

# Quelles voies de droit international pour interdire la maternité de substitution

Grégor Puppinck, Docteur en droit, Directeur du *European Centre for Law and Justice* (ECLJ)  
et Claire de La Hougue, Docteur en droit, avocate, chercheur associé à l'ECLJ.

Étude parue dans l'ouvrage collectif *Le mariage et la loi, protéger l'enfant*, dirigé par l'**Institut Famille & République** (Paris 2016) revue en juillet 2020

## Résumé

La gestation pour le compte d'autrui (GPA) devient une industrie internationale, des personnes, célibataires ou en couple, se rendant à l'étranger pour obtenir un enfant, le plus souvent en fraude à leur loi nationale. De nombreuses dispositions de droit international, élaborées afin de lutter notamment contre l'exploitation des femmes, la traite des personnes ou la vente d'enfant, prohibent cette pratique sous divers aspects mais sont peu appliquées à ce jour.

La gestation pour le compte d'autrui pourrait aussi faire l'objet d'une nouvelle norme spécifique de droit international, qu'il s'agisse d'une convention ou d'un protocole additionnel à une convention existante ou, plus simplement, d'un amendement porté à une convention existante. Cette dernière solution est la plus simple à mettre en œuvre et permettrait dans l'immédiat d'inscrire l'abolition de la GPA à l'ordre du jour du Conseil de l'Europe et des Nations unies.

## Sommaire

Introduction.....	2
I. Les conventions existantes pertinentes .....	5
A. Adoption.....	5
B. Vente d'enfant.....	6
C. Traite.....	7
D. L'exploitation de la fonction de reproduction des femmes.....	8
II. Un instrument international spécifique consacré à la gestation pour le compte d'autrui .....	9
A. Un nouvel instrument .....	10
1. Au Conseil de l'Europe.....	10
2. Conférence de La Haye de droit international privé .....	11
B. Amender une convention existante .....	12
1. Au sein du Conseil de l'Europe .....	12
2. Au sein des Nations unies.....	13

## Introduction

Dans la gestation pour le compte d'autrui (GPA)<sup>1</sup>, l'enfant est l'objet d'un contrat. Il est conçu en exécution du contrat, transféré après sa naissance de la mère porteuse au(x) commanditaire(s), et sa filiation est manipulée à la fois biologiquement (choix de la donneuse d'ovocyte selon ses caractéristiques génétiques, diagnostic préimplantatoire) et juridiquement (enregistré mensongèrement comme l'enfant du ou des commanditaires). Il est donc traité comme un bien dont on peut disposer.

La maternité de substitution est souvent présentée comme une méthode permettant à un couple dont la femme souffre d'un défaut d'utérus d'avoir un enfant de son sang en confiant la gestation à une tierce personne, de préférence bénévole. Dans les faits, la gestation pour le compte d'autrui est majoritairement commerciale et souvent réalisée au profit de couples dont la femme est ménopausée ou pour des hommes célibataires ou en couple avec un autre homme. Elle implique alors l'achat d'ovocytes et consiste finalement en la location d'une femme pour avoir d'elle un enfant qu'elle abandonne à la naissance contre paiement.

### **Un marché international concurrentiel**

La gestation par autrui fait l'objet d'un marché international en forte croissance. Le prix d'un enfant et les prestations varient considérablement, à partir de 10 000 dollars en Asie jusqu'à plus de 100 000 aux États-Unis. Comme en matière de fiscalité des entreprises ou de recherche biomédicale, la concurrence dépend largement des différences entre législations nationales : les pays ayant une législation plus libérale bénéficient d'un avantage concurrentiel.

En Europe, la gestation par autrui est interdite dans la majorité des pays, tolérée dans certains, comme la Belgique, autorisée dans quelques-uns (Royaume-Uni, Russie, Ukraine, Grèce). En Russie, où la maternité de substitution est pratiquée légalement depuis 1995 et accessible aux personnes célibataires, un enfant coûte autour de 50 000 euros. 1000 naissances ont été signalées en 2012. Autorisée en Ukraine depuis 1997 uniquement pour les couples mariés, le marché y serait en croissance de 40% annuelle. Au Royaume-Uni, elle est autorisée depuis 1985 à condition de ne pas être commerciale mais la mère porteuse peut recevoir une indemnité de l'ordre de 15 000 euros. La filiation à l'égard des commanditaires ne peut être établie qu'avec l'accord de la mère porteuse après la naissance. La pratique est peu répandue au Royaume-Uni mais de nombreux Britanniques se rendent à l'étranger pour obtenir un enfant d'une mère porteuse. Ainsi, une enquête menée par le *London Sunday Telegraph* a révélé qu'en 2011 cent bébés sont nés d'une mère porteuse au Royaume-Uni contre mille pour des commanditaires

---

<sup>1</sup> L'acronyme GPA, couramment utilisé, a le défaut de dissimuler la réalité derrière la froide neutralité des lettres. Il vaudrait donc mieux garder la formule du Code civil « gestation pour le compte d'autrui », ou parler de « gestation par autrui », qui donne l'idée de sous-traitance. On peut aussi dire « maternité de substitution », comme le Conseil de l'Europe et la Conférence de La Haye de droit international privé. Nous employons indifféremment ces termes.

britanniques en Inde. Ces derniers se rendaient en Inde car la procédure y était plus rapide, moins chère, et moins strictement encadrée<sup>2</sup>.

Aux États-Unis, la maternité de substitution est pratiquée depuis les années 1970. Selon les estimations, il y aurait entre 1400 et 4000 naissances par an. La législation varie selon les États. La mère porteuse ne peut prétendre à un droit parental et touche de 15 000 à 25 000 dollars. Les critères de sélection des mères et des donneuses d'ovocytes sont très stricts. Les prix varient selon les options choisies (multiplication des mères porteuses pour plus de rapidité, éliminations des bébés en surnombre, jumeau supplémentaire pour une fraction du coût, choix du sexe, de la couleur des yeux...).

En Inde, où la gestation par autrui a été légale et accessible aux étrangers de 2002 à 2015, un enfant coûtait entre 10 000 et 30 000 dollars, selon que la mère porteuse était directement inséminée ou que l'enfant était conçu *in vitro* avec les options associées (notamment recours aux ovocytes d'une femme blanche plutôt qu'indienne et sélection des embryons). Il existait plus de 1000 cliniques dans le pays, pour un chiffre d'affaires estimé à 2 milliards de dollars pour l'ensemble du tourisme reproductif. C'est l'association de la pauvreté du peuple et du libéralisme de la législation qui a permis l'explosion de ce marché en Inde.

### **Régulation ou interdiction ?**

Face à un tel phénomène se pose la question de sa régulation. La réponse à cette question dépend de plusieurs facteurs, en particulier l'importance accordée aux gains financiers suscités par cette pratique, le souci de l'intérêt des enfants, des mères porteuses et de la dignité humaine, ainsi que la sensibilité émotionnelle au désir d'enfant des commanditaires.

Le droit international contient de nombreuses dispositions applicables à la maternité de substitution sous divers aspects<sup>3</sup>. Il s'agit principalement des normes relatives aux droits des enfants, à l'interdiction de la vente d'enfant et de la traite, ainsi qu'aux normes relatives à l'adoption internationale. En effet, la gestation par autrui entre la plupart du temps dans la définition de la vente d'enfant, elle constitue souvent une fraude à l'adoption internationale ou encore implique la traite de la mère porteuse.

Comme en témoigne le développement du marché de la gestation par autrui, ces normes internationales sont peu appliquées. Du point de vue des pays pauvres, cette pratique permet de créer à peu de frais un secteur économique très rentable et source de devises. Du point de vue des pays européens importateurs d'enfants, les autorités ne sanctionnent presque jamais les commanditaires et tendent à entériner cette pratique, notamment sous la contrainte de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>4</sup>.

Le choix qui s'impose au législateur est souvent présenté comme une alternative entre l'interdiction de la maternité de substitution ou son encadrement. Ce choix est fondamental et devrait s'opérer en deux temps : Il s'agit de porter d'abord un jugement

---

<sup>2</sup> Shekhan BHATIA, "Revealed: how more and more Britons are paying Indian women to become surrogate mothers", *The Telegraph*, 26 mai 2012.

<sup>3</sup> Cf. Claire de La Hougue, « La qualification juridique de la gestation pour le compte d'autrui au regard du droit international et du droit pénal français », *Droit de la famille* n° 11, 2015

<sup>4</sup> CEDH, *Menesson c. France*, n° 65192/11, 26 juin 2014.

sur la pratique de la maternité de substitution en elle-même, puis de considérer quelle est la meilleure réponse à y apporter.

Une société fondée sur des valeurs, notamment affirmées dans les droits de l'homme, ne peut pas omettre de porter un jugement moral sur la pratique de la gestation par autrui en elle-même. C'est pourtant dans cette direction que la Conférence de La Haye semble s'orienter, en envisageant de « réguler » cette pratique sans la remettre en cause, ce qui aurait pour effet d'en légitimer le principe. À l'inverse, de nombreux États ont choisi d'interdire la gestation par autrui mais sont souvent dépourvus des moyens de faire respecter cette interdiction, notamment lorsqu'ils sont placés devant le fait accompli.

L'abolition est une position de principe qui répond à un jugement éthique sur la maternité de substitution en elle-même, au même titre que l'interdiction du trafic de drogue et de la traite humaine. L'interdiction est aisée à concevoir juridiquement, et de nombreux États qui interdisent la gestation par autrui dans leur ordre interne pourraient s'engager dans cette voie dans l'ordre international. Il convient de garder à l'esprit que le droit international se développe comme une tache d'huile : par adhésion progressive à ses principes. Le plus important est de pouvoir poser le principe de l'abolition de la maternité de substitution dans l'ordre juridique international pour ensuite étendre sa reconnaissance et son effectivité. Il en est de même, par exemple, de l'abolition progressive de la peine de mort. Enfin, l'interdiction de cette pratique n'empêche pas les États de régler les situations des enfants nés d'une mère porteuse.

L'encadrement se voudrait une approche libérale. Il implique une acceptation de principe de la gestation par autrui et vise à son organisation. Tout est ensuite question du degré de « contrainte » que la société est prête à exercer sur la « liberté » les contractants, sachant que selon la logique libérale, la contrainte doit être minimale. Cette contrainte pourrait s'exercer pour « encadrer » les conditions de la reconnaissance interétatique de l'état civil de l'enfant, mais aussi les conditions relatives au contrat de gestation par autrui, aux conditions de vie des mères porteuses, etc.

En réalité, il est illusoire de vouloir admettre la maternité de substitution dans certains cas particuliers en l'encadrant pour éviter les abus, d'abord parce que cette pratique est intrinsèquement contraire à la dignité humaine, ensuite parce que les règles déterminant ses conditions d'accès seraient contournées en allant dans un pays où elles sont plus souples. Ainsi, les ressortissants belges ou britanniques sont nombreux à se rendre à l'étranger pour échapper aux règles appliquées chez eux. Ils alimentent ainsi l'exploitation des femmes des pays pauvres et la marchandisation des enfants.

L'encadrement relatif aux conditions de production et de vente de l'enfant ne pourrait être effectif que dans les pays qui l'acceptent et qui disposent des moyens de le faire respecter. Il équivaldrait à une acceptation de la gestation par autrui, seules certaines modalités étant rejetées, ce qui encouragerait cette pratique sans en régler les problèmes inhérents – en particulier le fait qu'on dispose de l'enfant comme de l'objet d'un contrat – mais seulement des aspects secondaires comme l'établissement de l'état civil de l'enfant. Par analogie, l'encadrement de la prostitution aux Pays-Bas et en Allemagne n'a pas empêché le trafic et l'exploitation sexuelle et ces pays reviennent à un modèle d'interdiction plus stricte.

Ainsi, un encadrement aurait pour conséquence de légitimer la gestation par autrui et d'en développer le marché, sans supprimer les graves problèmes consubstantiels à cette pratique.

Le choix entre abolition et encadrement doit être réalisé non seulement au regard de l'effectivité de chaque option, mais d'abord en fonction de la société que nous voulons. Ce choix ne s'opère pas dans le néant : il existe déjà des normes applicables à certains aspects de la gestation par autrui, notamment relatives à l'adoption, la vente d'enfant et à la traite. En effet, la maternité de substitution, en particulier internationale, peut se rattacher à plusieurs pratiques existantes qui font l'objet de conventions (I). Cependant, sans une ferme volonté politique de les appliquer à cette pratique, ces instruments ne suffisent pas. Il est donc nécessaire d'affirmer expressément que la gestation pour le compte d'autrui est contraire au droit international et de lui consacrer un instrument spécifique (II).

## I. Les conventions existantes pertinentes

La gestation par autrui porte atteinte aux droits de l'enfant, ainsi qu'à ceux de la femme employée pour le porter. S'agissant des enfants, rappelons en particulier l'article 3 de la Convention relative aux droits de l'enfant selon lequel « *Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale* », l'article 7 selon lequel l'enfant a « *dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux* » et l'article 8 qui affirme que « *Les États parties s'engagent à respecter le droit de l'enfant de préserver son identité* ».

La mère porteuse, quant à elle, n'est considérée qu'à travers ses capacités reproductives, comme un incubateur, pas comme une personne humaine, ce qui est manifestement contraire à sa dignité. Elle est obligée, avec un degré de contrainte variable selon les situations, de louer son corps, ce qui est la définition de la prostitution. Pourtant, selon l'article 6 de la Convention pour l'élimination de toutes les formes de discrimination contre les femmes « *Les États parties prennent toutes les mesures appropriées, y compris des dispositions législatives, pour réprimer, sous toutes leurs formes, le trafic des femmes et l'exploitation de la prostitution des femmes* ».

La maternité de substitution entre plus particulièrement dans le champ d'application du droit international relatif à l'adoption, la vente d'enfants et la traite.

### A. Adoption

Dans certains pays, l'adoption est utilisée pour valider une gestation pour le compte d'autrui. Ainsi, en Belgique, qui n'autorise pas expressément cette pratique, si l'homme

commanditaire est effectivement le père génétique de l'enfant, il peut le reconnaître. La filiation sera ainsi établie à son égard. Son épouse pourra alors adopter l'enfant. En France, c'est aussi le moyen qu'utilisaient des organisations de gestation pour le compte d'autrui, avant que la jurisprudence ne mette fin à ces pratiques. La gestation par autrui consiste aussi, lorsqu'elle est réalisée avec des gamètes de tierces personnes, à « fabriquer des orphelins », c'est-à-dire des enfants adoptables.

Comme l'adoption, la gestation pour le compte d'autrui suppose que la mère, celle qui accouche, renonce à l'enfant. De même, comme les adoptions, beaucoup de gestations pour autrui sont internationales. Puisque maternité de substitution se rapproche de l'adoption, et parfois l'utilise, le droit international relatif à l'adoption devrait lui être applicable, au moins par analogie, en particulier la Convention de La Haye sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale de 1993 et la Convention européenne en matière d'adoption des enfants (révisée) de 2008.

Or, tant la Convention de La Haye (art. 4) que la Convention européenne en matière d'adoption (art. 5) exigent que le consentement des parents n'ait pas été obtenu moyennant paiement ou contrepartie d'aucune sorte et que le consentement de la mère ait été donné seulement après la naissance de l'enfant (la Convention européenne d'adoption précise que le délai ne peut être inférieur à six semaines). En outre, le droit international relatif à l'adoption interdit les contacts entre familles adoptive et biologique jusqu'à ce que ce consentement ait été donné, donc après la naissance (art. 29 Convention de La Haye). La Convention de La Haye (art. 32) et la Convention européenne d'adoption (art. 17) précisent : « *Nul ne peut tirer indûment un gain financier ou autre d'une activité en relation avec l'adoption d'un enfant* », ce qui correspond à l'article 21 d) de la Convention relative aux droits de l'enfant. Toutes ces dispositions sont violées par la gestation pour le compte d'autrui.

Le but de ces conventions est, comme l'affirme l'article 1 de la Convention de La Haye, « *d'établir des garanties pour que les adoptions internationales aient lieu dans l'intérêt supérieur de l'enfant et (...) et prévenir ainsi l'enlèvement, la vente ou la traite d'enfants* ». Le Comité des droits de l'enfant considère expressément l'adoption internationale irrégulière comme une vente d'enfant<sup>5</sup>.

## B. Vente d'enfant

Les dispositions de droit international relatives à la vente d'enfant sont également applicables, au moins lorsque l'enfant né d'une mère porteuse est livré contre paiement à une ou plusieurs personnes, en particulier lorsque l'enfant et ses acquéreurs n'ont pas de lien génétique.

Un instrument très largement ratifié (169 États parties) est spécifiquement consacré à la vente d'enfant : le Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants du 25 mai 2000. L'article 1 interdit la vente d'enfant, que l'article 2a) définit comme « *tout acte ou toute transaction en vertu desquels un enfant est remis par*

---

<sup>5</sup> Observations finales France CRC/C/OPSC/FRA/CO/1, 15 octobre 2007, § 18

*toute personne ou tout groupe de personnes à une autre personne ou un autre groupe contre rémunération ou tout autre avantage* ». La gestation pour le compte d'autrui, dans la grande majorité des cas, relève donc de la vente d'enfant : en vertu d'un contrat, la mère ou les intermédiaires remettent l'enfant au(x) commanditaire(s) contre rémunération, ou parfois d'autres avantages.

La vente ou la traite d'enfants est interdite par le droit international « *à quelque fin que ce soit et sous quelque forme que ce soit* » (art. 35 de la Convention relative aux droits de l'enfant). Qu'il s'agisse d'une modalité particulière n'empêche pas la gestation pour le compte d'autrui d'être manifestement contraire au droit international en vigueur.

## C. Traite

L'article 3 du Protocole additionnel à la Convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants et l'article 4 de la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains stipulent :

*« a) L'expression "traite des personnes" désigne le recrutement, le transport, le transfert, l'hébergement ou l'accueil de personnes, par la menace de recours ou le recours à la force ou à d'autres formes de contrainte, par enlèvement, fraude, tromperie, abus d'autorité ou d'une situation de vulnérabilité, ou par l'offre ou l'acceptation de paiements ou d'avantages pour obtenir le consentement d'une personne ayant autorité sur une autre aux fins d'exploitation. L'exploitation comprend, au minimum, l'exploitation de la prostitution d'autrui ou d'autres formes d'exploitation sexuelle, le travail ou les services forcés, l'esclavage ou les pratiques analogues à l'esclavage, la servitude ou le prélèvement d'organes;*  
*b) Le consentement d'une victime de la traite des personnes à l'exploitation envisagée, telle qu'énoncée à l'alinéa a) du présent article, est indifférent lorsque l'un quelconque des moyens énoncés à l'alinéa a) a été utilisé; »*

S'agissant de gestation pour le compte d'autrui, l'enfant est transféré de la mère aux commanditaires moyennant rémunération. Même si les commanditaires ont le plus souvent de bonnes intentions à son égard, l'enfant est traité comme un bien dont on dispose par contrat, ce qui n'est pas sans rappeler la définition de l'esclavage : « *L'esclavage est l'état ou condition d'un individu sur lequel s'exercent les attributs du droit de propriété ou certains d'entre eux* », selon la Convention contre l'esclavage de 1926.

Dans certaines circonstances, la situation des mères porteuses relève également de la traite, en particulier en Asie. Des femmes sont recrutées dans les villages avec les mêmes méthodes que les prostituées : promesse d'un emploi, viol, enfermement loin de chez elles et confiscation de leurs papiers. Le recrutement peut aussi prendre l'apparence d'un contrat libre, mais la situation économique de ces femmes rend un refus impossible : elles acceptent afin de nourrir, soigner ou envoyer à l'école leurs propres enfants. Sous prétexte d'être bien nourries et soignées, elles sont gardées dans des « fermes à bébés » d'où elles ne sortent en général pas, coupées de leur famille pendant toute la grossesse. L'enfant naît le plus souvent par césarienne, non pour raison médicale mais pour faire correspondre la date de la naissance aux billets d'avion des commanditaires. Certes, la



mère a en principe donné son consentement. Les dispositions précitées précisent cependant que le consentement de la victime est indifférent lorsqu'il a été obtenu « *par la menace de recours ou le recours à la force ou à d'autres formes de contrainte, par enlèvement, fraude, tromperie, abus d'autorité ou d'une situation de vulnérabilité, ou par l'offre ou l'acceptation de paiements ou d'avantages* ».

L'existence d'une rémunération est de nature à vicier le consentement, de façon d'autant plus flagrante que cette rémunération est élevée par rapport au niveau de vie de la mère. En Inde, la rémunération d'une mère porteuse (entre 1500 et 5000 euros) correspondait à 3 à 10 ans de salaire d'un ouvrier. Même dans les gestations pour le compte d'autrui bénévoles, on peut légitimement s'interroger sur la qualité du consentement. Le rapporteur Yves Chartier<sup>6</sup> s'interrogeait sur la réalité du consentement de femmes qui portaient un enfant pour autrui, vu les raisons données, comme le désir de se racheter d'un avortement antérieur. La mère peut aussi être soumise à un chantage affectif, voire à des promesses ou des menaces concernant son emploi. C'est déjà le cas en ce qui concerne le don d'ovules en France, comme le souligne l'IGAS<sup>7</sup>. On retrouve là l'abus d'autorité ou d'une situation de vulnérabilité.

#### D. L'exploitation de la fonction de reproduction des femmes

La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, adoptée le 18 décembre 1979 et entrée en vigueur le 3 septembre 1981, trouve aussi à s'appliquer à cette situation.

Son article 6 dispose que les États parties « *prennent toutes les mesures appropriées, y compris des dispositions législatives, pour supprimer, sous toutes leurs formes, le trafic des femmes et l'exploitation de la prostitution des femmes.* » L'article 11.f) ajoute que les États parties doivent assurer notamment « *Le droit à la protection de la santé et à la sécurité des conditions de travail, y compris la sauvegarde de la fonction de reproduction* ». Ceci s'applique parfaitement à l'exploitation de la fonction de reproduction des mères porteuses. Après avoir énoncé une liste de droits spécifiques, l'article 11 dispose dans un 3<sup>ème</sup> alinéa que « *Les lois visant à protéger les femmes dans les domaines visés par le présent article seront revues périodiquement en fonction des connaissances scientifiques et techniques et seront révisées, abrogées ou étendues, selon les besoins* ». Le développement de la pratique de la gestation par autrui, provoqué notamment par la diffusion des techniques de FIV crée assurément le besoin de réviser les lois nationales.

D'autres dispositions de droit international s'opposent à la maternité de substitution, notamment la Convention européenne sur le statut juridique des enfants nés hors mariage adoptée le 15 octobre 1975 qui prévoit explicitement en son article 2 que « *La filiation maternelle de tout enfant né hors mariage est établie du seul fait de la naissance*

---

<sup>6</sup> Rapport Yves Chartier, sous Cass. Plén. 31 mai 1991 n° 90-20105, D. 1991 p. 417

<sup>7</sup> Inspection générale des affaires sociales, *État des lieux et perspectives du don d'ovocytes en France*, Février 2011, Documentation française, p. 25 <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/114000113/0000.pdf>



de l'enfant », comme pour les enfants d'une femme mariée. Cette Convention a été signée par la France le 2 septembre 1977 et ratifiée par 23 États membres du Conseil de l'Europe dont la Grèce le 15 juin 1988, l'Ukraine le 26 mars 2009 et le Royaume-Uni le 24 février 1981.

Le rapport explicatif de cette convention indique que « [l]e principe qui a été retenu par la Convention et qui est en vigueur dans la plupart des États membres du Conseil de l'Europe est celui de l'établissement automatique de la filiation maternelle par le seul fait de la naissance, c'est-à-dire de l'accouchement ». La seule possibilité de réserve envisagée à l'égard de cette disposition vise à permettre la pratique des naissances sous X. Une telle réserve devrait alors être formulée lors de l'adhésion à la Convention.

Il faut conclure ce rapide et non exhaustif inventaire que de nombreuses dispositions de droit international s'opposent à la maternité de substitution sous divers aspects. Néanmoins, elles sont peu ou pas appliquées. Le Royaume-Uni a appliqué à la maternité de substitution certaines dispositions relatives à l'adoption, mais la Russie, en revanche, n'a pas condamné la pratique consistant à engendrer un enfant par fécondation *in vitro*, le faire porter par une mère de substitution et à le vendre à un couple n'ayant aucun rapport de parenté avec lui, comme il ressort de l'affaire *Paradiso et Campanelli c. Italie* (CEDH, 27 janvier 2015, n° 25358/12).

L'application de ces dispositions à la gestation par autrui dépend largement de la bonne volonté des États ainsi que de l'existence de mécanismes de recours individuel, ou de surveillance du respect des obligations contractées par les États. Il s'agit là d'une voie à explorer davantage, mais qui est rendue difficile car les enfants, qui sont les principales victimes de cette pratique, ne sont pas encore en âge de saisir la justice ; quant aux mères porteuses, elles aussi victimes, elles sont le plus souvent consentantes, voire complices de cette pratique.

La pratique de la gestation par autrui peut être jugulée par une commune volonté politique ferme, d'un nombre suffisants d'États influents, décidant d'appliquer le droit existant et de le compléter par des normes spécifiques.

## II. Un instrument international spécifique consacré à la gestation pour le compte d'autrui

Un instrument international pourrait aussi viser spécifiquement la gestation par autrui. La difficulté est d'obtenir un accord entre les États car des intérêts financiers colossaux sont en jeu ; ne serait-ce qu'en Inde, le tourisme reproductif constitue un marché de deux milliards de dollars. Les pressions sur les États pour les empêcher d'interdire la gestation pour le compte d'autrui sont donc énormes.

Un tel instrument pourrait être élaboré dans le cadre des Nations unies ou du Conseil de l'Europe. Même si certains poids lourds diplomatiques, en particulier la Russie, les États-

Unis et le Royaume-Uni, sont actuellement favorables à l'acceptation de la maternité de substitution, beaucoup d'autres y sont opposés et de nombreux pays où cette pratique était répandue ont récemment pris des mesures sévères pour l'interdire ou la limiter drastiquement<sup>8</sup>.

Deux moyens sont possibles pour que les États s'engagent à réprimer cette pratique : d'une part, adopter un nouveau traité (convention ou protocole) spécifiquement consacré à la gestation pour le compte d'autrui, d'autre part amender une convention existante.

## A. Un nouvel instrument

Ce nouvel instrument pourrait être soit une convention, soit un protocole additionnel à une convention existante. L'élaboration d'un tel instrument pourrait être – et a été – envisagé en particulier au sein du Conseil de l'Europe et de la Conférence de La Haye sur le droit privé.

### 1. Au Conseil de l'Europe

Le Conseil de l'Europe semble constituer un cadre particulièrement approprié car il rassemble la majorité des États dont les clients de gestation pour autrui sont ressortissants et plusieurs pays pourvoyeurs d'enfants, comme la Russie ou l'Ukraine. Le Statut du Conseil de l'Europe (Article 15) prévoit que le Comité des Ministres, qui regroupe les ambassadeurs des 47 États membres, « *examine, sur recommandation de l'Assemblée Consultative ou de sa propre initiative, les mesures propres à réaliser le but du Conseil de l'Europe, y compris la conclusion de conventions et d'accords et l'adoption par les gouvernements d'une politique commune à l'égard de questions déterminées* ». Le statut prévoit également que les conclusions du Comité des Ministres peuvent, s'il y a lieu, revêtir la forme de recommandations aux gouvernements. La création d'un tel instrument spécifique suppose une volonté politique forte au sein des gouvernements européens et la possibilité d'une politique commune, c'est-à-dire un large consensus entre les États, ou *a minima*, d'une absence d'opposition à l'initiative que pourrait prendre un groupe d'États.

Juridiquement, il est beaucoup plus facile de convenir de l'interdiction de la maternité de substitution que d'élaborer un encadrement commun à cette pratique, notamment dans ses aspects transfrontaliers.

Le texte d'un tel instrument pourrait s'inspirer de l'avis rendu en 1989 par le comité *ad hoc* d'experts du Conseil de l'Europe sur les progrès des sciences biomédicales, sur les « *mères de substitution* ». Le Comité invitait les États à garantir que :

---

<sup>8</sup> Cf. Étude sur maternité de substitution et vente d'enfant, Rapporteur spécial des Nations unies sur la vente et l'exploitation sexuelle des enfants, rapport A/HRC/37/60, 15 janvier 2018 § 15.

1. *Aucun médecin ou établissement ne doit utiliser les techniques de procréation artificielle pour la conception d'un enfant qui sera porté par une mère de substitution ;*
2. *Aucun contrat ou accord entre une mère de substitution et la personne ou le couple pour le compte de laquelle ou duquel un enfant est porté ne pourra être invoqué en droit ;*
3. *Toute activité d'intermédiaire à l'intention des personnes concernées par une maternité de substitution doit être interdite, de même que toute forme de publicité qui y est relative.*

Le sujet a fait plusieurs fois l'objet d'après discussions dans le cadre du Conseil de l'Europe, sans aboutir ni à une acceptation (régulation) de la maternité de substitution, ni à son interdiction. Déjà, en 2010 et 2011, le Comité Directeur de Coopération Juridique (CDCJ) du Conseil de l'Europe avait élaboré un « Projet de recommandation sur les droits et le statut juridique des enfants et les responsabilités parentales ». Ce texte entendait recommander à l'ensemble des 47 États membres du Conseil de l'Europe d'adopter les principes législatifs les plus libéraux en matière de procréation et de vie familiale. Il impliquait notamment l'acceptabilité de la gestation par autrui<sup>9</sup>. Il s'est heurté au refus final du Comité des Ministres en raison des divergences morales entre gouvernements. De même, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a longuement examiné un projet de résolution (Doc. 13562), puis un rapport et un projet de recommandation rédigés par Petra de Sutter, sans accepter ni condamner la maternité de substitution. L'adoption d'une convention, voire même seulement d'un projet de Recommandation posant le principe de l'interdiction de la maternité de substitution en Europe ne serait pas plus aisé car le Comité des Ministres se prononce en général par consensus. Une exception notable à cette pratique a eu lieu en 2010 pour permettre l'adoption de la recommandation CM/Rec(2010)5 sur des mesures visant à combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre. Cette recommandation a été adoptée non pas par consensus, mais par vote majoritaire. À défaut de consensus entre États membres, l'imposition de normes applicables à l'ensemble des États membres en matière de gestation par autrui résulte à ce jour principalement de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

## **2. Conférence de La Haye de droit international privé**

Depuis 2011, la Conférence de La Haye de droit international privé se penche sur la question de la gestation pour autrui en raison des problèmes de droit international privé qu'elle soulève, notamment concernant l'établissement de la filiation et la nationalité. Elle considère que la Convention relative à l'adoption de 1993 n'est pas appropriée pour la gestation pour le compte d'autrui. Le Bureau Permanent de la Conférence qui a accompli le travail préparatoire d'étude de faisabilité d'une telle convention n'a pas

---

<sup>9</sup> Gregor Puppink, "Council of Europe to impose a new definition of family, parents and children?", October 26, 2011, ECLJ. <http://eclj.org/Releases/Read.aspx?GUID=d298cd04-c82b-4dfb-a2b7-a7adf455c27b>

envisagé l'option de l'interdiction, mais seulement de l'encadrement, indiquant vouloir rechercher à établir des « standards minimaux ». Pourtant, la gestation par autrui est expressément prohibée par de nombreux États membres de la Conférence.

Les méthodes de travail du Bureau Permanent ont été vivement critiquées, car de manière techniciste, le Bureau n'a interrogé que des « experts » eux-mêmes engagés dans la pratique de la maternité de substitution, ou des personnes ayant eu recours à la gestation par autrui. Comme le souligne le Groupement d'associations féministes et de défense des Droits Humains dans sa contribution aux travaux de la Conférence de La Haye de droit international privé, « [a]ucune discussion sur le bien-fondé de cette pratique et sur sa compatibilité avec les droits humains élémentaires n'a été engagée. »

Une telle approche, si elle devait aboutir, constituerait un recul de la protection internationale des enfants et des femmes vulnérables ; en outre, elle serait en contradiction avec de nombreuses dispositions du droit international. L'argument selon lequel elle existe de toutes façons, donc on ne peut l'interdire n'est pas convaincant : la traite et la pédophilie existent, ce n'est pas pour cela qu'il faudrait les encadrer au lieu de les interdire et de les sanctionner. Il faut au contraire affirmer clairement que cette pratique est incompatible avec la dignité humaine et donc avec le droit international.

## B. Amender une convention existante

Une autre démarche, plus aisée à initier, consisterait à introduire un amendement au sein d'une convention existante afin d'y inscrire une disposition explicitement relative à la maternité de substitution. Au Conseil de l'Europe, cette démarche permettrait au moins de provoquer un débat et un processus institutionnel au sein du Comité des Ministres. Au sein des Nations unies, il ne serait pas impossible qu'elle aboutisse à l'adoption d'une norme internationale.

### 1. Au sein du Conseil de l'Europe

#### a. La traite des êtres humains

Au sein du Conseil de l'Europe, la Convention sur la lutte contre la traite des êtres humains adoptée à Varsovie, le 16 mai 2005 se prêterait à un tel amendement tout d'abord en raison de l'objet même de la Convention, puis de l'existence d'une procédure assez ouverte.

Selon l'Article 41 de cette convention, la procédure d'amendement peut en effet être initiée par un seul État partie qui peut communiquer une proposition d'amendement au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe. Le texte est alors transmis « *aux États membres du Conseil de l'Europe, à tout autre État signataire, à tout État Partie, à la Communauté européenne et à tout État invité à signer la présente Convention (...), ainsi qu'à tout État qui a été invité à adhérer à la présente Convention* ».

La proposition d'amendement est ensuite communiquée pour avis au Groupe d'experts sur la lutte contre la traite des êtres humains (GRETA). Ce Groupe est chargé de veiller à la mise en œuvre de la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains par les Parties.

Le Comité des Ministres examine ensuite l'amendement proposé et l'avis formulé sur celui-ci par le GRETA. Il pourra alors, après consultation des Parties à la Convention et en avoir obtenu l'assentiment unanime, adopter cet amendement qui sera ensuite communiqué aux Parties en vue de son acceptation.

Cette procédure a l'avantage de permettre à un gouvernement de prendre l'initiative de placer l'abolition de la GPA à l'ordre du jour du Conseil de l'Europe, mais son résultat n'est pas garanti, au regard de la nécessité d'obtenir un assentiment unanime.

b. La Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine

La *Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine*, dite Convention d'Oviedo, du 4 avril 1997 prévoit également une procédure d'amendement (article 32). Tout État membre peut proposer un amendement à la Convention. Celui-ci est soumis à l'examen de l'ancien « Comité directeur pour la bioéthique (CDBI) » (aujourd'hui désigné *DH-Bio*) qui peut l'adopter à la majorité des deux tiers des voix exprimées. Il est ensuite soumis à l'approbation du Comité des Ministres, puis communiqué aux Parties en vue de sa ratification, son acceptation ou son approbation.

Simple à initier, ces mécanismes d'amendement exigent cependant une unanimité au Comité des Ministres, difficile à obtenir.

## 2. Au sein des Nations unies

Au sein des Nations unies, trois traités se prêtent bien à une procédure d'amendement sur la maternité de substitution : le Protocole sur la vente d'enfant, celui sur la traite et la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes.

a. **Le Protocole facultatif à la Convention concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants** a été adopté en 2000. Il a été ratifié par 169 États (y compris les États-Unis qui n'ont pas ratifié la Convention relative aux droits de l'enfant) et est entré en vigueur le 18 janvier 2002. Ce protocole complète la Convention relative aux droits de l'enfant.

Selon son Article 16 :

*« 1. Tout État Partie peut proposer un amendement et en déposer le texte auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies. Celui-ci communique alors la proposition d'amendement aux États Parties, en leur demandant de lui faire savoir s'ils sont favorables à la convocation d'une conférence des États Parties en vue de l'examen de la proposition et de sa mise aux voix. Si, dans les quatre mois qui suivent la date de cette communication, un tiers au moins des États Parties se prononcent en faveur de la convocation d'une telle conférence, le Secrétaire général convoque la conférence sous les auspices de l'Organisation des Nations Unies. Tout amendement adopté par la majorité des États Parties présents et*

*votants à la conférence est soumis à l'Assemblée générale des Nations Unies pour approbation.*

*2. Tout amendement adopté conformément aux dispositions du paragraphe 1 du présent article entre en vigueur lorsqu'il a été approuvé par l'Assemblée générale et accepté par une majorité des deux tiers des États Parties.*

*3. Lorsqu'un amendement entre en vigueur, il a force obligatoire pour les États Parties qui l'ont accepté, les autres États Parties demeurant liés par les dispositions du présent Protocole et par tous amendements antérieurs acceptés par eux. »*

Ainsi, selon cette procédure, un seul État peut, comme au Conseil de l'Europe, prendre l'initiative d'ouvrir le débat entre tous les États Parties. Une conférence réunissant l'ensemble des États Parties est organisée si environ 60 d'entre y sont favorables. Les décisions suivantes, jusqu'à l'approbation, sont ensuite prises à la majorité, et l'amendement entre en vigueur lorsqu'il a été approuvé par l'Assemblée générale et accepté par une majorité des deux tiers des États Parties.

Des États Parties au Protocole facultatif qui ont légalisé la GPA, comme les États-Unis, pourraient ne pas ratifier cet amendement, mais serait néanmoins affectés moralement par son contenu.

**b. Le Protocole additionnel à la Convention des Nations unies contre la criminalité transnationale** organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants a été adopté par la résolution A/RES/55/25 du 15 novembre 2000 à la cinquante-cinquième session de l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations unies. Il a été ratifié par 166 États et est entré en vigueur le 25 décembre 2003. *« Il constitue le premier instrument juridique international comprenant une définition consensuelle de la traite des êtres humains. L'objectif de cette définition est de faciliter les convergences des approches nationales pour établir des infractions pénales qui permettraient une coopération internationale efficace dans la poursuite des affaires de traite de personnes. Le Protocole a également pour but de protéger et assister les victimes de la traite des personnes dans le respect de leurs droits fondamentaux »*<sup>10</sup>.

Son article 18 relatif à la procédure d'amendement stipule :

*1. À l'expiration d'un délai de cinq ans à compter de l'entrée en vigueur du présent Protocole, un État Partie au Protocole peut proposer un amendement et en déposer le texte auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies. Ce dernier communique alors la proposition d'amendement aux États Parties et à la Conférence des Parties à la Convention en vue de l'examen de la proposition et de l'adoption d'une décision. Les États Parties au présent Protocole réunis en Conférence des Parties n'épargnent aucun effort pour parvenir à un consensus sur tout amendement. Si tous les efforts en ce sens ont été épuisés sans qu'un accord soit intervenu, il faudra, en dernier recours, pour que l'amendement soit adopté, un vote à la majorité des deux tiers des États Parties au présent Protocole présents à la Conférence des Parties et exprimant leur vote.*

*(...)*

---

<sup>10</sup> Office des Nations unies contre la drogue et le crime. <http://www.unodc.org/unodc/fr/treaties/CTOC/>

*3. Un amendement adopté conformément au paragraphe 1 du présent article est soumis à ratification, acceptation ou approbation des États Parties.*

*(...)*

*5. Un amendement entré en vigueur a force obligatoire à l'égard des États Parties qui ont exprimé leur consentement à être liés par lui. Les autres États Parties restent liés par les dispositions du présent Protocole et tous amendements antérieurs qu'ils ont ratifiés, acceptés ou approuvés. »*

La procédure d'amendement est plus aisée encore puisqu'un seul État partie peut provoquer la réunion de la Conférence des Parties qui ne doit épargner « *aucun effort pour parvenir à un consensus sur tout amendement* ». À défaut, il est adopté à la majorité des deux tiers des États Parties puis est soumis à ratification, acceptation ou approbation des États Parties sans approbation préalable de l'Assemblée Générale.

**c. La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes** prévoit un mode d'amendement encore plus léger, puisque, selon son article 26 :

*« 1. Tout État partie peut demander à tout moment la révision de la présente Convention en adressant une communication écrite à cet effet au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies.*

*2. L'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies décide des mesures à prendre le cas échéant, au sujet d'une demande de cette nature. »*

Dans ce cas, sur la demande d'un ou de plusieurs États Parties, l'Assemblée générale des Nations unies peut être saisie de la question de l'interdiction universelle de la maternité de substitution. L'Assemblée Générale pourrait alors décider d'inscrire cet amendement à l'ordre du jour de la prochaine Conférence mondiale sur les femmes.

Finalement, de nombreuses possibilités d'action sont disponibles pour un gouvernement qui voudrait renforcer la protection des femmes et des enfants en promouvant l'abolition universelle de la gestation pour le compte d'autrui.