justice.fr/wp-content/uploads/2017/11/14-20-Rapport-final-Novembre-2017.pdf

Bureau, M.-F. et Guilhermont, É. (2011). Maternité, gestation et liberté : réflexions sur la prohibition de la gestation pour autrui en droit québécois. *Revue de droit et de santé de McGill*, *4*(2), 45-76.

Caire, A.-B. (2016). Vers un réexamen des décisions civiles définitives rendues en matière d'état des personnes après une condamnation de la CEDH? *Recueil Dalloz*, *36*, 2152-2155.

Catto, M.-X. (2013). La gestation pour autrui : d'un problème d'ordre public au conflit d'intérêts? *La Revue des droits de l'Homme* (3), 1-53.

Comité des droits de l'enfant des Nations Unies. (2016, 23 janvier). *Observations finales concernant le cinquième rapport périodique de la France*. Récupéré le 23 mai 2020 de : https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/033/67/PDF/G1603367.pdf

Côté, I., Lavoie, K. et Courduriès, J. (2018). Introduction : Penser la gestation pour autrui à partir des expériences vécues. Un ancrage empirique et multidisciplinaire. Dans I. Côté, K. Lavoie et J. Courduriès (dir.), *Perspectives internationales sur la gestation pour autrui : Expériences des personnes concernées et contextes d'action* (p. 1-19). Québec : Presses de l'Université du Québec.

Côté, I. et Sauvé, J. (2016). Homopaternité, gestation pour autrui : no man's land? *Revue générale de droit*, *46*(1), 27-69.

Danet, J. (2006). *Justice pénale, le tournant*. Paris : Édition Gallimard.

D'Avout, L. (2014). La « reconnaissance » de la filiation issue d'une gestation pour autrui à l'étranger, après les arrêts Mennesson et Labassé. *Recueil Dalloz*, *31*, 1806-1810.

Delmas-Marty, D. (1992). *Les grands systèmes de politique criminelle*. Paris : Presses Universitaires de France.

Delaisi de Parseval, G. et Collard, C. (2007). La gestation pour autrui. *L'Homme*, *183*(3), 29-53.

Fabre-Magnan, M. (2015). Les trois niveaux d'appréciation de l'intérêt de l'enfant. À propos de la gestation pour autrui. *Recueil Dalloz*, *4*(29 janvier), 224-229.

Fabre-Magnan, M. (2013). *La gestation pour autrui, Fictions et réalité*. Paris : Fayard.

Fournier, M. (2010). L'enfant en multipropriété. *Sciences humaines*, *215*(mai), 15.

Giroux, M. (2017). Filiation de l'enfant né d'une procréation assistée. *JurisClasseur Québec – Collection Droit civil, Personnes et famille, 1*(fascicule 30). Montréal : LexisNexis Canada.

Giroux, M. (2011). Le recours controversé à l'adoption pour établir la filiation de l'enfant né d'une mère porteuse : entre ordre public contractuel et intérêt de l'enfant. *Revue du Barreau*, *70*, 509-544.

Gouttenoire, A. (2012). L'application de la Convention internationale des droits de l'enfant. *Petites affiches*, *50*(9 mars), 17-20.

Granet, F. (1996). La Convention de New York sur les droits de l'enfant et sa mise en œuvre en France. Dans J. Rubellin-Devichi et R. Frank (dir.),

*L'enfant et les conventions internationales* (p. 105-114). Lyon : Presses universitaires de Lyon.

Gross, M., Brunet, L. et Giroux, M. (2018). Chapitre 12 : Les juges français et la gestation pour autrui. Dans I Côté, K. Lavoie et J. Courduriès (dir.), *Perspectives internationales sur la gestation pour autrui : Expériences des personnes concernées et contextes d'action* (p. 291-318). Québec : Presses de l'Université du Québec.

Henrion, R. et Bergoignan-Esper, C. (2011). Chapitre I : La gestation pour autrui. Dans G. David, R. Henrion, P. Jouannet et C. Bergoignan-Esper (dir.) *La gestation pour autrui* (p. 7-43). Cachan : Lavoisier.

Hulsman, L. H. C. (1975). Défense sociale nouvelle et critères de décriminalisation. Dans R. Cassin et M. Roland (dir.), *Aspects nouveaux de la pensée juridique. Recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, *2*, (p. 19-33). Paris : Édition A. Pedone.

Langevin, L. (2010). Réponse jurisprudentielle à la pratique des mères porteuses au Québec : une difficile réconciliation. *Revue canadienne de droit familial*, *26*(1), 171-200.

Laporte-Leconte, S. (2006). *Principes et réalités du droit international de l'enfance.* Thèse de doctorat non publiée en droit privé, Université de Nantes, France.

Le Boursicot, M-C. (2011). Chapitre 15 : Légiférer en matière de gestation pour autrui? Dans G. David, R. Henrion, P. Jouannet et C. Bergoignan-Esper (dir.), *La gestation pour autrui* (p. 167-177). Cachan : Éditions Lavoisier.

Mécary, C. (2019). *La GPA : Données et plaidoyers*. Paris : Dalloz.

Mennesson, S. et Mennesson, D. (2010). *Gestation pour autrui : l'improbable débat*. Paris : Michalon.

Milliez, J. (2014). *La gestation pour autrui (GPA)*. La Plaine Saint Denis : Edilivre.

Monéger, F. (2010). La gestation pour autrui. *Revue internationale de droit comparé*, *62*(2), 105-113.

Nations Unies (1989). *Convention relative aux droits de l'enfant*. Genève : Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme (HCDH).

Neirinck, C. (2011). La gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et l'état civil français de l'enfant qui en est né. *Droit de la famille, 5*(mai), 19-24.

Nelson, E. L. (2016). Gestiational Surrogacy in Canada. Dans E. S. Sills (dir.), *Handbook of Gestational Surrogacy, International Clinical Practice & Policy Issues* (p. 123-130). Cambridge : Cambridge University Press.

Neuraz, A. (2012). La gestation pour autrui en France et dans le monde. *La lettre du Gynécologue*, *371*(avril), 28-33.

Norris, S. et Tiedemann, M. (2015). *Statut juridique fédéral de la procréation assistée au Canada*, Ottawa : Bibliothèque du Parlement.

Ouedraogo, R. (2015). La prohibition en droit français des conventions de procréation et de gestation pour le compte d'autrui : analyse critique à partir de quelques observations du droit québécois. *Revue générale de droit*, *45*(1), 269-320.

Petit, C. (2013). Statut juridique des enfants nés d'une gestation pour autrui réalisée à l'étranger, *Recueil Dalloz*, *35*, 2377-2383.

Pineau, J. et Pratte, M. (2006). *La famille*. Montréal : Éditions Thémis.

Pradel, J. (2016). *Droit pénal général* (21e éd.). Paris : Cujas.

Rengachary Smerdon, U. (2013). Chapter 12 : India. Dans K. Trimmings et P. Beaumont (dir.), *International Surrogacy Arrangements, Legal Regulation at the International Level* (p. 187-218). Oxford : Hart Publishing.

Tétrault, M. (2005). *Droit de la famille* (3e éd.). Montréal : Édition Yvon Blais.

Wilson, J. (2016). *Wilson on Children and the Law*. Montréal : LexisNexis Canada.

## Textes législatifs consultés

France

*Circulaire CIV/02/13 : Délivrance des certificats de nationalité française – convention de mère porteuse - État civil étranger*, Direction des affaires civiles et du sceau, Ministère de la justice, République française, 25 janvier 2013

*Code civil* (C civ)

*Code pénal* (C pen)

*Constitution de la République française*, 4 octobre 1958

*Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain*, JO, 30 juillet 1994, nº 175

Canada

*Birth Registration Regulations*, NS Reg 390/2007 (Nouvelle-Écosse)

*Code civil du Québec*, RLRQ c CCQ-1991

*Code criminel*, LRC 1985, c C-46 (Canada)

*Family Law Act*, SA 2003, c F-4.5 (Alberta)

*Family Law Act*, SBC 2011, c 25 (Colombie-Britannique)

*Loi portant réforme du droit de l'enfance*, LRO 1990, c C.12 (Ontario)

*Loi sur la citoyenneté*, LRC 1985, c C-29 (Canada)

*Loi sur la procréation assistée*, LC 2004, c 2 (Canada)

*Loi sur les statistiques de l'état civil*, LRO 1990, c V.4 (Ontario)

*Loi sur les statistiques de l'état civil*, CPLM, c V60 (Manitoba)

[1] Plusieurs expressions sont employées pour désigner la femme qui porte le fœtus : « mère porteuse », « gestatrice », « mère de naissance », « mère gestante », « mère gestationnelle » et « mère de substitution ». Pour le couple, outre les expressions « parents commanditaires » et « parents intentionnels », il y a « couple accueillant », « couple d'accueil » et « couple demandeur ».
[2] *Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain*, JO, 30 juillet 1994, nº 175.
[3] Art 16-7 C civ.
[4] Cass AP, 31 mai 1991, [1991] Bull AP 4, n° 90-20.105 à la p 5.
[5] *Loi sur la procréation assistée*, LC 2004, c 2 à l'art 6(1).

[6] *Ibid* à l'art 6(4).
[7] *Code civil du Québec*, RLRQ c CCQ-1991, art 541.
[8] Par exemple voir *Adoption-091*, 2009 QCCQ 628, [2009] RJQ 445; *Adoption — 161*, 2016 QCCA 16; *Adoption — 1445*, 2014 QCCA 1162.
[9] *Adoption – 091*, *supra* note 8.
[10] *Family Law Act*, SA 2003, c F-4.5 (Alberta) à l'art 8.2.
[11] *Birth Registration Regulations*, NS Reg 390/2007 (Nouvelle-Écosse) à l'art 5.
[12] *Family Law Act*, SBC 2011, c 25 (Colombie-Britannique) à l'art 29.
[13] Voir *Rypkema v HMTQ et al*, 2003 BCSC 1784 ; *BAN v JH*, 2008 BCSC 808.
[14] *Loi portant réforme du droit de l'enfance*, LRO 1990, c C.12 à l'art 10(1).
[15] *Ibid* à l'art 10(3).
[16] *Ibid.*
[17] *Ibid* à l'art 10(4).
[18] *MAM v TAM*, 2015 NBQB 145.
[19] *Ibid* à l'art 10.
[20] Art 227-12 à 227-14 C pen.
[21] Art 227-12 C pen.
[22] *Ibid*.
[23] Voir Cass Civ 1re, 17 décembre 2008, [2008] Bull civ I 289, n° 07-20.468; TGI Créteil, 13 décembre 2005, D 2005 à la p 476, note V. Depadt-Sebag.
[24] *Loi sur la procréation assistée*, *supra* note 5 à l'art 6(4).
[25] *Ibid* à l'art 6(1).
[26] *Ibid* à l'art 6(2).
[27] *Ibid* à l'art 12.
[28] *Ibid* à l'art 60.
[29] *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, 2010 CSC 61, [2010] 3 RCS 457.
[30] *Ibid* au paragraphe 119.
[31] *Ibid* au résumé.
[32] Voir *R v Picard and Canadian Fertility Consulting Ltd* (2013), non rapporté. Récupéré le 14 janvier 2021 de : https://cdn.dal.ca/content/dam/dalhousie/pdf/sites/noveltechethics/AHRA_Facts.pdf.
[33] Art 311-25 C civ.
[34] Art 6 C civ.
[35] *Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain*, *supra* note 2; art 16-1 C civ.
[36] Art 16-7 C civ.
[37] Cass civ 1re, 6 avril 2011, [2011] Bull civ I 71, n° 09-66.486.
[38] Cass civ 1re, 6 avril 2011, [2011] Bull civ I 72, n° 10-19.053.
[39] Cass civ 1re, 6 avril 2011, [2011] Bull civ I 70, n° 09-17.130.
[40] Cass civ 1re, 6 avril 2011, n° 09-66.486, *supra* note 37.
[41] *Ibid*.
[42] La Cour de cassation, dans deux arrêts rendus le 13 septembre 2013, a réitéré sa position sur cette question, mais en recourant à une étape supplémentaire, à savoir la fraude; Cass civ 1er, 13 septembre 2013, [2013] Bull civ I 176, n° 12-30.138 et Cass civ 1er, 13 septembre 2013, [2013] Bull civ I 176, nº 12-18.315. Ces deux affaires similaires concernent un homme français qui a conçu un enfant avec une femme porteuse indienne. Après la naissance, cet enfant est reconnu par ses deux parents biologiques (y compris la femme porteuse), mais il est abandonné par sa mère au profit de son père biologique qui le ramène en France. La Cour conclut qu'« est justifié le refus de transcription d'un acte de naissance fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays lorsque la naissance 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 » (Cass civ 1re, 13 septembre 2013, [2013] Bull civ I 176, n° 12-30.138). Dans une

seconde décision, la cour ajoute 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 » (Cass civ 1re, 13 septembre 2013, [2013] Bull civ I 176, n° 12-18.315).

[43] *Circulaire CIV/02/13 : Délivrance des certificats de nationalité française – convention de mère porteuse – État civil étranger*, Direction des affaires civiles et du sceau, ministère de la justice, République française, 25 janvier 2013; voir aussi CE, 12 décembre 2014, 2 / 7 SSR, nº 365779, publié au recueil Lebon.

[44] *Loi sur la citoyenneté*, LRC 1985, c C-29 à l'art 3(1)b).

[45] *Constitution de la République française*, 4 octobre 1958 à l'art 55. Effectivement, il existe deux formes d'application des traités internationaux : l'application directe et l'application indirecte. Dans le cas d'application directe, les dispositions peuvent être invoquées devant les tribunaux nationaux. Dans ce cas, le juge applique une convention en passant d'une règle abstraite à une situation concrète. Comme l'indique Jean-Pierre Ancel, pour qu'un texte international soit applicable directement en droit interne, deux conditions sont nécessaires : 1. le texte doit être intégré dans l'ordre juridique national (ratifié et publié) et 2. ce texte doit énoncer des droits expressément reconnus aux personnes (Ancel, 2011). Cependant, pour l'application indirecte, les dispositions de l'instrument ne constituent que des engagements pris par les États parties, mais les États préfèrent, dans ce cas, l'intégration d'un instrument international, au lieu d'une application directe. Les avantages de cette préférence comprennent le pouvoir de maîtriser les effets de ces dispositions sur le plan interne, la liberté dans la mise en œuvre de ces textes, la préservation des spécificités nationales favorisée par une intégration souple des principes internationaux.

[46] Parmi les décisions du Conseil d'État, on pourrait mentionner Conseil d'État, 2 / 6 SSR, 22 septembre 1997, 161364, publié au recueil Lebon. Parmi les décisions de la Cour de cassation, on pourrait mentionner Cass civ 1re, 18 mai 2005, [2005] Bull civ I 212, nº 02-20.613 à la p 180.

[47] Cass civ 1re, 6 janvier 2010, [2010] Bull civ I 3, n° 08-18.871.

[48] Dans ce régime, comme nous l'avons souligné, la *Convention relative aux droits de l'enfant* devient partie intégrante de la législation du pays dès sa ratification et ses dispositions peuvent donc être appliquées directement par les tribunaux.

[49] *National Corn Growers Assn c Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 RCS 1324.

[50] Voir par exemple *R c L(DO)*, [1993] 4 RCS 419 et *W(V) c S(D)*, [1996] 2 RCS 108.

[51] *Baker c Canada (ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 RCS 817 aux paras 70 et s. Dans cette affaire, une mesure d'expulsion a été prise contre une mère de quatre enfants nés au Canada. Selon la Cour suprême du Canada, les mesures prises par l'agent d'immigration n'étaient pas rendues d'une manière réceptive, attentive, ou sensible à l'intérêt des enfants de cette mère. Selon cet arrêt, même si la disposition de la *Convention relative aux droits de l'enfant* n'est pas applicable directement, « les valeurs exprimées dans le droit international des droits de la personne peuvent, toutefois, être prises en compte dans l'approche contextuelle de l'interprétation des lois et en matière de contrôle judiciaire » (para 69-70).

[52] Voir par exemple *Young c Young*, [1993] 4 RCS 3 à la page 75 (« la nécessité de faire de l'intérêt de l'enfant la considération primordiale dans toute action concernant des enfants, y compris les procédures judiciaires, est expressément reconnue dans les documents internationaux relatifs aux droits de la personne, telle la *Convention relative aux droits de l'enfant* des Nations Unies […]. À mon avis, cela démontre amplement la valeur indéniable du critère de l'intérêt de l'enfant en tant que norme juridique pertinente et la large reconnaissance que l'intérêt des enfants jouit, en tant que droit de la personne, d'une valeur digne de protection en soi. »); voir aussi *W(V)* c *S(D)*, *supra* note 50 au para 75 (« La primauté de l'intérêt de l'enfant est reconnue par l'objectif fondamental de la [*Convention internationale sur l'enlèvement d'enfants*] que la [*Loi sur les aspects civils de l'enlèvement international et interprovincial d'enfants*, RLRQ c A-23.01] entérine, édicté au préambule de la Convention : "l'intérêt de l'enfant est d'une importance primordiale pour toute question relative à sa garde". Cet

objectif s'inscrit dans la reconnaissance universelle de la primauté de l'intérêt de l'enfant, dont témoignent plusieurs documents internationaux, outre la Convention, telle la *Convention relative aux droits de l'enfant* […] qui, à son article 3, énonce que "[d]ans toutes les décisions qui concernent les enfants, [...] l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale." ».

[53] *Code criminel*, LRC 1985, c C-46 à l'art 715.1(1).

[54] Voir *R* c *L* (DO), *supra* note 50 à la page 465.

[55] Par exemple les arrêts Cass civ 1re, 6 avril 2011, n° 09-66.486, *supra* note 37; Cass civ 1re, 6 avril 2011, n° 10-19.053, *supra* note 38; Cass civ 1re, 6 avril 2011, n° 09-17.130, *supra* note 39 Cass civ 1re, 13 septembre 2013, no 12-18.315, *supra* note 42; Cass civ 1re, 13 septembre 2013, no 12-30.138, *supra* note 42.

[56] CE, Juge des référés, 4 mai 2011, n° 3487778.

[57] Art 18 C civ.

[58] CE, 12 décembre 2014, *supra* note 43.

[59] *Mennesson c France*, CEDH, 5e section, 26 juin 2014, affaire n° 65192/11; *Labassée c France*, CEDH, 5e section, 26 juin 2014, affaire n° 65941/11.

[60] *Convention de la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* (Convention européenne des droits de l'homme), Rome, 4 novembre 1950 à l'art 8.

[61] *Foulon et Bouvet c France*, CEDH, 5e section, 21 juillet 2016, affaires no 9063/14 et no10410/14 aux paras 51, 55-58.

[62] *Ibid* au para 55.

[63] Voir Cass AP, 3 juillet 2015, [2015] Bull AP 619, n° 14-21.323; Cass AP, 3 juillet 2015, [2015] Bull AP 620, n° 15-50.002.

[64] Voir résumé de Cass AP, 3 juillet 2015, n° 15-50.002, *supra* note 63.

[65] Voir par exemple Cass civ 1re, 5 juillet 2017, [2017] Bull civ I 825, n° 16-16.901 et no 16-50.025; Cass civ 1re, 5 juillet 2017, [2017] Bull civ I 824, n° 15-28.597; Cass civ 1re, 5 juillet 2017, [2017] Bull civ I 826, n° 16-16.455; Cass civ 1re, 29 novembre 2017, [2017] Bull civ I 1238, n° 16-50.061.

[66] Comité des droits de l'enfant (2016, 23 février). *Observations finales concernant le cinquième rapport périodique de la France*, CRC/C/FRA/CO/5 au para 31.

[67] *Ibid* au para 32.

[68] Cass AP, 4 octobre 2019, [2019] Bull AP 648, n°10-19.053.

[69] Comité des droits de l'enfant (2012, 6 décembre). *Observations finales sur les troisième et quatrième rapports périodiques du Canada, soumis en un seul document, adoptées par le Comité à sa soixante et unième session (17 septembre-5 octobre 2012)*, CRC/C/CAN/CO/3-4 au para 40.

[70] Voir par exemple Anonyme (2018, 19 janvier). GPA : « Non au marché de la personne humaine ». *Le Monde*, p. 22; Borrillo, D. (2017, 8 juillet). Sortons du prohibitionnisme – Faut-il autoriser la gestation pour autrui ? *Le Monde*, p. 24.