



Conseil des droits de l'homme**Trente-septième session**

26 février-23 mars 2018

Point 3 de l'ordre du jour

**Promotion et protection de tous les droits de l'homme,
civils, politiques, économiques, sociaux et culturels,
y compris le droit au développement****Rapport de la Rapporteuse spéciale sur la vente et
l'exploitation sexuelle d'enfants, y compris la prostitution
des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants
et autres contenus montrant des violences sexuelles
sur enfant****Note du secrétariat**

Dans le présent rapport, établi conformément aux résolutions 7/13 et 34/16, la Rapporteuse spéciale sur la vente et l'exploitation sexuelle d'enfants, y compris la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants et autres contenus montrant des violences sexuelles sur enfant, dresse le bilan des activités qu'elle a menées depuis la présentation de son dernier rapport au Conseil des droits de l'homme, en mars 2017. Elle y présente également une étude thématique sur la gestation pour autrui et la vente d'enfants et formule des recommandations sur les moyens de faire respecter l'interdiction de la vente d'enfants et de prévenir ce type d'actes.



I. Introduction

1. Le présent rapport est soumis en application des résolutions 7/13 et 34/16 du Conseil des droits de l'homme. Il décrit les activités menées par la Rapporteuse spéciale sur la vente et l'exploitation sexuelle d'enfants, y compris la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants et autres contenus montrant des violences sexuelles sur enfant depuis la présentation de son dernier rapport au Conseil des droits de l'homme, en mars 2017. Il contient également une étude thématique sur la gestation pour autrui et la vente d'enfants.

II. Activités

A. Visites dans les pays

2. La Rapporteuse spéciale s'est rendue en République dominicaine du 8 au 15 mai 2017¹. Elle a également effectué une visite en République démocratique populaire lao du 8 au 16 novembre 2017². Le rapport concernant la visite en République démocratique populaire lao sera présenté au Conseil des droits de l'homme à sa quarantième session. La Rapporteuse spéciale remercie les Gouvernements dominicain et lao pour leur coopération avant et pendant sa visite.

3. Le Gouvernement irlandais a accepté de recevoir la visite de la Rapporteuse spéciale du 14 au 21 mai 2018 et le Gouvernement malaisien a répondu favorablement à la demande que lui avait adressée la Rapporteuse spéciale d'effectuer une visite du 24 septembre au 1^{er} octobre 2018. La Rapporteuse spéciale remercie les Gouvernements irlandais et malaisien d'avoir accepté ces visites et espère tenir avec eux un dialogue constructif dans le cadre de la préparation de ces missions. Elle invite aussi le Gouvernement indien à proposer des dates pour une visite en 2019.

B. Autres activités

1. Conférences et échanges avec les parties prenantes³

4. Le 4 octobre 2017, la Rapporteuse spéciale a présidé une réunion concernant la violence à l'égard des enfants sur Internet à l'occasion du Congrès mondial consacré à la dignité de l'enfant dans le monde numérique, organisé par le Centre pour la protection de l'enfance de l'Université pontificale grégorienne à Rome.

5. Le 10 octobre 2017, la Rapporteuse spéciale et la Rapporteuse spéciale sur la traite des êtres humains, en particulier les femmes et les enfants, ont présenté leur rapport conjoint concernant la vulnérabilité des enfants face à la vente, à la traite et aux autres formes d'exploitation dans les situations de conflit et de crise humanitaire à l'Assemblée générale à sa soixante-douzième session⁴. Le 11 octobre 2017, la Rapporteuse spéciale a participé à une réunion-débat consacrée à la prévention de la violence à l'égard des enfants et aux moyens de faire porter les efforts sur la mise en œuvre de l'objectif 16.2 du Programme de développement durable à l'horizon 2030 et de suivre les progrès réalisés en la matière, qui était organisée par le Fonds des Nations Unies pour l'enfance (UNICEF), la Délégation de l'Union européenne et la Mission permanente de l'Uruguay auprès de l'ONU à New York.

¹ Voir A/HRC/37/60/Add.1.

² Voir www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=22416&LangID=E.

³ Au sujet des activités menées par la Rapporteuse spéciale entre février et juillet 2017, voir le document A/72/164.

⁴ Voir A/72/164.

2. Communications

6. Les résumés des six communications envoyées par la Rapporteuse spéciale au cours de la période considérée figurent dans les rapports sur les communications soumis par les titulaires de mandat au titre des procédures spéciales.

III. Étude sur la gestation pour autrui et la vente d'enfants

A. Objectif, champ de l'étude et méthode employée

7. Le mandat de la Rapporteuse spéciale sur la vente et l'exploitation sexuelle d'enfants, y compris la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants et autres contenus montrant des violences sexuelles sur enfant porte notamment sur les « questions se rapportant à la vente d'enfants »⁵. Dans ses deux derniers rapports, la Rapporteuse spéciale s'est employée à combler une « lacune » due à l'attention insuffisante qui avait été accordée aux questions allant au-delà de l'exploitation sexuelle des enfants⁶. Ainsi, le rapport que la Rapporteuse spéciale a présenté à l'Assemblée générale à sa soixante et onzième session était axé sur la vente d'enfants aux fins de travail forcé⁷, et le rapport qu'elle a présenté au Conseil des droits de l'homme à sa trente-quatrième session concernait les adoptions illégales⁸.

8. La présente étude porte sur une autre de ces lacunes, qui concerne la vente d'enfants dans le contexte de la gestation pour autrui. C'est la suite logique de l'étude consacrée aux adoptions illégales, dans laquelle la Rapporteuse spéciale avait déjà noté qu'« en raison du vide juridique qui persiste dans le droit international à l'égard des conventions de gestation pour autrui commerciale à caractère international, les enfants nés de cette manière sont exposés à des atteintes à leurs droits ; cette pratique est souvent assimilable à de la vente d'enfants »⁹. Le Comité des droits de l'enfant affirme régulièrement avec préoccupation que la gestation pour autrui pourrait conduire à la vente d'enfants ou relever de la vente d'enfants¹⁰.

9. La présente étude porte donc sur la question de savoir quand les conventions de gestation pour autrui relèvent de la vente d'enfants au regard du droit international des droits de l'homme et telle que définie dans 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. Elle passe en revue le vaste éventail de politiques relatives à la gestation pour autrui dans un contexte marqué par l'absence de normes internationales explicites et spécifiques. L'étude met en lumière l'existence de pratiques abusives tant dans les contextes non réglementés que dans les contextes réglementés. Visant à renforcer la légitimité et la viabilité de la norme fondamentale interdisant la vente d'enfants, l'étude contient une analyse et des recommandations portant sur la mise en œuvre de cette interdiction en ce qui concerne la gestation pour autrui.

10. La « gestation pour autrui » est une forme de pratique de procréation fondée sur le recours à une « tierce personne », dans le cadre de laquelle le(s) parent(s) d'intention et la mère porteuse conviennent que celle-ci sera inséminée, tombera enceinte et donnera naissance à un enfant. Dans les conventions de gestation pour autrui, il est généralement prévu ou escompté que la mère porteuse remettra juridiquement et physiquement l'enfant au(x) parent(s) d'intention sans conserver le statut de parent ni la responsabilité parentale¹¹. On recourt généralement à la gestation pour autrui dans le cadre des techniques de procréation

⁵ Voir la résolution 1990/68 de la Commission des droits de l'homme.

⁶ Voir A/71/261, par. 15.

⁷ Ibid., par. 16.

⁸ Voir A/HRC/34/55.

⁹ Ibid., par. 52.

¹⁰ Voir CRC/C/OPSC/USA/CO/2, par. 29 ; CRC/C/IND/CO/3-4, par. 57 d) ; CRC/C/MEX/CO/4-5, par. 69 b) ; CRC/C/OPSC/USA/CO/3-4, par. 24 ; et CRC/C/OPSC/ISR/CO/1, par. 28.

¹¹ Voir Conférence de La Haye de droit international privé (HCCH), « Rapport préliminaire sur les problèmes découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international » (mars 2012), à l'adresse <https://assets.hcch.net/docs/b4114840-8e21-4f34-b054-43fe4c01ab32.pdf>.

médicalement assistées telles que la fécondation in vitro et le transfert d'embryons aux fins d'une gestation pour autrui non génétique (ou complète) – la mère porteuse n'a pas de lien génétique avec l'enfant – et l'insémination artificielle aux fins d'une gestation pour autrui traditionnelle (ou partielle) – la mère porteuse est génétiquement liée à l'enfant. Des gamètes peuvent également être obtenues, dans le cadre d'un achat ou d'un « don », auprès d'autres parties qui ne sont ni le(s) parent(s) d'intention ni la mère porteuse et par conséquent le(s) parent(s) d'intention peuvent avoir un lien génétique avec l'enfant comme ils peuvent n'en avoir aucun¹².

11. L'analyse de la vente d'enfants qui figure dans le présent rapport englobe la gestation pour autrui à caractère national et à caractère international, la gestation pour autrui traditionnelle, la gestation pour autrui non génétique, ainsi que la gestation pour autrui commerciale et la gestation pour autrui altruiste. L'étude est axée sur l'interdiction de la vente d'enfants et sur les droits de l'enfant tels que définis dans les normes internationales ainsi que sur les problèmes de protection découlant des pratiques actuelles de gestation pour autrui. Les incidences de la gestation pour autrui sur les droits des femmes n'entrent pas dans le cadre de la présente étude, sauf pour les questions qui touchent à la fois les droits de l'enfant et les droits des femmes ou certaines violations flagrantes qui mettent en lumière les problèmes de réglementation ou d'application. La Rapporteuse spéciale fait sienne la position d'autres experts des droits de l'homme qui ont déclaré que la discrimination à l'égard des femmes par l'instrumentalisation de leur corps à des fins culturelles, politiques, économiques ou autres, y compris lorsque cette discrimination est ancrée dans le conservatisme patriarcal, ne pouvait pas être acceptée¹³. La Rapporteuse spéciale encourage les autres mécanismes des droits de l'homme et les organismes des Nations Unies à contribuer par de nouveaux travaux de recherche aux débats concernant la gestation pour autrui et ses incidences sur les droits de l'homme des femmes et des autres parties prenantes, afin d'élaborer des règles et des normes fondées sur les droits de l'homme et de prévenir les atteintes et les violations. Aucun élément du présent rapport ne saurait être interprété comme une restriction de l'autonomie des femmes en matière de prise de décisions ou comme une restriction des droits des femmes en matière de santé sexuelle et procréative.

12. L'étude a été enrichie par les contributions d'experts internationaux et d'organisations internationales compétentes. La Rapporteuse spéciale a organisé une réunion d'experts sur le thème de la gestation pour autrui le 1^{er} novembre 2017, à Genève. Elle a également participé à une réunion d'experts consacrée à la gestation pour autrui organisée par le Service social international en mai 2017 au Département de droit de l'Université de Vérone (Italie). La Rapporteuse spéciale tient tout particulièrement à remercier les membres du groupe d'experts restreint chargé du projet relatif à la gestation pour autrui du Service social international d'avoir contribué à la réalisation de l'étude. La Rapporteuse spéciale a tiré profit de l'étude des travaux du Comité des droits de l'enfant, du Conseil de l'Europe et de la Conférence de La Haye de droit international privé. Elle a également beaucoup appris lors des missions qu'elle a effectuées dans différents pays.

B. Problèmes pressants

13. Le recours à la gestation pour autrui en tant que pratique de procréation est de plus en plus fréquent. En effet, tandis que les adoptions internationales sont de moins en moins nombreuses et de plus en plus encadrées par des normes internationales, le nombre de conventions de gestation pour autrui à caractère international a rapidement augmenté en l'absence de normes internationales¹⁴. C'est pourquoi, tout comme l'adoption internationale dans les années 1980 et 1990, la gestation pour autrui est devenu un sujet de préoccupation en tant que système fondé sur la demande qui pourrait compromettre les droits des enfants¹⁵.

¹² Ibid. Il s'agirait également de gestation pour autrui traditionnelle si l'on utilisait l'ovule de la mère porteuse pour réaliser la fécondation in vitro et le transfert d'embryons.

¹³ Voir A/HRC/32/44, par. 106 a).

¹⁴ Voir Katarina Trimmings et Paul Beaumont (dir. publ.), *International Surrogacy Arrangements* (2013), p. 439, 441 et 442.

¹⁵ Voir J. H. A. van Loon, « Report on intercountry adoption », document préliminaire n° 1, sect. E, p. 51 à 55, à l'adresse https://assets.hcch.net/upload/adoption_rpt1990vloon.pdf ; cf. HCCH,

Il existe également un « malaise » et des préoccupations quant au fait que « le recrutement de mères porteuses dans des États dont l'économie est émergente pour porter les enfants de parents d'intention plus riches originaires d'autres États revêt des dimensions comparables à celles qui ont été examinées dans les rapports préparatoires sur l'adoption internationale »¹⁶.

14. Dans les conventions de gestation pour autrui à caractère international, on retrouve différents cas de figure. Dans la plupart des cas, des parents d'intention habitant dans un pays développé comme l'Allemagne, l'Australie, le Canada, l'Espagne, les États-Unis d'Amérique, la France, Israël, l'Italie, la Norvège ou le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, font appel à une mère porteuse vivant dans un pays en développement comme le Cambodge, l'Inde, la République démocratique populaire lao, le Népal ou la Thaïlande¹⁷. Toutefois, la Californie et d'autres États des États-Unis d'Amérique sont des lieux où se concluent des conventions de gestation pour autrui commerciales à caractère international, tout comme la Fédération de Russie, la Géorgie ou l'Ukraine, ce qui crée un ensemble différent de relations transfrontalières¹⁸. En outre, il est fréquent que des parents d'intention chinois recourent à la gestation pour autrui commerciale en Asie du Sud-Est et aux États-Unis¹⁹. Toutes ces situations suscitent des inquiétudes concernant les droits de l'homme.

15. Les dispositions législatives nationales régissant la gestation pour autrui vont de l'interdiction à la permissivité. Elles varient selon les pays et parfois au sein d'un même pays, la gestation pour autrui étant parfois essentiellement régie par la législation locale (comme en Australie, aux États-Unis et au Mexique)²⁰. Les pays dotés des législations les plus prohibitives, comme l'Allemagne et la France, interdisent toutes les formes de gestation pour autrui, y compris les formes commerciale, altruiste, traditionnelle et non génétique²¹. La plupart des pays dotés de lois régissant la gestation pour autrui, dont l'Afrique du Sud, l'Australie, la Grèce, la Nouvelle-Zélande et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, interdisent la gestation pour autrui « commerciale », « à but lucratif » ou « rémunérée » et autorisent, de manière explicite ou implicite, la gestation pour autrui « altruiste »²². Seule une poignée d'États autorise explicitement les parents d'intention locaux et étrangers à recourir à la gestation pour autrui commerciale ; ces États choisissent donc de devenir des pôles pour la gestation pour autrui commerciale sur les plans tant national qu'international²³. Le Cambodge, l'Inde, le Népal et la Thaïlande, ainsi que l'État mexicain de Tabasco, sont des exemples d'États ou de territoires qui, après avoir été des pôles pour les conventions de gestation pour autrui commerciale à caractère international, ont récemment

« Rapport préliminaire sur les problèmes découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international » ; et voir Juge fédéral en chef Pascoe (Australie), « Intercountry surrogacy – a new form of trafficking? », à l'adresse www.austlii.edu.au/au/journals/FedJSchol/2012/15.pdf ; et Chantal Saclier (Service social international), « Children and adoption: which rights and whose? », UNICEF, *Innocenti Digest 4: Intercountry Adoption*, p. 12 et 13.

¹⁶ Voir HCCH, « Rapport préliminaire sur les problèmes découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international », par. 5 et note n° 28.

¹⁷ Voir Trimmings et Beaumont, p. 472.

¹⁸ *Ibid.*, p. 311 à 324, 357 à 366 et 464 à 469. Voir aussi HCCH, « Rapport préliminaire sur les problèmes découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international », note n° 94 ; et HCCH, « Étude sur la filiation juridique et questions découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international » (mars 2014), par. 130, à l'adresse <https://assets.hcch.net/docs/bb90cfd2-a66a-4fe4-a05b-55f33b009cfc.pdf> ; et *Re D (A Child)* (Surrogacy) [2014] EWHC 2121 (Fam) (Géorgie).

¹⁹ Voir les notes n° 22 à 24 *infra*.

²⁰ Voir Trimmings et Beaumont, p. 25, 256 et 257 ; et Courtney Joslin (journaliste), Uniform Parentage Act Drafting Committee (8 février 2016), p. 3 à 6, à l'adresse : www.uniformlaws.org/shared/docs/parentage/2016feb8_AUPA_Memo_Revision%20Drafting%20Committee%20Surrogacy.pdf.

²¹ Voir Trimmings et Beaumont, p. 119 à 142.

²² *Ibid.*, p. 454 ; HCCH, « Rapport préliminaire sur les problèmes découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international », par. 18 ; et Juge fédéral en chef Pascoe (Australie), Third Annual Legalwise International Family Law Conference, Shanghai, Chine, 17-20 septembre 2014, à l'adresse : www.federalcircuitcourt.gov.au/wps/wcm/connect/fccweb/reports-and-publications/speeches-conference-papers/2014/paper-pascoe-international-commercial-surrogacy.

²³ Voir Juge fédéral en chef Pascoe (Australie), Third Annual Legalwise International Family Law Conference ; et Trimmings et Beaumont, p. 443 à 454.

pris des mesures pour interdire ou limiter ces conventions, généralement pour lutter contre les pratiques abusives²⁴. Néanmoins, cela fait longtemps que la Fédération de Russie, la Géorgie et l'Ukraine, ainsi que certains États des États-Unis d'Amérique, ont choisi de rester des lieux où il est possible de conclure des conventions de gestation pour autrui à caractère international²⁵.

16. La question de la gestation pour autrui peut faire l'objet de lois détaillées comme elle peut n'être absolument pas réglementée²⁶. Bien que la pratique de la gestation pour autrui ne soit pas nouvelle²⁷, les pratiques actuelles sont liées à l'essor des techniques de procréation médicalement assistées qui, si elles offrent de nouvelles possibilités en matière de procréation, créent également de nouveaux dilemmes juridiques et éthiques. C'est pourquoi on dit souvent qu'il est difficile de faire progresser la loi au même rythme que les technologies et les pratiques²⁸. À ce jour, de nombreux pays, comme l'Argentine, la Belgique, le Guatemala, l'Irlande et le Japon, ainsi que nombre d'États des États-Unis, ne se sont dotés d'aucune législation relative à la gestation pour autrui, qui n'est donc ni autorisée, ni interdite ce qui fait que les tribunaux et les autorités compétentes doivent apporter leur propre réponse au développement de cette pratique²⁹. En l'absence de lois portant spécifiquement sur la gestation pour autrui, les conventions de gestation pour autrui sont souvent conclues sur le fondement des lois en vigueur relatives à la filiation, au retrait des droits parentaux et à l'adoption³⁰. Dans les pays qui ont légiféré de manière plus explicite en matière de gestation pour autrui, les lois adoptées présentent différents degrés d'exhaustivité et de clarté. L'absence de lois claires et exhaustives concernant la gestation pour autrui peut favoriser le développement de la gestation pour autrui commerciale non réglementée, accompagnée de pratiques d'exploitation³¹.

17. Il est fréquent que des parents d'intention qui vivent dans un pays qui interdit la gestation pour autrui commerciale, comme l'Australie, la France ou l'Italie, se rendent dans un pays qui autorise cette pratique, puis cherchent à retourner dans leur pays d'origine avec l'enfant né d'une mère porteuse. En se rendant dans un autre pays, ils contournent intentionnellement des lois prohibitives, ce qui crée des problèmes pour les pays concernés³². Les autorités compétentes et les tribunaux doivent souvent valider après coup des

²⁴ Voir « An update on the work of the Hague Conference on Private International Law », *Mededelingen van de Koninklijke Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht*, N° 144 (2017) ; et Audrey Wilson, « How Asia's surrogate mothers became a cross-border business », *South China Morning Post*, à l'adresse : www.scmp.com/week-asia/society/article/2096675/how-asias-surrogate-mothers-became-cross-border-business.

²⁵ Voir Trimmings et Beaumont, p. 357 à 365 et 443. Concernant la Géorgie, voir HCCH, « Rapport préliminaire sur les problèmes découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international », note n° 94 ; HCCH, « Étude sur la filiation juridique et questions découlant des conventions de maternité de substitution », par. 130 ; et *Re D (A Child) (Surrogacy)* [2014] EWHC 2121 (Fam).

²⁶ Voir Trimmings et Beaumont, p. 443 à 454.

²⁷ Voir David Smolin, « Surrogacy as the sale of children », *Pepperdine Law Review*, vol. 43 (2016), p. 265 et 289 à 302, à l'adresse https://works.bepress.com/david_smolin/19/.

²⁸ Voir, par exemple, Juge fédéral en chef Pascoe, « The rise of surrogate parenting », twenty-fourth Law Asia Conference, Seoul, République de Corée, 10 octobre 2011, sect. 6 (citation de Justice Benjamin), à l'adresse www.federalcircuitcourt.gov.au/wps/wcm/connect/fccweb/reports-and-publications/speeches-conference-papers/2011/speech-pascoe-lawasia-2011.

²⁹ Voir Trimmings et Beaumont, p. 5 à 24, 49 à 83, 167 à 174, 219 à 230, 247 à 253 et 391 ; et Parlement européen, « Le régime applicable à la maternité de substitution au sein des États membres de l'UE » (2013), p. 206, à l'adresse [www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL-JURI_ET\(2013\)474403](http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL-JURI_ET(2013)474403).

³⁰ Ibid.

³¹ Voir les sources citées dans la note n° 10 *supra* ; ainsi que Trimmings et Beaumont, p. 442 ; et HCCH, « Rapport préliminaire sur les problèmes découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international ».

³² Voir HCCH, « Rapport préliminaire sur les problèmes découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international », par. 25, 28, 31 et 32 ; et Cour européenne des droits de l'homme – *Menesson c. France*, Requête n° 65192/11, arrêt du 26 juin 2014 ; *Labassee c. France*, Requête n° 65941/11, arrêt du 26 juin 2014 ; et *Paradiso et Campanelli c. Italie*, Requête n° 25358/12, arrêt rendu par la Grande Chambre le 24 janvier 2017.

conventions de gestation pour autrui à caractère international qui sont illégales dans l'un des pays ou dans les deux pays³³. La nécessité impérieuse de protéger les droits des enfants nés d'une mère porteuse complique le problème³⁴, tout comme la compassion que l'on ressent à l'égard des parents d'intention et de leur souhait de fonder une famille. Les inquiétudes relatives à la situation des mères porteuses, surtout de celles qui sont particulièrement exposées à l'exploitation en raison de leur pauvreté, de leur impuissance, de leur manque d'instruction et de formes multiples de discrimination, accentuent les dilemmes auxquels les États font face³⁵.

18. Les réseaux de gestation pour autrui commerciale à caractère international passent rapidement d'un territoire à un autre à mesure que les lois évoluent. En effet, il arrive parfois que la fécondation in vitro et le transfert d'embryons soient effectués dans un État, que la mère porteuse soit ensuite conduite dans un deuxième État pour y accoucher et que le(s) parent(s) d'intention viennent d'un troisième État³⁶. La nécessité d'élaborer et de mettre en œuvre des normes internationales est donc évidente.

19. Ces dilemmes non réglés font naître chez les États et dans la communauté internationale de vives inquiétudes. Certains États s'inquiètent avant tout des problèmes qui se posent lorsque le recours à la gestation pour autrui à caractère international vise à contourner les interdictions nationales et des effets que ces situations ont sur les droits de l'homme. D'autres États sont principalement préoccupés par les pratiques abusives qui peuvent avoir cours du fait de l'absence de législation applicable au niveau international et/ou national. Aussi est-il nécessaire de mettre en place des cadres législatifs internationaux et nationaux qui régissent clairement la gestation pour autrui³⁷.

20. Certains recommandent que la gestation pour autrui, tant altruiste que commerciale, soit légalisée et réglementée. En légalisant cette pratique et en lui donnant un cadre réglementaire, on peut espérer protéger les droits, la dignité et les intérêts de toutes les parties et empêcher tout préjudice et toute violation découlant de pratiques de gestation pour autrui clandestines ou non réglementées. D'autres plaident en faveur de l'interdiction de toutes les formes de gestation pour autrui, en raison de préoccupations relatives à la dignité humaine ou au motif que cette pratique relève par définition de l'exploitation ou qu'elle s'apparente habituellement à de l'exploitation du fait des déséquilibres dans les rapports de force. Il ressort des législations et pratiques nationales que la solution la plus fréquemment choisie consiste à interdire la gestation pour autrui commerciale tout en autorisant la gestation pour autrui altruiste, en partant du principe que la gestation pour autrui commerciale tend habituellement à réduire les enfants au statut de marchandises et à exploiter les mères porteuses³⁸. Le fait que le Conseil de l'Europe n'ait pas été en mesure de prendre position à cet égard illustre bien l'ampleur du conflit, une écrasante majorité étant favorable à l'interdiction de la gestation pour autrui commerciale ou à l'interdiction de toute forme de gestation pour autrui mais, au bout du compte, aucune position n'a été adoptée en raison de ces divergences d'opinions³⁹.

21. Même si l'on parvenait à un accord sur les différentes solutions possibles concernant l'interdiction, la question de la réglementation « appropriée » reste source de dissensions. Il existe des désaccords fondamentaux sur les questions de réglementation de base – notamment en ce qui concerne la détermination de la filiation, la nécessité de procéder à la détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant, la réglementation des aspects financiers de

³³ Voir HCCH, « Étude sur la filiation juridique et questions découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international », par. 215.

³⁴ Voir *Re X and Y* (Foreign Surrogacy) [2008] EWHC 3030 (Fam), par. 22, Juge Hedley.

³⁵ Voir HCCH, « Rapport préliminaire sur les problèmes découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international ».

³⁶ Voir Audrey Wilson, « How Asia's surrogate mothers became a cross-border business ».

³⁷ Voir HCCH – « Rapport préliminaire sur les problèmes découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international » et « Étude sur la filiation juridique et questions découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international ».

³⁸ Voir HCCH, « Rapport préliminaire sur les problèmes découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international », par. 18 ; voir également la référence indiquée dans la note n° 22 *supra*, concernant le juge Pascoe (2014).

³⁹ Voir « An update on the work of the Hague Conference », p. 102 et 103 et notes n°s 32 et 33.

la gestation pour autrui, le statut des « mères porteuses », ou même la terminologie, la mise en œuvre du droit à l'identité et du droit d'accès aux origines, l'examen de l'aptitude des parents d'intention à prendre en charge un enfant, l'importance des liens génétiques ainsi que le rôle des contrats et des tribunaux. Ainsi, même ceux qui sont en faveur de la légalisation et de la réglementation de la gestation pour autrui peuvent être en profond désaccord lorsqu'il est question de définir les formes de réglementation appropriées⁴⁰.

22. Face à cette polémique, la présente étude propose des dispositions protectrices fondées sur un principe simple : tous les États sont tenus d'interdire la vente d'enfants et de mettre en place des garanties visant à prévenir de tels actes. Si l'obligation d'interdire et de prévenir la vente d'enfants n'apporte pas de réponses à tous les débats de politique générale sur la question de la gestation pour autrui, elle permet en revanche de restreindre l'éventail des approches admissibles.

23. L'accent mis sur l'interdiction de la vente d'enfants permet d'éviter le risque que les États et la communauté internationale tentent de légaliser et de normaliser la vente d'enfants et d'autres violations des droits de l'homme dans le cadre de la réglementation de la gestation pour autrui. Entre la demande de législation visant à régir cette question, la demande d'enfants et l'influence d'un secteur de la gestation pour autrui prospère et en pleine croissance, il y a un risque que la loi adoptée porte atteinte à des droits fondamentaux. La demande tendant à ce que les ordonnances de filiation émanant d'une autorité nationale soient reconnues partout dans le monde, sans les restrictions appropriées et sans prise en compte des préoccupations relatives aux droits de l'homme présente le risque qu'une minorité d'États ayant une approche permissive de la gestation pour autrui commerciale et dont la réglementation ne protège pas les droits des parties vulnérables contre l'exploitation puisse normaliser dans le monde entier des pratiques qui constituent des violations des droits de l'homme⁴¹.

24. La gestation pour autrui, en particulier la gestation pour autrui commerciale, donne souvent lieu à des pratiques abusives. En outre, elle remet directement en question la légitimité de normes relatives aux droits de l'homme, certains des régimes juridiques applicables à la gestation pour autrui visant à légaliser des pratiques contraires à l'interdiction internationale de la vente d'enfants ainsi qu'à d'autres normes relatives aux droits de l'homme. De plus, nombre des arguments en faveur des régimes juridiques relatifs à la gestation pour autrui commerciale pourraient, s'ils étaient acceptés, légitimer des pratiques appliquées dans d'autres domaines, notamment celui de l'adoption, et qui sont considérées comme illicites. Ainsi, s'il était accepté, que ce soit dans le cadre du droit international ou des législations nationales ou dans le cadre de principes de reconnaissance, ce type de régime juridique porterait atteinte aux normes et règles établies en matière de droits de l'homme.

25. La communauté internationale ne peut pas renoncer aux avancées accomplies dans l'élaboration de normes et de règles relatives aux droits de l'enfant, y compris dans le domaine de l'adoption. Au cours des décennies précédentes, la communauté internationale a fait face à des systèmes d'adoption qui visaient à satisfaire les demandes d'adultes désirant un enfant, qui étaient mus par des intérêts commerciaux et financiers et qui, dans la pratique, exploitaient la vulnérabilité des parents biologiques⁴². En réponse à cette situation, la communauté internationale a insisté sur le fait que l'intérêt supérieur de l'enfant était une « considération primordiale » dans le cadre d'une adoption⁴³, a défini des normes exigeant

⁴⁰ Voir HCCH, « Rapport préliminaire sur les problèmes découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international » et « Étude sur la filiation juridique et questions découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international » ; cf. rapport de l'American Bar Association (voir *infra*).

⁴¹ Cf. American Bar Association, rapport et résolution 112B, consultable à l'adresse : https://www.americanbar.org/%20content/dam/aba/uncategorized/family/Hague_Consideration.authcheckdam.pdf.

⁴² Voir, par exemple, Saclier, « Children and adoption », p. 12 et 13 ; et van Loon, « Report on intercountry adoption ».

⁴³ Voir Convention relative aux droits de l'enfant, art. 21.

que les aspects financiers de l'adoption internationale soient strictement réglementés⁴⁴, s'est efforcée de protéger les familles biologiques vulnérables et a refusé de reconnaître aux futurs parents adoptifs un quelconque droit à l'enfant⁴⁵. Si la mise en œuvre de ces normes en matière d'adoption a été difficile, des progrès considérables ont été accomplis en ce qui concerne l'établissement de normes et le suivi et le respect de celles-ci⁴⁶.

26. Cela étant, le secteur de la gestation pour autrui commerciale et ses partisans ont insisté pour que les types de régimes rejetés par la communauté internationale dans le domaine de l'adoption soient acceptés en ce qui concerne les systèmes de gestation pour autrui. Ils insistent donc pour que la gestation pour autrui commerciale soit mondialement acceptée en tant que système fondé sur le marché conçu essentiellement pour répondre à la demande d'adultes désireux de devenir parents et dans le cadre duquel la filiation est déterminée principalement de manière contractuelle. Par exemple, l'American Bar Association, qui représente plus de 400 000 avocats⁴⁷, plaide en faveur de la gestation pour autrui commerciale à caractère national et à caractère international⁴⁸. La position de cette association est importante sur le plan international en ce sens qu'elle est favorable à l'établissement de conventions de gestation pour autrui commerciale à caractère international et à l'intervention d'intermédiaires exerçant dans le monde entier.

27. L'American Bar Association souligne qu'il est indéniable que le fait de pouvoir commander un enfant au moyen de la gestation pour autrui – contre rémunération – constitue un marché⁴⁹. Elle vante les mérites de ce « marché » et note que « les mécanismes fondés sur le marché ont favorisé le fonctionnement efficace de la gestation pour autrui à caractère international »⁵⁰. L'American Bar Association s'oppose à l'application des normes relatives à l'intérêt supérieur de l'enfant dans le domaine de la gestation pour autrui⁵¹ et rejette la plupart des formes d'examen et d'évaluation de l'aptitude des parents d'intention à s'occuper d'un enfant⁵², le plafonnement de l'indemnisation destinée aux mères porteuse et aux donneurs de gamètes⁵³, les prescriptions en matière de licence applicables aux agences de gestation pour autrui⁵⁴, le droit d'accès aux informations relatives à l'enregistrement des naissances et aux origines⁵⁵, la Convention de La Haye de 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale en tant que « modèle pour les conventions de gestation pour autrui »⁵⁶, ainsi que les traités bilatéraux sur la gestation pour autrui⁵⁷. L'American Bar Association estime qu'il n'est pas judicieux de s'efforcer de réglementer le marché international de la gestation pour autrui⁵⁸. De fait, l'association recommande instamment que les instruments internationaux relatifs à la gestation pour autrui ne tiennent pas compte des préoccupations relatives aux droits de l'homme⁵⁹ ; par conséquent, elle refuse toute réglementation du secteur de la gestation pour autrui visant à faire reculer les violations des droits de l'homme⁶⁰. Si cette position était approuvée, les

⁴⁴ Ibid., art. 21 d) ; Convention de La Haye de 1993, art. 4 (al. c) 3)), 8 et 32 ; et HCCH, « Note sur les aspects financiers de l'adoption internationale » (2014), consultable à l'adresse : <https://www.hcch.net/fr/publications-and-studies/details4/?pid=6310>.

⁴⁵ Voir Convention de La Haye de 1993, art. 4 ; et Saclier, « Children and adoption », p. 12 et 13.

⁴⁶ Voir Convention relative aux droits de l'enfant, art. 20 et 21 ; Convention de La Haye de 1993 ; et A/HRC/34/55.

⁴⁷ Voir https://www.americanbar.org/about_the_aba.html.

⁴⁸ Voir le rapport et la résolution de l'American Bar Association. Il convient de noter que l'association ne représente pas le Gouvernement des États-Unis d'Amérique et qu'il existe aux États-Unis à la fois des États qui tolèrent ces pratiques et d'autres qui les interdisent. Voir Joslin, note n° 7.

⁴⁹ Rapport de l'American Bar Association, p. 9.

⁵⁰ Ibid., p. 11.

⁵¹ Ibid., p. 15 et 16.

⁵² Ibid., p. 4, 17 et 18.

⁵³ Ibid., p. 20 et 21.

⁵⁴ Ibid., p. 20.

⁵⁵ Ibid., p. 21 et 22.

⁵⁶ Ibid., p. 15.

⁵⁷ Ibid., p. 4 et 5.

⁵⁸ Ibid., p. 14.

⁵⁹ Ibid., p. 1.

⁶⁰ Ibid., p. 7.

progrès accomplis en matière d'élaboration de normes et de règles relatives aux droits de l'enfant dans le domaine de l'adoption seraient anéantis et on assisterait à l'apparition d'une nouvelle génération de violations des droits de l'homme.

28. Il existe des différences notables entre l'adoption et la gestation pour autrui et toutes les règles applicables à l'adoption ne s'appliquent pas à la gestation pour autrui. Néanmoins, certains principes relatifs aux droits de l'homme s'appliquent à l'une et à l'autre, y compris l'interdiction de la vente d'enfants⁶¹, l'intérêt supérieur de l'enfant en tant que considération primordiale⁶², l'absence de droit à un enfant⁶³, la réglementation des transactions financières et l'application de restrictions strictes à cet égard⁶⁴, le droit à l'identité et à l'accès aux origines⁶⁵ et la mise en place de mesures de protection contre l'exploitation⁶⁶. Le présent rapport met l'accent sur la nécessité de conserver ces normes relatives aux droits de l'homme face aux pressions créées par la pratique à grande échelle d'une forme contractuelle de gestation pour autrui commerciale fondée sur le marché.

C. Pratiques abusives dans les systèmes de gestation pour autrui

29. Les pratiques abusives qui ont lieu dans le cadre de la gestation pour autrui sont bien connues. On peut citer à titre d'exemple la condamnation de délinquants sexuels australiens et israéliens qui employaient des mères porteuses en Inde et en Thaïlande⁶⁷, le cas d'un Japonais fortuné qui employait 11 mères porteuses, lesquelles ont donné naissance à 16 nourrissons en Thaïlande et en Inde⁶⁸, l'abandon en Thaïlande d'un nourrisson handicapé issu de la gestation pour autrui⁶⁹ et l'abandon ou la vente en Inde des « excédents » issus de la gestation pour autrui, dans des cas de naissance de jumeaux⁷⁰. Des réseaux de gestation pour autrui commerciale procèdent au transfert à l'étranger de mères porteuses, parfois durant la grossesse, pour échapper aux lois nationales ; dans l'un de ces cas, 15 Vietnamiennes ont été retrouvées et libérées par les autorités thaïlandaises, ce qui a donné lieu à des poursuites pour traite d'êtres humains dans le contexte d'un système d'« usine à bébés »⁷¹.

30. Nombre de ces violations sont commises dans des contextes non réglementés, souvent dans des cas où des parents d'intention venant de pays occidentaux font appel à des intermédiaires à but lucratif pour conclure un contrat avec des mères porteuses vulnérables dans des pays en développement⁷². Cependant, on recense également des pratiques abusives

⁶¹ Voir Convention relative aux droits de l'enfant, art. 35 ; et 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.

⁶² Voir Convention relative aux droits de l'enfant, art. 3 et 21.

⁶³ Saclier, « Children and adoption », p. 12 et 13 ; et Van Bueren, *The International Law on the Rights of the Child* (1995).

⁶⁴ Voir Convention relative aux droits de l'enfant, art. 21 d) ; Convention de La Haye de 1993, art. 4 (al. c) 3)), 8 et 32 ; et HCCH, « Note sur les aspects financiers de l'adoption internationale ».

⁶⁵ Voir Convention relative aux droits de l'enfant, art. 7, 8 et 9.

⁶⁶ Ibid., art. 35 ; 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 ; et 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 (2000).

⁶⁷ Voir, par exemple, www.geneticsandsociety.org/article.php?id=6933 ; www.abc.net.au/news/2014-08-06/baby-gammys-father-convicted-on-more-than-20-child-sex-charges/5653502 ; et [2016] FCWA 17, disponible à l'adresse : www.familycourt.wa.gov.au/_files/Publications/2016FCWA17anon.pdf.

⁶⁸ Voir Samantha Hawley, « Japanese man fathers 16th baby via surrogate in Thailand » (9 septembre 2014) à l'adresse : www.abc.net.au/news/2014-09-10/japanese-surrogacy-man-has-another-baby/5732856.

⁶⁹ Voir [2016] FCWA 17 (note n° 67 *supra*).

⁷⁰ Voir, par exemple, www.bionews.org.uk/page_460525.asp et <http://nymag.com/thecut/2015/03/dark-side-of-international-surrogacy.html>.

⁷¹ Voir <https://www.pri.org/stories/2011-03-18/underworld-upending-asian-baby-farm> et www.scmp.com/week-asia/society/article/2096675/how-asias-surrogate-mothers-became-cross-border-business.

⁷² Voir les sources citées dans les notes n° 67 à 71 *supra*.

dans des pays où la gestation pour autrui commerciale est censée être bien réglementée. Par exemple, deux éminents avocats spécialisés dans la gestation pour autrui ont été condamnés au pénal pour participation à un réseau de vente de bébés en Californie, pôle pour la gestation pour autrui à caractère international⁷³. Selon les autorités gouvernementales, une avocate de renom spécialisée dans la gestation pour autrui a reconnu qu'elle-même et ses complices avaient utilisé des mères porteuses afin de créer une réserve de bébés à naître qu'ils vendaient à plus de 100 000 dollars des États-Unis d'Amérique chacun⁷⁴. L'avocate condamnée a déclaré aux médias locaux qu'en matière de pratiques abusives, elle n'était que la « partie visible de l'iceberg » et que l'on avait affaire à un secteur corrompu qui rapportait des milliards de dollars⁷⁵.

31. Une autre affaire jugée en Californie, *Cook v. Harding*⁷⁶, met en évidence des omissions intentionnelles dans la réglementation des États où la gestation pour autrui commerciale est réglementée : « La loi n'impose aucune condition quant à savoir qui peut servir de mère porteuse (en dehors de l'obligation de n'avoir aucun lien génétique avec les fœtus) ou qui peut faire appel aux services d'une mère porteuse gestationnelle ; aucun niveau minimal de revenu, d'intelligence, d'âge ou d'aptitude n'est exigé, que ce soit de la mère porteuse ou des parents d'intention. »⁷⁷.

32. Dans l'affaire Cook, l'agence de gestation pour autrui a choisi une mère de substitution de 47 ans pour un père d'intention célibataire âgé de 50 ans. Trois embryons ont été transférés, entraînant une grossesse de triplés. Les parties sont entrées en conflit lorsque le père d'intention a refusé de prendre en charge le coût de cette grossesse à haut risque et a exigé que l'on procède à une réduction embryonnaire. Le contrat de gestation pour autrui comportait une disposition que l'on retrouve souvent dans ce type de contrat selon laquelle toute décision relative à une réduction embryonnaire était du ressort du parent d'intention. La mère porteuse a refusé de se soumettre à une telle procédure⁷⁸. Par conséquent, l'avocat de C. M. a informé M^{me} Cook par écrit qu'en s'opposant à la réduction embryonnaire, elle ne respectait pas les conditions du contrat et qu'elle était redevable de dommages et intérêts⁷⁹. Il est également dit que les mères porteuses qui refusent de se soumettre à une réduction embryonnaire sont tenues de verser une indemnisation pécuniaire, notamment « le coût du traitement médical (concernant) ... l'enfant issu de la gestation pour autrui »⁸⁰.

33. Ainsi, dans certains États, la réglementation de la gestation pour autrui est destinée à faire respecter les contrats, à obtenir des enfants pour les parents d'intention, à préserver les bénéfiques du secteur et à écarter sciemment la plupart des mesures visant à protéger les enfants ou les mères porteuses. Ce type de modèles contractuels donne lieu à des pratiques abusives systémiques. De fait, ces régimes juridiques reposant sur les contrats conduisent à la vente d'enfants car ils prévoient des modes de détermination prénatale contractuelle de la filiation qui peuvent, comme le Comité des droits de l'enfant s'en est inquiété, déboucher sur la vente d'enfants⁸¹.

⁷³ Smolin, « Surrogacy as sale of children », p. 328 à 330.

⁷⁴ Federal Bureau of Investigation, « Baby-selling ring busted ». Consultable à l'adresse : <https://archives.fbi.gov/archives/sandiego/press-releases/2011/baby-selling-ring-busted>.

⁷⁵ Rory Devine et R. Stickney, « Convicted surrogacy attorney ». Consultable à l'adresse : www.nbcsandiego.com/news/local/Theresa-Erickson-Surrogacy-Abuse-Selling-Babies-140942313.html.

⁷⁶ Voir <https://www.scribd.com/document/315077548/Cook-v-Harding-Dismissal-Order>.

⁷⁷ Ibid., p. 6.

⁷⁸ Voir <https://www.scribd.com/document/315077548/Cook-v-Harding-Dismissal-Order> ; et Dov Fox, « Surrogacy contracts, abortion conditions, and parenting licenses », disponible sur : <http://blogs.harvard.edu/billofhealth/2016/06/07/surrogacy-contracts-abortion-conditions-and-parenting-licenses-in-the-curious-case-of-cook-v-harding/>.

⁷⁹ Voir <https://www.scribd.com/document/315077548/Cook-v-Harding-Dismissal-Order>, p. 8.

⁸⁰ Dov Fox, « Surrogacy contracts, abortion conditions, and parenting licenses ».

⁸¹ Voir CRC/C/OPSC/USA/CO/2, par. 29 ; CRC/C/IND/CO/3-4, par. 57 d) ; CRC/C/MEX/CO/4-5, par. 69 b) ; CRC/C/OPSC/USA/CO/3-4, par. 24 ; et CRC/C/OPSC/ISR/CO/1, par. 28.

D. Cadre juridique international

34. L'article 35 de la Convention relative aux droits de l'enfant dispose que « [l]es États Parties prennent toutes les mesures appropriées sur les plans national, bilatéral et multilatéral pour empêcher l'enlèvement, la vente ou la traite d'enfants à quelque fin que ce soit et sous quelque forme que ce soit ». L'expression « à quelque fin que ce soit ou sous quelque forme que ce soit » est importante et la gestation pour autrui n'échappe pas aux interdictions énoncées dans cet article. Aucune famille ne saurait être fondée au moyen de « l'enlèvement, [de] la vente ou [de] la traite d'enfants ».

35. L'interdiction de la vente d'enfants est clairement énoncée à l'article premier du 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. La vente d'enfants est définie à l'alinéa a) de l'article 2 du Protocole facultatif en ces termes « tout acte ou toute transaction faisant intervenir le transfert d'un enfant de toute personne ou tout groupe de personnes à une autre personne ou un autre groupe contre rémunération ou tout autre avantage ». La Convention et son Protocole facultatif concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants partent du principe que la vente d'enfants est un préjudice grave et qu'elle constitue en soi une violation des droits de l'homme, sans qu'il soit nécessaire d'apporter la preuve d'autres violations de droits reconnus par la Convention, telle que l'exploitation sexuelle ou l'exploitation par le travail⁸².

36. La Convention de La Haye de 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale confirme que les interdictions énoncées à l'article 35 de la Convention relative aux droits de l'enfant et à l'article premier du 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 s'appliquent aux méthodes permettant de fonder une famille (telles que l'adoption internationale), en disposant à l'article premier ce qui suit : « [l]a présente Convention a pour objet [...] d'instaurer un système de coopération entre les États contractants pour assurer le respect de ces garanties et prévenir ainsi l'enlèvement, la vente ou la traite d'enfants ».

37. La Convention relative aux droits de l'enfant présume l'existence d'une diversité acceptable de politiques nationales concernant l'adoption tant nationale qu'internationale. Certains États considèrent que l'adoption nationale ou internationale est une méthode positive de fondation d'une famille, tandis que d'autres ne prévoient dans leur droit interne aucune disposition relative à l'une de ces formes d'adoption ou aux deux⁸³. Il est clairement indiqué dans la Convention de La Haye de 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale qu'indépendamment de ces différences d'orientation, les États doivent mettre en place des garanties pour empêcher que l'enlèvement, la vente ou la traite d'enfants soient un moyen de fonder une famille. Ce principe s'applique également à la gestation pour autrui. À cet égard, le Comité des droits de l'enfant affirme constamment, à l'occasion de l'examen des États concernés par la gestation pour autrui, qu'en l'absence d'une réglementation appropriée, la gestation pour autrui peut relever de la vente d'enfants⁸⁴. Par conséquent, les États doivent, quels que soient leurs points de vue sur la gestation pour autrui, interdire l'enlèvement, la vente ou la traite d'enfants dans le cadre de la gestation pour autrui et mettre en place des garanties visant à prévenir de tels actes.

⁸² John W. Tobin, « To prohibit or permit: what is the (human) rights response to the practice of international commercial surrogacy? », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 63, n° 2 (2014), University of Melbourne Legal Studies research paper n° 689, p. 18 à 21 et 24 à 27, consultable à l'adresse : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2476751.

⁸³ Voir Convention de La Haye de 1993, art. 21 ; et *Child Adoption: Trends and Policies*, Publication des Nations Unies, consultable à l'adresse : www.un.org/esa/population/publications/adoption2010/child_adoption.pdf.

⁸⁴ Voir CRC/C/OPSC/USA/CO/2, par. 29 ; CRC/C/IND/CO/3-4, par. 57 d) ; CRC/C/MEX/CO/4-5, par. 69 b) ; CRC/C/OPSC/USA/CO/3-4, par. 24 ; et CRC/C/OPSC/ISR/CO/1, par. 28.

E. Définition de la gestation pour autrui commerciale

38. La gestation pour autrui commerciale, également connue sous le nom de gestation « à but lucratif » ou « rémunérée », se définit notamment par le caractère contractuel et transactionnel (et non gratuit) de la relation qui lie les parents d'intention et la mère porteuse. Par conséquent, il est question de gestation pour autrui commerciale dès lors que la mère porteuse accepte de fournir des services de gestation et/ou consent au transfert juridique et physique de l'enfant en échange d'une rémunération ou d'autres avantages.

39. La gestation pour autrui commerciale suppose aussi un « remboursement » allant au-delà des frais raisonnables et détaillés qui résultent directement de la convention de gestation pour autrui⁸⁵. Il faut en déduire que les sommes versées au titre de « frais » qui sont déraisonnables ou qui ne sont pas détaillés sont des paiements déguisés pour les services de gestation et/ou pour le transfert de l'enfant.

40. La participation d'intermédiaires à but lucratif est une autre caractéristique de la gestation pour autrui commerciale. Aux fins du présent rapport, les intermédiaires sont définis comme des parties (personnes ou organismes/institutions) chargées de mettre en relation des parents d'intention et des mères porteuses, et/ou d'assurer une médiation dans le cadre de l'établissement de la convention de gestation pour autrui – ce sont notamment des centres médicaux, des professionnels de la santé, des avocats, des agences de gestation pour autrui ou des « courtiers ». Les professionnels de la santé, les centres médicaux et les avocats qui reçoivent une indemnité raisonnable pour des services spécialisés liés à la gestation pour autrui ne sont pas forcément des intermédiaires s'ils ne servent pas de médiateur et ne se chargent pas de mettre en relation des parents d'intention et des mères porteuses. Cette précision concernant la définition de la gestation pour autrui est essentielle dans la mesure où ce sont généralement les intermédiaires qui perçoivent les bénéfices les plus importants et qui créent des marchés et des réseaux nationaux et transnationaux de gestation pour autrui de grande envergure.

F. Gestation pour autrui et vente d'enfants

41. La gestation pour autrui commerciale, telle qu'elle est actuellement pratiquée, relève de la vente d'enfant telle que définie par le droit international des droits de l'homme. Toutefois, comme indiqué plus en détail dans la section IV ci-dessous, la gestation pour autrui commerciale n'est pas considérée comme une vente d'enfant lorsqu'elle est soumise à une réglementation stricte qui est conforme aux normes internationales relatives aux droits de l'homme, ce qui n'est pas le cas de nombreux régimes de gestation pour autrui commerciale. La gestation pour autrui altruiste doit également être convenablement réglementée afin d'éviter la vente d'enfants (voir la section III G) 8) ci-dessous).

42. Au sens du paragraphe a) de l'article 2 du 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, la gestation pour autrui relève de la vente d'enfants dès lors que la mère porteuse ou une tierce partie reçoit « une rémunération ou tout autre avantage » en contrepartie du transfert d'un enfant. La définition de la vente d'enfants contient trois éléments : a) « la rémunération ou tout autre avantage » (paiement) ; b) le transfert d'un enfant (transfert) ; et c) l'échange de « a » contre « b » (transfert contre paiement).

1. Premier élément : rémunération ou tout autre avantage (paiement)

43. Par définition, les conventions de gestation pour autrui commerciale prévoient l'octroi ou la promesse d'une « rémunération ou tout autre avantage » (paiement). La promesse d'un paiement ultérieur correspondrait à « tout autre avantage », par conséquent, l'élément constitutif de vente d'enfants est établi avant même que le paiement n'ait été effectué. La

⁸⁵ Voir HCCH, « Rapport préliminaire sur les problèmes découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international ».

question du paiement dans le cadre d'une gestation pour autrui altruiste est traitée à la section III G) 8) ci-dessous.

2. Deuxième élément : le transfert d'un enfant (transfert)

44. Le transfert d'un enfant suppose soit un transfert juridique de l'enfant, soit un transfert physique. Le transfert juridique de l'enfant comprend le transfert du lien de parenté ou de la responsabilité parentale⁸⁶. Le transfert physique de l'enfant est l'acte consistant pour une personne ou un groupe de personnes à remettre physiquement un enfant à une autre personne ou à un autre groupe de personnes. Un transfert physique ne requiert pas nécessairement un transfert juridique. Il n'est pas nécessaire, pour qu'il y ait vente d'enfants, que l'auteur du transfert ait le statut de parent ou ait une responsabilité parentale. La vente illicite d'un enfant a lieu lorsqu'un trafiquant transfère physiquement un enfant en contrepartie d'une « rémunération ou [de] tout autre avantage », même si l'autorité qu'il exerce sur l'enfant est illégale.

45. Le transfert juridique d'un enfant est prévu ou promis dans les conventions de gestation pour autrui. En règle générale, les législations nationales reconnaissent le statut de parent à la femme qui donne naissance à un enfant et lui confère la responsabilité parentale. En effet, il s'agit d'une exigence au titre de la Convention de La Haye sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale de 1993, qui s'applique même lorsqu'une adoption internationale est prévue⁸⁷. Les conventions de gestation pour autrui reconnaissent généralement à la mère porteuse le statut de parent à la naissance de l'enfant, puisqu'elle est à la fois la mère génétique et la mère gestationnelle de l'enfant. Un transfert est donc nécessaire pour permettre aux parents d'intention d'accéder au statut de parents.

46. La situation est plus complexe s'agissant de la gestation pour autrui non génétique. Étant donné qu'en règle générale aucune législation n'exige des femmes qui donnent naissance à un enfant qu'elles prouvent l'existence d'un lien génétique entre elles et l'enfant aux fins de l'établissement de leur statut de parent, l'absence d'un tel lien n'est pas un obstacle à l'obtention du statut de parent. En effet, les partisans de la gestation pour autrui ne considèrent pas que l'absence de lien génétique empêche les parents d'intention d'obtenir le statut de parent, et certains régimes de gestation pour autrui n'exigent pas l'existence d'un lien génétique entre l'enfant et au moins l'un des parents d'intention⁸⁸.

47. Toutefois, certains États ont mis en place des règles juridiques en vertu desquelles les mères porteuses, souvent appelées « gestatrices », « mères porteuses gestationnelles » ou « mères de substitution », perdent le statut de parent avant la naissance de l'enfant, sur la base d'un contrat conclu avant le transfert d'embryon⁸⁹. Conformément à ces lois, un contrat de gestation pour autrui valable prévoit le transfert de l'enfant soit par l'effet de la loi, soit par une décision rendue par un tribunal ou une autre autorité compétente avant ou après la naissance, le tribunal ou l'autorité compétente étant tenus d'effectuer le transfert pour autant que le contrat lui-même soit conforme à certaines normes minimales⁹⁰. Dans le cadre de telles législations, c'est au titre du contrat de gestation pour autrui, et non pas en raison du simple fait qu'elles n'ont pas de lien génétique avec l'enfant, que les mères porteuses sont considérées comme des « gestatrices » sans lien de parenté avec l'enfant⁹¹. Dans ces conditions, le contrat de gestation pour autrui lui-même prévoit directement le transfert juridique de la filiation, ou représente pour le moins une étape déterminante et irréversible en ce sens. En signant un contrat de gestation pour autrui, la mère porteuse participe donc au transfert juridique de l'enfant. C'est ainsi que, dans l'affaire *Johnson v. Calvert*, la Cour

⁸⁶ La « responsabilité parentale » est établie par la Convention relative aux droits de l'enfant (art. 18), et inclut la notion de « garde parentale » utilisée dans certaines législations nationales.

⁸⁷ Voir la Convention de La Haye de 1993, par. 4 c) de l'article 4.

⁸⁸ Voir le rapport de l'American Bar Association ; et les articles 7960 à 7962 du Code de la famille californien.

⁸⁹ Voir *Joslin*, p. 3 à 6 (aux États-Unis : Californie, Maine et New Hampshire).

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ *Ibid.*

suprême de Californie a expressément considéré que la mère porteuse avait renoncé par contrat à tous ses droits sur l'enfant⁹².

48. En outre, les contrats de gestation pour autrui engagent la mère porteuse, de manière explicite ou implicite, à coopérer aux procédures judiciaires engagées en vue de garantir qu'elle et son époux (le cas échéant) renoncent au statut de parent et à la responsabilité parentale et que le statut de parent et la responsabilité parentale appartiennent légalement aux parents d'intention⁹³. Dans certaines législations, le transfert est autorisé avant la naissance, sur la base d'une décision du tribunal ou d'autres autorités compétentes qui approuvent la convention de gestation pour autrui⁹⁴. Encore une fois, les dispositions prises par la mère porteuse avant la naissance de l'enfant permettent de faciliter l'attribution du statut de parent aux parents d'intention. En conséquence, les contrats de gestation pour autrui prévoient généralement le transfert juridique effectif de l'enfant ou une promesse de transfert. Les systèmes juridiques qui prévoient la réalisation du transfert avant la naissance ne remettent pas en cause l'existence d'un transfert juridique.

49. Les conventions de gestation pour autrui prévoient également le transfert physique effectif de l'enfant de la mère porteuse aux parents d'intention, ou une promesse de transfert. En effet, certains contrats de gestation pour autrui visent à restreindre de manière contractuelle ou physiquement la liberté de circulation de la mère porteuse afin de garantir que l'enfant puisse être placé sous la surveillance des parents d'intention dès sa naissance⁹⁵. En signant une convention de gestation pour autrui, la mère porteuse s'engage, de manière implicite ou explicite, à transférer physiquement l'enfant aux parents d'intention.

3. Troisième élément : l'échange (transfert contre paiement)

50. Le troisième et dernier élément de la définition de la vente d'enfants repose sur la préposition « contre » et renvoie à un échange : le transfert d'enfant intervient « contre » une « rémunération ou tout autre avantage » (paiement).

51. Les conventions de gestation pour autrui commerciale contiennent généralement cet élément de l'échange, qui intervient entre le paiement et le transfert. En règle générale, la promesse de transfert et le transfert effectif de l'enfant sont des éléments essentiels des conventions de gestation pour autrui commerciale et des accords et contrats connexes, sans lesquels aucun paiement ne pourrait être effectué ou promis. Une mère porteuse acceptant de tomber enceinte et de donner naissance à un enfant ne pourrait être réputée avoir tenu ses engagements et respecté les obligations qui lui incombent au titre du contrat si elle refusait de participer au transfert physique et juridique de l'enfant aux parents d'intention. Dans le cadre de conventions de gestation pour autrui rémunérée ou commerciale, la mère porteuse est payée aussi bien pour les services de gestation et d'accouchement que pour le transfert de l'enfant. La législation et la pratique en matière d'exécution des contrats de gestation pour autrui commerciale, notamment en ce qui concerne le transfert du statut de parent et de la responsabilité parentale⁹⁶, montrent encore plus clairement que le transfert est un élément clef du contrat et qu'il fait partie des services pour lesquelles la mère porteuse est rémunérée. Par conséquent, dans la pratique actuelle, le troisième élément, celui de l'échange, est présent dans la plupart des conventions de gestation pour autrui commerciale.

⁹² 851 P.2d (1993), p. 776, 781 et 782.

⁹³ Ibid., p. 778.

⁹⁴ Voir Joslin.

⁹⁵ Deborah Forman, « Abortion clauses in surrogacy contracts », *Family Law Quarterly*, vol. 49 (2015), p. 29 ; et voir <https://www.pri.org/stories/2011-03-18/underworld-upending-asian-baby-farm>.

⁹⁶ Voir Joslin, p. 3 et 4.

G. Vente d'enfants dans des contextes particuliers

1. Vente d'enfants et moment de l'établissement du contrat

52. En Californie, les contrats de gestation pour autrui commerciale conclus pendant la grossesse sont considérés comme de la vente d'enfants, ce qui n'est pas le cas des contrats signés avant que le transfert d'embryon n'ait eu lieu⁹⁷.

53. Si la distinction repose sur le fait qu'un être humain qui n'existe pas ou dont personne n'a encore la garde ne peut pas être vendu, cela signifie que, pour autant que le contrat ou l'acte d'abandon ait été signé avant la grossesse, les bébés pourraient être vendus légalement aux fins d'adoption, ce qui conduit à la légalisation de systèmes d'« usines à bébés ». La précommande de marchandises se pratique couramment dans le secteur commercial ; l'application de cette pratique aux fins de l'acquisition d'êtres humains constitue une violation manifeste du 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. Ainsi, dans une célèbre affaire de gestation pour autrui, il a été estimé que l'établissement du contrat avant la conception de l'enfant constituait une violation de la loi locale sur l'interdiction de la vente d'enfants⁹⁸.

2. Vente d'enfants et statut de parent à la naissance

54. Dans certains États, la loi définit une mère porteuse qui n'a pas de lien génétique avec l'enfant comme étant une simple « gestatrice ». Lorsqu'un contrat valable est conclu avant que l'embryon n'ait été transféré, la loi considère que la « gestatrice » n'est pas la mère de l'enfant à la naissance de celui-ci. Les démarches nécessaires sont entreprises avant la naissance de l'enfant pour que seuls les parents d'intention figurant au contrat soient mentionnés sur le certificat de naissance original, que les parents d'intention aient ou non un lien génétique avec l'enfant. Les partisans de ce type d'approche affirment que, dans ce cadre juridique, il ne peut y avoir vente d'enfant, même en ce qui concerne la gestation pour autrui commerciale, étant donné que la « gestatrice » ne peut pas transférer un enfant qui n'a jamais été le sien⁹⁹. Cet argument est souvent avancé parallèlement au raisonnement exposé à la section III G) 1) ci-dessus, selon lequel le moment de l'établissement du contrat permet d'échapper à l'interdiction de la vente d'enfants.

55. Cette approche se fonde sur le postulat contestable selon lequel une femme qui porte un enfant et lui donne naissance n'aurait pas plus le statut de mère qu'une garde d'enfant¹⁰⁰. Elle s'appuie également sur la théorie qui voudrait qu'une mère porteuse ne soit jamais une mère puisqu'elle n'a pas de lien génétique avant l'enfant, théorie qui est en contradiction avec la pratique consistant à donner le statut de parent à des parents d'intention qui n'ont pas de lien génétique avec l'enfant¹⁰¹.

56. Néanmoins, même si l'on devait accepter ces postulats contestables et ces incohérences, le fait est que, dans certains États qui autorisent la gestation pour autrui commerciale, c'est le contrat de gestation pour autrui qui est déterminant pour l'établissement de la filiation¹⁰². Le contrat de gestation pour autrui prévoit donc, de manière explicite ou implicite, le transfert de filiation, qui est au centre de l'opération juridique pour laquelle la mère porteuse est payée. La mère porteuse est également payée pour accoucher dans un lieu accessible aux parents d'intention et pour leur remettre physiquement l'enfant après la naissance ; comme indiqué ci-dessus, le Protocole facultatif se rapportant 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 établit qu'il peut y avoir transfert même lorsque

⁹⁷ Voir *supra*, notes n^{os} 74 à 76.

⁹⁸ *Baby M.*, 537 A.2d, p. 1227 (pinpoint : p. 1240) (Cour suprême du New Jersey, 1988).

⁹⁹ Voir Joslin ; et Smolin, p. 311 à 315.

¹⁰⁰ Steven Snyder, « Reproductive surrogacy in the United States of America », *Handbook of Gestational Surrogacy* (2016), p. 276 à 278.

¹⁰¹ Rapport de l'American Bar Association, p. 1, 5, 15 et 17.

¹⁰² Voir Joslin ; et l'affaire *Johnson c. Calvert*.

l'auteur du transfert n'a pas le statut de parent de l'enfant ou n'est pas titulaire de la responsabilité parentale.

57. La fiction juridique selon laquelle une gestatrice n'est « jamais une mère » est une notion juridique qui permet de justifier le refus de reconnaître les droits de la mère porteuse. Le fait de réduire la mère porteuse à une simple gestatrice qui ne sera jamais une mère et qui agit dans l'intérêt des parents d'intention pendant la grossesse ouvre la voie à l'exécution de contrats qui prétendent la priver de ses droits et de ses libertés (notamment de son droit à la santé et de son droit à sa liberté de circulation)¹⁰³.

3. Vente d'enfants et statut de parent exclusif

58. D'aucuns affirment que les parents d'intention ne peuvent pas acheter « leur propre » enfant. Toutefois, en contrepartie de leur paiement, ils s'attendent au moins à obtenir l'exclusivité et à ne pas devoir partager le statut de parent et les responsabilités parentales avec la mère porteuse. Par conséquent, les parents d'intention paient la mère porteuse pour qu'elle renonce à filiation juridique et à la responsabilité parentale et les leur transfère, ainsi que pour qu'elle leur remette physiquement l'enfant.

59. Le postulat selon lequel l'enfant est automatiquement celui des parents d'intention est également erroné. Dans les États qui autorisent la gestation pour autrui commerciale, c'est souvent le contrat ou la convention qui sert de base pour l'établissement de la filiation, et le contrat, de manière explicite ou implicite, prévoit un transfert, comme indiqué à la section III F) ci-dessus.

4. Vente d'enfants et vente de services

60. Certains font valoir que la gestation pour autrui commerciale n'est rien de plus qu'une vente de « services » de gestation et ne constitue pas une vente d'enfants. Même si la gestation pour autrui commerciale inclut la vente de services de gestation, étant donné que la mère porteuse accepte de subir une insémination artificielle ou un transfert d'embryon, de porter l'enfant et de lui donner naissance, la pratique habituelle montre qu'elle comprend également un paiement pour le transfert juridique et physique de l'enfant. En règle générale, les dispositions relatives au transfert de l'enfant sont des éléments essentiels de l'accord, sans lesquels les parents d'intention n'accepteraient pas de conclure l'accord ou de payer la mère porteuse. Par conséquent, si la gestation pour autrui commerciale constitue une vente de services, il s'agit souvent également d'une vente d'enfant.

61. Certains essaient de contourner l'interdiction de la vente d'enfants en faisant figurer, dans la convention de gestation pour autrui, une clause établissant, en substance, que les parties conviennent que l'ensemble des paiements est effectué en contrepartie des services rendus et en aucun cas en contrepartie du transfert ou de la vente de l'enfant. Toutefois, il n'est pas possible d'échapper à l'interdiction de la vente d'enfants au moyen de contrats dans lesquels on donne arbitrairement un autre nom à la vente d'enfants, alors qu'en substance la convention porte sur la vente d'un enfant.

5. Vente d'enfants et intermédiaires

62. Ce sont souvent les intermédiaires qui créent les marchés de gestation pour autrui, qui participent à ce marché et qui récoltent les bénéfices les plus importants. Lorsque les échanges entre les parents d'intention et la mère porteuse constituent une vente d'enfants, les intermédiaires, qui mettent en relation les parents d'intention et la mère porteuse et jouent un rôle de médiateur, devraient être considérés comme des complices et donc être tenus responsables devant la loi. Les poursuites pour des faits de vente d'enfants dans le cadre d'une gestation pour autrui devraient principalement viser les intermédiaires et, sauf circonstances exceptionnelles, ne devraient pas concerner les mères porteuses, qui peuvent souvent être considérées comme victimes d'une exploitation.

63. Les intermédiaires qui s'occupent du transfert physique ou juridique de l'enfant aux parents d'intention en échange d'une « rémunération ou [de] tout autre avantage » sont

¹⁰³ Voir Joslin ; et *New Hampshire Revised Statutes Annotated*, sect. 168-B:10, B:11 et B:12 (2014).

directement responsables de la vente de l'enfant. Certains intermédiaires exercent un contrôle physique ou juridique excessif sur la mère porteuse et exercent un contrôle direct sur l'enfant issu de la gestation pour autrui. Dans de tels cas, l'intermédiaire peut être responsable au premier chef du transfert de l'enfant et peut donc avoir à répondre directement, s'il y a lieu, de la vente de l'enfant.

6. Vente d'enfants et refus d'un « droit à un enfant »

64. Les instruments internationaux et régionaux relatifs aux droits de l'homme garantissent le droit de « fonder une famille » ou encore le droit au « respect de [la] vie privée et familiale »¹⁰⁴. Certaines législations nationales établissent le « droit de procréer » mais cette terminologie n'est pas employée dans les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme. Sur cette base il est parfois avancé que tous les adultes ont le droit de fonder une famille et d'élever des enfants. Il est toutefois admis que le droit international ne reconnaît aucun « droit à un enfant »¹⁰⁵. Un enfant n'est ni un bien, ni un service que l'État peut garantir ou fournir, mais un être humain titulaire de droits. Garantir un « droit à un enfant » serait donc une négation profonde de l'égalité en droits des enfants. Il convient de s'opposer fermement à toute approche prônant le « droit à un enfant » car elle sape le postulat essentiel selon lequel les enfants sont des personnes qui sont titulaires de droits de l'homme.

65. En général, les tenants de la gestation pour autrui commerciale ne demande pas à l'État de leur garantir « le respect de la vie privée », c'est à dire le droit de mener leur vie privée et familiale comme bon leur semble, sans intervention de l'État. Au contraire, ils souhaitent le convaincre de faire appliquer des contrats de gestation pour autrui qui privent les enfants de leur droit à la protection de leur intérêt supérieur et de leur droit à l'identité et à l'accès aux origines, tout en privant les mères porteuses du statut de parent et de toute autonomie de décision en matière de soins de santé. Les partisans de la gestation pour autrui commerciale cherchent à faire adopter des lois qui renforceraient la position des intermédiaires et des parents d'intention, au détriment des enfants et des mères porteuses, et obtiennent parfois gain de cause¹⁰⁶. En outre, le réseau complexe de contrats et d'intermédiaires très bien rémunérés ainsi que les opérations financières qu'impliquent généralement les conventions de gestation pour autrui commerciale sont des questions que certains imaginaient tout à fait donner lieu à une réglementation.

7. Vente d'enfants et rôle de la réglementation

66. Certains admettent qu'en l'absence de cadre, la gestation pour autrui commerciale peut conduire à la vente d'enfants, mais affirment qu'une réglementation solide permettrait d'éviter cette dérive. De la même manière, d'autres avancent que des systèmes de gestation pour autrui commerciale qu'ils prétendent bien encadrés dans les pays développés permettent d'éviter la vente d'enfants, alors même que les systèmes de gestation pour autrui commerciale à caractère international utilisés dans les pays en développement ne le permettent souvent pas¹⁰⁷.

67. Il est vrai que la gestation pour autrui commerciale non réglementée donne souvent lieu à la vente d'enfants, à des pratiques abusives et à la violation de droits. C'est pourquoi le Comité des droits de l'enfant a particulièrement attiré l'attention sur le fait que la gestation pour autrui, « en l'absence de réglementation claire, [relevait] de la vente d'enfants »¹⁰⁸.

68. Toutefois, l'idée selon laquelle la réglementation de la gestation pour autrui commerciale éviterait la vente d'enfants est fautive. En 2017, le Comité des droits de l'enfant a déclaré, concernant les États-Unis, qu'il constatait avec préoccupation que la pratique très

¹⁰⁴ Voir, à titre d'exemple, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, art. 23 (par. 2) ; la Convention européenne des droits de l'homme, art. 8 ; et la Convention américaine relative aux droits de l'homme, art. 17 (par. 2).

¹⁰⁵ Voir, par exemple, Saclier, « Children and adoption », p. 12 et 13 ; et Van Bueren, *The International Law on the Rights of the Child*.

¹⁰⁶ Voir les notes n^{os} 47 à 60 et 75 à 80 *supra*.

¹⁰⁷ Voir, par exemple, Snyder, p. 284.

¹⁰⁸ Voir CRC/C/OPSC/USA/CO/2, par. 29 ; CRC/C/IND/CO/3-4, par. 57 d) ; CRC/C/MEX/CO/4-5, par. 69 b) ; CRC/C/OPSC/USA/CO/3-4, para. 24 ; et CRC/C/OPSC/ISR/CO/1, par. 28.

courante de la gestation pour autrui commerciale pouvait conduire à la vente d'enfants. Le Comité est particulièrement préoccupé par les cas où les questions de filiation sont réglées exclusivement sur une base contractuelle, avant la conception ou la naissance de l'enfant¹⁰⁹. Sa préoccupation concerne directement les États des États-Unis d'Amérique, qui ont réglementé la gestation pour autrui commerciale et qui ont généralement adopté des lois en vertu desquelles tout contrat en la matière a force exécutoire et est déterminant pour ce qui est de la filiation¹¹⁰.

8. Vente d'enfants et gestation pour autrui altruiste

69. En théorie, une gestation pour autrui véritablement « altruiste » ne s'apparente pas à une vente d'enfants puisqu'on entend par « gestation pour autrui altruiste » un acte à titre gratuit qui implique souvent les membres d'une même famille ou des personnes entretenant des liens d'amitié, souvent sans intermédiaires. La gestation pour autrui altruiste ne suppose donc théoriquement ni paiement pour services rendus, ni transfert d'un enfant sur la base d'une relation contractuelle. Toutefois, l'essor de systèmes organisés de gestation pour autrui dite « altruiste », qui prévoient souvent le remboursement de montants importants aux mères porteuses et des paiements conséquents aux intermédiaires, peut estomper la limite entre gestation pour autrui commerciale et gestation pour autrui altruiste. C'est pourquoi qualifier des conventions ou des systèmes de gestation pour autrui d'« altruistes » ne permet pas automatiquement d'éviter la violation du 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, et il est nécessaire d'encadrer de manière adéquate cette pratique pour éviter la vente d'enfants. Les tribunaux et autres autorités compétentes doivent s'assurer que tous les « remboursements » versés aux mères porteuses sont raisonnables et détaillés, faute de quoi ils pourraient être considérés comme des paiements déguisés du transfert de l'enfant. Le fait de payer des intermédiaires, qu'ils soient à but lucratif ou non, peut être considéré comme une indication de la nature commerciale de la gestation pour autrui et les paiements devraient être raisonnables et détaillés. Le risque existe particulièrement lorsque des remboursements ou des paiements importants sont faits au titre de catégories très larges telles que « préjudice psychologique ou moral » ou de « prestation de services professionnels ».

9. Vente d'enfants et reconnaissance des gestations pour autrui réalisées à l'étranger

70. Les États qui interdisent tout type de gestation pour autrui ou les gestations pour autrui commerciales se trouvent souvent confrontés à des situations dans lesquelles leurs ressortissants contournent la législation en partant à l'étranger pour recourir à cette technique, puis cherchent à ramener l'enfant chez eux. Les gestations pour autrui transnationales sont principalement des gestations pour autrui commerciales, facilitées par des intermédiaires à but lucratif et généralement menées à terme dans des États qui autorisent cette pratique. L'État d'origine des parents d'intention ne devraient pas présumer que ces gestations pour autrui sont des gestations pour autrui altruistes. Compte tenu du risque de vente d'enfants dans le contexte de la gestation pour autrui, qu'elle soit ou non réglementée, les États ne devraient pas reconnaître automatiquement les ordonnances de parenté ou les actes de naissance fournis par un État tiers en ce qui concerne les gestations pour autrui commerciales, mais au contraire examiner avec attention les procédures menées à l'étranger. Il incombe à l'État d'origine des parents d'intention de procéder à la détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant après sa naissance, de protéger son droit à l'identité et son droit à l'accès aux origines, et d'évaluer la question de la filiation de manière indépendante, ainsi que d'enquêter sur le traitement réservé à la mère porteuse et sur celle de son consentement après la naissance. L'État des parents d'intention ne devrait accorder à ceux-ci le statut de parent et la responsabilité parentale qu'après avoir effectué ces évaluations, en se fondant sur l'intérêt supérieur de l'enfant. L'enfant ne doit pas être puni ou être l'objet d'une discrimination en raison des circonstances de sa naissance et les droits des enfants issus d'une gestation pour autrui doivent être protégés¹¹¹. Les États concernés, à savoir le ou les État(s) d'origine des

¹⁰⁹ Ibid.

¹¹⁰ Voir Joslin.

¹¹¹ Voir les affaires mentionnées dans la note n° 32 *supra*.

parents d'intention et l'État dans lequel l'enfant est né, doivent veiller à ce que ce dernier ne soit pas apatride.

10. Vente d'enfant et renonciations après la naissance

71. La prescription selon laquelle la mère porteuse doit avoir un statut de parent et une responsabilité parentale non exclusifs à la naissance de l'enfant découle de la norme relative à l'interdiction de la vente d'enfants et permet de protéger les droits de la mère porteuse. Toutefois, si, après la naissance, la mère porteuse souhaite renoncer au statut de parent et à la responsabilité parentale, l'intérêt supérieur de l'enfant exige que le transfert se fasse dans un cadre juridique. Il incombe à tous les États de créer un mécanisme de ce type pour encadrer les conventions de gestation pour autrui en vue du transfert de l'enfant après sa naissance, même si, par ailleurs, ils interdisent aux parents d'abandonner leurs enfants ou de transférer leur statut de parent.

IV. Conclusions et recommandations

A. Conclusions

72. S'il était clairement établi que la mère porteuse est payée uniquement pour des services de gestation et non pour le transfert de l'enfant, alors la gestation pour autrui commerciale pourrait être réalisée de telle sorte qu'elle ne relève pas de la vente d'enfants. Pour que cette idée ne soit pas qu'une fiction juridique, il serait indispensable que l'ensemble des conditions ci-après soient réunies. Tout d'abord, la mère porteuse doit avoir le statut de mère à la naissance de l'enfant et n'avoir aucune obligation contractuelle ou juridique de participer au transfert juridique ou physique de l'enfant à sa naissance. Ainsi, elle serait considérée comme ayant satisfait aux obligations contractuelles ou juridiques de gestation et d'accouchement, même si elle conserve le statut de parent et la responsabilité parentale. Deuxièmement, tous les paiements dus à la mère porteuse doivent être effectués avant le transfert juridique ou physique de l'enfant à sa naissance et être non remboursables, même si la mère choisit de conserver le statut de parent et la responsabilité parentale, et ces conditions devraient être stipulées clairement dans le contrat. Si la mère porteuse choisit de conserver le statut de parent et la responsabilité parentale, elle peut être contrainte par la loi de les partager avec des tierces personnes, notamment le(s) parent(s) d'intention. Toutefois, elle ne serait pas obligée par la convention de gestation pour autrui de renoncer à son propre statut. Le choix fait par la mère porteuse de transférer juridiquement et physiquement l'enfant au(x) parent(s) d'intention après la naissance doit être un acte gratuit, fondé sur ses propres intentions après l'accouchement, plutôt que sur une obligation juridique ou contractuelle.

73. Un système de gestation pour autrui commerciale correctement réglementé prévoirait également les mesures de protection nécessaires pour l'enfant, notamment la détermination de son intérêt supérieur au cas par cas après la naissance, l'examen de la capacité des parents d'intention à prendre soin de lui, ainsi que la protection de son droit à l'identité et à l'accès aux origines. Afin de protéger toutes les parties, il convient d'étudier et d'examiner les conventions de gestation pour autrui avant la grossesse mais les procédures réalisées avant la naissance ne sauraient être déterminantes pour ce qui est du statut de parent et de la responsabilité parentale, qui peuvent être déterminés uniquement à l'issue d'un examen approprié après la naissance. De même, pour que les mères porteuses soient convenablement protégées, il faudrait qu'elles conservent, outre le statut de mère à la naissance, le droit de donner leur consentement éclairé pour toutes les décisions en matière de santé, ainsi que leur liberté de mouvement et de circulation, et que soit respecté le principe selon lequel ces droits ne peuvent pas être aliénés par contrat. Il faudrait également réglementer de manière adéquate les aspects financiers et médicaux de la gestation pour autrui et prévoir une réglementation stricte concernant les intermédiaires.

74. La gestation pour autrui commerciale est actuellement pratiquée dans des États où la mère porteuse, même si elle n'a pas de lien génétique avec l'enfant, conserve le statut de parent à la naissance (par exemple en Fédération de Russie)¹¹². De plus, des praticiens dans ce domaine affirment que dans certains États où aucune loi n'encadre la gestation pour autrui commerciale, ils gèrent les gestations pour autrui commerciales en se fondant sur les règles préexistantes relatives à la filiation, au retrait des droits parentaux et à l'adoption, ce qui aboutit au transfert volontaire de l'enfant au(x) parent(s) d'intention par la mère porteuse et à l'établissement d'une ordonnance de parenté après la naissance¹¹³. En outre, les partisans de la gestation pour autrui commerciale estiment que relativement peu de mères porteuses changent d'avis et cherchent à conserver le statut de parent et la responsabilité parentale après la naissance, et que le risque à cet égard est donc faible pour les parents d'intention. En effet, un éminent avocat spécialiste de la question a constaté que les parents d'intention changent bien plus souvent d'avis que les mères porteuses¹¹⁴. Ainsi, la pratique actuelle montre que la gestation pour autrui commerciale peut être pratiquée dans des systèmes juridiques qui suivent la règle traditionnelle selon laquelle la femme qui accouche de l'enfant est bien sa mère à la naissance, et qui appliquent ensuite la procédure idoine pour le transfert de l'enfant après la naissance. Il est certain que sans réglementation, la gestation pour autrui commerciale comporte de graves risques et n'est pas recommandée.

75. Afin de satisfaire à leur obligation d'interdire la vente d'enfants dans le cadre de la gestation pour autrui, et de créer des garanties pour prévenir de tels actes, les États devraient interdire la gestation pour autrui commerciale jusqu'à ce qu'une réglementation appropriée soit mise en place, y compris un cadre juridique clair et complet, comme cela est exposé plus haut. Une telle approche répond au postulat selon lequel le transfert de l'enfant est au centre de toute convention de gestation pour autrui commerciale et fait par conséquent partie des éléments pour lesquels la mère porteuse est rémunérée. Il est tout à fait possible pour les États de réglementer strictement et d'autoriser la gestation pour autrui commerciale sans qu'il y ait vente d'enfants s'ils adoptent et appliquent efficacement une législation claire, conformément aux présentes conclusions et recommandations. Les États ne devraient pas adopter de réglementations relatives à la gestion pour autrui commerciale qui soient fondées sur le principe de l'application obligatoire ou automatique des contrats de gestation pour autrui et des ordonnances de parenté établies avant la naissance dont ils sont assortis, car ils se rendraient alors complices d'une pratique qui relève de la vente d'enfants.

76. De la même manière, en ce qui concerne la gestation pour autrui altruiste, les États devraient, si possible, encadrer convenablement cette pratique afin de prévenir la vente d'enfants et de respecter l'interdiction internationale à cet égard, par exemple en exigeant que tous les remboursements et paiements versés aux mères porteuses et aux intermédiaires soient raisonnables et détaillés et soient examinés par les tribunaux ou toute autre autorité compétente.

B. Recommandations

1. Au niveau national

77. La Rapporteuse spéciale invite tous les États à :

a) Ratifier la Convention relative aux droits de l'enfant et ses trois Protocoles facultatifs ;

b) Adopter une législation claire et complète en matière de gestation pour autrui afin d'interdire la vente d'enfants, telle que définie dans le Protocole facultatif à

¹¹² Voir Trimmings et Beaumont, p. 313 à 319 ; et Parlement européen, « A comparative study on the regime of surrogacy in EU member States », p. 333 à 338.

¹¹³ Voir Trimmings et Beaumont, p. 391 à 392.

¹¹⁴ Voir <https://www.nytimes.com/2014/07/06/us/foreign-couples-heading-to-america-for-surrogate-pregnancies.html>.

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 ;

c) Mettre en place des garanties pour prévenir la vente d'enfants dans le cadre de la gestation pour autrui commerciale, qui devraient inclure soit une interdiction de cette pratique jusqu'à la mise en place d'un système garantissant le respect de l'interdiction de la vente d'enfants, soit une réglementation stricte qui garantisse que la mère porteuse conserve le statut de parent et la responsabilité parentale à la naissance et que tous les paiements qu'elle reçoit sont faits avant le transfert juridique ou physique de l'enfant et sont non remboursables (sauf en cas de fraude), et qui rejette la force exécutoire des dispositions contractuelles relatives au statut de parent, à la responsabilité parentale ou à la restriction des droits de la mère porteuse (par exemple du droit à la santé et de la liberté de circulation) ;

d) Mettre en place des garanties pour prévenir la vente d'enfants dans le cadre de la gestation pour autrui altruiste et, si cette pratique est autorisée, prévoir une réglementation appropriée (par exemple pour s'assurer que tous les remboursements et paiements dus aux mères porteuses et aux intermédiaires sont raisonnables et détaillés et sont contrôlés par un tribunal ou toute autre autorité compétente, et que la mère porteuse conserve le statut de parent et la responsabilité parentale à la naissance) ;

e) Veiller à ce que, pour toute question relative au statut de parent et à la responsabilité parentale se rapportant à une convention de gestation pour autrui, un tribunal ou une autorité compétente procède à la détermination après la naissance de l'intérêt supérieur de l'enfant, qui devrait être la considération primordiale ;

f) Veiller à ce que, pour toute question relative au statut de parent et à la responsabilité parentale se rapportant à une convention de gestation pour autrui, un tribunal ou une autorité compétente procède, avant ou après la naissance voire avant et après la naissance, à un examen approprié et non discriminatoire de la capacité du ou des parent(s) d'intention de prendre soin de l'enfant ;

g) Réglementer étroitement, suivre et limiter les aspects financiers de toutes les conventions de gestation pour autrui, en exigeant la communication intégrale des aspects financiers de toutes les conventions de gestation pour autrui au tribunal ou à l'autorité compétente chargé d'examiner la convention ;

h) Réglementer les activités de tous les intermédiaires qui interviennent dans des conventions de gestation pour autrui, notamment en ce qui concerne les aspects financiers, les compétences, les accords contractuels et les normes éthiques ;

i) Réglementer les aspects médicaux des conventions de gestation pour autrui afin de garantir la santé et la sécurité de la mère porteuse et de l'enfant, notamment en limitant de manière appropriée le nombre d'embryons transférés en une fois dans le corps d'une femme ;

j) Protéger les droits de tous les enfants nés d'une mère porteuse, indépendamment du statut de la convention de gestation pour autrui au regard de la loi nationale ou du droit international, notamment en protégeant l'intérêt supérieur de l'enfant, en garantissant son droit à l'identité et à l'accès aux origines, et en coopérant à l'échelle internationale pour éviter l'apatridie ;

k) Appliquer en priorité aux intermédiaires toute sanction pénale ou civile découlant de l'interdiction des conventions de gestation pour autrui ;

l) Collecter, analyser et partager des données globales et fiables, et mener des études qualitatives et quantitatives sur les conventions de gestation pour autrui et leurs conséquences sur les droits de l'homme, pour faire en sorte que des informations exactes soient disponibles et pour faciliter le suivi et l'évaluation des systèmes de gestation pour autrui, des services offerts et de leurs résultats afin d'élaborer des mesures adaptées et respectueuses des droits de l'homme.

2. Au niveau international

78. La Rapporteuse spéciale invite la communauté internationale à :

a) Appuyer le travail de la Conférence de La Haye de droit international privé, notamment en ce qui concerne son étude des questions de droit international privé liées à la filiation juridique des enfants, y compris dans le cadre des conventions de gestation pour autrui à caractère international ;

b) Veiller à ce que toute réglementation internationale élaborée au sujet de la gestation pour autrui ou de la reconnaissance juridique de la filiation dans les conventions de gestation pour autrui à caractère international se fonde sur le droit international privé et public et prévoit notamment la protection des droits de l'enfant, des mères porteuses et des parents d'intention, et reconnaisse qu'il n'y a pas de « droit à un enfant » en droit international ;

c) Veiller à ce que toute réglementation internationale relative à la reconnaissance de la filiation dans les conventions de gestation pour autrui à caractère international ou à la reconnaissance des décisions judiciaires rendues à l'étranger concernant la filiation ou d'autres décisions prises à l'étranger relativement à la filiation prévoit également des exceptions de politique publique appropriées faisant obstacle à la reconnaissance lorsque le système juridique étranger ne protège pas de manière adéquate les droits de l'enfant ou de la mère porteuse, et prévoir un examen approprié après la naissance dans le cas des gestations pour autrui transnationales, afin de prévenir la vente d'enfants ;

d) Aider le Service social international à élaborer des normes et des principes internationaux régissant les conventions de gestation pour autrui qui soient conformes aux règles et aux normes en matière de droits de l'homme et en particulier aux normes relatives aux droits de l'enfant ;

e) Travailler en coopération pour garantir la protection des droits des enfants nés de mères porteuses, indépendamment du statut de la convention de gestation pour autrui au regard du droit national et international, et notamment la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant et la prévention de l'apatridie ;

f) Encourager d'autres mécanismes de protection des droits de l'homme, tels que le Comité des droits de l'enfant et le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, et les entités des Nations Unies à contribuer, par de nouveaux travaux de recherche, au débat sur la gestation pour autrui et les conséquences de cette pratique sur les droits de l'homme des femmes et des autres parties prenantes, afin d'établir des règles et des normes fondées sur les droits de l'homme et de prévenir les atteintes et les violations.