

Tribunal fédéral – 5A_545/2020, destiné à la publication

IIème Cour de droit civil
Arrêt du 7 février 2022 (d)

Résumé et analyse

Proposition de citation :

Sandra Hotz / Jérôme Saint-Phor,
Reconnaissance de la filiation suite au recours à la maternité de substitution – un rappel de la *ratio legis*, analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 5A_545/2020, Newsletter DroitMatrimonial.ch juin 2022

Newsletter juin 2022

Mariage, étranger, DIP,
filiation

Maternité de substitution,
transcription à l'état civil,
reconnaissance d'une
décision étrangère et droit
applicable

**Art. 20 al. 1 let. b, 32, 68,
69, 70 et 73 LDIP ; 252 al. 1
CC ; 8 al. 2 et 11 Cst. ; 8 et
14 CEDH ; 3 et 7 CDE**

Reconnaissance de la filiation suite au recours à la « maternité de substitution »
- un rappel de la *ratio legis*

Sandra Hotz / Jérôme Saint-Phor

I. Objet de l'arrêt

Cet arrêt du Tribunal fédéral du 7 février 2022, objet du présent commentaire, porte sur la transcription dans les registres de l'état civil d'actes de naissance géorgiens qui constatent le lien de filiation entre deux enfants jumeaux nés d'une mère de substitution (Géorgienne, domiciliée en Géorgie) et leurs père (turc, domicilié à Zurich) et mère (turco-suisse, domiciliée à Zurich) d'intention, qui sont par ailleurs mariés.

Le Tribunal fédéral examine, selon les règles de droit international privé, s'il s'agit d'appliquer les règles :

- en matière de transcription à l'état civil selon l'art. 32 LDIP *ou*
- celles relatives à la reconnaissance d'une décision étrangère de filiation selon l'art. 70 LDIP *ou*, au contraire,
- s'il s'agit d'appliquer le droit de la filiation de la résidence habituelle de l'enfant selon l'art. 68 LDIP, en l'occurrence le droit suisse.

La distinction a ici toute son importance, puisque dans les deux premières hypothèses (transcription à l'état civil, c'est-à-dire transfert de l'inscription de l'état civil étranger vers l'état civil suisse, ou reconnaissance de la décision étrangère) cela reviendrait notamment à reconnaître en Suisse la mère d'intention en tant que mère juridique des enfants, alors qu'en application du droit suisse, la mère de substitution est la mère juridique. La solution retenue dans cette affaire évoque aux auteur·es du présent commentaire que le Tribunal fédéral n'a peut-être pas assez tenu compte de la *ratio legis* de la LPMA – en sachant que le droit international privé *ne remplace jamais la justice* mais n'est qu'un ordre de la collision des règles entre différents pays – et n'a pas pris non plus en considération des évolutions

jurisprudentielles des pays entourant la Suisse (p.ex. la France) pour justifier l'interdiction du recours à la maternité de substitution, lors de son appréciation pour rendre sa décision.

II. Résumé de l'arrêt¹

A. Les faits

A.A. (ci-après « l'épouse » ou « la mère d'intention »), ressortissante turque de nationalité suisse, et B.A. (ci-après « l'époux » ou « le père d'intention »), ressortissant turc, sont mariés et tous deux domiciliés à Zurich. Pour des raisons de santé, le couple a décidé de recourir à une mère de substitution à l'étranger.

Le 29 juin 2018, le couple a conclu un contrat de maternité de substitution en Géorgie avec E (ci-après « la mère de substitution »), qui est une ressortissante géorgienne. Le don de sperme provenait de l'époux et le don d'ovules de l'épouse. Suite à la PMA, la mère de substitution a donné naissance à des jumeaux. Le couple s'est ensuite rendu en Turquie pour enregistrer les enfants, le 14 février 2019, en tant que ressortissants turcs. L'épouse et l'époux étaient mentionnés comme les parents juridiques. Puis, ils sont rentrés en Suisse.

Le 3 avril 2019, l'ambassade suisse à Tbilissi (Géorgie) a transmis les actes de naissance et d'autres documents à l'office communal du canton de Zurich. Sur ces actes de naissance établis par l'Office d'enregistrement civil de Tbilissi, l'épouse et l'époux figurent comme mère et père des enfants.

Par décision du 1^{er} juillet 2019, l'office communal du canton de Zurich a repris les prénoms, date et lieu de naissance des enfants, tels qu'établis en Géorgie, mais a ordonné l'inscription de données supplémentaires dans le registre de l'état civil Infostar, en particulier :

- Les enfants portent le nom de famille de E, soit de la mère de substitution.
- Le père d'intention figure en tant que père juridique, par reconnaissance des enfants.
- Les informations complémentaires relatives au recours à la maternité de substitution sont mentionnées, y compris les données civiles de la mère porteuse (date et lieu de naissance, nationalité, état civil et domicile). Le père d'intention est mentionné en tant que donneur de sperme.

Les parents d'intention, les enfants et la mère de substitution ont fait recours contre la décision d'enregistrement précité auprès de la *Direktion der Justiz und des Inneren* du canton de Zurich, lequel a été admis ; l'autorité demandant à ce que l'office communal zurichois modifie certains points de l'inscription (notamment le nom de famille des enfants pour leur donner celui des parents d'intention, reconnus comme parents juridiques et aucune autre spécification quant au type de relation).

Le Département fédéral de justice et police (DFJP), agissant par l'intermédiaire de l'Office fédéral de la justice (OFJ), a fait recours contre cette décision auprès du Tribunal administratif du canton de Zurich, demandant l'annulation de la décision et la reprise des informations d'état civil telles que prévues par l'office communal. Par jugement du 14 mai 2020, le Tribunal

¹ Sauf indication contraire, les notes de bas de page de cette partie reproduisent les références mentionnées par le Tribunal fédéral lui-même dans son arrêt. Ce procédé a été choisi afin de fluidifier le texte.

administratif cantonal a partiellement admis le recours, annulé la décision litigieuse et ordonné l'enregistrement intégral des données d'état civil.

Les personnes concernées ont déposé recours auprès du Tribunal fédéral, par requête du 2 juillet 2020, concluant à l'annulation du jugement précédent, ainsi qu'à la reconnaissance et transcription ultérieure des actes de naissance géorgiens concernant la parentalité juridique des parents d'intention et la non-parentalité de la mère porteuse. Ils demandent notamment que le contrat géorgien de recours à une mère porteuse du 29 juin 2018 soit reconnu en tant qu'un acte valant reconnaissance des enfants. Ils demandent aussi, bien sûr, que le nom des enfants soit le même que celui des parents d'intention et qu'aucune autre spécification quant au type de relation (soit aucune indication du recours à une mère porteuse) ne soit apposée dans le registre d'état civil.

L'instance précédente a considéré que les actes de naissance géorgiens ne constituaient pas une décision concernant l'état civil pour laquelle une transcription à l'état civil serait possible (art. 32 LDIP), mais bien plus une décision relative à la constatation de la filiation selon l'art. 70 LDIP. Raison pour laquelle la reconnaissance de l'établissement d'un lien de filiation serait régie par le droit de l'Etat de résidence habituelle au moment de la naissance (art. 68 al. 1 et 69 al. 1 LDIP), en l'occurrence en Suisse. Ainsi, en application du droit suisse, la mère qui donne naissance à l'enfant est sa mère juridique (art. 252 al. 1 CC) et le père d'intention devient le père juridique par reconnaissance valable à l'étranger (art. 73 LDIP et 260 CC). Une reconnaissance de la maternité de la mère d'intention ne serait pas possible selon le droit suisse, pas plus qu'une reconnaissance d'enfant par déclaration dans un contrat de maternité de substitution. Cette interprétation n'irait pas à l'encontre de la CEDH et l'établissement du lien de filiation avec la mère d'intention reste toujours possible en Suisse par le biais de l'adoption (art. 253 al. 3, 264c al. 1 ch. 1 et al. 2 CC).

Les recourant·e·s contestent cette argumentation, invoquent une violation des règles de droit international privé, une détermination erronée du droit applicable et une violation des dispositions constitutionnelles et conventionnelles (consid. 3).

C. Le droit

1. Résultat

La totalité de cette argumentation du tribunal de deuxième instance a été suivie par le Tribunal fédéral. Sur le fond, le Tribunal fédéral a examiné les règles applicables en matière de transcription à l'état civil et de reconnaissance d'une décision étrangère relative à la filiation et a déterminé le droit applicable, au regard du droit international privé. Le Tribunal fédéral a décidé que les actes de naissance étrangers basés sur la maternité de substitution ne sont pas reconnus en Suisse. Au lieu de cela, la question de savoir qui sont les parents de l'enfant est jugée selon le droit suisse. Ainsi, la mère de substitution qui accouche est considérée en Suisse comme la mère juridique de l'enfant. Le lien de filiation avec le père génétique d'intention doit être établi par une reconnaissance de paternité, ce qui suppose que la mère porteuse ne soit pas mariée. La mère d'intention, qu'elle soit ou non apparentée génétiquement, doit adopter l'enfant en Suisse. Jusqu'à cette adoption intrafamiliale de l'enfant du conjoint par la mère génétique d'intention, la mère juridique est la mère porteuse ; elle est titulaire de l'autorité parentale *exclusive* et l'enfant reçoit son nom lors de l'enregistrement (art. 298a, 298b et 270a CC).

2. Pas de cas de transcription à l'état civil

Le Tribunal fédéral examine tout d'abord les règles de droit international privé en rapport avec la transcription à l'état civil. Ce moyen peut être utilisé aux conditions de l'art. 32 LDIP (qui renvoie aux conditions des art. 25 ss LDIP). Il intervient lorsqu'une décision étrangère ou déclaration formatrice est reconnue dans l'ordre juridique suisse par l'autorité cantonale de surveillance² (consid. 4.1). Lorsqu'il s'agit, comme en l'espèce, de l'enregistrement d'une naissance survenue à l'étranger, la transcription de la naissance entraîne l'inscription de la personne concernée dans les registres de l'état civil.

Dans le même temps, la transcription entraîne l'inscription des liens de filiation établis *ex lege* à la naissance ou par acte juridique, conformément au droit applicable³. L'acte de naissance, qui constate uniquement un lien de filiation établi *ex lege*, se distingue d'une décision ou d'un autre acte juridique qui génèrent une situation juridique ou la modifie⁴. Dans le cas d'espèce, les parents d'intention sont les parents légaux *ex lege*, c'est-à-dire directement fondés sur la législation géorgienne, et un lien de filiation avec la mère de substitution est exclu *ex lege* (art. 143 *Law of Georgia on HealthCare*). La Géorgie considère qu'il n'y a pas d'intérêt à agir en justice.

Même en cas de filiation par la naissance (art. 66 à 70 LDIP), une simple transcription de liens de filiation étrangers ne relève pas de l'art. 70 LDIP, qui règle la reconnaissance des décisions étrangères⁵. En revanche, lorsque l'inscription se fonde sur une décision, c'est sur celle-ci que se base une éventuelle inscription dans les registres suisses de l'état civil, et non sur l'extrait du registre de l'état civil⁶. Pour les liens de filiation établis *ex lege* le droit applicable désigné par l'art. 68 LDIP est déterminant⁷ (consid. 4.2).

En cas de recours à la maternité de substitution⁸, les règles concernant la filiation par naissance s'appliquent : il faut alors procéder à une reconnaissance d'une décision étrangère et éventuellement à l'appréciation du droit applicable (art. 70, resp. 68 et 69 LDIP). Ainsi, contrairement à l'avis des recourant-e-s, la procédure suivie par l'instance inférieure ne constitue pas une violation du droit (consid. 4.3).

3. Pas de décision susceptible d'être reconnue en vertu de l'art. 70 LDIP

Le Tribunal fédéral examine si, en l'espèce, il existe une décision géorgienne susceptible d'être reconnue en vertu de l'art. 70 LDIP (consid. 5). En Géorgie, la maternité de substitution est autorisée, conformément à l'art. 143 de la loi géorgienne sur la protection de la santé du 10 décembre 1997⁹. Le droit géorgien relatif à la maternité de substitution, comme les cas

² SIEGENTHALER, *Das Personenstandsregister*, 2013, N 185.

³ SIEGENTHALER, *op. cit.*, N 82.

⁴ BUCHER, *Commentaire romand, LDIP/CL*, 2011, *ad art.* 33 LDIP, N 20.

⁵ KURT SIEHR/MARKUS, *Zürcher Kommentar zum IPRG*, 3e éd. 2018, *ad art.* 70 LDIP, N 16 ; SCHWANDER, *Basler Kommentar, Internationales Privatrecht*, 4^e éd. 2021, *ad art.* 70 LDIP, N 3 ; BUCHER, *op. cit.*, *ad art.* 70 LDIP, N 4.

⁶ JAMETTI GREINER, *Der Begriff der Entscheidung im schweizerischen internationalen Zivilverfahrensrecht*, 1988, p. 234, 236 ; cf. ATF 141 III 312, consid. 3.1 et 4.3.

⁷ Entre autres, SIEGENTHALER, *op. cit.*, N 82.

⁸ Ou à une pratique selon laquelle une femme conçoit l'enfant par procédé de PMA et le remet à des tiers de façon permanente après la naissance, cf. ATF 141 III 312, consid. 4.2.1.

⁹ *Law of Georgia on Health Care*, in : www.matsne.gov.ge.

russe et ukrainien¹⁰, prévoit que les père et mère d'intention sont automatiquement père et mère juridiques¹¹, avec les responsabilités et les pouvoirs qui en découlent. De son côté, la mère porteuse n'a pas le droit d'être reconnue comme mère juridique de l'enfant, ce qui est confirmé par la doctrine en tant que clause impérative¹² (consid. 5.1). L'enregistrement de l'enfant né-e par gestation pour autrui, selon l'art. 30 de la loi géorgienne sur l'état civil¹³ en relation avec le décret n° 18 du ministre géorgien de la Justice du 31 janvier 2012, a lieu sur présentation de certains documents, notamment le contrat de maternité de substitution notarié entre les parents d'intention (génétiques en l'espèce) et la mère porteuse, ainsi qu'une confirmation de l'institution médicale concernant l'implantation d'embryons¹⁴. Il n'en demeure pas moins que l'enfant reçoit *ex lege* les parents d'intention en tant que parents légaux, ce qui exclut un lien de filiation avec la mère porteuse.

Selon le Tribunal fédéral, l'absence de parentalité de la mère de substitution n'est pas établie par décision, mais *ex lege*, et n'est pas évoquée dans les registres de l'état civil. Partant, la filiation à l'égard de la mère de substitution n'est pas régie par l'art. 70 LDIP, faute de décision au sens de cette disposition¹⁵ (consid. 5.2). Le fait que la notion de « décision » au sens de l'art. 25 LDIP soit interprétée de manière large par la doctrine, ou que la jurisprudence ait admis une convention de divorce privé convenu à l'étranger comme une « décision » au sens de l'art. 65 LDIP (ATF 122 III 344, consid. 3 et 4), ne change rien à cette conclusion. En plus, le contrat de maternité de substitution conclu en l'espèce ne saurait être qualifié de décision selon l'art. 70 LDIP, sans une participation importante des autorités¹⁶.

4. Droit de l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant est applicable

Ainsi, en l'absence d'une décision établissant le lien de filiation, le Tribunal fédéral examine le droit applicable, selon le droit international privé, qui permettrait d'établir ce lien de filiation. L'établissement, la constatation et la contestation de la filiation sont régis par le droit de l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant (art. 68 al. 1 LDIP). On entend par résidence habituelle le centre des relations personnelles (voir art. 20 al. 1 let. b LDIP et les critères issus des conventions de La Haye). En général, la résidence habituelle de l'enfant coïncide avec le centre de vie du père ou de la mère. S'agissant des nouveaux-nés, les liens familiaux avec le père ou la mère qui s'occupe de l'enfant sont des indices décisifs. Les liens de la mère avec un pays englobent en principe l'enfant¹⁷. La date de naissance est le moment déterminant (art. 69 al. 1 LDIP) (consid. 6.1). Une présence de plusieurs mois, en principe de six mois, crée une résidence habituelle. Il est donc logique de situer la résidence habituelle des enfants nouveaux-nés là où ils séjourneront dans un proche avenir¹⁸. La résidence habituelle ne résulte pas seulement des circonstances de fait reconnaissables de l'extérieur (durée du

¹⁰ DUTTA, Künstliche Fortpflanzung in "Anbieterrechtsordnungen" – ein Blick über Europa, in : Dutta/Schwab, Künstliche Fortpflanzung und europäisches Familienrecht, 2015, p. 362.

¹¹ "If a child is born, the couple shall be deemed as parents".

¹² KARIAULI, Surrogacy and its Legal Consequences According to the Legislation of Georgia, European Scientific Journal, 12/2016, Special Ed., p. 216.

¹³ Law of Georgia on Civil Status Acts du 20 décembre 2011.

¹⁴ KARIAULI, *op. cit.*, p. 218.

¹⁵ SIEHR/MARKUS, *op. cit.*, ad art. 70 LDIP, N 29 ; TIFFANE STEGMÜLLER, Procréation médicalement assistée transfrontière et filiation de l'enfant, 2020, N 599.

¹⁶ SIEHR/MARKUS, *op. cit.* ad art. 70 LDIP, N 29 ; JAMETTI GREINER, *op. cit.*

¹⁷ ATF 129 III 288, consid. 4.1.

¹⁸ Cf. dans le même sens : DUTOIT, Droit international privé suisse, 5^e éd. 2016, ad art. 68 LDIP, N 5.

séjour et relations créées), mais aussi de la durée probable du séjour et de l'intégration à laquelle on peut s'attendre de ce fait¹⁹. Lorsque, comme en l'espèce, les parents d'intention s'occupent dès la naissance des deux enfants et ont prévu de rentrer à brève échéance dans l'Etat de leur propre centre de vie, la résidence habituelle des enfants né-es d'une mère de substitution se trouve dans cet Etat, *i.c.* en Suisse (consid. 6.2).

Une autre solution n'est pas envisageable *de lege lata* selon le Tribunal fédéral (consid. 6.3 *in extenso*). En effet, le seul fait d'être né-e dans un pays ne suffit pas à y établir une résidence habituelle. Le but du rattachement à la résidence habituelle (art. 68 al. LDIP) est précisément le rattachement à la sphère juridique et sociale dans laquelle l'enfant et les parents vivent effectivement²⁰ (consid. 6.3.1). Une résidence simple peut être déterminante uniquement si la résidence habituelle fait défaut, question qui ne se pose pas ici, mais lorsque le voyage de retour des parents vers le centre de vie n'est pas possible²¹ (consid. 6.3.2). Certains auteurs proposent parfois de lier le droit applicable à la filiation (art. 68 al. 1 LDIP) à la résidence habituelle de la femme qui accouche ou de la mère porteuse²². Selon le texte légal, c'est toutefois l'enfant qui est au centre du lien de rattachement, et non la mère porteuse (ce qui correspondrait en réalité à un rattachement au droit de la filiation de l'Etat de naissance ou de l'Etat d'enregistrement). Un tel rattachement ou d'autres rattachements alternatifs²³ reviennent à des propositions *de lege ferenda* (consid. 6.3.3). Le rattachement subsidiaire au droit d'origine commun (art. 68 al. 2 LDIP), étant donné le caractère binational de la mère²⁴, n'entre pas non plus en considération (consid. 6.3.4).

Lorsque, comme en l'espèce, le droit suisse est applicable, le principe « *mater semper certa est* » trouve application, si bien que la femme ayant donné naissance (« mère de substitution ») est la mère juridique (art. 252 al. 1 CC)²⁵. La compatibilité de la parentalité des parents d'intention avec l'ordre public suisse n'a ainsi pas d'importance, car c'est le droit suisse qui est déterminant, alors que l'art. 17 LDIP présuppose l'application du droit étranger (consid. 6.4).

5. Le lien de filiation établi avec le père par contrat de substitution à l'étranger est reconnaissable (consid. 7)

La reconnaissance de l'enfant (établie avec le père d'intention et génétique) intervenue à l'étranger est régie, en Suisse, par l'art. 73 LDIP. La reconnaissance peut ainsi être faite si elle est valable selon le droit de la résidence habituelle de l'enfant, selon son droit national, selon le droit du domicile ou selon le droit national de la mère ou du père et conformément au droit applicable désigné (art. 72 al. 1 LDIP)²⁶ (consid. 7.1).

¹⁹ Arrêts du TF 5A_293/2016 du 8 août 2016, consid. 3.1 ; 5A_933/2020 du 14 avril 2021, consid. 1.1.

²⁰ Message du 10 novembre 1982 relatif à la LDIP, FF 1983 I 367 ch. 242.2.

²¹ DUDEN, *Leihmutterchaft im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht*, 2015, p. 13, 105.

²² SIEHR/MARKUS, *op. cit.*, ad art. 70 LDIP, N 29.

²³ Cf. BUCHER, *op. cit.*, ad art. 68 LDIP, N 24.

²⁴ Cf. art. 23 al. 2 LDIP; DUTOIT, *op. cit.*, ad art. 68 LDIP, N 4.

²⁵ FOUNTOULAKIS, L'impact de la procréation médicalement assistée sur l'établissement et la destruction du lien de filiation, *FamPra* 2011 p. 261.

²⁶ Entre autres, DUTOIT, *op. cit.*, ad art. 73 LDIP, N 1 ; SCHWANDER, *op. cit.*, ad art. 73 LDIP, N 3 ; SIEHR/MARKUS, *op. cit.*, ad art. 73 LDIP, N 7. L'autorité suisse vérifie si la reconnaissance d'enfant était valable selon le droit de

Selon l'OFJ, le droit suisse permet exceptionnellement de voir dans un contrat de maternité de substitution authentifié par un notaire une reconnaissance d'enfant, étant toutefois exclue une reconnaissance par procuration et celle qui contourne l'ordre juridique suisse est en principe contraire à l'ordre public (consid. 7.2). *In casu*, l'instance précédente a vu dans le contrat de maternité de substitution une reconnaissance des enfants par le père d'intention génétique valable selon le droit suisse. Ce point n'est pas remis en cause devant le Tribunal fédéral (consid. 7.3).

De lege lata, il n'est toutefois pas possible d'admettre une reconnaissance par la mère d'intention (consid. 7.4. *in extenso*). En effet, l'argumentation des recourant·e·s selon laquelle l'établissement du lien de filiation maternelle selon le droit suisse doit être ignoré afin d'admettre une reconnaissance de l'enfant par la mère d'intention, procédure inconnue en droit suisse, ne trouve pas *de lege lata* de fondement suffisant, ceci malgré le lien génétique existant entre eux²⁷ (consid. 7.4.1). Les recourant·e·s soulèvent une autre argumentation : leur parenté a été enregistrée en Turquie, conformément à l'acte de naissance géorgien, malgré le fait que le droit turc applique également le principe *mater semper certa est* et interdit la maternité de substitution²⁸. Le Tribunal fédéral admet qu'une reconnaissance d'enfant effectuée à l'étranger peut être reconnue en Suisse lorsqu'elle est valable selon le droit national des enfants et des parents d'intention (art. 73 al. 1 LDIP), c'est-à-dire, *i.c.* selon l'ordre juridique turc. Néanmoins, il n'est nullement allégué par les recourant·e·s qu'une reconnaissance de la maternité de la mère d'intention selon l'ordre juridique turc serait susceptible d'être reconnue en Suisse ; ce point n'est donc pas examiné (consid. 7.4.2).

6. Conformité constitutionnelle et conventionnelle

Enfin, selon la jurisprudence de la CourEDH relative à l'art. 8 CEDH, la mère d'intention doit (aussi) avoir une possibilité d'obtenir la parentalité juridique, lorsque l'enfant a été conçu·e avec le sperme du père d'intention et les ovules d'une donneuse, et porté·e par une mère porteuse. Il n'est en principe pas nécessaire que la mère d'intention soit considérée *ab initio* comme mère juridique, il suffit qu'elle puisse, comme le père d'intention génétique, obtenir ce statut ultérieurement par d'autres moyens, comme par l'adoption de l'enfant, pour autant que l'intérêt supérieur de l'enfant soit préservé et que la procédure soit effective et rapide²⁹. *In casu*, il n'y a ni violation de l'interdiction de la discrimination (art. 8 al. 2 Cst. ; art. 14 *cum* art. 8 CEDH) (consid. 8.3), ni une violation de la CEDH par le principe *mater semper certa est* (consid. 8.4)³⁰. Il n'y a en l'espèce pas de violation de la CEDH, dès lors qu'une adoption par la mère d'intention reste possible³¹ (art. 264 ss CC). Quant au père d'intention, sa

l'Etat en question, c'est-à-dire si elle répond aux exigences matérielles et formelles, et si elle peut donc produire des effets en Suisse ; cf. SCHWANDER, *op. cit.*, ad art. 73 LDIP, N 2.

²⁷ MEIER/STETTLER, Droit de la filiation, 6^e éd. 2018, ad art. 252 CC, N 9, 11.

²⁸ Cf. Conseil de l'Europe, Comité de bioéthique, Maternité de substitution, Questionnaire, DH-BIO/INF [2016] 4 Addendum, 30 novembre 2021, p. 21, 55 et 64ss ; POROY, Crossborder Surrogacy under Turkish Law, Nomos n° 42 [Institute of Legal Studies, Kansai University], 2018, p. 34.

²⁹ CEDH, Avis consultatif du 10 avril 2019, no P16-2019-001, §§ 35 ss, 47 ss, 52 et 55 ; confirmé dans l'arrêt de la CourEDH du 16 juillet 2020, D. c. France, no 11288/18, §§ 50 ss, 58 ss et 64, ainsi que dans l'arrêt de la CourEDH du 19 novembre 2019, C. et E. c. France, nos 1462/18 et 17348/18, §§ 37 ss.

³⁰ Arrêt de la CourEDH du 18 mai 2021, *Fjölvisdóttir c. Islande*, no 71552/17, §§ 64 et les renvois cités.

³¹ Les recourant·e·s critiquent toutefois la longueur de la procédure. L'autorité précédente a retenu les conditions de ménage commun de plus de trois ans (art. 264c al. 2 CC), de consentement postnatal de la mère porteuse (art. 265a CC), mais aussi que l'adoption de l'enfant du conjoint requiert au moins une année de

reconnaissance des enfants effectuée à l'étranger est reconnue en Suisse. Il exerce donc l'autorité parentale (art. 296 CC) et la mère d'intention (en tant qu'épouse) peut donc l'assister et le représenter dans ce devoir (art. 278, 299 CC)³².

Même si l'autorité de protection de l'enfant devait être saisie (art. 298b CC), l'éloignement des enfants de leur milieu familial ne se justifierait de toute façon qu'en cas de danger (cf. art. 8 CEDH ; ATF 141 III 312, consid. 6.4.1) et le maintien des enfants en Suisse ne fait aucun doute. L'intérêt supérieur et les droits des enfants sont donc suffisamment garantis (art. 11 Cst. ; art. 3 et 7 CDE) selon le Tribunal fédéral (consid. 8.5 et 8.6). Au surplus, il revient à l'autorité législative de régler la divergence entre parentalité génétique, biologique et sociale, ce que le Tribunal fédéral a déjà souligné (ATF 144 III 1, consid. 4.4.1, 4.4.3 ; voir ég. Le rapport du Conseil fédéral du 17 décembre 2021 sur la nécessité de réviser le droit de l'établissement de la filiation – postulat 18.3714) (consid. 8.7).

Au vu de ce qui précède, le Tribunal fédéral retient que la décision litigieuse ne constitue pas une violation du droit et rejette dès lors le recours (consid. 9 et 10).

III. Analyse

1. Rappel de la *ratio legis*

Tout d'abord, nous nous permettons de rappeler la *ratio legis* selon le Message du Conseil fédéral 1996³³ de l'interdiction de la gestation pour autrui. Le *ratio legis* de l'interdiction de la gestation pour autrui (à l'époque l'art. 24^{novies} Cst., aujourd'hui l'art. 119 al. 2 Cst.)³⁴ est de prévenir une instrumentalisation de la femme concernée (soit la « mère de substitution », cf. *chiff.* 2). En outre, l'interdiction a aussi été décidée en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant (cf. *chiff.* 3). Le troisième argument central du législateur est que les pays entourant la Suisse, notamment la France, l'Italie, l'Allemagne et l'Autriche (mais aussi la Suède, le Royaume-Uni et les Pays-Bas) adoptent également une telle interdiction (cf. *chiff.* 4)³⁵.

A l'opposé, mentionnons, sans le commenter toutefois, que certains auteur·e·s considèrent que l'état actuel des règles suisses relatives à la PMA et l'interdiction du recours à la mère de substitution amènent à ce que des parents décident de se rendre à l'étranger pour avoir recours à une mère de substitution (tourisme procréatif), ce qui peut amener à des dérives³⁶.

soins et d'éducation (art. 264 al. 1 CC). La jurisprudence de la CourEDH ne fixe pas de durée minimale, car il s'agit en premier aux autorités nationales d'apprécier la situation pour concrétiser un lien de filiation, mais l'autorité d'adoption doit s'imposer une certaine célérité (cf. BUCHER, La résidence habituelle, in : Fountoulakis/Jungo (éd.), La procédure en droit de la famille, 2020, p. 89, 90.

³² BOILLET/ DE LUZE, Les effets de la gestation pour autrui, pp. 143.

³³ Message BBL 96.058. du 26 Juin 1996, p. 26, 253 s.

³⁴ Ibid., voir d'ailleurs : SANDRA HOTZ, Selbststimmung im Vertragsrecht, unter besonderen Berücksichtigung von Verträgen zu « Liebe », Sex und Fortpflanzung, Bern 2018, pp. 338.

³⁵ Message BBL 96.058. du 26 Juin 1996, p. 253 ; voir aussi rapport du Conseil fédéral du 29 novembre sur la gestation pour autrui, 2013, pp. 1–39.

³⁶ CLOTILDE BRUNETTI-PONS, Le « tourisme procréatif », porte ouverte au trafic d'enfants et à l'exploitation de la misère ?, in : Les cahiers de la justice 2016/2, Paris 2016, p. 249 ss ; MICHELLE COTTIER, Elternschaft im Zeitalter der globalisierten Biotechnologie : Leihmutterchaft, Eizell- und Embryonenspende im Rechtsvergleich, in : Schwenzer/Büchler/Frankhauser, Siebte Schweizer Familienrechtstage, Berne 2014, p. 9 ; voir déjà OLIVIER

Cette analyse va choisir trois perspectives, sans prétendre à l'exhaustivité, sachant que la décision a déjà été critiquée par d'autres³⁷, de la *ratio legis* de l'interdiction de la gestation pour autrui, soit 1) la protection de la femme concernée ; 2) les intérêts prépondérants des enfants et les éventuelles obligations positives de l'Etat et 3) le principe de la non-discrimination.

2. La femme concernée est devenue *objet du droit suisse*

Par rapport à la femme concernée, qui a accouché de deux enfants dans son pays³⁸ et qui n'avait jamais eu l'intention de devenir mère de ces enfants³⁹, ce qui est tout à fait licite dans son pays, il faut contester que cet arrêt étranger (de sa perspective) l'ait rendu *contre sa volonté mère juridique de deux enfants, qui vivent maintenant en Suisse avec leurs parents d'intention*. De plus, les enfants en Suisse *portent son nom (E.)* selon la règle de l'art. 270a CC. Et elle détient en plus *ex lege l'autorité parentale exclusive* ; éventuellement partagée avec un homme (le père d'intention), avec lequel elle n'a peut-être pas d'envie d'être en contact, ou du moins cela n'a jamais été prévu et elle n'a jamais donné son consentement à un tel régime familial. Pour que le père d'intention ait la parentalité exclusive, il faudrait d'abord qu'une procédure soit effectuée en Suisse.

Dans le cas d'espèce, la femme concernée vit dans un pays de l'Ouest-Europe. Certaines questions cruciales et pratiques se posent avec une telle distance géographique : comment le père d'intention juridique peut-il maintenir la communication avec elle ? Comment procéder avec l'autorité parentale, si la communication avec elle n'est pas possible ? Comment régler les questions d'éducation et de soins, etc., de tous les jours, dans un cadre juridique ? Le Tribunal fédéral semble accorder toute confiance aux parents d'intention par rapport aux enfants.

Imaginons un moment que la femme concernée soit une ressortissante ukrainienne et vive dans le pays en guerre ? Ou qu'elle soit mariée ? Dans l'hypothèse où la femme concernée était mariée, est-ce que le Tribunal fédéral aurait déclaré deux ressortissants étrangers comme parents juridiques en Suisse, tout en laissant vivre les enfants avec leurs parents d'intention et génétiques, sachant que ces derniers n'auraient alors aucun statut juridique (car une séparation de la vie familiale constituerait sans doute dans ce cas une violation de l'art. 8 CEDH et de la jurisprudence de la CourEDH) ? Imaginons encore que le mari de la femme concernée se soit opposé à une future adoption par les parents d'intention, que se passerait-il ?

En résultat, la femme concernée, qui est sujet principal de la protection matérielle des règles suisses contre la gestation pour autrui, ne semble guère protégée par les (simples) règles de droit de collision et par l'interprétation du Tribunal fédéral. En effet, il faut constater que ses

GUILLOD, NOÉMIE HELLE, Les voyages forment la jeunesse ou Tourisme et procréation médicalement assistée, in : Bohnet/Wessner (éd.), Mélanges en l'honneur de François Knoepfler, Bâle 2005, p. 431 ss, 437.

³⁷ Notamment par LÉANDRE LOACKER, Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, 4. Abteilung, Entscheid vom 14. Mai 2020 i. S. Bundesamt für Justiz gegen A, B, C, D, E - VB.2019.00829, VB.2019.00833 FamPra.ch 2020/4, Nr. 54, pp. 992 ; ANDREAS BUCHER, Mater semper certa est en Géorgie, Jusletter 16 mai 2022 ; LORÈNE ANTHONIOZ, La filiation des enfants nés d'une GPA à l'étranger, Jusletter 23 mai 2022 ; voir aussi sur les aspects LDPI : MONTISANO/UEBERSAX, Die Leihmutterchaft im Migrationsrecht, SJZ 2020, 595 ss, 597.

³⁸ Sans connaître les raisons du Tribunal fédéral et/ou avoir vu la plainte des requérants·es.

³⁹ Le terme « mère de substitution » est donc clairement faux, même suggestif.

intérêts ne sont pas du tout discutés dans cet arrêt et qu'elle n'a pas non plus été auditionnée (alors qu'elle était aussi requérante), dans aucune des procédures des trois instances. Une des personnes les plus vulnérables (selon *le ratio legis*) est de ce fait devenue *invisible par la jurisprudence suisse*. On pourrait dire qu'une instrumentalisation est ainsi devenue réelle, elle est objet des règles du droit international privé suisse et de l'argumentation des juristes.

La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes de 1979, en vigueur en Suisse dès 1997, prévoit que toutes les femmes décident « *librement et en toute connaissance de cause du nombre et de l'espacement des naissances et d'avoir accès aux informations, à l'éducation et aux moyens nécessaires pour leur permettre d'exercer ces droits* » (Art. 16 let. e CEDEF)⁴⁰. Cette disposition est à notre avis gravement violée par cette décision, également sous l'angle de sa vie privée selon l'art. 8 CEDH et l'art. 13, 10 al. 2 Cst. En effet, il paraît inadmissible au regard de la liberté personnelle et familiale qu'un Etat tiers impose à une femme de devenir mère juridique d'un-e enfant alors qu'elle ne le souhaite pas et alors même qu'elle a décidé librement de donner uniquement naissance à des enfants au bénéfice de tierces personnes, en conformité avec les règles de son pays, et en toute conscience et volonté que les enfants aient pour parents les parents d'intention.

En plus, il existait une simple possibilité pour le Tribunal fédéral de respecter la volonté et les droits de la femme vulnérable concernée en interprétant le contrat de gestation pour autrui (licite en Géorgie) comme une déclaration de volonté de la part de la mère qui a accouché de renoncer à ses propres droits parentaux ; comme il a accepté de le faire pour le père d'intention, voir *chiff.* 3. En droit suisse, une femme qui a accouché peut consentir à l'adoption de son enfant (art. 265a CC), de sorte que cette déclaration de renoncer à l'enfant n'est pas contraire à l'ordre public.

3. L'intérêt prépondérant des enfants – jurisprudence en évolution (art. 3 CDE, art. 11 Cst.)

a. L'intérêt prépondérant de l'enfant dans les cas de gestation pour autrui

Lors d'une demande de reconnaissance d'une décision établissant la parentalité juridique, l'enfant est déjà vivant-e et cohabite avec ses parents d'intention, sans que sa filiation juridique avec ses parents d'intention ne soit instituée dans leur État de résidence⁴¹. Conformément à l'article 3 CDE⁴², dans toutes les actions (et autres procédures) concernant les enfants, « *l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale* ». Cela s'applique *a fortiori* aux procédures dans lesquelles les éventuels conflits d'intérêts sont étroitement mêlés aux questions relatives au droit au respect de la vie familiale et où les intérêts de l'enfant peuvent diverger de ceux du parent. Ce principe est universellement accepté et protégé par la Convention⁴³. L'intérêt prépondérant (*best interest*) de l'enfant

⁴⁰ Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du 18 décembre 1979, entrée en vigueur pour la Suisse le 26 avril 1997, RS 0.108 ; voir HERTIG RANDALL/HOTTELIER/LEMPEN (éd.), MARIE-LAURE PAPAUX VAN DELDEN, Art. 16 CEDF N 94, Genève/Zurich/Bâle 2019.

⁴¹ Arrêt CourEDH Mennesson c. France, § 96 ; Arrêt Paradiso v. Campannelli c. Italie, § 166 ; STEGMÜLLER, p.179

⁴² Convention relative aux droits de l'enfant, conclue à New York le 20 novembre 1989, entrée en vigueur pour la Suisse le 26 mars 1997, RS 0.107.

⁴³ General Comment n° 14 (2013) du Comité des droits de l'enfant sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit pris en considération de manière primordiale (article 3 § 1), du 29 mai 2013 ; Arrêt CourEDH *Vavříčka et autres c. République tchèque*, GC, du 8 avril 202, 1, nos 47621/13 et 5 autres, §287 ; Arrêt CourEDH *Neulinger et Shuruk c. Suisse*, GC, du 06.07.2010, no. 41615/07, § 135. cf. Avis consultatif relatif à la

(art. 3 CDE, art. 11 Cst.) est en principe incontesté par le Tribunal fédéral et la doctrine⁴⁴. D'ailleurs, le droit de l'enfant d'avoir des parents qui prennent soin de lui (art. 8 CEDH) et son droit à connaître ses origines (art. 7 CEDH) sont aussi reconnus⁴⁵.

Sur la nécessité de protéger les intérêts des enfants dans des affaires de reconnaissance de la filiation établie à l'étranger avec les parents d'intentions, la doctrine a déjà beaucoup écrit ; il n'est pas nécessaire de le répéter. Mais un point qu'il nous paraît pertinent d'ajouter ici : ces dernières années, les pays autour de la Suisse ont eu une évolution significative dans la manière de protéger mieux les intérêts des enfants dans ces procédures de reconnaissance, dès l'année 2015 (ATF 141 III 312, 328).

Notamment *la France*, qui interdit, comme la Suisse, la gestation pour autrui (art. 16-7, art. 16-9 Code civil français) et qui est à l'origine des premiers arrêts en la matière devant la CourEDH, à savoir *Mennesson et Labbassé*, rendu en 2014⁴⁶ (le Tribunal fédéral s'est penché sur ces deux arrêts en 2015, TF 141 III 312, 328) a admis dans l'intervalle complètement la transcription de l'acte de naissance étranger d'un enfant né par gestation pour autrui établissant sa filiation *avec deux pères* en 2019⁴⁷.

En Allemagne, notamment les arrêts de la Cour Suprême civile (*Bundesgerichtshof*) du 10.12.2014⁴⁸ et du 20.03.2019⁴⁹ sont importants, dans le sens que le premier a reconnu – à la différence de la jurisprudence suisse (mais extrêmement similaires dans les faits, ATF 141 III 312)⁵⁰ – *les deux parents d'intention* (pas seulement le père génétique) par but de la

reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation légal entre un enfant né d'une gestation pour autrui à l'étranger et la mère d'intention, requête no. P16-2018-001.

⁴⁴ Rapport du groupe d'expert-e-s, N 59 s.

⁴⁵ ATF 134 III 241, consid. 5.2 ; Arrêt CourEDH *Godelli v. Italie* du 25 septembre 2012, no. 3378/09, §§ 52.

⁴⁶ No. 65192/11 et 65941/11.

⁴⁷ Arrêt de la Cour de cassation française, civile, Chambre civile, du 18 décembre 2019, no. de pourvoi 18-11.815, n°18-12.327, p. 8-14 cf. <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000039692121> (26.06.2022), § 12 « au regard des mêmes impératifs et afin d'unifier le traitement des situations, il convient de faire évoluer la jurisprudence en retenant qu'en présence d'une action aux fins de transcription de l'acte de naissance étranger de l'enfant, qui n'est pas une action en reconnaissance ou en établissement de la filiation, ni la circonstance que l'enfant soit né à l'issue d'une convention de gestation pour autrui ni celle que cet acte désigne le père biologique de l'enfant et un deuxième homme comme père ne constituent des obstacles à la transcription de l'acte sur les registres de l'état civil, lorsque celui-ci est probant au sens de l'article 47 du code civil [...] alors 3°/ que le refus de transcrire sur les registres d'état civil la filiation envers le parent d'intention mentionnée dans l'acte de naissance étranger, au prétexte que cette filiation n'est pas consacrée par une adoption de sorte qu'elle ne correspondrait pas à la réalité au sens de l'article 47 du code civil (= l'état civil, qui était révisé après l'arrêt) discrimine les enfants nés à l'étranger après la conclusion d'une convention de gestation pour le compte d'autrui par rapport aux enfants nés à l'étranger sans la conclusion d'une telle convention, les premiers enfants devant, à la différence des seconds, faire 6 sur 21 l'objet d'une adoption par un de leurs deux parents pour que leur filiation envers ce parent établie par leur acte de naissance étranger soit reconnue en France ; qu'il en résulte que l'article 47 doit être écarté et que la transcription complète de leur acte de naissance doit être ordonnée ; [...] comme parent en l'absence d'adoption, la cour d'appel a violé l'article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. »

⁴⁸ Beschluss des Deutschen Bundesgerichtshofs (BGH) du 10.12.2014 (BGHZ 230, 153, §§ 34), dont les faits étaient comme tels du TFA 141 III 312 ; confirmé par l'arrêt du 05.09.2018 (XII ZB 224/17, §§ 16) et du 12.01.2022 (XII ZB 142/20).

⁴⁹ BGH du 20.03.2019 (XII ZB 530/17), §§ 19 ; § 26 « résidence simple ».

⁵⁰ HOTZ, AJP 2015, pp.751.

protection de l'enfant et le deuxième arrêt, qui a mis en évidence – comme dans le cas d'espèce – la différence juridique entre une « décision » d'une cour de justice (p.ex. en Californie) et d'une inscription de la parenté dans une « certificat de naissance » (p.ex. en Ukraine) et discute aussi la question de la loi applicable par rapport à la résidence habituelle et la résidence simple (§§ 19, notamment § 26, voir après let. d).

En Autriche, la loi sur la procréation médicalement assistée révisée en 2015, « *Fortpflanzungs-medizingesetz* »⁵¹ après l'arrêt de la CourEDH S.H. et autres c. Autriche du 3 novembre 2012⁵², et l'arrêt de la Cour constitutionnelle de 2013⁵³ en analysant l'arrêt de la CEDH, que deux femmes pouvaient avoir accès à la PMA et elle donnait l'avis au législateur de réviser la loi autrichienne, a construit un cadre légal beaucoup plus clair.

En Italie, dès l'arrêt de la CourEDH Paradiso Campanelli, rendu en 2017, relatif à un cas de gestation pour autrui en Russie, avec des parents d'intention qui ne sont pas des parents génétiques, et qui a porté à des exigences assez sévères la qualification d'une *famille* « *de facto* » dans ce contexte familial⁵⁴. A cet égard, la Cour a tenu compte notamment de la longue durée de la relation ininterrompue des parents d'intention avec l'enfant, de la qualité des liens déjà noués et des liens affectifs étroits tissés avec l'enfant au cours des premières étapes de sa vie.

En revanche, la CourEDH a rendu un arrêt en juillet 2020⁵⁵ contre la France concernant un cas de transcription d'un acte de naissance ukrainien en France avec les deux parents d'intention génétiques, dont la France a enregistré uniquement le père génétique comme parent juridique, et a nié une violation du droit de l'enfant au respect de sa vie privée en vertu de l'article 8 CEDH (§§58), notamment au vu de la célérité des procédures d'adoption de moins de 4 mois (§67). En revanche, la question de la discrimination est restée ouverte, suite au fait que les requérants n'avaient pas déclaré leurs doubles liens génétiques. La Cour n'a pas tranché la question de la violation de l'interdiction de la discrimination dans le sens de l'article 14 combiné à l'article 8 de la CEDH dans sa décision. Finalement, on voit très bien les évolutions dans l'arrêt de la CourEDH, rendu le 7 avril 2022, contre la France, qui traite pour la première fois d'un cas de gestation pour autrui effectuée sur le territoire national français et avec pour résultat que le père génétique et d'intention a reçu au titre de l'art. 8 CEDH un montant de EUR 5'000.-, parce que l'enfant concerné vivait avec d'autres parents d'intention

⁵¹ Bundesgesetzgeberblatt (BGBl) I Nr. 35/2015: Bundesgesetz, mit dem das Fortpflanzungsmedizingesetz, das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, das Gentechnikgesetz und das IVF-Fonds-Gesetz geändert werden (Fortpflanzungsmedizinrechts-Änderungsgesetz 2015 – FMedRÄG 2015).

⁵² No. 57813/00.

⁵³ Du 10 décembre 2013 (G 16/2013, G 44 /2013).

⁵⁴ Du 24. Janvier 2017, no. 25358/12 : après huit mois de durée d'une « vie de famille » (2 mois en Italie, 6 mois en Russie), il n'y existait pas encore une « famille de facto » (§ 153-154, § 158), n'ayant pas d'autre lien de paternité; notamment pas de lien génétique et ni de lien juridique; mais c'est incontesté en principe qu'une « famille de facto » peut être reconnue – étant donné les faits de la liaison personnelle entre parent et enfant, le bien de l'enfant et la durée ; en plus, une violation de la vie privée était en résultat nié aussi, parce que c'était encore proportionnel, que l'enfant soit enlevé aux parents en raison de l'illégalité de la GPA en Italie (§§ 179-216, §§ 200) ; voir CourEDH, Valdis Fjónlisdóttir et al. c. Iceland, application no. 71552/17), 18 mai 2021, § 62.

⁵⁵ *I.D. c. France*, du 16.07. 2020, no. 12288 / 18 : La CourEDH a nié une violation du droit de l'enfant au respect de sa vie privée en vertu de l'article 8 CEDH.

et juridiques depuis déjà plus de six ans, à cause de la mère de substitution qui lui avait fait croire que l'enfant était mort-né.

On peut donc constater que les pays autour de la Suisse ont eu une évolution sur la question et traite la question de la reconnaissance davantage en lien avec l'intérêt de l'enfant. La Cour n'a cependant pas encore traité le cas d'une mère d'intention génétique et la question de l'inégalité de traitement entre la reconnaissance d'un père et d'une mère génétique. Et concernant la voie de l'adoption des enfants concerné-es, les exigences deviennent de plus en plus strictes ; c'est la première fois que la Cour a pris position par rapport à la durée (voir l'avis consultatif no. P16-2018-001, §§ 52-54). Pour rappel, une juridiction nationale ne doit pas suivre le standard minimal de garantir les droits des enfants de la CourEDH.

b. Obligations positives pour la protection des enfants selon l'art. 11 Cst. ?

La question juridique ici intéressante est de savoir si on peut déduire des obligations positives de protection de la Suisse envers les enfants concernés sur la base de l'art. 2 al. 2 CDE (comme, p.ex., pour les enfants de parents détenus)⁵⁶. Des indications en faveur d'une obligation positive des Etats pour la protection des enfants dans le domaine de la santé, notamment la procréation médicalement assistée, sont déductibles de la jurisprudence assez récente du Tribunal fédéral relative à l'art. 11 Cst. et, dans un autre contexte, celle de la pandémie de Covid-19.

L'art. 11 Cst., qui est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1999, a pour objectif d'ancrer dans la Constitution les droits garantis par la CDE⁵⁷, et le premier alinéa dispose que « *les enfants et les jeunes ont droit à une protection particulière de leur intégrité et à l'encouragement de leur développement* », tandis que le deuxième alinéa prévoit que les enfants et les jeunes décident de manière autonome de leurs intérêts strictement personnels lorsqu'ils sont capables de discernement. En inscrivant ces principes dans la Constitution, ces contenus ont été élevés au rang de maximes suprêmes du droit, particulièrement du droit de l'enfant. En revanche, il reste des doutes sur la justiciabilité de l'al. 1 de l'art. 11 Cst., ce qui est pourtant clairement demandé par la doctrine⁵⁸. Dans deux arrêts assez récents,⁵⁹ le Tribunal fédéral s'emploie à « *garantir l'égalité de traitement et l'égalité des chances des enfants et des jeunes* » et à les protéger « *en tant que groupe social* » contre « *toute forme de violence et de traitement dégradant* »⁶⁰.

L'objectif est d'éviter autant que possible la souffrance des enfants, ce qui peut nécessiter, selon notre avis, la mise en place de mesures particulières pour que les enfants puissent avoir des liens de filiation sécurisés et s'épanouir de manière adaptée à leur âge, les protéger sur les plans mental et psychologique, physique et social. L'art. 11 al. 1 Cst. impose également des obligations aux autorités chargées d'appliquer le droit. Selon le Tribunal fédéral (*ibid.*), ce que

⁵⁶ General Comment, Council of Economic and Social, No. 20 (2009), §30 et la CEDH interdit, sur la base de l'art. 14 CEDH, une scolarisation inégale, par exemple des enfants roms, ou un traitement inégal en raison du statut des parents (art. 14 cum art. 8 CEDH), voir notamment Marckx c. Belgique, 17.07. 1997, No. 63374/74 ; Bauer c. Allemagne, 08.01.2018, No. 5318/17.

⁵⁷ ATF 126 II 377, consid. 5b, 5d.

⁵⁸ HOTZ, ed. Kinder im Verfahren, Zurich/St.Gallen 2020, N 4.131 ss, avec d'autres références à la doctrine.

⁵⁹ ATF 144 II 233 ; arrêt du TF du 23 novembre 2021, 2C_183/2021 et 2C_228/2021, tous deux prévus à la publication.

⁶⁰ TF 2C_183/2021 du 23.11.2021, consid. 4.1 – destiné à la publication.

comprend exactement le droit à une protection particulière, qui dépend des circonstances particulières. In casu, les autorités chargées de l'application du droit sont tenues d'appliquer des lois, telles que la loi sur le droit international privé, en faveur de l'art. 11 Cst. et de l'art. 3 CDE. En réalité, elles ne tiennent pas encore suffisamment compte des besoins de protection particuliers des enfants et des jeunes, et de réaliser l'égalité de traitement entre les groupes d'enfants.

c. Quelle interprétation en vue des intérêts prépondérants de l'enfant (dès 2015) ?

Les réticences helvétiques à s'adapter aux évolutions sociétales et juridiques de la vie de famille (familles qui deviennent de plus en plus souvent complexes⁶¹) ne trouvent donc pas vraiment de parallèles dans les pays autour de la Suisse⁶².

Les règles actuelles aboutissent à ce les enfants aient des parents juridiques différents, selon l'État dans lequel ils se trouvent. Aussi, peut-on constater que les intérêts des enfants, autre sujet de protection, ne sont pas mis au centre du raisonnement. En revanche, ce sont « les lieux de naissance » ou « les résidences habituelles » de leur famille qui sont devenus décisifs, bien que tous les États concernés (sauf les États-Unis) aient ratifié la Convention relative aux droits des enfants. Certes, la mère d'intention peut (en théorie) procéder à une adoption en Suisse (art. 264c CC) : mais est-ce raisonnable et proportionné d'infliger tant de procédures dans la perspective de créer un lien de filiation, alors même que la mère d'intention a un lien génétique avec les enfants ? Quand on a légiféré et révisé les règles de l'adoption du Code civil, il y a plusieurs années de cela, le législateur suisse n'a pas pensé à *la nécessité d'adopter un-e enfant génétique propre et à une relation déjà existante ininterrompue dès sa naissance avec la mère d'intention, ainsi qu'à une qualité des liens affectifs déjà profondément noués et étroits*. Ce problème serait conservé même si le droit de l'adoption était révisé dans le futur, en écartant les conditions les plus contraignantes dans cette pratique, e.g., l'année obligatoire de soins et le ménage commun de trois ans (art. 264 CC) et la durée la procédure, qui est trop longue et est différente dans chaque canton⁶³. *De lege ferenda*, il serait sans doute plus sécuritaire de prévoir une procédure de reconnaissance de l'enfant. Et même si, finalement, on trouve (toujours) les moyens dans la pratique pour sécuriser juridiquement les liens de filiations des parents d'intention avec l'enfant (par adoption ou autre), est-ce que ces réticences envers la reconnaissance ne sont pas un peu hypocrites ?

Dans le cas d'espèce, une interprétation en faveur des intérêts prépondérants des deux enfants en vue de toutes ces évolutions aurait été sans autre possible : par exemple, par le rattachement à la résidence simple, qui n'était guère exclut selon la doctrine⁶⁴. L'application du droit de la filiation de l'État de la résidence habituelle de l'enfant selon l'art. 68 LDIP était une décision bien sûr admissible, mais pas du point de vue des intérêts prépondérants des enfants.

⁶¹ L'affaire A.L. contre France du 7 avril 2022, no. 13344/20, §§4-7 concerne une gestation pour autrui sur le propre territoire national.

⁶² Sauf éventuellement en Pologne : voire l'affaire S.-H. contre Pologne du 21 novembre 2021, no. 56846/15, 56849/15.

⁶³ Sur les risques réels que les conditions de l'adoption ne soient pas remplies en pratique, *in extenso* cf. HOTZ, Ehe für alle – Wie weiter ? (Teil 2) SJZ 2020/2 pp.75, p. 76 s.

⁶⁴ BSK-/IPRG-SCHWANDER, art. 68 N 12 ; LOACKER, FamPra, 2020/4, p. 1005 ss avec autre réf.

En outre, certains *jugements cantonaux* ont démontré un usage différent de leur marge d'interprétation dans le sens de l'intérêt prépondérant de l'enfant. Voici quelques exemples :

- Le Tribunal administratif du canton d'Argovie, dans sa décision du 16 novembre 2020 (ZBE.2020.6) rendue aussi dans un cas de gestation d'autrui en Géorgie, avec un don d'ovules, donc avec un père d'intention génétique et une mère d'intention non génétiquement liée, a rendu un verdict avec un résultat égal que dans l'arrêt commenté, mais a raisonné autrement sur la question du certificat de la naissance v. décision (consid. 4.2).
- Le Tribunal administratif de Soleure a décidé, par décision du 18 décembre 2019 (VWBES.2019.213), dans un cas de monoparentalité du père génétique suisse, *que la mère porteuse américaine ne devait pas être inscrite comme mère légale dans le registre d'état civil suisse*, car selon le jugement américain à reconnaître (« *judgement to terminate parental rights* »), fondé sur le Minnesota Statute § 260.301, subd. 1 (a), la mère (de substitution) avait explicitement renoncé à ses droits parentaux. Ainsi, le jugement américain ne serait pas contraire à la règle suisse *mater semper certa est* (art. 252 CC) et donc conforme à l'ordre public (consid. 5.5).

En revanche, il existe aussi des arrêts cantonaux qui suivent le raisonnement adopté dans les arrêts du Tribunal fédéral de 2015⁶⁵.

4. Principe de la non-discrimination

Toutes choses égales doivent être traitées de manière égale en fonction de leur égalité et de manière différente en fonction de leur inégalité (art. 8 al. 1 Cst.). Tandis que le concept juridique d'*égalité formelle* ne peut s'adresser qu'à des inégalités de traitements individuelles et reste donc inadapté à la lutte contre les répartitions sociales de pouvoir et les discriminations structurelles et systémiques, comme le sexisme ou le racisme ; *l'égalité matérielle* s'est développée et vise à obtenir le même résultat. Pour ce faire, cette égalité matérielle peut également être soumise à un traitement inégal sous la forme d'un avantage accordé aux personnes sous-représentées et vulnérables, comme p.ex. les enfants qui naissent par gestation pour autrui et les femmes qui les mettent au monde. De plus, l'interdiction de la discrimination (art. 8, al. 2 et al. 3, première phrase, Cst.) interdit aussi bien les discriminations directes que les discriminations indirectes, qui se fondent certes sur un critère à première vue neutre, mais qui ont un impact incomparablement plus fort sur les personnes concernées⁶⁶.

a) Né-es par PMA vs. né-es de « manière traditionnelle »

Il devrait être incontestable qu'en Suisse *la discrimination entre les différents groupes d'enfants* n'est pas acceptable. Ce que montre bien l'histoire du droit de l'enfant, qui était et est toujours au service d'une meilleure égalité et d'une meilleure protection des enfants, notamment la réforme du droit de l'enfant de 1976/78⁶⁷, qui a conduit à l'égalité des enfants de parents mariés et non mariés, ce qui a été renforcé avec la révision de 2017 de l'entretien

⁶⁵ Arrêt du Tribunal cantonal de Berne du 29. Avril 2020 (ZK20 74) avec une mère d'intention non-génétique et un père génétique et une femme mariée, qui a accouché l'enfant en Floride, Etats-Unis.

⁶⁶ ATF 139 I 169, consid. 7.2.1 ; 138 I 305, consid. 3.3 ; 135 I 49, 53, consid. 4.1.

⁶⁷ Voir MARINA MANDOFIA BERNEY, *Vérités de la filiation et procréation assistée : étude des droits suisse et français*, Genève/Bâle/Francfort-sur-le-Main/Bruxelles 1993, p. 39 ss.

de l'enfant introduisant la contribution de prise en charge destinée à assurer les frais de subsistance du parent gardien, qu'il soit marié ou non⁶⁸. La Convention des droits de l'enfant est valable pour tous les enfants, indépendamment de leur *sexe, origine, nationalité, religion ou langue* (art. 2 CDE)⁶⁹. Cet article est formulé sans équivoque⁷⁰ et est, selon BESSON / KLÉBER, directement applicable en Suisse⁷¹ : il déploie ainsi un effet direct pour les autorités. Toute forme de discrimination est dès lors inadmissible selon l'art. 2 CDE : ni en raison de leur origine nationale ou de leur lieu de naissance, ni en raison du statut matrimonial de leurs parents⁷². Une interdiction de discrimination pour les groupes d'enfants né·e·s par méthodes de procréation médicalement assistées (*in casu* par la gestation pour autrui) par rapport aux enfants qui sont né·e·s par voie de procréation et naissance « traditionnelle » sur territoire suisse, peut donc découler de l'art. 2 CDE.

L'argument du Tribunal fédéral, avancé sans donner des raisons justifiant un traitement inégal « *sie ist nicht staatenlos und wird nicht diskriminiert vor* » (consid. 5.5), n'est pas assez convaincant. Même si la Cour européenne n'a pas retenu d'inégalité de traitement entre l'enfant né·e d'une mère substitution et l'enfant né·e de manière traditionnellement (à l'étranger), car il a été considéré que l'intérêt prépondérant de l'enfant était en jeu sans contrôle étatique,⁷³ *le cas d'espèce est différent, car ce sont des enfants génétiques des parents d'intention nés à l'étranger, qui rentrent en Suisse depuis la Géorgie/Turquie*. Leurs certificats de naissance géorgiens – avec un test ADN (fournit facilement, si demandé) – ne sont guère différents que ceux émis pour des enfants d'un couple suisse né·es en vacances en Géorgie de manière traditionnelle. Comment est-ce que ce dernier couple suisse devrait faire preuve de leur parenté autrement qu'avec un certificat de naissance et un test ADN ?

b) Certificat de naissance vs. décision (art. 70 LDIP)

En outre, l'appréciation du Tribunal fédéral *est différente* si les parents d'intention disposent, en plus de l'acte de naissance, d'une décision de justice, comme c'est par exemple le cas aux Etats-Unis. Selon l'arrêt de principe du Tribunal fédéral de mai 2015, les jugements de paternité (« *parentage orders* ») rendus aux Etats-Unis sont directement reconnus en Suisse en ce qui concerne la non-parentalité de la mère substitution ainsi que la parentalité des parents génétiques d'intention (ATF 141 III 312). Il est donc important de savoir si les parents d'intention détiennent un jugement ou seulement un acte de naissance provenant du pays de naissance. En résultat, les enfants né·e·s par gestation pour autrui, p.ex., aux Etats-Unis et né·e·s en Géorgie, n'ont pas les mêmes possibilités par naissance d'avoir deux parents

⁶⁸ Une autre preuve de l'importance du principe de non-discrimination est l'ouverture de l'accès aux plaintes individuelles des enfants auprès du Comité des droits de l'enfant des Nations unies par le troisième protocole additionnel à la CDE de 2018 : LUHAMAA/SKIVENES/SØVIG, K.H. in : Implementing Article 2 of the United Nations Convention on the Rights of the Child, Skivenes M., Søvig, K.H. (eds.) Routledge 2019.

⁶⁹ Le principe de la non-discrimination est également inscrit à l'art. 2, al. 1 du Pacte social I, qui consacre le droit d'accès non discriminatoire au Pacte I de l'ONU et stipule explicitement pour les enfants que ceux-ci doivent pouvoir exercer leurs droits sans restrictions discriminatoires, par exemple en raison de leur nationalité ou de leur origine.

⁷⁰ « Shall respect and ensure » : SCHMAL - art. 2 CDE N 1 ; BESSON / KLEBER sur l'art. 2 CDE, p. 42.

⁷¹ BESSON / KLEBER, sur l'art. 2 CDE, p. 49.

⁷² ELROD, Citizen Children and Unauthorized Immigrant Parents : Can Best Interest Analysis Relieve Discrimination Based on Status ? chapter 9 In : Implementing Article 2 of the United Nations Convention on the Rights of the Child, Skivenes M., Søvig K.H. (eds.), Routledge 2019.

⁷³ D. c. France, No. 11288/18, du 16.7.2020, §§ 85.

juridiques. L'arrêt démontre bien la complexité de la problématique : d'une part, la transcription à l'état civil (art. 32 LDIP) est impossible selon le Tribunal fédéral, car la filiation découle d'un « autre acte *ex lege* » étranger qui l'établit, car en cas de recours à une maternité de substitution, *les données d'état civil ne font que constater un lien de filiation, mais ne le crée pas*. De l'autre, la reconnaissance de la décision étrangère est également impossible, puisque la simple existence « d'un acte de naissance », voire « d'un contrat de maternité de substitution », ne constitue pas une décision au sens de l'art. 70 LDIP et qu'en Géorgie, aucune décision administrative ou de justice n'est émise lorsque les parents ont recours à une maternité de substitution. Cette différenciation juridique semble tout à fait admissible⁷⁴ en tant que telle, mais est-elle vraiment toujours valable a) au regard des différentes réglementations au niveau international et b) pour correspondre à la *ratio legis* de l'interdiction de la gestation pour autrui ? Il est vrai qu'en droit suisse, l'inscription de la naissance dans le registre d'état civil n'est pas constitutive pour la filiation⁷⁵, mais ce n'est pas nécessairement le cas pour toutes les juridictions, p.ex., en France et en Italie, c'est au contraire bien l'entrée dans le registre qui est constitutive de la filiation. Et si la conséquence de cette jurisprudence est que l'on va dorénavant aussi « fournir les décisions de justice » en pratique, qu'est-ce qui aura changé et se sera amélioré pour la protection des personnes les plus vulnérables (l'enfant et la femme concernée) ?

c) « Contrat de gestation pour autrui » et les effets asymétriques

Comme déjà abordé (*chiff.* 2) dans cette affaire, un contrat de gestation pour autrui a été légalement conclu selon le droit géorgien entre les parents d'intention et la femme concernée. Selon l'OFJ, partie défenderesse devant le Tribunal fédéral, le droit suisse permet exceptionnellement de voir dans un contrat de maternité de substitution *authentifié par un notaire une reconnaissance d'enfant*. En revanche, il serait exclu que la reconnaissance d'enfant (en tant que droit strictement personnel) puisse se faire par procuration. Enfin, les reconnaissances d'enfants qui contournent l'ordre juridique suisse seraient en principe contraires à l'ordre public (consid. 7.2). Dans le cas concret, il n'y a pas de lien de filiation avec un autre père, ce qui est généralement une condition pour une reconnaissance (consid. 7.3). Selon le Tribunal fédéral, il y a *une déclaration de volonté* par rapport à la filiation qui ressort du contrat de gestation pour autrui géorgien entre les parents d'intention et la femme concernée, qui pouvait toutefois se rapprocher d'une reconnaissance d'enfant⁷⁶, comme l'a admis l'instance précédente, ou d'une adoption⁷⁷ (voir consid. 5.3 de l'arrêt).

La question qui se pose est la suivante : pourquoi cette déclaration de volonté est uniquement reconnue dans la perspective du père d'intention génétique, mais ni dans la perspective de la mère concernée (de substitution), qui devrait pourtant être protégée, ni de la mère

⁷⁴ L'auteure principale du présent commentaire s'est également prononcée autrefois en faveur d'une telle différenciation (HOTZ, (K)ein Elternteil – Kritik am ersten Leihmutterchaftsurteil, AJP 2015, pp.751), l'exigence d'un « jugement » étant liée à l'exigence que la question de la filiation se déroule dans un cadre juridique.

⁷⁵ Il y a une obligation de faire l'enregistrement, mais celui-ci n'est pas constitutif (voir l'art. 7 OEC), il a bien plus une portée déclaratoire. En effet, l'établissement de la filiation en Suisse découle directement de la naissance, de la présomption de parentalité de l'époux ou de l'épouse, de la reconnaissance ou d'un jugement (art. 252 CC).

⁷⁶ SIEHR/MARKUS, *op. cit.*, ad art. 73 LDIP, N 14.

⁷⁷ Cf. ATF 141 III 328, consid. 6.6.

d'intention, qui est également parent génétique ? Une raison donnée par le Tribunal fédéral est que ce fait n'a pas été invoqué par les parties, ce qui est juste. On peut tout de même se demander s'il n'y aurait pas eu une obligation *ex officio* de l'autorité compétente, dès lors qu'il s'agit d'une procédure relative au sort des enfants.

En résultat, le pendant maternel (souhaité par toutes les parties) reste régulièrement lié à la reconnaissance de la paternité biologique déjà existante, ce qui crée une dépendance juridique de la femme et mère d'intention à son partenaire/mari, qui est contraire aux pensées d'égalité matérielle.

IV. Quelle voie à prendre ?

Les jugements cantonaux concernant la reconnaissance ou la transcription des droits parentaux des enfants lors de naissances à l'étranger se multiplient, les tribunaux utilisant leur marge d'interprétation dans le sens du bien de l'enfant de manière très différente. Parfois, on arrive à des appréciations juridiques tout à fait orientées vers l'avenir, par exemple le fait que le père, en signant un contrat de maternité de substitution, reconnaisse les enfants de manière prénatale selon l'art. 260 CC. Pourquoi cela ne serait-il pas possible pour la mère d'intention génétiquement prouvée, pour des raisons d'égalité de traitement et par analogie, s'il est également prouvé que la mère (de substitution) qui accouche a renoncé à ses droits parentaux, comme peut le faire une femme qui accouche en Suisse et qui consent à l'adoption de son enfant (art. 256a CC) ? On peut légitimement se le demander.

L'amélioration de l'égalité entre les personnes concernées a été et reste le moteur des révisions du droit des familles effectuées jusqu'à présent : jusqu'alors, seules deux possibilités étaient offertes aux femmes, dans l'ordre juridique suisse, pour établir le lien de filiation avec l'enfant, soit la naissance (art. 252 al. 2 CC) ou l'adoption (art. 264 ss CC). Une nouvelle possibilité voit désormais le jour avec la présomption de parentalité de l'épouse de la mère qui a donné naissance à l'enfant par recours à la PMA (nouvel art. 255a al. 1 CC, qui entre en vigueur le 1^{er} juillet 2022). La Suisse reconnaît dorénavant davantage la maternité sociale. Cette possibilité découle fondamentalement de l'ouverture au mariage pour toutes et tous. Il n'en demeure pas moins que la parentalité sociale fait un pas en avant dans la législation.

Ainsi, on le voit avec cet arrêt, une nouvelle fracture se crée : alors que les couples mariés (homme et femme ou deux femmes) se voient accorder une présomption de parentalité soit pour le mari, soit pour l'épouse de la mère (ce qui est une fiction juridique) ; un père et une mère d'intention mariés qui ont recours à une autre technique de PMA (« mère de substitution ») se retrouvent dans la quasi-totalité des cas avec uniquement le père d'intention qui est le père juridique. Dans la situation d'un mariage entre deux femmes, la mère d'intention (l'épouse de la mère) obtient une parentalité, tandis que dans l'autre situation d'un mariage entre personnes de sexe différent, la mère d'intention (cette fois-ci épouse du mari, qui est en plus la mère génétique !) ne l'obtient pas. Il sied dès lors de se poser réellement la question de savoir s'il n'y a pas une incohérence juridique dans ce cas.

Cette différence pourrait être légitimée en Suisse du fait que le recours à une mère de substitution est interdit (art. 4 LPMA). Néanmoins, cette argumentation ne tient (à nouveau) pas compte des intérêts des enfants. A titre de comparaison, on ne peut décemment pas élargir les droits des enfants dans le contexte de la pandémie de Covid-19 et les réduire dans

un autre contexte, sous l'angle de l'art. 11 Cst. et de l'art. 3 CDE, cela nuit à la crédibilité de la Suisse et à la protection des droits de l'enfant en Suisse.

Un modèle qui donnerait plus de poids aux intérêts des enfants pourrait également être développé : par exemple, une procédure de protection de l'enfant qui se déploierait automatiquement en parallèle de l'ouverture à la possibilité d'un recours à une mère de substitution. Au moins, il faut pouvoir (re)discuter les règles nationales en matière d'adoption, car cette institution juridique n'a pas été créée pour des adoptions d'enfants génétiques propres et les procédures d'adoption en Suisse qui durent plus de 4 mois (et pose d'autres difficultés formelles⁷⁸) seront même difficiles à maintenir en l'état vu la jurisprudence de la CourEDH.

Évidemment, le recours à une mère de substitution pose tout un tas de questions du point de vue éthique : notamment d'inégalités de pouvoirs (financiers, statuts) et de la question de savoir dans quelles mesures une personne qui accouche en tant que « mère de substitution » est libre de décider de manière éclairée et à consentir, mais également des risques des éventuelles perturbations de l'enfant. En revanche, nous partons de l'idée fixe qu'il n'y a, du point de vue des droits strictement personnels, aucun moyen d'obliger une femme, qui a donné naissance, de se séparer de son enfant, sous réserve d'une mesure de protection ordonnée par l'APEA. De même, il n'est pas acceptable, sous l'angle des droits garantis par le droit international, de désigner une mère qui ne veut pas en être une, d'autant plus dans un contexte international, comme en l'espèce. En vertu de l'art. 16 let. e de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et de l'art. 8 al. 3 Cst., le droit du mariage et de la famille, en interaction avec la politique sociale et familiale, a toujours pour mission de compenser ces désavantages.

En revanche, il faut davantage se mettre à la place des personnes concernées, notamment la « mère de substitution » et l'enfant, mais aussi des parents intentionnels.

La maternité de substitution étant interdite en Suisse pour toutes et tous, tant pour les couples de femmes que pour les couples d'hommes, au niveau de la Constitution et de la législation fédérale, il n'y a pas d'inégalité de traitement à cet égard. Toutefois, les couples d'hommes restent indirectement discriminés par rapport à un couple de femmes – du moins jusqu'à ce que l'on invente un substitut technique de l'utérus –, mais cela semble objectivement justifié, car l'implication d'une tierce personne fournissant ce service devrait d'abord être soigneusement réglementée. En outre, les couples d'hommes ne sont pas totalement exclus de la coparentalité (double paternité) par l'adoption conjointe et l'adoption de l'enfant du conjoint qui seront autorisées à l'avenir (depuis le 1^{er} juillet 2022), de sorte que l'inégalité de traitement peut (encore) sembler justifiée sur le plan objectif. Selon le point de vue défendu ici, il est toutefois clair que d'autres mesures juridiques sont nécessaires pour garantir à l'avenir l'absence de discrimination entre les enfants né·e·s par procréation médicalement assistée et celles et ceux conçu·e·s et né·e·s par voie traditionnelle.

Malgré tout, le groupe d'expert·e·s mandaté pour préparer un projet de révision du droit de la filiation estime dans son rapport qu'il conviendrait de reconnaître le lien établi à l'étranger

⁷⁸ Hotz, SJZ 2020.

selon la LIDP⁷⁹ et ils/elles estiment que, par exemple, la reconnaissance de la multi-parenté originaire fondée à l'étranger ne contrevient pas à l'ordre public suisse⁸⁰.

En définitive, le droit international privé a reçu un rôle pour lequel il n'est pas fait. Il ne nous apparaît pas comme adéquat pour la mise en œuvre de l'interdiction de la gestation pour autrui, la prévention générale du contournement de la loi suisse et les mesures prises à cet égard en tant que sanctions des parents d'intention.

⁷⁹ Rapport du Conseil fédéral du 17 décembre 2021, p. 10.

⁸⁰ Recommandations du groupe d'expert·e·s, p. 32.