

Membre de l'université Paris

Alla Dyuka

**La filiation des enfants nés après une assistance
médicale à la procréation dans les Etats de l'ex-
URSS : Russie, Ukraine, Kazakhstan, Biélorussie**

Thèse présentée et soutenue publiquement le 16 décembre 2021 en vue de
l'obtention du doctorat en Droit privé et sciences criminelles de l'Université Paris Nanterre
sous la direction de Madame Aurore CHAIGNEAU (Professeur à l'Université Paris
Nanterre)

Jury* :

Rapporteure	Madame Florence BELLIVIER	Professeur à l'Université Paris Panthéon-Sorbonne
Rapporteur	Monsieur Igor RENZ	Professeur à l'Université Ekaterinbourg, Russie
Membre du jury	Madame Christine BIDAUD	Professeur à l'Université Lyon - III
Membre du jury	Madame Anne GAZIER	Maitresse de conférences à l'Université Paris Nanterre

* Vous pouvez rajouter ou enlever des lignes au tableau, ou modifier les fonctions (remplacer Membre du jury par Rapporteur-e par exemple).
N'oubliez pas de supprimer ces deux lignes de texte à la fin de votre rédaction.

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Remerciements

Je voudrais remercier ma directrice de thèse, le Pr Aurore CHAIGNEAU, qui a accepté de diriger mes recherches de doctorat, pour le temps qu'elle m'a accordé, pour ses conseils, son écoute et son humanité. Ses conseils sont pour beaucoup dans le résultat final de ce travail.

Je tiens à remercier Madame Florence BELLIVIER et Monsieur Igor RENZ d'avoir accepté d'être rapporteurs. Je remercie également Mesdames Christine BIDAUD et Anne GAZIER d'avoir participé au jury de soutenance.

Je tiens aussi à remercier mes amis Anne-Marion, Suzanne, Olfa, Céline et Philippe pour leur soutien et leurs précieux conseils lors de la rédaction de ma thèse, pour leurs encouragements durant toutes ces années qui m'ont permis d'aller au bout de cette aventure.

A ma famille.

Résumé

La présente étude examine les règles juridiques encadrant la procréation médicalement assistée et celles de la filiation des enfants nés grâce à ces techniques dans les Etats de l'ex-URSS (la Russie, l'Ukraine, la Biélorussie et le Kazakhstan). Elle met en exergue les divergences et les ressemblances des cadres juridiques de ces législations encore imprégnées de la culture juridique soviétique. L'étude procède aussi à une comparaison avec le droit français. Une attention particulière est portée aux réformes en cours en Russie et en Ukraine, mais aussi à la jurisprudence récente de ces deux pays qui reflète les carences du cadre législatif et la fragilité du lien de filiation des enfants nés de la gestation pour autrui. Alors que ces pratiques comportent de nombreux enjeux transnationaux, il nous semblait important de nous pencher également sur leur impact et leur reconnaissance dans le droit international et sur les solutions recherchées tant sur le plan national qu'international pour encadrer des situations supranationales.

Mots-clés : don de gamètes, enfant, filiation, procréation médicalement assistée, gestation pour autrui, maternité, paternité, droit comparé.

Filiation of children born from medical assisted procreation (including surrogacy) in Russia, Ukraine, Belarus and Kazakhstan: what does legislation regulate?

The present study examines medical assisted procreation laws in Russia, Ukraine, Belarus and Kazakhstan, as well as rules of determination of legal parentage of children born with these techniques. It also discusses the differences and similarities between the legal frameworks of these countries, which are based on the common Soviet system. The study also compares these laws with the French ones. Particular attention is paid to the legal reforms in Russia and Ukraine, but also to the Court decisions of these two countries, which reflect an imperfection of the legislative framework and the fragility of the filiation of children born from surrogate mothers. In the era of reproductive tourism, a balance between child's best interests,

those of intended parents, the surrogate mother, gamete providers and state are sought on national and international levels.

Keywords: anonymity, child, medically assisted procreation, gamete donation, filiation, maternity, paternity, surrogacy, comparative law.

Principales abréviations

Act.	Actualité
Al.	Alinéa
AJCL	American journal of comparative law
AJFam	Actualité juridique famille (Dalloz)
Art.	Article
Chr	Chronique
CCiv	Code civil
CP	Code pénal
CPC	Code de procédure civil
D	Recueil Dalloz
Dr fam	Droit de la famille
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
IFL	International Family Law
J.D.I.	Journal du droit international (Clunet)
JO Sénat	Journal officiel, Sénat
Jur.	Jurisprudence
Rev. crit. DIP	Revue critique de droit international privé
RLDC	Revue Lamy Droit Civil
RTDciv	Revue trimestrielle de droit civil
Th.	Thèse

Contenu

<i>Introduction</i>	11

PARTIE I. DES RÈGLES D'ÉTABLISSEMENT DE LA FILIATION INADAPTÉES AUX RÉALITÉS PRATIQUES 35

TITRE I. L'ENCADREMENT DE LA PROCREATION MÉDICALEMENT ASSISTÉE DANS LE DROIT DES PAYS D'EUROPE CENTRALE ET ORIENTALE 36

CHAPITRE I. Les techniques et procédés de procréation et leur régime juridique. 39

CHAPITRE II. Spécificités des réglementations relatives à la gestion pour autrui
104

TITRE II. L'ÉTABLISSEMENT DE LA FILIATION FACE AUX NOUVEAUX MODES DE CONCEPTION 185

CHAPITRE I. La filiation et les règles d'état civil 188

CHAPITRE II. L'établissement de la filiation en cas de recours à la procréation
médicalement assistée. 215

PARTIE II. LE NECESSAIRE RENOUVELLEMENT DU CADRE LEGAL EN MATIÈRE DE PROCRÉATION MÉDICALEMENT ASSISTÉE ET DE GESTATION POUR AUTRUI 249

TITRE I. Des réformes indispensables pour limiter les recours abusifs à la pma et à la gpa 250

CHAPITRE I. Le célibat des parents d'intention, la procréation post mortem : la
fabrique du droit au-delà de la loi 251

CHAPITRE II. La nécessité d'une législation nationale plus détaillée sur la
procréation médicalement assistée 300

CHAPITRE III. Les difficultés à légiférer dans le domaine de la gestation pour
autrui 349

TITRE II. Les situations transnationales : nécessité de respecter le droit international et les ordres publics étrangers 373

CHAPITRE I. La prise en compte d'éléments d'extranéité en vue d'assurer une reconnaissance de la filiation 374

CHAPITRE II. L'élaboration d'un instrument international : vers une meilleure protection de l'enfant et des parties les plus vulnérables 408

Conclusion générale 420

Bibliographie 422

Introduction

I Remarques introductives

1. Un lien de famille.

La filiation renvoie à la structure familiale et à la place de chaque individu dans ce premier cercle de personnes. En droit, la filiation est un lien juridique établi entre un enfant et un parent, soit du côté maternel, soit du côté paternel¹. Elle permet d'être identifié officiellement comme parent, en tant que mère ou père, fils ou fille. Elle permet également et par extension de définir d'autres liens entre les membres d'une même famille : un lien d'ascendance avec les grands-parents, un lien d'alliance entre les parents, un lien de parenté collatérale avec les oncles et tantes, cousins et cousines. Ainsi la filiation offre à l'individu une traduction juridique d'une existence sociale et familiale en le définissant par rapport à autrui².

Sur le plan civil, la filiation a été utilisée pour identifier la personne et pour permettre une transmission patrimoniale ; elle revêt aussi un enjeu éducatif à travers l'autorité parentale. Mais les débats contemporains montrent que la filiation civile touche encore à une autre dimension, plus individuelle, qui est la reconnaissance des attaches et des conditions de la naissance d'une personne. Aujourd'hui le paradigme change, car la filiation devient un enjeu d'identification des conditions de procréation, sans pour autant d'ailleurs que le lien biologique soit toujours traduit juridiquement. Autrefois, dans la plupart des droits, l'établissement de la filiation était relativement simple. Traditionnellement, la filiation était pensée à partir du

¹ BENABENT A. Droit de la famille Montchrestien. Lextenso. 2012. P.339.

² MURAT P. « Prolégomènes à une hypothétique restructuration du droit des filiations » in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser*, LexisNexis - Dalloz, 2012.

schéma simple d'une relation personnelle entre deux individus de sexe différent³. La filiation a été pensée en droit sur la base de la conception naturelle et de la naissance par l'accouchement. Dans le même temps, la procréation et la gestation n'ont d'abord été maîtrisées médicalement que de façon négative, par la contraception et l'avortement. L'adoption a été calquée sur ce schéma familial en individualisant plus ou moins radicalement les parents d'origine.

Mais les progrès de la médecine permettent désormais de satisfaire le désir d'enfant sans la rencontre charnelle de deux individus de sexes différents. La procréation, effectuée en différentes étapes, est désormais possible : extraction du matériel génétique, fécondation *in vitro*, implantation de l'embryon, et gestation.

Le développement de nouvelles techniques d'assistance médicale à la procréation a eu un impact sur le moment de la procréation : un enfant peut être conçu après le décès de ses géniteurs. Elle a eu une incidence également sur le nombre des personnes pouvant participer à un projet parental, qui varie désormais de deux à sept. La procréation est maîtrisée aujourd'hui de façon positive par l'insémination artificielle, la fécondation *in vitro* et les transplantations d'embryons.

Ainsi ces progrès considérables de la médecine dans le domaine de la procréation ont bouleversé la conception traditionnelle de filiation⁴. Les Etats usent de leur pouvoir normatif pour réguler les pratiques médicales existantes, et leurs approches varient considérablement selon le contexte social, politique et culturel propre à chaque Etat⁵. En conséquence, certains ont une législation restrictive, alors que d'autres acceptent facilement les différentes techniques de procréation médicalement assistée. La maternité de substitution et la procréation *post mortem* restent des pratiques parmi les plus contestées.

³ Jadis la famille était le lieu où la différence des sexes était le plus marquée : la paternité et la maternité biologiques présentant de grandes différences naturelles. Mais le poids de ce composant biologique s'estompe de plus en plus dans la construction de la filiation.// F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « Les droits des femmes face aux réformes récentes du droit de la famille. » in *L'année sociologique* 2003/1, vol. 53, pp. 175-195.

⁴ « *Les fondements de la filiation* » sous la direction d'DIONISI-PEYRUSSE A., MAUGER-VIELPEAU L. Institut Universitaire Varenne. 2017.

⁵ HCCH, le projet « Filiation/maternité de substitution. » <https://www.hcch.net/fr/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>

La libéralisation des conditions d'accès à ces techniques pose la question du « droit à l'enfant ». Cette expression recouvre une revendication, dans les cas où « l'offre d'enfant » ne répond pas forcément à une « demande » occasionnée par une stérilité médicalement constatée, mais à une « demande plus large et plus diversifiée fondée sur différents mobiles, émise par des personnes ne remplissant pas toutes les conditions légales requises dans l'Etat dans lequel elles résident ».⁶

Les grands écarts entre les législations, notamment entre celles d'Europe de l'Ouest et celles d'Europe de l'Est, ont encouragé un tourisme procréatif. Les couples et les personnes seules, confrontés à une législation interne restrictive, disposant des moyens modernes de communication et de facilités pour voyager, se rendent parfois dans d'autres Etats afin de concrétiser leur désir de devenir parent et d'avoir un enfant génétiquement apparenté, comme les mêmes personnes décidaient autrefois de recourir à l'adoption. Ce projet les conduit à contourner les restrictions nationales imposées par les législateurs. A noter que mêmes dans des pays comme la Russie ou l'Ukraine qui ont légalisé la PMA et la GPA, les ressortissants nationaux recourent au tourisme procréatif, au Kazakhstan, en Asie ou ailleurs pour différentes raisons. Pour les parents d'intention, les coûts moindres de la PMA ou de la GPA⁷, ou la sécurisation juridique de la filiation dans le droit étranger, constituent un attrait supplémentaire⁸. Cette circulation des personnes à but procréatif entraîne des conséquences sur le statut des parents et de l'enfant né⁹. Cela génère des situations juridiques complexes.

En effet, selon la législation adoptée par chaque pays, les parents d'intention se trouvent confrontés à des réponses parfois différentes aux questions suivantes : quelles techniques sont acceptables, qui peut en bénéficier, sont-elles prises en charge

⁶ L'étude réalisée sous la direction de BRUNETTI-PONS C. « *Le droit à l'enfant et la filiation en France et dans le monde.* » GIP justice 2017.

⁷ Les Etats ayant adoptés « free marker approche » comme la Californie, la Russie, l'Ukraine.

⁸ Nous employons ce terme au sens large : le ou les parents qui désirent l'enfant et qui sont à l'origine du projet parental et du processus de procréation.

⁹ BYCHKOV G.B. « Interstate Intercourse: How Modern Assisted Reproductive Technologies Challenge the Traditional Realm of Conflicts of Law », Wis. J. L. Gender & Soc'y 2009, pp. 25-115.

par le système de la santé et comment, qui est le parent juridique de l'enfant né¹⁰, quelle est la place du projet parental proportionnellement à celle de la génétique,¹¹ etc.

Pour les Etats dits restrictifs en matière de la PMA, les questions qui se posent sont de savoir si l'ordre juridique interne doit accepter qu'une procréation médicalement assistée pratiquée à l'étranger produise des effets en matière de filiation sur leur territoire et, dans l'affirmative, par quels moyens et avec quels effets. Ces questions se posent différemment dans les pays permissifs comme l'Ukraine ou la Russie. La reconnaissance des actes étrangers est facilitée, mais pour autant des difficultés peuvent naître dans le pays du lieu de la gestation.

Autrefois, il était permis de raisonner en droit de la famille d'abord à partir du droit interne¹² ; aujourd'hui, le droit contemporain de la famille se voit de plus en plus influencé par le droit international et européen. Les individus ont intégré cette forme de mondialisation. Cependant, cette thèse n'est pas un travail en droit international privé : le raisonnement en droit de la famille se fera avant tout à partir du droit interne.¹³

2. II Objectifs de l'étude, intérêt du sujet et problématique(s).

La notion de la filiation est appréhendée par de nombreuses sciences¹⁴ : la biologie qui permet de déterminer les caractères génétiques partagés entre le parent et l'enfant ; l'anthropologie qui s'y intéresse comme élément constitutif du groupe familial et par ricochet de l'humain ; la sociologie aussi qui observe la filiation en tant que lien entre les individus ; la psychologie également, qui se penche sur son rôle dans la construction de l'identité de la personne ; le droit, enfin, qui va instituer un

¹⁰ C'est à partir de la notion de filiation juridique que découlent désormais de nombreux droits des enfants et des obligations à leur égard.

¹¹ HCCH, le projet « Filiation/maternité de substitution. » <https://www.hcch.net/fr/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>

¹² Les techniques de la PMA accessibles relèvent à priori du cœur des droits nationaux. Karène PARIZER-KRIEFF « Etude comparative du droit de l'AMP : France, Allemagne et Grande-Bretagne. » Puam. P25.

¹³ Les techniques de la PMA accessibles relèvent à priori du cœur des droits nationaux. Karène PARIZER-KRIEFF « Etude comparative du droit de l'AMP : France, Allemagne et Grande-Bretagne. » Puam. P25.

¹⁴ MEULDERS-KLEIN M-Th., « Fondements nouveaux du concept de filiation » in « *La personne, la famille et le droit. 1968-1998 : Trois décennies de mutations en Occident* », Bruylant - LGDJ, 1999.

lien juridique réciproque entre le parent et l'enfant, et le doter de droits et obligations y afférant. La notion de filiation se développe de la sorte au carrefour de plusieurs disciplines, sans nécessairement avoir la même signification dans chacune d'entre elles¹⁵.

Dans ces travaux nous ne nous intéresserons qu'au droit, un droit évolutif, vivant, qui traduit l'évolution et l'officialisation de nouvelles formes de familles et de liens familiaux.

Les détracteurs de ces pratiques les dénoncent en employant l'expression « produire l'enfant par procréation médicalement assistée » pour mettre en évidence le caractère artificiel de ces méthodes de procréation.¹⁶ Face aux attaques virulentes, surtout en Europe de l'Ouest, au nom de « l'instrumentalisation du corps des femmes » et de la manipulation des embryons, le législateur a la charge de dessiner les contours d'un nouveau compromis ; de dire ce qui est permis en matière de procréation médicalement assistée. On constate que le contournement de l'interdit a déporté le débat sur la question de la filiation de l'enfant issu de ces procédés médicaux¹⁷. Empêcher l'établissement de la filiation a pu être perçu comme une solution aux dérapages ou contournement du droit. En France, le droit de la famille a été étudié comme un moyen de traiter des conséquences de la PMA concernant le rattachement de l'enfant et le rôle accordé aux personnes qui ont participé à l'engendrement.

La pluralité des réponses juridiques apportées par les Etats illustre le fait que le droit civil peut porter d'autres solutions pour défendre des valeurs politiques, culturelles et philosophiques comme la « protection de la famille », la maternité, etc. C'est pourquoi le droit comparé dans cette branche du droit a été choisi comme méthode de recherche pour interroger le lien entre des instruments juridiques techniques et des objectifs sociétaux, familiaux.

¹⁵ MONTILLET L., « La notion de filiation en droit comparé : droit français et droit anglais. » Thèse. Université Panthéon-Assas. 2013.

¹⁶ BAUDOUIN J.L., C.LABRUSSE-RIOU. « Produire l'homme, de quel droit ? Etude juridique et éthique des procréations artificielles. » PUF. 1988.

¹⁷ KERNALAGUEN F., « La filiation de l'enfant issu d'une procréation médicalement assistée. » Revue juridique de l'Ouest. 1991. Pp.137-149.

La présente recherche est avant tout une thèse de droit russe. Mais elle fait aussi une comparaison avec d'autres Etats issus de l'URSS¹⁸ : l'Ukraine, le Kazakhstan, la Biélorussie¹⁹, des Etats issus du même socle du droit de la famille soviétique²⁰ et gardant une empreinte forte de l'« idéologie soviétique » concernant la maternité et la place qu'elle tient dans la société²¹. Malgré de nombreuses

¹⁸ Il était peut-être exagérément ambitieux de comparer non pas deux droits, mais trois ou quatre législations. Comme la majorité de nos lecteurs ne connaissent pas ces législations, une partie de la thèse est consacrée à la description de ces droits et des réformes ayant été menées tout au long des années. Il m'a fallu déjà beaucoup de temps pour pouvoir les décrire. Ce d'autant plus que de surcroît, il y avait des projets de réformes en cours qui nécessitaient que j'adapte mon travail au fur et à mesure.

¹⁹ Une importante difficulté qui a accompagné cette recherche est le fait que la jurisprudence en matière familiale ne fait pas l'objet de publication (sauf celle de l'Ukraine), même sous forme anonymisée. En outre, seul un accès payant aux bases juridiques permet d'accéder à la doctrine à distance. Ces recherches ont été menées sans financement et cela a certainement limité les déplacements internationaux (seuls plusieurs séjours en Russie ont été effectués).

Les jurisprudences de la Russie et de l'Ukraine ont été étudiées.

Le choix des Etats étudiés est lié à la maîtrise des langues (à l'exception de l'Ukraine depuis 1989, ces pays utilisent la langue russe comme une des langues officielles) mais aussi au cursus et à l'expérience professionnelle dans le domaine du droit de la famille et de l'état des personnes, comparé et international. Et cela en Russie et en France.

Une explication doit également être apportée à la différence entre les cultures académiques russe et française. Le premier point concerne l'absence de références. En effet, nous déplorons la méthodologie utilisée pour citer les références dans les Etats issus de l'URSS, laquelle ne correspond pas aux standards académiques européens et anglo-saxons en matière de travaux de recherches et de publications. Rares sont les œuvres comprenant des références. La majorité des publications citent essentiellement des sources très anciennes, nationales et internationales, complétées par des références relatives aux publications de l'auteur.

La même problématique se réitère avec les références jurisprudentielles. Les décisions sont souvent citées sans référence complète. Du fait qu'en Russie les décisions sur le fond en matière familiale ne sont pas publiées ni sur les sites des tribunaux ni dans les bases juridiques, nous sommes souvent contraints de nous contenter des informations amorcées repérées dans les différentes sources.

Ce décalage entre les standards français et ceux des autres Etats étudiés a pour effet une certaine carence des références dans cette thèse.

D'autre part, le manque de réflexions multidisciplinaires est également la conséquence de divergences entre les styles littéraires français et ceux de l'espace post-soviétique. Les Etats tels que la Russie, l'Ukraine, la Biélorussie ou le Kazakhstan n'ont pas dans leurs cultures l'habitude d'appréhender un sujet sous différents angles : juridique, anthropologique et sociologique notamment. A la différence de la France, un juriste de ces Etats ne traite pas les autres aspects du sujet. De plus, les études anthropologiques et sociologiques y sont assez rares, les matières scientifiques étant privilégiées.

²⁰ POLIANSKI P. « *Réglementation juridique du mariage et des relations familiales dans la société russe.* », Moscou, Zerkalo éd., 2019 ; LEVOUSHKIN A. « *Le modèle théorique du droit de la famille des Etats membres de l'union d'Etats indépendants.* » Uniti éd. Moscou. 2015.

²¹ Le Kazakhstan étant le seul pays musulman parmi ces Etats.

ressemblances culturelles, sociales et linguistiques²², ces pays ont opéré des choix juridiques différents, dus au contexte socio-économique propre à chaque pays, à la religion dominante, à la volonté étatique d'encadrer et/ou de contrôler le domaine de la PMA, à la politique nataliste.

Cette thèse aborde aussi, d'une manière marginale, le droit français. Cependant, il ne s'agit que d'un point de départ afin de faciliter la comparaison pour un lecteur français. Concernant les droits étrangers étudiés, certains sont examinés plus en profondeur que d'autres. Notamment, le droit biélorusse n'est évoqué que ponctuellement. Cependant il présente des différences notables avec le droit russe, le droit ukrainien et le droit kazakh, et ses spécificités méritent que l'on s'y intéresse.

Le sujet choisi appelait d'intenses recherches. Quand cette thèse en était à ses prémices, il n'existait pas d'études universitaires comparatives, en Français ou en Anglais, sur la PMA dans les Etats de l'ex-URSS. D'ailleurs, il y a 7 ans, aucune étude comparative n'avait été publiée en langue russe. De ce point de vue, cette thèse n'est pas une thèse d'approfondissement d'un sujet, mais une première pierre dans ce domaine. C'est là une des ambitions de ce travail : offrir une importante base de données pour de futures recherches sur le droit des Etats de l'ex-URSS. Rendre accessible, en Français, non seulement le contenu des règles juridiques, mais aussi la jurisprudence, les projets de lois et les réformes en cours. Une analyse a été réalisée à partir d'une large étude empirique, qui recense les ressemblances ou divergences des droits et de leurs effets dans les ordres juridiques comparés.

Elle offre aux chercheurs français la possibilité d'accéder à des données qui leur étaient auparavant inaccessibles. Elle pourrait servir de base pour les chercheurs français qui poursuivront les recherches en droit comparé russe, ukrainien, biélorusse et kazakh.

²² Le russe reste une de deux langues officielles en Biélorussie et au Kazakhstan. Seule l'Ukraine l'a supprimé en proclamant en 1989 l'ukrainien comme la seule langue officielle, mais il devient obligatoire à l'école à partir de la loi du 05 septembre 2017. Cependant, aujourd'hui encore, c'est le russe qui domine la sphère publique dans les grandes villes.

Nous avons effectué nos recherches en Russie et en Ukraine à partir des sources originales pour chaque pays²³, et cela en russe, en ukrainien, en anglais et en français, d'enquêtes auprès de juristes et de médecins. Toutes les traductions sont réalisées par l'auteur de cette thèse²⁴. Plusieurs séjours de recherche ont été effectués en Russie entre 2014 et 2021.

La comparaison avec la France nous paraît également importante car il s'agit du pays dont nous connaissons le mieux le régime juridique. Le droit russe, et plus largement toute la famille des droits issus du système « socialiste », n'a pas encore fait l'objet d'une étude dans le domaine de la procréation médicalement assistée et de la filiation. Le nombre important des thèses et des études en droit de la famille s'est focalisé sur les trois grands systèmes juridiques (le droit allemand, le droit français et le droit anglais). Cela est étonnant, car le droit de l'URSS a défini pour un nombre appréciable d'Etats, pour ses Républiques et pour les Etats du bloc soviétique, un modèle juridique qui reste prégnant²⁵.

Dans les droits des Etats comme la Russie, l'Ukraine, le Kazakhstan ou la Biélorussie, il ne s'agit pas d'un droit qui a étudié la question de la PMA d'une manière fondamentale, un droit auquel on accorde la même importance qu'en France. Ce travail vise à mettre en exergue le droit construit sur d'autres valeurs sociétales qu'en France. Le droit russe est inscrit dans une culture à la fois patriarcale et émancipatrice, avec des valeurs traditionnelles, défendues par l'Eglise et le pouvoir. Et en même temps, une grande liberté est accordée à l'individu.

²³ Il est important de préciser que les bases de données juridiques sont beaucoup moins fournies en comparaison avec ce dont nous disposons en France. Les décisions de justice relatives aux enfants ne sont publiées qu'en Ukraine. Dans les autres Etats, le principe de « à vis clos » s'applique. Même non identifiées, les décisions ne sont pas publiées. En outre, il n'existe pas de site, comme theses.fr, qui rassemblerait les thèses écrites sur le territoire national. L'unique endroit en Russie où certaines thèses sont accessibles à toute personne, et qui propose en consultation également toutes les revues, est la bibliothèque nationale (« Leninka ») à Moscou.

²⁴ Lorsque l'on travaille dans une langue étrangère, l'on est contraint de réécrire en Français ce que l'on a lu. De ce fait, il y avait un important travail de restitution en français des connaissances en droits étrangers. Certaines questions ont dû être laissées de côté parce que cela m'aurait entraînée dans encore plus de recherches. Nous avons donc dû faire un choix.

Afin de faciliter la lecture à un lecteur non russophone, certains termes ont été francisés.

²⁵ LEGAIS R., « *Grands systèmes de droit contemporains*. » LexisNexis.2016. P. 223

Cette famille des droits socialistes existait jusque vers 1980 et comptait beaucoup pour le travail des comparatistes de la seconde moitié du XX^e siècle. La conception de l'Etat et du droit peut expliquer encore aujourd'hui dans les pays concernés des survivances ou des répulsions.

En raison de la question traitée et de la pluralité des systèmes juridiques étudiés, cette étude se focalisera sur les sources légales et la jurisprudence : les débats doctrinaux seront mentionnés uniquement dans leurs aspects les plus significatifs, car ils ont cours aussi en Russie et en Europe de l'Est malgré l'autorisation de cette pratique. Ainsi, cette étude s'efforcera de décrire l'évolution du cadre légal et jurisprudentiel face à la réalité sociale des pratiques procréatives, et cela au travers d'une question : comment se met en place progressivement le socle juridique pour encadrer ces pratiques dans l'espace post-soviétique.

Objet de l'étude : À travers cette étude comparative du droit des pays de l'ex-URSS et de la France, encadrant la PMA de manières différentes, nous analyserons la façon dont le droit appréhende des problématiques communes et dont les Etats répondent aux questions fondamentales : qu'est-ce que la parentalité aujourd'hui ? La procréation médicalement assistée est-elle une réponse à l'infertilité ou plus largement à un projet parental ? Ces techniques remettent-elles en cause les modes d'établissement de la filiation traditionnels dans les Etats concernés ? Quelles sont les évolutions attendues du droit ?

Le point commun des droits des Etats post-soviétiques étudiés est qu'ils sont tous permissifs. Ils autorisent, dans certaines limites, et donc beaucoup plus qu'en France et en Europe occidentale, le recours à la GPA. Tous les défauts de ces pratiques n'ont jamais poussé le législateur à prohiber. Il n'y a jamais eu de durcissement notable de la législation. Et donc ce qui nous intéresse, c'est de comprendre quel est l'effet de ce cadre permissif sur le droit des personnes concernées, quelles sont les conséquences pour ces personnes du fait que la législation soit assez lacunaire²⁶.

²⁶ Par exemple, l'établissement de la filiation maternelle en droit russe. La femme qui accouche peut à tout moment reconnaître l'enfant. On peut considérer que c'est un droit du point de vue du droit de la mère. En

Enjeux pratique de la thèse. La connaissance du droit de plusieurs pays permet de mieux traiter en pratique les conflits des positionnements différents²⁷, de trouver une meilleure réponse face au tourisme procréatif, et de sécuriser le lien de filiation tant au niveau national qu'international.

3. Une introduction au système des droits socialistes et le droit de la famille soviétique.

Avant de passer à l'annonce du plan, il nous semble important de faire, à titre préliminaire, un focus sur l'historique du « droit de la famille soviétique ». L'existence de la famille des droits socialistes a été incontestable jusque vers 1980. Puis il y eut des fissures, suivies d'un spectaculaire effondrement. Cette famille des droits socialistes a beaucoup compté pour le travail des comparatistes de la seconde moitié du XXe siècle. La conception de l'Etat et du droit peut expliquer encore aujourd'hui dans les pays concernés des survivances et des répulsions.

Cette petite introduction permettra au lecteur de mieux comprendre d'où viennent les règles communes d'établissement de la filiation et d'état civil dans les Etats issus du bloc soviétique, mais aussi de comprendre l'origine de la place dominante de la maternité²⁸. Ce sera aussi l'occasion d'expliquer qu'une norme russe, bien qu'écrite dans les mêmes termes qu'une norme française, peut être interprétée différemment par les Etats de l'ex-URSS. Les règles établissant la filiation des

droit français et dans tous les droits, la mère est celle qui accouche. Cependant, c'est là une lacune si l'on se met à la place des parents d'intention. Le droit russe n'a pas réglé la question.

²⁷ Très classiquement, l'intérêt de la comparaison est réputé résider dans l'ouverture au système juridique étranger et, par là, dans la distance acquise dans l'observation de son droit national. Ainsi, « tout juriste est et doit être un comparatiste », car il y gagne « une faculté d'approfondissement des notions fondamentales et une certaine modestie à l'égard de son droit national ». L'éclairage du droit comparé sur le droit national offre une mise en perspective de soi et une leçon de relativité par la connaissance de l'autre. // LEGRAND P. « La comparaison des droits expliquée à mes étudiants » in « Comparer les droits, résolument », PUF, 2010, p.212, p.228. ; MAUGUIN HELGESON M., « *L'élaboration parlementaire de la loi. Etude comparative (Allemagne, France, Royaume-Uni)* », sous la dir. de CARCASSONNE G., 2006, Dalloz, p. 5. ; MONTILLET-DE SAINT-PERN L. « *Filiation en droit français et anglais.* » 2013. Thèse sous la dir. de ANCEL B.

²⁸ Nous retrouvons les mêmes règles d'état civil, non seulement dans l'espace de l'ex-URSS, mais aussi notamment en Pologne et en République tchèque.

enfants issus de la procréation médicalement assistée ne peuvent pas être étudiées sans lien avec la notion de famille, de maternité et de paternité, leurs valeurs aux yeux de la société, l'égalité des genres, le rôle de l'Etat dans la politique familiale, le problème de la démographie, etc.

L'Union des Républiques Socialistes Soviétiques (l'URSS). L'URSS était un Etat fédéral transcontinental à régime communiste. Cette fédération a existé du 30 décembre 1922 jusqu'à sa dissolution le 25 décembre 1991. L'ex République socialiste fédérative soviétique de Russie (RSFS de Russie), devenue Fédération de Russie le 26 décembre 1991, est l'Etat continuateur de l'URSS²⁹.

Durant son existence, l'URSS était le pays le plus étendu du monde (22 402 200 km²)³⁰, occupant un sixième des terres émergées et s'étirant sur onze fuseaux horaires, de la mer Baltique et de la mer Noire à l'océan Pacifique, c'est-à-dire toute la partie nord-est de l'Eurasie. Selon les chiffres officiels, sa population est passée de 165,7 millions (sous l'Empire russe en 1914)³¹ à 293 millions en 1991 au moment de la dissolution de l'URSS³².

Le pays était composé, avant sa dissolution, de quinze républiques fédérées³³, ainsi que d'un certain nombre de républiques et régions autonomes.

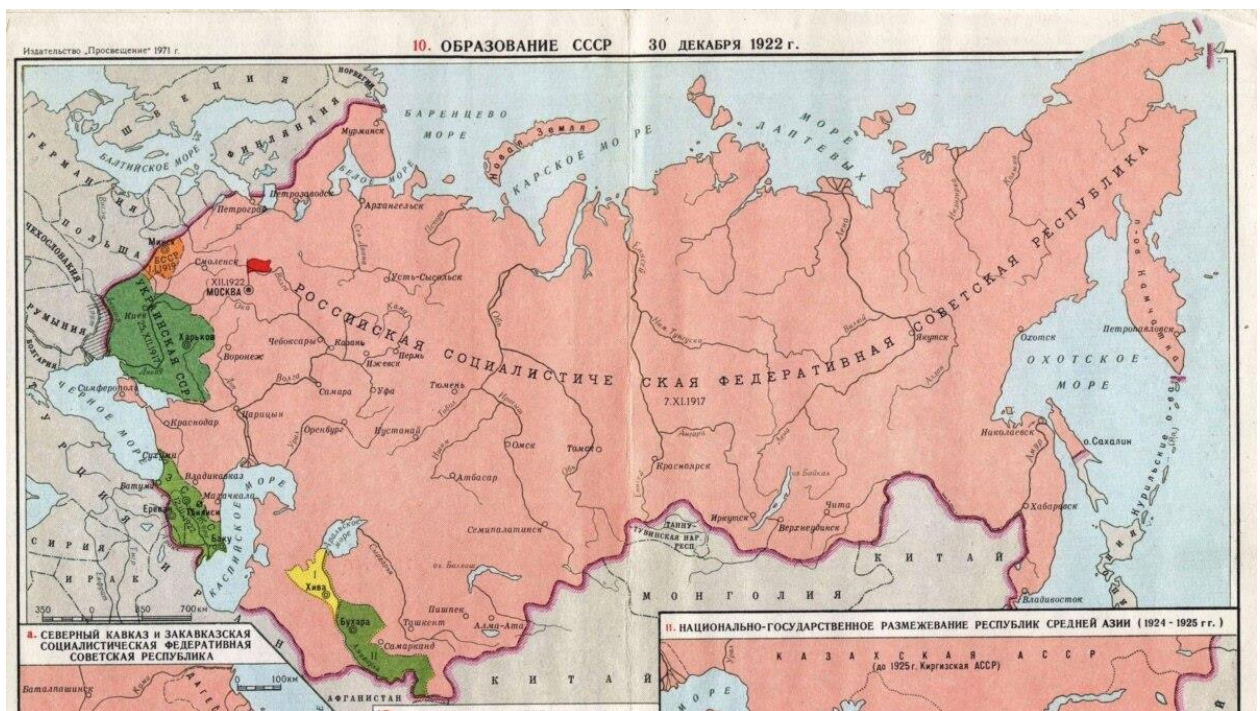
²⁹ Voir l'annexe 1 pour les cartes des territoires de l'URSS et ses Républiques depuis 1917 à 1991.

³⁰ Voir l'annexe 2 pour les statistiques relatives à la population de l'URSS et de ses républiques depuis 1917 jusqu'à 1991.

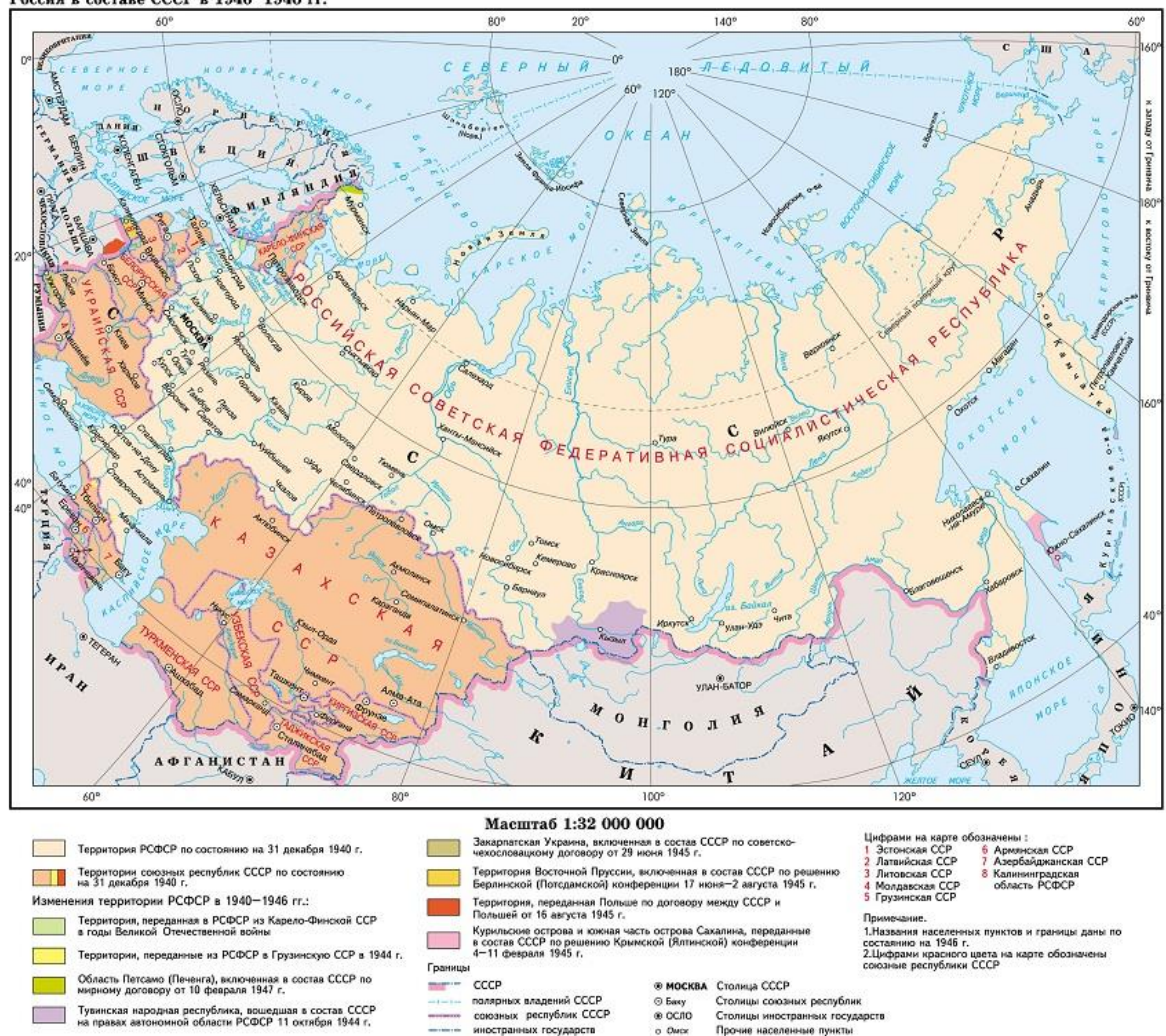
³¹ Institut national d'études démographiques. <https://rosstat.gov.ru>

³² ANDREEV E., DARSKI L., « La population de l'URSS : 1922-1991. » Moscow. Sciences. 1993.// Андреев Е. М., Дарский Л. Е., Харьковская Т. Л. Население Советского Союза: 1922—1991. М.: Наука, 1993 Voir l'annexe 1 pour les statistiques relatives la population et au territoire de l'URSS depuis 1917 jusqu'à 1991.

³³ Arménie, Azerbaïdjan, Biélorussie, Estonie, Géorgie, Kazakhstan, Kirghizistan, Lettonie, Lituanie, Moldavie, Ouzbékistan, Russie, Tadjikistan, Turkménistan, Ukraine.



Россия в составе СССР в 1940–1946 гг.





La formation de l'URSS fut l'une des conséquences de la révolution russe de 1917. L'un des moteurs de la création de l'URSS fut la volonté de Lénine d'appliquer sa doctrine fédéraliste en transformant la Russie unitaire en une union de républiques formées selon le principe de la répartition ethnique³⁴ et jouissant d'un certain degré d'autonomie culturelle locale.

L'URSS était parfois, dans le langage courant, désignée sous le nom de Russie ou de Russie soviétique. Cette appellation, impropre mais fréquente, l'assimilait à la République socialiste fédérative soviétique de Russie, qui était, de loin, la plus importante des républiques soviétiques, tant du point de vue de sa surface³⁵, de sa

³⁴ L'URSS était un Etat multi-ethnique dont la constitution distinguait la « citoyenneté soviétique » appliquée selon le droit du sol à tous les habitants, de la « nationalité » appliquée selon le droit du sang à certains citoyens seulement. Carte des groupes ethniques de l'URSS https://fr.wikipedia.org/wiki/Groupes_ethniques_d%27Union_sovi%C3%A9tique

³⁵ En 1979 la surface de l'URSS était de 22 402 km² contre 17 075 000 km² de la RSFSR. <https://infotables.ru/strany-i-goroda/148-ploshchad-i-naselenie-sssr-i-sovetskikh-sotsialisticheskikh-respublik>

population³⁶, que de sa puissance politique et culturelle (le russe étant la langue de communication de toute l'Union), ainsi que la composante d'origine de la fédération sur le plan chronologique et de la diffusion de la population russe dans toute l'Union³⁷.

La doctrine officielle du régime communiste était l'athéisme de l'Etat. Pourtant, une partie de la population restait attachée à la religion de ses ancêtres.

4. Les bases communes du droit de la famille soviétique.

D'une manière générale, la famille des systèmes de droit socialiste devait au « critère idéologique le principe de son identité »³⁸. « Le droit rassemblait les systèmes de droit reposant techniquement sur la loi comme le font le système de la famille romano-germanique, mais à la différence de ceux-ci, en s'éclairant d'une finalité très particulière : la construction d'une société communiste dans laquelle l'exploitation de l'homme ne serait plus possible, et où, chacun ayant selon ses besoins, l'Etat et le droit seraient moins nécessaires et pourraient dépérir. »³⁹

Le décret du 30 novembre 1918 abroge la législation tsariste et les tribunaux jugent désormais selon leur « conscience socialiste du droit ». Dès 1922, tout un ensemble de textes est voté : un Code pénal, un Code civil, et la Constitution du 13 janvier 1924. La loi constituait la base du droit par excellence. Dans sa rédaction, elle rappelait la méthode allemande ou française. Mais la loi en URSS faisait l'objet d'une

³⁶ Selon les statistiques officielles, la population de la RSFSR présentait environs la moitié de la population de l'URSS. A titre d'exemple, elle était de 262 436 en URSS en 1979 contre 137 551 en RSFSR. Institut national d'études démographiques. <https://rosstat.gov.ru/folder/12781> Voir notamment www.dic.academic.ru pour la répartition de la population dans les Républiques de l'URSS.

³⁷ On observe souvent une confusion entre les Russes et les Soviétiques. En fait, les Russes étaient une des nombreuses nationalités qui peuplaient l'Union soviétique. Les Russes étaient la nationalité dominante. Leur langue, et elle seule, était la langue de communication inter-ethnique dans toutes les Républiques, et la langue officielle de l'Union.

Le terme « Soviétique » renvoie vers la citoyenneté de l'URSS et la « nationalité » dans la terminologie soviétique signifiait l'origine ethnique. Cette dernière était obligatoirement inscrite dans le passeport de chaque citoyen soviétique.

³⁸ LEGAIS R., « *Les grands systèmes de droit contemporains*. » 2016. 3 éd. LexisNexis. P.111.

³⁹ Idem.

« interprétation authentique », confiée au Présidium du Soviet suprême, et sa finalité politique prévalait dans sa mise en œuvre⁴⁰.

Il nous semble aussi important de souligner le rôle de la Cour Suprême de l'URSS qui était au sommet des juridictions, car cette institution n'a pas d'équivalence en France. La Cour Suprême avait le pouvoir de prendre des directives s'imposant aux juridictions inférieures. Aujourd'hui encore, la Cour Suprême de la Russie reste déterminante en ce qui concerne l'interprétation des normes juridiques à travers ses Ordonnances (« Postanovleniya »).

Dès son origine, le droit soviétique était assez libéral et progressiste par rapport aux législations européennes. Au cours des deux premières décennies de son existence, le droit de la famille soviétique a largement dépassé le droit de la famille occidental en ce qui concerne, notamment, l'égalité des droits des enfants nés en mariage et hors mariage, et l'égalité des hommes et des femmes⁴¹. Les politiques mises en place à l'époque de l'URSS pour encourager l'émancipation des femmes restaient toutefois adaptées aux priorités définies au regard de l'intérêt national. Pendant la période de 1917 à 1930, le législateur russe a misé sur l'avenir en voulant réaliser une totale égalité des genres,⁴² parallèle à l'égalité des travailleurs⁴³. Il rompait brutalement avec le modèle prédominant de hiérarchie des rôles en fonction des sexes. La réalisation de ce modèle égalitaire supposait le transfert à la société de l'exercice des fonctions familiales d'éducation et d'entretien. Mais en pratique, elle

⁴⁰ LEGEAIS R., « *Les grands systèmes de droit contemporains.* » 2016. 3 éd. LexisNexis. P.231.

⁴¹ Après la Révolution de 1917, les bolcheviks ont voulu marquer une rupture sur tous les plans de la vie politique, sociale et culturelle du pays. Souhaitant réaliser une libération des femmes, telle qu'aucun autre régime n'était en mesure de le faire, le gouvernement provisoire a décrété leur droit d'élire et d'être élues. Voir notamment KOURILSKY-AUGEVEN Ch. « L'ambiguïté des modèles d'égalité des genres en Russie : famille, droit et idéologie ». *Revue Droit et culture*, N69, 2015 et DENELCIUC-COLODROVSKI N. « Fédération de la Russie ». www.persee.fr

La Doctrine russe voit le seul « retard » du droit soviétique de la famille par rapport au droit européen, en absence de possibilité de régler les relations matrimoniales des époux par un contrat. Ce dernier était vu comme un élément bourgeois et de ce fait banni du droit soviétique.

⁴² Le concept de « genre » n'est apparu en Russie que sous Eltsine, dans les années 1990-1996. C'est à cette période que les premiers centres de recherche spécialisés dans ce domaine ont été créés : le Centre de recherches sur le genre de Moscou, l'Institut d'ethnologie et d'anthropologie, rattachés à l'Académie des sciences.

⁴³ KOURILSKY-AUGEVEN Ch. « L'ambiguïté des modèles d'égalité des genres en Russie : famille, droit et idéologie. » *Revue Droit et culture*, N69, 2015-1. Pp 127-153.

s'est heurtée à des difficultés matérielles considérables. Pour assurer la victoire de l'idéologie socialiste, le modèle égalitaire prévu initialement a été transformé en une « fonction sociale de maternité », protégée par la loi et qui se voulait prestigieuse. Ce détournement a fait que progressivement, des fonctions familiales - reproduction, éducation, entretien - ont incombé « naturellement » à la femme⁴⁴.

Malgré la divergence des points de vue sur les réformes opérées en droit de la famille, il semble évident que depuis cette période, pour la première fois dans l'histoire de la législation soviétique, les relations entre époux sont essentiellement examinées au travers des obligations parentales⁴⁵. Ainsi, en 1918, le Code⁴⁶ a séparé le droit du mariage du droit de la famille. Cependant, la politique familiale change au fil des années. Si le code de 1926 est basé sur l'idée que la question de l'éducation (au sens large) des enfants relevait de la responsabilité de l'Etat, le Code de 1969 définissait le principe de l'éducation des enfants par la famille (art.1) - en déplaçant ainsi la responsabilité et les obligations vis-à-vis des enfants, de l'Etat vers les parents.

5. Le contrôle de la procréation

Le choix de la maternité se réalise au travers de l'accès à la contraception, à l'IVG, à la PMA. Dans les années 1920, la contraception n'en était encore qu'à ses

⁴⁴ Dans la pratique, la situation d'une femme était plus fragile en cas de divorce ou de séparation. Etant considérée comme un travailleur au même titre qu'un homme, elle n'a pas eu d'avantage matériel en cas de divorce. Les tribunaux lui laissaient les enfants et l'Etat essayait de suppléer une pension alimentaire pour les enfants par les aides sociales.

⁴⁵ NECHAEVA A. « La Russie et ses enfants » in « *L'enfant, la loi et l'Etat*. » Moscou. 2000. Pp 103-104.

⁴⁶ Le Code du mariage de la famille et de tutelle de 1926. Le fait que le Code de la famille soit un Code séparé et non pas une partie du Code civil s'explique par l'idéologie soviétique et par la façon dont la séparation du droit de la famille et du droit civil a été interprétée et pensée. En effet, le droit ne reconnaissait pas de *summa divisio*, le droit privé est nié en raison de sa nature « bourgeoise ». Dans le système juridique soviétique, le droit est uniquement pensé comme socialiste, divisé en de nombreuses branches - le droit de la famille étant interprété comme une branche séparée, distincte du droit civil. Les questions relatives au mariage et à la famille étaient donc régies par un corpus juridique distinct qui traitait spécifiquement des questions matrimoniales et familiales, et n'était pas inclus dans le Code civil.

débuts, mais l'avortement est devenu libre en Russie⁴⁷. Il faut préciser que les années 1930-40 sont marquées non seulement par de nombreuses réformes, mais aussi par un certain recul : l'avortement, autorisé depuis seize ans, est interdit⁴⁸. Désormais la maternité n'est plus une fonction sociale librement assumée, mais un devoir social dont l'inexécution est criminalisée. Ce devoir de la femme en tant que mère et citoyenne est renforcé par l'Arrêté du 27 juin 1936⁴⁹.

À partir des années 1930, le législateur soviétique considère la famille comme le milieu idéal pour élever les enfants, et le mariage comme le fondement de ce milieu⁵⁰. Le concubinage, bien que légalisé par le Code de 1926, a été exclu des relations réglementées en 1944.

La transformation du droit de la famille de l'URSS, commencé dans les années 1940, a été consolidée par l'adoption « *Des principes fondamentaux de la législation de l'URSS et des Républiques de l'Union sur le mariage et la famille* » (les codes des Républiques et le Code de l'URSS⁵¹). On observe en outre le rôle croissant des autorités étatiques et publiques (les tribunaux, services sociaux, syndicats, Procureurs) dans la résolution des problèmes familiaux.

Les mesures des années d'après-guerre se caractérisent par un recul sur le plan de l'égalité : un enfant né hors mariage n'a plus de lien juridique avec son père et ce dernier ne peut plus le reconnaître qu'en se mariant avec sa mère. La justification

⁴⁷ KOURILSKY-AUGEVEN Ch., « L'ambiguïté des modèles d'égalité des genres en Russie : famille, droit et idéologie. » *Revue Droit et culture*, N69, 2015-1. Pp 127-153.

⁴⁸ La criminalisation de l'IVG s'accompagne d'une modeste augmentation des aides à la maternité et à l'enfance.

⁴⁹ « Une femme a à l'égard de la société, le devoir élevé et la responsabilité de la procréation et de l'éducation de citoyens ». Le préambule de l'Arrêté du 27 juin 1936 adopté conjointement par le Comité Central du Parti Communiste et par le Conseil des Commissaires du Peuple de l'URSS.

⁵⁰ Le concubinage, bien que légalisé par le Code de 1926, a été exclu des relations réglementées en 1944.

⁵¹ Les Codes des Républiques reprenaient non seulement la structure du Code de la famille de l'URSS de 1969, mais aussi ses règles. Les minimales divergences des Codes des républiques reflétaient surtout les traditions culturelles de chaque République : l'âge de mariage, la dévolution du nom patrimonial. // BELIAKOV F., RIASENTSEV V., YAKOVLEV V. « *Le droit soviétique de la famille*. » Moscou. 1982. Pp.33-35.

idéologique est qu'une femme peut élever seule un enfant, avec l'aide de l'Etat⁵². Ce recul des droits des enfants nés hors mariage, et la dispense de toute responsabilité des pères des enfants naturels, est la conséquence de l'encouragement à la procréation à tout prix pour résoudre un problème démographique occasionné par un déficit d'hommes, causé par la Deuxième guerre mondiale.

Le reflux de cette idéologie et un **retour à une législation plus égalitaire** s'opère à partir des années 1960. La période post-stalinienne marque un retour vers une égalité entre les genres en matière de mariage et de la famille⁵³. Ainsi, la législation fédérale⁵⁴ permet d'établir juridiquement un lien de filiation entre l'enfant né hors mariage et son père, la procédure de divorce est simplifiée, les écoles deviennent mixtes, la femme reprend à nouveau le contrôle du choix de la maternité⁵⁵. Afin de protéger la maternité et l'enfance, le Code de 1969 interdit au mari d'engager une procédure de divorce pendant la grossesse de la femme et pendant l'année qui suit la naissance de l'enfant (article 31). Tant que leurs enfants sont mineurs, les époux qui veulent se séparer doivent passer par un divorce judiciaire, contrôlé par le juge, avec une médiation préalable⁵⁶.

Pour résumer l'idéologie « soviétique » en matière familiale, nous pouvons conclure que la période soviétique a mis en place une idéologie imprégnée de la hiérarchie des genres : « la femme est soumise au caractère sacré de la maternité et l'homme a le droit à la paternité »⁵⁷. Cette hiérarchie entre les genres ressort à ce jour à travers des règles d'établissement de la filiation, des droits parentaux, de l'accès à

⁵² Cependant, les aides du parent isolé sont inférieures aux pensions alimentaires (un quart du salaire du débiteur) des enfants nés en mariages dont les parents sont divorcés.

⁵³ Idem KOURILSKY-AUGEVEN Ch., O.KHAZOVA O.

⁵⁴ Les règles reprises par les Codes de la famille des républiques.

⁵⁵ L'IVG est à nouveau autorisée.

⁵⁶ Le divorce devant l'officier d'état civil restait réservé aux seuls couples sans enfants mineurs.

⁵⁷ KOURILSKY-AUGEVEN Ch. « L'ambiguïté des modèles d'égalité des genres en Russie : famille, droit et idéologie. » P.12 Voir également étude de BALLAEVA E. « *Le genre en droit russe : les droits reproductifs des femmes en Russie* ». Moscow center for gender studies. Moscow. Ed. Eslan. 1998. // E.A.Баллаева Гендерная экспертиза законодательства РФ: репродуктивные права женщин в России. Московский центр гендерных исследований (МЦГИ). М. Эслан, 1998. - 135 с

la procréation⁵⁸. Ainsi, en faisant référence aux bases communes du droit de la famille de l'URSS dans cette thèse, nous faisons référence aux règles et à l'idéologie ci-dessus citées⁵⁹.

6. Éclatement de l'URSS : les axes des Etats sur l'évolution du droit de la famille.

À la suite de la dissolution de l'URSS en 1991, quinze nouveaux Etats indépendants ont été formés⁶⁰. Certaines des anciennes républiques ont pu se fédérer de nouveau dans la Communauté des Etats Indépendants (CEI), mais une nouvelle ère a néanmoins commencé, pendant laquelle s'est affirmé le droit à son autonomie de chacun des Etats. Les droits de plusieurs Etats de l'ancienne URSS sont désormais rattachés aux systèmes romano-germaniques, tout en gardant des éléments d'originalité qu'ils doivent à la période socialiste. C'est le cas concernant trois Etats : l'Estonie, la Lettonie et la Lituanie, faisant partie de l'Union Européenne. Mais certaines des anciennes Républiques de l'URSS se sont regroupées avec la Russie, sinon autour d'elle. On peut se demander s'il n'y a pas alors la place pour une famille de systèmes juridiques dont le système juridique de la Russie serait le chef de file⁶¹.

La CIE⁶² est une association formée dès la fin de 1991 à l'initiative de la Biélorussie, de l'Ukraine, de la Russie : plusieurs autres Républiques qui formaient l'URSS les ont rejoints : l'Arménie, l'Azerbaïdjan, le Kazakhstan, le Kirghizstan, la

⁵⁸ Surtout en Russie et en Biélorussie dont les Codes de la famille ont gardé un grand nombre de règles de la période soviétique.

⁵⁹ L'existence de la famille des droits socialistes a été incontestable jusque vers 1980. Puis il y eut des fissures, suivies d'un spectaculaire effondrement. Cette famille des droits socialistes a beaucoup compté pour le travail des comparatistes de la seconde moitié du XXe siècle. La conception de l'Etat et du droit peut expliquer encore aujourd'hui dans les pays concernés des survivances et des répulsions.

⁶⁰ Communauté des Etats Indépendants (CEI).

⁶¹ LEGAIS R., « *Grands systèmes de droit contemporains*. » LexisNexis. 3 éd.2016 p251

⁶² Cette association n'est ni un Etat, ni une formation supranationale. Elle constitue un cadre pour d'éventuelles négociations. Il n'existe pas d'institution centrale propre et la CIE ne peut contraindre aucun de ses membres à adopter une solution que la majorité aimerait voir se généraliser. Néanmoins l'appartenance à la CEI témoigne d'une volonté de ne pas rompre radicalement avec la Russie. Une évolution du contexte politique a eu comme effet le retrait de la CIE de la Géorgie en 2009, puis de l'Ukraine en 2014.

Moldavie, l'Ouzbékistan, le Tadjikistan. En 1993, la Géorgie adhère aussi à la CIE. Le Turkménistan est un membre associé.

La langue russe reste toujours une langue commune même si elle coexiste avec une autre langue nationale.

La formation des nouveaux Etats sur le territoire post-soviétique a été suivie par des réformes non seulement politiques et économiques, mais aussi juridiques. Chacune des Républiques a son droit propre dont l'originalité est maintenant affirmée⁶³, même si certains des Codes de ces Républiques se calquent sur le code équivalent de la Russie ou reprennent parfois intégralement les normes existantes sous l'URSS. Des Etats qui n'ont pas les mêmes composantes démographiques, qui ont une culture et une histoire propres, se différencient de manière plus accentuée avec la Russie et ses institutions. La religion étant un de ces facteurs. Les Etats à population principalement musulmane (Kazakhstan, Kirghizstan, Ouzbékistan et Tadjikistan) doivent concilier aspiration de certains à laïcité et exigence d'un Islam dominant⁶⁴.

Après la chute de l'URSS, tout en gardant la tradition soviétique, la majorité des nouveaux Etats ont adopté de nouveaux codes⁶⁵ traitant exclusivement des questions matrimoniales et familiales. Seulement quatre Etats (Lettonie⁶⁶, Lituanie, Estonie et Géorgie) ont inclus le droit de la famille dans leur Code civil sous la forme d'un livre ou d'une section séparée, comme faisant partie intégrante du droit civil conformément à la tradition du droit continental depuis le code Napoléon de 1804⁶⁷.

⁶³ SAIDOV A. « Le régime juridique de l'Ouzbékistan. » *RID comparé*. 1995. P.883.

⁶⁴ LEGAIS R., « *Grands systèmes de droit contemporains*. » LexisNexis. 3 éd.2016. p 252.

⁶⁵ En 1995 le Code de la famille de la Russie voit le jour, le Code du mariage et de la famille de la République de la Biélorussie en 1999, celui du droit de la famille d'Azerbaïdjan en 2000, celui de la Moldavie en 2001, ceux de l'Ukraine en 2002 et ceux de l'Arménie en 2004. // KHAZOVA O. « Le droit de la famille sur le territoire européen post soviétique. » In « Le mariage, l'union, le droit. » 2011. Pp.31-33.

⁶⁶ La Lettonie a repris son Code civil de 1937, avec quelques modifications.

⁶⁷ Ainsi, en 1992 la Lituanie promulgue le nouveau Code civil dont le droit de la famille fait un titre, l'Estonie en 1994, la Géorgie en 1997, et la Lituanie en 2000.

Le droit de la famille de chaque nouvel État est particulier et se distingue à la fois de l'ancienne législation de la période soviétique et des législations d'autres ex-républiques soviétiques. Ce qui est cependant commun à tous les pays sans exception, et ce qui les distingue des États de l'Union Européenne, c'est l'attachement au modèle hétérosexuel du couple.

Parmi les États qui s'éloignent le plus du Code de la famille soviétique en cette période, nous pouvons citer la Lettonie, la Lituanie, l'Estonie⁶⁸. Ces trois pays reconnaissent notamment les mariages religieux sans mariage civil. La Géorgie, la Lettonie, la Lituanie et l'Ukraine réintroduisent les fiançailles dans leurs Codes. La publication préalable des bans du mariage est prévue dès lors en Lettonie et en Lituanie. En outre, la Lituanie et l'Ukraine accordent certains droits aux concubins, mais aussi prévoient la possibilité d'une pension alimentaire pour l'épouse suite au divorce.

Nous observons donc d'un côté une influence des normes et des institutions allemandes, françaises, voire américaines, sur l'évolution des législations des États post-soviétique. En même temps, tout en affirmant des traits propres, les États issus de l'ex-URSS sont en continuité avec leur héritage historique, et restent assez conservateurs vis-à-vis des évolutions du droit de la famille des États de la vieille Europe⁶⁹.

7. « Naissance juridique » de la procréation médicalement assistée.

Comme nous l'avons souligné ci-dessus, les systèmes juridiques du droit de la famille des États de l'ex-URSS présentent toujours une grande similitude. Cependant, elle est moins visible dans le domaine de la procréation médicalement assistée.

En effet, la médecine procréative a commencé à se développer dans l'espace soviétique juste avant l'éclatement de l'URSS et cela sans aucun cadre juridique. Son expansion plus rapide dans certains États de l'ex-URSS est due, sans doute, à

⁶⁸ ANTOKOLSKAYA M., « *Le projet du code civil européen et les problèmes d'harmonisation du droit de la famille.* » Rapport annuel du droit comparé pour l'année 2004. Moscow 2005, pp. 5-31. // Антокольская М. Проект европейского гражданского кодекса и проблемы гармонизации семейного права // Ежегодник сравнительного правоведения. 2004. М., 2005. С. 5–31

⁶⁹ BAINHAM A. *The International Survey of Family Law*. Bristol, 2005.

l'avancée des progrès médicaux, mais aussi à la politique nataliste pour lutter contre le déclin de la natalité⁷⁰.

L'insémination artificielle et la FIV étaient les premières techniques de la PMA pratiquées⁷¹. Le premier texte en URSS se rapportant à ces procédés de procréation était l'Arrêté du ministère de la Santé de l'URSS du 13 mai 1987 N669⁷². Cette Ordonnance listait les hôpitaux autorisés à pratiquer la PMA et posait les premières règles encadrant l'insémination artificielle, avec et sans donneur, et encadrant les donneurs. Par la suite, le 22 mai 1990, l'article 17 a été ajouté aux Bases législatives de l'URSS sur le mariage et la famille afin de définir la règle d'établissement de la filiation paternelle de l'enfant, né dans le cadre du mariage, grâce à l'insémination artificielle, avec le sperme d'un donneur⁷³. La technique de la gestation pour autrui, qui est considérée comme une de technique de la PMA dans les pays étudiés, ne tardait pas à se développer non plus⁷⁴. Cependant, aucune norme juridique en URSS n'a traité cette question.

C'est au moment de la disparition de l'URSS que les Etats ont commencé à légiférer dans le domaine de la PMA, en progressant à leur rythme et en fonction de leurs différences culturelles.

C'est aussi dans les années 1990 que la doctrine russe commence à évoquer la nécessité d'un encadrement juridique de la procréation médicalement assistée. À ce jour, aucun des Etats étudiés n'offre un système analogue au système français avec ses lois sur la bioéthique et un mécanisme de révision. Les normes juridiques existantes sont, dans une certaine mesure, fragmentées, et ne couvrent que certains aspects de l'assistance médicale à la procréation. Malgré l'expansion de la PMA en Russie et en Ukraine, aucune loi fédérale ou spéciale n'encadre la procréation

⁷⁰ Les années 1990 marquent une véritable chute du taux de natalité en Russie. Ce taux était inférieur au taux de mortalité pendant une vingtaine d'années, et ne l'a surpassé qu'en 2013.

⁷¹ Dans l'espace de l'URSS, le premier enfant issu d'une FIV est né en mars 1986 à Moscou, et en automne de la même année à Saint-Pétersbourg.

⁷² Приказ Минздрава СССР о расширении опыта применения метода искусственной инсеминации спермой донора по медицинским показаниям.

⁷³ Основы законодательства СССР и союзных республик о браке и семье.

⁷⁴ Le premier enfant issu de la GPA est né en 1991 à Kharkov (Ukraine).

médicalement assistée et n'offre de garanties assurant la protection de ces droits. Ces normes ont néanmoins déjà été adoptées en Biélorussie, en Arménie, au Kazakhstan, au Kirghizstan, en Moldavie et au Tadjikistan.

Accompagnant les progrès médicaux, tous les États de l'ex-URSS ont progressivement mis en place certaines règles, souvent lacunaires, encadrant la procréation médicalement assistée, et ont prévu une prise en charge, au moins partielle, des soins d'infertilité par le système de santé étatique. Le domaine dans lequel les divergences entre les législations des différents Etats atteignent leur sommet est sans doute celui de la gestation pour autrui. Pour marquer la différence avec le cadre législatif français, la filiation des enfants nés, non seulement de la gestation pour autrui, mais aussi conçus et nés après le décès du parent génétique, sera discutée.

Peu d'études juridiques fondamentales et de recherches autour de la problématique de la procréation médicalement assistée ont été menées sur l'espace post-soviétique. Bien que les juristes aient commencé à s'y intéresser depuis les années 2000, c'est seulement depuis les quelques dernières années que les évolutions dans ce domaine ont commencé à prendre de l'ampleur en Russie et en Ukraine.

Annonce du plan.

Dès lors, l'analyse des règles juridiques encadrant la procréation médicalement assistée et la filiation des enfants nés grâce à ces techniques, dans les Etats de l'ex-URSS (la Russie, l'Ukraine, la Biélorussie et le Kazakhstan) nous permet de démontrer les particularités de la législation de chaque Etat dans le domaine de la PMA. L'étude sera faite à travers la comparaison des droits de ces pays, mais aussi sous le prisme de la comparaison avec le système français (Partie I). Les systèmes juridiques étudiés ne fournissent pas un cadre juridique complet et sécurisant aux personnes impliquées dans la procréation médicalement assistée. Pour pouvoir garantir à l'enfant une filiation et mieux protéger ses intérêts et ceux de ses parents, des réformes législatives doivent intervenir au nouveau national. Mais les nombreuses questions juridiques

soulevées par la procréation médicalement assistée s'inscrivent aussi dans un contexte international, en sollicitant une collaboration entre les Etats afin de trouver un juste équilibre entre les intérêts en présence tout en garantissant une filiation à l'enfant (Partie II).

PARTIE I. DES RÈGLES D'ÉTABLISSEMENT DE LA FILIATION INADAPTÉES AUX RÉALITÉS PRATIQUES

Le désir d'enfant, parfois déprécié par les critiques des techniques d'assistance à la procréation, est l'un des désirs les plus ancrés de l'humanité⁷⁵. Avant que la procréation médicalement assistée ne voie le jour, les couples/personnes infertiles pouvaient satisfaire leur désir d'enfant par l'adoption et par la procréation pour autrui. A partir des années 1970⁷⁶, grâce aux avancées scientifiques, les personnes ont commencé à pouvoir surmonter leur infertilité grâce à des traitements médicamenteux.

Dans un premier temps, la procréation médicalement assistée, simple pratique médicale marginale, n'était pas prise en compte par le droit. Progressivement, un encadrement législatif s'est mis en place, à des vitesses variables selon les États. Les différences entre les traditions socio-juridiques expliquent la divergence des règles encadrant les techniques de procréation et l'accès à ces techniques (Titre I). La question de la procréation médicalement assistée invite nécessairement à s'intéresser aux liens qui unissent la procréation et la filiation. La filiation s'éloigne de la recherche et de la certification d'une vérité biologique. Cependant, dans nombre de systèmes juridiques étudiés, on constate que le législateur reste attaché aux règles créant une vraisemblance de filiation biologique au nom de l'intérêt de l'enfant (Titre II).

⁷⁵ M.BONNARD Le statut juridique de l'assistance médicale à la procréation. L'Harmattan. 2018. P.16.

⁷⁶ Louise Brown, née le 25 juillet 1978 en Grande Bretagne, est le premier « bébé éprouvette ». En France, le premier « bébé éprouvette » est né en 1982.

TITRE I. L'ENCADREMENT DE LA PROCREATION MEDICALEMENT ASSISTEE DANS LE DROIT DES PAYS D'EUROPE CENTRALE ET ORIENTALE

8. La solution à l'infertilité : une façon de consacrer⁷⁷ la procréation médicalement assistée. La procréation médicalement assistée offre des solutions possibles au problème personnel et social de l'infertilité⁷⁸. Toutefois, l'avancée de la médecine procréative a bouleversé cette logique et a permis à un nombre croissant de femmes célibataires de concevoir la maternité indépendamment de la question de la fertilité en leur permettant de recevoir une insémination avec donneur. La gestation pour autrui rend également possible la participation au projet parental d'une ou plusieurs personnes sans se référer nécessairement à un couple⁷⁹.

En droit français, la procréation médicalement assistée est définie par l'article L. 2141-1 du Code de la santé publique comme correspondant à « des pratiques cliniques et biologiques permettant la conception in vitro, la conservation des gamètes, des tissus germinaux et des embryons, le transfert d'embryons et l'insémination artificielle ». Le recours à ces techniques est strictement encadré par le législateur français⁸⁰.

En Russie, en Ukraine, au Kazakhstan et en Biélorussie, la loi prévoit que l'utilisation de cette technique ne peut avoir pour objet que de remédier à l'infertilité d'un couple ou d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une

⁷⁷ Il n'existe pas d'études statistiques sur le taux d'infertilité en Russie au niveau national. Les médecins praticiens dans le domaine de la procréation médicalement assistée estiment que le taux d'infertilité des couples en âge de reproduction se situe entre 15 et 19 %. Interview de V.KORSAK, Président de l'Union des professionnels dans le domaine de la médecine reproductive. <https://www.interfax.ru/russia/661068>

« L'infertilité a atteint le niveau de la sécurité nationale en Russie. » in L'économie et la vie. 16 juin 2020. <https://www.eg-online.ru/article/317486/>

En France ce taux est de 11 % pour les couples qui ne parviennent pas à avoir un enfant après deux années de tentatives. Étude de l'Inserm : Rémy Slama, Béatrice Ducot, Niels Keiding, et autres « La fertilité des couples en France », Bulletin Épidémiologique Hebdomadaire, février 2012.

⁷⁹ Certains États autorisent la PMA et la GPA pour les célibataires (Grèce, Israël, Géorgie, Russie, Royaume-Uni, Canada (sauf le Québec) et les couples d'hommes (Pays-Bas, Israël, Royaume-Uni, certains États des États-Unis, Canada sauf le Québec).

⁸⁰ Articles L. 2141-1 et suivants du Code de la santé publique.

maladie d'une particulière gravité. Le caractère pathologique de l'infertilité doit être médicalement diagnostiqué. Le même concept a longtemps prévalu en France. Cependant, depuis l'entrée en vigueur de la loi N2021-1017 du 02 août 2021 relative à la bioéthique, la France est sortie de la référence à l'infertilité. La loi a modifié l'article L2141-2 du Code de la santé publique en ce sens que « l'assistance médicale à la procréation est destinée à répondre à un projet parental ».

Si en France, l'insémination artificielle et la fécondation in vitro constituent les deux pratiques de base, dans les États de l'ex-URSS la gestation pour autrui (considérée comme une des techniques de la procréation médicalement assistée) s'ajoute à cette liste.

La libéralisation de l'accès à la PMA en France est sans effet sur la prohibition constante de la GPA. En France, il existe un consensus relatif à la nécessité de maintenir des interdits fondés sur l'idée que tout ce qui est faisable n'est pas pour autant souhaitable, même si, à l'occasion de révision des lois de bioéthique, des voix plus permissives seront exprimées⁸¹. Cependant, la GPA reste prohibée⁸² au nom notamment de la protection de la femme et de la non-exploitation de son corps. Lors de la révision des lois de bioéthique en 2018, nombreux avis étaient rendus. Ainsi, le CCNE⁸³ reste favorable à l'interdiction de la GPA au nom du respect de la personne humaine, du refus de l'exploitation de la femme et de la réification de l'enfant, de l'indisponibilité du corps humain et de la personne humaine. Le Conseil d'État s'est aussi prononcé contre l'ouverture de la GPA en le considérant contraire aux principes fondateurs du modèle bioéthique français.

La comparaison des cadres juridiques de la procréation médicalement assistée et des règles d'établissement de la filiation des enfants nés de ces techniques

⁸¹ H.GAUMONT-PRAT Bioéthique et droit. Essentiel. Les études Hospitalières. 2011. p.7.

⁸² Cette prohibition ne signifie pas pour autant qu'il n'existe pas de recours à la GPA en pratique. En 2019, la Cour de cassation a dû se prononcer dans le cadre d'une affaire de GPA relatif à la contestation de paternité d'un père fondée sur la réalité biologique.

⁸³ L'avis du CCNE : <https://www.ccne-ethique.fr/fr/publications/contribution-du-comite-consultatif-national-dethique-la-revision-de-la-loi-de> ; CE « Révision de la loi de bioéthique : quelles options pour demain ? » <https://www.vie-publique.fr/rapport/37442-revision-de-la-loi-de-bioethique-queelles-options-pour-demain>

révèle aussi des divergences de perceptions de ce qui est qualifié ou non de « dérives » en cas de recours aux techniques à des fins sociétales et non médicales. En France, le contournement de l'interdit par le tourisme procréatif fait scandale depuis des années. Dans les pays de l'ex-URSS où la GPA est autorisée, les controverses portent plutôt sur les usages extrêmes de ces pratiques, notamment pour la procréation post mortem et la gestation pour autrui au profit de couples de même sexe.

9. La réflexion progressive du cadre juridique.

Dans les pays d'Europe centrale, comme ailleurs, le débat se concentre d'abord sur les conditions d'accès aux méthodes de procréation assistée : une femme ou un homme seul(e), les femmes en âge de procréer ou les femmes plus âgées, les couples mariés ou également ceux vivant en concubinage. Le recours à ces techniques de procréation médicalement assistée doit-il être uniquement motivé par des raisons médicales et, dans l'affirmative, comment interpréter le terme "pour raisons médicales" ? Peut-on autoriser des naissances à partir d'embryons ou de fœtus de personnes défunt(e)s ? Les « stérilités sociales » posent question : faut-il poser des limites ? Est-il possible de parler à cet égard du droit de chacun, indépendamment du sexe, de l'état matrimonial et d'autres circonstances, d'avoir un enfant ? Les Etats issus de l'ex-URSS ont mis au centre de leur législation les droits de l'enfant⁸⁴. Il faut donc étudier la façon dont les législateurs arbitrent entre « le droit à l'enfant » et ceux de l'enfant lui-même.

Enfin il faut regarder les conséquences qu'ils en tirent quant aux garanties d'accès à ces techniques de procréation.

⁸⁴ La CIDE est ratifiée par 193 États dont la France et tous les États issus de l'URSS. Selon l'article 3 1. « Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale » ; l'article 7 1. : « L'enfant est enregistré aussitôt à sa naissance et a dès celle-ci le droit à un nom, le droit d'acquérir une nationalité et, dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux. » ; l'article 9 1. : « Les États parties veillent à ce que l'enfant ne soit pas séparé de ses parents contre leur gré, à moins que les autorités compétentes ne décident, sous réserve de révision judiciaire et conformément aux lois et procédures applicables, que cette séparation est nécessaire dans l'intérêt supérieur de l'enfant. »

10. Plan. Accompagnant les progrès médicaux, les États d'Europe orientale ont progressivement mis en place certaines règles, souvent lacunaires, encadrant l'accès à la procréation médicalement assistée, et ont prévu une prise en charge, au moins partielle, des soins d'infertilité par le système de santé étatique (Chapitre I). Le domaine dans lequel les divergences entre les législations des différents États atteignent leur paroxysme est sans doute celui de la gestation pour autrui (Chapitre II).

CHAPITRE I. Les techniques et procédés de procréation et leur régime juridique.

11. La comparaison des systèmes juridiques des États d'Europe orientale⁸⁵ présente une certaine facilité, car la majorité des États ont emprunté des bases communes aux Codes de l'URSS⁸⁶. Cependant, la médecine procréative a commencé à se développer dans l'espace post-soviétique juste avant l'écroulement de l'URSS, tant et si bien que le droit ne contenait pas de règles juridiques régissant ce domaine précis. Les premières règles relatives à la PMA étaient consacrées à l'accès à la PMA et ses conséquences sur la filiation⁸⁷. La jurisprudence a dû rapidement compléter les quelques règles lacunaires. Elle met à jour les mentalités étatiques à travers des raisonnements, décisions et avis des juges, recherchant des solutions à des situations non couvertes par les textes législatifs et réglementaires.

12. Plan. Accompagnant les progrès médicaux, les États de l'ex-URSS ont progressivement mis en place la large palette des soins destinés au traitement de l'infertilité en favorisant ainsi la natalité dans les États (Section I). Mais le système de prise en charge des techniques onéreuses par la Sécurité sociale en restreint l'accès en créant une inégalité d'accès à l'assistance médicale à la procréation. (Section II).

⁸⁵ Selon l'INSEE, l'Europe orientale est composée de la Bulgarie, la Croatie, les Pays baltes, la Pologne, la Roumanie, la Slovaquie et la République tchèque ; selon l'ONU, on ajoute l'Ukraine et la Russie. Dans notre étude, ce terme fait référence à la Russie, l'Ukraine et la Biélorussie.

⁸⁶ La formation des nouveaux États sur le territoire post-soviétique a été suivie par des réformes juridiques. Chacune des Républiques a son droit propre, mais certains des codes de ces ex-Républiques se calquent sur le code équivalent de la Russie ou reprennent parfois intégralement les normes existantes sous l'URSS. Cette question a été traitée dans l'introduction de cette thèse.

⁸⁷ Voir notamment l'article 52 du Code de la famille russe, l'article 1 et le chapitre 9 du Code de la famille et du mariage kazakh, l'article 52 du code de la famille et du mariage biélorusse, l'article 123 du code de la famille ukrainien.

SECTION I. La procréation médicalement assistée : le droit de devenir parent.

13. Tout système juridique traduit un équilibre entre la protection de la procréation classique ou naturelle (autrefois le sang ; aujourd'hui la biologie) et celle découlant d'acte volontaire. Le droit de la filiation est empreint de valeurs et de principes tels que : la protection de la famille, l'intérêt de l'enfant, le droit d'accès aux origines, l'égalité femme- homme - principes qui structurent la société.

S'agissant de la filiation, dans tout système juridique, le droit tente de trouver un équilibre entre les données naturelles (autrefois le sang ; aujourd'hui la biologie), la volonté individuelle, le vécu, les valeurs et les principes qui structurent la société.

14. L'ouverture de l'accès à l'assistance médicale à la procréation (sauf la GPA et le recours aux donneurs) aux couples hétérosexuels mais aussi aux femmes célibataires en Europe orientale n'a pas bouleversé le droit de la filiation. Il s'est agi d'une simple transposition des règles de la filiation charnelle. Concernant la PMA avec le recours aux donneurs, le droit se contente des vraisemblances, et les règles classiques de la filiation sont à nouveau appliquées. En d'autres termes, la mère est celle qui accouche de l'enfant. Son mari ou son compagnon est le père.

15. Il n'est guère étonnant que les pays de l'ex-URSS, faisant partie de l'Europe de l'Est, aient tous ouvert la procréation médicalement assistée aux femmes célibataires, contrairement aux États de l'Asie centrale et du Caucase. Cette ouverture reflète un regard différent de la société sur les familles monoparentales et l'acceptation d'une « liberté sexuelle » (ou d'une plus grande liberté des mœurs dont sexuelle).

16. La décision de recourir à l'assistance médicale à la procréation est une décision relevant de la sphère privée. Mais ce recours sollicite la société et le droit. L'encadrement de la procréation médicalement assistée dépend du niveau de l'intervention de l'État dans le domaine des procréations. Il s'agit de l'encadrement des techniques, mais aussi du financement accordé par l'État aux personnes infertiles ayant recours à l'assistance médicale à la procréation. Plus l'assistance médicale à la procréation est considérée comme une solution thérapeutique, plus l'intervention de l'État est légitime pour soutenir un modèle familial déterminé et promouvoir une

politique nataliste. « Le rôle du droit n'est pas de s'aligner sur les préceptes d'un progrès incertain, mais plutôt de préserver les racines culturelles et morales... »⁸⁸.

§ I. Des législations des États fondées sur un socle commun.

17. Dans aucun des États étudiés, il n'existe de système de révision de la législation, à l'instar des lois bioéthiques en France. Mais au-delà de cette constatation, il peut être reproché à la plupart des États étudiés (Russie, Ukraine...) l'absence de toute loi cadre (ou spéciale) fixant le régime de la procréation médicalement assistée, et les garanties assurant la protection de ces droits. Des normes protectrices ont néanmoins ponctuellement déjà été adoptées en Biélorussie, en Arménie⁸⁹, au Kazakhstan, au Kirghizstan, en Moldavie et au Tadjikistan⁹⁰.

Les règles générales de la PMA en Europe orientale.

Les règles générales encadrant la procréation médicalement assistée dans ses techniques et son accès sont contenues dans des textes adoptés depuis les années 1990 mais surtout depuis les années 2000. Chaque pays a adopté ses propres lois qui ont chacune des lacunes techniques (1) mais précisent l'accès aux techniques autorisées (2).

18. Encadrement actuel de l'assistance médicale à la PMA. La toute première disposition légale de l'URSS relative aux techniques de procréation médicalement assistée est la loi de l'URSS N° 1501-I du 22 mai 1990 "sur la modification de certains actes législatifs de l'URSS relatifs aux femmes, à la famille et à l'enfance", qui a complété l'article 17 de la loi intitulée "Des bases législatives de l'Union des républiques socialistes soviétiques et des républiques de l'Union sur le mariage et la famille" du 27 juin 1968⁹¹, en ajoutant à cette loi une sixième partie qui précise : "*Le mari qui a donné son consentement à l'insémination artificielle de sa*

88 C.LABRUSSE-RIOU, *Ecrit de bioéthique*, p 122.

89 La loi de l'Arménie du 11 décembre 2020 sur la santé et les droits reproductifs.// Закон Республики Армения «О репродуктивном здоровье и репродуктивных правах человека» от 11 декабря 2002 г. : <http://www.parliament.am/legislation.php?sel=show&ID=1339&lang=rus>

90 Problèmes actuels du droit. Publications suite à la VIe conférence scientifique internationale, Moscou 2017. Pp62-65, éd. Buki-Vedi, 2017.// Актуальные проблемы права: материалы VI Междунар. науч. конф. (г. Москва, декабрь 2017 г.). — М.: Буки-Веди, 2017. — С. 62-65. Les questions des carences législatives, des débats sur ce sujet et des réformes en cours sont traitées dans le Titre II.

91 Закон СССР «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты СССР по вопросам, касающимся женщин, семьи и детства» от 22 мая 1990 года № 1501-I ;Основы законодательства Союза ССР и союзных республик о браке и семье от 27 июня 1968 года.

femme avec le sperme d'un donneur est enregistré en tant que père de l'enfant né et n'a pas le droit de contester cette filiation". Après l'éclatement de l'URSS, la Communauté des États Indépendants⁹², en travaillant sur un rapprochement des législations nationales, a cherché à harmoniser le domaine de la biomédecine. C'est ainsi que le 31 octobre 2007, l'Assemblée de la CEI⁹³ a adopté des recommandations sur « *la régularisation éthique et juridique et la sécurité des techniques de la biomédecine dans les États Indépendants* »⁹⁴. Ce texte recommande aux États de :

-définir précisément l'ensemble des notions dans le domaine de la biomédecine (alinéa 3) ; et

-d'accorder les mêmes droits aux enfants adoptés, nés de la procréation médicalement assistée avec donneur, qu'à ceux nés sans recours à la PMA (alinéa 8)⁹⁵;

⁹² La CEI est une association formée dès la fin 1991 à l'initiative de la Biélorussie, de l'Ukraine et de la Russie ; plusieurs autres Républiques qui formaient l'URSS les ont rejoints : l'Arménie, l'Azerbaïdjan, le Kazakhstan, le Kirghizstan, la Moldavie, l'Ouzbékistan, le Tadjikistan. En 1993, la Géorgie adhère aussi à la CEI. Le Turkménistan est un membre associé.

⁹³ L'Assemblée interparlementaire des États membres de la CEI, dont les noms abrégés non officiels sont Assemblée interparlementaire de la CEI (AIP CEI), est un organe interétatique de la Communauté des États indépendants, qui assure la coopération parlementaire des États membres de la CEI et élabore des propositions conjointes des parlements nationaux des pays de la CEI sur des questions d'intérêt commun.

Les recommandations du 31 octobre 2007 sur la réglementation éthico-juridique et la sécurité des technologies médico-génétiques en CEI. //РЕКОМЕНДАЦИИ Об этико-правовом регулировании и безопасности генетических медицинских технологий в государствах – участниках СНГ приняты на двадцать девятом пленарном заседании Межпарламентской Ассамблеи государств – участников СНГ (постановление № 29-12 от 31 октября 2007 года) <https://iacis.ru/public/upload/files/1/320.pdf>

Parmi les textes importants, il faut citer la loi du 18 novembre 2005 N26-10 sur la protection des droits et la dignité de l'homme lors des recherches biomédicales dans les États membres de la CEI. //ЗАКОН О защите прав и достоинства человека в биомедицинских исследованиях в государствах — участниках СНГ. Принят на двадцать шестом пленарном заседании Межпарламентской Ассамблеи государств — участников СНГ (постановление № 26-10 от 18 ноября 2005 года) <https://iacis.ru/public/upload/files/1/193.pdf>; <https://docs.cntd.ru/document/901972162..>

<https://e-cis.info/index.php?id=572>

Membres de l'AIP de la CEI : parlements de l'Arménie, de l'Azerbaïdjan, du Belarus, du Kazakhstan, du Kirghizstan, de la Moldavie, du Tadjikistan, de la Fédération de Russie, de l'Ukraine et de l'Ouzbékistan//Межпарламентской Ассамблеи государств-участников Содружества Независимых государств.

⁹⁴ Рекомендации Межпарламентской Ассамблеи государств-участников Содружества Независимых государств «Об этико-правовом регулировании и безопасности генетических медицинских технологий в государствах-участниках СНГ. https://iacis.ru/baza_dokumentov

⁹⁵ « 8. При правовом регулировании генетических технологий государства – участники СНГ признают, что все люди равны в своем достоинстве и правах независимо от генетических характеристик, пола,

pratiquée que dans les établissements de santé agréés, par des méthodes autorisées par le ministère de la Santé⁹⁹.

20. En Russie, bien que les méthodes de procréation assistée soient utilisées depuis longtemps, il serait incorrect de parler d'un véritable cadre juridique dans ce domaine. La plupart des questions juridiques qui se posent, au niveau national et international, ne sont toujours pas réglées dans le droit russe. Les normes juridiques existantes sont, dans une certaine mesure, fragmentées, et ne couvrent que certains aspects de l'assistance médicale à la procréation. Beaucoup de dispositions existantes sont contestées, diversement interprétées par les professionnels,¹⁰⁰ ou se contredisent. En outre, les juristes ne s'intéressent à cette matière que depuis peu de temps,¹⁰¹ et les quelques études qui ont été réalisées n'ont pas encore abouti à des projets de loi, à des débats à l'échelle nationale suivis d'actions concrètes, à l'instar de ce qui s'est passé en France avec les lois de la bioéthique et les états généraux.

21. Une recension des normes existantes permet de constater qu'en Russie, l'assistance médicale à la procréation est réglementée par le Code de la famille, la loi fédérale du 21.11.2011 concernant les fondements de la protection de la santé des citoyens russes, la loi fédérale du 15 novembre 1997 sur les actes de l'état civil, et par l'Arrêté du ministère de la Santé du 26 février 2003 sur les procédés de procréation médicalement assistée dans le but de traiter la stérilité féminine et masculine. Ces textes ne sont pas codifiés. Cependant, ils sont appliqués en binôme avec quelques rares règles du Code de la famille. Certaines normes constitutionnelles sont utilisées pour interpréter le droit de la procréation, tels le droit à la vie (al.1 de l'article 20 de la Constitution de 1993¹⁰²), le droit à la dignité de l'individu (article 21¹⁰³), le droit à la liberté et à l'inviolabilité de la personne (article 22), le droit au

⁹⁹ Les conditions d'autorisation pour l'exercice d'activités commerciales dans le domaine médical figurent dans le décret du Cabinet des ministres de l'Ukraine du 02.03.2016. La prise en charge de l'AMP pour les femmes souffrant d'infertilité a été fixée par l'arrêté du ministère de la Santé de l'Ukraine du 29.11.2004 № 579.

¹⁰⁰ Juristes, médecins, magistrats, service d'état civil...

¹⁰¹ O.Khazova

¹⁰² Article 20 alinéa 1 de la Constitution, avec des modifications du 20 juillet 2020 : « *Chacun a le droit à la vie* ». http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_28399 Nous retrouvons le même principe dans l'article 15 de la Constitution kazakhe.

¹⁰³ Article 21 de la Constitution : « *1. La dignité individuelle est protégée par l'État. Rien ne peut justifier les atteintes à la dignité.* »

respect de la vie privée, au secret personnel et familial (article 23), le droit à la protection étatique de la maternité, de l'enfance et de la famille (article 38), à la protection de la santé et à l'assistance médicale (article 41). L'article 7 du Décret du Président de la FR du 09 octobre 2007 N1351 « Sur la politique démographique pour la période jusqu'en 2025 »¹⁰⁴ prévoit que la maternité et la paternité se trouvent sous la protection de l'État.¹⁰⁵

22. La loi fédérale n° 323-FZ du 21.11.2011 sur « la protection générale de la santé publique des citoyens de la Fédération de Russie » (ci-après « loi n° 323-FZ ») emploie les termes « les technologies de l'assistance à la procréation » pour désigner les techniques du traitement de l'infertilité prévoyant une ou plusieurs étapes de conception et/ou de développement de l'embryon hors du corps humain. La liste de ces techniques est énoncée dans l'Arrêté du ministère de la Santé du 30 août 2012 N 107n « sur l'utilisation des techniques de procréation assistée, les contre-indications et les restrictions d'utilisation de ces dernières ».

2. Personne ne doit subir la torture, la violence ou d'autres traitements barbares ou dégradants. Nul ne peut faire l'objet d'expériences médicales, scientifiques ou autres sans son consentement volontaire.//

1. Достоинство личности охраняется государством. Ничто не может быть основанием для его умаления.

2. Никто не должен подвергаться пыткам, насилию, другому жестокому или унижающему человеческое достоинство обращению или наказанию. Никто не может быть без добровольного согласия подвергнут медицинским, научным или иным опытам.

Nous retrouvons le même principe dans l'article 17 de la Constitution kazakhe.

¹⁰⁴ Указ Президента Российской Федерации «Об утверждении Концепции демографической политики на период до 2025 года» от 9 октября 2007 г. № 1351 http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_71673/942772dce30cfa36b671bcf19ca928e4d698a928/

¹⁰⁵ Alinéa 2 de l'article 7 : ». Dans la Fédération de Russie, le travail et la santé sont protégés, un salaire minimum garanti est fixé, l'État apporte son soutien à la famille, à la maternité, à la paternité et à l'enfance, aux personnes handicapées et aux citoyens âgés, un système de services sociaux se développe, les retraites, les allocations et autres garanties de protection sociale sont établies/prévues»./ 2. В Российской Федерации охраняются труд и здоровье людей, устанавливается гарантированный минимальный размер оплаты труда, обеспечивается государственная поддержка семьи, материнства, отцовства и детства, инвалидов и пожилых граждан, развивается система социальных служб, устанавливаются государственные пенсии, пособия и иные гарантии социальной защиты.

L'alinéa 1 de l'article 27 de la Constitution kazakhe énonce que « *Le mariage et la famille, la maternité, la paternité et l'enfance se trouvent sous la protection de l'État* »//1. Брак и семья, материнство, отцовство и детство находятся под защитой государства. Le Kazakhstan accentue ainsi l'importance du mariage, le terme ne figurant pas dans l'article russe.

23. Une loi fédérale ou spéciale. Il est important de préciser qu'à ce jour, la Russie n'a pas adopté de loi fédérale encadrant le recours à la procréation médicalement assistée, ni les garanties de la protection de ces droits. Des normes protectrices (des lois spéciales) ont déjà été adoptées en Biélorussie, en Arménie, au Kazakhstan, au Kirghizstan, en Moldavie et au Tadjikistan¹⁰⁶.

24. **Kazakhstan- un système bien réfléchi.** Nous retrouvons dans le texte kazakh les mêmes principes que dans la constitution russe : la protection de la vie, de la santé et de la maternité/paternité. A l'instar du texte russe, l'alinéa 1 de l'article 27 de la Constitution kazakhe ajoute le terme « mariage » : « *Le mariage et la famille, la maternité, la paternité et l'enfance se trouvent sous la protection de l'État* », mettant ainsi l'accent sur la place importante du mariage au sein de la société.

25. Le domaine de la PMA est régi par de nombreux textes qui sont soumis en permanence à des modifications/évolutions. Nous retrouvons un encadrement beaucoup plus détaillé qu'en Russie ou en Ukraine. Il s'agit notamment du Code de la santé et du système de santé de la République du Kazakhstan¹⁰⁷, le Code du mariage et de la famille¹⁰⁸, la loi du 16 juin 2004 N565-II concernant les droits reproductifs et les garanties de leur réalisation (exécution). A la différence des textes russes ou ukrainiens, ces textes ne se limitent pas à définir une règle d'établissement de la filiation en cas de recours à la GPA, mais donnent des définitions de chaque terme, posent des règles très détaillées d'accès aux techniques, et précisent en détail la règle juridique pour chaque situation possible de la PMA et de la GPA¹⁰⁹. A ces textes s'ajoutent le Décret du ministère de la Santé du 15 décembre 2020 NKP DSM-

106 Problèmes actuels du droit. Publications suite à la VI conférence scientifique internationale, Moscou 2017. Pp62-65, éd. Buki-Vedi, 2017. //Актуальные проблемы права: материалы VI Междунар. науч. конф. (г. Москва, декабрь 2017 г.). — М.: Буки-Веди, 2017. — С. 62-65.

107 Le Code de la République de Kazakhstan du 07 juin 2020 N360-VI sur « la santé et le système de la protection médicale », avec les modifications du 24 juin 2021. // Кодекс Республики Казахстан от 7 июля 2020 года № 360-VI «О здоровье народа и системе здравоохранения» (с изменениями и дополнениями по состоянию на 24.06.2021 г.)

108 L'article 1 du code définit tous les termes, notamment la santé reproductive comme *la capacité de procréation des ascendants en bonne santé*. //32) « репродуктивное здоровье » - здоровье человека, отражающее его способность к воспроизводству полноценного потомства.

La partie 3 régit notamment la gestation pour autrui (chapitre 9) et les règles d'établissement de la filiation.

109 Ce qui reste cependant hors cadre légal même au Kazakhstan, c'est la PMA post mortem.

272/2020 sur la PMA¹¹⁰, l'Arrêté n° KR DSM-236/2020 du ministre de la Santé de la République du Kazakhstan du 08 décembre 2020 sur l'approbation des règles et des conditions pour le don de cellules germinales, de tissus d'organes reproducteurs, la Résolution n° 315 du Gouvernement de la République du Kazakhstan du 21 mai 2020 sur l'approbation du Plan d'action pour la mise en œuvre du concept de la politique de la famille et de l'égalité des sexes dans la République du Kazakhstan jusqu'en 2030 (deuxième étape : 2020 - 2022).

26. Le Code du mariage et de la famille¹¹¹, détermine la procédure des programmes de maternité de substitution, les droits et les devoirs des participants engagés par le contrat¹¹². Ainsi l'article 51, calqué sur le droit russe, prohibe la contestation de filiation par la personne ayant consenti au recours à la PMA. Les deux articles, russe et kazakh, sont formulés exactement de la même manière (mot pour mot), à l'exception de la mention « unis par les liens du mariage » dans le texte russe ; le Code kazakh ne précise ni le genre de la personne pouvant recourir à la PMA (« personnes »¹¹³), ni son statut matrimonial. Mais comme en droit russe, le terme « époux » figure dans les articles consacrés à la GPA (articles 54-59) et présume que cette technique n'est ouverte qu'aux personnes mariées. Mais si le code de la famille russe contient seulement un paragraphe relatif à la GPA (celui qui énonce les règles d'établissement de la filiation)¹¹⁴, le code kazakh y consacre un chapitre entier.

¹¹⁰ Cet Arrêté a remplacé l'Arrêté du ministère de la Santé de la République du Kazakhstan du 30 octobre 2009 n° 627 portant approbation des Règles relatives aux méthodes et technologies de procréation assistée. Ce texte définit notamment les notions de la PMA, du donneur, du contrat de la GPA. // Приказ Министра здравоохранения Республики Казахстан от 15 декабря 2020 года № ҚР ДСМ-272/2020 Об утверждении правил и условий проведения вспомогательных репродуктивных методов и технологий (с изменениями и дополнениями от 18.06.2021 г.).

¹¹¹ Le Code du mariage et de la famille, approuvé par décret du président de la République du Kazakhstan, N. Nazarbayev, le 26 décembre 2011, avec des modifications du 1er juillet 2021. www.online.zakon.kz

¹¹² Une analyse détaillée et comparée est présentée dans le chapitre sur la gestation pour autrui.

¹¹³ « Лица давшие согласие на »

¹¹⁴ Art.51 al.4 -2 « Лица, состоящие в браке между собой и давшие свое согласие в письменной форме на имплантацию эмбриона другой женщине в целях его вынашивания, могут быть записаны родителями ребенка только с согласия женщины, родившей ребенка (суррогатной матери). »

27. Conformément à l'article 58 du Code, le recours à la PMA est ouvert à toutes les femmes, mariées ou non¹¹⁵. Les modifications apportées en 2015 interdisent l'exportation de cellules germinales et d'embryons à des fins commerciales.

A cette liste s'ajoute la loi du 08 décembre 2009 N223-IV (avec des modifications au 1er juillet 2021) sur les garanties de l'État concernant les droits égaux et l'égalité des chances des hommes et des femmes¹¹⁶. Dans son article 1, la loi définit la santé reproductive comme « la santé humaine reflétant ses capacités de procréation de descendants en bonne santé ».

28. **Ukraine.** L'Arrêté du ministère de la Santé n° 787 du 09.09.2013 « Sur l'approbation des conditions et procédures d'utilisation des techniques de procréation médicalement assistée en Ukraine » constitue la base normative régissant l'assistance médicale à la procréation¹¹⁷. Elle a été élaborée conformément à la loi de l'Ukraine « Principes fondamentaux de la législation ukrainienne concernant les soins de santé » 14n° 2801-XII du 19.11.1992¹¹⁸.

¹¹⁵ A jour, le 1er juillet 2021. Le Décret du ministre de la Santé du 15 décembre 2020 N KR-DSM-272/2020 sur la PMA dans son article 3 cite expressément un couple marié et une femme, en concubinage ou célibataire. En même temps, l'article 146 du Code de la santé du peuple et du système de la santé du 07 juillet 2020 N360-Vi fait référence à « une femme et un homme mariés » et « une femme et un homme non mariés ». // Кодекс Республики Казахстан от 7 июля 2020 года № 360-VI «О здоровье народа и системе здравоохранения».

¹¹⁶ Закон Республики Казахстан от 8 декабря 2009 года № 223-IV «О государственных гарантиях равных прав и равных возможностей мужчин и женщин» (с изменениями по состоянию на 01.07.2021 г.)

¹¹⁷ Les règles sont également fixées par le Code civil de l'Ukraine du 16.01.2003 (articles 6, 281, 627), le Code de la famille de l'Ukraine du 10.01.2002 (articles 123, 136, 139), la loi de l'Ukraine du 19.11.1992 relative aux bases de la législation sur la protection de la santé ; la loi de l'Ukraine du 16.07.1999 et l'Arrêté du ministère de la Santé de l'Ukraine du 20.04.2012 encadrent la transplantation d'organes et de tissus humains et l'activité des banques du sang de cordon ombilical, d'autres tissus et cellules humaines. Les principaux aspects médicaux sont définis dans la circulaire n° 771 sur l'utilisation des techniques de procréation médicalement assistée », approuvée par l'Arrêté du ministère de la Santé de l'Ukraine du 09 septembre 2013// Приказ Министерства Здравоохранения Украины 787 от 11.04.2014 «Про утверждение порядка использования вспомогательных репродуктивных технологий в Украине».

Les règles d'état civil pour les enfants nés de la procréation médicalement assistée et la question de l'origine de l'enfant sont fixées par l'Arrêté du ministère de la Justice de l'Ukraine du 18.10.2000 et par l'Arrêté du ministère de la Justice de l'Ukraine n° 3307/5 du 24 décembre 2010, certaines clarifications ayant été apportées par le ministère de la Justice de l'Ukraine du 11.05.2012.

¹¹⁸ Cette loi n° 2801-XII du 19 novembre 1992, dans son article 48, ne mentionne que l'utilisation de l'insémination artificielle et de l'implantation d'embryons, sans réglementer la maternité de substitution et les autres méthodes et techniques d'AMP. La loi ne définit pas non plus certains termes comme « les techniques de reproduction assistée », « insémination artificielle », « implantation d'embryons », « mère porteuse », « maternité de substitution », etc.

L'assistance médicale à la procréation est effectuée exclusivement dans des établissements de santé agréés, par des méthodes autorisées par le ministère de la Santé¹¹⁹. Les principaux aspects médicaux sont définis dans la circulaire n° 771 « sur l'utilisation des techniques de procréation médicalement assistée », approuvée par l'Arrêté du ministère de la Santé de l'Ukraine du 09 septembre 2013. Mais également dans le Code civil de l'Ukraine du 16.01.2003 (articles 6, 281, 627), le Code de la famille de l'Ukraine du 10.01.2002 (articles 123, 136, 139), la loi de l'Ukraine du 19.11.1992 relative aux bases de la législation sur la protection de la santé ; la loi de l'Ukraine du 16.07.1999 et l'Arrêté du ministère de la Santé de l'Ukraine du 20.04.2012¹²⁰ encadrant la transplantation d'organes et de tissus humains et l'activité des banques du sang de cordon ombilical, d'autres tissus et cellules humaines. Les règles d'état civil pour les enfants nés de la procréation médicalement assistée et la question de l'origine de l'enfant sont fixées par l'Arrêté du ministère de la Justice de l'Ukraine du 18.10.2000 et par l'Arrêté du ministère de la Justice de l'Ukraine n° 3307/5 du 24 décembre 2010, certaines clarifications ayant été apportées par l'Arrêté du ministère de la Justice de l'Ukraine du 11.05.2012.

Conformément à l'article 281, paragraphe 7, du Code civil, les femmes ou les hommes majeurs ont le droit, pour des raisons médicales, de recourir aux programmes d'AMP selon la procédure et les conditions fixées par la loi.

Les juristes ukrainiens, comme leurs homologues russes¹²⁰, constatent que la législation en vigueur concernant la procréation médicalement assistée est lacunaire¹²¹ et qu'il est nécessaire d'élaborer et d'adopter une loi spéciale régissant les relations juridiques en matière de procréation médicalement assistée afin de protéger les droits et les intérêts de tous les intervenants et de prévenir les abus dans ce domaine.

¹¹⁹ Les conditions d'autorisation pour l'exercice d'activités commerciales dans le domaine médical figurent dans le décret du Cabinet des ministres de l'Ukraine du 02.03.2016. La prise en charge de l'AMP pour les femmes souffrant d'infertilité a été fixée par l'Arrêté du ministère de la Santé de l'Ukraine du 29.11.2004 № 579.

¹²⁰ MARTUNYUK L. « L'encadrement juridique du recours à l'AMP en Ukraine : aspects problématiques. » Vestnik de l'université juridique d'Odessa. Pravoznaniye. 2019. N34. pp93-105. La conférence internationale « L'évolution du droit de la famille » (organisée en coopération avec le comité de la famille de la Douma), Moscou, 15-16 novembre 2019. MEDVEDEV D. La codification du droit privé russe. Moscou. Ed. Statut. 2019.

¹²¹ GOLOVOSHUK A. Encadrement juridique de la PMA en Ukraine. Kiev. Thèse 2017 (en langue ukrainienne).

29. **Biélorussie.** En Biélorussie, les normes encadrant l'assistance médicale à la procréation se trouvent dans le Code du mariage et de la famille du 09 juillet 1999, la loi de la République de Biélorussie N341-Z du 07 janvier 2012 sur la procréation médicalement assistée¹²² (dernière modification le 18 juin 2019¹²³), l'Arrêté du ministère de la Santé de la République de Biélorussie n° 54 du 1er juin 2012 « Sur certaines questions de recours aux technologies de procréation assistée ».

30. L'article 3 de la loi sur la procréation médicalement assistée donne la liste des techniques de procréation médicalement assistée, qui sont la FIV, la maternité de substitution et l'insémination artificielle. L'analyse des services fournis par les centres médicaux de la République du Belarus conduit à la conclusion que d'autres types d'AMP, malgré l'absence de leur réglementation (ICSI, éclosion, etc.¹²⁴), sont également pratiqués. Nous retrouvons ces techniques notamment dans la liste des techniques figurant dans l'Arrêté du ministère de la Santé de la Fédération de Russie du 30 août 2012 № 107n « Sur l'utilisation de la procréation assistée »¹²⁵.

31. **Les limites de ces cadres nationaux.** Tous ces textes encadrant la procréation médicalement assistée (son accès et les effets) en Russie ne sont pas suffisamment précis sur la délimitation du champ d'application des différents textes et il y a des contradictions entre les règles imposées par les différents textes¹²⁶. Pour le Kazakhstan, il s'agit plutôt de quelques lacunes, ¹²⁷ celui-ci étant un des Etats qui a mis en place une législation assez détaillée en la matière.

Les conditions générales d'accès à l'assistance médicale à la procréation : de nombreuses analogies entre les législations russe, ukrainienne, kazakhe et biélorusse

122 https://kodeksy-by.com/zakon_rb_o_vspomogatel_nyh_reproduktivnyh_tehnologiyah.htm

123 https://pravo.by/upload/docs/op/H11900200_1561496400.pdf

124 L'injection intracytoplasmique de spermatozoïde dans l'ovocyte (ICSI) ; dissection de l'enveloppe de l'embryon (éclosion).

125 En plus de ceux mentionnés dans la législation biélorusse, nous retrouvons notamment l'ICSI, cryopréservation des cellules germinales, des tissus des organes de reproduction et des embryons.

126 Notamment, l'absence de réglementation sur la PMA post mortem, des contradictions concernant l'accès des célibataires à la PMA, rien sur les contrats de la GPA. A titre d'exemple, conformément à l'alinéa 8 de l'article 2 de la loi d'Arménie sur « La santé et les droits reproductifs », la gestatrice est une femme qui n'est pas liée génétiquement à l'enfant (l'embryon doit être conçu avec les gamètes des parents d'intentions) et en même temps l'article 15 énonce que la gestatrice peut être également la donneuse d'ovocyte.

127 La PMA post mortem.

Les législations des Etats étudiés ouvrent l'accès à la procréation médicalement assistée exclusivement pour les raisons thérapeutiques (1). Un consensus existe sur la question du statut de donneur (3). Néanmoins, les Etats ne sont pas unanimes quant aux bénéficiaires de ces techniques (2).

1. *L'exigence de raisons médicales : une règle commune à tous les ordres juridiques*

32. A l'origine, la procréation médicalement assistée a été pensée comme remède à l'infertilité. Les textes ne permettent l'accès aux techniques de la procréation médicalement assistée qu'en cas d'infertilité pathologique ou de risque de transmission d'une maladie¹²⁸. Les textes précisent ainsi que ces techniques ne peuvent viser un autre but que celui de réparer les conséquences d'un dysfonctionnement pathologique à l'origine d'une stérilité, ou d'éviter la transmission d'une maladie¹²⁹.

33. En droit ukrainien, il ressort de l'alinéa 7 de l'article 128 du Code civil que l'assistance médicale à la procréation ne peut pas se faire pour des raisons « d'infertilité sociale » ou de convenance¹³⁰. Jusqu'à l'été 2021, nous retrouvons le même principe en droit français : selon l'article L. 2141-2, al. 1 du CSP, l'assistance

¹²⁸ La loi de la Biélorussie sur la PMA N341-Z du 07 janvier 2012 ; l'Arrêté du ministère de la Santé de l'Ukraine N787 du 09 septembre 2013 sur la PMA ; l'Arrêté du ministère de la Santé russe N325 du 30 août 2012 N107n sur le recours à la PMA, les contre-indications et les restrictions.

Concernant ce dernier texte, l'Arrêté du ministère de la Santé russe du 30 août 2012 N107 énumère les raisons médicales ouvrant accès à la procréation médicalement assistée en excluant ainsi l'accès à ces techniques pour des raisons de pure convenance. Quant aux indications médicales proprement dites, telles qu'elles sont définies dans les documents normatifs précités du ministère de la Santé russe, elles ne sont pas formulées de manière claire et cohérente, et contiennent parfois des dispositions contradictoires. Ainsi, par exemple, selon la circulaire sur le recours à la technique d'insémination artificielle avec le sperme d'un donneur pour des raisons médicales traite à la fois des cas d'infertilité féminine et masculine, ainsi que « du pronostic médical et génétique défavorable en ce qui concerne la descendance ». Les circulaires sur la fécondation in vitro et la technique de transfert d'embryons pour le traitement de la stérilité féminine font également référence à la stérilité masculine comme indication pour le recours à ces techniques. Une nouvelle circulaire du ministère de la Santé a permis aux femmes d'avoir recours à l'insémination artificielle avec le sperme d'un donneur en l'absence de partenaire sexuel. Voir l'alinéa 84 de l'Arrêté du ministère de la Santé du 30.08.2012 N107n//Приказ Минздрава России от 30 августа 2012 номер 107н «О порядке использования вспомогательных репродуктивных технологий, противопоказаниях и ограничениях к их применению», пункт 84.

¹²⁹ L'Arrêté du ministère de la Santé de l'Ukraine N787 du 09 septembre 2013 sur la PMA.

¹³⁰ La liste des maladies ouvrant l'accès à la PMA est à peu près similaire à son équivalente russe. Il manque cependant l'accès pour la raison d'absence du partenaire.

A.Golovoshuk, Les relations du droit dans le domaine de la PMA. Kiev. 2017. p.258// А.П.Головошук Гражданско-правовое регулирование отношений, связанное с применением ВРТ. Киев.2017. стр.258.

médicale à la procréation ne peut avoir que deux finalités, soit « remédier à l'infertilité d'un couple » dont le caractère pathologique a été médicalement diagnostiqué, soit « éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité ».

34. En France, depuis la loi de bioéthique du 02 août 2021, l'accès à la procréation médicalement assistée (PMA) est élargi aux couples de femmes et aux femmes célibataires, et le critère médical d'infertilité est supprimé. Elle était jusqu'à présent réservée aux couples hétérosexuels sur indication médicale.

35. Il est important de rappeler que la gestation pour autrui est considérée par les Etats étudiés d'Europe orientale comme une des techniques de l'assistance médicale à la procréation¹³¹. Les lois des Etats autorisent le recours à la gestation pour autrui à toutes les femmes et couples ¹³² pour lesquelles « porter et donner naissance à un enfant est impossible pour des raisons médicales ou physiologiquement ou pour lesquelles la gestation et l'accouchement implique un risque pour leur vie et/ou la vie de son enfant ¹³³».

36. Ainsi, nous pouvons constater que tous les Etats s'attachent au même principe d'existence des conditions médicales objectives¹³⁴ (l'infertilité médicale des bénéficiaires de procréation médicalement assistée ou le risque de maladie transmissible), et écartent le recours aux techniques de procréation assistée pour convenance personnelle.

La finalité thérapeutique n'est par ailleurs pas la seule limite imposée : l'accès à la procréation médicalement assistée est aussi subordonné à des critères supplémentaires.

¹³¹ La loi de la République de Biélorussie N341-Z du 07 janvier 2012 sur la PMA.

¹³² L'Ukraine, contrairement aux autres Etats, n'ouvre pas l'accès à la PMA à une femme seule.

¹³³ Voir titre III de l'Arrêté du 09 septembre 2013 N787 (enregistré par le ministère de la Justice le 02 octobre 2013 sous le numéro 1697/24229).

¹³⁴ Un délai de traitement préalable à l'accès aux techniques de la PMA est imposé par les Etats. Ce délai fait est difficilement contourné en cas de traitement d'infertilité avec la prise en charge des frais par la Sécurité sociale. A titre d'exemple, ce délai de traitement préalable avant d'avoir recours à la PMA est de 9 à 12 mois. Seules les femmes âgées de plus de 35 ans ont accès à la PMA avant l'expiration de ce délai de 12 mois, et cela sous réserve d'un avis favorable des médecins (décision collégiale).

1. *Statut matrimonial et orientation sexuelle : encadrement des bénéficiaires dans le but d'imiter la procréation charnelle.*

37. Nous allons à présent nous focaliser sur les bénéficiaires de la procréation médicalement assistée. La différence des cultures juridiques ressort à travers le sujet de l'assistance médicale à la procréation. Avant l'entrée en vigueur de la loi de bioéthique de 2021 en France, les techniques de la PMA étaient ouvertes à plus de catégories de bénéficiaires en Russie, en Biélorussie et en Ukraine qu'en France.

38. **Une unanimité sur la question d'accès des couples mariés hétérosexuels.** Les Etats sont unanimes quant à l'ouverture de la procréation médicalement assistée aux couples mariés hétérosexuels. C'est le cas¹³⁵ de la Russie, de l'Ukraine, de la Biélorussie et du Kazakhstan. Aucun des Etats mentionnés n'a ouvert l'accès à la procréation médicalement assistée aux couples de personnes de même sexe, parce que ces unions ne sont pas reconnues en droit interne (cas des pays de l'ex-URSS)¹³⁶.

39. Mais la convergence des régimes n'est pas absolue sur la question d'encadrement des bénéficiaires de la procréation médicalement assistée. Les Etats ont choisi des solutions différentes concernant l'accès des couples non mariés et celui des personnes célibataires (non mariée et ne vivant pas en concubinage).

40. En Russie et en Ukraine, la loi comporte une ambiguïté sur le statut matrimonial des bénéficiaires de la procréation médicalement assistée. L'article 55 de la loi russe¹³⁷ N323-FZ, intitulée « l'application de l'assistance médicale à la procréation », ouvre l'accès à ces techniques « aux couples, mariés ou non, composés d'une femme et d'un homme, et aux femmes célibataires ». L'ordonnance du 26

¹³⁵ En France, jusqu'à l'été 2021 c'est l'article L2141-2 du Code de la santé publique qui réserve l'accès «aux couples, constitués d'un homme et d'une femme ».

¹³⁶ Nous n'abordons pas ici la question des couples homosexuels car, comme cela a déjà été déjà souligné, le mariage homosexuel n'existent pas juridiquement dans les Etats de l'ex URSS étudiés, de tels couples sont donc exclus des bénéficiaires. L'orientation sexuelle ne fait pas partie des critères déterminant l'accès à la PMA. En d'autres termes, soit la législation ouvre l'accès à toutes personnes célibataires, parfois précisant leur sexe féminin, aux techniques, soit elle les laisse hors champs d'application. Précisons simplement que le principe qu'un couple est l'union d'un homme et d'une femme est inscrit dans la Constitution russe. En Union Européenne, ce principe figure également dans les Constitutions polonaise et bulgare.

¹³⁷ Loi fédérale du 21 novembre 2011 N323-FZ sur la protection de la santé des citoyens russes. Les articles 51-57 traitent les questions de la PMA.

février 2003 N67 utilise cependant le terme « époux », lequel semble restreindre le dispositif aux mariés. De la même façon, les articles 51, alinéa 4, et 52, alinéa 3 du Code de la famille russe, régissant les questions d'état civil et de contestation de la filiation, en mentionnant également le terme d'« époux », n'ouvre ainsi l'accès expressément qu'aux couples mariés hétérosexuels¹³⁸.

41. A cette contradiction formelle entre les textes sur le statut matrimonial des couples s'ajoute l'absence du contrôle rigoureux des cliniques sur l'état civil des personnes et l'absence de sérieux du personnel administratif lors d'accomplissement des formalités liées à l'accès aux soins. Il en résulte en pratique des PMA au bénéfice de personnes en concubinage ou célibataires qui génèrent des incertitudes sur l'établissement de la filiation des enfants issus du recours à l'assistance médicale à la procréation. La doctrine russe est divisée sur l'interprétation de ces normes, et les tribunaux ont dû traiter la question d'établissement de la filiation face à l'obscurité de la loi¹³⁹.

42. Dans l'hypothèse de recours à la procréation médicalement assistée par des personnes mariées, la loi russe exige l'accord du conjoint, sans pour autant apporter les précisions sur la forme de ce consentement¹⁴⁰. L'imprécision des textes peut à nouveau générer une insécurité juridique.

43. L'arrêt de la Cour d'appel de Kemerovo N° 33-8063 rendu le 06 août 2015¹⁴¹ peut être cité comme exemple. Celui-ci reflète en effet les conséquences peu confortables que peut avoir l'absence de règles précises dans la détermination des bénéficiaires. Dans cette affaire, M. KOLOMIN, patron de Mme KRASINA, avait assigné la clinique Medica et Mme KRASINA en justice, estimant que tous deux lui avaient porté préjudice et avaient nuit à sa réputation professionnelle. Mme KRASINA avait conclu un contrat avec la clinique Medica en vue d'une FIV dans lequel le nom de M. KOLOMIN figurait en qualité d'époux de la patiente. L'acte

¹³⁸ En droit russe, le principe d'hétérosexualité du couple découle implicitement du fait que le mariage n'est ouvert qu'aux couples hétérosexuels.

¹³⁹ La jurisprudence russe sur cette question est présentée dans le chapitre sur les règles d'établissement de la filiation des enfants nés de la PMA.

¹⁴⁰ Cette question d'absence de la rigueur de l'administration des cliniques et les problèmes en découlant sera soulevée à nouveau dans le chapitre sur l'établissement de la filiation des enfants nés de la procréation médicalement assistée en Russie.

¹⁴¹ <http://xn--90afdbaav0bd1afy6eub5d.xn--p1ai/8560756>

précisait en outre que la FIV était réalisée avec le sperme de l'époux. Dans les documents médicaux, M. KOLOMIN était donc désigné comme époux de Mme KRASINA. Après divulgation de ces informations dans sa société, M. KOLOMIN a fait valoir que ces allégations ne correspondaient pas à la réalité, et que leur diffusion donnait à croire qu'il pourrait être le père de l'enfant né et le donneur du sperme ¹⁴².

L'accord de M. KOLOMIN à son enregistrement en tant que père de l'enfant à l'état civil ne fut pas confirmé.

La Cour d'appel a débouté M. KOLOMIN de sa demande de réparation pour diffamation, considérant que les informations divulguées n'étaient pas fausses.

Les documents présentés à la Cour prouvent que Mme KRASINA a eu recours au service médical de la FIV à la clinique Medica, à la suite de quoi elle a donné naissance à une fille. Il est aussi établi que l'acte de naissance ne mentionne pas le nom du père, mais que dans les rapports médicaux produits par la clinique relatifs aux FIV, M. KOLOMIN est bien mentionné en qualité de mari de la patiente. La lecture de cet arrêt¹⁴³ ne permet pas de connaître la nature des relations entre M. KOLOMIN et Mme KRASINA, même si elle laisse néanmoins supposer l'existence d'une relation extraconjugale. L'on ne sait pas davantage si la clinique a pris la peine de vérifier l'identité du mari présumé et, si oui, comment. Pour débouter le demandeur, la Cour se fonde sur le fait que le nom de M. KOLOMIN figure bien dans les documents médicaux, et qu'il n'a pu être inscrit dans les documents sans son accord.

¹⁴² Dans sa requête, M. KOLOMIN demandait à la clinique Medica la suppression de données le concernant des documents médicaux, et de lui présenter des excuses publiquement, qui seraient publiées sur un site internet, ainsi que de dire qu'il n'était pas le donneur et le père de l'enfant né. En outre, M. KOLOMIN demandait au Tribunal une somme d'argent à titre de dommages et intérêts¹⁴². Il sollicitait également de Mme KRASINA des excuses et un démenti des informations diffusées, à savoir qu'elle indique ne pas être l'épouse de M. KOLOMIN et dise que ce dernier n'était pas le père biologique de l'enfant. M. KOLOMIN invoquait donc le fait que son nom avait été utilisé par Mme KRASINA sans son accord et à son insu.

¹⁴³ Pour le Tribunal de la première instance et pour la Cour d'appel, il n'y avait pas de preuves suffisantes que c'était Mme KRASINA qui avait envoyé les documents relatifs à la FIV, dans lesquels il était relaté que trois tentatives avaient été effectuées avec le sperme du mari, et où était mentionnée l'adresse e-mail de l'épouse de M. KOLOMIN (Mme KOLOMINA). La décision de première instance était fondée sur le fait que la preuve de la diffusion des informations par Mme KRASINA n'avait pas été rapportée. La Cour a considéré que tous les éléments des preuves présentés avaient été examinés par les premiers juges, et que le demandeur n'avait pas apporté de nouvelles preuves en cause d'appel. De ce fait, la Cour a rejeté la demande de M. KOLOMIN et refusé, en outre, d'ordonner une expertise technique aux fins de connaître la personne qui était à l'origine de la diffusion de l'adresse e-mail et des autres informations.

Les textes ukrainiens souffrent de la même imprécision. Le statut matrimonial du couple recourant à la procréation médicalement assistée peut être considéré comme non fixé. Dans la procédure d'utilisation des techniques de procréation assistée en Ukraine du 09.09.2013¹⁴⁴, le critère relatif au statut matrimonial n'est en effet pas clairement défini. L'article 123 du Code de la famille de l'Ukraine¹⁴⁵ qui définit les règles d'établissement de la filiation des enfants nés de la procréation médicalement assistée ne parle que des conjoints. En conséquence, certains juristes considèrent que le champ d'application de l'Ordonnance concerne exclusivement les couples mariés.

44. De la même façon, la législation en matière de la maternité de substitution ne vise que les conjoints¹⁴⁶. Les cliniques de médecine reproductive refusent donc de mettre en place un programme de maternité de substitution et recommandent aux couples de se marier avant d'avoir recours à cette méthode.

La loi kirghize ne limite pas l'accès à la procréation médicalement assistée aux couples mariés. Ce qui potentiellement ouvre aussi l'accès à la procréation médicalement assistée aux couples de même sexe. Il est intéressant de noter que l'absence d'un partenaire est également considérée comme un motif ouvrant accès au traitement de l'infertilité.

Les questionnaires des cliniques ne prennent pas en compte l'orientation sexuelle : il n'y a pas de vérification pour savoir si la demande d'accès à l'assistance médicale à la procréation est due à un problème de stérilité ou relève du domaine de la sexualité. Cet élément ne fait qu'accentuer la marge d'autonomie individuelle.

¹⁴⁴ L'Arrêté du ministère de la Santé n° 787 du 09.09.2013 « Sur l'approbation des conditions et procédures d'utilisation des techniques de procréation médicalement assistée en Ukraine » constitue la base normative régissant ces soins médicaux//Порядок использования вспомогательных репродуктивных технологий в Украине: Приказ Министерства охраны здоровья от 09.09.2013. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1697-13#n15>

¹⁴⁵ L'article définit les règles d'établissement de la filiation des enfants nés de la PMA.

¹⁴⁶ L'article 123 du Code de la famille de l'Ukraine ; article 53 alinéa 3 du Code de la famille russe.

Par contre, le code kazakh ne précise pas le statut matrimonial du parent d'intention (l'article 51 alinéa 3. : « les personnes ayant consenti au recours à la PMA ne peuvent pas contester leur maternité (paternité). » L'article 52 du code du mariage et de la famille biélorusse cite les époux et aussi une femme, sans aucune précision concernant son compagnon. Les termes employés laissent penser que l'accès est ouvert aux couples mariés et aux femmes seules, incluant la GPA et la PMA avec donneur.

45. **Question du consentement et de sa portée.** Parmi les conditions spécifiques communes à tous les Etats figurent l'obligation d'information¹⁴⁷ et le consentement.

Concernant les modalités de recueil de l'information à destination de l'équipe médicale, elles semblent être source de difficultés dans tous les Etats, la France incluse. Il semblerait qu'il n'existe aucune obligation précise imposée au couple, ni de sanctions en cas de non-information de l'établissement médical.

Concernant le consentement au recours à la PMA, toutes les législations indiquent qu'il doit être éclairé¹⁴⁸. La France va encore plus loin dans l'extension de ce consentement en prévoyant un délai de réflexion d'un mois après le dernier entretien, et en exigeant qu'il soit réitéré par écrit¹⁴⁹. Il y a donc un consentement, voire un double en cas de recours à la PMA d'un couple.

Mais si le consentement du couple est exigé, encore faut-il qu'il soit maintenu jusqu'à réalisation du projet parental (que ce soit à chaque tentative d'insémination ou de réimplantation de l'embryon, s'il s'agit d'une FIV)¹⁵⁰. En France, ce maintien du consentement exclut notamment la possibilité du recours à une insémination ou un transfert d'embryon post mortem : un médecin qui passerait outre s'exposerait à des sanctions pénales.

Contrairement au droit français, ni le droit russe, ni le droit ukrainien n'envisagent l'hypothèse de séparation du couple après le début du traitement

¹⁴⁷ Une information précise des bénéficiaires est exigée. Cette obligation d'information incombant à l'équipe du centre médical pratiquant la PMA figure dans l'article L2141-10 du Code français de la santé publique.

¹⁴⁸ Art.L2141-10 du Code français de la santé publique.

¹⁴⁹ Idem

¹⁵⁰ En droit français, l'exigence d'un couple uni découle des articles 311-20 alinéa 3 du Code civil et L.2141-2 du CSP qui énumère les différentes hypothèses de caducité de l'accord pour le recours à la procréation médicalement assistée. Ainsi, la caducité de l'accord peut résulter du décès d'un des membres du couple, du dépôt d'une requête en divorce ou en séparation du corps, ou de la cessation de la communauté de vie. Il est aussi possible de révoquer unilatéralement son accord au recours à la procréation médicalement assistée. Il n'existe pas de consensus au sein des Etats sur la question de possibilité de poursuivre la PMA en cas de révocation d'un de deux membres du couple. La CEDH a admis la licéité de la révocation unilatérale avant toute implantation d'embryon. Mais elle accorde une marge d'appréciation aux Etats afin qu'ils recherchent la meilleure solution en présence des différents intérêts. Voir notamment CEDH, 10 avril 2007, Evans c. Royaume-Uni, req. N6339/05.

d'infertilité. En conséquence, il arrive que les bénéficiaires de la PMA se retrouvent devant le juge afin d'établir ou de contester la filiation de l'enfant né¹⁵¹.

Depuis la réforme de 2021, la PMA est ouverte aux couples de femmes et aux femmes célibataires. Comme pour un couple de sexes différents, le couple de femmes qui souhaite s'engager dans un parcours de PMA en France devra préalablement consentir devant notaire au don de gamètes nécessaires¹⁵².

46. Durée de la communauté de vie. Nous ne retrouvons pas dans les textes russes ou ukrainiens les exigences relatives à la durée de communauté de vie. Cette exigence de la durée de la communauté de vie de deux ans pour les concubins a d'ailleurs été supprimée en droit français en 2011.

Avant la réforme de 2011, la loi exigeait que les concubins justifient d'une vie commune de deux ans. Ce délai a été parfois défendu comme celui du temps nécessaire à la constatation d'infertilité et à la stabilisation d'un couple¹⁵³. En pratique, cette exigence s'est avérée peu respectée, car la preuve des faits juridiques est libre et peut être apportée par tous moyens. Il est intéressant de noter qu'en droit des Etats de l'ex URSS, existe « un délai de traitement préalable à l'accès aux techniques de la procréation médicalement assistée », mais pas l'exigence de communauté de vie. Ce délai est difficilement contourné en cas de traitement d'infertilité avec la prise en charge des frais par la Sécurité sociale. A titre d'exemple, en droit russe, ce délai de traitement préalable avant recours à la procréation médicalement assistée est de 9 à 12 mois. Seules les femmes âgées de plus de 35 ans ont accès à la procréation médicalement assistée avant l'expiration de ce délai de 12 mois.

¹⁵¹ La jurisprudence russe est présentée dans le chapitre sur la filiation.

¹⁵² Comme dans tous les pays étudiés, en droit français « Le consentement donné à une assistance médicale à la procréation interdit toute action aux fins d'établissement ou de contestation de la filiation, à moins qu'il ne soit soutenu que l'enfant n'est pas issu de l'assistance médicale à la procréation ou que le consentement a été privé d'effet. ». En outre, « Le consentement est privé d'effet :

- en cas de décès,
- d'introduction d'une demande en divorce ou en séparation de corps, de signature d'une convention de divorce ou de séparation de corps par consentement mutuel selon les modalités prévues à l'article 229-1
- ou de cessation de la communauté de vie. »

¹⁵³ V.DEPADT-SEBAG Droit et bioéthique. Ed. Larcier. 2012. P.212.

47. Une divergence des législations à l'AMP quant à l'ouverture de ces techniques aux célibataires.

Ce point démontre la divergence des réponses apportées par les sociétés. Certains États limitent le droit de la femme à procréer seule, d'autre se penchent plus vers l'égalité d'accès à l'assistance médicale à la procréation en laissant plus de place à l'autonomie personnelle.

48. Accès des femmes célibataires.

Depuis la loi du 02 août 2021, la France a ouvert l'accès à la PMA aux couples de femmes et aux femmes seules¹⁵⁴.

Conformément à la loi kazakhe¹⁵⁵, les femmes ont droit au recours à toutes les techniques d'assistance médicale à la procréation autorisées au Kazakhstan : don de gamètes¹⁵⁶, insémination artificielle et implantation d'embryons. Au Kazakhstan, le statut matrimonial d'une femme est sans incidence sur son accès à la procréation médicalement assistée. Cependant, conformément à l'article 98 du Code de la santé, une personne mariée peut avoir recours à la procréation médicalement assistée seulement si son conjoint y consent (consentement mutuel). Ce principe est reproduit dans l'article 14 de la loi du 16 juillet 2004 N 565-II sur la procréation médicalement assistée. La loi kazakhe exige l'accord du conjoint, sous la forme d'un acte notarié, et un exemplaire de cet accord est gardé dans les archives du notaire avec les conclusions médicales et le contrat. La Russie et la Biélorussie¹⁵⁷ ouvrent expressément accès à la procréation médicalement assistée aux femmes célibataires¹⁵⁸. Cependant, une incertitude subsiste en droit ukrainien. Dans l'annexe N2 du paragraphe 1.8 du Titre 1 de la procédure d'utilisation des techniques de procréation assistée en Ukraine (approuvée par l'Arrêté du ministère de la Santé de

¹⁵⁴ Article L2141-2 du Code de la santé publique.

¹⁵⁵ Du point de vue juridique, la première étape importante était la loi 16 juin 2004 sur les droits reproductifs des citoyens et leur mise en œuvre.

¹⁵⁶ Les hommes et les femmes qui ont atteint l'âge du mariage ont le droit de conserver leurs gamètes.

¹⁵⁷ Il ressort de la lecture l'article 7 de la loi de la République de Biélorussie N341-Z du 07 janvier 2012 sur la PMA que l'accès à la PMA est ouvert à toute personne majeure souffrant de l'infertilité, sans rapport à son statut matrimonial.

¹⁵⁸ L'absence de consensus de la doctrine et les règles floues sur l'ouverture d'accès des célibataires à la gestation pour autrui en Russie et en Ukraine sont discutées dans le chapitre sur la GPA.

l'Ukraine du 09.09.2013, n° 787) figure un formulaire¹⁵⁹ intitulé « demande du patient /des patients au recours à l'assistance médicale à la procréation ». Pour certains juristes ukrainiens,¹⁶⁰ la législation actuelle n'interdit pas aux femmes non mariées (en concubinage ou célibataires), en présence de raisons médicales, d'avoir accès à l'assistance médicale à la procréation (insémination artificielle ou cryopréservation des gamètes et des embryons). Cette position se justifie notamment par le contenu de l'article 49 de la Constitution ukrainienne qui protège le droit de chacun à avoir accès aux soins et à l'assistance médicale, et l'article 49 du Code de la famille consacré au droit des femmes à la maternité¹⁶¹.

Accès aux hommes célibataires. Aucun Etat étudié n'ouvre expressément l'accès aux techniques de la procréation médicalement assistée aux hommes célibataires. Bien que la position des juristes soit plutôt unanime et ferme, des voix s'expriment en Russie pour faire valoir l'égalité entre les hommes et les femmes¹⁶². « Si l'on laisse de côté les aspects médicaux du problème lui-même, si l'on limite l'accès aux technologies de reproduction à des raisons strictement médicales, même avec une interprétation la plus large de ces termes, le risque demeure de porter atteinte à la liberté individuelle de procréation, à son droit de « décider des questions relatives au comportement reproductif ». Y a-t-il une raison convaincante de refuser à une femme l'accès à une procédure d'insémination artificielle avec le sperme d'un donneur au motif qu'elle n'a aucune raison médicale de se soumettre à cette procédure si, pour une raison quelconque, elle préfère ce « mode de conception » au mode naturel, par exemple si elle n'a pas de partenaire sexuel ? Et si de tels motifs n'existent pas pour la méthode d'insémination artificielle, comment pouvons-nous justifier la restriction de l'accès aux autres formes de procréation assistée ? [...] Mais, aussi absurde que cette question puisse nous paraître aujourd'hui, dans ce cas,

¹⁵⁹ <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1697-13#n15>

¹⁶⁰ A. Golovashchuk, *idem*, p. 100.

¹⁶¹ A. Golovashchuk A.P. La PMA comme moyen de réalisation du droit à la maternité. Publications suite à la conférence État de droit, légalité et droits de l'homme, Kiev, 28-29 juillet 2012. pp. 31-32.

¹⁶² Il convient d'ajouter que l'absence de règles claires et précises et de contrôle étatique efficace permet aux cliniques spécialisées peu scrupuleuses de faire une appréciation très large du terme « pour raisons médicales » en faisant de l'AMP une « AMP pour tous ». Enfin, pour tous ceux ayant des moyens, car le régime de Sécurité sociale ne couvre ni la GPA, ni les cas sortant de la PMA « classique ». La question de l'égalité d'accès des hommes à la GPA divise la doctrine russe, et cette question sera étudiée d'une manière approfondie dans le Titre II de la Partie I.

nous devons également reconnaître le droit des hommes à avoir accès à de nouvelles techniques, en particulier à un programme de maternité de substitution. »¹⁶³

Concernant l'accès à la procréation médicalement assistée des hommes célibataires, la doctrine est divisée¹⁶⁴. La troisième partie de l'art. 55 de la loi fédérale n° 323-FZ du 21.11.11 « Sur les bases de la protection de la santé des citoyens de la Fédération de Russie » contient une liste exhaustive des personnes pouvant bénéficier de l'utilisation des techniques de procréation médicalement assistée : il s'agit d'un homme et d'une femme, mariés ou non mariés, ou alors d'une femme célibataire. La clause 3 de l'Arrêté du ministère de la Santé de Russie n° 107n du 30 août 2012 « Sur la procédure d'utilisation des techniques de procréation médicalement assistée, des contre-indications et des restrictions à leur utilisation » vise les mêmes personnes. Ainsi, dans la législation actuelle, il existe précisément trois catégories de personnes pouvant recourir à la procréation médicalement assistée ; cette liste est limitative et ne fait pas l'objet d'une interprétation extensive, ce qui est confirmé par la formulation dénuée de toute ambiguïté utilisée par le législateur (absence de locutions telles que « et dans d'autres cas », « et autres personnes »), ainsi que par l'absence de référence à d'autres actes juridiques...

La doctrine n'a pas de position unanime. Une partie de la doctrine considère que la loi russe ne ferme pas l'accès des hommes célibataires à la procréation médicalement assistée. Cette position étant corroborée par plusieurs arrêts sur la gestation pour autrui aux profits d'hommes célibataires¹⁶⁵.

L'analyse de la législation a pu conduire les juges à conclure que l'accès à l'assistance médicale à la procréation est ouvert également aux hommes seuls. Cette égalité des hommes et des femmes dans le domaine de l'assistance médicale à la procréation résulte de l'article 19 de la Constitution russe qui pose le principe d'égalité entre la femme et l'homme.

¹⁶³ O.Khazova idem p. 200

¹⁶⁴ Cette question est étudiée d'une manière approfondie dans le Titre II consacré à l'établissement de la filiation des enfants nés de la PMA.

¹⁶⁵ En particulier aux décisions du tribunal de district de Babushkinsky de Moscou du 04 août 2010, du tribunal de district de Smolninsky de Saint-Pétersbourg du 04 mars 2011.

Une autre école de pensée considère que l'accès à la procréation médicalement assistée n'est pas ouvert aux hommes célibataires¹⁶⁶. En effet, ni la loi de 1993, ni celle de 2011 ne se prononcent sur l'accès aux hommes célibataires. Cependant la précédente version de la loi de 1993 mentionnait expressément l'infertilité masculine en tant que motif de recours à la procréation médicalement assistée.

Ainsi certains estiment¹⁶⁷ que les cliniques fournissant les prestations aux hommes célibataires violent la loi. Selon les dispositions de l'art. 37, par. 2 de la partie 1 de l'art. 79 de la loi fédérale n° 323-FZ du 21.11.11 relative à la protection de la santé des citoyens dans la Fédération de Russie, une organisation médicale est tenue d'organiser et de mener à bien des activités médicales conformément aux lois et règlements de la Fédération de Russie.

Par conséquent, si une organisation médicale décide de fournir des services médicaux de procréation médicalement assistée à un homme célibataire, tirant parti des avantages économiques d'une telle décision, elle assume les risques juridiques, notamment les coûts potentiels de l'assistance judiciaire et les amendes pour non-respect des obligations prévues par la loi. Tant que la norme actuelle, qui détermine et limite sans ambiguïté le cercle des personnes autorisées à utiliser des services de procréation médicalement assistée, n'est pas contestée et reconnue inconstitutionnelle et discriminatoire, le risque de refus de l'enregistrement d'un enfant par les bureaux d'enregistrement reste élevé.

Il faut préciser qu'à la suite de la loi de juin 2013 interdisant l'adoption d'enfants russes par des étrangers célibataires, ressortissants de pays autorisant les mariages homosexuels, le législateur russe tente de réserver expressément l'accès à la

¹⁶⁶ L'Arrêté du ministère de la Santé N107n du 30 août 2012 sur le recours à la PMA, l'accès et les contre-indications//Приказ Министерства здравоохранения РФ №107н от 30.08.12 «О порядке использования вспомогательных репродуктивных технологий, противопоказаниях и ограничениях к их применению».

¹⁶⁷ Voir notamment l'article MOUZOURBAEVA Sh., PAVLOVA J. Les nouvelles approches législatives dans la réalisation du droit à la procréation : exemple de la PMA in Les problèmes reproductifs. 2013. N4. Pp 71-74. //Ш. Мурзабаева, Ю. В. Павлова Новые законодательные подходы к реализации репродуктивного права человека на применение вспомогательных репродуктивных технологий. Проблемы репродукции. 2013;(4): 71-74.

procréation médicalement assistée aux seuls couples hétérosexuels. Des projets de lois en ce sens sont discutés à la Douma¹⁶⁸.

A l'heure actuelle, la Cour Suprême n'a pas eu à se prononcer sur la question de savoir si une telle discrimination fondée sur le sexe constitue une violation des normes du droit russe et du droit international.

2. *Âge de procréer*

Tant pour la procréation charnelle que pour la procréation dans le cadre de la procréation médicalement assistée, les chances d'obtenir une grossesse diminuent avec l'âge - pour les femmes¹⁶⁹ comme pour les hommes¹⁷⁰. Mais l'âge maternel est aussi un facteur de risque, à la fois pour l'enfant et pour la future mère. Aujourd'hui, la barrière physiologique de fertilité n'est pas insurmontable, et une femme ayant dépassé l'âge de fertilité biologique peut arriver à la grossesse. Cependant, est-ce dans l'intérêt de l'enfant à naître d'avoir une mère âgée de 50, 60 ans ? Aurait-elle suffisamment du temps et de l'énergie pour élever son enfant ? Cette préoccupation constitue-t-elle une raison suffisante pour restreindre le droit des femmes ménopausées à accéder aux nouvelles technologies de reproduction ? Concernant l'homme, un âge avancé de la procréation n'entraîne pas de conséquences sur sa santé. Mais comme la qualité des gamètes diminue avec l'âge, le risque de malformations et de fausses couches augmente. L'âge d'accès à la procréation médicalement assistée est sans doute lié également au bien-être de l'enfant à naître : il est dans son intérêt d'être élevé par ses deux parents vivants, et en état de santé leur permettant d'assumer la prise en charge de l'enfant jusqu'à sa majorité au moins.

Cependant, certaines législations des Etats (la France, l'Ukraine et la Russie) n'ont pas posé de limite précise de l'âge maximal des bénéficiaires de la procréation médicalement assistée (ni celui de la femme, ni celui de l'homme), tout en faisant de cet âge une des conditions substantielles à l'accès à la procréation médicalement

¹⁶⁸ Les réformes envisagées sont étudiées dans la Partie II de cette thèse.

¹⁶⁹ En ce qui concerne la femme, son âge de fertilité dépend de la qualité de l'ovocyte, mais aussi de l'absence de pathologies, telle que l'absence de l'utérus ou des ovaires notamment, ou encore une ménopause prématurée.

¹⁷⁰ J.Belaïsch-Allart « Les perceptions de l'assistance médicale à la procréation : mythes, réalités ou magie ? » La documentation française, juin 2011. P.60.

assistée. Cet âge figure néanmoins dans les textes relatifs à la prise en charge des soins par la Sécurité sociale¹⁷¹.

Les textes législatifs des Etats ouvrent accès à la procréation médicalement assistée à partir de la majorité et jusqu'à « âge de procréer ».

En droit français, l'article L.2141-2 alinéa 2 du Code de la santé publique subordonne l'accès aux techniques de la procréation médicalement assistée à la condition que « le couple doit être en âge de procréer. »¹⁷².

49. En droit russe, l'article 35 de la loi fédérale n° 323-FZ du 21.11.11 *sur les Fondements de la protection de la santé*¹⁷³ fait référence au droit des femmes « en âge de procréer » à l'insémination artificielle et à l'implantation d'embryons. L'utilisation de l'expression "âge fertile" dans ce contexte ne signifie pas non plus qu'au moment de la rédaction du projet de loi, l'objectif était de restreindre les droits des femmes âgées à cet égard. Cela est très probablement dû au fait que, jusqu'à récemment, la possibilité d'avoir un enfant n'existait plus au-delà d'un certain âge (48-50 ans). Aujourd'hui, cette barrière physiologique n'est plus insurmontable, et la fécondation in vitro pour les femmes qui ont dépassé la limite d'âge naturelle est déjà disponible dans les cliniques d'infertilité. Cependant, se pose la question de la préservation des intérêts de l'enfant qui doit naître. Cette préoccupation constitue-t-elle une raison suffisante pour restreindre le droit des femmes ménopausées à accéder aux nouvelles technologies de reproduction ? Cette question est essentiellement une question de société. ¹⁷⁴

50. Le droit ukrainien définit seulement l'âge à partir duquel l'accès à l'assistance médicale à la procréation est ouvert : à partir de la majorité¹⁷⁵. Il n'y pas

¹⁷¹ En France, la prise en charge par la Sécurité sociale de la procréation médicalement assistée intervient jusqu'à l'âge de 43 ans. Au-delà, elle n'est plus assurée.

¹⁷² La jurisprudence française a dû se positionner sur ce critère d'âge. Voir à ce titre notamment TA Montreuil, 14 février 2017, N 1606724. Dans cette affaire, deux hommes, nés en 1946 et 1947, ont demandé une autorisation à l'Agence de la biomédecine l'exportation de leur gamètes à l'étranger en vue d'un éventuel recours à la procréation médicalement assistée.

¹⁷³ La loi fédérale n° 323-FZ du 21.11.11 « Sur les fondements de la protection de la santé des citoyens de la Fédération de Russie »

¹⁷⁴ O.Khazova Les questions juridiques de la PMA en Russie. //O.Хазова Правовые аспекты применения ВРТ в России. Исследование по проекту «Проблемы семейного права и новые репродуктивные технологии».

¹⁷⁵ Alinéa 7 de l'article 281 du Code civil.

de limite d'âge ni pour les hommes, ni pour les femmes. Dans *l'Instruction sur l'orientation des femmes pour l'assistance médicale à la procréation pour les raisons médicales* du 29 novembre 2004,¹⁷⁶ une limite d'âge (de 19 ans à 40 ans) est toutefois posée pour une éventuelle prise en charge par la Sécurité sociale¹⁷⁷.

51. Le droit biélorusse est précis sur ce point : l'article 6 de la loi du 07 janvier 2012 N341-3 fixe un seuil précis en limitant l'accès à la technique *in vitro* et à l'insémination artificielle aux femmes âgées de plus de 50 ans.

3. Don et statut du donneur

52. Régime du don. L'assistance médicale à la procréation remplit deux objectifs différents : soigner la stérilité d'un couple afin de lui permettre de procréer (l'AMP intraconjugale dite endogène), mais aussi d'organiser une procréation qui n'est pas celle du couple de futurs parents, et suppose la coopération d'un tiers (l'AMP avec un tiers donneur dite endogène).

53. Dans la majorité des cas, les gamètes du couple sont utilisés, mais lorsqu'au moins un des membres du couple est stérile, un tiers donneur intervient pour faire un don de spermatozoïdes ou d'ovocyte ; il peut également s'agir de deux donneurs. Tous les Etats étudiés autorisent la procréation médicalement assistée avec donneur, voire avec deux donneurs. Les législateurs français, russe¹⁷⁸, ukrainien¹⁷⁹,

¹⁷⁶ Порядок направления женщин для проведения первого курса лечения бесплодия методами ВРТ по абсолютным показаниям за счет бюджетных средств, номер 579 от 29 ноября 2004.

¹⁷⁷ Initialement, cette limite a été fixée à 35 ans. Des modifications ont été apportées par l'Arrêté n° 362 du ministère de la Santé ukrainien "sur les modifications de la procédure d'orientation des femmes vers le premier traitement de l'infertilité par des techniques de l'AMP avec la prise en charge par la Sécurité sociale" du 05 juin 2006. Ainsi, une limite d'âge existe, mais n'est prévue que pour un cas spécifique : les femmes qui auront leur premier recours à l'AMP avec une prise en charge par la Sécurité sociale. Les autres cas (deuxième traitement et suivants pour lesquels l'AMP demeure à la charge des bénéficiaires) restent hors champ législatif (le législateur garde le silence sur ce sujet).

¹⁷⁸ Conformément à l'article 2 de la loi fédérale russe sur « la transplantation des organes et des tissus », cette loi ne s'applique pas aux tissus reproductifs. Nous retrouvons le même principe en droit ukrainien. La définition du terme « donneur » figure dans la loi « Sur l'application de la transplantation de matériel anatomique à une personne » du 17.05.2018 n° 2427-VIII (Partie 1 Article 1). Ainsi, « Le donneur de matériel anatomique humain est un donneur vivant ou décédé/cadavre sur lequel sont prélevés les matériels anatomiques destinés à la transplantation et/ou à la production de biomatériaux dans l'ordre établi par la présente loi ». Cependant, selon l'alinéa 2 de l'article 3 de cette loi, son champ d'application ne couvre pas « la transplantation de cellules reproductrices et d'embryons vivants ». Le statut du donneur dans le domaine de l'assistance médicale à la procréation et les particularités du don de gamètes et d'embryons sont définis dans la section V (paragraphe 5.1-5.28) de la Procédure d'utilisation des techniques de reproduction assistée en Ukraine¹⁷⁸. Arrêté du ministère de la Santé du 09.09.2013 № 787.

kazakhe, biélorusse ont dû instaurer des normes spécifiques, principalement pour protéger les donneurs et préserver la paix dans les familles ayant réalisé un projet parental.

54. Le don, de gamètes et d'embryons, est une procédure par laquelle les donneurs fournissent leurs gamètes (sperme, ovocytes)¹⁸⁰ ou leurs embryons pour être utilisés par d'autres personnes dans le cadre d'un traitement de la stérilité, avec un consentement volontaire écrit¹⁸¹.

Dans tous les Etats de l'ex-URSS étudiés, les personnes ayant recours à la procréation médicalement assistée avec donneur ont droit à des informations sur les aspects médicaux et juridiques de ses conséquences, sur les résultats de l'examen génétique médical du donneur, sur ses données externes, et sur l'origine ethnique du donneur.¹⁸²

Ainsi « 5.1. Le don de gamètes et d'embryons est une procédure par laquelle les donneurs fournissent leurs gamètes (sperme, ovocytes) ou leurs embryons pour être utilisés par d'autres personnes dans le cadre d'un traitement de la stérilité, avec un consentement volontaire écrit. » // Закон України «О применении трансплантации анатомических материалов человеку» от 17.05.2018 № 2427-VIII <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2427-19>.) ; <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1697-13#n15>

¹⁷⁹ La loi ukrainienne n° 2427-VIII du 17.05.2018 « *Sur l'application de la transplantation de matériel anatomique à une personne* » dit dans son art. 5-1 : « Le recours au don d'embryons est effectué pour des raisons médicales à condition que le consentement volontaire, éclairé, et écrit des patients soit obtenu, que le donneur soit anonyme et que le secret médical soit respecté. »

¹⁸⁰ En droit français, selon L2141-36 du Code de la Santé publique, un embryon ne peut être conçu qu'avec des gamètes provenant au moins d'un des membres du couple. Il ressort de la lecture de cet article que le droit français prohibe la création d'un embryon à partir du sperme et d'ovocyte des donneurs (double don) à l'intention du couple receveur. Mais lorsqu'un couple souffre d'une double stérilité, à la fois masculine et féminine, il peut, sous certaines conditions, avoir recours à l'accueil des embryons conçus par un autre couple pour ses propres besoins. Ce couple ayant abandonné tout projet parental pour ces embryons, a décidé d'en faire don.

Contrairement à la loi française, un embryon peut être créé à partir de don simultané de sperme et d'ovocyte.

¹⁸¹ Le consentement au recours à l'assistance médicale à la procréation avec donneur a pour but d'informer les futurs parents sur les conséquences du recours au don de gamètes en matière de la filiation. La forme de ce consentement et la rigueur de l'accueil de ce consentement diffèrent selon les Etats. En France, depuis la réforme de 2021 le consentement à l'accueil de l'embryon doit être exprimé devant le notaire (art L2141 du CSP). La forme écrite du consentement est prévue notamment à l'article 5-1 de la loi ukrainienne « *Sur l'application de la transplantation de matériel anatomique à une personne* » du 17.05.2018 n° 2427-VIII.

¹⁸² Les modalités de sélection, de recherche et d'utilisation du sperme de donneur, ainsi que la procédure d'examen approfondi des époux et d'une femme recevant un embryon sont régies par les textes cités ci-dessus. Les souhaits des époux concernant l'origine ethnique du donneur, les principales caractéristiques de

55. Contrairement à ce que prévoit le système français, le don de gamètes n'est encadré en Russie, en Ukraine et au Kazakhstan par aucun formalisme strict.

56. **Définitions.** Dans la législation ukrainienne, la définition du terme « donneur » figure dans la loi « *Sur l'application de la transplantation de matériel anatomique à une personne* » du 17.05.2018 n° 2427-VIII (Partie 1 Article 1)¹⁸³ : Ainsi, « Le donneur de matériel anatomique humain est un donneur vivant ou décédé/cadavre sur lequel sont prélevés les matériels anatomiques destinés à la transplantation et/ou à la production de biomatériaux dans l'ordre établi par la présente loi ». Cependant, selon l'alinéa 2 de l'article 3 de cette loi, son champ d'application ne couvre pas « la transplantation de cellules reproductrices et d'embryons vivants ». Le statut du donneur dans le domaine de l'assistance médicale à la procréation et les particularités du don de gamètes et d'embryons sont définis dans la section V (paragraphe 5.1-5.28) de la Procédure d'utilisation des techniques de reproduction assistée en Ukraine¹⁸⁴. Ainsi selon l'article 5.1. le don de gamètes et d'embryons est une procédure par laquelle les donneurs fournissent leurs gamètes (sperme, ovocytes) ou leurs embryons pour être utilisés par d'autres personnes dans le cadre d'un traitement de la stérilité, avec un consentement volontaire écrit.

L'article 1.3 de l'Ordonnance du ministre de la Santé du Kazakhstan du 15 décembre 2020 NKR DSM-272/2020 définit le donneur comme « un humain, un cadavre ou un animal sur lequel est prélevé du sang, ses composants ou une autre matière (inclus le sperme, l'ovocyte, le tissu des organes reproductifs, des embryons, les cellules reproductives) ; aussi que des organes (ou leurs parties) ou du tissu pour une transplantation à un receveur. »

son apparence (taille, couleur des cheveux et des yeux, forme du visage et du nez) sont pris en compte. Ces souhaits sont inscrits dans le dossier médical personnel de la patiente. Les donneurs sont rémunérés, et ils s'engagent par écrit à ne pas entreprendre de recherche concernant l'identité de la receveuse du sperme et l'enfant conçu.

183 Закон Украины «О применении трансплантации анатомических материалов человеку» от 17.05.2018 № 2427-VIII <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2427-19>.

184 Arrêté du ministère de la Santé du 09.09.2013 № 787. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1697-13#n15>

57. La PMA avec tiers donneurs, concernant peu de naissances¹⁸⁵, soulève néanmoins des interrogations fondamentales sur la conception de l'engendrement.

58. L'engendrement avec tiers donneur s'associe historiquement avec le modèle « ni vu ni connu » hérité de l'AMP dans les années 1970, lorsque l'on cachait le recours au don pour faire passer le père stérile pour le géniteur de l'enfant. Progressivement, l'assistance médicale à la procréation a élargi son périmètre limité initialement à l'insémination avec donneur, puis à la FIV, puis à l'accueil d'embryon. Il est important de mentionner la place de plus en plus importante que prend le don des ovules. La valeur des dons masculins et féminins n'est pas la même, le don d'ovocyte étant lourd pour la femme contrairement à un don du sperme. Le développement du commerce des ovocytes pour des motifs purement financiers, inquiète à juste titre notamment en Ukraine. Avec l'essor des recours à la gestation pour autrui, un nouveau type de « don » s'est développé : un don de gestation.

59. Conditions pour devenir le donneur. Avant tout, les Etats précisent des critères de santé (« être en bonne santé ») et d'âge pour pouvoir devenir donneur. Le donneur du sperme doit être âgé de 18 ans à 35 ans au Kazakhstan¹⁸⁶ et en Russie, de 20 à 40 ans en Ukraine, et de moins de 50 ans en Biélorussie. Il est intéressant de noter qu'une personne condamnée pour un délit grave ou un crime ne peut pas être donneur. Le recours aux gamètes d'un donneur est limité à 20 tentatives en Biélorussie¹⁸⁷. Jusqu'à 2012 la loi russe limitait aussi la participation du donneur en

185 Il n'existe pas de statistiques exactes sur le nombre de naissances par an en France avec un recours de la PMA avec donneur. La statistique officielle évoque 6 % de la totalité des naissances. Cependant, le recours à un tiers donneur à l'étranger n'est pas pris en considération par ce chiffre.

A titre d'exemple, au Kazakhstan en 2015 seulement 6 430 protocoles de procréation médicalement assistée ont été réalisés, dont 10 % avec don d'ovocytes et 4,4 % de maternité de substitution. Parmi les personnes ayant recours à la procréation médicalement assistée au Kazakhstan, 10 % sont des étrangers, dont 1 % ont recours à la gestation pour autrui.

Concernant les pays de l'Europe de l'Est et le Kazakhstan, il n'existe pas de statistiques au niveau national.

186 Article 101 du Code de la santé kazakh.

187 Les règles biélorusses relatives aux donneurs et aux dons sont mentionnées dans les articles 9-18 de la loi N341-3 sur les techniques de l'assistance médicale à la procréation du 07 janvier 2012.

limitant le nombre des enfants nés d'un donneur¹⁸⁸ à 20 naissances pour une région de 800 000 habitants. Cependant, depuis 2012 cette règle a été supprimée. L'absence de registres nationaux des donneurs dans les Etats étudiés fait perdre à cette règle toute sa substance. Si l'on met à part la France, la Biélorussie est le seul Etat étudié qui ait un registre national des donneurs. Sa création est prévue par l'article 13 de la loi N341-3 *Sur les techniques de l'assistance médicale à la procréation* du 7 janvier 2012. L'Ordonnance du Conseil des ministres du 13 juillet 2012 № 643 a défini les modalités de rémunération des donneurs par les organismes de santé, les modalités de la création et de la gestion du registre unique national des donneurs.

60. Concernant le donneur de sperme, il est intéressant de noter que l'Ukraine est le seul Etat (parmi les Etats étudiés) qui ajoute aux conditions d'âge et de santé celle, pour les femmes, d'avoir déjà un enfant en bonne santé.

61. Concernant les donneuses d'ovocytes¹⁸⁹, comme pour les donneurs de sperme, les Etats fixent à peu près les mêmes critères pour les candidates : être en bonne santé, remplir le critère d'âge mais aussi d'avoir déjà un enfant à soi en bonne santé¹⁹⁰. Une donneuse doit être âgée de 18 ans à 36 ans en Ukraine¹⁹¹, de 18 à 35 ans au Kazakhstan¹⁹² et en Russie, de 18 à 35 ans en Biélorussie (en cas de don non anonyme, la femme peut être âgée de 18 à 49 ans)¹⁹³. Il est très important de noter que depuis 2012, non seulement l'âge de la donneuse de la gestatrice a été baissé (de 20 à 18 ans), mais également la condition relative à l'exigence d'avoir déjà un enfant a été supprimée. Cette nouvelle législation ne fait que fragiliser la situation des

188 L'Arrêté N67 du ministère de la Santé du 26.02.2003 sur le recours à la PMA en cas d'infertilité féminine et masculine précise que le recours au même donneur doit s'arrêter dès que le seuil de 20 naissances est atteint pour la région de 800 000 habitants.

189 Voir notamment l'article de O.KUZNITSOVA Le diplôme de Science Po et le physique d'une top model : quels ovocytes se vendent le mieux sur le marché. In Sobesednik. 06.03.2020. <https://sobesednik.ru/zdorove/20200303-detki-iz-yajcekletki>

190 En Ukraine, c'est la Circulaire n° 787 « Sur l'utilisation des techniques de procréation médicalement assistée » du 09.09.2013 qui définit la liste des personnes pouvant devenir donneuses d'ovules en Ukraine.

191 L'Ukraine fait partie des Etats qui attirent le plus d'étrangers notamment en raison d'un large choix de donneurs. Ses cliniques fournissent des photographies et des informations détaillées non seulement sur le donneur, mais aussi sur ses proches. C.Kindregan, D.White International Fertility Tourism: The Potential for Stateless Children in Cross-Border Commercial Surrogacy Arrangements in Suffolk Transnational Law Review, Vol. 36, p. 527, 2013 https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2359775.

192 Article 101 du Code de la santé kazakh.

193 Les articles 9-18 de la loi N341-3 sur les techniques de l'assistance médicale à la procréation du 07 janvier 2012.

donneuses, car la procédure de prélèvement d'ovocytes est accompagnée d'importants risques médicaux pour celle-ci, et pourrait avoir comme conséquence son infertilité.

62. En outre, tous les États de l'Europe de l'Est et le Kazakhstan exigent qu'elle ait déjà donné naissance à un enfant en bonne santé.

63. En Ukraine, la Circulaire n° 787 « *Sur l'utilisation des techniques de procréation médicalement assistée* » du 09.09.2013 définit la liste des personnes pouvant devenir donneuses d'ovules. Il peut s'agir notamment de donneuses anonymes - dans la majorité des cas il s'agit de proches - mais il peut aussi s'agir des ovocytes/gamètes non utilisés pour le besoin propre de la femme dans le cadre d'une AMP. Dans les deux premiers cas, la femme doit être âgée de 18 à 36 ans et avoir un enfant en bonne santé. En Biélorussie, la donneuse d'ovocyte doit être âgée de 18 à 35 ans (jusqu'à 49 ans en cas de don non anonyme).

64. Les donneurs d'embryons peuvent être des patientes participant au programme de fécondation *in vitro* qui, après la naissance de l'enfant, ont des embryons cryoconservés inutilisés dans la Cryobanque¹⁹⁴. Par consentement volontaire, conscient, et écrit des patients donneurs, ces embryons peuvent être utilisés pour faire un don à une patiente stérile receveuse ou à un couple marié receveur, ainsi qu'à une femme receveuse non mariée. Les informations sur les donneuses d'embryons et l'utilisation d'embryons sont enregistrées dans le Journal de conservation et d'utilisation des embryons cryoconservés (annexe 15 de la circulaire).

Il peut également s'agir des « abandonnés par oubli » : les personnes ayant eu recours à la PMA et ayant atteint leur but (la naissance d'un enfant) ne se soucient pas du sort de leur matériel biologique, tant elles restent dans l'euphorie du fait de la réalisation de leur projet parental¹⁹⁵.

Une différence de terminologie peut être notée entre la France et la Russie, l'Ukraine, la Biélorussie, et le Kazakhstan. En France, le législateur a choisi le terme « accueil d'embryon », en faisant un rapprochement entre le don d'embryon et l'adoption. Les législateurs des États d'ex-URSS emploient le même terme que pour les dons des gamètes : « don d'embryon ».

¹⁹⁴ <https://ivfclinic.com.ua/kriokonservaciya-spermy--embrionov-i-yaycekletok>

¹⁹⁵ Nous retrouvons de nombreux témoignages sur ce sujet sur les forums sur Internet.

65. Consentement des parties. Comme en France, le consentement au recours à l'assistance médicale à la procréation avec donneur permet l'information des parents sur les conséquences du recours au don de gamètes en matière de la filiation. Ces conséquences sont de deux ordres : d'une part, la possibilité d'établir la filiation à l'égard de l'homme uniquement sur la base de son consentement au don : bien qu'il ne soit pas le géniteur, il sera le père. Et réciproquement, l'impossibilité d'établir la filiation à l'égard du géniteur : même si le donneur du sperme a un lien génétique avec l'enfant, il ne sera pas le père. La forme donnée à ce consentement diffère selon les Etats.

Depuis la loi du 02 août 2021, la France exige un consentement exprimé devant notaire en cas de recours à la PMA avec l'accueil d'embryon ou en cas de recours à la PMA d'un couple de femmes.

Les autres Etats n'exigent pas un consentement notarial : il s'agit d'un formulaire signé à la clinique, dont elle reste la seule gardienne.

66. Consentement du conjoint au recours à un donneur. En cas de recours à la procréation médicalement assistée avec donneur d'une personne mariée, la loi russe exige l'accord du conjoint. Sans pour autant apporter les précisions sur la forme de ce consentement. Dans la majorité des Etats étudiés, cet accord est exigé et donné à la clinique qui met en place le programme de procréation médicalement assistée.

67. Le secret autour du recours au don. La PMA avec donneur renvoie à une procédure thérapeutique qui se substitue à la « procréation du couple receveur »¹⁹⁶. Du point de vue du droit, tout contribue à effacer le don, afin de faire croire à une procréation charnelle du couple receveur ou de la femme sans partenaire. Dans tous les pays qui se sont lancés dans la PMA, le secret lié au recours à un donneur s'est imposé comme allant de soi.

¹⁹⁶ LEROYER A-M., THERY I. Rapport « Filiation, origine, parentalité ». 2014. P.155.

L'introduction du statut juridique du donneur est apparue initialement pour le protéger de tout risque de devoir supporter une paternité non désirée. Ces sociétés sécurisent les situations où le donneur se substitue au père.

68. **Origines des principes d'anonymat et de gratuité du don.** Déclinant le principe de dignité, les lois de bioéthiques françaises de 1994 ont posé le principe fondamental de la non-patrimonialité du corps humain et de ses éléments, associé aux règles de l'anonymat et de la gratuité du don, du caractère libre et éclairé du consentement au don. Nous retrouvons les grandes lignes de ces principes également en droits russe, biélorusse, ukrainien et kazakh. Cependant chaque Etat présente ses propres particularités découlant du contexte national et culturel.

69. **Principe d'anonymat.** À partir de 1994, année de la première loi dite « de bioéthique », le droit français a autorisé différents types de dons dans le cadre de l'aide médicale à la procréation. Ils sont régis par le même principe de l'anonymat du donneur. Celui-ci concernait au départ les seuls dons de sperme, puis ceux d'ovocytes (rassemblés sous l'étiquette de « don de gamètes ») et a été étendu en 2004 au don d'embryon¹⁹⁷. En France, cette règle d'anonymat a été réaffirmée en 2006 par un avis du Comité consultatif national d'éthique¹⁹⁸ et par un avis de l'Académie de médecine¹⁹⁹.

Nous retrouvons le même principe d'anonymat dans les Etats de l'Europe de l'Est et en Asie centrale.

70. Aucun des Etats étudiés n'autorise les donneurs anonymes à recevoir des informations sur l'utilisation ultérieure de leurs gamètes. Il en va de même pour l'enfant né du don et pour les personnes ayant réalisé leur projet parental.

¹⁹⁷ THERY I. L'anonymat des dons d'engendrement est-il vraiment « éthique »? Mai 2009. in Esprit. www.esprit.presse.fr; THERY I. Des humains comme les autres. Bioéthique, anonymat et genre du don. In Recherches familiales. 2012/1 (n° 9), pp 201 à 205.

¹⁹⁸ Avis n° 90 du Comité consultatif national d'éthique « Accès aux origines, anonymat et secret de la filiation », 24 novembre 2005, <http://www.ccne-ethique.fr> Cet avis est publié dans Les cahiers du Ccne, 46, 2006, p. 4-32.

¹⁹⁹ « À propos de la proposition de loi relative à la possibilité de lever l'anonymat des donneurs de gamètes », communiqué d'un groupe de travail présidé par le professeur Georges David et adopté à l'unanimité moins trois abstentions par l'Académie de médecine lors de sa séance du 10 octobre 2006 (disponible sur le site de l'Académie).

Les donneurs bénéficient de certaines garanties. Avant tout, leur anonymat est protégé par la loi. L'information sur l'insémination artificielle et l'identité du donneur est un secret médical²⁰⁰. Ils doivent donner un consentement écrit, libre et éclairé, et ils doivent être informés sur la procédure de prélèvement des gamètes et sur les risques médicaux inhérents, ainsi que sur les conséquences juridiques du don. Si en France les souhaits des époux concernant l'origine ethnique du donneur, les principales caractéristiques de son apparence (taille, couleur des cheveux et des yeux, forme du visage et du nez) sont pris en compte et sont inscrits au dossier médical personnel de la patiente, dans les autres Etats il est plutôt question de choisir le donneur à partir des « catalogues » les présentant d'une manière anonymisée²⁰¹. Les bénéficiaires de la PMA avec donneur ont droit à des informations sur les résultats de l'examen génétique médical de ce dernier, ses données physiques, son appartenance ethnique et sa nationalité.

71. Cependant, à l'été 2021 la France a rompu avec le principe du secret autour du recours à un donneur et a rejoint les pays qui ont abandonné cette logique au profit d'un nouveau modèle. Désormais²⁰², les enfants nés d'un don peuvent accéder à leur majorité à des données non identifiantes (âge, caractéristique physiques, etc.) du donneur et, s'ils le souhaitent, à son identité.

Les Etats de l'Europe de l'Est et le Kazakhstan restent attachés à la logique du secret qui est cependant tempéré par la possibilité de recourir à un don dirigé (don non anonyme)²⁰³. En pratique il s'agit surtout des dons intrafamiliaux, mais pas seulement.

200 « Principes fondamentaux de la législation ukrainienne concernant les soins de santé » n° 2801-XII du 19.11.1992 ; l'article 8 de la loi biélorusse sur la PMA du 10 janvier 2012 (N2/1893) : l'anonymat des donneurs est couvert par le secret médical. Les cas dans lesquels ce secret peut être levé sans accord du donneur sont énumérés dans l'article 46 de la loi du 18 juin 1993 « sur la protection de la santé »//Закон Республики Беларусь « о здравоохранении » ;

201 Les personnes ayant recours aux dons de gamètes ou d'embryons n'ont pas accès à l'identité du donneur (sauf pour ce qui est des dons dirigés). Seules les caractéristiques phénotypiques (race, âge, taille, poids, couleur des cheveux et des yeux, groupe sanguin et facteur rhésus) sont communiquées.

202 Loi n° 2021-1017 du 02 août 2021 relative à la bioéthique. <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000043884384/>

203 Paragraphe 5.4 de l'Arrêté du ministère ukrainien de la Santé du 09.09.2013 № 787.

Le principe de l'anonymat du donneur découle de l'article 290 du Code civil ukrainien, qui dispose que l'identité du donneur ne doit pas être connue du receveur, ni l'identité du receveur de la famille du donneur, sauf dans les cas où le receveur et le donneur sont des personnes proches²⁰⁴. En cas de donneur anonyme, les parents de l'enfant et l'enfant lui-même n'ont pas accès à des informations complètes²⁰⁵ sur le donneur²⁰⁶. En conséquence de ce principe, seules des caractéristiques phénotypiques (âge, taille, poids, couleur des cheveux et des yeux, groupe sanguin et facteur rhésus) peuvent être données²⁰⁷.

Don dirigé. Par exception, en cas de dons entre membres de la famille « proche » il n'y a pas d'anonymat, conformément au paragraphe 5 partie 1 article 1 de la loi ukrainienne "Sur l'application de la transplantation de matériel anatomique à une personne" du 17.05.2018 № 2427-VIII. « La famille proche » est ainsi définie: *« Parents proches et membres de la famille - mari, femme, père, mère, beau-père, belle-mère, fils, fille, belle-fille, frère de sang, frère, sœur, cousin, cousine, tante, oncle, neveu, nièce, grands-parents, arrière-grands-parents, petit-fils, petite-fille, arrière-petit-fils, arrière-petite-fille, adoptant ou adopté, tuteur ou curateur, personne sous tutelle ou curatelle, ainsi que les personnes qui vivent ensemble, sont liées par une vie commune et ont des droits et obligations mutuels, y compris les personnes qui vivent ensemble mais ne se marient pas ».*

Cependant, l'anonymat n'est jamais total. Les Etats ont prévu un cercle des personnes ayant accès aux informations sur donneurs.

72. En France, l'identité du donneur est connue des CECOS (Centres d'étude et de conservation des œufs et du sperme humains), inscrite dans leurs dossiers et consultable par leurs médecins. Les Etats de l'Europe de l'Est et de l'Asie centrale étudiés ne possèdent pas de système réunissant des données au niveau national. Ces données sont conservées par les cliniques seulement un temps limité.

²⁰⁴ Une personne de l'entourage familial ou amical.

²⁰⁵ Son état civil, son adresse etc. : les données qui pourraient permettre de l'identifier.

²⁰⁶ Il nous paraît important d'indiquer que l'impossibilité du donneur de revendiquer les droits parentaux sur l'enfant était expressément prévu par l'Arrêté du ministère de la Santé et du développement social n° 771. L'actuel Arrêté n° 787 du ministère de la Santé est silencieux sur ce point. Ce point est soulevé par les juristes ukrainiens car la législation actuelle ne permet pas une protection suffisante des droits et des intérêts du donneur et des parents potentiels. www.zakon1.rada.gov.ua/laws/show/z0263-09

²⁰⁷ <https://icsi.clinic/features/ispolzovanie-donorskoj-spermy/>

73. Ce qui fait un point commun pour tous les Etats étudiés, c'est le fait que les principaux intéressés n'ont pas accès à l'information relative au donneur : pas plus que le donneur ne pourra savoir qui est né de son don, l'enfant ne pourra savoir de quel don il est né²⁰⁸.

74. On voit donc que la règle est en réalité celle d'une « anonymisation » légale des dons, qui établit, entre donneurs et receveurs, puis entre donneurs et enfants nés du don, un mur infranchissable²⁰⁹.

75. Ce principe de l'anonymat absolu à l'égard du couple, du donneur et de l'enfant a été remis en cause par la loi de bioéthique votée en 2021, qui permet aux enfants nés après un don de sperme d'avoir des informations sur leur géniteur. Le texte prévoit, à la majorité de l'enfant, d'avoir accès à l'identité du donneur.

76. Les arguments en faveur de l'anonymat : les donneurs de gamètes ou d'embryons font cet acte sans aucune intention d'être parent. En grande majorité, la démarche des donneurs est facilitée par cet anonymat et ils sont opposés à sa remise en cause dans la mesure où, au moment où ils ont fait leur don, leur engagement initial avait été conditionné à la préservation du secret les concernant. La levée de l'anonymat a comme conséquence la raréfaction des donneurs²¹⁰ et entraîne également une biologisation de la filiation qui risque de troubler la famille en mettant en concurrence la parenté biologique et sociale²¹¹. L'anonymat a été posé par les législateurs (en France comme dans les Etats de l'Europe de l'Est et au Kazakhstan) pour protéger les parents légaux et pour éviter tout bouleversement psychologique de la famille instituée. Ce principe d'anonymat rejoint le principe du secret d'adoption : il exclut tout lien entre la famille et le géniteur biologique. Si en France, on observe un glissement vers la levée du secret de naissance de l'enfant suite à la PMA

²⁰⁸ Ukraine : la loi « *Sur l'application de la transplantation de matériel anatomique à une personne* » du 17.05.2018 n° 2427-VIII, art.5-1 : « Le recours au don d'embryons est effectué pour des raisons médicales à condition que le consentement volontaire, éclairé, et écrit des patients soit obtenu, que le donneur soit anonyme et que le secret médical soit respecté. »

²⁰⁹ THERY I. L'anonymat des dons d'engendrement est-il vraiment « éthique » ? Mai 2009. in Esprit. www.esprit.presse.fr <https://esprit.presse.fr/article/irene-thery/l-anonymat-des-dons-d-engendrement-est-il-vraiment-ethique-14835#no3>

²¹⁰ Lister les Etats qui ont déjà levé l'anonymat.

²¹¹ GAUMONT-PRAT H. Bioéthique et droit. Les études hospitalières. 2011. P.122

exogène, les autres Etats étudiés restent très attachés au maintien de ce secret de famille.

77. Conservation des données sur les donneurs. Si on met à part la France, la Biélorussie est le seul Etat étudié qui ait un registre national des donneurs. Sa création est prévue par l'article 13 de la loi N341-3 *Sur les techniques de l'assistance médicale à la procréation* du 07 janvier 2012. L'Ordonnance du Conseil des ministres du 13 juillet 2012 № 643 a défini les modalités de rémunération des donneurs par les organismes de santé, et les modalités de la création et de la gestion du registre unique national des donneurs.

78. L'originalité de la législation kazakhstanaise en matière de conservation des données. La particularité du système kazakh réside dans la règle imposant que les établissements médicaux tiennent à jour des rapports détaillés sur les pratiques utilisées et sur les gamètes utilisés pour chaque couple. Un exemplaire de ce rapport est conservé dans les archives d'un notaire.

79. Il est regrettable que les autres Etats ne fassent pas preuve de la même rigueur lors de l'accomplissement des formalités administratives, lesquelles sont susceptibles de donner à l'enfant des informations qui lui permettront de procéder ultérieurement à la recherche de ses origines si la législation change sur ce point en autorisant l'accès à ces données. Dans les autres Etats étudiés, il n'existe pas de registres au niveau national.

80. Le recours à l'assistance médicale à la procréation avec donneur entraîne la naissance d'enfants ayant un lien biologique commun. Mais ces enfants sont enregistrés comme des personnes nées de parents différents, c'est-à-dire formellement et juridiquement non apparentées²¹². Il est nécessaire de créer une

212 L'Article 14 du Code de la famille de la Fédération de Russie interdit les mariages entre les personnes ayant un lien de parenté proche (ascendants et descendants directs - parents et enfants, grands-parents et petits-enfants), frères et sœurs de plein droit et demi-frères et sœurs, ainsi que les mariages entre proches parents (ascendants et descendants directs - parents et enfants, grands-parents et petits-enfants), frères et sœurs de plein droit et demi-frères et sœurs (ayant un père ou une mère commun) (article 14). Le recours à l'assistance médicale à la procréation avec donneur entraîne la naissance d'enfants ayant un lien biologique commun. Mais ces enfants sont enregistrés comme des personnes nées de parents différents, c'est-à-dire formellement et juridiquement non apparentées.

banque de données génétiques et d'avoir une loi régissant son fonctionnement, de régler les questions de propriété, de responsabilité en cas de perte et de diffusion illicite des données. Le recueil d'informations sur les donneurs est nécessaire, entre autres, pour prévenir d'éventuels mariages et/ou naissances d'enfants issus de personnes génétiquement apparentées, ainsi que les abus des donneurs - la loi limite le nombre des naissances issues d'un seul donneur mais il n'existe aucun contrôle au niveau national - et ceux des mères porteuses, notamment lorsqu'une femme utilise trop souvent son corps pour porter un enfant.

81. En matière de PMA, les deux notions - accès aux origines et anonymat - ne coïncident pas. Il est judicieux de rappeler ici que la notion d'accès aux origines s'est développée justement pour indiquer que la quête des origines n'a rien à voir avec une recherche en maternité ou en paternité. Il ne s'agit ici en aucun cas d'établir une filiation, mais simplement de pouvoir connaître l'identité d'une personne qui a donné naissance. La Cour européenne des droits de l'homme a peu à peu consacré le droit d'accès aux origines comme un droit fondamental de la personne²¹³.

82. **Accès aux origines.**

Le secret de l'origine : même principe qu'en matière d'adoption - les parents restent les maîtres du secret.

C'est à partir du secret et de l'effacement que la notion d'origines personnelles s'est peu à peu imposée dans le débat public. Cette notion est distincte de celle de la filiation. En effet, ce terme est utilisé uniquement dans les situations où les géniteurs d'une personne ne sont pas, ou plus, ou n'ont jamais été ses parents au sens de la filiation, et n'ont aucune vocation à le devenir. Cela regroupe deux grands cas de figure : le cas des enfants ayant été abandonnés et le cas des enfants nés d'un engendrement avec tiers donneur dans le cadre de la PMA²¹⁴.

Actuellement, aucun texte international ne consacre expressément le droit de la personne à accéder à ses origines ; la marge d'appréciation des Etats reste particulièrement large dans ce domaine²¹⁵.

²¹³ THERY I., LEROYER A-M. Rapport « Filiation, origine, parenté » 2014. p.26.

²¹¹ THERY I., LEROYER A-M. Rapport « Filiation, origine, parenté » 2014 p.207.

²¹⁵ MATHIEU G. Le secret des origines en droit de la filiation. 2014 Wolter Kluwer.

Dans les Etats post-soviétiques, l'adoption est couverte par un secret²¹⁶, dont la violation constitue une infraction pénale. Le même principe et la même logique s'appliquent en cas de recours à l'assistance médicale à la procréation avec donneur ou à la gestation pour autrui : il s'agit du secret familial et du secret médical. Le droit de divulguer le secret des origines n'appartient qu'aux parents. L'État protège leur volonté en mettant en place une responsabilité pour les tiers en cas de non-respect de cette prérogative. En droit international, il existe un droit de l'enfant à connaître ses origines²¹⁷. Les Etats mettent en général leur législation en conformité avec ce principe.

83. Que reste-il de la règle interne accordant à l'enfant le droit de connaître ses origines inspirée de la Convention de New York qui figure dans l'article 54 du Code de la famille de la Fédération de Russie ? : « *Tout enfant a le droit de vivre et d'être élevé dans une famille, dans la mesure du possible, et le droit de connaître ses parents, le droit d'être soigné par eux et de vivre avec eux, sauf si cela est contraire à son intérêt* ». En réalité, aucun autre texte ne prévoit les modalités d'accès de l'enfant aux informations concernant ses origines. L'Etat n'impose pas la révélation du secret par les parents, il l'interdit aux tiers, et reste silencieux concernant la mise en place de ce droit de l'enfant de connaître ses origines.

84. Russie. La question de compatibilité des dons des gamètes avec le respect des droits fondamentaux de l'enfant ne préoccupe pas les pays d'Europe centrale. Ce sujet n'est pas aussi précisément traité qu'en France. En France par exemple, l'association Juristes pour l'enfance a déposé un recours en Référé-Liberté devant le tribunal administratif de Montreuil pour demander la suspension immédiate

²¹⁶ Article 139 du Code de la famille russe, Article 47 de la loi sur les actes d'état civil.

Cependant depuis la décision de la Cour Suprême russe en 2019, ce secret peut être exceptionnellement levé. En l'espèce, la demanderesse contestait le refus des organes d'état civil et du tribunal de lever l'anonymat de son adoption. Les adoptants ont divulgué son histoire à leur fille adoptive, devenue majeure. Cette dernière souhaitait par la suite obtenir notamment des informations sur sa mère biologique et son identité d'origine afin de connaître ses maladies héréditaires. Voir notamment l'article de N.KOZLOVA La Cour Suprême a apporté des précisions sur la levée de l'anonymat de l'adoption. In *Rossyskaya gazeta*. N141(7899) du 01.07.2019 <https://rg.ru/2019/07/01/vs-raziasnil-kogda-mozhno-raskryt-informaciiu-onastoiashchih-roditeliah.html>

²¹⁷ La Convention internationale relative aux droits de l'enfant (CIDE) de 1989 prévoit à son article 7 que « l'enfant est enregistré aussitôt sa naissance et a dès celle-ci le droit à un nom, le droit d'acquérir une nationalité et, dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux ».

S. Viville L'accès aux origines, un droit humain. 2020. Eyrolles.

de la campagne nationale sur le don d'ovocytes et le don de spermatozoïdes promue par l'Agence de la biomédecine jusqu'au 18 novembre 2018. Elle considérait que cette campagne portait atteinte à plusieurs libertés fondamentales des enfants issus des dons : le don de gamètes, qui vise à la conception d'un enfant qui sera privé de la connaissance de ses origines et de la possibilité de voir établie juridiquement sa filiation biologique, méconnaît tant le droit au respect de la vie privée de l'enfant que celui de mener une vie familiale normale, ainsi que le droit fondamental de connaître ses origines et de voir établie sa filiation biologique.

85. L'association s'appuie sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, qui reconnaît à chacun, au titre du respect de la vie privée, « un intérêt capital à obtenir les informations qui lui permettent de connaître la vérité sur un aspect important de son identité personnelle, c'est-à-dire l'identité de ses parents biologiques » (CEDH, 21 juin 2011, n° 46185/08, Krušković c. Croatie, § 41).

86. Elle ajoute que le respect de la vie privée « comprend non seulement le droit de chacun de connaître son ascendance, mais aussi le droit à la reconnaissance juridique de sa filiation » (CEDH, 02 juin 2015, n° 22037/13, Canonne c. France, § 28 et 32²¹⁸).

L'article 54 al.2 du Code de la famille russe reprend les termes de la convention de New York en indiquant que « *chaque enfant a le droit d'être élevé au sein de sa famille, de connaître, autant que possible, ses parents, [...] de vivre avec eux, à l'exception des cas quand cela est contraire à ses intérêts* ». Le critère de base qui détermine la résolution des litiges relatifs au secret d'origine reste l'intérêt de l'enfant. Cependant ce terme n'est pas défini dans les législations des Etats.

²¹⁸ Dans cette affaire, le requérant se plaignait du fait que les juridictions internes avaient déduit sa paternité à l'égard d'une jeune femme de son refus de se soumettre à l'expertise génétique qu'elles avaient ordonnée. Il soulignait en particulier qu'en droit français, les personnes qui sont défendeurs à une action en paternité se trouvent obligées de se soumettre à un test ADN pour établir leur non-paternité. Il dénonçait une atteinte au principe de l'inviolabilité du corps humain qui, selon lui, interdit en matière civile toute exécution forcée d'une expertise génétique. La Cour a déclaré irrecevables pour défaut manifeste de fondement les griefs du requérant tirés de l'article 8 (droit au respect de la vie privée et familiale) de la Convention. Elle a jugé qu'en tenant compte du refus du requérant de se soumettre à l'expertise ordonnée pour le déclarer père de la jeune femme et en faisant prévaloir le droit au respect de la vie privée de cette dernière sur celui du requérant, les juridictions internes n'avaient pas excédé l'importante marge d'appréciation dont elles disposaient. Voir la fiche de la CEDH sur les droits de l'enfant .

Absence d'information sur le recours à un donneur dans les registres d'état civil. Dans tous les États étudiés, les informations sur le recours au don ne figurent pas dans les registres d'état civil²¹⁹.

En application du nouvel article 342-11 du Code civil français, un couple de femmes, lors du recueil par le notaire de leur consentement à l'AMP, reconnaît conjointement l'enfant qui en sera issu. Deux actes notariés sont ainsi établis concomitamment : l'acte de consentement à l'AMP et l'acte de reconnaissance conjointe anticipée. L'acte de reconnaissance est remis par l'une des deux femmes ou, le cas échéant, par la personne chargée de déclarer la naissance à l'officier de l'état civil, qui l'indique dans l'acte de naissance²²⁰. Même s'il ne s'agit pas directement de référence à un donneur, cela reste sous-entendu : deux femmes ne pouvant pas procréer sans intervention des gamètes masculins.

87. Gratuité.

Don à titre gratuit ou onéreux. La doctrine des pays de l'ex-URSS n'est pas préoccupée par le sujet de gratuité des gamètes, l'absence de gratuité ayant le mérite d'éviter toute pénurie.²²¹

La rémunération des donneurs n'est pas réglementée d'une manière claire, ce qui signifie que le don de gamètes peut se faire tout aussi bien sur une base commerciale que non commerciale²²². Selon la législation, le recours au matériel génétique d'un donneur dans le cadre des programmes de traitement de l'infertilité doit être gratuit : selon la partie 4 de l'article 143 du code pénal ukrainien, « le

²¹⁹ Arrêté du Cabinet des ministres n° 1025 du 10 novembre 2010 relatif à l'approbation des formes d'actes d'état civil et des descriptions et formats des notes dans les registres d'état civil. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1025-2010-%D0%BF>

²²⁰ C. civ., art. 342-11, al. 2.

²²¹ La question de la gratuité du don fait débat. Certains praticiens optent pour une rémunération des donneuses afin de les inciter à se lancer dans une démarche médicale assez lourde (stimulation hormonale des ovaires, puis ponction des ovocytes sous anesthésie générale ou locale). Cependant, cela doit être fait d'une manière réfléchie, afin de ne pas en faire un business.

²²² N. Ablyatinova N. Les problèmes de la maternité de substitution en Ukraine. Les problèmes réels de l'État et du droit. Odessa. Pp.167-173 ; I. Venediktova Réalisation et protection des intérêts des personnes dans les relations juridiques de reproduction. L'Ukraine juridique. 2012. № 11. pp. 46-50 ; A. Golovashchuk A. P. Certains aspects des relations juridiques du don de cellules reproductrices. Conférence « Influence de la science juridique sur le développement de la législation internationale et nationale », Kharkov, 06-07 avril 2013.

commerce (la vente) de matériel génétique de donneur dans le domaine de la procréation médicalement assistée est interdit ». Cette règle s'applique aussi bien aux institutions publiques qu'aux cliniques. Toutefois, les services connexes peuvent être facturés²²³. Ce principe de « gratuité » rénumérée existe également en Europe : les ovocytes espagnols restent gratuits, mais « la souffrance » est récompensée à la hauteur de 700 euros²²⁴.

88. L'Ukraine fait partie des États qui attirent le plus d'étrangers, notamment en raison d'un large choix de donneurs. Ses cliniques fournissent des photographies et des informations détaillées non seulement sur le donneur, mais aussi sur ses proches²²⁵.

89. Absence de pénurie de gamètes et d'embryons. Contrairement aux pays de l'Europe occidentale, des pays comme la Russie, l'Ukraine, la Biélorussie ne connaissent aucune pénurie d'embryons. Bien que les donneuses slaves ne soient pas rémunérées à la hauteur des donneuses américaines, cela permet aux femmes de compléter leurs budgets modestes²²⁶. Selon les cliniques de Saint-Pétersbourg et d'Almaty, on observe un intérêt croissant des étrangers (notamment des Allemands) qui viennent pour bénéficier des dons d'ovocytes.

90. Libre accès aux gamètes et aux embryons. Si l'on met de côté la question financière, les patients russes et étrangers ont accès aux banques nationales de dépôt d'ovocytes et d'embryons²²⁷. Tous les individus sont libres de recourir à une

223 L.Dorosh, I.Potapenko Le trafic d'organe et des cellules humaines in Les questions relatives à la lutte avec les infractions pénales. N21. 2011. Рр.99-111.//Л. В. Дорош, И. В. Потапенко. Незаконная торговля органами или тканями человека in Вопросы борьбы с преступностью. Сборник научных трудов. 2011. Вып. 21, с. 99-111. http://dspace.nlu.edu.ua/bitstream/123456789/5486/1/Dorosh_99.pdf

224 Les frais remboursés par la Sécurité sociale française en cas de recours à la PMA transfrontalière.

225 C.Kindregan, D.White International Fertility Tourism: The Potential for Stateless Children in Cross-Border Commercial Surrogacy Arrangements in Suffolk Transnational Law Review, Vol. 36, p. 527, 2013 https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2359775

226 Les tarifs varient selon les régions. Les tarifs les plus élevés sont à Moscou et à Saint-Pétersbourg. Pour cette raison, nombreuses sont les donneuses, issues des Etats de l'espace post-soviétique, qui préfèrent coopérer avec les cliniques de ces deux villes plutôt qu'avec un centre local. Ainsi, la donneuse reçoit pour un prélèvement de 20 000 à 80 000 roubles (200 à 900 euros) en fonction du nombre des ovocytes prélevés et de leurs qualités. La personne ayant recours à la PMA avec donneur paye en moyenne 300 euros pour un ovocyte.

<https://donorskaya-sperma-kriobank.ru/skolko-stoit-yajczekletka.html>

227 Juriste AIVOR L.K., Conférence de presse du Service National des Actualités (Media) « Interdire la GPA en Russie », 2017.

cryoconservation (l'article 42 de l'ordonnance prévoit une cryoconservation à la demande des patients – sans exigence des raisons médicales). En vertu de l'article 52 de l'ordonnance N107n, à la demande du client, la clinique lui remet des embryons/gamètes cryoconservés (il peut s'agir des gamètes achetés à un donneur ou de ses propres gamètes)²²⁸.

91. Quant aux Européens, ils viennent surtout pour bénéficier des programmes de donneurs. Au Kazakhstan, en Biélorussie, en Ukraine, en Russie, des centres d'assistance médicale à la procréation attirent des ressortissants européens surtout pour les FIV et l'achat de gamètes.

L'Arrêté du ministère de la Santé du 30.08.2012 No107n "Sur l'utilisation des techniques de procréation assistée, les contre-indications et les restrictions d'utilisation de ces dernières" ne crée pas de régime d'accès aux dons, se bornant à mentionner des critères techniques.

§ II. Difficultés d'application

92. Statut incertain des embryons et des gamètes. Du point de vue du droit civil, un embryon²²⁹, qu'il soit conçu in vitro ou in utero, n'est pas une personne juridique²³⁰. Du point de vue du droit pénal, il n'est pas une personne humaine et ne bénéficie pas de la protection accordée à cette dernière. En dehors de quelques hypothèses, le législateur ne s'est guère intéressé à la question du statut juridique de l'embryon jusqu'au moment où le législateur intervient pour dépénaliser l'avortement. Nous ne traitons pas ici la question des recherches sur l'embryon.

93. Cette absence de clarté sur le statut juridique de l'embryon est commune à tous les Etats : la France, la Russie, ²³¹l'Ukraine, ²³²La Biélorussie et le

228 L'Arrêté du ministère de la Santé du 30.08.2012 No107n "Sur l'utilisation des techniques de procréation assistée, les contre-indications et les restrictions d'utilisation de ces dernières" ne crée pas de régime d'accès aux dons, se bornant à mentionner des critères techniques.

229 Dans les étapes de la vie prénatale, on distingue le stade embryonnaire du stade fœtal. Le passage de l'embryon au fœtus est habituellement fixé à deux mois, ce qui correspond au moment de la différenciation du visage.

230 V. DEPADT-SEBAG Droit et bioéthique. Larcier. 2012. P 124.

231 L'Ordonnance N° 107n du 30 août 2012 précitée autorise le don et la cryoconservation d'embryons. L'article 55 de la loi sur la santé énonce que les cellules sexuelles, les tissus des organes reproducteurs et les embryons humains ne peuvent être utilisés à des fins industrielles ; mais cette interdiction n'est pas

Kazakhstan. Comme le précise la doctrine russe²³³, le statut juridique des dons (embryons et gamètes) n'est pas défini en droit russe. La loi du 22 décembre 1992 N4180-1 sur la transplantation des organes et des tissus reste muette sur les embryons et les gamètes. La loi fédérale du 20 mai 2002 "relative à l'interdiction temporaire du clonage humain"²³⁴ précise qu'un embryon humain est un embryon en phase de développement jusqu'à huit semaines. La définition identique figure en droit ukrainien²³⁵. La création et l'utilisation d'embryons in vitro ont une finalité purement reproductive. Selon les juristes ukrainiens, le statut d'embryon entre les 8 et 12 semaines²³⁶ n'est pas défini. La législation ukrainienne ne définit pas clairement le moment à partir duquel le droit à la vie de l'embryon est protégé et il est possible de lui accorder des droits constitutionnels et civils.

Pourtant, il est judicieux de pouvoir statuer sur « la possibilité (ou non) de faire des transactions avec des embryons, et la possibilité (ou l'inadmissibilité) d'utiliser ces embryons de manière à empêcher leur développement ultérieur et la reproduction humaine. »²³⁷

suffisante pour en déduire que les gamètes et les embryons doivent être exclus du marché. En autorisant ces procédés, sans définir leurs conditions, le législateur russe a accepté d'une manière tacite ce marché des embryons et des gamètes.

²³² La section VII de la procédure d'utilisation des technologies de procréation assistée en Ukraine (L'Arrêté du ministère de la Santé du 09.09.2013 N787 (paragraphe 7.1 - 7.2)²³² est consacrée à la cryopréservation du sperme, des ovocytes, des embryons. Selon l'annexe 21 du paragraphe 7.1, la période recommandée pour la cryoconservation est de 3 à 5 ans. Le texte précise qu'à la demande du/des patient(s), leur matériel biologique peut être transporté vers un autre établissement médical en Ukraine et à l'étranger.

²³³ Moshkovich M. Les embryons et le droit. Urist. 21.01.2009 <http://www.gazeta-yurist.ru/article.php?i=375>; L.MIKHEEVA Les problèmes juridiques dans le domaine de la PMA à l'ère actuelle. Vestnik de l'Académie de médecine d'Oural. №3, 2013 г // Михеева Л.Ю. Проблемы правового регулирования ВРТ на современном этапе. Вестник Уральской медицинской академии науки, №3, 2013 г.

²³⁴ Cette loi fédérale du 20 mai 2002 a interdit le clonage humain.

²³⁵ Article 2 de la loi ukrainienne « sur l'interdiction du clonage reproductif humain », 2004. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2231-15>

²³⁶ En droit ukrainien le fœtus est le produit intra-utérin de la conception à partir de la 12e semaine complète de grossesse (soit à partir de 84 jours à partir du premier jour du dernier cycle menstruel normal) jusqu'à l'expulsion/extraction du corps de la mère. Alinéa 1.4 de l'instruction sur les critères de période périnatale, de naissance d'un enfant viable et non viable (l'Arrêté du ministère de la Santé de l'Ukraine n° 179 du 29.03.2006). <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0427-06>

²³⁷ L.MIKHEEVA précité.

94. Raisons de justifications de la cryoconservation. Il est à noter que la réflexion sur la prévention de l'infertilité est quasi inexistante, alors que l'environnement est peut-être responsable de l'infertilité actuelle. La cryoconservation est possible pour raisons médicales, afin de permettre aux personnes atteintes d'un cancer de remédier au problème causé par leur infertilité consécutive à une chimiothérapie. Il existe aussi une cryoconservation dite "de précaution" des ovocytes des femmes jeunes ne souhaitant pas de grossesse dans l'immédiat. Bien que les grossesses tardives posent des questions non seulement médicales mais aussi sociétales, la question de savoir si l'on doit répondre favorablement à une femme qui demande un don d'ovocytes ou souhaite utiliser ses propres gamètes cryoconservés après 40 ans, ne se pose pas dans les pays de l'ex-URSS. Le législateur russe ne protège pas les embryons des abus possibles dans le domaine de l'assistance médicale à la procréation et le cadre législatif existant laisse beaucoup de place aux choix personnels. Il n'existe pas de texte interdisant de produire plus d'embryons qu'il n'est envisagé d'en transplanter, de sorte que la production d'embryons surnuméraires et le don d'embryon sont possibles.

95. De nombreuses autres questions restent en dehors de la loi non seulement en Russie mais aussi en Ukraine, et le sort des embryons et des gamètes non utilisés en fait partie. Aujourd'hui, la loi reste silencieuse sur le sort des gamètes en cas de séparation du couple²³⁸, en cas de divorce, en cas de décès de l'un ou des deux conjoints²³⁹. Le législateur ukrainien n'a mis en place aucune règle de responsabilité pénale pour leur utilisation illégale²⁴⁰. Il ressort seulement de la « Procédure d'utilisation des techniques de procréation assistée » une interdiction indirecte de l'utilisation d'embryons vivants non implantés à des fins non reproductives. Le législateur n'a pas répondu non plus à la question de l'utilisation

²³⁸ La jurisprudence russe connaît des cas de litiges relatifs au sort des embryons suite à la séparation d'un couple. https://yandex.ru/turbo/1tv.ru/s/news/2017-03-17/321736-unikalnyy_sudebnyy_protsess_v_cherkesske_razvedennyye_suprugy_ne_mogut_podelit_zamorozhennyye_embryony

²³⁹ <https://eba.com.ua/deyaki-pytannya-u-sferi-reproduktyvnyh-tehnologij-vymagayut-uvagy/>

²⁴⁰ <https://www.youtube.com/watch?v=JBWJoN7GL6k&vl=ru>

des embryons non utilisés²⁴¹. Le législateur ukrainien n'a mis en place aucune règle de responsabilité pénale pour leur utilisation illégale²⁴².

96. S'il est désormais plus facile d'un point de vue médical d'appréhender et de gérer la conservation des spermatozoïdes et des ovules, cette possibilité continue de poser des problèmes éthiques majeurs²⁴³. La conservation des ovules fait reculer l'âge de la maternité. Dans un cas extrême elle permet même d'envisager une conception de l'enfant alors qu'un parent est décédé. En effet, la conservation prolongée des gamètes vient poser la question de la possibilité d'une paternité post mortem ; non seulement elle permet la conception de l'enfant privé du père, mais elle bouleverse aussi les règles patrimoniales et extrapatrimoniales existantes. Les droits européens abordent différemment cette question²⁴⁴. Si la majorité des Etats la

241 N. Kvit Limites juridiques de la création et de l'utilisation d'embryons humains : comparaison des législations allemande et ukrainienne in *Droit comparé*. 2019, № 3. pp. 87-92. K.Lewandowski To the question of the legal status of the human embryo in *University Scientific Notes*, 2014. № 1, pp. 69-82. // Квит Н. Правовые пределы создания и использования человеческих эмбрионов: сравнение немецкого и украинского законодательства in *Сравнительное аналитическое право*. 2019, № 3. С. 87-92; К.Левандовски «К вопросу правового статуса эмбриона человека» / *Университетские научные записки*, 2014. № 1, С 69-82.

242 <https://www.youtube.com/watch?v=JBWJoN7GL6k&vl=ru>

²⁴³ La section VII de la procédure d'utilisation des technologies de procréation assistée en Ukraine (L'Arrêté du ministère de la Santé du 09.09.2013 N787 (paragraphe 7.1 - 7.2).) est consacrée à la cryopréservation du sperme, des ovocytes, des embryons. Selon l'annexe 21 du paragraphe 7.1, la période recommandée pour la cryoconservation est de 3 à 5 ans. Le texte précise qu'à la demande du/des patient(s), leur matériel biologique peut être transporté vers un autre établissement médical en Ukraine et à l'étranger.

En France, la cryoconservation ovocytaire est encadrée par l'article L-2141-11 du Code de la Santé, comme tous les traitements de préservation de la fertilité (congélation embryonnaire ou du sperme, conservation du tissu ovarien ou du tissu testiculaire).

244 Si la PMA post mortem n'est pas autorisée dans la plupart des pays européens, il existe des exceptions à cette règle : la Belgique, l'Espagne. C'est aussi le cas en Chine et aux Etats-Unis, sous certaines conditions.

Ma-X. CATTO, Le principe d'indisponibilité du corps humain. Limite de l'usage économique du corps, LGDJ, 2018 ; L. Carayon, La catégorisation des corps. Etude sur l'humain avant la naissance et après la mort, IRJS, 2019, n° 766 et s ; L.CARAYON Arlésienne bioéthique - La procréation post mortem en débats in *Journal du Droit de la Santé et de l'Assurance - Maladie (JDSAM)* 2020/1 (N° 25), pp 45 à 50 ; A.MIRKOVIC Le désir d'enfant contrarié par la mort masculine : la procréation post mortem in *Etudes Début de vie / Procréation médicalement assistée*. 28/01/2015.

prohibe, la Belgique, l'Espagne, les Pays-Bas et le Royaume-Uni autorisent la procréation post mortem²⁴⁵.

Il est intéressant de se demander comment les pays d'Europe orientale ont abordé et traité cette question.

A. Statut des gamètes et embryons et AMP post mortem, post séparation, rémunération.

A la différence du système français, le sort des gamètes n'est encadré en Russie, en Ukraine et au Kazakhstan par aucun formalisme strict.

L'encadrement juridique de la cryoconservation des gamètes et des embryons reste très lacunaire. Les normes exposées dans l'Arrêté du ministère de la Santé de la Fédération de Russie du 30 août 2012 N107-n *Sur l'utilisation des techniques de procréation assistée, les contre-indications et les restrictions d'utilisation de ces derniers* ouvrent l'accès à la cryoconservation « à tous » soit, pour les raisons médicales avant des traitements susceptibles d'altérer la fertilité, dans le cadre d'une procréation médicalement assistée, mais aussi « à la demande du patient ». Ainsi, contrairement à la France, les pays de l'ex-URSS ne limitent pas la cryoconservation aux traitements susceptibles d'altérer la fertilité (par exemple, une chimiothérapie)²⁴⁶. La loi russe est donc particulièrement libérale et permissive.

97. Arrêt de paiement pour le service de cryoconservation. Dans tous les Etats étudiés, la cryoconservation des gamètes se fait aux frais de l'intéressé. Un problème juridique se pose à la clinique de procréation médicalement assistée en cas de non-paiement supplémentaire de la cryoconservation et de non-réclamation par les personnes devenues parents de leurs embryons conservés. Dans ce cas, en Russie notamment, la clinique a le droit de décider elle-même de continuer à préserver des embryons sans rémunération ou de les éliminer (sauf dans le cas où la question de la

²⁴⁵ Étude de législation comparée n° 193 - janvier 2009 - L'accès à l'assistance médicale à la procréation. https://www.senat.fr/lc/lc193/lc193_mono.html

²⁴⁶ En droit français il s'agit de l'article L.214-11 du CSP. Et l'article 42a de l'Arrêté du ministère de la Santé du 30 août 2012 N107-n.

possibilité de donner des embryons a été résolue dans la demande initiale de cryopréservation).

Par ailleurs, la loi russe ne répond pas à la question de savoir qui est le propriétaire des gamètes et des embryons cryoconcernés. De ce fait, de nombreuses difficultés subsistent en pratique, en cas de séparation du couple ou de décès de l'un des partenaires, mais aussi en ce qui concerne les embryons cryoconservés non réclamés.

En absence de limitation légale, certains embryons sont conservés et ne sont jamais réclamés.

98. Le sort des gamètes non utilisés. Le sort des gamètes non utilisés est incertain et il arrive que les cliniques les utilisent à l'insu des donneurs. En pratique, certaines des patients, une fois leur but atteint, ne s'intéressent plus au sort des gamètes/embryons non utilisés. Lorsque leur contrat avec le centre d'AMP est arrivé à son terme, ils ne prolongent pas le contrat, ne règlent plus les frais liés à la cryoconservation, sans pour autant réclamer la destruction de leur matériel génétique ni lui prévoir expressément un autre sort.

99. Séparation du couple et sort des gamètes²⁴⁷. Un des problèmes les plus épineux concerne les revirements au sein du couple et les renoncements à l'AMP. C'est le cas lorsqu'il existe une déclaration commune initiale sur la cryopréservation, indiquant notamment une décision unique ou conjointe sur l'avenir des embryons, et que la clinique de procréation médicalement assistée reçoit une déclaration de l'un des partenaires sollicitant l'arrêt de la cryopréservation et l'élimination des embryons, alors que, dans le même temps, l'autre partenaire s'oppose catégoriquement à cette élimination et que la période de préservation payée n'a pas expiré.

247 Position des tribunaux russes en cas de séparation du couple. Voir notamment la décision du Tribunal de la ville de Moscou statuant en appel N33-9401/2015 du 24 mars 2015. Dans cette décision la Cour a rejeté la demande de l'ex-époux visant la destruction des embryons cryoconservés.

100. En pareil cas, les cliniques devraient agir conformément à la décision de la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Evans c. Royaume-Uni*²⁴⁸, appuyée par la jurisprudence du tribunal de la ville de Tcherkessk de la république de Karatchaïévo-Tcherkessie²⁴⁹, qui a examiné la demande de la patiente, qui avait contesté la décision de la clinique d'utiliser des embryons sur la base de la déclaration de son ex-époux. Et de statuer en vertu du principe de l'égalité des droits des hommes et des femmes en matière de procréation, concluant que la « parentalité obligatoire » est impossible²⁵⁰.

101. Ainsi, quelles que soient la volonté initiale et la répartition des rôles dans l'extension de la cryopréservation et la détermination du sort des embryons, dès réception d'une demande de l'un des époux (partenaires) de mettre fin à la cryoconservation, que la cryoconservation ait été payée ou non au moment où la clinique a reçu une telle demande, la clinique de procréation médicalement assistée est tenue de prendre des mesures pour éliminer les embryons en prenant diverses mesures juridiquement importantes pour informer correctement l'autre époux (partenaire) et fournir les documents pertinents.

102. Dans cette affaire, la clinique et la demanderesse avaient conclu un contrat de prestation de services médicaux payants pour une AMP. Le couple hétérosexuel avait rédigé une déclaration sur la cryoconservation de leur embryons, selon laquelle ils décidaient d'un commun accord que leur à-propos du stockage des cellules germinales utilisées pour obtenir des embryons, pouvait prendre fin sur demande écrite de l'un d'eux, ce qui s'est produit, obligeant ainsi la clinique à mettre fin à la cryopréservation et à procéder à l'élimination des embryons. La femme, demanderesse, en désaccord avec la décision de la clinique, a intenté une action en justice pour l'obliger à poursuivre la cryoconservation des embryons. Cette dernière a fait valoir que, compte tenu des normes du Code de la famille de la Fédération de Russie, le droit constitutionnel à la vie privée incluait le droit de libre expression de la volonté d'un homme, qu'il soit marié ou non, de devenir père ou non, et comprenait le droit de ne pas le devenir du tout ou de ne pas le devenir avec une femme en

²⁴⁸ Arrêt *Evans c. Royaume-Uni* du 10 avril 2007, Req. n° 6339/50.

²⁴⁹ Il est souvent impossible de donner une référence complète d'un arrêt. Nombreux sont les articles juridiques et les thèses qui se contentent de citations à minima.

²⁵⁰ La position de la CEDH sur cette question est étudiée dans la Partie II.

particulier. En conséquence, les droits des hommes et des femmes de choisir leur statut matrimonial et leur lien de parenté sont inconditionnels, égaux et peuvent être limités à la seule fin de protéger les droits d'une autre personne. Ainsi, la réticence du citoyen A. à devenir père, exprimée dans la déclaration sur la cessation de la cryoconservation des embryons, a été considérée par la cour comme étant un droit inaliénable et, selon les normes de la Constitution de la Fédération de Russie, les droits de la citoyenne A. pouvaient être limités aux fins de protéger ceux de son partenaire²⁵¹.

103. Cette décision est conforme à la position de la Cour européenne des droits de l'homme, exprimée dans l'arrêt de la Grande Chambre du 10 avril 2007 dans l'affaire *Evans c. Royaume-Uni*²⁵², selon lequel les droits des deux partenaires sont proportionnels et offrent à chacun une possibilité égale de retirer son consentement au stockage d'embryons conjoints à tout moment jusqu'à ce que l'embryon soit implanté dans le corps de la femme ; il est impossible de faire des exceptions à la règle concernant la nécessité du consentement du parent génétique, tout comme il est impossible d'autoriser la parentalité forcée.

104. Position des tribunaux ukrainiens. Dans sa décision № 2-467/11 du Tribunal du district Podolski de Kiev du 10 février 2011,²⁵³ la cour a eu à examiner un cas analogue. Dans cette affaire, un couple avait conclu un contrat avec la clinique « Nadezhda » pour une fécondation in vitro (FIV) le 31.03.2009. A la suite de la dissolution du mariage, le 1^{er} juin 2010, la femme avait demandé à la clinique de procéder au transfert des embryons cryoconservés mais sa demande avait été refusée, car son ex-mari en avait demandé la destruction. La clinique refusait de poursuivre le traitement avec ces embryons sans son consentement. La femme avait alors saisi le Tribunal afin être reconnue comme partie unique dans le cadre du contrat n° 7080 du 31.03.2009 pour la fécondation in vitro (FIV) et le transfert des embryons cryopréservés (issus de ses gamètes et de ceux de son ex-mari).

251 L'analyse de Апелляционное определение du TGI de Moscou, affaire No 33-9401/2015 du 24 mars 2015 sera faite ultérieurement.

252 CEDH, 07 mars 2006 et 10 avril 2007, Affaire *Evans c. Royaume-Uni* du 10 avril 2007, Req. n° 6339/50.

253 La décision № 2-467/11 URL du Tribunal de district Podolski de Kiev du 10 février 2011. // Решение Подольского районного суда города Киева от 10 февраля 2011 г., дело № 2-467/11 <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/15586243>

105. Après examen de l'affaire et auditions des parties, le tribunal a jugé que la demande ne pouvait être accueillie favorablement dès lors que contrat pour la cryoconservation des embryons était caduque et que la demanderesse n'avait pas fait sa demande de transfert des embryons durant la validité de ce contrat - seule période pendant laquelle il eût été possible de procéder à la décongélation et/ou au transfert des embryons²⁵⁴.

106. Position des tribunaux russes en cas de veuvage. Le droit des Etats étudiés demeure silencieux sur la question de la poursuite des procédures d'AMP en cas de décès du mari²⁵⁵. Les tribunaux russes ont dû se prononcer sur le droit de la veuve à obtenir la poursuite de la procréation médicalement assistée²⁵⁶. On peut citer à ce titre la décision du Tribunal de la 1^{ère} instance de Rostov-sur-le-Don du 02.10.2018. Dans cette affaire, Madame AVDEEVA a assigné la société « Ava-Peter » en exécution du contrat de traitement médical de l'infertilité avec un recours à la FIV et à la cryoconservation des gamètes du couple AVDEEV. Le contrat a été conclu le 27 octobre 2017. Les époux ont également donné leur accord pour la cryoconservation des embryons. Le 02 février 2018, Monsieur AVDEEV décède. Madame AVDEEVA a été reconnue comme l'unique héritière des biens de son mari sur la base du testament. Mme AVDEEVA a ensuite demandé à la clinique de continuer le traitement contre l'infertilité et de procéder à un nouveau transfert des embryons. Cependant, la clinique a refusé d'accéder à cette dernière demande, considérant que le contrat avait pris fin avec le décès du mari de Mme AVDEEVA, et informé cette dernière de son intention de procéder à la destruction des embryons.

107. À l'appui de ses prétentions, A. a indiqué que la clinique avait effectué une procédure de fécondation in vitro, à la suite de laquelle des embryons avaient été obtenus à partir des cellules germinales de A. et de son époux. Suite au décès de son mari, A. a été reconnue comme unique héritière de ses biens sur la foi d'un testament.

254 Le Tribunal a fondé sa décision sur l'interprétation de la partie 3 point 8 et de la partie 5 du point 13.1 de l'Instruction sur la procédure d'application des techniques de procréation assistée (cette instruction a été par la suite remplacée par l'ordonnance n° 787). Le visa comporte aussi les articles 10, 11, 60, 209, 212, 214-215, 224-226 du CPC.

255 Si la loi française a prohibé expressément l'insémination ou le transfert des embryons après le décès d'un des membres du couple²⁵⁵, nous ne retrouvons pas de règles précises sur cette question ni en droit ukrainien, ni en droit russe. <https://eba.com.ua/deyaki-pytannya-u-sferi-reproduktyvnyh-tehnologij-vymagayut-uvagy/>

256 Arrêt du tribunal de Rostov-sur-le-Don, district Sovetski, affaire No 2-2540/2018 du 02.10.2018 .

La demanderesse s'est rendue à la clinique afin de procéder à l'implantation d'un embryon cryopréservé, mais la clinique a refusé d'accéder à sa demande, en se fondant sur le consentement écrit des époux, signé au moment de la conclusion du contrat et en vertu duquel les deux partenaires avaient, d'un commun accord, sollicité la destruction des embryons en cas de décès de l'un d'eux.

108. Durant le procès, il a été établi que la clinique avait fourni des services médicaux à la demanderesse conformément aux dispositions contractuelles et avait mis en œuvre le protocole, et qu'elle avait ainsi entièrement satisfait à ses obligations contractuelles. Le tribunal a relevé que les époux avaient conjointement signé un consentement éclairé portant sur la cryopréservation des embryons pendant une période déterminée, et qu'une clause envisageait le cas du décès de l'un des époux. Le jugement a mis en avant le fait que le droit à la vie privée englobait à la fois le droit de libre expression de la volonté d'un homme de devenir père ou non, et le droit de disposer des embryons obtenus à partir de ses cellules germinales après son décès.

109. Ainsi, la manifestation de volonté du conjoint décédé, exprimée sous la forme d'une déclaration écrite sur la cessation du stockage des embryons et l'interdiction de leur disposition après son décès, relevait de ses droits inaliénables qui demeuraient protégés même après le décès. Ces embryons devaient donc être éliminés et leur utilisation de quelque autre manière que ce soit devait être prohibée.

Dans sa décision déboutant la demanderesse, le tribunal a pris soin de motiver le fait que la législation russe ne considérait pas le matériel biologique comme un objet de propriété (objets, droits de propriété, obligations de propriété) et ne mentionnait pas la possibilité d'obtenir des droits de propriété sur ce matériel, excluant directement les organes et tissus humains de toute forme de commerce et que, donc, les embryons cryoconservés se trouvant dans la clinique ne pouvaient faire partie d'un patrimoine successoral, en sorte que l'existence d'un testament et la qualité d'ayant droit de A. demeuraient sans effet juridique.

Pour les juristes russes, le statut juridique du matériel génétique (ovules et spermatozoïdes) ne peut pas être assimilé à la propriété individuelle et, par conséquent, à une propriété commune des époux, un bien susceptible de faire l'objet d'un

héritage, etc. Le pouvoir de disposition est strictement encadré et non individuel. Les institutions voient leur pouvoir sur ce matériel génétique tout autant limité²⁵⁷.

Réparation du préjudice en cas d'arrêt du traitement à l'initiative d'un des conjoints.

110. La séparation du couple et le souhait de détruire des embryons communs est un sujet douloureux. La jurisprudence européenne en connaît plusieurs exemples. Il est difficile de trouver à trancher le sort des embryons, même s'il s'agit de la dernière chance de la femme d'avoir un enfant, et alors que plusieurs libertés et droits sont en conflit. Se pose également la question des frais engagés à l'occasion de cette procédure coûteuse, et du préjudice moral subi par le conjoint « abandonné » dans son projet.

111. Nous pouvons évoquer, à cet égard, la réponse du Tribunal ukrainien²⁵⁸ à la question de savoir si le préjudice subi par la femme du fait de la décision de son ex-mari d'interrompre le traitement et de détruire les embryons restants doit être réparé. Par décision N244/459/14-ts du 06 mai 2014, le tribunal de Snezhnyansky de la région de Donetsk a rejeté la demande d'une femme en vue d'obtenir le remboursement des frais engagés dans le cadre d'une procédure d'AMP et l'octroi de dommages-intérêts en réparation de son préjudice moral. Dans cette affaire, le couple avait conclu un contrat le 14 décembre 2012 avec un établissement médical portant sur une FIV dans le cadre d'un traitement d'infertilité. Le 11 octobre 2013 le mariage avait été dissous. L'ex-mari avait résilié le contrat avec l'établissement médical et demandé qu'il soit procédé à la destruction des embryons restants. La clinique a refusé la poursuite du traitement, motif pris de ce que le contrat avait été résilié. La femme a alors saisi le tribunal d'une demande de remboursement de la moitié des frais, d'un montant de 34 003 hryvnias ²⁵⁹, engagés par le couple, et de condamnation

257 MAIFRAT A. Sur la nécessité d'une loi fédérale sur les droits reproductifs des citoyens de la Fédération de la Russie. In Le journal juridique russe. N3 2009, p.152-155// A.B.Майфрат О необходимости принятия федерального закона о репродуктивных правах граждан РФ. In Российский юридический журнал 3/2009, стр.152-155 .

258 Décision du tribunal de la ville de Snezhnyansky de la région de Donetsk du 06 mai 2014, numéro d'affaire 244/459/14-ts. URL : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/38599594>

259 L'aspiration répétée d'ovocytes et le traitement avaient coûté environ 19 000 hryvnias (environ 580 euros) en plus de 9 900 hryvnias (307 euros) pour la cryoconservation des embryons et le restant pour les services accessoires.

de son ex-mari à lui payer une indemnité de 10 000 hryvnias à titre de dommages et intérêts.

112. Pour rejeter la demande de la requérante, le tribunal a notamment fait valoir que le contrat avec la clinique ayant été conclu par le couple, la femme et le mari agissant comme une partie unique, les articles 651, 652, 907 du Code civil ukrainien régissant les relations entre les parties au contrat ne leur étaient pas applicables, et que les ex-conjoints n'avaient pas expressément prévu par une convention complémentaire leurs droits et obligations en cas de séparation ou d'arrêt du traitement à l'initiative de l'un d'eux, alors que la possibilité leur en avait été offerte par l'article 64 du Code civil ukrainien.

SECTION II. Conditions matérielles et financières d'accès à l'assistance médicale à la procréation

113. En France le recours à la PMA est remboursé par la Sécurité sociale²⁶⁰. La loi de bioéthique de 2021 a élargi l'accès à la procréation médicalement assistée (PMA) aux couples de femmes et aux femmes célibataires, et supprime le critère médical d'infertilité. Elle était jusqu'à présent réservée aux couples hétérosexuels sur indication médicale. Le remboursement de la PMA par l'Assurance-maladie est ouvert à ces femmes.

114. Dans cette section nous analyserons les politiques publiques promouvant la procréation médicalement assistée à travers la question de son financement. En Russie dans un premier temps (§I), mais aussi dans les autres États d'Europe de l'Est (§II).

La création d'un système de santé accessible à tous²⁶¹. Dès les premiers jours de l'existence de la république Soviétique, les autorités se sont engagées dans la

²⁶⁰ Cette règle connaît des exceptions : la FIV est remboursée jusqu'à l'âge de 43 ans.

²⁶¹ Appelé le « système Semashko », du nom d'un médecin de campagne bolshevik qui avait été chargé de la mise en place d'un véritable système de santé.

création d'un système de santé d'État fondé sur les principes de l'accessibilité universelle, de la gratuité des soins médicaux, de la prévention des maladies.

Sous l'Union soviétique, les soins médicaux étaient gratuits et les citoyens soviétiques n'avaient pas besoin d'une police d'assurance maladie. Les adultes pouvaient recevoir des soins médicaux qualifiés dans n'importe quel établissement de l'URSS sur présentation de leur passeport, tandis que les enfants n'avaient besoin que d'un certificat de naissance. Il y avait, bien sûr, des établissements de santé payants qui employaient des médecins hautement qualifiés et expérimentés, mais leur nombre restait très insignifiant.

L'ensemble du système de santé en URSS était axé sur la prévention des maladies chroniques graves, la vaccination et l'élimination des fondements sociaux de la maladie, la priorité étant donnée à l'enfance et à la maternité²⁶².

Après l'effondrement de l'URSS, le domaine de la santé et de la sécurité sociale dépendait du ministère de la Santé de la Fédération de Russie. Dès le début de 1992, le pays a connu les réformes qui ont démolé le système existant. S'est mise en place une certaine décentralisation de la gestion, la fragmentation du système de soins médicaux, et la création d'une assurance médicale pour tous au niveau étatique. Tout cela s'est déroulé dans un contexte de réduction drastique du financement public des établissements de santé et de la rémunération du personnel²⁶³.

L'article 41 de la Constitution de la Fédération de Russie (1991) reconnaît le droit des citoyens russes à une assistance médicale gratuite au sein des établissements de santé publics et municipaux. La liste des services fournis gratuitement est fixée par

²⁶² Les professionnels de santé se rendaient sur les lieux de travail, dans les crèches et les écoles pour des contrôles préventifs, des vaccinations et des soins dentaires. Les vaccinations étaient obligatoires.

²⁶³ A titre d'exemple, en 1994, l'assurance de santé étatique ne prenait en charge que 80 % des frais des médicaments par rapport à 1991 en termes réels (compte tenu des fluctuations de prix) et en 1995-2001, 50 à 60 %.

Les hôpitaux n'avaient pas de médicaments ni les outils indispensables au fonctionnement des services. Les patients devaient acheter des médicaments à leurs propres frais. Les salaires des médecins et des infirmières étaient devenus tellement symboliques qu'ils commençaient à démissionner en masse ou à extorquer de l'argent aux patients.

Entre 2000 et 2018, le nombre d'hôpitaux en Russie a diminué de moitié, passant de 10 700 à 5 400, soit moins que dans la RSFSR en 1932 (5 900 hôpitaux).

https://www.gks.ru/storage/mediabank/Ejegodnik_2019.pdf; <https://studfile.net/preview/5274834/> ;
<https://www.sechenov.ru/facts/discoveries/124366/>;
<http://static.government.ru/media/files/hJJb4XgcAxfiBW27EyseBZmtCraORH.pdf>

le « programme des garanties étatiques »²⁶⁴. Ce programme est approuvé chaque année par le gouvernement russe.

En 1993, la loi de la Fédération de Russie "sur l'assurance médicale des citoyens de la Fédération de Russie" (AMO)²⁶⁵ a été promulguée. Cela signifie que la population active cotise à hauteur de 3,6 % de son salaire (inclus dans les prélèvements de l'employeur pour les fonds territoriaux de l'assurance médicale obligatoire). Des « polices d'assurance maladie obligatoires »²⁶⁶ ont été créés : la présentation d'une « carte vitale » est obligatoire pour pouvoir bénéficier des soins médicaux gratuits dans la Fédération de Russie²⁶⁷.

Une « police de l'AMO » (équivalent d'une carte vitale) est délivrée par la compagnie d'assurance choisie par le bénéficiaire. La durée de validité de ces cartes correspond à l'année civile pour les citoyens étrangers résidant en permanence en Russie ; pour les réfugiés et les citoyens étrangers et apatrides résidant temporairement dans la Fédération de Russie, jusqu'à la fin de l'année civile, mais pas plus longtemps que la période de séjour ou de validité du permis de séjour temporaire. Cette carte n'a pas de durée de validité pour les citoyens russes.

La carte émise dans une région est valable dans toute la Fédération de Russie.

L'AMO couvre : les soins médicaux d'urgence, les examens et soins médicaux à domicile et en milieu hospitalier (aucun médicament n'étant fourni dans le cadre d'un traitement ambulatoire), et les soins hospitaliers dans les situations suivantes : maladies aiguës ou exacerbation aiguë de maladies chroniques qui nécessitent une surveillance et un contrôle médicaux constants ; maladies épidémiques qui nécessitent l'isolement du patient ; accouchement, avortements, pathologies fœtales ; intoxication aiguë ; blessures graves ; rééducation après une maladie qui nécessite

²⁶⁴ Программа государственных гарантий (ПГГ)

²⁶⁵ АМО : обязательное медицинское страхование (ОМС).

²⁶⁶ Peut être comparé avec la carte de Sécurité sociale ayant un numéro authentique pour chaque assuré.

²⁶⁷ L'AMO (la carte d'assurance maladie obligatoire) est délivrée aux citoyens de la Fédération de Russie, ainsi qu'aux ressortissants étrangers et aux apatrides résidant régulièrement (avec un titre de séjour) dans la Fédération de Russie, qui se voient délivrer la police pour la période de validité d'un permis de séjour. Il en va de même pour les réfugiés. Ceux qui travaillent cotisent, les personnes sans emploi en bénéficient gratuitement. Pour plus de détails : voir la loi fédérale de la Fédération de Russie du 29 novembre 2010 n° 326-FZ « Sur l'assurance maladie obligatoire dans la Fédération de Russie ». <http://www.ffoms.gov.ru/system-oms/>

une surveillance médicale constante. Sont exclus de la prise en charge les services suivants : examens, consultations et diagnostics ambulatoires, conditions spéciales pour le traitement d'un patient hospitalisé (par exemple, une chambre avec un niveau de confort plus élevé), traitement dans un sanatorium ou une station thermale, services de traitement anonyme (ne comprend pas le diagnostic du SIDA), services cosmétiques, prothèses dentaires, traitement préventif des maladies pendant les périodes de rémission, vaccinations et inoculations non programmées, et les pathologies sexologiques.

La liste des services gratuits est approuvée au niveau régional ; elle peut différer d'une région à l'autre.

Aujourd'hui, un patient, selon ses moyens financiers, a le choix de se rendre dans un centre médical de son quartier de résidence (gratuit pour les « soins de base »)²⁶⁸ ou dans un centre médical privé. Les soins médicaux fournis par les organismes de santé privés sont entièrement à charge des patients ou payés par leurs éventuelles mutuelles (assurance de santé supplémentaire). En réalité, de nombreux établissements de soins de santé d'État et municipaux offrent également des services payants aux citoyens²⁶⁹. Ce domaine d'activité est peu réglementé²⁷⁰. Non seulement certains soins ne sont pas pris en charge, mais surtout un système parallèle « payant » s'est développé²⁷¹ : un patient qui a payé obtient rapidement la prestation du service. Le système des mutuelles se développe progressivement mais il reste peu connu du

²⁶⁸ Dans les établissements de santé publics, les rendez-vous doivent souvent être pris bien à l'avance (plusieurs mois à l'avance pour les spécialistes). En outre, certains praticiens ne se sont pas détachés de la corruption de la période des années 1990 et n'hésitent pas à solliciter ouvertement une « rémunération occulte ».

²⁶⁹ Le financement public du système de santé provient de deux sources : les budgets alloués par les autorités fédérales, régionales et locales et le système de l'OMC (les fonds territoriaux). De ce fait, la qualité et la prise en charge diffèrent d'une région à l'autre.

²⁷⁰ https://www.euro.who.int/_data/assets/pdf_file/0005/186089/E96158-Rus.pdf

Les établissements de santé privés sont autorisés à fonctionner sur un pied d'égalité avec les organisations publiques pour la prestation des soins couverts par l'OMC (assurance maladie de base). Ce fonctionnement est subordonné aux contrats conclus avec la région. Cela concerne également le domaine de la PMA. Cependant, ces contrats prévoient des quotas annuels qui sont souvent épuisés dès le printemps.

²⁷¹ Souvent appelé « semi-privé » : *хозрасчетное отделение*.

grand public, et la prise en charge est souvent subordonnée à un recours aux soins dans les établissements de santé précis²⁷².

§ I. **Prise en charge des patients de la PMA dans le système de santé russe**

En Russie, pendant plus d'une décennie, le recours à la procréation médicalement assistée restait inaccessible pour la majorité de la population : les tarifs pratiqués par les cliniques étaient trop élevés par rapport au niveau de vie. A partir de 2007, des programmes de financement de la procréation médicalement assistée ont été institués au niveau fédéral et régional, faisant de l'assistance médicale à la procréation une question de santé publique²⁷³. Depuis 2013, le recours à la procréation médicalement assistée est pris en charge par la Sécurité sociale (l'AMO²⁷⁴).

²⁷² Il n'existe pas de « comparateurs de mutuelles » comme en France. En Russie, il y a un accès limité aux informations liées aux mutuelles (par exemple, la gamme de services de santé inclus dans le forfait d'assurance, le coût, la qualité et le type d'établissements de santé). Il semble également difficile d'évaluer la qualité des services fournis par ces organismes car les résultats des inspections menées par Roszdravnadzor ne font pas l'objet de publications (en tout cas, d'une manière régulière). En général, les citoyens se tournent vers leur entourage pour obtenir des avis.

²⁷³ Selon le rapport sur la PMA (axé sur la prise en charge et le financement de la FIV) de счетной палаты РФ de 2019, « Le rapport a démontré les imperfections des lois dans le domaine du système de la santé et de prise en charge par l'OMC (Sécurité sociale) des recours à la PMA en cas de FIV. En outre, la distribution des quotas entre les établissements de santé est opaque et nécessite une réorganisation. » www.ach.gov.ru/ Отчет « Анализ эффективности расходования средств охватывающих



льного медицинского страхования в 2019 году при проведении процедуры ЭКО ».

²⁷⁴ Cette prise en charge est prévue et encadrée par la loi fédérale n° 323-FZ du 21.11.2011 « Sur la protection générale de santé publique des citoyens de la Fédération de Russie » (ci-après « loi n° 323-FZ »), loi fédérale n° 326-FZ du 29.11.2010 « Sur l'assurance maladie obligatoire dans la Fédération de Russie » (ci-

115. Cette orientation s'inscrit dans une ligne politique étatique de promotion de la natalité. La démographie russe est en baisse. Le taux de naissance étant négatif, les autorités ont tenté d'inverser cette tendance de long terme²⁷⁵.

Toutefois la prise en charge des frais liés à la PMA ne concerne que certains actes, tels que l'insémination artificielle et la FIV²⁷⁶. L'Arrêté du ministère de la Santé du 31 juillet 2020 N803n dans son article 20 précise que la cryoconservation des embryons et la FIV sont prises en charge par la Sécurité sociale ; mais sont exclus de la prise en charge les recours aux dons de gamètes.

Comme les programmes régionaux ne sont pas identiques, dans certaines régions « riches » existe parfois une prise en charge supérieure à celle prévue au niveau fédéral²⁷⁷.

après « loi n° 326-FZ »), arrêté gouvernemental de la FR sur le programme d'assurance/garanties étatiques relatif à la prise en charge gracieuse des soins médicaux des citoyens pour l'année 2017 et projet prévisionnel pour les années 2018 et 2019, de l'Arrêté du ministère de la Santé du 30 août 2012 N107-n « Sur l'utilisation des techniques de procréation assistée, les contre-indications et les restrictions d'utilisation de ces dernières », de l'Arrêté du ministère de la Santé du 30 octobre 2012 N556n sur « les critères de qualité en cas de recours à l'assistance médicale à la procréation et autres actes normatifs ».

Conformément à l'article 80 de la loi fédérale N 323- FZ la liste des services médicaux prise en charge par la sécurité sociale est établie par les ordonnances du gouvernement. L'ordonnance en vigueur actuellement est l'ordonnance du gouvernement N1403 du 19 décembre 2016.

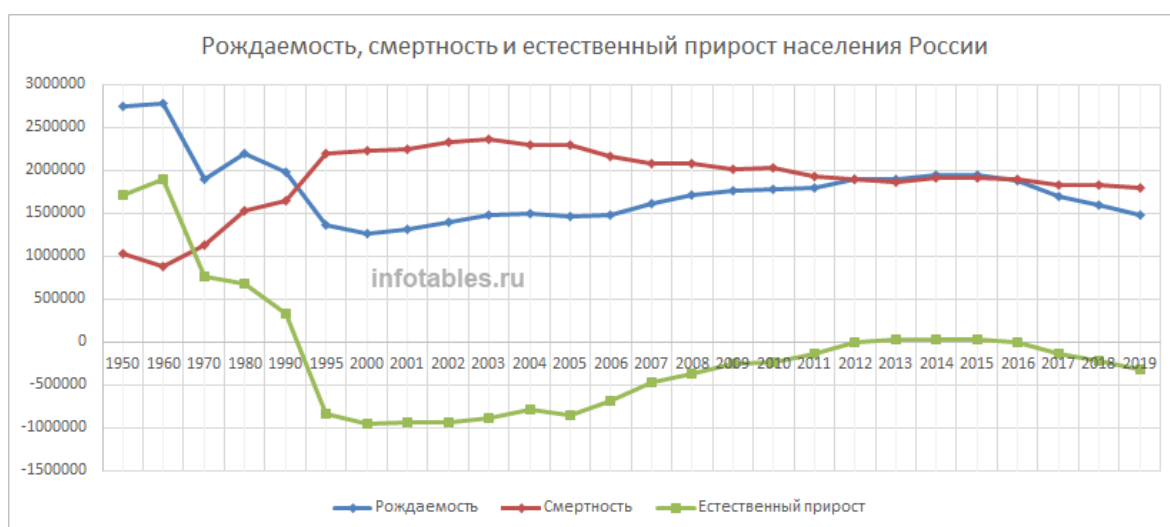
²⁷⁵ <https://rosstat.gov.ru/folder/127816> ; <https://infotables.ru/statistika/31-rossijskaya-federatsiya/784-rozhdaemost-smernost>

Conformément à la circulaire du ministère de la Santé N1895²⁷⁵ du 29 mars 2016 étaient exclus de la prise en charge, les recours aux donneurs (les frais occasionnés par l'utilisation des gamètes et embryons), la maternité de substitution, la cryoconservation des gamètes et des embryons et leur conservation, les médicaments.

²⁷⁶ Conformément à la circulaire du ministère de la Santé N1895 sont exclus de la prise en charge par la Sécurité sociale les recours aux donneurs (les frais occasionnés par l'utilisation des gamètes et embryons).

La circulaire du ministère de la Santé du 29.03.2016 №15-4/10/2-1895 « Sur les renseignements concernant les prescriptions pour accès à la FIV » (la circulaire №1895), n'est pas un acte législatif mais il est largement utilisé par les juristes dans le domaine d'encadrement de la FIV.

²⁷⁷ Chaque année, les ordonnances du gouvernement fixent la répartition du budget dédié au financement annuel de l'assistance médicale à la procréation dans chaque région. Outre ces financements fédéraux, chaque sujet (région) de la Fédération de Russie complète le budget par un programme territorial de garanties de l'assistance médicale gratuite des citoyens (ci-après dénommé le « programme territorial »), qui fait partie du programme d'assurance maladie obligatoire territorial. Les programmes territoriaux couvrent obligatoirement les soins listés par le programme au niveau fédéral, et varient selon les possibilités financières des régions.



116. Il est important de préciser que chaque région fixe un quota d'actes selon son budget. Les établissements médicaux les plus demandés épuisent leurs subventions annuelles durant les premiers mois de l'année. Les patients sont répartis entre les hopitaux par une commission à la suite de l'acceptation de leur dossier au niveau de la ville ou région. En conséquence, après avoir déposé leur dossier de PMA dans un centre déterminé, les patients se retrouvent souvent sur la liste d'attente qui est plus au moins longue selon les régions et la popularité de l'établissement médical²⁷⁸. De ce fait, les patients se retrouvent devant le choix, soit de reporter d'une année leur projet, soit de se tourner vers d'autres établissements de soins²⁷⁹.

117. Pour permettre une prise en charge de la PMA par l'AMO, les patients doivent accomplir certaines démarches administratives, lourdes et lentes par rapport à celles imposées en France²⁸⁰. A titre d'exemple, pour chaque FIV, un nouveau dossier doit être constitué. Par la suite, il est examiné par une commission médicale.

²⁷⁸ Comme il a été précisé lors de la conférence V.Korsak les quotas des centres moscovites et ceux de Saint-Pétersbourg sont remplis au printemps.

²⁷⁹ Ce problème d'inefficacité du système existant de prise en charge financier des programmes de la procréation médicalement assistée est souvent évoqué dans les médias. Voir à ce titre notamment p.7 des Recommandations de la Chambre publique de la Fédération de Russie suite à la journée d'étude internationale : « Réalisations, succès et problèmes non résolus des technologies de procréation assistée ». Moscou 23 juillet 2020.

²⁸⁰ Seulement deux FIV par ans sont prises en charge par les caisses maladie. En cas d'échec de la procédure, chaque année il faut redemander la prise en charge.

118. En outre, l'établissement médical a la possibilité d'opposer un refus à une demande d'AMP s'il considère que la demande n'aboutira pas à un résultat ou occasionnera trop de frais supplémentaires (notamment, le recours aux dons de sperme/d'ovocytes²⁸¹).

119. Cette lourdeur des formalités et les longues périodes d'attente expliquent que les patients soient incités à se tourner vers le secteur privé ou les services semi-privés des hôpitaux²⁸².

120. La concurrence du secteur privé. Conformément à l'article 23 de la FZ N323 du 21.1.2011 *Sur la protection générale de santé publique des citoyens de la Fédération de Russie* (ci-après la loi N323-FZ), les patients ont théoriquement le choix de l'établissement médical de santé. En pratique, il n'est pas toujours facile d'obtenir une « dérogation » pour le choix de l'établissement dès qu'ils en sollicitent un « hors de leur secteur de résidence ». De même, d'autres contraintes peuvent être imposées par les mutuelles privées, qui imposent souvent un établissement précis.

121. Cette difficile accessibilité de la PMA dans le secteur public crée sans aucun doute une inégalité entre les patients selon leurs revenus.

122. Exemple de contentieux liés à la prise en charge de la PMA. Il n'y a pas d'automatisme dans la prise en charge. L'arrêt du tribunal de district de Kuibyshev de Saint-Petersbourg²⁸³ est un exemple. Dans cette décision, le tribunal a rejeté les

²⁸¹ Parmi les derniers textes normatifs nous pouvons citer L'annexe n8 « La liste des motifs de refus de remboursement ou de la prise en charge incomplète des frais médicaux » du Règlement du Fonds fédéral de la Sécurité sociale du 28.02.2019 N36. // Приказ ФФОМС от 28.02.2019 N 36 Об утверждении Порядка организации и проведения контроля объемов, сроков, качества и условий предоставления медицинской помощи по обязательному медицинскому страхованию (Зарегистрировано в Минюсте России 18.06.2019 N 54950) Приложение 8. Перечень оснований для отказа в оплате медицинской помощи (уменьшения оплаты медицинской помощи). <https://sudact.ru/law/prikaz-ffoms-ot-28022019-n-36-ob/>

²⁸² Les hôpitaux développent souvent, en parallèle un « pôle » payant assuré par le même personnel de l'hôpital mais qui prend les patients sans « attente ». Comme nous avons indiqué plus haut dans cette section, la réglementation de cette pratique reste opaque.

Le temps d'attente d'une FIV dans les hôpitaux varie de 6 à 12 mois. <https://www.babyblog.ru/community/sterility/post/3100725>

²⁸³ Cet arrêt et les éléments de l'affaire ont été présentés dans le livre « Biomédecine en Russie » de BONNER sans que soient mentionnées les références exactes de l'arrêt.

demandes d'une requérante, considérées comme déraisonnables, de dommages et intérêts et de réparation d'un supposé préjudice moral formulées par la plaignante qui avait engagé une action en justice contre une clinique. Selon ce contrat, le défendeur était engagé à fournir à Mme B. des services médicaux dans le domaine de la médecine de la reproduction - insémination artificielle avec le sperme de son époux - et cette dernière s'était engagée à payer ces services conformément à la nomenclature des prix de la clinique. Mais le médecin de la clinique désigné pour mener à bien la procédure a refusé d'exécuter la procédure, se référant au fait que le traitement ne donnerait pas de résultats à cause de la trop mauvaise qualité des gamètes. Après que la demande ait été envoyée au défendeur, une somme correspondant au coût du traitement a été restituée. Mais la soignante demandait une indemnité pour les dépenses afférentes à l'achat des médicaments nécessaires à la préparation de la procédure, ainsi que le remboursement de frais de déplacement de la ville de Tver à la clinique, de frais de consultation chez le médecin, ainsi que l'indemnisation de son préjudice moral.

123. Le tribunal a conclu que le défendeur ne pouvait pas connaître au moment de la conclusion du contrat les données du spermogramme de l'époux, qui indiquait l'impossibilité d'obtenir un résultat. La cour en a déduit que le défendeur était en droit de refuser de mener cette procédure dans le cadre du traitement de l'infertilité sans avoir à indemniser la demanderesse pour les griefs invoqués.

124. Conformément aux termes du contrat, le contractant du service médical n'était engagé à organiser et à assurer que la mise en œuvre des mesures thérapeutiques nécessaires pour le patient. L'injection des spermatozoïdes dans la cavité utérine, même après un traitement approprié, qui n'a pas atteint les indicateurs d'aptitude minimum requis pour cette procédure, est une manipulation inutile, qui n'est certainement pas liée aux mesures thérapeutiques nécessaires, car la clinique était consciente de l'impossibilité d'obtenir le résultat attendu : le traitement de l'infertilité et la survenue d'une grossesse.

125. S'agissant du préjudice moral, la Cour a jugé qu'il n'existait aucun lien de causalité entre les souffrances morales invoquées par la demanderesse et les actes du défendeur, et que le défendeur n'avait pas commis de faute, les expériences mentionnées par la demanderesse étant liées à l'impossibilité de parvenir à une grossesse.

§ II. Comparaison avec les règles de prise en charge de la procréation médicalement assistée dans d'autres États

126. Kazakhstan. Ces dernières années la croissance du nombre de programmes de procréation médicalement assistée mis en œuvre a ralenti, ce qui est probablement dû aux problèmes financiers des patients liés à la crise économique. Jusqu'alors, ces pratiques se sont développées dans la République du Kazakhstan après la décision du gouvernement de la République du Kazakhstan d'affecter des fonds à la mise en œuvre de programmes de procréation médicalement assistée aux dépens du budget de la République. Depuis 2009, le nombre de programmes budgétaires est passé de 110 à 900 en 2017. Le choix de la clinique et du médecin sont exercés par les patients eux-mêmes²⁸⁴.

127. Pour soutenir cette pratique, l'accès a été libéralisé. Dans le cadre du programme public de réforme du système de santé « Densaulyk », le choix de la clinique et du médecin ont été laissés à l'appréciation du patient, ce qui est une rupture avec le système antérieur²⁸⁵. Les soins pris en charge sont : le recours au don de gamètes, l'insémination artificielle et l'implantation d'embryons.

Depuis 2018, une assurance maladie obligatoire a été introduite dans le pays sur le même principe qu'en Russie.

128. Ukraine. La prise en charge du traitement de l'assistance médicale à la procréation par la Sécurité sociale est prévue depuis l'entrée en vigueur de

²⁸⁴ V.Lokshin, E.Akhmetova L'AMP au Kazakhstan selon les registres de 2011 in La médecine reproductive 2013. N3-4, pp.5-10.// Локшин В. Н., Ахметова Э. А. Вспомогательные репродуктивные технологии в Республике Казахстан по данным регистра 2011 г. In Репродуктивная медицина, Алматы. -2013 -№ 3-4. С.5-10

²⁸⁵ V.Lokshin, E.Akhmetova L'AMP au Kazakhstan selon les registres de 2011 in La médecine reproductive 2013. N3-4, pp.5-10.// Локшин В. Н., Ахметова Э. А. Вспомогательные репродуктивные технологии в Республике Казахстан по данным регистра 2011 г. In Репродуктивная медицина, Алматы. -2013 -№ 3-4. С.5-10

Mais les mécanismes et procédures des programmes de procréation médicalement assistée pris en charge par l'AMO n'ont pas encore été définis en détail. Les juristes estiment qu'il est nécessaire de réviser un certain nombre de lois concernant la mise en œuvre de programmes de maternité de substitution, dès lors que les femmes non mariées n'ont pas accès au programme et que rien n'est prévu pour le transport des embryons et des cellules sexuelles hors du pays pour ses propres besoins.

l'ordonnance № 579 du 29 novembre 2004²⁸⁶ sur la procédure d'orientation des femmes vers le premier traitement de l'infertilité par AMP avec une prise en charge par la Sécurité sociale²⁸⁷. Cette ordonnance s'inscrit dans le prolongement de la politique nationale sur la natalité formalisée dans le décret présidentiel n° 5 (5/2002) du 03 janvier 2002 *sur les mesures visant à augmenter le taux de natalité en Ukraine*²⁸⁸. Le texte fixe le seuil d'âge des femmes pouvant bénéficier de la prise en charge par la Sécurité sociale à 40 ans. En outre pour bénéficier de cette prise en charge, la patiente doit obtenir préalablement une décision favorable de la commission du ministère de la Santé d'Ukraine.

129. Il convient d'ajouter qu'en cas de recours à la gestation pour autrui, la prise en charge, prévue depuis les modifications apportées par l'Arrêté du ministère de la Santé n° 362 (z1148-06) du 05 juin 2006²⁸⁹, se limite au remboursement des médicaments, et que ni les actes médicaux, ni la rémunération de la gestatrice ne sont pris en charge.

Nous pouvons conclure qu'une prise en charge du recours à la procréation médicalement assistée se met en place progressivement au sein des États étudiés. Cependant, elle ne couvre pas la totalité des frais (restent exclus le recours aux dons de gamètes / embryons et la rémunération de la gestatrice) et reste assortie de lourdes formalités administratives et médicales. Ce qui crée inévitablement des inégalités basées sur les moyens financiers de la personne souffrant d'infertilité.

²⁸⁶ La Sécurité sociale prend en charge seulement la première tentative, les autres demeurant à la charge des patients. Il n'existe pas de quotas, comme en Russie. Aucune décision judiciaire n'a pu être trouvée sur cette question dans les bases juridiques « open ». A titre de comparaison, la France prend en charge à 100 %, après accord préalable de la caisse d'Assurance-maladie, 6 tentatives d'insémination artificielle et 4 tentatives de fécondation in vitro. <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F31462>

²⁸⁷ Порядок направлення жінок для проведення першого курсу лікування безпліддя методами ВРТ по абсолютним показанням за бюджетні средства № 579 от 29.11.2004 <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0224-05>

²⁸⁸ Указ Президента України Про заходи щодо заохочення народжуваності в Україні 03.01.2002 N 5/2002 <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5/2002#Text>

²⁸⁹ <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0224-05#Text>

Conclusion du Chapitre I. Accompagnant les progrès médicaux, les États de l'ex-URSS ont progressivement mis en place certaines règles, souvent lacunaires, encadrant l'accès à la procréation médicalement assistée, et ont prévu une prise en charge, au moins partielle, des soins d'infertilité par le système de santé étatique. Mais l'encadrement juridique de la procréation médicalement assistée par les États étudiés n'en est qu'à ses prémices par rapport au système français. De même, la prise en charge des frais inhérents reste loin de la générosité française.

CHAPITRE II. Spécificités des réglementations relatives à la gestion pour autrui

130. Les problèmes d'infertilité, qu'elle soit biologique ou sociale, conduisent certains couples ou des personnes célibataires à se tourner vers la procréation médicalement assistée et la gestation pour autrui.

La gestation pour autrui n'est pas un phénomène nouveau, la Bible en fournissait déjà des exemples²⁹⁰. Cependant, le débat public et l'intervention du législateur ont attendu jusqu'à la fin du vingtième siècle pour s'en saisir.

131. La situation française. La maternité de substitution est apparue en France au cours des années 1980²⁹¹. Un couple d'intention rencontrant des problèmes de fertilité avait recours à une femme qui est devenue mère porteuse de leur enfant à venir. La venue au monde se déroulait dans le cadre de la naissance « sous X » qui lui permettait de conserver l'anonymat. L'épouse, dont seul le statut de femme mariée le permettait, a effectué une demande d'adoption pour l'enfant. Très rapidement, la jurisprudence, saisie de ces questions, s'est montrée stricte et a posé un cadre juridique excluant par principe plusieurs pratiques. Elle a tout d'abord annulé et dissout les associations qui avaient pour l'objet de faciliter ces procédés moyennant rétribution. Des personnes morales avaient en effet été constituées dans le seul but de mettre en relation des couples dont la femme rencontrait un problème de stérilité et des femmes pouvant assurer leur projet procréatif, dites « mères porteuses ». L'objet

²⁹⁰ Le livre de la Genèse : étant dans l'impossibilité de donner un descendant à son mari Abraham, Sarah suggère de faire recours à Agar, sa servante, qui serait alors non seulement mère de substitution, mais aussi mère gestatrice en donnant son ovocyte.

²⁹¹ GAUMONT-PRAT H. Bioéthique et droit. Les études hospitalières. 2011. P.152

de ces associations constituées sur la base de la loi du 1^{er} juillet 1901 a été déclaré illicite alors que leur statut visait un « but humanitaire non lucratif ». La Cour de cassation comme le Conseil d'État ont rejeté les recours visant à contester les dissolutions prononcées²⁹².

132. Dans le même temps, quelques décisions des juges du fond ont envisagé la possibilité de l'adoption plénière ou de l'adoption simple²⁹³ au nom de l'intérêt de l'enfant pour lui permettre d'accéder à une filiation maternelle²⁹⁴.

L'assemblée plénière de la Cour de cassation s'est prononcée sur la légalité des contrats de gestation pour autrui dans un arrêt du 31 mai 1991²⁹⁵, sur pourvoi dans l'intérêt de la loi, en jugeant que « la convention par laquelle une personne s'engage, fut-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance, contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes ». Elle a ajouté que « ce processus constituait un détournement de l'institution de l'adoption »²⁹⁶. Ces contrats sont nuls et dès lors, les tribunaux refusent de statuer sur leur exécution. Le législateur l'a expressément confirmé dans l'une des premières lois dites « de bioéthique » du 30 juillet 1994 en introduisant, dans le Code civil, un article 16-7 énonçant que « toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle »²⁹⁷. Selon l'article 16-9 du Code civil, cette règle est d'ordre public. Ces règles sont assorties de sanctions pénales²⁹⁸ : l'article 227-12 du

²⁹² Cass.civ. 1^{er}, 13 décembre 1989 concernant l'association Alma mater. CE 22 janvier 1988 concernant l'association Les Cigognes.

²⁹³ CA Aix-en-Provence, 05 décembre 1984.

²⁹⁴ TGI Versailles, 09 juillet 1986 ; CA Paris, 15 juin 1990 ; CA Pau, 19 février 1991.

²⁹⁵ Cour de Cassation, Assemblée plénière, du 31 mai 1991, 90-20.105.

²⁹⁶ Cass., ass.plein., 31 mai 1991.

²⁹⁷ FABRE-MAGNAN La gestation pour autrui. Fayard.2013. p.10

²⁹⁸ Articles 227-12 et 227-13 du Code pénal. Il faut cependant préciser que bien que le texte prévoit des sanctions sévères, leur efficacité reste très limitée puisqu'elles ne s'appliquent que si au moins un élément constitutif des infractions pénales s'est déroulé sur le territoire français.

Cette règle comprend cependant une exception, puisqu'il suffit qu'un des éléments constitutifs de l'infraction ait été commis sur le sol français pour que les juridictions pénales retrouvent leur compétence. Tel serait le cas, par exemple, si l'abandon de l'enfant par la mère porteuse avait lieu en France. De la même manière, s'agissant de la provocation à l'abandon d'enfant, une association qui démarcherait des Français en France pour leur proposer de recourir à l'étranger au service de mères porteuses pourrait être poursuivie sur le fondement de l'article 227-12 du Code pénal.

Code pénal sanctionne la provocation directe à l'abandon d'enfant, l'entremise en vue de l'abandon ou de l'adoption (un an d'emprisonnement et 15 000 euros d'amende). Il faut aussi mentionner l'incrimination spécifique introduite par le législateur le 29 juillet 1994 à l'article 227-12 al. 3 du Code pénal : l'entremise entre parents d'accueil et femme porteuse. Elle vise le fait de s'entremettre entre une personne ou un couple désireux d'accueillir un enfant et une femme acceptant de porter cet enfant en vue de le leur remettre. Les peines sont les mêmes que pour l'entremise en vue de l'abandon et de l'adoption. Il faut ajouter à la liste des incriminations pénales susceptibles de viser la GPA, le délit de simulation entraînant une atteinte à l'état civil d'un enfant, inscrit à l'article 227-13 du Code pénal²⁹⁹ : il sanctionne par exemple le fait pour une femme de prétendre être la mère d'un enfant dont elle n'a pas accouché. Donc, cette disposition pourrait s'appliquer au cas où la mère d'intention serait mentionnée dans l'acte de naissance de l'enfant en tant que mère. Les règles juridiques strictes interdisant le recours à la gestation pour autrui ont contribué à faire disparaître, ou presque, cette pratique sur le territoire français et, par conséquent, la jurisprudence pénale est rare en la matière³⁰⁰. On mentionnera néanmoins le jugement du tribunal

Le recours à une mère porteuse dans les pays où cette pratique est légale permet aux couples ou célibataires français d'échapper aux risques de sanctions en vertu des règles du DIP. Les effets en France des GPA pratiquées à l'étranger sont discutés dans le Titre II de cette thèse.

Concernant la prohibition et les sanctions, le droit français distingue deux situations : la supposition d'enfant (l'infraction, déjà réprimée sous l'Ancien régime, qui consiste en l'attribution de la maternité d'un enfant à une femme qui n'en a pas accouché), et la provocation à l'abandon d'enfant et l'entremise en vue de cet abandon.

Jusqu'à la loi bioéthique du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, ces délits étaient les seuls qui permettaient aux juridictions de condamner ceux qui prêtaient leur concours à une GPA.

Rapport d'information du Sénat n° 409 (2015-2016) « Défendre les principes, veiller à l'intérêt des enfants - Quelle réponse apporter au contournement du droit français par le recours à l'AMP et à la GPA à l'étranger ? » de M. Yves DÉTRAIGNE et Mme Catherine TASCA, fait au nom de la commission des lois, déposé le 17 février 2016.

²⁹⁹ Ce délit est puni de 3 ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende.

³⁰⁰ La France compte peu de condamnations : ainsi, seulement deux condamnations pour provocation à l'abandon d'un enfant ont été prononcées en 2011 et en 2014.

Cela s'explique par plusieurs facteurs. Avant tout, la GPA est une infraction clandestine par nature. Et il est donc difficile de connaître le chiffre exact des GPA pratiquées en France. En outre, pour qu'un délit commis par un Français hors de notre territoire puisse être poursuivi en France, il est nécessaire que les faits soient aussi réprimés par le droit du pays où ils ont été commis (règle dite de la « double incrimination » définie à l'article 113-6 du Code pénal). Or, en pratique, le recours à la GPA se fait dans les pays où elle est autorisée. Dès lors, les parents d'intention ne peuvent pas être poursuivis à leur retour en France.//

correctionnel de Blois du 22 mars 2016³⁰¹. L'affaire concernait une femme, mère de quatre enfants, qui par deux fois avait vendu l'enfant dont elle était enceinte au bénéfice d'un premier couple (la première fois cet enfant était en réalité issu de son propre couple) à un second couple ignorant de la situation. La femme a été condamnée pour escroquerie à un an d'emprisonnement avec sursis, tandis que tous les couples ayant eu recours à cette femme porteuse ont été condamnés du chef de provocation à l'abandon à une amende de 2000 euros, mais, compte tenu de leur profil, la peine a été prononcée avec sursis.

133. Nous pouvons aussi citer le jugement du tribunal correctionnel de Bordeaux du 1er juillet 2015. Un couple d'hommes mariés désirait avoir un enfant et avait recouru aux services d'une société basée à Chypre pour trouver une femme susceptible de porter un enfant pour eux. Une femme de nationalité bulgare a été recrutée et la conception de l'enfant a eu lieu par le biais d'une FIV avec don d'ovocytes sur le territoire chypriote. En cours de la grossesse, le couple d'hommes avait décidé de faire venir en France la femme porteuse avec sa famille afin que leur enfant puisse obtenir plus facilement la nationalité française et pour assurer à la femme un meilleur suivi médical. C'est donc en France que la femme porteuse avait accouché, avant de repartir à Chypre en laissant l'enfant à ses deux parents, son père biologique et son père d'intention. Le délit de provocation à l'abandon a été retenu contre chacun des deux époux, qui ont été l'un et l'autre condamnés à une peine de 7 500 euros. Toutefois le tribunal a souligné qu'« il n'est pas douteux que les deux hommes n'aient pas été animés par un autre but que le désir d'un enfant à élever au sein de leur couple ». En conséquence, même si une amende de 7 500 euros a été prononcée contre chacun des deux hommes, le tribunal a assorti sa décision d'un sursis, et en précisant que la condamnation ne serait pas visible sur leur casier judiciaire.

Rapport d'information du Sénat n° 409 (2015-2016) « Défendre les principes, veiller à l'intérêt des enfants - Quelle réponse apporter au contournement du droit français par le recours à l'AMP et à la GPA à l'étranger ? » de M. Yves DÉTRAIGNE et Mme Catherine TASCA, fait au nom de la commission des lois, déposé le 17 février 2016.

³⁰¹ M-C Guérin, « L'interdiction de la gestation pour autrui : quelles qualifications pénales, quelles victimes ? », Droit de la famille 2016, étude n° 18.

Dès lors, même si, dans ces deux affaires, les juges appliquent les règles pénales avec fermeté et rigueur, on perçoit dans leur décision une volonté d'assortir les peines de sursis, et l'embarras qu'ils ont à punir ceux qui se sont engagés dans un projet de GPA pour avoir un enfant³⁰².

A l'heure actuelle, cette prohibition de principe de la reconnaissance post natale est partiellement (voire complètement) remise en cause à la lumière de l'intérêt de l'enfant et tout particulièrement des conséquences qu'il est amené à subir, en particulier les sanctions civiles³⁰³.

134. La situation des États de l'Europe occidentale et de l'Asie centrale. La plupart des États de l'ex-URSS autorisent le recours à la gestation pour autrui sur leur territoire national. Il en va ainsi de la Russie, du Kazakhstan, de la Biélorussie, de la Géorgie, de l'Ukraine, du Kirghizstan, de l'Arménie, de la Moldavie.

135. L'étude porte essentiellement sur l'Ukraine, le Kazakhstan, la Biélorussie et la Fédération de Russie, qui se distinguent des pays occidentaux en ce qu'ils ne prohibent pas la gestation pour autrui « commerciale », tout en limitant la pratique aux personnes mariées hétérosexuelles et aux femmes célibataires^{304 305}.

136. Plan. La gestation pour autrui est autorisée dans la plupart des États d'Europe orientale et d'Asie centrale. Cependant, tous les pays n'apportent pas les mêmes garanties à l'enfant né, à la gestatrice et aux parents d'intention (Section I). La protection des intervenants dépend également de ce qui est laissé à la liberté

³⁰² Rapport du GIP « Le recours transnational à la reproduction assistée avec don. Perspective franco-qubécoise et comparaison internationale ». Sous direction de GIROUX M. et COURDURIER J. 2017. p.85.

³⁰³ Fait l'objet de discussion au Titre II.

³⁰⁴ Sauf le Kazakhstan.

³⁰⁵ Sur la scène internationale, les premiers cas de gestation pour autrui ont lieu dans certains États fédéraux des États-Unis. Toutefois, très vite, de nouvelles destinations privilégiées ont fait leur apparition : l'Ukraine et l'Inde en particulier. Le coût moins élevé de telles pratiques dans ces pays s'est révélé décisif. Généralement, les couples constitués d'un homme et d'une femme se rendent à l'Est (le droit ukrainien réserve d'ailleurs la gestation pour autrui aux couples constitués d'un homme et d'une femme) ; les hommes célibataires se rendent surtout en Asie. Plus sporadiquement, d'autres destinations sont apparues, dont la Russie, la Bulgarie, la Grèce ou encore le Canada. Voir sur ce sujet notamment le rapport du GIP « Le droit à l'enfant et la filiation en France et dans le monde » sous la direction de C. BRUNETTI-PONS, 2017.

contractuelle, et de la limitation de cette liberté contractuelle par le droit national (Section II).

SECTION I. Un encadrement législatif variable et hétérogène de la gestation pour autrui dans les États d'Europe orientale et d'Asie centrale

137. La Russie, l'Ukraine, le Kazakhstan et la Biélorussie ont autorisé très tôt la gestation pour autrui (§I) en admettant de façon unanime que la gestation pour autrui est une des techniques autorisées de procréation médicalement assistée³⁰⁶. Autrement dit, les législateurs ont opéré des changements législatifs dès les années 1990 pour accompagner la reconnaissance du droit des femmes et/ou des couples à utiliser les méthodes d'insémination artificielle ou d'implantation d'embryons.

Cependant, les règles juridiques encadrant l'accès à cette technique divergent selon les États (§II).

§ I. La légalité de la gestation pour autrui dans les États d'Europe orientale et d'Asie centrale.

138. En Russie, le premier enfant né d'une gestation pour autrui a été enregistré en 1995³⁰⁷. Quelques mois plus tard, un premier enfant issu de la GPA est également né en Ukraine. Pour ces pays, la réalité juridique est différente de celle en France : le droit s'est adapté aux mutations technologiques et sociétales et a dû suivre la réalité et les avancées de la médecine procréative.

³⁰⁶ Article 3 de la loi biélorusse sur la PMA du 07 janvier 2012 N341-3. Article 55 alinéa 1 de la loi fédérale russe du 21 novembre 2011 FZ-323 sur les fondements de la protection de la santé des citoyens ; l'article 1 de l'Ordonnance du ministère de la Santé du Kazakhstan du 30 octobre 2009 N627 sur la pratique de la PMA (abrogé et remplacé par l'Ordonnance du ministère de la Santé du 15 décembre 2020 NKR DSM 272/2020 sur la PMA dont l'art. 2 fait également référence à la GPA en tant qu'une des techniques de la PMA).

³⁰⁷ En Russie, la première GPA a été réalisée en 1995 dans un centre médical de Saint-Pétersbourg.. La gestatrice, une jeune femme de 24 ans, non mariée et n'ayant jamais accouché avant, a accouché de jumeaux. La grossesse était compliquée, avec de multiples hospitalisations et un accouchement avant terme. La gestatrice était l'amie de la mère d'intention. La rémunération convenue était un appartement de trois pièces à Saint-Pétersbourg.

En 2005 des triplés sont nés en Oural : une femme âgée de 35 ans a mené la grossesse pour sa sœur.

L'analyse comparative de ces États met en lumière les différences marquantes du dispositif de la GPA mis en place, à partir des règles communes du droit de la famille hérité de l'ère soviétique.

Les différentes formes que prennent cet encadrement ont un impact sur la manière dont les citoyens acceptent, tolèrent ou se rebellent contre les contraintes imposées.

La pratique de la gestation pour autrui fait l'objet de discours différents selon les cultures³⁰⁸. Ainsi dans le contexte euro-américain, c'est le thème de la générosité, de l'altruisme, du désir d'alléger la souffrance des couples infertiles qui domine, habillant un marché très lucratif, principalement pour les intermédiaires. Les gestatrices, lorsqu'elles justifient leurs actes, utilisent aussi le langage stéréotypé du don de bonheur. De même, en Europe de l'Est, l'altruisme est mis en avant sur les sites de rencontres ou les cliniques : les femmes prétendent qu'elles acceptent la gestation pour autrui par dévouement pour soulager la détresse des demandeurs. Jamais les termes de « prix » ou de « paiement » ne sont utilisés. Seule la notion de « contrat » est assumée, la générosité n'excluant pas la méfiance, et des clauses du contrat précisent qui paye quoi. En Russie, le langage est tout autre, et l'aspect financier n'est même pas masqué. Dans ces cliniques, la rhétorique euro-américaine du don et de l'amour s'efface derrière la vérité de la transaction marchande : il s'agit uniquement d'une affaire d'argent. Ces femmes ne sont mues par aucune perspective altruiste : elles recherchent de l'argent pour acheter un appartement, payer les études de leurs enfants. Être enceinte apparaît comme un simple travail, et les gestatrices ne cherchent pas à avoir une implication émotionnelle avec le couple commanditaire. En Ukraine, la somme qui revient à la gestatrice représente environ dix ans de salaire, y compris pour une personne ayant fait des études supérieures. Ainsi, se soumettre à une GPA est considéré par ces femmes comme un moyen de survivre. Malgré des conditions médicales très dures imposées par les cliniques, il y a plus d'offres que de demandes³⁰⁹.

³⁰⁸ SEGALEN M. « Pourquoi la gestation pour autrui dite "éthique" ne peut être » in Travail, genre et sociétés. 2017/2 (n° 38), pages 53 à 73.

³⁰⁹ SEGALEN M. « Pourquoi la gestation pour autrui dite "éthique" ne peut être » in Travail, genre et sociétés. 2017/2 (n° 38), pages 53 à 73.

139. Des quatre États étudiés, c'est la Russie et l'Ukraine qui sont mieux connus au niveau international comme les pays de destinations pour la GPA. Des arrêts de la CEDH et des jurisprudences nationales ont dû se prononcer sur les conséquences de GPA pratiquées dans ces États. La Biélorussie et le Kazakhstan restent peu connus des européens.

140. Parmi les États concernés par la recherche, c'est l'Ukraine qui se retrouve au sommet en tant que destination internationale pour recourir à la gestation pour autrui³¹⁰ du fait de sa législation très permissive. Cette attractivité s'explique par le coût relativement bas des programmes de maternité de substitution en Ukraine : entre 30 000 et 40 000 euros³¹¹. Ces forfaits comprennent les procédures médicales, juridiques, et la rémunération de la mère porteuse.

141. Si, en moyenne au niveau international, les parents d'intention déboursent entre 40 000 et 200 000 \$ selon le pays dans lequel la gestation pour autrui est pratiquée, seule une infime fraction de la somme demandée aux

³¹⁰ Une clinique ukrainienne indique qu'en 2017, 750 couples allemands auront recours à ses services dans le domaine de la médecine reproductive, soit trois fois plus qu'en 2014. Encore ne s'agit-il que des couples allemands. V.Siegl *Fragile Truths: The Ethical Labour of Doing Transnational Surrogacy in Russia and Ukraine*. Bern, 2018. Il n'existe pas de statistiques exactes sur le nombre des GPA réalisées dans les États de l'ex-URSS. Certaines associations de médecins, telle l'Association russe de la reproduction humaine et le Centre de statistiques médicales de l'Ukraine, essaient de collecter des informations statistiques, mais cette collecte se faisant sur la base du volontariat, les chiffres obtenus demeurent largement inférieurs à la réalité. Cependant, il est clair que le recours à l'AMP a considérablement augmenté au cours des dernières années.

L'analyse des projets de lois et des propositions législatives ukrainiens visant à limiter l'accès des étrangers (sauf les résidents permanents en Ukraine) à la GPA sera étudiée dans le chapitre consacré aux réformes.

³¹¹ Voir à ce titre : V.SIEGL *Surrogate motherhood in Ukraine: The rise or decline of a lucrative international market?* 22.01.2019. <https://newseurope.info/analysis-surrogate-motherhood-in-ukraine-the-rise-or-decline-of-a-lucrative-international-market/>. Les revenus provenant de la maternité de substitution représentent un montant important par rapport au salaire moyen en Ukraine. Alors que de nombreuses mères porteuses occupent des emplois où elles ne gagnent pas plus de 250 euros par mois, elles reçoivent environ 10 000 euros pour leur grossesse. En comparaison, les mères porteuses aux États-Unis gagnent généralement entre 25 000 et 30 000 euros.

D.LANCE, J.MERCHANT *Réglementer les corps : la gestation pour autrui en Ukraine et aux États-Unis*. In *Les Cahiers de la Justice* 2016/2 (N° 2), pages 231 à 247.

C. BRUNETTI-PONS Clothilde. *Le droit à l'enfant et la filiation en France et dans le Monde*. GIP. 2017.

Les rapports annuels du groupe d'experts relatif au Projet "Filiation / maternité de substitution". 2012-2021. <https://www.hcch.net/fr/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>

commanditaires reviendra à la jeune femme qui a porté l'enfant (entre 3 000 et 5 000 \$)³¹².

142. La spécificité de la législation ukrainienne en ce domaine accentue son attractivité. Le recours à une mère porteuse induit que le lien de filiation n'est établi juridiquement que comme conséquence du contrat qui lie les parties. La femme qui accouche est donc purement et simplement évincée au profit des parents déclarants et visés par la convention. Aucun consentement post-natal n'est d'ailleurs exigé : la gestatrice ne peut contester le lien juridique qui unit la mère d'intention à l'enfant et ne peut garder l'enfant à la naissance. La proximité de l'Ukraine avec l'Europe et une vision moins critique de cette technique en tant que source des revenus fait que l'Ukraine est plus connue sur la scène nationale que le Kazakhstan. Pourtant, nous y retrouvons un cadre juridique de la GPA très similaire à celui ukrainien, avec un encadrement plus rigoureux.

143. Opinion publique sur la GPA. Ce qui est en commun à de nombreuses mères porteuses, c'est le fait que souvent, elles sont des parents célibataires de très jeunes enfants et se trouvent dans une situation financière précaire. La maternité de substitution leur permet d'exercer un métier³¹³ compatible avec la garde de leurs enfants tout en leur procurant un bon revenu. La plupart des femmes ne cachent pas

³¹² Rapport du GIP sous la direction de C. BRUNETTI-PONS. Le droit à l'enfant et la filiation en France et dans le Monde. GIP. 2017. P.131.

Pour certains, l'absence de restrictions sur les tests génétiques ou la sélection du sexe des embryons réimplantés, ce qui est généralement interdit dans la plupart des pays, peut également avoir un impact sur l'attractivité de la maternité de substitution en Ukraine pour les futurs parents³¹².// C.KINDREGAN, WHITE D. International Fertility Tourisme : The Potential for Stateless Children in Cross-Border Commercial Surrogacy Arrangements in Sufflok Transnational Law Review. Vol.36, p.257, 2013. <https://papers.ssrn.com/sol3/displayabstractsearch.cfm>

³¹³ « Je ne suis pas une mère Teresa : pourquoi une Ukrainienne est devenue une gestatrice ». In Ukraina DW.com <https://www.dw.com/ru/>; I.LOPATINA « Le sien, de l'autrui. Comment vivent les gestatrices en Ukraine » 09.03.2019 ; O.OBIDA, A.VLASOVA Cet enfant n'est pas à moi. C'est un travail. : comment fonctionne le marché de la GPA en Ukraine. 08.02.2020 in Hromadska. /"Я не мать Тереза": українка о том, почему она стала суррогатной. ; Свой — чужой. Как живут украинские суррогатные матери. .И, Лопатина. 9 марта 2019 radio NV <https://nv.ua/radio/inverythatplace/svoy-chuzhoj-kak-zhivut-ukrainskie-surrogatnye-materi-reportazh-nv-50009004.html> ; О.Бида, А. Власова «Это — не мой ребенок. Это — моя работа». Как в Украине работает рынок суррогатного материнства. 08 февраля, 2020 <https://hromadske.ua/ru/posts/eto-ne-moj-rebenok-eto-moya-rabota-kak-v-ukraine-rabotaet-rynok-surrogatnogo-materinstva>

leurs motivations économiques³¹⁴. Beaucoup considèrent la maternité de substitution comme un travail. Pourtant, la pratique de la gestation pour autrui est mal considérée par la société, et tout particulièrement sous sa forme commerciale, dans tous les états de l'ex-URSS. Les mères porteuses cachent donc souvent leur grossesse et à partir du sixième ou septième mois se dissimulent derrière les murs des cliniques de fertilité pour éviter les regards curieux, les questions non désirées ; elles refusent d'être considérées comme des « pécheresses » qui vendent leur corps et leurs enfants pour de l'argent facile³¹⁵.

Bien évidemment, toutes les mères porteuses ne sont pas malheureuses et/ou exploitées. Mais l'interférence avec le libre marché fait que ce sont le plus souvent les plus faibles et les plus pauvres, qui n'ont pas d'autre moyen de subsistance que de vendre ce qu'elles peuvent, qui se retrouvent dans le rôle de la gestatrice.

144. Selon un sondage IFOP, 64 % des Français se disent favorables à l'autorisation en France du recours à une mère porteuse. 18 % des répondants sont favorable à une ouverture pour tous (couple hétérosexuels comme homosexuels et personnes seules), 46 % souhaitent en restreindre l'ouverture à des raisons médicales.³¹⁶ Le CCNE reste, dans son avis du 15 juin 2017, attaché à l'interdiction de la gestation pour autrui et cela sans considération du statut marital (mariage, PACS ou concubinage, en couple ou célibataire) et de l'orientation sexuelle du parent d'intention.³¹⁷ En outre, le gouvernement actuel a clairement exclu l'ouverture à cette technique. Cependant l'avis du CCNE plus récent de 2018 donnait un avis favorable pour les couples de femmes. Dans les mois à venir, nous verrons si ce sujet fera surface lors de la campagne présidentielle de 2022.

³¹⁴ La gestatrice peut recevoir jusqu'à 14 000 dollars et le prix varie de 30 000 à 70 000 dollars pour les commanditaires. <http://donorstvoyaytsekletok.com.ua/skolko-platyat-surrogatnoj-mame/>; <https://delo.ua/business/globalizacija-eto-eskalator-on-dvizhetsja-vniz-358993/>

A l'été 2021 le salaire moyen en Ukraine a atteint un niveau record selon le bureau des statistiques. Ainsi il correspondait à 14 313 grivna (\$525). Les salaires les plus hauts sont à Kiev - 20,4 mille gr (\$760), région de Donetsk (\$557) et en région de Kiev (\$545). <http://ukrstat.gov.ua/>

³¹⁵ SIEGL V. *Fragile Truths: The Ethical Labour of Doing Transnational Surrogacy in Russia and Ukraine*. Bern, 2018.

³¹⁶ Sondage IFOP réalisé pour La Croix et le Forum européen de bioéthique et publié le 03 janv. 2018 : <https://www.la-croix.com/>.

³¹⁷ Avis n° 126 du CCNE du 15 juin 2017 sur les demandes sociétales de recours à l'assistance médicale à la procréation (AMP) : <http://www.ccne-ethique.fr/fr>.

145. Les 19 et 20 octobre 2013, le Centre Panrusse d'étude de l'opinion publique (VTsIOM) a mené une enquête nationale sur l'attitude des Russes à l'égard de la maternité de substitution. 1 600 personnes de 130 localités de 42 oblasts, kraïs et Républiques de Russie ont participé à cette enquête. Ainsi, la majorité des personnes interrogées (76 %) sont favorables à la possibilité de bénéficier des services d'une mère porteuse.

146. Dans le même temps, 60 % des personnes interrogées estiment que l'accès à cette technique doit être permis uniquement s'il n'est pas possible d'avoir ses propres enfants, et seuls 16 % considèrent que cela est normal dans toutes les situations.

147. Un cinquième seulement de la population de Russie (20 %) considère comme inadmissible l'existence de la maternité de substitution³¹⁸.

148. Malgré cette relative popularité de la maternité de substitution, la législation russe comporte bien des défauts. Nombreuses sont les lacunes du cadre légal, en particulier s'agissant des relations entre les époux et la mère de substitution. À cet égard, le 24 avril 2014, une table ronde consacrée aux problèmes juridiques de la maternité de substitution en Russie s'est tenue à la Douma d'État. Elena Mizulina, chef du Comité de la Famille, des femmes et des enfants au sein de la Douma, a initié cette discussion.

149. Elle considère impossible d'interdire complètement la maternité de substitution dans le pays, et préfère organiser le contrôle de la procréation médicale assistée et éliminer toutes les lacunes législatives qui conduisent, pour l'heure, à une

³¹⁸ « Mères porteuses - héroïnes ou parias? » Centre Panrusse d'étude de l'opinion publique (VTsIOM) / Communiqué de presse n° 2479. Moscou, 19 décembre 2013// Супругатные матери — героини или изгой? Всероссийский центр изучения общественного мнения (ВЦИОМ)/Пресс-выпуск №2479/Москва, 19 декабря 2013 г. <http://wciom.ru/index.php?id=515&uid=114646>

Cependant, il s'agit d'un cinquième seulement de la population de Russie, de plus dans le cadre d'un sondage réalisé avec un faible nombre de réponses. Il est donc difficile d'apprécier sa représentativité.

violation des droits de la mère de substitution et du nouveau-né³¹⁹. Elle a soulevé notamment la position juridique très précaire de la mère porteuse³²⁰.

150. Selon Balachova E.³²¹, qui est le premier médecin à avoir pratiqué le GPA en Russie³²², l'interdiction de la gestation pour autrui en Russie ne serait pas une bonne solution. Cette technique constitue selon elle une protection pour les femmes à la santé fragile qui voudraient avoir des enfants. *« Eu égard à la liste des critères médicaux (plusieurs pages du prikaz³²³), recensant les contre-indications à la grossesse, sans omettre les raisons « somatiques », il faut considérer qu'il existe autant de situations dans lesquelles la grossesse n'est pas conseillée et la GPA peut être une solution »*. Selon Mme Balachova : *« En supprimant la gestation pour autrui, nous pousserons les femmes concernées par ces contre-indications à mener leur grossesse et cela ne fera qu'aggraver la mortalité durant l'accouchement »*.

151. Dans ce contexte, la proposition du député Beliakov³²⁴, faite en mars 2018, d'interdire d'une manière absolue la gestation pour autrui n'a pas reçu de suite favorable. Cette proposition a été largement critiquée par les spécialistes de la procréation médicalement assistée, qui la considèrent comme non étayée et sans justification³²⁵.

152. Néanmoins, en Russie les opposants à la GPA ne désarment pas et continuent de réclamer son interdiction ou du moins une réglementation plus stricte.

³¹⁹ Service d'information surrogacy.ru //Информационная служба surrogacy.ru http://www.surrogacy.ru/surrogacy_news126

³²⁰ La députée Mizouline a notamment proposé de restreindre le recours à la GPA aux seuls cas intrafamiliaux/amicaux, lorsqu'une personne de l'entourage du couple infertile porte l'enfant. En outre, selon elle, seuls les hôpitaux publics doivent être autorisés à pratiquer dans ce domaine.

³²¹ Cheffe du Service « Planification de la famille ».

³²² Conférence de presse du Service National des Actualités (Média) « Pourquoi on veut interdire la GPA en Russie », 03 avril 2017. Balachova E.V. est un des premiers médecins à pratiquer la GPA en Russie - son premier cas remonte à 1995. La vidéo peut notamment être visualisée sur la chaîne YouTube de « НСН - Национальная Служба Новостей ».

³²³ L'Ordonnance du 30 août 2012 N107 sur la PMA et les contre-indications au recours à la PMA. // Приказ от 30 августа 2012 г. N 107н

О порядке использования ВРТ, противопоказаниях и ограничениях к их применению.

³²⁴ Ce projet de loi est examiné en détail dans le Titre II.

³²⁵ La réponse de V. KORSACK, publiée sur le site de la RAHR. <https://rahr.ru/>

La députée Mizulina³²⁶ a également proposé à plusieurs reprises et sans succès, l'interdiction de la gestation pour autrui et l'introduction dans le code pénal de sanctions en cas de recours à la GPA³²⁷. Au mois de mai 2019, le Vice-président Igor Medvedev avait déclaré lors d'un forum juridique à Saint-Pétersbourg que « cette technique, pour laquelle il existe une demande de plus en plus forte, pose des problèmes à la fois éthiques et juridiques. On ne peut plus la laisser hors du champ de la loi ». D'après les statistiques de la RARH³²⁸, le pourcentage de gestation pour autrui parmi toutes les techniques de procréation médicalement assistée reste invariable depuis ces dix dernières années et oscille entre 1,5 et 1,7 % des naissances.

153. Pour autant, cette idée qui fait son chemin n'a pu, à ce jour, trouver une traduction concrète dans les textes et les travaux des juristes.

L'opinion publique démontre également une inacceptation par la société de la GPA au profit des couples ou célibataires homosexuels³²⁹. Il faut rappeler à ce titre que le recours à l'adoption internationale en Russie n'est autorisé que pour les couples hétérosexuels et les célibataires nationaux des États qui n'ont pas ouvert le mariage pour les couples de même sexe.

154. Selon les statistiques figurant sur le site du KARM³³⁰, au Kazakhstan en 2015, 6 430 protocoles de procréation médicalement assistée ont été réalisés dans la République de Kazakhstan, dont 10 % avec don d'ovocytes et 4,4 % avec une maternité de substitution. En 2017, 7 047 protocoles ont été mis en œuvre, preuve du succès croissant de cette technique. Des dons d'ovocytes ont été réalisés dans 11 %

³²⁶ E.MIZOULINA, Docteur en droit, sénateur depuis 2015, avant-chef de la section « Famille, femme, enfant » de la Douma.

³²⁷ Sans avoir précisé si les sanctions doivent concerner la mère, les parents d'intention ou les médecins.

³²⁸ L'association russe pour la reproduction humaine - une organisation à but non lucratif, réunissant des praticiens dans le domaine de la PMA. // Российская Ассоциация Репродукции Человека <https://rahr.ru/>

³²⁹ Cependant en 2017, 9 enfants sur 167 sont nés dans le cadre du programme de maternité de substitution à la demande d'un homme célibataire³²⁹. Ce pourcentage insignifiant permet de comprendre que, malgré l'interprétation ambiguë de la législation en vigueur, la possibilité des cliniques de fournir des services médicaux dans le domaine de la procréation médicalement assistée aux hommes célibataires demeuraient très restreintes. Le rapport RARH « Les techniques reproductives aujourd'hui et demain », 2017. <https://rahr.ru/>

³³⁰ Association du Kazakhstan de la médecine reproductive - une organisation à but non lucratif réunissant des praticiens dans le domaine de la PMA. // Казахстанская ассоциация репродуктивной медицины KARM.kz

des cas de la PMA et des cas de maternité de substitution représente 4,5 % . Parmi les personnes ayant recours à la procréation médicalement assistée au Kazakhstan, 10 % sont des étrangers, et 1 % d'entre eux ont recours à la gestation pour autrui.

155. L'acceptabilité de la pratique par les Ukrainiens est la même aujourd'hui en Ukraine, qui est une des destinations privilégiées des étrangers désireux d'avoir recours à la gestation pour autrui. Au cours des deux dernières années, la demande de maternité de substitution en Ukraine a augmenté d'environ 1 000 %.³³¹

156. Absence de statistiques officielles au niveau étatique. Les chiffres exacts de naissances à la suite d'un recours à la GPA sont difficiles à connaître, car il n'existe pas de statistiques officielles. Aucun des États étudiés ne dispose de ces chiffres. Les hôpitaux et les cliniques privées n'ont pas l'obligation de transmettre des informations au ministère de la Santé ou à un autre organisme public.

157. Nous ne pouvons que citer les données fournies par les associations des praticiens correspondant seulement à une partie des naissances³³². Aussi, selon ces estimations, le nombre annuel de naissances de substitution s'élève à environ 500 en Ukraine³³³. Certains médias mentionnent des chiffres plus importants. Au

³³¹A.Manchuk Ukraine : le centre mondial pour la maternité de substitution. <https://prometej.info/blog/diskussiia/ukraina-globalnyi-centr-surrogatnogo-materinstva/>; <https://www.bbc.com/ukrainian/features-russian-43042480>

³³² L'Association russe pour la reproduction humaine (RAHR) est une association de spécialistes dans le domaine de la PMA. Elle rassemble des données fournies par les cliniques. Comme il n'existe pas de registres nationaux « étatiques », ni d'obligation pour les établissements pratiquant la PMA de fournir les rapports, les statistiques de la RAHR ne couvrent qu'une partie du nombre des PMA/GPA effectivement réalisées. <https://rahr.ru/>

Pour 2017, selon les statistiques officielles du bureau d'état-civil de Saint-Petersbourg, 67 137 enfants sont nés à Saint-Petersbourg. Et d'après les données fournies par l'Académie russe de la reproduction humaine, 167 étaient issus de mères porteuses.

Parmi les gestatrices il y a un grand nombre de nationaux des états voisins (l'Ukraine, le Kazakhstan, l'Ouzbékistan...). Ces femmes vont jusqu'à Moscou ou Saint-Petersbourg pour y obtenir une meilleure rémunération. En outre, la distance favorise également l'anonymat et donc une meilleure protection contre la stigmatisation morale/l'opinion critique de l'entourage. Depuis le conflit entre l'Ukraine et la Russie, le voyage est devenu plus ardu et le nombre de mères porteuses ukrainiennes dans les cliniques de fertilité russes a légèrement diminué.

³³³ Il n'existe pas de statistiques officielles. Les différentes cliniques et la presse fournissent des chiffres approximatifs, non officiels.

Kazakhstan, près de 200 couples participeraient chaque année à des programmes de maternité de substitution³³⁴.

158. Cependant, cette pratique, bien qu'en expansion, reste marginale. La Fondation caritative pour la promotion des droits de l'homme en matière de reproduction « Formula Rozhdeniya »³³⁵ a présenté les résultats d'une étude comparative des marchés russe et américain³³⁶ de la maternité de substitution mais aussi les statistiques sur la GPA en Russie. Cette étude permet de conclure que l'utilisation de la maternité de substitution est et reste un phénomène exceptionnel dans les deux pays³³⁷: On dénombre 1,97 enfants nés suite au programme de maternité de substitution pour un million d'habitants en Russie en 2011, contre 1,23 aux États-Unis.

1. *La notion de la gestation pour autrui dans les États de l'Europe de l'Est et en Asie centrale.*

En France, le terme de gestation pour autrui s'est aujourd'hui imposé dans le débat public pour désigner l'opération par laquelle un couple (les parents d'intention) demande à une femme de porter pour eux un enfant que cette dernière s'engage à leur remettre à la naissance.

La gestation pour autrui peut avoir plusieurs visages. Selon les hypothèses, les gamètes mâles sont soit celles du père d'intention, soit celles d'un tiers ; les ovocytes peuvent provenir de la gestatrice, de la mère d'intention ou d'une autre femme. Dans la mesure du possible, les parents d'intention souhaitent effacer tout lien entre la mère porteuse et l'enfant à naître. Néanmoins, lorsque le commanditaire est un homme célibataire, il est fréquent que la mère porteuse soit également la mère

³³⁴ D.DANAEVA, Les aspects médicaux et éthiques de la GPA au Kazakhstan. Table ronde Colloque 2014, Astana.

³³⁵ <http://www.ivf.fund/>

³³⁶ Cependant, il faut préciser que les statistiques sont issues des rapports de la RARH pour la Russie et du SART (Society for Assisted Reproductive Technologies) pour les États-Unis. Dès lors, ces chiffres ne reflètent pas la totalité des GPA pratiquées.

³³⁷ Portail d'information sur l'infertilité, les technologies de procréation assistée et la FIV « Probirka » // Информационный портал по проблемам бесплодия, вспомогательным репродуктивным технологиям и ЭКО «Пробирка» <http://www.probirka.org/newsflash/5855-surrogatnoe-materinstvorossiia-versus-ssha>.

biologique, ce qui facilite la réussite de la pratique mise en œuvre. Dans ce cas de figure, la conception est le fruit d'une insémination artificielle.

Plusieurs termes s'emploient pour désigner la même opération : « gestation pour autrui », « mère porteuse » ou « maternité de substitution ».

Évoquer les mères porteuses ou la maternité pour autrui souligne que celle qui porte l'enfant d'une autre en est aussi la mère, aux yeux de la loi ou de la société, alors que le terme de « gestation », emprunté au vocabulaire médical, réduit l'opération à sa seule dimension biologique³³⁸.

159. La terminologie utilisée par les législateurs. Les législations des États de l'Europe orientale et de l'Asie centrale emploient tous les termes « la maternité de substitution » et « la mère de substitution ». Seul le droit ukrainien a recours à deux termes : « maternité assistée » en plus de « maternité de substitution ». En effet, cela s'explique par le fait qu'il y a eu plusieurs tentatives non coordonnées de réglementer la gestation pour autrui³³⁹, mais qu'aucun projet de loi n'a été adopté permettant d'harmoniser la terminologie³⁴⁰.

Concernant la procréation pour autrui, nous ne retrouvons pas ce terme dans les pays étudiés. Seul l'article 16-7 du code civil français distingue la « procréation et la gestation pour le compte d'autrui ». La première désigne la situation dans laquelle la mère porteuse est aussi la mère biologique de l'enfant, puisque ce sont ses ovocytes qui ont été fécondés ; la seconde désigne celle dans laquelle elle n'a pas de lien biologique avec l'enfant qu'elle porte, l'embryon étant issu des gamètes du couple d'intention ou de ceux de tiers donneurs.

Le choix de la terminologie révèle l'approche sur la GPA sur le fond. Le choix du terme « mère porteuse » montre la qualité de mère reconnue à la gestatrice.

³³⁸ Rapport d'information n° 409 (2015-2016) « Défendre les principes, veiller à l'intérêt des enfants - Quelle réponse apporter au contournement du droit français par le recours à l'AMP et à la GPA à l'étranger ? » de M. Yves DÉTRAIGNE et Mme Catherine TASCA, fait au nom de la commission des lois, déposé le 17 février 2016.

³³⁹ A.Golovoshuk p.63. Cependant, aucun projet de loi n'a été adopté permettant d'harmoniser la terminologie. Les projets et les réformes sont discutés dans la Partie II de cette thèse.

³⁴⁰ Les projets et les réformes sont discutés dans la Partie II de cette thèse.

Cependant, le choix de ce terme peut se révéler trompeur ; dans les États étudiés, la mère porteuse ne figure pas dans l'acte de naissance de l'enfant dont elle a accouché³⁴¹.

160. Les définitions de la GPA. La législation ukrainienne ne définit pas le terme « maternité de substitution ». Les dispositions générales concernant la réglementation de la maternité de substitution sont contenues dans la section VI de l'Arrêté du ministère de la Santé n° 787 du 09.09.2013 « Sur l'approbation des conditions et procédures d'utilisation des techniques de procréation médicalement assistée en Ukraine » qui constitue la base normative régissant ces soins médicaux³⁴². Cet acte réglementaire utilise le terme de « surrogate motherhood » comme synonyme du terme « maternité de substitution »³⁴³.

En Russie, comme nous l'avons souligné auparavant, le domaine de la gestation pour autrui est caractérisé par une quasi-absence de réglementation. Mais certaines précisions ont récemment été faites. Depuis le 14 août 2018, l'article 55, alinéa 9, de la loi fédérale N323 de 2011³⁴⁴ définit la gestation pour autrui comme *« la gestation et l'accouchement d'un enfant (inclus l'accouchement avant terme) sur le fondement du contrat conclu entre une mère porteuse (femme ayant recours à la gestation après le transfert de l'embryon des donneurs) ET des parents d'intention dont les embryons ont été utilisés pour l'insémination OU avec une femme célibataire qui, pour des raisons médicales, ne peut porter et accoucher de l'enfant »*³⁴⁵.

³⁴¹ Une autre position a été exprimée dans le Rapport final Rapport « Le droit à l'enfant et la filiation en France et dans le monde ». P357.

³⁴² <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1697-13#n15>

³⁴³ Суррогатного материнства и заменимое материнство.

³⁴⁴ La première norme encadrant la FIV était l'article 35 des Bases sur la protection de la santé des citoyens du 22 juillet 1993 N5487-I (abrogé actuellement), remplacé par la loi fédérale N323-FZ du 21 novembre 2011 qui a défini la gestation pour autrui et a mis en place les conditions imposées aux candidates pour devenir gestatrice.// « Суррогатное материнство представляет собой вынашивание и рождение ребенка (в том числе преждевременные роды) по договору, заключаемому между суррогатной матерью (женщиной, вынашивающей плод после переноса донорского эмбриона) и потенциальными родителями, чьи половые клетки использовались для оплодотворения, либо одинокой женщиной, для которых вынашивание и рождение ребенка невозможно по медицинским показаниям. »

³⁴⁵ L'Arrêté du ministère de la Santé du 30 juillet 2020 reprend cette définition en ajoutant six conditions médicales permettant à une femme de recourir à la GPA. Il s'agit de : l'absence d'utérus ; une pathologie de

161. Biélorussie. L'article 53 du Code biélorusse du mariage et de la famille définit la gestation pour autrui comme : « la gestation et de la naissance d'un enfant (basée sur un contrat) conçu avec les ovocytes prélevés d'une autre femme (mère génétique) dans le cas où la gestation et l'accouchement par la mère génétique sont impossibles ou présentent un risque pour sa santé ou celle de l'enfant »³⁴⁶. Selon l'article 1 de la loi sur l'assistance médicale à la procréation³⁴⁷, la maternité de substitution est une technique de procréation assistée consistant en la combinaison d'un spermatozoïde et d'un ovule prélevé sur le corps d'une mère génétique ou d'un ovule de donneur hors du corps d'une femme³⁴⁸, le développement de l'embryon formé à la suite de cette combinaison, le transfert ultérieur de l'embryon dans l'utérus d'une mère porteuse, et l'accouchement d'un enfant.

162. Selon les termes employés par le législateur biélorusse³⁴⁹, la gestation pour autrui consiste à transférer l'embryon in vitro dans l'utérus de la gestatrice. Ainsi, la définition de la technique exclut la procréation pour autrui. En outre, l'article 22 de la loi *sur l'assistance médicale à la procréation* prohibe expressément une gestation pour autrui endogène : « la gestatrice ne peut pas être le donneur d'ovocyte pour la femme qui conclut avec elle un contrat de gestation pour autrui. »

163. Kazakhstan. L'article 100 du Code de la Santé et l'alinéa 34 de l'article 1 du Code du mariage et de la famille du 26 décembre 2011 N518-IV définissent la

l'utérus ou du col de l'utérus à laquelle il est impossible de remédier ; une pathologie de l'endomètre à laquelle il est impossible de remédier ; les maladies incluses dans la liste des contre-indications à une grossesse ; l'absence de grossesse après trois ou plus tentatives de FIV avec des embryons de bonne qualité ; des fausses-couches répétées.

³⁴⁶ Cet article est abrogé actuellement.

³⁴⁷ L'article 1 de la loi sur l'AMP définit les termes employés dans la loi et donne leurs définitions. //

³⁴⁸ Ce qui exclut l'insémination de la gestatrice. En d'autres termes, la GPA suppose la conception de l'embryon exclusivement in vitro.// суррогатное материнство – вид вспомогательных репродуктивных технологий, заключающийся в соединении сперматозоида и яйцеклетки, изъятых из организма генетической матери, или донорской яйцеклетки вне организма женщины, развитии образовавшегося в результате этого соединения эмбриона, дальнейшем переносе данного эмбриона в матку суррогатной матери, вынашивании и рождении ею ребенка.

³⁴⁹ Le Code du mariage et de la famille du 09.07.1999 № 278-3 (CF ci-après), la loi de la République du Bélarus « Sur les techniques de procréation assistée » du 07.01.2012 № 341-3 (ci-après - la loi sur l'assistance médicale à la procréation), l'Arrêté du ministère de la Santé de la République du Bélarus du 01.06.2012 № 54 « A propos de certains à l'application des technologies de procréation assistée » et d'autres actes juridiques normatifs.

notion de gestation pour autrui comme telle : « *la maternité de substitution est le fait de porter un enfant et de lui donner naissance en vertu d'un contrat entre la mère porteuse et les époux (commanditaires) moyennant une énumération* »³⁵⁰.

2. Analyse croisée de ces définitions

164. La définition de la gestation pour autrui figure dans le code du mariage et de la famille du Kazakhstan, tandis qu'en Russie, en Ukraine et en Biélorussie, les codes indiquent seulement les règles d'établissement de la filiation des enfants nés de la GPA, mais les définitions de cette technique se trouvent dans les lois sur la PMA. En fait, la Biélorussie a supprimé l'article 53 du Code du mariage et de la famille qui donnait une définition de la GPA basée sur un contrat.

165. Cependant si la loi biélorusse donne une définition médicale de la technique de la GPA, la loi russe parle du contrat conclu entre les parties. Le même fondement contractuel de la GPA figure dans le texte kazakh.

Le mot « contrat » montre qu'il s'agit bien d'un accord à la base d'une transaction, réifiant l'enfant, qui devient l'objet du contrat.

166. Concernant les parties du contrat, la loi russe, dans la définition de la GPA, indique qu'un couple et une femme seule peuvent être parties du contrat, tandis que le législateur kazakh lie la gestatrice exclusivement à un couple. La définition biélorusse omet de mentionner l'homme, la GPA reste un rapport entre la gestatrice et la mère d'intention. Ces définitions montrent la place accordée à une femme dans l'engendrement et le rôle secondaire de l'homme.

167. Ce qui différencie ces définitions, ce sont les parties et la référence à la rémunération.

168. Ainsi, seule la définition de la GPA donnée par le législateur kazakh indique que la gestation s'opère moyennant une rémunération. Les autres États

³⁵⁰ « Суррогатное материнство - вынашивание и рождение ребенка (детей), включая случаи преждевременных родов, по договору между суррогатной матерью и супругами с выплатой вознаграждения ». Договор суррогатного материнства - нотариально удостоверенное письменное соглашение между лицами, состоящими в браке (супружестве) и желающими иметь ребенка, и женщиной, давшей свое согласие на вынашивание и рождение ребенка путем применения вспомогательных репродуктивных методов и технологий.

gardent le silence sur le volet pécuniaire, en laissant libre place à la pratique de deux types de GPA : altruiste et, la plus courante, commerciale.

3. *Les liens biologiques et juridiques avec l'enfant*

Le lien biologique entre l'enfant et au moins un des parents d'intention (dans le cas d'un couple) est exigé explicitement par les lois biélorusse³⁵¹ et ukrainienne³⁵². C'est précisément le terme « le lien biologique » qui figure dans l'article 20 de la loi biélorusse sur la PMA et l'Arrêté du ministère de la Santé ukrainien du 09 septembre 2013 N787.

La loi fédérale russe N323-FZ est rédigée dans des termes moins clairs : le matériel biologique « appartient » aux parents d'intention.

Depuis le 14 août 2018, l'article 55 alinéa 9 de la loi fédérale N 323 de 2011³⁵³ définit la gestation pour autrui comme la gestation et l'accouchement d'un enfant, y compris l'accouchement avant terme, sur le fondement du contrat conclu entre une mère porteuse (femme assurant la gestation après le transfert de l'embryon des donneurs) et des parents d'intention dont les embryons ont été utilisés pour l'insémination, ou avec une femme célibataire qui, pour des raisons médicales, ne peut porter et accoucher de l'enfant. Pour une partie de la doctrine, il résulte d'une interprétation *ad letteram* de ce texte, qu'en cas de conclusion d'un contrat de gestation pour autrui entre une gestatrice et les parents d'intention, c'est le matériel biologique des parents d'intention qui doit être utilisé. Pour une femme seule, la situation est différente. Contrairement aux couples de parents d'intention qui ne peuvent utiliser que leur matériel génétique, une femme seule peut bénéficier du

³⁵¹ En Biélorussie notamment : au moins un des deux parents doit avoir un lien génétique avec l'enfant né. En effet, en vertu de l'article 20 de la loi sur la procréation médicalement assistée, si l'ovocyte de la mère génétique est utilisé pour la fécondation, alors le recours à un donneur de sperme est possible. En revanche, si la femme a dû recourir à un don d'ovocyte, la FIV doit obligatoirement être réalisée avec le sperme de son conjoint.

³⁵² La loi ukrainienne exige également qu'au moins un de deux parents d'intention ait un lien génétique avec l'enfant. Dans le cas contraire, l'établissement de la filiation sera refusé. Nous pouvons citer à ce sujet la décision N2-2283-1/10 du 06 octobre 2010 de Solominsky, district de Kiev. Cette affaire concerne un couple américain qui a pratiqué la gestation pour autrui en Ukraine, avec le recours à un double don de gamètes.

³⁵³ La loi fédérale N323 du 21.11.2011 sur les fondements de la protection de la santé des citoyens // Федеральный закон от 21 ноября 2011 г. № 323-ФЗ "Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации".

matériel génétique de donneurs, en cas de nécessité et pour des raisons médicales, et en conséquence, ne pas avoir de lien génétique avec l'enfant né.

169. Pour une autre partie de la doctrine, le verbe « appartenir » fait référence au droit de propriété, en incluant ainsi les gamètes achetées ou reçues par donation. Ainsi, une fois achetées par les parents d'intention, les gamètes deviennent « leur matériel génétique ». Les parents d'intention peuvent dès lors être considérés comme « les parents » de l'enfant selon le droit russe. C'est notamment ce raisonnement que l'avocat des parents d'intention dans l'affaire *Paradiso et Camapnelli c/Italy*³⁵⁴ a avancé.

Les débats ont été tranchés depuis. Ainsi, depuis le 1er janvier 2021³⁵⁵, l'article 71 de l'Arrêté du ministère de la Santé N803n³⁵⁶ prohibe d'une manière expresse le recours au double don (sperme et ovocyte) pour un couple et le recours au don d'ovocytes pour une mère d'intention célibataire. Dès lors, en cas de recours à la GPA, l'existence d'un lien biologique avec l'enfant est désormais exigé d'une manière expresse.

L'interdiction de la GPA avec don d'ovocyte par la mère porteuse.

Lorsque la mère porteuse fournit l'ovocyte ayant permis la conception de l'enfant, elle est génitrice et gestatrice : on parle de la procréation pour autrui.

170. Le droit ukrainien, biélorusse et le droit russe nient expressément le lien génétique entre la gestatrice et l'enfant³⁵⁷.

171. Cependant, en droit russe cette négation de la filiation biologique est relativement récente. En 1995³⁵⁸ le législateur, en introduisant le terme de GPA, a indiqué que la gestatrice portait un embryon obtenu *in vitro*, sans préciser s'il pouvait s'agir de son propre ovocyte ou non. Ainsi, la formulation excluait expressément

³⁵⁴ CEDH *Paradiso et Campanelli c/Italie* N25358/12 du 27 janvier 2015.

³⁵⁵ La date d'application de l'Arrêté du ministère de la Santé du 31 juillet 2020 N803n.

³⁵⁶ L'Arrêté du ministère de la Santé du 31 juillet 2020 n803n.

³⁵⁷ L'article 6.1 de l'Arrêté du ministère de la Santé ukrainien du 09 septembre 2013 N787 : « La gestatrice ne doit pas avoir de lien génétique avec l'enfant ». Dans la rédaction actuelle, l'alinéa 10 de l'article 55 de la loi fédérale russe du 21 novembre 2011 N323-FZ indique que : « La gestatrice ne peut être en même temps la donneuse d'ovocyte. ». Cette interdiction est reprise par l'article 71 de l'Arrêté du ministère de la Santé N803n, en vigueur depuis le 1er janvier 2021.

³⁵⁸ Le Code de la famille de 1995, l'article 51.

seulement le recours à une insémination artificielle de la gestatrice. Ce n'est seulement en 2011 que le législateur russe est intervenu pour prohiber expressément la procréation pour autrui³⁵⁹.

172. La loi kazakhe est plus souple. Elle ne contient pas d'interdiction expresse du double don de gamètes. En pratique, le don de sperme mais aussi d'embryon³⁶⁰ sont possibles. Cependant, la position des juristes n'est pas unanime.

§ II. Conditions légales pour bénéficier de la gestation pour autrui

173. La maternité de substitution est considérée comme une technique de traitement de l'infertilité dans tous les droits étudiés³⁶¹.

174. L'apparition d'une législation libérale.

La première apparition des références à la GPA dans le code de la famille se caractérise par la seule citation des règles d'établissement de la filiation. Ainsi, en Russie, à travers cette règle, la notion de gestation pour autrui est apparue en 1995 avec l'entrée en vigueur du nouveau Code civil³⁶², renforcée postérieurement par la loi fédérale du 15 novembre 1997 N143 *sur les actes d'état civil*, par la transcription

³⁵⁹ Dans le même temps, comme le montre la pratique et bien que cela soit prohibé par la loi depuis 2011, les agences de maternité de substitution continuent à utiliser et à profiter du système existant. Le recours à l'insémination artificielle d'une mère porteuse par le sperme du mari (partenaire) du couple (commanditaire) réduit considérablement le coût du traitement. Mais in fine, l'enfant n'est pas génétiquement l'enfant de la mère porteuse et il est vendu à d'autres personnes.

De tels actes sont qualifiés de crime grave au sens de l'art. 127.1 du Code pénal de la Fédération de Russie («Traite des êtres humains»), d'achat et de vente d'une personne, tout en prenant en considération qu'il s'agit d'actes concertés (parents, mère porteuse, employés d'agence de maternité de substitution, médecins de fertilité) qui, conformément au troisième alinéa de l'article, sont qualifiés d'actes commis en bande organisée, ce qui engage la responsabilité des auteurs de tels actes qui encourent une peine d'emprisonnement de 8 à 15 ans de prison assortie d'une restriction de liberté pouvant aller jusqu'à 2 ans.

³⁶⁰ Le don d'embryon se fait à titre gratuit.

³⁶¹ Les principales règles d'encadrement juridique de la gestation pour autrui dans les États étudiés sont :

La Fédération de Russie : certaines dispositions du Code de la famille de la Fédération de Russie (CF ci-après de la FR), la loi fédérale du 21.11.2011 No. 323-FZ "Sur les fondements de la protection de la santé des citoyens de la Fédération de Russie" (ci-après - Loi fédérale sur les fondements de la protection de la santé), l'Arrêté du ministère de la Santé de Russie du 30.08.2012 № 107n "Sur l'assistance médicale à la procréation, contre-indications et limitation de recours".

Kazakhstan : la loi de la République du Kazakhstan du 16 juin 2004 N565-I sur les droits reproductifs des citoyens et leurs garanties, le Code du mariage et de la famille du 1er janvier 1999 (le titre 9).

³⁶² L'article 51 al. 4 du Code de la famille du 29 décembre 1996 précise depuis 1996 les règles d'établissement de la filiation des enfants nés de la GPA.

détaillée des règles d'établissement des actes de naissance des enfants nés à l'issue de la procréation médicalement assistée et de la gestation pour autrui³⁶³. En Ukraine, de la même manière limitée et à la même période, la maternité de substitution a fait son apparition dans le Code de la famille³⁶⁴. Dans la loi kazakhe du 1^{er} janvier 1999 « *Sur le mariage et la famille* », la maternité de substitution était mentionnée dans l'article 49 encadrant l'enregistrement des parents d'intention de l'enfant dans les registres des actes de naissance³⁶⁵.

175. La prise en compte juridique de la maternité de substitution en Biélorussie est plus récente qu'en Russie et en Ukraine. C'est seulement en 2006 que la loi de la République de Biélorussie du 20 juillet 2006 « *Sur des modifications du Code du mariage et de la famille de la République du Belarus* »³⁶⁶ a introduit un article consacré à la gestation pour autrui³⁶⁷. Au Kazakhstan, dans la loi du 1^{er} janvier 1999 « *Sur le mariage et la famille* », la maternité de substitution était également

³⁶³ A titre de comparaison, en France, la question de la gestation pour autrui n'a été officiellement abordée pour la première fois qu'au début des années 1990, dans le cadre de la loi bioéthique du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain. Le législateur, souhaitant interdire cette pratique, a ajouté l'article 16-7 dans le Code civil.

Par ailleurs, la pratique de la gestation pour autrui a ultérieurement été encadrée par l'Arrêté du ministère de la Santé du 26 février 2003 - N67 *sur les procédures de procréation médicalement assistée en vue du traitement de la stérilité féminine et masculine*. Le même règlement énonçait que « la gestation pour autrui était régie par la législation de la Fédération de Russie en vigueur ».

³⁶⁴ L'article 143 du Code de la famille qui pose les règles d'établissement de la filiation des enfants nés de la GPA. En 1992 le statut de la mère a été précisé par l'ajout d'un alinéa 4 à l'article 56 du Code du mariage et de la famille de l'Ukraine (Code du mariage du 20 juin 1969) aux termes duquel la mère d'intention est reconnue comme la seule mère légale : la femme qui a consenti à l'implantation de l'embryon, conçu avec le sperme de son mari, dans le corps d'une autre femme, est inscrite en qualité de mère sans pouvoir contester cette qualité.

Cette précision a permis de légiférer sur la maternité de substitution et de poser les bases des relations juridiques dans le domaine de la maternité de substitution³⁶⁴.

³⁶⁵ La loi «sur le mariage et la famille» de 1998 régit les conditions d'un contrat de la gestation pour autrui. La filiation de l'enfant s'établit au profil du couple d'intention.

³⁶⁶ Закон Республики Беларусь «О внесении изменений и дополнений в Кодекс Республики Беларусь о браке и семье». Référence complètes !

³⁶⁷ Sur la base de cet article, l'ordonnance du Conseil des ministres n° 1470 du 04 novembre 2006 a énoncé la liste des conditions essentielles du contrat de maternité de substitution. Sur la base de cet article, l'ordonnance du Conseil des ministres n° 1470 du 04 novembre 2006 a énoncé la liste des conditions essentielles du contrat de maternité de substitution. // Закон Республики Беларусь «О внесении изменений и дополнений в Кодекс Республики Беларусь о браке и семье». Référence complètes !

mentionnée seulement pour préciser les règles d'enregistrement des parents d'intention de l'enfant dans les registres des actes de naissance³⁶⁸.

176. Ainsi, le cadre légal initial national de chaque État a été déterminé par des textes relatifs à la réglementation portant sur l'assistance médicale à la procréation et les dispositions du Code du mariage et de la famille. Il visait seulement les règles d'établissement de la filiation des enfants nés de la GPA. Celles-ci font l'objet d'une étude approfondie dans le chapitre suivant. Indiquons seulement que les parents d'intention sont transcrits sur les actes de naissance des enfants en tant que parents. Aucune mention n'est faite concernant la gestatrice, ni le recours à la GPA. La Russie est le seul pays qui exige un accord post-natal de la gestatrice pour l'établissement de la filiation des parents d'intention. Dans les autres États, le contrat de la GPA avec la gestatrice suffit pour que leurs filiations soient établies.

177. Lors de l'élaboration du nouveau Code du mariage et de la famille kazakh, les responsables des centres médicaux avaient été invités à participer au groupe de travail du Parlement du Kazakhstan relatif aux questions importantes posées par cette pratique, et proposer de nouvelles normes. Fruit de cette concertation, dans le Code en vigueur depuis 2011³⁶⁹, le chapitre IX est consacré à la gestation pour autrui et aux techniques de procréation assistée. Ainsi, il établit des dispositions portant sur le contenu du contrat et l'existence de clauses exigées portant sur les obligations des parties, les critères pour devenir une gestatrice, les règles d'établissement de la filiation et les conséquences juridiques en cas de refus des parents d'intention de prendre l'enfant né, et en cas de décès des parents d'intention³⁷⁰. Aucun des États étudiés n'a légiféré de manière aussi détaillée. Pour cette raison, dans la partie de cette thèse consacrée au contrat et à l'établissement de la filiation, ce cadre juridique kazakh sera vu en détail.

Les États, conscients que la technique de la gestation pour autrui se développe dans un vide juridique, ont remonté cette question au niveau de la Communauté des États Indépendants.

³⁶⁸ Article 49 du code de la famille kazakh.

³⁶⁹ Le Code de la République du Kazakhstan du 26 décembre 2011 N518-IV sur le mariage et la famille. // Кодекс Республики Казахстан от 26 декабря 2011 года № 518-IV «О браке (супружестве) и семье».

³⁷⁰ Les dispositions du Code kazakh sont étudiées en détail dans la partie de cette thèse consacrée au contrat de la GPA.

178. Une tentative de mise en place d'un cadre juridique commun aux États. Le 31 octobre 2007, l'Assemblée de la Communauté des États indépendants³⁷¹ a adopté des recommandations sur « la régularisation éthique et juridique et la sécurité des techniques de la biomédecine dans les États Indépendants »³⁷². Ce texte, dont l'objet est l'assistance médicale à la procréation, recommande aux États de définir de manière claire les différentes techniques existant dans le domaine de la biomédecine (alinéa 3). A cette période, la gestation pour autrui a déjà été autorisée d'une manière implicite dans la majorité des États Indépendants et, en conséquence, l'idée d'une harmonisation de la législation sur l'accès à la gestation pour autrui et les règles d'établissement de la filiation des enfants nés grâce à cette technique est recherchée depuis un certain temps par des juristes³⁷³. Pour autant, cette idée qui fait son chemin n'a pu à ce jour trouver une traduction concrète dans les textes et les travaux des juristes.

179. Les législations sont différentes. Elles divergent même sur les principes essentiels. Les États n'ont pas tous adopté une loi fédérale ou une loi spéciale encadrant le recours à la procréation médicalement assistée avec toutes les précisions requises.

180. L'expansion de la maternité de substitution a nécessité une intervention plus poussée du législateur dans le domaine de la GPA³⁷⁴.

³⁷¹ La CEI est une union formée dès la fin de 1991 à l'initiative de la Biélorussie, de l'Ukraine et de la Russie ; plusieurs autres Républiques qui formaient l'URSS les ont rejoints : l'Arménie, l'Azerbaïdjan, le Kazakhstan, le Kirghizstan, la Moldavie, l'Ouzbékistan, le Tadjikistan. En 1993, la Géorgie adhère aussi à la CIE. Le Turkménistan est un membre associé.

³⁷² Рекомендации Межпарламентской Ассамблеи государств-участников Содружества Независимых государств «Об этико-правовом регулировании и безопасности генетических медицинских технологий в государствах-участниках СНГ».

³⁷³ ROMANOVSKI, ANTSSUKH N.

³⁷⁴ Aux normes régissant ce domaine s'ajoutent :

Au Kazakhstan : le Code de la santé du 2009, la loi du 16 juin 2004 N565-II concernant les droits reproductifs et les garanties de leur réalisation (exécution). La loi du 07 juillet 2006 N170-III sur la protection de la santé des citoyens définit notamment la gestation pour autrui.

En Biélorussie, la loi du 07 janvier 2012 « *Sur les techniques de procréation assistée* »//. Закон Республики Беларусь от 7 января 2012 г. «О вспомогательных репродуктивных технологиях». Cette loi a défini les notions clés des relations de gestation pour autrui (la maternité de substitution, la mère de substitution et la mère génétique), et elle a aussi apporté des précisions sur les conditions et la procédure de recours à la maternité de substitution. Elle a fixé les conditions requises pour être reconnue comme une mère porteuse, élargi la liste des conditions impératives du contrat de maternité de substitution, et défini les droits et les devoirs d'une mère porteuse. Les dernières modifications ont été apportées par la loi du 18 juin 2019 « sur

Une nette divergence des attitudes étatiques apparaît sur la question du droit d'accès au recours à la gestation pour autrui (A). Les États sont plutôt unanimes sur le profil d'une gestatrice (B).

A. Conditions d'accès pour les parents d'intention.

1. Exigence de raisons médicales (les cas de procréation post mortem)

181. L'ensemble des droits étudiés n'autorisent l'accès à la gestation pour autrui que pour des raisons médicales³⁷⁵ : réparer les conséquences d'un dysfonctionnement pathologique à l'origine de la stérilité³⁷⁶ ou éviter la transmission d'une maladie. Les législations prévoient d'une manière explicite que les parents d'intention doivent passer un examen médical avant le début de la procédure pour démontrer le problème médical. L'accès à ces techniques médicales ne peut être une réponse à un désir d'enfant non justifié par une défaillance des capacités de procréation.

182. Cependant, certaines imprécisions législatives ont créé des zones de « non-droit » permettant à certaines cliniques de contourner les règles posées en procédant notamment à la procréation *post mortem*, voire à la gestation pour autrui *post mortem*, en partant du principe que « ce qui n'est pas prohibé expressément est permis »³⁷⁷.

183. Pour contrer ces pratiques, l'Arrêté du ministère de la Santé de Biélorussie n° 54 du 1er juin 2012 *Sur certaines questions posées par le recours aux*

la modification de la loi sur les techniques de la procréation assistée »// Закон 18 июня 2019 Республики Беларусь «Об изменении Закона Республики Беларусь «О вспомогательных репродуктивных технологиях»».

³⁷⁵ L'Arrêté du ministère de la Santé russe du 30 août 2012 N107 énumère les raisons médicales ouvrant accès à la procréation médicalement assistée en excluant ainsi l'accès à ces techniques pour des raisons de pure convenance.

³⁷⁶ Absence d'utérus, déformation de la cavité utérine, syndrome d'Asherman, maladie psychosomatique grave et/ou symptôme rendant impossible une grossesse, échecs répétés des FIV...

³⁷⁷ La jurisprudence du Kazakhstan n'a pas été étudiée. Mais nous retrouvons dans les articles médicaux les références aux cas de la PMA post mortem.

*technologies de procréation assistée*³⁷⁸ a justement mis en place un contrôle médical préalable à l'accès à l'assistance médicale à la procréation. Un certificat médical constatant l'existence des raisons médicales ouvrant l'accès à l'assistance médicale à la procréation doit être obtenu par les parents d'intention. Toutefois, il convient de noter que l'absence de ce certificat médical ne constitue pas un obstacle à la conclusion d'un contrat de maternité de substitution. Par application des dispositions de l'article 158 du Code civil de la Biélorussie, un contrat peut être conclu avec une condition suspensive subordonnant sa validité à un examen médical établissant l'infertilité d'une partie et l'absence de contre-indication médicale pour la maternité de substitution du côté de la mère porteuse.

2. *Statut matrimonial des parents d'intentions (accès des femmes et hommes célibataires)*

184. Tous les États étudiés ouvrent accès à la GPA aux couples mariés hétérosexuels³⁷⁹.

Les couples de personnes de même sexe, même mariées, sont en revanche exclues, ce qui est logique puisque de telles unions ne sont autorisées ni en Russie, ni en Ukraine, ni en Biélorussie, ni au Kazakhstan.

Cependant, ce n'est pas sans raison que l'Ukraine est considérée comme le pays le plus permissif en matière de gestation pour autrui. Malgré le cadre légal bien précis sur ce point, les juges ukrainiens ont dû se prononcer sur les affaires relatives à la gestation pour autrui au profit de couples homosexuels étrangers. Certains couples homosexuels ont ainsi pu voir reconnaître la légitimité des accords de maternité de substitution ukrainiens conclus au préalable, ce qui remet en question le contrôle des conditions légales d'accès à la gestation pour autrui.

185. A la suite d'une affaire très médiatisée concernant un couple homosexuel belge qui a eu recours à la gestation pour autrui en Ukraine en 2011³⁸⁰,

³⁷⁸ L'Arrêté du ministère de la Santé de la République de Biélorussie N54 du 1er juin 2012 *Sur certaines questions posées par le recours aux technologies de procréation assistée*// Постановление Министерства здравоохранения РБ № 54 от 01.06.2012. О некоторых вопросах применения вспомогательных репродуктивных технологий.

³⁷⁹ Depuis la réforme de la Constitution de la Fédération de Russie de juin 2020, le fait qu'un mariage soit une union d'une femme et d'un homme a été érigé en principe constitutionnel.

³⁸⁰ L'enfant, Samuel, est né d'une mère porteuse - une citoyenne ukrainienne. Les commanditaires étaient un couple belge d'homosexuels ; l'un des partenaires est devenu le père biologique de Samuel. Pendant

l'article 123 du Code de la famille faisant référence à « un couple » a été modifié³⁸¹ et complété par les mots « homme » et « femme », afin de fermer l'accès aux couples de même sexe à un programme de maternité de substitution.

186. Le Code de la famille de l'Ukraine et l'Arrêté du ministère de la Santé n° 787 du 09.09.2013 *"Sur l'approbation des conditions et procédures d'utilisation des techniques de procréation médicalement assistée en Ukraine"* emploie expressément le terme « époux ». Il ne précise pas qui, des couples mariés (ou l'un des membres du couple), ou des célibataires (hommes et femmes) est éligible.

Une définition claire est également importante pour prévenir les abus générés par le principe selon lequel « tout ce qui n'est pas interdit est permis ». Il n'existe pas pour l'heure d'interdiction explicite de la participation des hommes et des femmes célibataires à ce programme.

187. L'alinéa de l'article 123 du Code de la famille de l'Ukraine est ainsi libellé : « En cas de transfert dans le corps d'une autre femme de l'embryon humain conçu par des époux (par un homme et par une femme) ou par l'un d'eux avec le consentement écrit de l'autre époux suite à l'utilisation des techniques de procréation

plus de deux ans, les pères d'intention ont mené une bataille pour emmener l'enfant en Belgique. Après la naissance, la mère porteuse a abandonné l'enfant en faveur des parents-clients ; le père génétique a été enregistré comme le père de l'enfant. Cependant, à cause de problèmes juridiques survenus avec les parents en Belgique, le garçon n'a pas pu obtenir le visa d'entrée en Belgique. Après sa naissance, les employés de la société de sélection des mères porteuses en Ukraine ont pris soin de lui et, plus tard, il a été transféré à l'orphelinat n° 1 de Lviv. Il a été retiré de l'orphelinat par l'avocat des parents belges, le citoyen ukrainien G. Radanovitch.

Pendant deux longues années, les partenaires ont fait de leur mieux pour sortir l'enfant d'Ukraine. Ils ont pris des mesures extrêmes : au printemps 2010, ils ont essayé d'emmener illégalement l'enfant à l'étranger. Deux femmes, citoyennes de Pologne et de Belgique, ont prêté leur concours. Elles ont été détenues au poste de contrôle « Krakovets ». Il s'avère qu'elles n'avaient aucun document au nom de l'enfant, bien que la citoyenne polonaise ait déclaré que Samuel était son fils. Les médiatrices se sont vu promettre une récompense de 3 000 euros pour la « livraison » de l'enfant. Par décision de justice, elles ont été contraintes de quitter le territoire de l'Ukraine. Les étrangers ont expliqué cette mesure par le fait que la société de Kharkov avait menacé de transférer l'enfant dans un orphelinat, de sorte qu'ils avaient peur de le perdre pour toujours. Après que les médias français et belges aient largement fait état de cette affaire, les autorités belges ont décidé d'aider leurs citoyens. Selon la décision du tribunal, le ministre des Affaires étrangères de Belgique a chargé les autorités de délivrer un passeport à Samuel. À cet égard, la ministre a mis en garde contre des difficultés juridiques dues à l'incohérence du cadre juridique. Par la suite, le tribunal de district Halytskyi de Lviv a, par sa décision, autorisé le renvoi du citoyen ukrainien Samuel Guillen à son père, Laurent Guillen, en Belgique en 2011.

³⁸¹ L'alinéa 2 de l'article 123 du Code Civil a été modifié par la loi n° 3760-VI du 20.09.2011. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2947-14/print>

médicalement assistée, les époux sont les parents de l'enfant ». Depuis que cette modification a trouvé sa place dans le Code de la famille de l'Ukraine, il est interdit aux couples de même sexe d'utiliser les services de mères porteuses en Ukraine.

188. Concubins. La législation russe a été amendée, assouplie, par l'entrée en vigueur de la nouvelle loi fédérale de la Fédération de Russie n° 323-FZ du 21 novembre 2011 *sur les fondements de la protection de la santé des citoyens de la Fédération de Russie*, article 55, qui comporte deux paragraphes (9 et 10) consacrés à la maternité de substitution. Il ressort des alinéas 1 et 3 de cet article de loi que les concubins (et pas seulement les couples mariés) peuvent recourir à la gestation pour autrui afin de remédier à leur infertilité. Plus précisément, L'alinéa 1 donne la liste des techniques d'AMP dans lesquelles tout ou partie des stades de la conception et du développement de l'embryon sont effectués en dehors du corps de la mère. Cette liste inclut la gestation pour autrui. L'alinéa 3 précise qu'un couple marié et non marié, mais aussi une femme célibataire (seule), peuvent recourir à l'assistance médicale à la procréation.

189. La loi ukrainienne est plus restrictive et n'ouvre expressément la GPA qu'aux couples mariés. Les concubins et les célibataires (personne seule) restent en dehors du champ d'application de la disposition citée ci-dessus.

190. La jurisprudence connaît des décisions confirmant des refus des officiers d'état civil d'établir la filiation vis-à-vis des parents d'intention en cas de concubinage.

191. Cela peut générer des difficultés en cas de situations transfrontalières, à l'instar du cas traité dans la décision rendue par le tribunal de Novokakhovsk de la région de Kherson du 03 juillet 2014.³⁸² Dans cette affaire, un couple non marié avait conclu un contrat de gestation pour autrui en Russie, et un enfant était né d'une gestatrice de nationalité ukrainienne et installée en Ukraine. Les magistrats ont accueilli la demande des parents d'intention vivant en concubinage de supprimer le

³⁸² La décision du Tribunal de Novokakhovsk de la région de Kherson du 03 juillet 2014 № 661/2127/14-TS URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/39568572//> Решение Новокаховского городского суда Херсонской области от 03 июля 2014 г. дело № 661/2127/14-ц. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/39568572>

nom de la gestatrice de l'acte de naissance ukrainien de l'enfant, conformément à la législation russe, au nom de l'intérêt de l'enfant et du fait que la loi russe autorise la gestation pour autrui aux couples non mariés.

192. Femmes et hommes célibataires. Il est intéressant de constater que si la législation de certains pays prévoit explicitement le droit d'une femme de bénéficier d'un programme de maternité de substitution (Russie, Biélorussie), aucun pays n'ouvre expressément l'accès à la GPA à un homme célibataire³⁸³. Ce pluralisme familial reconnaissant une famille monoparentale existait déjà, puisqu'il est admis dans les droits d'Europe orientale qu'une femme célibataire peut avoir recours à l'adoption pour fonder une famille. Dans le droit kazakh, bien qu'il ouvre aux femmes seules toutes les autres techniques de la PMA, dans les dispositions relatives à la GPA nous ne retrouvons que les références aux « époux ». Dès lors, d'une manière non explicite, le législateur a fermé l'accès à la GPA aux femmes célibataires.

La loi russe comme la loi biélorusse³⁸⁴ ouvrent le recours à la maternité de substitution à une femme seule (célibataire) en âge de procréer, dès lors qu'il lui est médicalement impossible de porter et de donner naissance à un enfant.

193. Après avoir analysé la législation en vigueur et la doctrine, il est permis de conclure que l'accès à la gestation pour autrui n'est ouvert à un homme seul dans aucun État étudié³⁸⁵.

³⁸³ Décision du Conseil constitutionnel du 15 mai 2012 N 880-O « Sur le refus d'accepter pour examen la plainte des citoyens P.P. et P.Y. sur la violation de leurs droits constitutionnels par les dispositions de l'alinéa 4 de l'article 51 du Code de la famille de la Fédération de Russie et de l'alinéa 5 de l'article 16 de la loi fédérale "sur les actes de l'état civil" »././Определение Конституционного Суда РФ от 15.05.2012 N 880-О "Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы граждан Ч.П. и Ч.Ю. на нарушение их конституционных прав положениями пункта 4 статьи 51 Семейного кодекса Российской Федерации и пункта 5 статьи 16 Федерального закона "Об актах гражданского состояния".

³⁸⁴ Il ressort de la lecture de l'article 20 de la loi de la République de Biélorussie N341-Z du 07 janvier 2012 sur la procréation médicalement assistée que l'accès à la gestation pour autrui est ouvert à un couple et à une femme célibataire. Cependant, la position de la doctrine n'est pas unanime sur ce point. // AFANASIEVA I., PARAKONSKAYA K. Les problèmes juridiques de la GPA. Revue Le droit immobilier et de la famille. 2012. N°5 p.24.

³⁸⁵ La jurisprudence de la Biélorussie n'a pas pu être étudiée. Voir sur ce sujet notamment C.Belous L'encadrement de la GPA en Biélorussie. Publications suite a la conférence internationale scientifique-pratique consacrée à la mémoire du professeur N.G. Yurkevich. 2018 r. Minsk 2018 Pages : 97-101; I.Yakhnovets Problèmes d'application de la loi dans le domaine de l'AMP. p.393-395 https://elib.amia.by/bitstream/docs/2942/1/problemi_borbi2019_393.pdf; V.Shilko La maternité de substitution en République de Biélorussie et en Russie. p.301-307

Cependant, la législation russe reste peu précise sur ce point. Ainsi, aucun texte ne fait référence au droit d'une femme célibataire ou d'un homme célibataire de conclure un contrat de maternité de substitution. Si le recours d'une femme à la GPA (PMA en général) est prévu par le texte encadrant le volet médical, le code de la famille, dans le chapitre sur la « maternité de substitution et le recours à l'assistance médicale à la procréation » qui précise les règles d'établissement de la filiation d'un enfant né de la GPA, fait référence aux « conjoints »³⁸⁶.

Comme le droit ne prohibe pas expressément l'accès à la GPA des personnes seules, certains excès sont toujours possibles. A l'inverse, certaines cliniques, où qu'elles soient implantées, n'acceptent pas les célibataires par précaution. Les praticiens soulèvent l'importance de modifier la législation actuelle en ouvrant expressément l'accès à la gestation pour autrui aux femmes célibataires par la loi³⁸⁷.

<https://lib.vsu.by/jspui/bitstream/123456789/10928/1/301-305.pdf> С. БЕЛОУС « Правовое регулирование суррогатного материнства в Республике Беларусь ». Тезисы докладов международной научно-практической конференции, посвященной памяти профессора Н. Г. Юркевича. г. Минск 2018 Страницы: 97-101; И.Яхновец Проблемы правоприменения практики в сфере ВРТ. стр. 393-395 https://elib.amia.by/bitstream/docs/2942/1/problemi_borbi2019_393.pdf; В.Шилко Суррогатное материнство в Республике Беларусь и РФ. стр.301-307 <https://lib.vsu.by/jspui/bitstream/123456789/10928/1/301-305.pdf>

³⁸⁶ De la définition du contrat de la gestation pour autrui découle qu'un homme célibataire ne peut pas être partie d'un contrat de gestation pour autrui, contrairement à une femme célibataire. Cette position de principe prive les hommes (hétérosexuels et homosexuels) de la possibilité, en cas d'infertilité, de recourir à cette technique d'AMP³⁸⁶. Et en ce qui concerne l'assistance médicale à la procréation, comme moyen de traitement d'infertilité, c'est l'infertilité féminine qui fait obstacle à la gestation d'un enfant. Il serait imprudent de confondre différences et inégalités de traitement. Toute différence de traitement n'est pas forcément discriminatoire. Comme aucun texte n'ouvre expressément l'accès à la gestation pour autrui à un célibataire³⁸⁶ mais qu'ils ont recours à cette technique en pratique, il n'est pas rare que les ZAGS (bureau d'état civil) refusent d'enregistrer un père d'intention célibataire en tant que parent de l'enfant. La jurisprudence a reconnu ce droit à une mère d'intention ou à un père d'intention. Dans un premier temps, en 2009, ce droit a été reconnu à une femme célibataire³⁸⁶.

Dans cette affaire, le Tribunal a jugé que, conformément à l'article 35 de la loi fédérale concernant la protection de la santé des citoyens de la Fédération de la Russie de 1993, une femme célibataire a le droit de se réaliser en tant que mère au même titre qu'une femme mariée.

Par la suite, la jurisprudence a reconnu le même droit à un homme célibataire. Cette égalité des hommes et des femmes dans le domaine de l'assistance médicale à la procréation a été déduite du principe d'égalité entre la femme et l'homme posé par l'article 19 de la Constitution de la Fédération de Russie³⁸⁶.

³⁸⁷ Échange avec les directeurs des cliniques en 2019 et 2020.

194. Jusqu'en 2011, le droit russe était silencieux sur l'accès à la gestation pour autrui des femmes célibataires. Par sa décision du 05 août 2009, la Cour de district Kalininsk de Saint-Pétersbourg (affaire de Natalia Gorskaia) a dû se prononcer pour la première fois sur la légalité du refus de l'officier de l'état civil d'enregistrer l'enfant, né suite à la technique de la gestation pour autrui, comme l'enfant de la requérante en présence d'un accord donné en ce sens par la mère porteuse (exigence de l'article 51 alinéa 4 du Code de la famille). La Cour se fondait sur l'article 35 de la loi sur « Les fondements législatifs concernant la protection de la santé des citoyens », lequel précise que chaque femme célibataire a les mêmes droits que les femmes mariées pour se réaliser en tant que mère. La Cour a jugé qu'il n'existe aucune norme interdisant aux femmes non-mariées de se réaliser en tant que mère. Selon la Cour, l'article 51 alinéa 4 du Code de la famille ne prévoit qu'un cas possible d'enregistrement des parents biologiques qui ont recouru à la procréation médicalement assistée ou à la gestation pour autrui en tant que père et mère de l'enfant. En effet, l'article 51 ne mentionne que « le couple ». Souvent les officiers de l'état civil utilisent l'art. 51 al.4 comme norme générale en refusant aux personnes célibataires d'établir le lien de filiation avec l'enfant issu de la gestation pour autrui. Selon la Cour, cette interprétation restrictive de l'article 51 viole les droits des citoyens reconnus par les articles 38, 45 et 55 de la Constitution de la Fédération de la Russie. La cour a précisé que l'art. 51 al.4 qui exige l'accord de la mère porteuse en faveur de l'enregistrement de l'enfant par les parents biologiques n'est qu'une protection des droits de la mère porteuse, et qu'une fois qu'elle donne son accord, elle exprime clairement sa volonté de ne pas créer le lien de filiation avec l'enfant dont elle a accouché. Natalia Gorskaia est devenue la première mère biologique russe à obtenir un droit à la filiation avec un enfant né dans le cadre du programme de gestation pour autrui. Postérieurement, le 03 novembre 2009, le tribunal de district Kountsevo de Moscou a statué dans le même sens en énonçant qu'« une femme célibataire a les mêmes droits qu'une femme mariée pour réaliser ses fonctions biologiques de maternité ».

195. Concernant l'accès d'une femme seule ou d'un homme célibataire à la gestation pour autrui en Ukraine, l'article 123 du Code de la famille est sans ambiguïté et indique qu'un couple hétérosexuel est susceptible de devenir les parents via la gestation pour autrui. Cependant il existe plusieurs discordances entre le Code

de la famille et l'Arrêté du ministère de la Santé n° 787 du 09.09.2013 « Sur l'approbation des conditions et procédures d'utilisation des techniques de procréation médicalement assistée en Ukraine ». Ce dernier, dans l'alinéa 6.11 énonce la liste des documents exigés pour un programme de gestation pour autrui. Parmi ces documents figure « une copie notariée du contrat écrit entre la mère porteuse et la femme (l'homme) ou les conjoints ».

196. En pratique, nous retrouvons dans la jurisprudence de l'Ukraine des décisions relatives à la gestation pour autrui au profit des pères commanditaires célibataires. Pour l'enregistrement du nom du père dans l'acte de naissance de l'enfant né d'une mère porteuse, il est nécessaire de fournir un certificat d'affinité génétique du père avec l'enfant. En cas d'absence d'un tel certificat, la filiation paternelle doit être établie en justice. Cette transcription passe par voie judiciaire car en pratique les bureaux d'État civil³⁸⁸ refusent l'inscription du père d'intention célibataire dans l'acte de naissance de l'enfant. L'acte est établi avec une seule filiation maternelle au nom de la gestatrice, et les pères biologiques saisissent le Tribunal afin d'établir leur filiation et exclure le nom de la gestatrice de l'acte de naissance.

197. Nous pouvons citer à ce titre la décision du tribunal Novokakhovsk de la région de Kherson du 04 novembre 2014 N661/4534/14-ts³⁸⁹. Dans cette affaire, un contrat de gestation pour autrui avait été conclu en Russie. La gestation pour autrui avait été réalisée avec le sperme du père et un don d'ovocytes. La gestatrice avait accouché à l'hôpital de Kherson et le service d'état civil de la ville de Novokakhov avait délivré un acte de naissance mentionnant le père d'intention dans la case « père » et la mère porteuse dans la case « mère ». Par la suite, le père d'intention avait intenté une action en justice pour contester la maternité de la gestatrice et demander l'exclusion de son nom de l'acte de naissance. Le tribunal de la ville de Novokakhov de la région de Kherson a accueilli la demande du père biologique par décision le 04 novembre 2014 après avoir analysé les normes du droit

³⁸⁸ Cf. règles d'enregistrement des actes de l'état civil de l'Ukraine, définies par l'ordonnance du Cabinet des Ministres de l'Ukraine N1025 du 10 novembre 2010 relatives à l'approbation des formes de tenue des registres et des formulaires des actes d'état civil et par l'Arrêté du ministère de la Justice de l'Ukraine du 18 octobre 2000 № 52.5. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0719-00>

³⁸⁹ Новокаховський городський суд Херсонської області, рішення 4 ноября 2014 по делу № 661/4534/14-ц <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/41371515>

et les circonstances de l'affaire, en tenant compte du fait que la mère porteuse avait reconnu ne pas être la mère génétique de l'enfant et demandait au tribunal de satisfaire la demande du père biologique.

Une deuxième affaire³⁹⁰ a connu son épilogue avec la décision de la Cour d'Appel de Kherson du 21 juin 2015 №645/9412/14-TS. Il s'agissait d'une gestation pour autrui effectuée au profit d'un citoyen français. L'enfant avait été conçu in vitro grâce au sperme du père biologique et aux ovocytes d'une donneuse. Dans l'acte de naissance de l'enfant, la gestatrice avait été inscrite en tant que mère et le père biologique en tant que père. Le père biologique a été contraint de s'adresser à la justice puis de saisir la Cour d'Appel pour obtenir l'exclusion du nom de la gestatrice de l'acte de naissance de l'enfant³⁹¹.

198. Ainsi, dans ces deux décisions le tribunal a satisfait aux demandes en se fondant sur l'intérêt de l'enfant tel qu'il est défini par l'article 7 de la Convention de New York de 1989³⁹² et sur l'existence du lien biologique avec le père. En considérant une telle demande comme légitime et étant dans l'intérêt de l'enfant, le Tribunal ordonne la transcription du lien de filiation paternelle et l'effacement du nom de la gestatrice de l'acte de naissance.

La même situation de discordance entre le droit et la pratique existe en Russie quant à l'ouverture de la GPA aux hommes célibataires. Ainsi, la partie 3 de l'art.55 de la loi fédérale n° 323-FZ du 21.11.11 « Sur les bases de la protection de la santé des citoyens de la Fédération de Russie » mentionne la liste exhaustive des personnes pouvant bénéficier de l'utilisation des techniques de procréation médicalement assistée. Il s'agit des hommes et femmes, mariés ou non, et des femmes célibataires.

199. Pour ces juristes, dans la législation actuelle, il existe précisément trois catégories de personnes pouvant recourir à la procréation médicalement assistée.

³⁹⁰ Решение Новокаховского городского суда Херсонской области от 03 июля 2014 г, дело № 661/2127/14-ц. URL: <http://www.revestr.court.gov.ua/Review/39568572>

³⁹¹

³⁹² En vertu de l'article 7 de la Convention relative aux droits de l'enfant, l'enfant doit être enregistré à partir de sa date de naissance : alinéas 2,3,11 des Règles d'état civil en Ukraine, approuvé par l'Ordonnance n° 52/5 du ministère de la Justice du 18 octobre 2000 (la naissance d'un enfant est enregistrée au lieu de naissance ou au lieu de résidence des parents de l'enfant, ou de l'un d'eux)

Cette liste est limitative et ne fait pas l'objet d'une interprétation extensive, ce qui est confirmé par la formulation dénuée de toute ambiguïté utilisée par le législateur (absence de locutions telles que « et dans d'autres cas », « et autres personnes »), ainsi que par l'absence de références à d'autres actes juridiques.

200. Pourtant la jurisprudence semble aller parfois dans un autre sens, comme en témoignent les décisions du tribunal de district de Babushkinsky de Moscou du 04 août 2010³⁹³, ou celle du tribunal de district de Smolninsky de Saint-Petersbourg du 04 mars 2011³⁹⁴, ou encore celle rendue le 25 mars 2011 par le tribunal de distrikt Tverskoi de Moscou³⁹⁵. Dans ces décisions, des hommes célibataires, devenus pères avec l'aide d'une mère porteuse, ont été reconnus comme les seuls parents de l'enfant. Le prononcé de telles décisions se justifie car le tribunal a été à chaque fois saisi a posteriori, après la naissance de l'enfant. Les décisions se fondent donc sur l'intérêt de ce dernier. Elles ne se prononcent pas sur légalité de la GPA au profit d'un père célibataire mais ordonnent la délivrance de l'acte de naissance avec le lien de filiation paternelle pour ces cas d'espèce. A l'heure actuelle, la Cour Suprême ne s'est pas prononcée sur la question de l'accès à la GPA aux hommes célibataires, ni sur une éventuelle discrimination fondée sur le sexe qui constituerait une violation des normes du droit russe et du droit international³⁹⁶.

³⁹³ Il n'est pas possible de donner une référence plus précise. Comme expliqué dans l'introduction, les pays de l'Europe de l'Est n'ont pas la même rigueur concernant la bibliographie et les références jurisprudentielles. Souvent dans les livres, recherches ou articles, les références sont omises.

³⁹⁴ Affaire N2-1601/2011.

³⁹⁵ Affaire N2-1894/2011.

³⁹⁶ Sur la base de ce qui précède, aujourd'hui, la loi étant parfaitement claire, malgré sa nature discriminatoire évidente fondée sur le sexe, la prestation des services de procréation médicalement assistée aux hommes célibataires constitue une violation des normes du droit russe et du droit international. Selon les dispositions de l'art. 37, par. 2 de la partie 1 de l'art. 79 de la loi fédérale n° 323-FZ du 21.11.11 relative à la protection de la santé des citoyens dans la Fédération de Russie, une organisation médicale est tenue d'organiser et de mener à bien ses activités médicales (compris les procédures pour la fourniture de soins médicaux, obligatoires.) conformément aux lois et règlements de la Fédération de Russie. Compte tenu de la présence d'une liste exhaustive de personnes ayant droit à la procréation médicalement assistée, conformément à la loi sectorielle principale et à la procédure actuelle n° 107n, la fourniture des services de procréation médicalement assistée par une organisation médicale à un homme célibataire est à juste titre reconnue comme la violation de la législation en vigueur ; le non-respect de la procédure de fourniture de soins médicaux, la violation des restrictions imposées à l'utilisation de technologies de procréation médicalement assistée, constitue une infraction et engage la responsabilité de toute organisation qui y recourt. Ainsi, si une organisation médicale décide de fournir ses services médicaux de procréation médicalement assistée à un homme célibataire, tirant parti des avantages économiques d'une telle décision, elle assume les risques juridiques, notamment les coûts potentiels de l'assistance judiciaire et les amendes pour non-respect des obligations prévues par la loi. Tant que la norme actuelle,

201. Accès des étrangers à la gestation pour autrui. Aucun des États étudiés n'a limité l'accès à l'assistance médicale à la procréation aux étrangers³⁹⁷. Les mêmes règles s'appliquent aux nationaux et aux non nationaux. Plusieurs propositions de lois visant à interdire le recours à la GPA pour les étrangers ont vu le jour à la suite de scandales liés aux enfants, nés de la GPA aux profits des parents d'intention étrangers, et « bloqués » en Russie et en Ukraine suite à la fermeture des frontières du fait de la crise COVID³⁹⁸. Ces projets de lois prévoyaient notamment une interdiction d'accéder à la gestation pour autrui pour les ressortissants des États prohibant la GPA ou pour tous les étrangers en général. Cependant, à ce jour, aucune de ces réformes n'a abouti³⁹⁹.

Le statut de la mère porteuse

202. La liberté contractuelle suppose qu'on peut contracter avec la personne de son choix. Il y a cependant plusieurs exceptions imposées par la loi : la gestatrice doit répondre à certains critères.

203. L'âge de la gestatrice. Tous les États étudiés ont fixé l'âge à partir duquel une femme peut devenir une gestatrice et ont aussi exigé que la gestatrice ait déjà un enfant en bonne santé⁴⁰⁰. Ce seuil d'âge n'est pas le même partout et tous les États n'ont pas fixé d'âge limite à partir duquel une femme ne peut plus être gestatrice.

qui détermine et limite sans ambiguïté les personnes autorisées à utiliser des services de procréation médicalement assistée, ne sera pas contestée et reconnue inconstitutionnelle et discriminatoire, le risque de refus de l'enregistrement d'un enfant par les bureaux d'enregistrement demeurera élevé.

³⁹⁷ Les propositions de lois et les débats soulevés suite à la fermeture des frontières sont traités dans la Partie II.

³⁹⁸ Notamment le projet de loi № 1191971-7 du 11 juin 2021 qui sera discuté dans le titre consacré aux réformes. <https://sozd.duma.gov.ru/bill/1191971-7>

³⁹⁹ Les projets de lois et des réformes sont étudiés dans le Titre II.

⁴⁰⁰ Cette exigence est importante et repose sur des aspects à la fois médicaux et psychologiques. Une femme qui a déjà accouché est mieux préparée pour mener une grossesse et surtout pour faire face à la charge psychologique liée à la remise de l'enfant aux parents d'intention après la naissance.

204. En Russie, au Kazakhstan et en Biélorussie, cet âge va de 20 ans à 35 ans⁴⁰¹. Parmi les Etats étudiés, c'est l'Ukraine qui a mis en place le seuil d'âge le plus bas, correspondant à celui de la majorité, c'est-à-dire 18 ans ; le texte ne précise pas l'âge maximal⁴⁰².

Pour les médecins kazakhs, il est important d'augmenter l'âge limite jusqu'à 40 ans. Selon Mme Bekbergenova, directeur du centre de GPA « Bolshak » : « Comme le confirme la pratique, les filles de moins de 25-26 ans, même ayant leur propre enfant, ne sont pas psychologiquement préparées à être mères porteuses, à se prendre en charge. C'est une énorme responsabilité de porter et de donner naissance à un enfant pour le confier à quelqu'un d'autre par la suite. Beaucoup de parents d'intention ne peuvent pas avoir recours à quelqu'un de leur entourage prêt à les aider gratuitement juste parce qu'ils ont un peu plus de 35 ans et ne répondent plus aux critères de santé « exigés » par le texte »⁴⁰³.

Une modification relative à l'âge de la gestatrice a été apportée par la loi biélorusse du 18.06.2019. Désormais, elle peut être âgée au plus de 49 ans, ce qui est en conformité avec les préconisations de l'Organisation mondiale de la santé et de la Société européenne de reproduction humaine et d'embryologie (ESHRE).

205. **Maternités préalables.** Dans la plupart des États qui autorisent la gestation pour autrui, la mère porteuse doit déjà avoir été mère et l'enfant qu'elle a mis au monde doit être en bonne santé physique et mentale.

Cette règle est importante non seulement pour faciliter un « désinvestissement affectif » à l'égard de l'enfant qu'elle porte, mais également pour éviter que la gestatrice puisse se trouver privée de toute descendance dans l'hypothèse où un accident surviendrait et la rendrait stérile.

⁴⁰¹ Les conditions légales pour devenir gestatrice sont précisées à l'article 55 de l'Arrêté du ministère de la Santé (depuis la loi Fédérale de 2011). Au Kazakhstan, cette règle est posée par l'article 56 du Code de la famille, et en Biélorussie – à l'article 22 de la loi biélorusse sur la procréation médicalement assistée.

En pratique, cependant, la limite d'âge n'est pas toujours respectée. Il n'est pas rare qu'une femme plus âgée, ayant déjà l'expérience de la gestation pour autrui, soit choisie par les parents d'intention ou par la clinique. Le droit d'aucun pays ne prévoit de sanction pour la violation de cette règle d'âge.

⁴⁰² L'Arrêté du ministère de la Santé n° 787 du 09.09.2013 « Sur l'approbation des conditions et procédures d'utilisation des techniques de procréation médicalement assistée en Ukraine ».

⁴⁰³ D.Bekbergenova, directeur du centre de GPA « Bolshak », intervention au colloque sur la GPA, Astana 2014.

Le législateur biélorusse est allé plus loin que ses homologues en ajoutant un critère moral : une gestatrice doit être « une bonne mère de famille »⁴⁰⁴. En d'autres termes, il est obligatoire qu'au moment de la conclusion du contrat de maternité de substitution, elle ne n'ait pas été déchue de ses droits parentaux ou limitée dans ceux-ci dans le passé. Elle ne doit pas avoir été suspendue de ses fonctions de tuteur ou de curateur pour un mauvais accomplissement de ses devoirs ou s'être vue retirer un enfant adopté pour faute. Sa situation pénale ne doit être empreinte d'aucune mention portant condamnation et ne comporter aucune implication dans une affaire pénale.

Nous pouvons souligner qu'aucun État étudié ne limite le nombre des grossesses pour le compte d'autrui.

Situation matrimoniale. La mère porteuse peut être mariée, mais le rôle et le poids du consentement du conjoint diffèrent selon les pays. Aux États-Unis, le mari peut s'opposer à ce que son épouse accepte valablement un tel contrat. En cas d'acceptation de la part du mari, il est fréquent que ce dernier soit alors lui-même partie dans la convention de gestation par personne interposée. En Ukraine, l'opposition du mari est en revanche sans effet sur la possibilité pour l'épouse d'accepter un tel contrat. En droit kazakh, si la mère porteuse est mariée, le consentement écrit de son conjoint est obligatoire. Ce consentement doit être donné sous la forme d'un acte notarié.

En Russie⁴⁰⁵, l'accord écrit du mari d'une gestatrice a été exigé par les cliniques même avant l'entrée en vigueur de la loi Fédérale 2011, bien que cette exigence n'était prévue par aucun texte législatif ou normatif. Ce consentement joue un rôle important en cas de refus de la gestatrice de remettre l'enfant né, il permet d'éviter que le mari de la gestatrice voie une filiation établie à son insu par le jeu de la présomption de la paternité du mari.

206. La situation financière de la gestatrice et son énumération

⁴⁰⁴ L'article 22 de la loi sur la procréation médicalement assistée.

⁴⁰⁵ L'alinéa 10 de l'article 55 de la FZ 2011 exige l'accord écrit de son mari si la gestatrice est mariée.

Si la gestation pour autrui altruiste existe, la GPA reste majoritairement commerciale et le vocabulaire employé, un dédommagement raisonnable ou la rémunération du service fourni, n'a pas d'incidence sur la nature du service fourni.

La mère porteuse est le plus souvent dans une situation de grande précarité et il est improbable que la maternité de substitution soit pratiquée sans contrepartie financière⁴⁰⁶. Ce « travail de gestation »⁴⁰⁷ est fourni par les mères porteuses, certes de leur propre gré, mais elles sont essentiellement des femmes pauvres au service d'hommes et/ou de femmes plus riches. Il s'agit d'une évidence mais qui ne peut être niée et qui doit être répétée. La rémunération est omniprésente dans ces mécanismes dépendant d'un marché⁴⁰⁸. Les conventions sont conclues à titre onéreux, et ces femmes perçoivent souvent une part infime de ce qui est versé au profit des entremetteurs.

Mais nous ne pouvons nier que, ces femmes sont un « prolétariat reproductif », la classe la plus pauvre et la plus basse, n'ayant qu'une seule richesse : ses enfants⁴⁰⁹. Et la gestation pour autrui ne fait qu'accentuer la distinction des classes, où les riches emploient les femmes pauvres comme « classe reproductrice » afin de produire des enfants pour la classe supérieure. Une situation où des mères porteuses riches procureraient leurs services de gestation à des femmes stériles pauvres est difficile à imaginer⁴¹⁰.

Ce n'est pas la gestatrice qui touche la plus grosse partie des sommes versées par les parents d'intention. « Ceux qui bénéficient de ce marché ce sont les intermédiaires, les agences basées au sein des pays d'Europe de l'Est, en Russie et pour tout le reste du monde à Londres ». Ces pratiques se répandent dans les pays qui connaissent des crises financières et où vivent beaucoup de femmes pauvres⁴¹¹.

⁴⁰⁶ FABRE-MAGNAN M. La gestation pour autrui. Fictions et réalités. Fayard. 2013. p.97.

⁴⁰⁷ Le terme de « travail » est souvent utilisé par la presse. Cependant, il n'existe pas de textes officiels mentionnant cette qualification.

⁴⁰⁸ ICARD J. « Une analyse économique du droit de la famille. À propos de la gestation pour autrui », Revue de la recherche juridique. Droit prospectif, n° 1, 2011, p. 131-152, spéc. p. 142.

⁴⁰⁹ FABRE-MAGNAN M. La gestation pour autrui. Fictions et réalités. Fayard. 2013. p.98.

⁴¹⁰ Opinion du juge américain dans l'affaire Baby M. Idem.

⁴¹¹ COIGNACLE A. La gestation pour autrui, une question de droit, un enjeu de société in Dalloz Actualité. 05 juillet 2017.

207. La sélection de la mère porteuse

Bien évidemment, les individus en mal d'enfant souhaitent le meilleur pour eux-mêmes en ayant à leur disposition la meilleure gestatrice. Contrairement à la donneuse d'ovocyte qui transmet son patrimoine génétique à l'enfant, la gestatrice ne le fait pas. Dès lors, si pour une donneuse d'ovocyte, il apparaît presque naturel que les commanditaires la sélectionnent en fonction de critères qui, dans d'autres domaines, apparaîtraient discriminatoires (l'âge, la couleur de peau ou des yeux, les mensurations, les antécédents familiaux, le nombre d'années d'études ou même le Q.I)⁴¹², dans le cas de la GPA la sélection se fait sur l'aptitude de mener à bien une grossesse et de remettre l'enfant aux parents d'intention le jour venu.

Aucune législation ne prohibe le fait que la gestatrice soit une proche (amie ou membre de l'entourage familial). Certains pays le prévoient même explicitement. Ainsi, le droit ukrainien⁴¹³ précise qu'« il est permis aux proches des futurs parents (la mère, la sœur, la cousine, etc.) de mener une grossesse à leur profit ». La presse et la jurisprudence nous renseignent sur l'existence de tels cas. En 1995, une affaire qui marquait le début du programme de maternité de substitution en Ukraine a eu un certain retentissement. Une mère a porté l'enfant de sa fille souffrant d'une absence congénitale d'utérus et la gestatrice est ainsi devenue la grand-mère de l'enfant né⁴¹⁴.

Selon le rapport du Sénat français, la réponse n'est pas si simple à apporter à la question de savoir si la gestatrice pourrait être une parente du couple demandeur. Rien ne s'y oppose pour certains, d'autant que souvent la maternité pour autrui est pratiquée entre sœurs⁴¹⁵. Tous les psychanalystes favorables à la légalisation de la gestation pour autrui entendus par le groupe de travail⁴¹⁶, ont au contraire jugé impératif d'interdire tout lien de parenté entre la gestatrice et le couple d'intention,

⁴¹² BRUNETTI-PONS Clothilde. Le droit à l'enfant et la filiation en France et dans le Monde. GIP. 2017.p 127.

⁴¹³ L'alinéa 6.1 de l'Arrêté du ministère de la Santé de l'Ukraine n° 787.

⁴¹⁴ Y. Talanov Les problèmes actuels de la maternité de substitution dans la législation ukrainienne. Bulletin de l'Université nationale des affaires intérieures de Kharkiv. 2012. pp. 360-368.

⁴¹⁵ L'opinion d'Anne Cadoret, ethnologue, chargée de recherche au CNRS, membre du groupe de recherche et d'analyse du social et de la sociabilité.

⁴¹⁶ Geneviève Delaisi de Parseval, Elisabeth Roudinesco, Sophie Marinopoulos.

afin d'éviter des pressions et des conflits familiaux, ainsi qu'un brouillage de la généalogie de l'enfant.

Après en avoir longuement débattu, les membres du groupe de travail ont préconisé, dans leur majorité, d'interdire à une mère de porter un enfant pour le compte de sa fille mais de laisser à la commission chargée de l'agrément des gestatrices le soin d'apprécier au cas par cas si telle ou telle femme doit être habilitée à porter un enfant pour le compte de sa sœur ou de sa cousine.

208. Lien affectif et abandon de l'enfant

Concernant le lien entre une femme et l'enfant qu'elle porte durant neuf mois, il est difficile de se positionner sur l'impact « d'abandon » à la naissance. Certes, on ne peut pas nier ce lien qui est très fort chez beaucoup de femmes. Néanmoins, il est impossible de nier son absence chez d'autres - le degré de l'instinct maternel étant variable⁴¹⁷.

Les recherches sur la GPA en Israël montrent que, durant la grossesse, chacune des parties ajuste régulièrement la place qu'elle occupe. Les liens entre la gestatrice et la mère d'intention sont déployés de telle sorte que la mère d'intention et son conjoint sont, dès le début, associés au processus⁴¹⁸. Il s'agit d'un pays où l'état psychologique de toutes les parties du processus est pris en compte. Des relations complexes se mettent en place entre eux, et au moment de l'accouchement, la gestatrice est prise en charge pour se détacher de l'enfant. Nous ne retrouvons cette approche dans aucun Etat étudié sauf le Kazakhstan. Certes, ce pays est loin du modèle israélien, mais la pratique nous y donne des exemples où la gestatrice devient la nourrice et la nounou du nouveau-né. Une place dans l'éducation de l'enfant lui est accordée. La différence de ce pays d'Asie centrale s'explique en partie par la différence de ses modes familiaux.

⁴¹⁷ De BEAUVOIR S. Le deuxième sexe. Paris. Gallimard, Folio. 1986.

⁴¹⁸ TEMAN E. The Medicalization of "Nature" in the "Artificial Body" : Surrogate Motherhood in Israel. Medical Anthropology Quarterly. Vol.17, N1. Mars 2003.

Il ressort du rapport du Sénat français sur la gestation pour autrui que la gestatrice ne pourrait être anonyme. En effet, la plupart des psychanalystes entendus par le groupe de travail ont estimé qu'il serait préférable, pour l'enfant, qu'il la connaisse et puisse entretenir des relations avec elle, la comparaison avec une nourrice étant souvent effectuée⁴¹⁹.

Dans tous les Etats étudiés, les agences font écran entre les parents d'intention et les gestatrices. Ces premières ne recherchent pas à accorder une place à la gestatrice, ni à l'intégrer dans la vie de l'enfant après l'accouchement. Son rôle se réduit à « une prestation de service » de gestation. Cependant, d'après les témoignages des gestatrices⁴²⁰, des contacts avec les parents d'intention leurs permettraient d'avoir un côté plus humain dans leur travail.

209. La prise en charge de la GPA. Une PMA comme une les autres ?

Les questions de financement public et de prise en charge de l'assistance médicale à la procréation sont des enjeux importants de politique nataliste dans de nombreux pays. Les frais liés à la PMA/GPA comprennent les frais occasionnés par le traitement, les interventions chirurgicales éventuelles, les tentatives d'insémination ou de FIV, les hospitalisations, les honoraires, etc.

La gestation pour autrui, bien que considérée comme une des techniques de procréation médicalement assistée, n'est prise en charge par la Sécurité sociale que pour un nombre d'acte très limités. La rémunération de la gestatrice, le recours aux dons de gamètes, les frais juridiques ne sont pris en charge par la Sécurité sociale d'aucun des Etats étudiés. Et le coût important de cette technique a pour effet d'en limiter l'accès à une frange de la population qui en a les moyens. Il n'existe pas de statistiques officielles sur le nombre d'individus nécessitant un traitement d'infertilité via la PMA et la GPA, et de ceux qui bénéficient d'un tel traitement partiellement pris en charge de la Sécurité Sociale. Par exemple, en Ukraine, le coût des

⁴¹⁹ Lors de son audition, Marie-Christine Le Boursicot, magistrate, membre du Conseil supérieur de l'adoption, a estimé pour sa part qu'un secret relatif devrait être organisé pour la protéger : son identité serait consignée sur un registre spécial et accessible à l'enfant s'il en manifestait la volonté. Ce secret relatif ne vaudrait dans l'avenir que pour les tiers.

⁴²⁰ Voir notamment l'article de LOPATINA I. « Le sien. D'autrui. Comment vivent les gestatrices en Ukraine. » <https://nv.ua/radio/inverythatplace/svoy-chuzhoy-kak-zhivut-ukrainskie-surrogatnye-materi-reportazh-nv-50009004.html>

technologies de reproduction assistée est extrêmement élevé par rapport au salaire moyen, et ces méthodes ne sont disponibles, selon les estimations, que pour 3 à 4 % des personnes qui en auraient besoin⁴²¹.

Ce qui reste hors du champ d'intervention de l'Etat, ce sont les conséquences sur la santé de la gestatrice des grossesses menées, de l'accouchement et de la stimulation ovarienne nécessaires à la GPA, qui ne sont pas prise en compte. Si une femme développe un cancer suite à une surstimulation des ovaires, elle gèrera seule la situation et les dépenses inhérentes.

210. D'autres questions relatives à la Sécurité sociale doivent être abordées. Il y a nécessité de fixer les conditions générales du séjour de la mère porteuse à la maternité (alimentation de l'enfant, accès des parents d'intention à l'enfant, sortie de la maternité) ; la délivrance de congés maladie pour les mères porteuses et les parents d'intention ; une définition plus précise des règles d'accès à cette technique de procréation ; et aussi la création d'un cadre légal qui protégerait avant tout les intérêts de l'enfant à naître, mais aussi ceux de la gestatrice et des parents d'intention. Une partie des dispositions de la loi devrait être consacrée au financement public d'opérations de traitement de l'infertilité pour certaines catégories de citoyens, à la fonction et aux compétences du gouvernement de la Fédération de Russie dans le domaine des technologies de reproduction, et à l'autorité publique amenée à encadrer et à superviser les comportements des protagonistes de ces programmes.

211. Une nécessité d'intervention du législateur.

Si les problèmes de prise en charge des frais de la PMA/GPA sont identifiés, l'amélioration de cette situation n'est possible qu'avec la mise en place d'un vrai système de prise en charge au niveau étatique. Cela concerne tous les états étudiés. Comme il a été dit ci-avant, une loi fédérale s'impose. Elle devrait encadrer et organiser la procréation médicalement assistée, renforcer les garanties des citoyens afin qu'ils reçoivent en temps utile un traitement de qualité contre la stérilité, garantir

421 AFANASIEVA I., PAROKONNAYA Les problèmes juridiques de la GPA in Droit de la famille et de l'immobilier. 2012. 2012. No5. p. 23–24

la protection des droits et des intérêts légitimes des parents et des mères porteuses, définir les fonctions et les compétences de l'organisme public chargé du contrôle de ces activités, renforcer et simplifier l'accès à la procréation médicalement assistée et sa prise en charge par l'État. Ces questions sont directement liées aux intérêts et aux droits vitaux des citoyens et doivent, de ce fait, impérativement être réglementées par le législateur.

Dans le rapport du Sénat⁴²² sur la gestation pour autrui, les sénateurs soulèvent l'importance des droits sociaux afférents à la maternité - droits à congé, protection du contrat de travail, prestations sociales pour la gestatrice. Concernant les parents d'intention, ils devraient bénéficier de droits à congés pour l'accueil de l'enfant calqués sur les droits à congés en matière d'adoption, c'est-à-dire des congés post-naissance.

Certificat médical dispensant de travail durant la période postnatale⁴²³. La question du droit au certificat d'incapacité de travail donnant droit au congé maternité postnatal (ou congé post-adoption) a été soulevée devant les juridictions à plusieurs reprises. Dans un arrêt du tribunal Dorogomilovski de Moscou de 2011, une femme non mariée avait saisi la justice aux fins de contester le refus du bureau d'état civil de l'inscrire en tant que mère dans l'acte de naissance d'un enfant né par gestation pour autrui. La requérante déplorait, au surplus, le refus de la clinique de lui délivrer un certificat d'incapacité⁴²⁴.

Or, selon l'Ordre du ministère de la Santé et du développement social de la Fédération de Russie du 29 juin 2011 № 624n « *Sur l'approbation de la procédure de délivrance des arrêts de travail*⁴²⁵ », aucune feuille d'incapacité de travail ne peut être délivrée à une femme qui a suivi un traitement de FIV pour infertilité dans le cadre d'un programme de maternité de substitution. La solution est d'autant plus curieuse qu'un certificat d'incapacité de travail peut être délivré à toute femme qui a adopté un

⁴²² ANDRÉ M., MILON A., de RICHEMONT H, Rapport d'information du Sénat sur la maternité pour autrui 25 juillet 2008.

⁴²³ Листок нетрудоспособности.

⁴²⁴ Ce certificat est délivré à la sortie de la maternité à la femme qui accouche pour qu'elle puisse par la suite accomplir les formalités administratives et pouvoir bénéficier des congés postnataux payés. Le même mécanisme existe pour l'adoption d'un enfant âgé de moins de 3 mois.

⁴²⁵ La traduction exacte du terme employé serait « *listes d'incapacité* ».

enfant âgé de trois mois au maximum alors qu'elle ne l'a pas porté. La solution est donc très défavorable aux mères porteuses. Il serait important de faire évoluer l'interprétation de ces règles pour permettre de délivrer un certificat d'incapacité de travail aux gestatrices.

212. Question de la prime de naissance.

La prime de naissance est une somme d'argent versée par l'Etat, avant ou après l'accouchement, pour aider les familles à financer les dépenses liées à l'arrivée du nouveau-né.

Si en France la prime à la naissance est versée sous condition de ressources, c'est n'est pas le cas en Russie. Le montant net de la prime à la naissance en France en 2020 s'élève à 948,28 euros contre 18 004 roubles (moins de 200 euros) en Russie⁴²⁶, 10 320 grv (env. 420 euros) en Ukraine, 2 834 br (970 euros), en Biélorussie : 3 968 roubles biélorusses (1 368 euros) en cas de naissance d'un deuxième enfant), au Kazakhstan : 110 846 tenge (env. 220 euros) (183 771 tenge (env. 370 euros) à partir du quatrième enfant)⁴²⁷.

De plus, la Russie a mis en place une prime pour la mère pour les deuxièmes naissances et les suivantes : « materinki kapital »⁴²⁸. Cette somme est versée à la mère, et pour en bénéficier il faut soit avoir la nationalité russe, soit être résident en Russie et avoir donné naissance à l'enfant en Russie⁴²⁹. Cependant, il n'est pas possible de disposer librement de cette prime : elle est versée sous la forme d'un certificat qui doit être utilisé pour des buts précis : amélioration des conditions de vie de l'enfant et son éducation.

⁴²⁶ Une prime importante est versé seulement à partir de deuxième enfant - 483 882 roubles en 2021 (environs 5 000 euro).

⁴²⁷ Il faut préciser que les pays de l'ex-URSS prévoient également le versement de prestations mensuelles pour la mère durant les trois premières années de la vie de l'enfant.

⁴²⁸ 483 000 roubles en 2021, ce qui correspond à environ 5 000 euros.

⁴²⁹ Cette prime attire de nombreuses familles des pays de l'Asie centrale, qui bénéficient souvent de la libre circulation ou de conditions allégées pour le visa de travail et le regroupement familial.

En matière de la gestation pour autrui, la question de la prime de naissance fait naître des contentieux : qui en est bénéficiaire ? La gestatrice ou la mère d'intention ?

En Russie, dès que cette dernière se trouve confrontée au refus de remise de l'enfant, la femme qui accouche, en tant que mère légale, a droit à toutes les allocations et primes liées à la naissance⁴³⁰.

En France, c'est la question des prestations sociales au bénéfice des parents d'intention, ayant eu recours à la GPA à l'étranger, qui se pose⁴³¹. Notamment, celle de savoir si les parents ont droit à la prime de naissance. En effet, la CAF exige le certificat de l'accouchement pour la constitution du dossier. La problématique des refus commence à émerger, et la saisine des juridictions à ce sujet n'est qu'une question de temps.

213. Nationalité de l'enfant né.

Dans tous les Etats étudiés, la nationalité de l'enfant né par gestation pour autrui prend la nationalité (les nationalités) de ses parents d'intention. Aucun des Etats (la Russie, l'Ukraine, la Biélorussie, le Kazakhstan) n'accorde sa nationalité à l'enfant comme c'est le cas aux Etats-Unis.

Certains projets de loi⁴³² envisagent des réformes qui permettraient à l'enfant né de la GPA d'acquérir la nationalité du pays de naissance. Cela permettrait aux autorités du pays de naissance de s'assurer du bien-être de l'enfant par la suite⁴³³.

Malgré cette règle au profit de la nationalité des parents d'intention, la jurisprudence ukrainienne démontre que dans certaines situations spécifiques, la nationalité ukrainienne a été accordée à l'enfant né par gestation pour autrui afin qu'il

430 Voir sur ce sujet notamment la décision du Tribunal du district Primorski de Saint-Petersbourg No 2-8966/2018 du 20 novembre 2018. //Решение Приморского районного суда Санкт-Петербурга No 2-8966/2018 от 20 ноября 2018 г.

431 KOVACS S. Après une GPA aux USA, un couple gay attaque la CAF. Figaro. 29/09/2021

432 Voir notamment le projet de loi en Russie № 1191971-7 du 11 juin 2021. <https://sozd.duma.gov.ru/bill/1191971-7>

433 L'idée est de mettre en place un système de contrôle par l'Etat de naissance, comme cela existe déjà pour les adoptions internationales.

ne soit pas apatride, et donc sans passeport. Il s'agit avant tout de situations dans lesquelles le consulat étranger refusait la délivrance des passeports pour les enfants du fait de l'illégalité de la gestation pour autrui dans le pays dont les parents d'intention étaient citoyens⁴³⁴, ou du fait d'absence de lien génétique avec les deux parents d'intention.

214. Conclusion :

Les lois ukrainiennes, biélorusses, kazakhes et russes sur la maternité de substitution sont très proches. Quatre différences importantes peuvent néanmoins être soulignées. Il s'agit de l'accès à la maternité de substitution des personnes célibataires, et celui des concubins (couples non unis par le lien de mariage) ; du droit de la gestatrice de garder l'enfant ; de l'exigence d'un lien génétique entre l'enfant et au moins un des parents d'intention.

Comme nous avons pu le constater, les quatre États dits « favorables » à la gestation pour autrui. Mais le fait d'autoriser expressément la gestation pour autrui ne signifie pas forcément l'encadrer. Les relations des parents d'intention et de la gestatrice se basent, dans la majorité des cas, sur un contrat. Et les contrats ont certaines caractéristiques.

SECTION II. Le contrat de gestation pour autrui dans les États d'Europe orientale

215. Dès que l'on parle de contrat, l'on parle de la rencontre de la volonté de deux ou plusieurs personnes en vue de créer des effets juridiques. Et c'est à la loi que revient la mission d'encadrer la liberté reconnue aux parties d'un contrat, afin de garantir un certain équilibre contractuel et de protéger les valeurs fondamentales.

434 Affaire anglaise - Re X & Y (Foreign Surrogacy), [2008] EWHC (Fam) 3030; Affaire allemande - <http://www.ukrainiansurrogates.com/surrogacy-ban-in-germany:> affaire belge - http://www.nbcnews.com/id/41800437/ns/world_news-wonderful_world/t/boy-stuck-years-ukraine-arrives-belgium/

Si l'intention des législateurs des Etats étudiés, à l'exception de la France, était d'introduire une certaine marchandisation du corps humain, c'était pour libérer une sphère dans laquelle un certain nombre d'échanges devenaient possibles, faute de quoi plus aucune pratique n'aurait été licite⁴³⁵. L'individu ne s'en voit pas pour autant reconnaître un droit de disposer de soi⁴³⁶.

Si le législateur reconnaît à un individu une liberté dans ce domaine, il ne lui accorde pas pour autant toutes les prérogatives issues du droit de propriété, puisqu'un individu ne peut librement profiter des ressources de son corps⁴³⁷.

Nous ne retrouvons pas un législateur qui aurait placé le corps humain dans le marché. Cela démontre une défiance des pouvoirs publics à l'égard du libre jeu des initiatives individuelles dans ce domaine. En France, en témoigne l'interdiction pure et simple d'une convention de GPA.

Dans les pays de l'Europe orientale et de l'Asie Centrale, le législateur a accepté, implicitement ou explicitement, une alliance du vivant humain et du contrat dont l'accord de volontés reste le noyau dur. Cependant, comme en France, les juristes et les juges éprouvent une gêne à faire rentrer la relation de la gestation pour autrui dans un moule contractuel. Les difficultés de qualification masquent peut-être les réticences à admettre que dans le domaine du vivant, les volontés individuelles peuvent être créatrices d'effets de droit.

La loi trace les contours en précisant, qu'étant d'ordre public, le contrat ne peut contenir de stipulations qui leur soient contraires⁴³⁸, tandis que certaines obligations sont parfois imposées, les juridictions ayant le devoir de veiller à leur respect. Le domaine de la gestation pour autrui est un domaine dans lequel se côtoient beaucoup de précarité et d'enjeux très importants. Elle peut conduire des individus à renoncer à certains de leurs droits et libertés même fondamentales, notamment à leurs droits sur certains éléments ou produits de leur propre corps.

⁴³⁵ Un don de sang par exemple.

⁴³⁶ F.BELLIVIER, Ch. NOIVILLE Contrats et vivant. LGDJ.2006. P.83

⁴³⁷ Idem.

⁴³⁸ Il n'en demeure pas moins que les contrats doivent être conformes aux normes qui leur sont supérieures. C'est-à-dire aux sources internationales d'application directe ayant une valeur supra-législative, comme notamment certaines déclarations internationales des droits de l'homme.

Il n'est pas facile de se lancer sur les débats relatifs aux contrats de la gestation pour autrui dans les Etats étudiés pour plusieurs raisons. Tout d'abord, les législateurs des Etats ne se sont pas beaucoup préoccupés de cette question et, en conséquence, il existe une grande liberté contractuelle. Partant de là, se pose la question d'une meilleure protection de l'enfant à naître et de la femme qui, souvent sous pression financière, met son corps à la disposition d'autrui. Dans cette partie, nous faisons l'étude des règles prévues en Russie, Ukraine, Kazakhstan et Biélorussie en matière de contrat de gestation pour autrui, en recherchant si le législateur national a posé des règles impératives favorisant la protection des personnes impliquées dans les relations contractuelles.

Comme il n'existe pas de contrats types prévus par les législateurs, l'analyse sera limitée aux dispositions législatives, aux contrats obtenus dans le cadre de ces recherches, et également à la position de la doctrine sur l'état actuel du droit en la matière. Nous verrons, dans un premier temps, que le législateur a pris le soin de définir le contrat de la maternité de substitution et de poser les conditions de sa formation, et d'énoncer les droits et obligations qu'il fait naître (§1). Enfin, nous analyserons les droits et obligations découlant d'un contrat de gestation pour autrui et les responsabilités encourues en cas de non-exécution ou de mauvaise exécution, ainsi que les circonstances permettant aux parties de s'exonérer de leur responsabilité (§2).

§ I. La mise en place des règles lacunaires par la Russie, la Biélorussie, l'Ukraine et le Kazakhstan

216. Si l'on compare les pays étudiés⁴³⁹, seuls le Kazakhstan et la République de Biélorussie ont encadré le contrat de la gestation pour autrui. Au Kazakhstan, l'ensemble du neuvième chapitre du Code du mariage et de la famille est consacré aux questions de la maternité de substitution⁴⁴⁰. Ce chapitre prévoit

439 La Russie, la Biélorussie, l'Ukraine et le Kazakhstan.

440 Au titre de rappel, le Code du mariage et de la famille contient dans son Chapitre 9 sur les Méthodes et technologies de substitution et de procréation assistée du Code du mariage et de la famille les articles suivants :

Article 54. Contrat de maternité de substitution

Article 55 : Contenu du contrat de maternité de substitution

Article 56. Critères pour devenir une mère porteuse

également certaines dispositions relatives au contrat de la gestation pour autrui. En Biélorussie, une loi entière concerne la procréation médicalement assistée encadrant la maternité de substitution, l'insémination artificielle et les FIV. Cette loi consacre trois articles au contrat de gestation pour autrui : articles 21, 23 et 24⁴⁴¹. En Russie, ce type de contrat n'est pas réglementé. C'est seulement depuis 9 ans que le législateur a pris le soin, à minima, de préciser les parties aux contrats. Les mêmes carences se retrouvent dans la législation ukrainienne. Le silence des législateurs a pour conséquence que, d'une part, nous nous retrouvons en présence d'une liberté contractuelle importante, et d'autre part, que le sort des litiges en cas de conflit est incertain.

Le Kazakhstan et la Biélorussie, en mettant en place un cadre juridique, bien qu'incomplet, mais détaillé, permettent une meilleure visibilité sur les conséquences des litiges liés au contrat de gestation pour autrui.

Le contrat de maternité de substitution est une imbrication complexe de diverses relations juridiques et non juridiques entre ses sujets, à la fois dans le processus de conclusion et d'exécution d'un contrat de maternité de substitution et dans les étapes précédant sa conclusion. Les normes de droit de la famille, constitutionnel, civil, pénal, administratif et autres constituent la base de la réglementation juridique de la maternité de substitution.

217. Exemple de la jurisprudence russe démontrant des négligences lors de la conclusion d'un contrat de gestation pour autrui entraînant sa qualification comme « non conclu ». Comme nous l'avons précisé dans le chapitre sur la gestation pour autrui, c'est seulement avec la loi Fédérale sur les Bases de la protection de la santé des citoyens que la nature des relations lors du recours à la gestation pour autrui a été définie comme contractuelle. Cela ne découlait pas de la législation antérieure à cette loi fédérale N323.

Article 57. Droits et obligations des parties à un contrat de maternité de substitution

Article 58. Recours à la procréation médicalement assistée

Article 59. Conséquences juridiques du contrat de maternité de substitution ou de recours aux techniques de procréation médicalement assistée

⁴⁴¹ L'article 23° renvoie aux droits et obligations de la gestatrice, l'article 24-1 - à la coopération internationale des établissements médicaux de l'AMP.

Depuis la loi fédérale N323, la forme écrite du contrat est exigée. En revanche, l'appartenance de l'établissement médical et l'obligation pour chaque partie de conclure un contrat à part avec la clinique ne sont pas précisés. Le législateur ne s'est pas prononcé sur les normes qui doivent être appliquées aux contrats de gestation pour autrui (les mêmes qu'aux contrats de prestation des services, ou ceux de l'achat-vente ou autre). Est-ce que le contrat doit être à titre gratuit ou onéreux ? Quel est l'objet du contrat, quelle est la forme de consentement de la gestatrice pour l'inscription des parents d'intention en tant que parents dans les registres d'état civil ? Quels sont les délais pendant lesquels la gestatrice doit remettre l'enfant né aux parents d'intention ? Quels sont les droits et obligations des parties et quels sont les fondements pour la mise en œuvre de la responsabilité en cas de non-exécution des obligations ? Quelles sont les conséquences d'une force majeure tel que le décès de l'une des parties ? Dans quel cas une des parties peut-elle résilier le contrat ? Comme le législateur russe ne s'est pas prononcé sur toutes ces questions, les parties préparent un contrat à leur façon, et les juridictions doivent statuer dans l'obscurité du droit, au cas par cas.

L'insouciance de certains contractants s'illustre dans la décision du Tribunal de la région de Sverdlovsk du 28.08.2007 n° 33-5744/2007, par lequel le tribunal a déclaré le contrat de maternité de substitution non conclu au motif d'absence de l'accord des parties sur les conditions essentielles⁴⁴².

Dans cette affaire, Madame K. a saisi la justice du fait de la non-exécution du contrat de maternité de substitution, et pour obtenir les dommages-intérêts du fait d'un préjudice moral. Selon la plaignante, elle avait conclu un contrat le 16 mai 2004 avec Madame E. Aux termes de ce contrat, Madame E., après avoir fait les examens médicaux requis, a dû se présenter au Centre de fécondation in vitro d'Ekaterinbourg le 21 mai 2004 pour entamer une procédure de fécondation in vitro. À l'heure prévue, la défenderesse ne s'est pas présentée à l'établissement médical, en violant ainsi ses obligations prévues par le contrat de la gestation pour autrui. Le préjudice moral a été reconnu à la demanderesse.

⁴⁴² Il revenait aussi au Tribunal, dans le silence du législateur, de définir les conditions essentielles d'un contrat de gestation pour autrui.

Conformément à l'article 432 du Code civil de la Fédération de Russie, le contrat entre les parties est considéré comme conclu si les parties se sont accordées sur toutes les conditions essentielles⁴⁴³. D'après les pièces du dossier (l'exemplaire du contrat fourni par la demanderesse mais aussi l'exemplaire fourni par la défenderesse, les annexes n° 1 et n° 2 au contrat, les explications des parties), il s'ensuit que le contrat ne contient pas de conditions essentielles : il contient des corrections, non spécifiées par les parties comme « convenues et acceptées par elles ». Il était évident pour les juges que le contrat avait été conclu à la hâte.

Ni le contrat, ni les annexes ne précisaient la date (les délais) à laquelle la défenderesse devait se présenter pour la procédure de FIV. Par ailleurs, l'article 2.1.3 du contrat renvoyait « aux délais de la FIV prévus par le contrat ». La date d'une éventuelle procédure d'implantation d'embryon n'avait pas non plus été précisée, ni dans le contrat conclu par la mère d'intention avec la clinique (de plus, ce contrat n'était même pas daté !), ni par les annexes au contrat signées le 18 mai 2004 et le 19 mai 2004. Le contrat était donc lacunaire.

Le contrat ne contenait pas non plus la mention de la somme de la rémunération offerte ni son mode de calcul. Une comparaison des textes du contrat soumis par chacune des parties démontre que la version finale du contrat n'a pas été signée par les parties et qu'il y avait des désaccords entre elles sur les termes essentiels du contrat, qui n'ont pas été résolus. La comparaison des deux exemplaires du contrat avec les annexes permettait de conclure qu'ils contenaient des conditions contradictoires et mutuellement exclusives (l'une excluant l'autre).

La clause (article) 3.1.3 du contrat présenté par la demanderesse stipulait que la rémunération mensuelle du « prestataire » était de 4 000 roubles⁴⁴⁴. Dans la version de la défenderesse, cette somme correspondait à 6 000 roubles.

L'annexe № 1 au contrat contenait une condition supplémentaire : la somme de 8 000 roubles payées tous les deux mois. La même annexe prévoyant le paiement des sommes pour l'achat de vêtements et renvoyant à l'annexe N2 pour les modalités. L'annexe n° 2 ne traitait pas de cette question. La question de rémunération du

⁴⁴³ Pour certains types de contrats, le Code civil prévoit également leur conclusion dans une forme déterminée (authentique, écrit...).

⁴⁴⁴ Le taux d'échange en mai 2004 était de 29 roubles pour 1 dollar et 35 roubles pour 1 euro.

prestataire du service à l'exécution du contrat n'a pas été réglementée non plus par le contrat. Le contrat prévoyait que la rémunération du prestataire à l'exécution du contrat était « à la hauteur du prix d'un T1 se trouvant dans la zone 4 ». Le contrat ne déterminait pas la ville, ni la catégorie de l'appartement. L'article 3.1.6 du contrat stipulait que « le paiement du prix du contrat s'effectue soit par une donation, soit par la vente ». Pour les juges, de cet article découlait que la défenderesse devait acheter l'appartement de la demanderesse. Le contrat ne contenait pas de dispositions sur le fait que la cliente (demanderesse) ait la somme en sa possession.

La version de la défenderesse mentionnait « à la hauteur du prix de l'appartement T1, mais pas moins que 20 000 dollars ».

Le contrat restait également silencieux sur le volet financier en cas de naissance de l'enfant non viable. L'exemplaire de la défenderesse prévoyait cependant le règlement de la somme de 100 000 roubles dans une telle situation.

L'annexe prévoyait la clause en vertu de laquelle, en cas de décès du client (demanderesse), toute la responsabilité liée à l'exécution du contrat serait transmise à l'entourage familiale : mari, sœur, mère de la cliente. Mais à aucun moment ces personnes n'ont exprimé leur accord.

L'annexe au contrat prévoyait qu'en cas de la réussite de la FIV « ce contrat, avec des modifications apportées, sera authentifié par le notaire ».

Dans cette affaire, appréciant tous ces éléments, les juges ont conclu à l'absence de l'accord des parties sur les conditions essentielles du contrat et, en conséquence, à l'absence de l'obligation de la défenderesse de se présenter à la FIV.

Cette décision remonte à des faits survenus au début des années 2000. Malheureusement depuis, la législation ne s'est pas enrichie de dispositions supplémentaires pour remédier à ces mauvaises pratiques qui font courir des risques inconsidérés aux parties. L'intervention du législateur dans ce domaine est désormais urgente.

Dans les autres droits de la région, des lacunes existent aussi, dont il est possible de faire un tour d'horizon rapide.

Les définitions du contrat de gestation pour autrui.

218. Premier pas vers un encadrement des contrats de la gestation pour autrui en Russie. Pendant deux décennies, le législateur est resté muet sur ce type de contrat, dont la légalité demeurait de ce fait incertaine. En effet, d'une part, la technique de la gestation pour autrui était légalement autorisée, et la législation russe ne contenait pas d'interdiction explicite de conclure ce type de contrat. De ce fait, les accords portant sur la gestation pour autrui devaient être reconnus comme conformes à la loi, en application de l'un des principes de base du droit civil qui veut que tout ce qui n'est pas interdit soit permis. Conformément à l'alinéa 2 de l'article 421 du code civil sur la liberté contractuelle, les parties peuvent donc conclure un contrat prévu ou non prévu par la loi ou d'autres actes normatifs. En outre, selon l'alinéa 1 de l'article 8 du code civil, « les droits et obligations civils découlent, entre autres, de contrats et d'autres accords prévus par la loi, ainsi que de contrats et d'autres accords, bien que non prévus par la loi, mais non contraires à celle-ci. » D'autre part, le risque de résolution d'un tel contrat existait, notamment sur la base de l'article 169 du Code civil qui rendait nul tout accord conclu dans un but contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs⁴⁴⁵.

219. Dans une certaine mesure, cette incertitude concernant la légalité du contrat de gestation pour autrui a été résolue en 2011 avec l'entrée en vigueur de la loi fédérale N323-FZ du 21 novembre 2011 *sur les Bases de protection de santé des citoyens*. Cette loi contient, en effet, un article 55 consacré à la procréation médicalement assistée. Cet article clarifie notamment la position du législateur russe en matière de gestation pour autrui, en introduisant la notion de contrat de gestation pour autrui et comblant quelques lacunes liées au recours à cette technique. Mais cet article, par sa formulation, a engendré de nouvelles incertitudes⁴⁴⁶. En même temps, des questions connexes non résolues par la législation antérieure à 2011 continuaient à se poser, comme par exemple, celle de savoir qui peut être partie d'un contrat de gestation pour autrui.

220. Introduction de la notion de contrat de gestation pour autrui en droit russe. Ainsi, la loi fédérale N323 a introduit dans le droit russe la notion de contrat de gestation pour autrui, en mettant fin aux interrogations sur la légitimité de ce type de

⁴⁴⁵Selon la manière dont les termes du contrat sont définis, ce risque demeure à ce jour.

⁴⁴⁶O. Khazova

contrat. Depuis le 14 août 2018, l'article 55 alinéa 9 de la loi fédérale N323 de 2011⁴⁴⁷ définit la gestation pour autrui comme la gestation et l'accouchement d'un enfant (inclus l'accouchement avant terme) sur le fondement du contrat conclu entre une mère porteuse (femme assurant la gestation après le transfert de l'embryon des donneurs) ET des parents d'intention dont les embryons ont été utilisés pour l'insémination OU avec une femme célibataire qui, pour des raisons médicales, ne peut porter et accoucher de l'enfant. Une lecture *ad litteram* de cet article permet de conclure que le contrat de gestation pour autrui peut être conclu entre une gestatrice et des parents d'intention dont le matériel génétique (*gamètes- note AD*) est utilisé pour la fécondation, ou entre une gestatrice et une femme célibataire. Dans les deux cas - parents d'intention et femme célibataire -, la grossesse et l'accouchement ne sont possibles que pour motif médical. Ainsi, les personnes ne peuvent avoir recours à la gestation pour autrui que pour « raisons médicales », car en vertu du principe général de la procréation médicalement assistée en Russie, la gestation pour autrui est un remède à l'infertilité. De cette définition découle également qu'une femme célibataire seule n'est pas contrainte d'utiliser son matériel biologique si elle a recours à la gestation pour autrui (contrairement à un couple de parents d'intention qui ne peut utiliser que son matériel génétique) et peut bénéficier, pour raisons médicales, du matériel génétique de donneurs. En conséquence, elle peut ne pas avoir de lien génétique avec l'enfant né. La loi russe ne reconnaît pas à un couple de parents d'intention cette possibilité de recours à un donneur, les deux parents devant avoir un lien génétique avec l'enfant. « Du point de vue juridique, il est impossible d'expliquer pourquoi le législateur a limité ainsi le recours à la gestation pour autrui pour les couples. Nous pouvons seulement supposer qu'en posant une norme en ces termes illogiques et incohérents, il a souhaité réduire au maximum le nombre de naissances par gestation pour autrui»⁴⁴⁸.

⁴⁴⁷ La loi fédérale N323 du 21.11.2011 « Sur les fondements de la protection de la santé des citoyens »// Федеральный закон от 21 ноября 2011 г. № 323-ФЗ "Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации".

⁴⁴⁸ Idem, p.92

221. Kazakhstan. La loi kazakhe définit le contrat de la gestation pour autrui comme suivant⁴⁴⁹ : le contrat de la gestation pour autrui est un accord notarié, conclu par écrit entre les personnes unies par le mariage et ayant un projet parental, et la femme qui a donné son accord pour la gestation et la naissance de l'enfant via le recours à la procréation médicalement assistée⁴⁵⁰.

222. Biélorussie. C'est en août 2006 que le législateur biélorusse a évoqué la possibilité de conclure un contrat de maternité de substitution. Avec l'adoption de la loi du 20 juillet 2006 intitulée « Sur la modification et l'ajout au Code du mariage et de la famille de la République du Bélarussie », l'article 53 intitulé « La gestation pour autrui » a été introduit dans le Code du mariage et de la famille. L'Ordonnance du Conseil des ministres n° 1470 du 04.11.2006 a déterminé les conditions essentielles du contrat de maternité de substitution⁴⁵¹. Suite à l'adoption de la loi « Sur les technologies de procréation assistée » du 07 janvier 2012, la réglementation normative de la maternité de substitution a été encore approfondie⁴⁵². L'article 21 de cette loi est intitulé « Le contrat de la gestation pour autrui ». Il convient de noter que cette loi a modifié l'objet du contrat de la gestion pour autrui. Alors qu'auparavant, le contrat supposait la prestation du service, par une femme à une autre femme, « d'implantation d'embryon, de gestation et accouchement » de l'enfant « conçu à partir d'un ovule prélevé sur le corps d'une mère génétique », aujourd'hui il s'agit de la « prestation de service, par une femme (mère porteuse) à une autre femme (mère génétique ou femme ayant eu recours au don d'ovocyte), de gestion et de l'accouchement d'un enfant (d'enfants) conçu avec ovule (des ovules), prélevé sur le corps de la mère génétique, ou d'un ovule (des ovules) de donneur ». La loi, tout d'abord, introduit un nouveau terme - « une femme qui a utilisé un ovule de donneur ». Ensuite, le service fourni par une mère porteuse consiste à « porter et

⁴⁴⁹ Cette définition figure dans l'alinéa 35 des dispositions préliminaires du Code kazakstanais sur le mariage et la famille du 26 décembre 2011. Dernières modifications prises en compte- 19.07.2020 . https://online.zakon.kz/document/?doc_id=31102748#pos=20;-125

⁴⁵⁰ Le même article exige que simultanément au contrat de maternité de substitution, les conjoints (clients) concluent un contrat avec un établissement médical qui s'occupera du volet médical de la procréation médicalement assistée.

⁴⁵¹ L'ordonnance du 04 novembre 2006 a été retirée par l'Ordonnance du Conseil des ministres du 17 juillet 2012 N659.

⁴⁵² Avec l'entrée en vigueur de cette loi, l'article 53 sur la gestation pour autrui a été supprimé du Code de la famille.

donner naissance à un enfant » (sans le service d'implantation d'embryon, car ce service est fourni par un établissement médical).

La loi de 2006 définissait la maternité de substitution comme le fait « de porter et donner naissance à un enfant (des enfants), y compris en cas de naissance prématurée, dans le cadre d'un contrat entre la mère porteuse et les conjoints avec versement d'une rémunération. » La loi de 2012 ne définit pas le contrat de la gestation pour autrui, mais prévoit dans l'article 20 que la technique de la gestation se pratique sur le fondement du contrat de la gestation pour autrui.

A. La nature incertaine du contrat de gestation pour autrui

223. En Russie, le contrat est un moyen de combler le vide législatif. Compte tenu de l'absence de réglementation législative appropriée des techniques de procréation assistée en général, et de la méthode de la maternité de substitution en particulier, en Russie, le contrat est le seul moyen de créer une relation juridique entre les parties en matière de maternité de substitution⁴⁵³. L'un des problèmes juridiques les plus fréquemment débattus est la nature juridique du contrat de la gestation pour autrui. Cette nature détermine les relations entre les parties qui en découle.

224. Un grand nombre d'articles juridiques est consacré au contrat de maternité de substitution en droit russe. Conformément à la clause 9 de l'article 55 de la loi fédérale du 21 novembre 2011 n° 323-FZ « Sur les fondements de la protection de la santé publique dans la Fédération de Russie », la maternité de substitution est la gestation et la naissance d'un enfant sur la base d'un contrat conclu entre les parents potentiels et la mère porteuse. Toutefois, bien que la loi précitée fasse état de ce type de contrat, sa nature juridique n'est pas définie, et elle ne dit pas s'il s'agit d'un contrat spécial, *sui generis* ou pas. De ce fait, les parties au contrat et les

⁴⁵³ LEVUSHKIN A. Réforme du droit de la famille : amélioration de la structure du Code de la famille de la Fédération de Russie et de la réglementation de certaines relations matrimoniales // Problèmes actuels du droit russe, 2017, n° 5, p. 33, 87. // Левушкин А.Н. Реформа семейного законодательства: совершенствование структуры Семейного кодекса Российской Федерации и правового регулирования отдельных брачносемейных отношений in Актуальные проблемы российского права. 2017. N 5. С. 33. 87.

professionnels du droit tels que les magistrats et les notaires sont les « otages » de cette incertitude⁴⁵⁴.

225. La doctrine russe considère⁴⁵⁵ que si on ne classe pas le contrat de maternité de substitution parmi les contrats spéciaux, conformément au paragraphe 2 de l'article 421 du Code civil, il sera régi par les dispositions générales sur les obligations et les contrats. Bien que la nouvelle rédaction de la loi fédérale N323 ait expressément exclu la possibilité de se référer en cas de gestation pour autrui aux règles relatives à certains types de contrats spéciaux, il reste possible d'appliquer, par analogie, les règles des contrats spéciaux aux droits et obligations des contrats de gestation pour autrui⁴⁵⁶. Mais à quel type de contrat spécial ce raisonnement par analogie peut-il s'appliquer ? Et dans quelles limites ?

226. L'opinion la plus communément admise est que ces contrats sont par nature des contrats de prestations de services⁴⁵⁷, dans lesquels la mère porteuse agit en tant qu'exécuteur, et les parents en tant que clients. Mais se pose la question de savoir de quel service il s'agit exactement. Il est extrêmement difficile, voire impossible, de définir de manière exhaustive les obligations des parties, notamment celles de la mère porteuse⁴⁵⁸. Les interrogations des juristes russes restent nombreuses : comment la liberté individuelle de la gestatrice peut-elle être limitée ?

227. Aujourd'hui, les tribunaux doivent statuer « en aveugles » dès qu'il s'agit des contrats de maternité de substitution. A titre d'exemple, nous pouvons citer un arrêt de cassation de la Cour de la région de Sverdlovsk du 28 août 2007 N33-

⁴⁵⁴ CHASHKOVA S. Liberté de formation du contrat de la GPA comme un contrat atypique. In *Lois russes: expérience, analyse, pratique*. N 2 2016.// Свобода формирования условий договора о суррогатном материнстве. In *Законы России: опыт, анализ, практика*, N 2, февраль 2016 г.

⁴⁵⁵ Voir notamment Афанасьева И.В. Правовая природа и содержание договора суррогатного материнства in *Медицинское право*. 2015. N 4. pp. 39 - 42; Борисова Т.Е. Суррогатное материнство в Российской Федерации: проблемы теории и практики. М.: Проспект, 2012; Митрякова Е.С. Правовое регулирование суррогатного материнства в России Тюмень, 2006.

⁴⁵⁶ Idem.

⁴⁵⁷ Борисова Т.Е. Суррогатное материнство в Российской Федерации: проблемы теории и практики: монография. М.: Проспект, 2012.

⁴⁵⁸ LOZOVSKAY S., SHODOVA M. Les parties au contrat de GPA in *Droit de la famille et d'immobilier*. 2016. N 3 p8-9.//С.В.Лозовская, М.Э.Шодова, Субъективный состав суррогатного материнства in *Семейное и жилищное право*, 2016. N3, стр.8-9

5744/2007⁴⁵⁹. Dans cette affaire relative à la non-exécution d'un contrat de gestation pour autrui, la juridiction de première instance avait donné raison aux parents d'intention en leur accordant le remboursement des sommes dépensées, ainsi que des dommages-intérêts pour le préjudice moral. La Cour d'appel a infirmé la décision antérieure, concluant que le contrat n'avait pas été conclu, en se fondant sur les dispositions générales du droit des obligations et des contrats (articles 309, 432 du Code civil de la Fédération de Russie), et plus précisément sur les contradictions entre différentes clauses du contrat, dont elle a déduit un défaut d'accord entre les parties sur les conditions essentielles du contrat⁴⁶⁰.

228. Ukraine. La législation actuelle n'encadre pas les contrats de gestation pour autrui non plus. Les relations juridiques en matière de procréation médicalement assistée sont régies par plusieurs branches du droit⁴⁶¹.

229. L'absence de réglementation juridique appropriée du contrat de maternité de substitution suscite de nombreuses questions juridiques qui nécessitent des réponses. Pour les juristes ukrainiens, il est impératif non seulement de déterminer la nature du contrat, mais également de donner une définition du contrat de gestation pour autrui et d'apporter des précisions sur son contenu et sa forme⁴⁶².

230. Tout d'abord, il convient de noter qu'il est possible de conclure un tel accord conformément aux normes de la législation ukrainienne actuelle. La partie 1

⁴⁵⁹ Décision du tribunal régional de Sverdlovsk du 28 août 2007, N 33-5744/2007. //Определение Свердловского областного суда от 28 августа 2007 г. N 33-5744/2007

⁴⁶⁰ Dans une autre décision (arrêt de la Cour d'Appel de Moscou du 08 avril 2014 N 33-10938), la Cour a confirmé la décision du Tribunal de première instance qui avait rejeté la demande de la gestatrice de lui régler la totalité de la somme prévue par le contrat initial, et de lui verser les dommages-intérêts au titre du préjudice moral. La différence entre la somme payée et celle figurant dans le contrat correspondait aux sanctions pour non-respect par la gestatrice des conditions limitant notamment sa liberté. Il s'agissait du respect des exigences du régime de jour, du régime alimentaire, de la possibilité de vie sexuelle, de la nécessité de prendre des médicaments et de subir toutes les procédures médicales, du respect des normes d'hygiène prescrites par le médecin... L'avenant a été signé suite au non-respect des règles à la lettre par la gestatrice. Dans cette affaire, le tribunal n'a pas remis en cause la possibilité d'inclure de telles conditions dans le contrat de la GPA.// Апелляционное Определение Московского городского суда от 8 апреля 2014 г. N 33-10938.

⁴⁶¹ La norme qui permet le recours à l'AMP est inscrite dans l'article 281 du Code civil de l'Ukraine. Le contrat conclu entre les participants à l'AMP est régi par les normes du droit civil. La question de la filiation des enfants nés de l'AMP relève du droit de la famille. Quant aux procédures (volet médical) de l'AMP, elles sont régies par le règlement sanitaire, ce qui donne lieu à des relations juridiques complexes.

⁴⁶² .A. Golovashchuk Les aspects juridiques du contrat de la GPA. In Gazette du Ministère de la Justice de l'Ukraine. 2013. N9. Pp.73-78 (en ukrainien).

de l'article 6 du Code civil ukrainien dispose, en effet, que les parties ont le droit de conclure un accord qui n'est pas prévu par la législation civile mais qui répond aux principes généraux de cette législation⁴⁶³.

231. En conséquence, la liberté contractuelle, issue de l'article 6 du Code civil ukrainien, s'applique à la conclusion des contrats régis par le droit civil. Cette liberté contractuelle prévoit le libre choix du contractant, la liberté des participants de choisir le type de contrat et son contenu, dans la seule limite des dispositions de la législation ukrainienne, qui imposent des exigences de caractère raisonnable et équitable (article 627 du code civil ukrainien).

232. Biélorussie. La possibilité de conclure un contrat de gestation pour autrui a été actée pour la première fois le 13 août 2006⁴⁶⁴. L'article 21 de la loi sur la procréation médicalement assistée du 07 janvier 2012 a redéfini l'objet du contrat de gestation pour autrui. Avant cette loi, l'objet du contrat avait été défini comme une prestation de service effectuée par une femme au bénéfice d'une autre et consistant en : l'implantation d'un embryon, la gestion et l'accouchement d'un enfant conçu grâce à un ovocyte prélevé dans le corps de sa mère génétique. Depuis 2012, il s'agit d'une « prestation de service effectuée par une femme (mère porteuse) au bénéfice d'une autre femme (mère génétique ou femme ayant eu recours à un don d'ovocyte) portant sur la gestation et l'accouchement d'un enfant (d'enfants) conçu avec les ovocytes prélevés sur le corps de la mère génétique, ou d'un ovule (des ovules) de donneur ». Ainsi, la loi de 2012 introduit tout d'abord un nouveau terme, « une femme ayant eu recours à l'ovocyte d'un donneur ». Ensuite, le service fourni par une mère porteuse a été réduit à « la gestation et l'accouchement d'un enfant », en

⁴⁶³ Y. Marko 2016 le droit à la maternité de substitution. in Les sciences juridiques. N11 2016 <http://science2016.lp.edu.ua/uk/visn-nac-univ-lviv-politeh-ser-urid-nauki-2016/pravo-na-surogatne-maternystvo-problemy-rozshyrenogo>

⁴⁶⁴ L'Ordonnance n° 71 du ministère de la Santé de la République du Bélarusse « Sur l'approbation de la liste des indications et contre-indications médicales à la maternité de substitution, la procédure et la portée de l'examen médical de la mère porteuse, de la mère génétique et de leurs conjoints » du 14 septembre 2006 détermine la liste des indications et contre-indications médicales à la maternité de substitution. L'ordonnance du Conseil des ministres de la République du Bélarusse n° 1470 du 04 novembre 2006 détermine les conditions essentielles du contrat de maternité de substitution.

supprimant le service d'implantation d'embryon, car ce service est fourni par un établissement médical⁴⁶⁵.

233. Kazakhstan. La législation en vigueur ne précise pas la nature des contrats de la gestation pour autrui.⁴⁶⁶

Les parties au contrat de gestation pour autrui.

Nous verrons d'abord qui peut être la partie au contrat de la gestation pour autrui dans chaque Etat étudié (1). Et nous nous intéresserons par la suite aux parties dans la mise en œuvre du contrat (2).

1. Les parties initiales au contrat de gestation pour autrui

234. Une des différences dans la réglementation des contrats de maternité de substitution dans les Etats étudiés réside dans les parties au contrat.

235. Russie. Selon l'article 55 alinéa 9 de la loi fédérale « sur les principes fondamentaux des soins de santé », la maternité de substitution est un contrat entre une mère porteuse et des parents d'intention dont les gamètes ont été utilisés pour la fécondation, ou une femme célibataire pour laquelle la gestation et l'accouchement sont impossibles pour des raisons médicales. Cependant, en pratique, il n'est pas rare que le contrat soit conclu entre l'établissement médical (intermédiaire) et les parents d'intention. Ce qui n'est pas conforme à la loi pour la majorité de la Doctrine russe⁴⁶⁷.

236. Contradictions dans les textes concernant les parties au contrat de gestation pour autrui en Russie. La législation russe contient des contradictions relatives aux parties au contrat dans les rares normes existantes consacrées à la maternité de substitution. Ainsi l'article 55 de la loi fédérale « sur les fondements de la protection de la santé publique dans la Fédération de Russie » précise que les bénéficiaires du service d'une mère porteuse sont, en premier lieu, les parents d'intention dont les gamètes ont été utilisés pour la fécondation (c'est-à-dire, un couple pas nécessairement marié), et en deuxième lieu, des femmes célibataires. Ce

⁴⁶⁵ STREKH V., notaire . Le discours d'un professionnel sur les problèmes d'aujourd'hui : La GPA in Actualités juridiques. 20.08.2018// Стрех В. (нотариус). Профессионально об актуальном: Суррогатное материнство. Новости права. 20.08.2019. <http://pravo.by/novosti/novosti-pravo-by/2019/august/38815/>

⁴⁶⁶ SAUKENOVA S., notaire, Astana.

⁴⁶⁷ ALBOROV S. Certaines questions au sujet de la GPA in Juge 2017, N6, pp43-45.//Алборов С. К некоторым вопросам суррогатного материнства. Судья. 2017. Номер 6, стр.43-45.

texte est en contradiction avec l'alinéa 4 de l'article 51 du Code de la famille de la Fédération de Russie qui ne parle que du couple marié.

La possibilité d'une femme célibataire (ou non mariée) de conclure le contrat de gestation pour autrui est également prévue en droit biélorusse.

237. Biélorussie. L'article 21 de la loi sur la procréation médicalement assistée de la Biélorussie précise que le contrat de gestation pour autrui est conclu entre une mère porteuse et une mère génétique⁴⁶⁸ ou une femme qui a eu recours à un don d'ovocyte. Si elles sont mariées, le consentement écrit du conjoint est nécessaire. L'article 52 du Code du mariage et de la famille dispose que la mère de l'enfant né d'une mère porteuse est la femme qui a conclu avec cette dernière un contrat de gestation pour autrui.

238. Kazakhstan. En droit kazakh, les parties au contrat sont les époux⁴⁶⁹ et la gestatrice. La législation du Kazakhstan n'ouvre pas droit à un contrat de la gestation pour autrui à une femme célibataire.

239. Ukraine. Il découle de la lecture du Code de la famille que seuls les époux peuvent conclure un contrat de gestation pour autrui avec la gestatrice. La loi ukrainienne favorise les futurs parents : seuls les parents d'intention⁴⁷⁰ ont des droits reconnus et la loi ne mentionne aucun droit concernant la mère porteuse⁴⁷¹. A titre d'exemple, nous pouvons citer la décision N22-TS-6502/2007 du 02 août 2007 du tribunal du district de Kiev de Simferopol. Dans cette affaire, la grand-mère était mère porteuse pour sa fille souffrant d'infertilité. Le bureau d'état civil a refusé l'enregistrement de la mère d'intention en tant que mère de l'enfant au motif qu'elle

⁴⁶⁸ Référence au matériel génétique utilisé et non pas à la femme qui accouche.

⁴⁶⁹ Articles 54 et 55 du Code du mariage et de la famille.

⁴⁷⁰ Pour simplifier la compréhension, le terme choisi est le terme « parents d'intention ». Cependant, dans différentes normes nous retrouvons diverses variantes de parents d'intention en tant que sujets de relations juridiques : commanditaires, parents biologiques, parents génétiques, conjoints, parents potentiels (parents d'intention).

⁴⁷¹ KINDREGAN C., WHITE D. White International Fertility Tourism: The Potential for Stateless Children in Cross-Border Commercial Surrogacy Arrangements in Suffolk Transnational Law Review, Vol. 36, p. 527, 2013 https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2359775

n'était pas mariée au père biologique de l'enfant, mais vivait avec lui en concubinage⁴⁷².

2. *Des parties au contrat de gestation pour autrui*

240. Il se peut qu'une force majeure bouleverse un projet parental. Ainsi, il peut s'agir du décès d'une des parties au contrat ou de la séparation du couple d'intention.

241. **Décès de la gestatrice.** Le droit russe ne mentionne pas expressément cette situation. Les juristes déduisent, par analogie au droit général des contrats, du paragraphe 1 de l'article 418 du Code civil de la Fédération de Russie (selon lequel l'obligation cesse par le décès du débiteur, si elle ne peut être exécutée sans l'engagement personnel du débiteur ou si elle est inextricablement liée à la personnalité du débiteur), que puisque dans les relations de maternité de substitution la personnalité de la mère porteuse est essentielle, son décès met fin au contrat de maternité de substitution.

242. En cas de décès d'un ou deux parents potentiels, le paragraphe 2 de l'article 418 du Code civil de la Fédération de Russie, qui dispose que l'obligation cesse par le décès du créancier, si elle doit être exécutée personnellement par le créancier ou si elle est inextricablement liée à la personnalité du créancier, est applicable.

Ni la loi russe, ni la loi ukrainienne ne prévoient expressément le décès de la gestatrice lors de l'accouchement. Il existe de la jurisprudence sur ce sujet. Nous pouvons citer la décision du tribunal du district Bakaleisky de la région de Kharkov № 610/3305/14-ц⁴⁷³ relatif à la gestation pour autrui au profit d'un couple Bulgare. Ces derniers avaient conclu un contrat de gestation pour autrui avec une gestatrice ukrainienne, le 11 juillet 2013. Un don d'ovocyte et le sperme du mari avaient été utilisés pour la FIV. Après avoir donné naissance à une fille, la gestatrice est décédée. Le nom de la mère avait été inscrit sur l'acte de naissance de l'enfant sur le fondement de l'article 135 du Code de la famille, qui prévoit qu'en cas de décès de la

⁴⁷² Idem TRIMMING K., BEAUMONT P. *"International Surrogacy Arrangements"*. Oxford and Portland. 2013 p.362.

⁴⁷³Décision du tribunal du district Bakaleisky de la région de Kharkov du 23 septembre 2014 № 610/3305/14-ц// Дело № 610/3305/14-ц Балаклейской районный суд Харьковской области URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/40221742>

mère, les informations relatives à la mère et au père de l'enfant sont communiquées par l'entourage familial (famille au sens large) ou d'autres personnes, ou un représentant de l'établissement de santé dans lequel l'enfant est né. Suite au décès de la femme qui a accouché de l'enfant, l'enfant a été pris en charge par la mère de la gestatrice. Cette dernière refusait de remettre le nouveau-né aux parents d'intention, qui ont dû saisir le juge afin de demander l'inscription de leurs noms sur l'acte de naissance de l'enfant en tant que parents légaux, et pour obtenir la remise de l'enfant.

243. Le Code du mariage et de la famille kazakh ne mentionne pas cette situation.

Couple d'intention (séparation, décès...)

244. . Puisque la maternité de substitution est réalisée uniquement dans l'intérêt des parents potentiels, leur décès entraînerait la cessation des relations juridiques. Mais les législations russe, ukrainienne et biélorusse restent silencieuses sur ce sujet. Le Kazakhstan se distingue sur ce point - une solution étant prévue par le législateur, afin de protéger les intérêts de l'enfant à naître. Cette solution reflète une conception de la société moins individualiste que celle prévalant en Europe.

Ainsi le Code du mariage et de la famille kazakh régleme les conséquences d'un contrat de maternité de substitution en cas de divorce des époux (clients) ou de décès de l'un ou des deux époux. En cas de dissolution du mariage, l'autorité parentale de l'enfant né dans le cadre d'un contrat de maternité de substitution échoit aux deux époux, et en cas de décès de l'un des conjoints, elle revient au survivant. En cas de décès des deux conjoints commanditaires, et du refus de l'entourage familial du couple commanditaire d'adopter l'enfant né, l'enfant peut être remis à la mère porteuse si elle en exprime le souhait ou, si elle refuse, il est confié à l'État⁴⁷⁴.

Caractère commercial du contrat.

245. Absence de précisions sur les questions pécuniaires du contrat. L'une des questions qui n'est pas définie clairement dans les législations porte sur la rémunération de la gestatrice, et sur le terme qui doit être utilisé pour qualifier la somme qu'elle perçoit. Dans sa composante financière, la maternité de substitution

⁴⁷⁴ Il est important de rappeler qu'en cas d'accueil de l'enfant par la gestatrice ou par l'Etat, le nouveau-né conserve sa qualité d'héritier des parents biologiques.

peut être commerciale ou non commerciale. Dans le cadre de la maternité de substitution « commerciale », une femme, c'est-à-dire une mère porteuse, reçoit une certaine somme d'argent en compensation des difficultés et des désagréments qu'elle a subis en raison de la grossesse et de l'accouchement. Cette compensation est une somme d'argent dont le montant est déterminé par les termes du contrat de gestation pour autrui. Et ce principal intérêt d'une mère porteuse à participer au dispositif de la maternité de substitution doit être pris en compte pour déterminer la finalité juridique du contrat de maternité de substitution.

246. En cas de maternité de substitution non commerciale, également appelée maternité de substitution altruiste, aucune compensation monétaire n'est versée. Cependant, pour tout type de maternité de substitution, les parents potentiels indemnisent la gestatrice pour toutes les dépenses liées au recours à l'assistance médicale à la procréation, à la grossesse et à l'accouchement.

247. Dans la majorité des cas, la mère porteuse est guidée par un intérêt financier. La somme qui lui est due comprend la compensation de toutes les conséquences de l'intervention médicale : préparation pour l'intervention et l'insémination, la gestation, l'accouchement, ainsi que la compensation pour avoir renoncé à certaines libertés individuelles. Le principal intérêt de la mère porteuse à participer au dispositif de la maternité de substitution est d'obtenir un certain gain financier.

248. Au terme de l'article 21 de la Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain⁴⁷⁵ à l'égard des applications de la biologie et de la médecine de cette convention, « Le corps humain et ses parties ne doivent pas être, en tant que tels, source de profit. ». Nous ne retrouvons pas en droit russe, ukrainien ou kazakh le terme de « rémunération » de la gestatrice, mais plutôt celui de « compensation » pour la perte de revenus, le remboursement de frais médicaux... Le terme « le prix du service » figure seulement dans l'article 21 « Contrat de la gestation pour autrui » de la loi biélorusse sur la procréation médicalement assistée.

⁴⁷⁵

https://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/164/signatures?p_auth=gufeF4mF

249. **Légalité de la gestation pour autrui à titre onéreux en Russie.** La question de la rémunération de la gestatrice n'est absolument pas réglementée en Russie. Le seul fait que, dans la Fédération de Russie, il n'existe aucune interdiction directe de recevoir des paiements de parents potentiels pendant la mise en œuvre de cette technologie, est considéré par la doctrine russe comme fondant la légalité de cette rémunération. En pratique, la rémunération est souvent composée de paiements mensuels et d'une somme finale, sorte de bouquet, versée après l'accouchement. Fiscalement, les sommes reçues s'analysent comme un revenu imposable. En pratique, les parties demeurent discrètes sur l'existence d'un tel contrat tant pour des motifs financiers que du fait de l'incertitude qui entoure l'interprétation du contrat par les juges en raison du caractère lacunaire et souvent abscons de la législation⁴⁷⁶. Elles essaient, dans la mesure de possible, de régler les différends à l'amiable et rapidement.

En droit russe, le législateur n'a pas statué sur la possibilité pour la gestatrice d'être rémunérée, et ne l'oblige pas à agir de manière désintéressée. La doctrine russe déduit de l'absence d'interdiction directe de recevoir des paiements de parents d'intention pendant la mise en œuvre de la gestation pour autrui la légalité de la gestation pour autrui à titre onéreux.

250. **Biélorussie.** Selon l'article 23 de la loi sur la procréation médicalement assistée biélorusse, la prestation de service que constitue la gestation peut être gratuite ou à titre onéreux. En outre, le législateur a limité les cas de recours à ce service à titre gratuit. Un contrat de maternité de substitution ne peut être conclu gratuitement que dans les cas où la mère porteuse est un membre de la famille de la mère génétique, ou de la femme qui a utilisé un ovocyte du donneur, ou un membre de la famille du conjoint de la mère génétique, ou de la femme qui a utilisé l'ovocyte d'un donneur. La famille est vue dans son sens large, et sont considérées comme personnes liées par le sang celles qui ont une ascendance commune jusqu'aux arrière-grands-parents (article 1 de la loi sur la procréation médicalement assistée).

251. **Ukraine :** Le législateur ukrainien ne s'est pas prononcé sur la légalité de la gestation pour autrui à titre onéreux⁴⁷⁷. En conséquence, en vertu du même

⁴⁷⁶ TRIMMINGS K., BEAUMONT P. *International Surrogacy Arrangements* Oxford and Portland, 2013. p.318

⁴⁷⁷ TRIMMINGS K., BEAUMONT P. p.358

principe de la liberté contractuelle, la passation d'un contrat de maternité de substitution reste possible à titre onéreux comme à titre gratuit.

252. **Kazakhstan.** Il est intéressant de noter qu'en droit kazakh, les termes employés par le Code ne font aucune référence au paiement pour le service de la gestation, au paiement « post-accouchement ». Nous retrouvons les termes « compensation prévue par le contrat », « prise en charge des frais médicaux ». Comme dans les autres Etats, le législateur choisi de ne pas autoriser un contrat à titre onéreux d'une manière expresse. Mais ne le prohibe pas non plus.

Les formes du contrat.

253. D'une manière générale, les contrats sont par principe consensuels et sous seings privés. Mais par exception, certaines formes sont exigées pour la validité de certains types de contrat. En matière de gestation pour autrui, certains états étudiés exigent un acte authentique⁴⁷⁸, d'autres gardent le silence sur ce sujet. Bien que l'intervention du notaire ne soit qu'une garantie complémentaire du respect de l'équilibre qui doit exister entre les parties, il y a obligation d'informer les clients sur la portée de leurs engagements et les conséquences qui en découlent.

254. **Russie.** Le Code civil russe ne précise pas la forme du contrat. C'est seulement depuis l'entrée en vigueur de la loi fédérale sur la protection de la santé des citoyens que la nature contractuelle des relations de la gestation pour autrui a été annoncée. Mais le législateur ne s'est pas prononcé au-delà de cet énoncé. Il n'est à ce jour pas précisé si le contrat doit être conclu dans la forme notariée, ou s'il suffit qu'un établissement médical soit garant des obligations, voire même s'il peut être verbal. En pratique, seules les gestations pour autrui à titre gratuit intrafamiliales ne passent pas par un écrit⁴⁷⁹. Pour le reste, bien que la forme notariale ne soit pas exigée, le recours à cette forme du contrat devient de plus en plus courant. Dans le projet de loi sur la procréation médicalement assistée discuté actuellement par la Douma figure la forme notariale du contrat de la gestation pour autrui⁴⁸⁰.

⁴⁷⁸ La forme notariale du contrat est exigée au Kazakhstan (Article 54 du Code Kazakh du mariage et de la famille), en Biélorussie (Article 21 de la loi biélorusse sur l'AMP), en Arménie et au Kirghizstan.

⁴⁷⁹ SEREBRYAKOVA A. Problèmes d'encadrement des contrats de la GPA. In La justice russe. 2016. N32

⁴⁸⁰ Avis de KORSACK V., le Président de la chambre des Notaires de la Fédération de la Russie sur le projet de loi relatif à la PMA. Conférence « Les particularités de la réalisation des normes du droit de la famille dans la

255. **Biélorussie.** Conformément à l'article 21 de la loi du 18 juin 2019 sur la procréation médicalement assistée, « le contrat de maternité de substitution est conclu entre une mère porteuse et une mère génétique ou une femme qui a utilisé un ovocyte de donneur, par écrit et dans la forme notariale. »

Ainsi, lors de la certification d'un contrat de maternité de substitution, le notaire doit vérifier que la femme candidate au programme de la gestation pour autrui est âgée de 20 à 35 ans, qu'elle est selon l'avis d'un organisme médical en bonne santé (physique et mentale), et qu'elle a déjà un enfant en bonne santé. Si la gestatrice est mariée au moment de la conclusion d'un contrat de maternité de substitution, le consentement écrit notarié de son conjoint est exigé. L'établissement médical est tenu de fournir un rapport avec des informations complètes sur les techniques et sur le matériel biologique qui sera utilisé (celui des parents d'intention ou de donneurs), dont un exemplaire sera conservé par le notaire avec le contrat notarié de maternité de substitution.

256. **Ukraine.** La loi ukrainienne ne précise pas la forme du contrat de gestation pour autrui. Néanmoins, l'article 6.11 de l'Arrêté du ministère de la Santé du 09.09.2013 n° 787 précise la liste des documents à fournir pour le recours à la gestation pour autrui : une « copie notariée du contrat écrit entre une mère porteuse et une femme (homme) ou des conjoints ». En conséquence, la seule exigence posée par le législateur est celle d'un contrat écrit.

257. **Kazakhstan.** Le contrat de maternité de substitution doit être conclu par écrit devant notaire⁴⁸¹. Le non-respect de la forme notariale du contrat entraîne les conséquences prévues par le Code civil de la République du Kazakhstan (articles 154, 157, 158 du Code de la République du Kazakhstan « Sur le mariage et la famille »). Il s'agit notamment de la nullité du contrat.

Mentions obligatoires prévues par la loi.

258. Les parties sont, en principe, libres de définir le contenu de leur contrat et donc les obligations qu'elles décident d'assumer. Le contrat ne peut pas cependant

pratique notarial ». 26 octobre 2020. Moscou. Il est prévu dans le projet que le notaire transmettra les informations sur le contrat de la gestation pour autrui au Bureau d'état civil après l'avoir autentié.

⁴⁸¹ La forme notariale est exigée par l'Article 54 du Code du mariage et de la famille kazakh.

contenir d'obligations contraires à la loi et, à l'inverse, certaines obligations sont parfois imposées par la loi lorsqu'elles sont nécessaires à la protection de l'une ou de l'autre partie⁴⁸². Ni le droit russe⁴⁸³, ni le droit ukrainien⁴⁸⁴ ne prévoient des mentions à insérer obligatoirement dans le contrat. Seuls le Kazakhstan et la Biélorussie ont légiféré sur cette question.

259. Kazakhstan. Les droits et obligations des parents d'intention et de la mère porteuse sont des conditions essentielles du contrat de maternité de substitution et ils sont listés par le Code. Ainsi, en vertu de l'article 55 du Code de la famille et du mariage kazakh, le contrat de maternité de substitution doit contenir des informations relatives aux conjoints (clients) et à la mère porteuse : prévoir les modalités et les conditions de paiement des frais liés à l'entretien de la gestatrice, les droits, obligations et responsabilité des parties en cas de non-respect des termes et conditions du contrat, le montant et la procédure de compensations financières et autres conditions, y compris en cas de force majeure.

260. Biélorussie : L'article 21 de la loi N3441-3 sur la procréation médicalement assistée du 07 janvier 2012 énumère les conditions essentielles du contrat de maternité de substitution. Il s'agit de :

- La prestation de service, faite par une femme (mère porteuse) à une autre femme (mère génétique ou femme qui a eu recours à un don d'ovocyte) du service consistant à porter et à donner naissance à un (des) enfant(s) conçu(s) avec l'ovocyte prélevé sur la mère génétique ou avec l'ovocyte d'un donneur ;
- le nombre d'embryons qui seront transférés dans l'utérus de la mère porteuse ;
- les références du ou des établissements de santé qui pratiquera la FIV et effectuera le suivi de la grossesse et de l'accouchement ;

⁴⁸² FABRE-MAGNAN M. Le droit des contrats, Que sais-je ? Humensis, 2018. p.7

⁴⁸³ En pratique, le contrat est conclu dans la forme notariale. Plusieurs études ont été consacrées aux contrats de GPA et font état de propositions de réformes législatives. Cependant, aucun projet de loi n'a été déposé à la Douma. A lire sur ce point : E.Mitriakova Encadrement juridique de la GPA dans la Fédération de la Russie, Tumen, 2007 ; A.Pestrikova Les obligations en matière de GPA. Samara. 2007 ; T.Borisova La GPA dans la Fédération de Russie : problèmes théoriques et pratiques. Moscou, Prospekt. 2013.

⁴⁸⁴ Un exemplaire de contrat peut être consulté sur le site d'une clinique de GPA https://prostopravo.com.ua/semya/stati/pravovye_problemy_primeneniya_metoda_surrogatnogo_materinstva_i_kak_oh_mozhno_preodolet

- l'obligation de la mère porteuse de suivre toutes les prescriptions du médecin traitant et de fournir à la mère d'intention et à son mari des informations sur son état de santé et sur l'état de santé du ou des enfants à naître ;
- le lieu de résidence de la mère porteuse pendant la période de la gestation ;
- l'obligation de la mère porteuse de remettre l'enfant ou les enfants après leur naissance à la mère d'intention et la période pendant laquelle le transfert doit être effectué ;
- l'obligation de la mère d'intention d'accueillir l'enfant (ou les enfants) né(s) et la période pendant laquelle le ou les enfants doivent être accueillis ;
- le coût du service fourni par la mère porteuse dans le cadre du contrat de maternité de substitution (sauf les cas où le contrat de maternité de substitution est conclu à titre gratuit) ;
- les modalités de remboursement des soins médicaux, de la nourriture et des frais d'hébergement de la mère porteuse pendant la période d'accouchement et la période postnatale.

§ II. Exécution du contrat de gestation pour autrui en Russie, Kazakhstan, Biélorussie et Ukraine

261. La rareté de la réglementation juridique en matière de gestation pour autrui en Russie et en Ukraine détermine l'éventail des problèmes découlant du recours à ce type de procréation assistée. Ces difficultés juridiques sont discutées dans la communauté scientifique, souvent en relation, d'une manière ou d'une autre, avec le contrat de la maternité de substitution.

262. Un contrat fait naître des droits et des obligations⁴⁸⁵ (A). Mais pour qu'un contrat puisse produire des effets, il faut que les parties puissent exercer leurs droits et contraindre ou sanctionner son contractant en cas de mauvaise exécution ou de non-exécution des obligations (B).

⁴⁸⁵ Il nous semble important de préciser que tous les contrats étudiés et aussi présentés par la Doctrine comme exemples⁴⁸⁵, contiennent les termes « obligations des parties ». Il ne s'agit pas, comme parfois en droit américain, des « intentions des parties ».

A. Droits et obligations des parties du contrat de gestation pour autrui.

263. Parmi les quatre Etats étudiés, seuls les droits kazakh et biélorusse contiennent quelques dispositions relatives aux droits et obligations des parties, et à l'exécution du contrat de la gestation pour autrui. Les autres Etats ne se sont pas prononcés sur la question, et en conséquence, en cas de litige, les juges doivent statuer sur un différend en se basant sur les règles du droit commun et quelques règles lacunaires relatives à la gestation pour autrui. La mission n'est pas facile, les règles du droit commun n'étant pas forcément adaptées à cette situation particulière qui oppose la liberté contractuelle aux valeurs fondamentales défendues par les sociétés.

264. Obligation de la remise de l'enfant. Les parents d'intention concluent un contrat de gestation pour autrui dans le but de réaliser leur projet parental. En d'autres termes, ils établissent un lien de filiation avec l'enfant né de la gestatrice afin de pouvoir l'élever. En conséquence, la remise de l'enfant et l'établissement de la filiation⁴⁸⁶ sont directement liés au but poursuivi par les parents d'intention lors de la conclusion de ce contrat. Mais si le droit de certains Etats est plutôt protecteur vis-à-vis à cet objectif, il n'en est pas de même partout. Les Etats étudiés n'ont pas mis en place des règles similaires concernant la remise de l'enfant, et n'ont pas adopté la même position sur le droit de la gestatrice de garder l'enfant. Contrairement à la législation de la Fédération de Russie, le Kazakhstan, la Biélorussie et l'Ukraine font prévaloir l'intérêt de la (des) personne(s) ayant le projet parental : la mère porteuse n'a aucun droit sur l'enfant.

265. L'article 57, paragraphe 2 du Code kazakh du mariage et de la famille contient une obligation pour une mère porteuse de remettre l'enfant aux parents d'intention⁴⁸⁷. Le même article précise de plus que la gestatrice « n'a pas droit de remettre l'enfant à une autre personne que les parents d'intention »⁴⁸⁸. L'article 23 de la loi de la République du Belarus « Sur la procréation assistée » prévoit la même obligation de remise de l'enfant à « la femme qui a conclu un contrat de maternité de

⁴⁸⁶ La question de la filiation étant discutée dans le titre II, nous ne la discuterons pas dans cette section.

⁴⁸⁷ Comme nous l'avons déjà précisé dans le Chapitre I, en droit kazakh c'est la mère d'intention qui est inscrite en tant que mère, même sur le certificat de naissance délivré par la maternité (clinique), et non la gestatrice. En conséquence, la gestatrice n'a aucun droit sur l'enfant et ne figure même pas sur les registres d'état civil. Son nom est seulement mentionné dans le dossier médical et dans le contrat (archives notariales).

⁴⁸⁸ Суррогатная мать не вправе передавать ребенка иным лицам.

substitution avec elle » et cela dans les délais prévus par le contrat⁴⁸⁹. De plus, l'obligation d'accueillir l'enfant est prévue pour la femme qui a conclu le contrat avec la gestatrice. Les deux systèmes ont simplement étendu la présomption de paternité à la filiation paternelle dans le cadre de la procréation médicalement assistée et ont mis en place une présomption de maternité de la mère d'intention qui se joue à partir du consentement exprimé au recours à la gestation pour autrui (à la signature du contrat).

266. Il suit de ces dispositions législatives que la remise de l'enfant est considérée comme un devoir pour la mère porteuse dans ces trois Etats.

267. Concernant le droit russe, la remise de l'enfant figure toujours dans le contrat parmi les obligations de la gestatrice. Cependant, comme nous l'avons déjà souligné dans la section précédente, plusieurs facteurs remettent en cause la force juridique du contrat de maternité de substitution⁴⁹⁰. Parmi ces facteurs figurent notamment l'absence d'obligation de remise de l'enfant dans la définition légale de la gestation pour autrui, mais aussi le consentement postnatal obligatoire de la mère porteuse⁴⁹¹ nécessaire à l'établissement du lien de filiation entre l'enfant et les parents d'intention...

268. Autres obligations des parties. Le droit kazakh prévoit expressément dans l'article 57 du Code du mariage et de la famille que les conjoints (clients) sont tenus :

1) de prendre en charge les frais liés aux examens médicaux de la mère porteuse au stade préparatoire ;

2) de prendre en charge les dépenses liées au recours à la procréation médicalement assistée ;

⁴⁸⁹ Les deux systèmes ont simplement étendu la présomption de paternité à la filiation paternelle dans le cadre de l'AMP/GPA et mis en place une présomption de maternité de la mère d'intention qui se joue à partir du consentement exprimé au recours à la GPA, à la signature du contrat.

⁴⁹⁰ La Doctrine russe propose d'inclure dans le Code l'obligation d'une expertise génétique sur l'enfant en cas de conflit autour de la remise de l'enfant et de faire des résultats de ce test un motif de remise « forcée ». Voir notamment l'article de DERGOUNOVA V. « Les lacunes d'encadrement de la GPA en Russie ».

⁴⁹¹ Exprimé après l'accouchement.

3) régler les dépenses relatives aux frais médicaux de la gestatrice pendant la grossesse, l'accouchement et 56 jours après l'accouchement (en cas de complications liées à la grossesse et à l'accouchement, ce délai post-accouchement est porté à 70 jours).

Conformément aux exigences de l'article 56 de ce même Code, lors de la conclusion du contrat, la mère porteuse s'engage à :

1) fournir aux clients le rapport médical sur sa santé physique, mentale et reproductive ;

2) consulter régulièrement un médecin et suivre strictement ses recommandations et ses prescriptions ;

3) informer les personnes qui concluent le contrat sur le déroulement de la grossesse à la fréquence indiquée dans le contrat de maternité de substitution.

D'après certains notaires, bien que ces clauses ne soient pas obligatoires, les parties prévoient souvent en pratique⁴⁹² l'obligation pour la gestatrice d'avoir un suivi médical régulier durant la grossesse ; de consulter un psychologue à partir de la 16^e semaine de grossesse ; de résider exclusivement à l'adresse précisée dans le contrat et de ne pas quitter cet endroit pour plus de trois jours sans le consentement des parents d'intention ; de répondre à la demande des parents d'intention de visiter son habitation et de contrôler que ses habitudes alimentaires sont saines ; de mener non seulement une vie saine en excluant totalement toute consommation d'alcool, de drogue, de tabac, mais aussi de ne pas pratiquer d'activité physique intense ; d'éviter les bains chauds, les hammams et les saunas ; de s'abstenir d'avoir des relations sexuelles au début des traitements et cela jusqu'à constatation de la grossesse ; en cas de risque d'une fausse couche, de séjourner dans un établissement médical choisi par les clientes et d'y rester pendant la période nécessaire pour préserver la grossesse ; de ne pas divulguer d'informations sur le mode de naissance de l'enfant.

269. Biélorussie. L'article 23 de la loi du 07 janvier 2012 N341-Z sur la procréation médicalement assistée⁴⁹³ liste expressément les droits et obligations de la mère porteuse. Ainsi, la mère porteuse a droit à ce qu'on lui assure les conditions

⁴⁹² S.Saukenova, notaire, le colloque sur la GPA du 16 septembre 2014, Astana.

⁴⁹³ Article 21 de la loi du 07 janvier 2012.

nécessaires à la vie pour mener à terme sa gestation : droit au remboursement des frais engagés pour les soins médicaux, nourriture, hébergement pendant la période d'accouchement et la période postnatale. En outre, la loi prévoit expressément que la mère porteuse a droit aux prestations prévues par l'État⁴⁹⁴. Le même article énonce que la gestatrice « a également d'autres droits prévus par le contrat ».

270. Parmi les obligations de la mère porteuse, la loi prévoit qu'elle doit fournir à la femme qui a conclu un contrat de maternité de substitution avec elle et son mari des informations sur les résultats des examens médicaux, ainsi que des informations sur l'état de santé de son enfant⁴⁹⁵. La gestatrice a également l'obligation (comme en droit kazakh) de passer les examens médicaux selon les prescriptions du médecin traitant. La loi n'indique pas expressément que la liste n'est pas exhaustive, en formulant le dernier alinéa comme tel : « remplir les autres obligations prévues par la convention de maternité de substitution. »

271. Comme le droit kazakh, le droit biélorusse pose expressément l'obligation de la gestatrice de garder le secret sur la conclusion du contrat de maternité de substitution et sur l'identité des personnes ayant conclu ce contrat.

Responsabilité en cas de non-exécution ou de mauvaise exécution du contrat de gestation pour autrui.

272. Précarité de la situation en Russie. Le droit russe reste silencieux au sujet des fondements d'engagement de la responsabilité des parties de la gestation pour autrui. De même que sur les procédures engageant la responsabilité de l'une ou l'autre partie en cas de non-exécution ou de mauvaise exécution des obligations. C'est aussi le cas pour les trois autres États étudiés. Aucune sanction n'est prévue par le législateur, même en cas d'abandon de l'enfant par les parents d'intention. La loi garde le silence concernant les obligations alimentaires des parents génétiques, et des droits patrimoniaux de l'enfant né en cas de refus des personnes ayant eu le projet parental d'accueillir l'enfant. Aucune règle n'est prévue pour les cas de décès de la gestatrice ou des parents d'intention, ou de la séparation de ces derniers durant la

⁴⁹⁴ Idéntiques à celles des femmes enceintes en générale.

⁴⁹⁵ Il est intéressant de noter qu'ici, le législateur emploie le terme « son enfant » et non pas un terme neutre tel que « l'enfant qu'elle porte » ou « l'enfant des parents d'intention ».

grossesse. La loi reste muette concernant les conséquences en cas de mauvaise exécution du contrat par une des parties.. Il en va de même pour le refus de remise de l'enfant.

273. Comme nous l'avons déjà précisé, faute de réglementation des contrats de la gestation pour autrui (ou de réglementation pas assez détaillée), en cas de litige, la responsabilité des parties au contrat pour non-exécution ou mauvaise exécution du contrat dépendra de l'appréciation des magistrats. Certaines clauses du contrat peuvent être considérées comme abusives ou même nulles. En Russie, compte tenu du fait que les parents génétiques ne peuvent être enregistrés en tant que parents de l'enfant né qu'avec l'accord de celle qui a accouché de l'enfant, la mère porteuse mal intentionnée a des possibilités presque infinies de se livrer à des abus. Mais sa responsabilité pourrait-elle être engagée en cas de non-respect des stipulations des contrats ? Il y a peu de jurisprudence sur ce sujet, pour plusieurs raisons. En effet, dès que l'enfant figure dans les litiges, les débats ne sont pas publics et les décisions judiciaires ne font pas l'objet de la publication. De plus, les parents d'intention ne cherchent pas à rendre public le mode de naissance de leur enfant. Et en conséquence, beaucoup de conflits se résolvent hors de la voie judiciaire.

274. Biélorussie. La loi biélorusse reste muette sur la question de responsabilité encourue en cas de non-exécution ou de mauvaise exécution du contrat de la gestation pour autrui.

275. Ukraine. La loi ukrainienne garde aussi le silence concernant la responsabilité des parties en cas d'inexécution ou de mauvaise exécution du contrat de la gestation pour autrui. Rien n'est précisé non plus pour le cas de séparation du couple d'intention. Le Code civil, dans son article 615, prévoit notamment que « en cas de violation d'une obligation par une partie, l'autre partie a le droit de refuser totalement ou partiellement d'exécuter l'obligation, si celle-ci est établie par le contrat ou la loi ». Pour les juristes ukrainiens, il est indispensable de préciser dans le contrat l'impossibilité de refuser unilatéralement l'exécution, y compris en cas de divorce. Le refus ne doit être possible qu'au stade précédant le transfert de l'embryon dans le corps de la mère porteuse⁴⁹⁶.

⁴⁹⁶ GOLOVASHUK A. Les règles du droit civil lors de l'AMP. Kyiv, 2017, 212p.

276. Kazakhstan. Le Code du mariage et de la famille prévoit d'une manière expresse un certain nombre d'obligations des parties⁴⁹⁷. Cependant, le Code reste silencieux concernant les sanctions en cas de non-respect ou de mauvaise exécution de ces obligations. D'une manière expresse, le Code prévoit seulement qu'en cas d'abandon de l'enfant par les conjoints (clients), ils ne peuvent pas exiger de la gestatrice le remboursement des frais engagés. Le même article 59 précise que, dans le cas d'un refus des conjoints (clients) de recueillir l'enfant, ce dernier est accueilli par la gestatrice, et les clients (conjoints) sont tenus de lui verser une compensation selon les modalités prévues par le contrat.

En droit kazakh, le législateur a prévu qu'« après le recours aux techniques de procréation médicale, la gestatrice est responsable de la grossesse prévue par le contrat de la gestation pour autrui, et doit éviter la grossesse naturelle »⁴⁹⁸. Il peut y avoir des cas de grossesse naturelle d'une mère porteuse après la conclusion d'un contrat de maternité de substitution. Dans ce cas, le contrat est résilié avec le paiement de toutes les dépenses encourues par les clientes dans le cadre du contrat de maternité de substitution.

277. La violation grave par la mère porteuse des conditions essentielles du contrat, ayant un impact sur le bon déroulement de la grossesse ou entraînant des problèmes de santé de l'enfant né, constitue un motif de résiliation du contrat de maternité de substitution avec transfert ultérieur des droits parentaux. Dans ces circonstances, seul le tribunal peut mettre fin au contrat à l'issue d'un examen complet des circonstances de l'affaire.

En vertu de l'article 59, paragraphe 7, du Code, le non-recours aux méthodes et technologies de procréation assistée après la conclusion du contrat, dans un délai contractuel indiqué, provoque la nullité du contrat.

⁴⁹⁷ Certaines questions (le sort d'une grossesse multiple, le fait que la gestatrice continue ou non de travailler durant la gestation...) doivent être décidées en commun accord entre les parties. Mais la loi ne précise pas si c'est la liberté individuelle ou la volonté des clients qui l'emporte en cas de désaccord.

⁴⁹⁸ « Суррогатная мать несет ответственность за беременность, предусмотренную договором суррогатного материнства, после применения вспомогательных репродуктивных методов и технологий, и обязана исключить возможность наступления естественной беременности. »

278. **La protection du lien maternel : l'absence des sanctions en cas de non remise de l'enfant en droit russe.** Comme nous avons pu le constater, la Russie ne s'est pas détachée du modèle de la filiation maternelle qui est la filiation par accouchement. Le contrat de maternité de substitution comporte bien une clause stipulant que la mère porteuse s'engage à remettre le ou les enfants aux parents potentiels après l'accouchement. Mais une telle condition est nulle et réputée non-écrite en cas de litige, car elle contredit le principe selon lequel « la mère est celle qui accouche de l'enfant ». Si, pour une raison quelconque, la mère porteuse souhaite garder le bébé, elle sera enregistrée comme sa mère. Cela soulève ainsi un des problèmes clef de la législation russe sur la maternité de substitution, à savoir l'établissement de la paternité et de la maternité de l'enfant né de la gestation pour autrui. Si la gestatrice n'exécute pas son obligation de remise de l'enfant découlant du contrat, aucune exécution forcée n'est possible. La norme de l'article 51 du Code de la famille de la Fédération de Russie (les personnes qui ont donné leur consentement écrit à l'implantation de l'embryon dans le corps d'une autre femme dans le but qu'elle porte l'embryon ne peuvent être enregistrées comme parents de l'enfant qu'avec le consentement de la femme qui a donné naissance à l'enfant) est formulée comme une norme impérative. Il n'existe aucun fondement légal permettant de sanctionner le comportement de la mère porteuse et d'engager sa responsabilité en pareilles circonstances. Il est également exclu que, dans ce cas, la mère porteuse puisse être tenue de dédommager les parents d'intention des frais qu'ils ont exposés dans le cadre de programme de gestation pour autrui, car ces paiements sont basés sur les dispositions du contrat, et les parties connaissent ou devraient connaître les règles de détermination de l'origine des enfants nés d'une mère porteuse, caractérisées par l'impossibilité d'une exécution forcée du contrat en cas de refus de la gestatrice de remettre l'enfant. La législation russe ne statue pas sur les conséquences du refus de la gestatrice de remettre l'enfant aux parents d'intention. Tous les contrats étudiés contiennent une clause selon laquelle, en cas de refus de remettre l'enfant aux commanditaires, la gestatrice ne touchera aucune rémunération et sera obligée de payer une amende à ces derniers.

279. Le droit de la famille russe accorde à la mère un droit particulier - le droit de garder l'enfant après l'accouchement. De ce fait, un contrat entre une mère

porteuse et les parents d'intention n'offre aucune garantie de la remise de l'enfant par la mère porteuse⁴⁹⁹.

280. Dans le même temps, aucun des actes juridiques normatifs ne mentionne les droits et obligations du mari de la mère porteuse dans cette situation. Ainsi, si une mère porteuse mariée garde le bébé et l'enregistre sous son propre nom, son mari est automatiquement enregistré comme le père de ce bébé, avec toutes les conséquences qui en découlent. Le refus de la mère porteuse de donner l'enfant n'est pas rare dans la pratique. Ce problème ne peut être résolu qu'au niveau législatif, donnant effet juridique au contrat de maternité de substitution. Le contrat conclu entre la mère porteuse et les époux soulève nombre de questions, car ces règles ne permettent pas toujours aux futurs parents qui ont conclu le contrat d'avoir pleine confiance dans sa bonne exécution. À cet égard, il serait nécessaire d'apporter des modifications au Code de la famille de la Fédération de Russie concernant le contrat de maternité de substitution. Dans ce contrat, il est nécessaire de spécifier clairement les droits et obligations des parties, ainsi que la responsabilité des parties en cas de non-respect de leurs obligations - ce qui est tout aussi important, car cela touche non seulement les intérêts des parties au contrat, mais également ceux de l'enfant né. Ainsi, le cadre juridique, sans lequel la conclusion de ce contrat est impossible, serait inscrit dans la loi.

281. En pratique, le modèle russe de la gestation pour autrui peut donner lieu à divers abus de la part d'une mère porteuse, se caractérisant essentiellement par des demandes de rémunération supplémentaire. Ce refus, prévu par la loi, de remettre l'enfant né, prive de tout sens le contrat synallagmatique de gestation pour autrui, mais aussi l'ensemble des soins/traitements médicaux relatifs à la gestation de l'embryon d'autrui et de l'accouchement. Le but de la gestation pour autrui n'est pas atteint. Cela conduit inévitablement à une crainte des parents génétiques (parents d'intention) de recourir à la gestation pour autrui, à l'absence de déploiement de cette

⁴⁹⁹ Pendant longtemps, ce droit est resté absolu. Comment les magistrats de la Cour Suprême l'ont nuancé dans les arrêts récents. Ces derniers sont analysés dans la partie sur l'établissement de la filiation maternelle des enfants nés de la gestation pour autrui.

technique en Russie, et à la recherche par les parents d'intention de destinations ayant des régimes juridiques plus favorables⁵⁰⁰.

282. Les autres législateurs des pays de l'ex-URSS, autorisant la gestation pour autrui, ont opté pour un autre choix.

En effet, si la gestatrice peut légalement garder l'enfant, la pratique russe démontre que ce droit laisse la porte ouverte aux chantages possibles de la part de la gestatrice aux fins d'obtenir un peu plus d'argent ou d'avantages de la part des parents d'intention⁵⁰¹. La Cour constitutionnelle a dû se prononcer sur le droit de la gestatrice de garder l'enfant⁵⁰². Dans cette affaire, la gestatrice a révoqué son accord au programme de gestation pour autrui une fois enceinte et a enregistré l'enfant à son nom et au nom de son conjoint après sa naissance. Les commanditaires ont saisi la Cour constitutionnelle pour violation de leurs droits constitutionnels, au visa des alinéas 4 et 5 de l'article 51 du Code de la famille et de l'alinéa 5 de l'article 16 de la loi fédérale sur les actes d'état civil. Les parents d'intention ont été déboutés de leur demande visant à être enregistrés en qualité de parents.

283. Responsabilité en cas de refus d'accueillir l'enfant. Dans les Etats étudiés, seul le droit du Kazakhstan contient les normes qui définissent le sort de l'enfant né de la gestation pour autrui en cas de refus des parents d'intention de l'accueillir ou s'ils viennent à décéder. Selon l'article 54 du Code du mariage et de la famille, la conclusion d'un contrat de maternité de substitution présume les droits et obligations des parents d'intention à l'égard de l'enfant né de la gestation pour autrui. Ainsi, conformément à l'article 59 du Code civil - la loi sur la procréation médicalement assistée -, en cas de refus des parents d'intention de prendre l'enfant, la gestatrice a le droit de garder l'enfant né. Si elle ne le souhaite pas, l'enfant est placé sous la tutelle de l'État. Mais comme les conjoints qui ont conclu le contrat avec une mère porteuse ne peuvent pas refuser de faire inscrire cet enfant à leur nom sur les

⁵⁰⁰ BRUKHOV R. Le contrat de la gestation pour autrui en droit russe, kazakh et biélorusse. //Р.Б.Брюхов, кюн, Договор о суррогатном материнстве по законодательству России, Казахстана и Белоруссии.

⁵⁰¹ Les arrêts relatifs à ce type de situation sont étudiés dans le chapitre sur l'établissement de la filiation.

⁵⁰² La décision du 15 mai 2012 N880-О //Определение об отказе в принятии к рассмотрению жалобы граждан ЧП и ЧЮ на нарушение их конституционных прав положениями п4 ст51 СК РФ и п5 ст16 Фз об актах ГС.

registres de l'état civil, cet abandon aura, pour eux, des conséquences juridiques et financières, comme en cas d'abandon d'un enfant né d'une relation charnelle.

En droit russe, comme la mère est celle qui a accouché, en cas de refus de l'enfant par les parents d'intention, c'est la gestatrice qui automatiquement devient la mère légale de l'enfant. Et si elle le refuse, les règles prévues pour l'abandon de l'enfant s'appliquent : elle sera tenue de verser « une pension alimentaire » à l'enfant durant des années. Les cas de refus arrivent majoritairement en cas de malformations chez l'enfant ou en cas de séparation du couple. Dans ces situations, la règle « la mère est celle qui a accouché » se retourne contre la gestatrice qui a consenti à ce projet, souvent dans le seul but d'améliorer sa situation financière et celle de ses propres enfants.

284. **L'enfant né non viable.** Même si les législations de la Biélorussie et du Kazakhstan en matière de gestation pour autrui sont plutôt complètes, elles demeurent muettes sur le sort du contrat de gestation pour autrui en cas de naissance d'un enfant non viable. Cependant, c'est là un moment très difficile. Si l'on met de côté le volet psychologique de la situation, il est nécessaire de poursuivre l'exécution du contrat en ce qui concerne la rémunération de la gestatrice, à laquelle la naissance d'un enfant non viable ne peut être imputée. Que faire si le personnel médical est responsable de la mort du nouveau-né ? Quelles sont les conséquences juridiques pour toutes les parties du contrat de maternité de substitution ? Et si l'accouchement entraîne le décès de la gestatrice, ou des conséquences lourdes pour sa santé ? Sur l'ensemble de ces questions, les législations des Etats étudiés nécessiteraient d'être complétées.

285. **Obligation légale de secret.** Il est important de comprendre que l'attitude des Etats étudiés face au secret (de la gestation pour autrui et de l'adoption) diffère considérablement du point de vue européen. Le maintien de ce secret est considéré comme étant dans l'intérêt de l'enfant et des personnes qui l'élèvent. Le système de la filiation en cas de gestation pour autrui est pensé par rapport au choix et aux intérêts des parents. La filiation procréative est fondée sur la vraisemblance. Rares sont les parents d'intention qui dévoilent leur recours à la gestation pour autrui. Par l'instauration du secret de la gestation, le législateur protège la paix des familles.

Ainsi, certaines législations prévoient expressément des sanctions pénales ou administratives en cas de divulgation de ces éléments par une personne tierce. Il peut s'agir d'une personne qui a eu accès aux informations en vertu de ses fonctions professionnelles (médecin, magistrat...) ou du fait de son appartenance au cercle amical ou familial des parents. A titre d'exemple, l'obligation de la gestatrice de garder le secret sur les informations relatives au contrat de la gestation pour autrui et sur les personnes contractantes, est expressément prévue dans l'article 23 de la loi biélorusse du 07 janvier 2012 sur la procréation médicalement assistée.

Au Kazakhstan, 99 % des parents d'intention dissimulent soigneusement leur participation au programme de maternité de substitution, en imitant la grossesse pour les tiers et même les plus proches tout au long de la grossesse⁵⁰³.

286. Conclusion. Bien que le Kazakhstan et le Biélorussie aient davantage et mieux légiféré dans le domaine de la gestation pour autrui, beaucoup de questions restent sans réponse. Que faire si l'enfant naît avec une malformation ou en cas d'une fausse couche ? Quid du dommage en cas de faute de la gestatrice ? Que faire si le dommage est dû à une maladie génétique présente dans les gamètes des parents d'intention ? Que faire si la grossesse ou l'accouchement ont provoqué des dommages irréversibles à la gestatrice ? Et si la gestatrice meurt au moment de l'accouchement, les parents d'intention doivent-ils réparer ce dommage ?

⁵⁰³ Selon D. Bekbergenova, directrice du centre de GPA « Bolshak », intervention lors du colloque sur la GPA, Astana 2014. En outre, Mme Bekbergenova considère que la législation kazakhe doit évoluer pour permettre à la mère d'intention qui travaille de bénéficier des congés de maternité, afin de protéger le secret de cette naissance et d'empêcher la corruption existant lors de la délivrance des certificats. //Дамира Бекбергенова, Директор Центра сурrogатного материнства «Болшак».

TITRE II. L'ÉTABLISSEMENT DE LA FILIATION FACE AUX NOUVEAUX MODES DE CONCEPTION

287. La famille se construit, essentiellement, autour de l'enfant⁵⁰⁴, dont le statut juridique est fondé sur le lien de filiation qui l'unit à ses parents. Ce lien est un élément fondamental de l'identité des personnes. Ses enjeux dépassent le simple aspect biologique.

Si dans la majorité des cas une concordance entre le biologique et le sociologique existe, ce n'est pas toujours le cas lorsqu'il y a recours à la procréation médicalement assistée.

288. Définition de la filiation. Traditionnellement, la filiation est « un lien juridique établi légalement entre un enfant et son père (filiation paternelle) et sa mère (filiation maternelle) »⁵⁰⁵ ; elle joue un rôle essentiel dans l'insertion d'un individu dans une société. En principe, elle permet d'inscrire une personne dans une lignée généalogique, de structurer les générations, de contribuer à la formation de l'identité individuelle, et de signaler la responsabilité de certains adultes dans la prise en charge de l'enfant et de sa protection⁵⁰⁶.

Le droit de la filiation détermine le rattachement juridique d'un enfant à ses parents juridiques, lesquels peuvent être distincts des parents sociaux et/ou génétiques⁵⁰⁷.

289. La filiation juridique a un rôle structurant, car elle entraîne un ensemble de conséquences juridiques pour les titulaires et les bénéficiaires (l'autorité parentale, l'obligation alimentaire, la succession, etc.).

⁵⁰⁴ « Pour le commun des mortels, la filiation est le plus souvent associée à l'idée de lien biologique : être le fils ou la fille de tel ou telle, c'est être né des œuvres de ce père ou de cette mère, avoir été enfanté par lui ou elle. Le droit est plus complexe. Il reçoit, certes, la filiation biologique, encore appelée en doctrine la filiation charnelle : le lien de sang, lorsqu'il est établi, rattache l'enfant à l'auteur en question (père ou mère), et, plus généralement, aux parents et alliés de cet auteur. Et cette insertion dans une famille confère à l'enfant des droits et des devoirs. » ROY O. *Droit de la famille. Archétype* 82. 2014. p.161.

⁵⁰⁵ Antoine LECA, Berenger LEGROS. *Petit dictionnaire du droit de la santé et de la bioéthique*. LEH Edition. 2017.

⁵⁰⁶ MESNIL M. Thèse « Repenser le droit de la reproduction au prisme du projet parental » sous la direction de LAUDE A. et GUILLOD O. 2015 p.1045.

⁵⁰⁷ MANDOFIA BERNEY M. *Les caractéristiques*. In *Déviance et société*. 1993. P.122.

290. La filiation positionne l'enfant, dès sa naissance, au sein d'une famille en lui donnant un nom, un état civil et une nationalité. En droit russe, pour parler de la filiation dans le sens du terme français, le terme « origine des enfants⁵⁰⁸ » est employé. Ainsi le chapitre 10, section IV, du Code de la famille de la Fédération de Russie est consacré à la détermination de l'origine des enfants. L'origine des enfants de parents déterminés est la source et le fondement des relations juridiques entre parents et enfants, que les parents soient mariés ou non, qu'ils vivent ensemble ou séparément. L'expression « origine des enfants » désigne leur origine par le sang d'un homme et d'une femme dont l'identité est également établie précisément, enregistrée conformément à la procédure prévue par la loi.

Différents intérêts et problématiques sont mis en balance lorsqu'une PMA est en jeu. Ils se révèlent collectifs et politiques : la politique nataliste doit prendre en compte l'intérêt de l'enfant, l'autonomie des parents, mais aussi assurer une sécurité juridique de consolidation des situations de fait.

La filiation fait l'objet de nombreuses revendications par des groupes de pression issus de la société civile, avec des discussions qui viennent poser comme droit fondamental un droit à la filiation ou un droit à l'enfant⁵⁰⁹. L'établissement de la filiation est le choix d'une société donnée, qui accepte de valider des relations entre individus et de les consacrer juridiquement⁵¹⁰.

291. Le socle commun du droit de la filiation des pays d'Europe orientale et d'Asie centrale. L'évolution de la notion de la famille et de la filiation dans les pays étudiés ressemble beaucoup à celle de la France. Les enfants sont égaux en droits (il n'y a plus de distinction entre les enfants légitimes et naturels), le concubinage est entré dans les mœurs. Mais la grosse différence porte sur la place centrale faite à la

508 « Происхождение детей »=origine de l'enfant. Il y a une incohérence dans la terminologie employée par le droit russe. La langue russe emploie le terme « origine de l'enfant » pour désigner ce qu'on appelle la filiation en langue française. Cela signifie le lien rattachant l'enfant et ses parents. Cependant, cette filiation peut être fondée sur la biologie, sur la présomption de paternité, sur la volonté. Le lien de droit, la filiation est confondue avec la parenté, lien de fait qui constitue le fondement.

509 « Le lien de filiation est devenu, en cela, un indicateur du niveau d'avancée sociale d'un pays. Selon que le droit organise la possibilité d'un lien de filiation pour des personnes seules ou en couple, pour des couples hétérosexuels ou homosexuels, cela est révélateur des choix de société qui sont opérés et des valeurs afférentes. » L. MONTILLET - DE SAINT-PERN *La notion de la filiation en droit comparé : droit français et droit anglais*. 2013. Thèse sous dir. B.ANCEL. p.4

⁵¹⁰ MANDOFIA BERNEY M. Les caractéristiques. In *Déviance et société*. 1993. p.124.

mère dans la vie de l'enfant. Pour les naissances hors mariage, elle seule peut autoriser la filiation paternelle en validant la reconnaissance faite par le prétendu père. Cette place prépondérante se retrouve dans les procédures de l'assistance médicale à la procréation et de la gestation pour autrui. Cette place particulière du lien de filiation maternelle montre une particularisme des législations.

Impact de la procréation médicalement assistée sur l'établissement de la filiation.

Les pays de l'ex-URSS ont construit leur droit de la famille sur un même socle juridique. Ce terrain commun a abouti à l'élaboration de règles relativement homogènes et similaires, mais qui ont peu pris en compte la complexité des répercussions engendrées par ces nouvelles situations de fait ; elles présentent d'importantes lacunes, en particulier pour les cas des PMA.

292. **Acte de naissance : preuve d'existence d'une personnalité juridique.**

C'est l'acte de naissance qui précise les liens de filiation d'un enfant. La seule énonciation dans l'acte du nom de la femme qui accouche suffit à établir la maternité dans tous les cas. Aucune déclaration d'intention n'est donc exigée à son égard. Mais la gestation pour autrui crée de l'incertitude concernant la maternité dans certains Etats étudiés. Le père, lui, doit expressément signifier sa volonté de reconnaître l'enfant, et doit donc consentir à la procréation médicalement assistée. C'est pourquoi, à titre préliminaire, il convient d'exposer les règles d'état civil qui gouvernent l'enregistrement des naissances dans les pays étudiés. Et, seulement par la suite, porter une attention particulière à la jurisprudence ; car bien que la loi soit indispensable pour instituer le lien de filiation, elle n'est pas suffisante du fait de la place importante du comportement volontariste en matière de procréation médicalement assistée.

L'état des personnes formalise une exigence de la preuve de l'état civil, comme pour l'activité juridique et sociale de tout individu. Parmi les actes d'état civil, l'acte de naissance est le plus important, et parmi les mentions qu'il comporte, celles qui concernent la filiation de l'individu tiennent une place essentielle (Chapitre I). La majorité des techniques médicales de procréation assistée permettent de garder une

vraisemblance avec la procréation charnelle, et d'appliquer les règles classiques d'établissement de filiation à l'enfant né. (Chapitre II)

CHAPITRE I. La filiation et les règles d'état civil

293. L'état des personnes est formalisé de façon particulière et essentielle pour la preuve de l'état civil comme pour l'activité juridique et sociale de tout individu⁵¹¹. Ces formes résultent de l'organisation de l'état civil et sont matérialisées par les actes d'état civil. Parmi eux, l'acte de naissance est le plus important, en ce qu'il introduit officiellement une personne aux yeux de la société. Parmi les mentions qu'il comporte, celles qui concernent la filiation de l'individu tiennent une place essentielle. Mode de preuve de la filiation, l'acte d'état civil est plus qu'une preuve d'un fait. Il constitue le titre⁵¹², en tant qu'il est un mode d'établissement extrajudiciaire de la filiation qui ne peut être détruit que par des actions en justice spécifiques relatives à la filiation.

L'acte de naissance permet une existence sociale et accompagne l'individu lors de nombreuses occurrences. Il joue également un rôle important lors des déplacements internationaux des personnes.

En France, certains actes peuvent en outre être reçus par des notaires, habilités à établir des actes authentiques. Il s'agit de l'acte de reconnaissance d'un enfant né hors mariage des père et mère ou en cas de recours à la PMA à l'étranger par les couples de deux femmes⁵¹³. L'établissement de la filiation peut aussi être constaté par une décision de justice.

En conséquence, la filiation est établie par les actes de naissance ou par des actes d'état civil inscrits en marge des actes de naissance.

Les actes d'état civil dans les Etats de l'Europe orientale et d'Asie Centrale s'ont établis dans un autre système d'état civil. Les règles communes, héritées du système de l'URSS, facilitent la compréhension de l'enregistrement des enfants nés

511 LABRUSSE-RIOU C. Notion de filiation. Répertoire du droit civil. Dalloz. 2009.

512 Le titre a le caractère d'autorité des actes authentiques.

513 Depuis l'entrée en vigueur de la loi dite bioéthique en août 2021.

de la PMA et de la GPA en Russie, en Biélorussie, en Ukraine et au Kazakhstan. Ces pays ne connaissent pas les mentions marginales des actes. En cas de changement ou de modification d'un des éléments d'état civil de la personne, elle reçoit un nouvel acte d'état civil, illimité dans sa durée de validité. Dans ces Etats, il n'existe pas de copies intégrales ou d'extraits d'actes de naissance : un seul modèle, sans mentions, mais avec les filiations, est délivré.

En conséquence, il n'est pas toujours possible de savoir qui étaient les parents « d'origine » de l'enfant en question lors de la circulation des filiations : les actes d'état civil de ces Etats en effacent toutes les traces.

SECTION III. Règles générales d'état civil sur la filiation en Russie et en Europe orientale

294. **Histoire de l'état civil.** Les théoriciens de l'état de nature, en particulier les tenants de la contractualisation, ont fait de l'Etat et de ses infrastructures une machine de contrôle du fait social. En France, c'est avec la Révolution que le débat politique se saisit de la question de l'identification des individus au nom d'un idéal laïc : « Dans un gouvernement où la Constitution garantit à tout homme d'exercer le culte auquel il est attaché, il ne peut y avoir différentes manières de constater les naissances, les mariages et les décès ». En effet, les ecclésiastiques avaient principalement la charge de la tenue de registres consignait les décès et les naissances. Cette pratique remontait à l'époque romaine, mais cela reste discuté par plusieurs historiens (L. HOMO s'oppose ici à un courant anglo-saxon en particulier). En affirmant la place du citoyen, il devint évident que son identification se devait d'être la plus fine possible. C'est donc au sein du giron de chaque municipalité, que les citoyens ont commencé à être clairement identifiés de leur existence à leur trépas par l'autorité administrative. Le terme « état civil » désigne la situation juridique de la personne qui prend en compte sa vie de la naissance à sa mort⁵¹⁴.

⁵¹⁴ FAVIER Y. Actes d'état civil. In Répertoire du droit civil. Dalloz. Novembre 2020.

Les actes d'état civil sont donc des écrits dans lesquels l'autorité publique (jadis le corps religieux) constate, d'une manière authentique, les principaux événements relatifs à l'état des personnes⁵¹⁵.

L'expression « d'état civil », prise dans son sens le plus large, désigne la considération juridique de la personne dans la société, en l'individualisant grâce à l'application de règles relatives à la nationalité, ainsi que celles propres à l'état et la capacité des personnes.⁵¹⁶

Une conception plus étroite de cette notion renvoie à la notion de famille, telle qu'elle résulte du mariage et de la filiation. Dans son sens plus commun enfin, l'état civil s'entend comme le service public auquel il incombe de dresser les actes instrumentaires retraçant les différents événements intéressant l'état d'une personne et de les conserver dans les registres en vue de leur exploitation. Ces différentes approches du terme font ressortir les deux principales finalités de l'état civil. Il répond, d'une part, à une finalité individuelle, puisqu'il permet aux individus de faire valoir les droits liés à leur condition, qui est la somme des différents événements de la vie - la naissance, l'adoption, le mariage ou encore le divorce⁵¹⁷.

L'état civil a également une finalité collective, puisqu'il permet à l'État de connaître la situation des personnes vivant sur son territoire. Dès lors, l'état civil ne peut être dissocié des grandes réflexions sur l'individu, la société et l'État, la liberté et l'oppression⁵¹⁸. En effet, un être humain est non seulement un être individuel mais aussi un être social pris en considération par le groupe et, à ce titre, traité comme un sujet de droit⁵¹⁹. Grâce à cette qualité de sujet de droit, l'homme est doté de nombreuses prérogatives et de droits subjectifs dont il peut se prévaloir. Dès lors, l'être humain dans sa composante politique existe avant tout comme un citoyen, statut qu'il doit être en capacité de prouver.

⁵¹⁵ Civ.1^{re}, 14 juin 1983. Rev.crit.DIP 1984.316.

⁵¹⁶ BOSSE-PLATIERE H., Actes de l'état civil, Rép. civ. Dalloz, mars 2010, n° 1, p. 1.

⁵¹⁷ POURE V. L'officier de l'état civil en droit des personnes et de la famille Thèse 2015. P.11

⁵¹⁸ DUROY S. État civil, J.-Cl. Collectivités territoriales, Fasc. 676, déc. 2009, n° 6, p.2

⁵¹⁹ TERRE F., FENOUILLET D. Droit civil, Les personnes : personnalité, incapacité, protection. Précis Dalloz, coll. Droit privé, 8e éd., 2012, n° 9, p. 9.

Ces actes, recueillis par des officiers ministériels, sont des actes dont il est fait publicité et qui sont accessibles par délivrance de copie (et des extraits dans certains Etats) à demander auprès des dépositaires des registres. En tant qu'acte authentique, l'acte d'état civil fait foi jusqu'à inscription des rectifications en marge par l'officier de l'état civil énoncées dans l'acte⁵²⁰. En revanche, la véracité des faits qui ont été déclarés à l'officier de l'état civil fait foi jusqu'à preuve contraire.

Filiation et acte de naissance. Parmi les actes d'état civil, l'acte de naissance est le plus important, et parmi les mentions qu'il comporte, celles qui concernent la filiation de l'individu tiennent une place essentielle. Dans la très grande majorité des cas, la filiation est établie par les actes de naissance ou par des actes d'état civil inscrits en marge des actes de naissance.

295. Mode de preuve de la filiation⁵²¹, l'acte d'état civil est plus qu'une preuve d'un fait ; il constitue le « titre », en ceci qu'il est un mode d'établissement extrajudiciaire de la filiation qui ne peut être détruit que dans les conditions propres aux actions en justice en contestation de la filiation. Le titre a les caractères et l'autorité des actes authentiques⁵²². La filiation établie par l'effet autoritaire de la loi se prouve par l'acte de naissance de l'enfant. En désignant dans celui-ci la mère, la filiation est alors établie par l'effet de la loi (filiation maternelle et paternité du mari de la mère) ; il en va de même pour la filiation établie par reconnaissance (mais aussi la possession d'état en France)⁵²³. Il en est ainsi, depuis fort longtemps, pour prouver la filiation en mariage par le jeu de la présomption de paternité du mari de la mère⁵²⁴.

520 Civ. 1re, 26 mai 1964.

521 Certains actes peuvent en outre être reçus par des notaires, habilités à établir des actes authentiques. En France, il s'agit de l'acte de reconnaissance d'un enfant né hors le mariage des père et mère. Cette possibilité est expressément reconnue par l'article 316 nouveau du Code civil. Tout acte authentique pouvant contenir une reconnaissance d'enfant, établissant la filiation paternelle (et jadis maternelle), celle-ci peut aussi résulter d'une décision de justice qui la constate, même s'il ne s'agit pas du jugement sur une action en recherche de paternité. Ces hypothèses restent cependant marginales et occasionnelles, car dans la très grande majorité des cas, la filiation est établie par les actes de naissance ou par des actes d'état civil inscrits en marge des actes de naissance.

522 LABROUSSE-RIOUX C. Filiation, lien formel : l'état civil, in Répertoire Dalloz. 2016.

523 Si elle n'est pas établie par l'effet de la loi, la filiation se prouve par un acte de reconnaissance ou un acte de notoriété constatant la possession d'état et par la production de l'acte de naissance sur lequel est portée la mention de la reconnaissance ou de l'acte de notoriété, sous réserve que soit apposée la mention de la reconnaissance ou de l'acte de notoriété constatant la possession d'état.

524 C. civ., art. 312. En France, depuis le 1er juillet 2006, cette possibilité est étendue à l'enfant né hors mariage, pour prouver la filiation à l'égard de la mère (C. civ., art. 310-3 et 311-25).

296. Si la filiation est établie en justice, l'acte de naissance doit être complété (par la mention du jugement déclaratif en France, et par l'établissement d'un nouvel acte de naissance dans les autres Etats étudiés).

297. Sécurité de l'état civil. Tant qu'elle n'a pas été contestée en justice, une filiation légalement établie fait obstacle à l'établissement d'une autre filiation qui la contredirait.

298. **Loi régissant les règles de la filiation.** Dans tous les Etats étudiés, la filiation est régie par la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant et, si la mère n'est pas connue, par la loi personnelle de l'enfant⁵²⁵. La mère est connue, au sens de ce texte, lorsqu'elle est désignée dans l'acte de naissance de l'enfant et que son identification est suffisante pour permettre de déterminer sa nationalité. Dans le cas contraire, la loi applicable est la loi personnelle de l'enfant. Si l'enfant est né sans filiation connue, la loi du pays de naissance est applicable⁵²⁶.

299. L'état civil en France. De ses origines historiques, l'état civil est l'une des manifestations, avec le divorce, de la « sécularisation du droit privé français »⁵²⁷. Le décret des 20 et 25 septembre 1792 constitue le véritable acte de naissance de l'institution nationale laïque de l'état civil⁵²⁸. En son article premier, le décret dispose ainsi que « les municipalités recevront et conserveront les actes destinés à constater les naissances, mariages et décès. Les conseils généraux des communes nommeront parmi leurs membres, suivant l'étendue et la population des lieux, une ou plusieurs personnes qui seront chargées de ces fonctions »⁵²⁹.

300. En France, la loi du 20 septembre 1972 a fait de l'état civil une institution nationale laïque. La tenue des registres a été confiée aux communes.

⁵²⁵ Article 311-14 du Code civil français.

⁵²⁶ FARGE M. Le quarante-sixième anniversaire des articles 311-14 et suivants du Code civil : Dr. famille 2018, dossier 4.

⁵²⁷ BOSSE-PLATIERE H. Actes de l'état civil n° 3, p. 3, « L'état civil a été créé par la loi du 20 septembre 1792, le même jour que la fameuse loi instituant le divorce ».

⁵²⁸ Décr. du 20-25 sept. 1792, archives de France, *Des registres paroissiaux à l'état civil en Rhénanie*, article disponible sur le site internet des archives de France notamment à l'adresse suivante : <http://www.archivesdefrance.culture.gouv.fr/static/360>.

⁵²⁹ BUFFELAN-LANORE Y. Actes de l'état civil. Dispositions générales. Généralités, *J.-Cl.Civil Code*, art. 34 à 39, août 2010, n° 1, p. 3.

301. Le sujet des actes de l'état civil est traité par les articles 34 à 101 du Code civil. De nombreuses modifications sont intervenues depuis le Code de Napoléon.

302. Aujourd'hui, l'organisation de l'état civil apparaît comme une réglementation plutôt administrative dont les règles du fonctionnement sont précisées dans l'Instruction Générale relative à l'état civil (IGREC).

L'ordonnance n° 59-68 du 07 janvier 1959 a prévu la tenue d'un registre matériel des naissances et des personnes nées à l'étranger et devenues françaises par décret de naturalisation ou de réintégration, ou par l'effet collectif d'un tel décret. Les attributions relatives à ce registre ont été transférées au ministère des Affaires étrangères par le décret n° 65-422 du 1er juin 1965⁵³⁰.

Un des derniers facteurs d'évolution marquante de l'état civil français est la dématérialisation de l'état civil, avec un système de consultation à distance des actes de l'état civil (COMEDDEC⁵³¹).

Une facilitation de circulation des actes d'état civil entre les Etats de l'Union Européenne est assurée grâce à la convention sur les actes plurilingues⁵³².

⁵³⁰ Aux termes de ce texte, modifié par le décret n° 69-1125 du 11 décembre 1969, un service central d'état civil, créé auprès du ministère des Affaires étrangères et établi à Nantes, a été créé. Il reçoit en dépôt les registres consulaires et autres registres de l'état civil tenus au ministère des Affaires étrangères. Il en est de même pour les registres datant de moins de cent ans établis dans les territoires des États antérieurement placés sous la souveraineté de la France. Le service central d'état civil tient également les registres où sont transcrits les jugements français tenant lieu d'actes de l'état civil lorsque ceux-ci ont été ou auraient dû être dressés à l'étranger, et les jugements d'adoption simple concernant les personnes nées à l'étranger lorsque leurs actes de naissance ne sont pas conservés sur des registres français. Le SCEC tient aussi un répertoire où sont conservés des extraits des jugements relatifs à l'état civil des personnes n'ayant pas un acte d'état civil français.

⁵³¹ Ce système a été créé par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, complétée en 2017 d'un décret du 06 mai n° 2017-890 relatif à l'état civil, et d'une circulaire datée du 26 juillet 2017.

Il s'agit d'un dispositif dématérialisé de délivrance de données de l'état civil qui a vocation à centraliser l'ensemble des demandes d'acte de l'état civil adressées aux communes, et qui est devenu obligatoire le 1er novembre 2018 pour les communes sur le territoire desquelles est située ou a été établie une maternité. La vérification électronique des données d'état civil peut être demandée par le ministère de l'Intérieur dans le cadre de la délivrance des titres, par les notaires pour les besoins des actes notariés, et par les communes pour constituer le dossier de mariage ou sécuriser la rédaction de l'acte de décès. À terme, les organismes sociaux pourront aussi l'utiliser, ainsi que toute administration pour obtenir un acte de l'état civil dans le cadre de ses relations avec les administrés.

⁵³² Convention (n° 16) relative à la délivrance d'extraits plurilingues d'actes de l'état civil, signée à Vienne le 08 septembre 1976.

303. L'état civil en Russie. L'histoire russe des registres d'état civil commence au 17^e siècle avec la législation de 1666-1667⁵³³. En 1666 en Russie, l'Assemblée des Églises russes⁵³⁴ a instauré l'obligation pour les Églises de tenir quatre registres (les livres métriques) : un pour les naissances, un pour les décès, un pour les mariages et un pour les baptêmes⁵³⁵. Au début, ces registres n'étaient tenus que pour les orthodoxes ; par la suite, des registres concernant d'autres religions ont été mis en place. A l'époque de Pierre le Grand, les registres étaient tenus pour chaque classe de la société : la noblesse, les gens d'Église, les serfs, vilains et autres⁵³⁶.

Ces registres permettaient de disposer de statistiques sur la population russe.

Depuis la Révolution de 1917, l'état civil a subi des réformes importantes. Le Décret du 19 décembre 1917 sur le mariage civil⁵³⁷, les enfants et la tenue des registres d'actes d'état civil, a transféré la gestion des registres de l'Église à l'État. Le ministère de la Justice, le ministère de l'Intérieur et l'Archive Centrale peuvent encadrer l'activité des ZAGS (bureaux d'état civil). La circulaire du 09 février 1922 confère aux ZAGS des villages l'enregistrement des naissances et les décès survenant sur leur territoire.

Dans les années 1918-1919, les ZAGS récupérèrent la gestion de la plupart des registres auparavant tenus par l'Église, et seuls les mariages religieux célébrés avant

533 VINNIK M. Les livres métriques comme la source de l'histoire de la Russie, in Demoskop Weekly, 2012, www.demoscope.ru/weekly/2012/0535/analit012.php

534 Moskovslk Sobor

535 NEVOLIN K. L'histoire des lois russes : l'introduction et le livre 1 sur les unions familiales. Saint-Petersbourg, 1857, page 221.

536 Le contenu des registres est ouvert au public et chacun peut solliciter des informations sur le contenu de ces registres. Les fiançailles sont annoncées à l'issue de chaque messe durant un mois, pour que toute personne ayant connaissance d'empêchements susceptibles de faire obstacle au mariage soit en mesure de se manifester et de communiquer les informations qu'elle détient.

A la fin du XIX^e siècle, des actes écrits commencent à être délivrés à la population lors de l'enregistrement des événements dans les registres.

ROJDESTVENSKY N. Le guide des lois russes, Saint-Petersbourg, 1851, p.223.

⁵³⁷ Désormais, seuls les mariages civils sont reconnus par l'Etat. Les mariages religieux célébrés avant le 20 décembre 1917 demeurent valables.

le 20 décembre 1917 demeurèrent valables. Après cette date, seuls les mariages civils seront reconnus par l'État⁵³⁸.

Ce n'est qu'après la deuxième guerre mondiale que les actes de naissance, de décès et de mariage sont imprimés sur papier filigrane, et que la forme de ces actes est unifiée pour l'ensemble du territoire national⁵³⁹.

La loi fédérale sur les actes d'état civil est promulguée en 1997 : c'est la première loi, très détaillée, consacrée exclusivement aux actes d'état civil. Avant cette loi, les normes régissant les actes d'état civil étaient dispersées dans divers textes⁵⁴⁰.

Conformément à l'Arrêté du ministère de la Justice du 29 novembre 2011 N 412 sur l'encadrement du service public en charge des actes d'état civil sur le territoire de la Russie, les registres sont tenus en langue russe. Comme certains sujets de la Fédération, en l'occurrence les Républiques, ont le droit à leur propre langue en plus du Russe, les registres sont tenus et les actes sont établis en deux langues⁵⁴¹.

Jusqu'en 2018, chaque unité territoriale utilisait son propre système d'enregistrement des données. La nécessité d'un traitement centralisé et systématisé n'a été résolue qu'en 2018⁵⁴².

La décision de la création d'un registre d'état civil unique, sous la forme électronique, a été actée par la loi fédérale n° 219-FZ du 23.06.2016 « Sur les modifications de la loi fédérale sur les actes d'état civil ». Conformément à la loi

⁵³⁸ Depuis 1917, le divorce est dans la compétence étatique. Les femmes ont le droit de faire une demande de divorce au même titre que les hommes. En cas de divorce par consentement mutuel, les époux sont entendus par un officier d'état civil qui enregistre le divorce ; la procédure contentieuse n'existe qu'en cas de désaccord entre les époux.

⁵³⁹ Les informations concernant l'origine ethnique, le lieu de travail, le niveau d'études et le nombre d'enfants doivent obligatoirement figurer dans les actes.

⁵⁴⁰ Les registres des actes d'état civil sont tenus par ZAGS, gérés par les sujets de la Fédération⁵⁴⁰. La *Russie* est une *Fédération* constituée de 85 entités dénommées en français « sujets de la Fédération » (субъекты Российской Федерации).

⁵⁴¹ Les actes d'état civil étrangers, pour pouvoir être produits en Russie, doivent être traduits en langue russe, dans la forme notariale⁵⁴¹. En Russie il n'existe pas de traducteurs assermentés. Chaque traducteur peut travailler en amont avec un notaire qui certifie par la suite sa signature. Une telle traduction est appelée en Russie « notariale ». Les traductions ne sont pas exigées pour les actes délivrés par les États dont l'une des langues officielles est le russe - actuellement, la Biélorussie et le Kazakhstan. Ce principe est issu de la Convention de Minsk sur l'entraide en matière civile, familiale et pénale signée le 22 janvier 1993.

La Russie a créé un registre fédéral des actes d'état civil, sous forme électronique.

⁵⁴² Федеральный закон № 219-ФЗ " от 23.06.2016 «О внесении изменений в Федеральный закон «Об актах гражданского состояния».

fédérale du 29.12.2017 N 438-FZ⁵⁴³, tous les registres sur papier devaient être numérisés au plus tard le 31 décembre 2020. La loi fédérale du 29.12.2017 N 438-FZ prévoit que la conservation des registres sur papier, établis avant le 1er octobre 2018, doit durer 100 ans à compter de la date d'établissement des actes de l'état civil.

Actuellement, ce registre national unique des actes de l'état civil⁵⁴⁴ est géré par le Service fédéral des impôts.

Le Registre national uniforme des actes d'état civil comprend également des informations sur les documents délivrés par les organes compétents des États étrangers à l'égard des citoyens de la Fédération de Russie⁵⁴⁵.

304. Délivrance des actes de naissance une seule fois dans la vie de l'enfant : l'héritage du système soviétique. Contrairement à la France, les actes de naissances au sein de l'espace post-soviétique étaient pendant longtemps délivrés, sur papier filigrané et cartonné, uniquement lors de la naissance. Il restait néanmoins possible de demander un duplicata en cas de perte. A noter, la délivrance d'un duplicata de l'acte de naissance d'un enfant est refusée au parent déchu de l'autorité parentale.

305. Depuis la réforme de 2016, les actes d'état civil sont délivrés sur papier filigrané mais ne sont plus cartonnés. Il est possible à tout moment d'obtenir un duplicata. Un portail internet permet en outre à tout intéressé de vérifier l'existence d'un acte à partir de son numéro et de sa date de délivrance. Les actes délivrés correspondent aux extraits avec les filiations en droit français ; aucune mention marginale n'y figure. En cas de changement d'un des éléments d'état civil,

⁵⁴³ Loi fédérale du 29.12.2017 N 438-FZ. « Sur les modifications de certains actes législatifs de la Fédération de Russie relatifs à l'enregistrement des actes d'état civil par les centres multifonctionnels étatiques et municipaux » //Федеральный закон "О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в части государственной регистрации некоторых актов гражданского состояния в многофункциональных центрах предоставления государственных и муниципальных услуг" от 29.12.2017 N 438-ФЗ.

⁵⁴⁴ Единый государственный реестр записей актов гражданского состояния.

⁵⁴⁵ La loi fédérale prévoit que les registres sur papier (établis avant le 1er octobre 2018) doivent être conservés pendant 100 ans.

Les règles de tenue du Registre sont dans le Décret du Gouvernement de la Fédération de Russie du 27.06.2018 N738 « Sur l'approbation des règles de tenue du Registre d'Etat uniforme ». // Постановление Правительства РФ от 27.06.2018 № 738 (ред. от 30.07.2019) «Об утверждении Правил ведения Единого государственного реестра записей актов гражданского состояния» http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_301233

un nouvel acte est délivré⁵⁴⁶. Ce nouveau système permet de pouvoir assurer des informations à jour concernant l'état civil d'une personne ; ces standards établissent un rapprochement avec ceux de l'Europe Occidentale.

306. Aujourd'hui, l'une des sources légales russes régissant la filiation des enfants est le Code civil. L'article 47 régit la procédure d'enregistrement de certains actes. Le Code de procédure civile définit quant à lui la procédure de traitement des litiges relatifs à l'origine des enfants et le régime des actions en contestation de maternité et de paternité. La paternité et la maternité sont établies et contestées en justice selon les règles de procédure exposées dans la sous-section II de l'article 2 du Code de procédure civile, et l'établissement judiciaire de la reconnaissance de paternité selon les règles de procédure spéciales définies par le chapitre 26 de la sous-section IV du Code de procédure civile.

307. Le Code pénal de la Fédération de Russie protège également l'établissement de la filiation. L'article 153 du Code pénal définit et sanctionne l'infraction de substitution d'un enfant.

308. Des sanctions administratives en cas de manquement des parents à l'obligation de communiquer des informations au bureau d'état civil sont prévues par le Code des infractions administratives (article 19.7).

309. En outre, il existe un certain nombre de lois fédérales qui régissent la filiation et l'origine des enfants. Mais, comme il a été indiqué ci-avant, la loi fédérale sur les actes de l'état civil est le texte qui régit principalement l'enregistrement des filiations.

310. Ce texte détermine les motifs et la procédure d'enregistrement des naissances au niveau de l'État, le contenu des actes de naissance et du certificat de naissance d'un enfant. « Les fondements de la législation russe sur la protection de la

546 Dès lors, seul un acte récent permet de s'assurer de l'état civil d'une personne. Pour les mariages dissous, seules des attestations peuvent être délivrées, et non pas des actes de mariage.

santé des citoyens » prévoient un droit de recours à la procréation médicalement assistée et définissent le cadre juridique de la réalisation de ce droit⁵⁴⁷.

311. Règles générales relatives à l'établissement des actes de naissance⁵⁴⁸. Les Etats de l'ex-URSS ont majoritairement hérité du corpus des règles encadrant l'établissement des actes d'état civil des lois de l'URSS⁵⁴⁹. En conséquence, nous retrouvons des règles identiques aux règles russes dans certains pays comme le Kazakhstan, la Biélorussie, l'Ukraine, l'Ouzbékistan, la Moldavie, etc. Les Etats ayant deux langues officielles délivrent les actes d'état civil dans les deux langues sur le même papier filigrané. Il s'agit notamment de la Biélorussie, du Kazakhstan⁵⁵⁰⁵⁵¹ et de l'Ouzbékistan, bien que le Russe n'y soit pas la langue officielle.

312. En Russie, comme dans les autres Etats, conformément au paragraphe 1 de l'art. 15 de la loi Fédérale sur les actes d'état civil, l'enregistrement de la naissance

547 Приказ Министерства иностранных дел от 03.09.2008 номер 13579 «Об утверждении административного регламента исполнения государственной функции по регистрации актов гражданского состояния граждан РФ, проживающих за границей.

L'établissement de l'origine des enfants en Russie est également régi par des décrets, arrêtés et ordonnances. Notamment par le décret du gouvernement de la Fédération de Russie « sur les mesures d'application de la loi fédérale sur les actes d'état civil » N 709 du 6 juillet 1998, le décret du gouvernement de la Fédération de Russie « sur l'approbation des règles de remplissage des formulaires des actes d'état civil et des formulaires des certificats d'enregistrement d'état des actes d'état civil ». La procédure du recours à la procréation médicalement assistée dans le traitement de l'infertilité féminine et masculine est réglementée par l'Arrêté du ministère de la Santé de la Fédération de Russie n° 67 du 26.02.2003. La procédure d'enregistrement de la naissance d'un enfant, citoyen de la Fédération de Russie, vivant à l'étranger, est déterminée par le Règlement sur l'institution consulaire de la Fédération de Russie approuvé par le décret présidentiel n° 1330 du 05 novembre 1998, ainsi que par le Règlement administratif de la fonction d'Etat pour l'enregistrement des actes d'état civil de la Fédération de Russie pour les citoyens russes résidant à l'étranger, approuvé par le ministère des Affaires étrangères n° 13579 du 03 septembre 2008.

⁵⁴⁸ Concernant les parents étrangers, la naissance de leur enfant sera enregistrée par le service consulaire de l'état d'origine. Au Kazakhstan, à la demande des parents, il est possible d'enregistrer la naissance à l'état civil local. Cependant, l'enfant n'aura pas de numéro d'identification comme les enfants kazakhs et il ne sera pas inscrit dans la base unique nationale d'état civil⁵⁴⁸. En Russie, pour l'instant, cette possibilité d'enregistrer l'enfant né à l'étranger dans les registres internes n'existe pas. Mais dans le cadre de la réforme à venir de l'état civil, cette possibilité sera prévue.

⁵⁴⁹ L'Instruction sur la procédure d'enregistrement des actes d'état civil en URSS (approuvée par le ministère de la Justice de l'URSS le 22.07.1991.// Инструкция о порядке регистрации актов гражданского состояния в СССР" . Утв. Минюстом СССР 22.07.1991.

⁵⁵⁰ L'article 178 du Code de la famille kazakh.

d'un enfant est effectué au bureau d'état civil de son lieu de naissance ou du lieu de résidence des parents (l'un des parents)⁵⁵².

Délai de déclaration des naissances. La loi russe prévoit un délai d'un mois pour déclarer une naissance devant l'officier d'état civil⁵⁵³. A titre d'exemple, en Biélorussie, l'enfant doit être déclaré à l'état civil dans un délai de trois mois après la naissance. Ce délai est assez important par rapport aux cinq jours prévus en France.

Ces délais imposés par ces textes ne sont pour autant pas sanctionnés en cas de non-respect ; leur dépassement ne pourra donner lieu à un refus d'enregistrement.

En réalité, si la déclaration intervient avant le premier anniversaire de l'enfant, l'officier d'état civil suit la même procédure d'enregistrement⁵⁵⁴. L'article 21 de la loi fédérale russe prévoit également une procédure d'enregistrement de la naissance d'un enfant âgé de plus d'un an. En cas de production de tous les documents exigés par la loi, l'enregistrement se déroule dans les mêmes conditions que lorsque l'enregistrement est effectué dans le délai. Une procédure judiciaire est prévue seulement pour les cas où le demandeur se trouve dans l'impossibilité de produire un certificat médical de la naissance.

Cette déclaration peut être faite soit au lieu de résidence des parents, soit au lieu de naissance de l'enfant. La procédure d'enregistrement de la naissance et les documents exigés des parents - les déclarants - sont énoncés dans l'article 7 de la loi fédérale *sur les actes d'état civil*⁵⁵⁵. Les ZAGS suivent les consignes prévues par l'Arrêté du ministère de la Justice du 29 novembre 2011 N 412 *sur la procédure*

⁵⁵² En Russie, les archives sont en double exemplaire et sont gardées durant 75 ans (100 depuis la réforme de 2016). La loi fédérale du 29.12.2017 N 438-FZ. « Sur les modifications de certains actes législatifs de la Fédération de Russie relatifs à l'enregistrement des actes d'état civil par les centres multifonctionnels étatiques et municipaux » prévoit la conversion sous forme électronique des registres d'actes d'état civil établis sur support papier pendant 100 ans.

⁵⁵³ Comme en droit français, la loi russe distingue la naissance d'un enfant viable mais décédé durant les 7 premiers jours de la naissance, d'un enfant né non-viable. Cette distinction permet aux parents d'obtenir un acte de naissance pour l'enfant né viable.

⁵⁵⁴ Alinéa 1 de l'article 48 du Code Civil et l'alinéa 1 de l'article 14 de la loi sur les actes d'état civil.

⁵⁵⁵ La loi fédérale sur les actes d'état civil du 15 novembre 1997 N143-FZ. // Федеральный закон «Об актах гражданского состояния» от 15.11.1997 № 143-ФЗ
http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_16758/

*administrative d'enregistrement des actes d'état civil sur le territoire de la Fédération de Russie*⁵⁵⁶. La loi russe prévoit la possibilité de faire enregistrer les actes d'état civil non pas par les intéressés eux-mêmes, mais par un tiers à qui cette mission a été confiée par une procuration notariale.

Les délais légaux accordés par les Etats pour la déclaration de la naissance auprès de l'état civil soulèvent la question du respect des engagements internationaux. Ainsi, la Cour européenne des droits de l'homme estime que l'enregistrement à l'état civil entre dans le champ du droit au respect de la vie privée, protégé par l'article 8 de la Convention⁵⁵⁷. En outre, l'article 7-1 de la CIDE dit que l'enfant doit être enregistré dès sa naissance. Ce moment est important, car l'enfant ne peut bénéficier ni d'un nom, ni de sa nationalité tant qu'il n'est pas reconnu par l'Etat en tant que sujet juridique.

La loi russe prévoit, par ailleurs, la possibilité d'enregistrement de l'acte de naissance pour une personne devenue majeure. Dans ce cas, l'enregistrement se fait à la demande de l'enfant devenu majeur. Cependant, en pratique, cette personne est confrontée à la difficulté de présenter une pièce d'identité, dont la production est exigée.

A titre d'exemple, l'on peut citer le cas de Monsieur Z.A., qui a saisi le Tribunal de district Zelenograd de Moscou afin d'établir un acte de naissance et de prouver sa nationalité russe du fait de sa résidence habituelle en Russie. Le demandeur prétendait être né en République d'Ouzbékistan avant la chute de l'URSS. A sa naissance, sa mère n'avait pas accompli les démarches devant l'officier d'état civil du fait qu'elle se trouvait en soins postnataux avec l'enfant, et qu'elle avait changé de résidence par la suite. En conséquence, la naissance n'avait pas été déclarée devant l'officier d'état civil du lieu de naissance. Le Tribunal a accueilli favorablement la demande de M. Z.A. sur le fondement des différentes preuves apportées, celles-ci comprenant une expertise génétique.

⁵⁵⁶ Приказ Минюста России от 29.11.2011 N 412 (ред. от 20.08.2015) "Об утверждении Административного регламента предоставления государственной услуги по государственной регистрации актов гражданского состояния органами, осуществляющими государственную регистрацию актов гражданского состояния на территории Российской Федерации".

⁵⁵⁷ CEDH, 20 juillet 2010, n° 38816/07, *Dadouch c/ Malte*.

313. Lieu d'enregistrement. Conformément à l'alinéa de l'article 15 de la loi fédérale sur les actes d'état civil russe⁵⁵⁸, la naissance d'un enfant est enregistrée auprès du bureau d'état civil du lieu de naissance ou du lieu de résidence des parents (l'un des parents). La règle est la même en Biélorussie⁵⁵⁹.

L'acte de naissance de l'enfant est l'un de modes de preuve de sa filiation. Dans la majorité des cas, le droit ne fait pas de distinction selon que l'enfant ait été conçu par procréation naturelle ou par procréation médicalement assistée.

SECTION IV. Règles générales de la filiation en Russie et en Europe orientale⁵⁶⁰

1. Les règles d'établissement de filiation classique sont similaires dans les Etats étudiés, la France incluse.

§ I. Établissement de la filiation par l'effet de la loi⁵⁶¹.

A. Filiation maternelle.

⁵⁵⁸ La loi fédérale sur les actes d'état civil du 15 novembre 1997 N143-FZ.

⁵⁵⁹ Art.12 du « Règlement sur la procédure d'enregistrement des actes d'état civil et de délivrance de documents et/ou de certificats par les organes d'enregistrement, approuvé par la décision du Conseil des ministres de la République du Belarus », 14.12.2005, n° 1454. En plus de ce Règlement, les règles d'état civil et de la tenue des registres se trouvent dans le Code du mariage et de la famille de la République du Bélarus (les articles 193-199, 206) et dans l'Ordonnance du ministère de la Justice de la République du Bélarus n° 60 du 29 octobre 2008 « Sur la procédure de marquage et d'annulation des documents d'identité par les bureaux d'enregistrement ».

<https://pravo.by/document/?guid=3871&p0=C20501454> /// Кодекс Республики Беларусь о браке и семье (ст 193-199]; Положение о порядке регистрации актов гражданского состояния и выдачи документов и (или) справок органами, регистрирующими акты гражданского состояния», утвержденное Постановлением Совета Министров Республики Беларусь 14.12.2005 № 1454; Постановление Министерства юстиции Республики Беларусь №60 от 29 октября 2008 «О порядке внесения и аннулирования органами, регистрирующими акты гражданского состояния, отметок в документы, удостоверяющие личность».

⁵⁶⁰ Cette étude ne traite pas de l'établissement de la filiation en cas d'adoption. Nous ne verrons que les règles qui seront reprises pour l'établissement de la filiation des enfants nés de la PMA.

⁵⁶¹ En droit russe, les normes du Code de la famille doivent être appliquées en amont avec l'Ordonnance du Plénum de la Cour suprême de la Fédération de Russie du 16.05.2017 N 16 (révisée le 26.12.2017) « Sur l'application par les tribunaux de la loi lors de l'examen des affaires liées à l'établissement de l'origine des enfants ».

Résolution du Plénum de la Cour suprême de la Fédération de Russie du 16.05.2017 N 16 (révisée le 26.12.2017) « Sur l'application par les tribunaux de la loi lors de l'examen des affaires liées à l'établissement de l'origine des enfants ».

A l'égard de la mère, la filiation résulte de la naissance : elle est établie par la désignation de cette dernière dans l'acte de naissance de l'enfant. Il s'agit d'une transposition de l'adage romain irréfragable *Mater semper certa est*, selon laquelle la mère de l'enfant est toujours certaine⁵⁶². Les premières fécondations in vitro à la fin des années 1970 ont grandement relativisé ce principe.

La maternité reste donc rattachée à la gestation et à la mise au monde de l'enfant, c'est-à-dire au processus physiologique. En principe, le législateur ne tient pas compte de l'apport génétique (ovocyte) dans la procréation⁵⁶³, ni de l'intention de devenir mère. Dans tous les Etats étudiés, la filiation maternelle est légalement établie par la désignation du nom de la mère dans l'acte de naissance de l'enfant⁵⁶⁴, que celle-ci soit mariée ou non. Les droits de tous les Etats ne tiennent pas compte de la situation matrimoniale de la mère, mais tirent les conséquences de la matérialité de l'accouchement⁵⁶⁵. Quand le nom de la mère figure dans l'acte de naissance de l'enfant, la filiation maternelle s'établit automatiquement, du seul fait de l'autorité de la loi⁵⁶⁶.

314. L'établissement non contentieux de la filiation maternelle.

315. Dans les États étudiés, les officiers d'état civil enregistrent la naissance de l'enfant en se fondant sur les documents délivrés par les maternités⁵⁶⁷.

⁵⁶² GRANET F. La maternité : entre les certitudes de la nature et les troubles de la biologie, quelles réponses du droit ? *Revue de la recherche juridique* 4/2004. P.2681.

⁵⁶³ Aucun Etat étudié n'ouvre la possibilité de contester une maternité par un désaveu au motif que l'enfant n'est pas génétiquement lié à celle qui a accouché de lui.

⁵⁶⁴ En France : C. civ., art. 311-25.

⁵⁶⁵ Dans les États étudiés, les officiers d'état civil enregistrent la naissance de l'enfant en se fondant sur les documents délivrés par les maternités. En l'absence de tels documents, l'acte de naissance peut être établi sur le fondement d'une décision de justice.

⁵⁶⁶ Toutefois, lorsque la mère est de nationalité étrangère, il convient de se reporter à la loi personnelle de celle-ci afin de déterminer si la filiation est établie à son égard et, de manière générale, aux modes d'établissement de la filiation prévus par le droit étranger applicable en l'espèce (C. civ., art. 311-14).

⁵⁶⁷ Article 10 de l'Ordonnance du Plénum de la Cour Suprême de la Fédération de Russie du 16.05.2017 N 16 (révisée le 26.12.2017) « Sur l'application par les tribunaux de la loi lors de l'examen des affaires liées à l'établissement de l'origine des enfants » indique que conformément à l'article 14, paragraphe 1, de la loi fédérale du 15 novembre 1997 n° 143-FZ, l'enregistrement des naissances par les officiers d'état civil et l'inscription des informations relatives à la mère dans l'acte de naissance de l'enfant sont fondés sur la base de :

Attestation de naissance, établie sous la forme prévue par la loi, délivrée par l'établissement médical.

En leur absence, l'acte ne pourra se voir établi que sur le fondement d'une décision de justice⁵⁶⁸.

Filiation paternelle.

316. Si la filiation maternelle est établie par la désignation de la mère dans l'acte de naissance de l'enfant, la question est plus compliquée s'agissant de la filiation paternelle, l'adage commun étant cette fois *Pater is est quem nuptiae* (le père est toujours incertain).

La règle d'établissement de la filiation paternelle dépend de son statut patrimonial. Traditionnellement, la filiation paternelle s'établit automatiquement pour les parents mariés⁵⁶⁹ : *Pater is est quem nuptiae demonstrant*.

317. Présomption de paternité de mari. L'enfant conçu ou né pendant le mariage a pour père le mari ; par conséquent, si l'acte de naissance désigne la mère, la paternité du mari est légalement présumée⁵⁷⁰.

318. Les législateurs des Etats étudiés, chargés de protéger les intérêts de l'enfant, ont institué des dispositions prévoyant l'établissement de la filiation en présence de certains liens juridiques, notamment entre la mère et le père de l'enfant. Ainsi, si un enfant naît de personnes mariées ou pendant le délai de viduité (300 jours suivant la dissolution du mariage ou du décès du conjoint en droit russe, 9 mois en droit ukrainien, 280 jours au Kazakhstan et au Kirghizstan⁵⁷¹), l'homme est présumé

Attestation de naissance délivrée par l'établissement médical dont le médecin a assisté à l'accouchement ou dans lequel la mère s'est rendue par la suite, ou par un médecin libéral - pour les accouchements en dehors d'un établissement médical.

Déclaration d'une personne qui était présente lors de la naissance d'un enfant - pour les naissances en dehors d'un établissement médical et sans assistance médicale.

568 Article 139 du Code de la famille ukrainien .

En cas de naissance de l'enfant hors d'un établissement médical, la naissance de l'enfant peut être prouvée par « tout moyen ». Il peut notamment s'agir de témoignages des personnes présentes au moment de l'accouchement. Cette personne doit fournir au service de l'Etat civil (ZAGS) une attestation dont la forme a été fixée dans l'Ordonnance du gouvernement N1274 du 31 octobre 1998⁵⁶⁸. Selon la valeur probante de cette preuve, une procédure judiciaire peut s'avérer nécessaire.

// Форма номер 6, утвержденная Постановлением Правительства РФ от 31 октября 1998г.

569 Alinéa 2 de l'article 48 du Code de la famille.

570 En France : C. civ., art. 312 .

571 Article 52 du Code de la famille de la Fédération de Russie ; article 122 du droit ukrainien .

être le père de l'enfant. Ainsi, son nom est inscrit dans les registres sur le fondement de l'acte du mariage. La présomption de paternité⁵⁷² permet donc d'établir la filiation paternelle d'un enfant à l'égard du mari de sa mère.

319. Filiation des enfants nés hors mariage. Hors mariage, la divisibilité de la filiation conduit à des modes d'établissement spécifiques. L'effet autoritaire de la loi ne suffit pas à créer un lien juridique entre le père et son enfant. L'établissement non contentieux de la paternité impose une manifestation de volonté du père⁵⁷³.

320. Manifestation unilatérale de volonté par laquelle un homme déclare être le père d'un enfant, la reconnaissance⁵⁷⁴ était historiquement le seul mode d'établissement de la filiation paternelle « naturelle ». Toutefois, la volonté qui guide l'établissement de la filiation par reconnaissance ne peut pas être analysée comme un simple mode de preuve de la parenté.

Irrévocable et personnelle, la reconnaissance procède exclusivement de la volonté de son auteur. Puisqu'elle porte sur la conception de l'enfant, elle peut intervenir à partir du moment où la grossesse ou l'accouchement est porté à la connaissance du déclarant, peu importe que l'enfant soit né ou non. Cependant, la reconnaissance prénatale, qui doit être confirmée après la naissance de l'enfant, n'a qu'une portée très limitée du fait qu'elle demeure subordonnée à l'accord de la mère au moment de la déclaration de la paternité⁵⁷⁵. En France cela n'est pas le cas, la mère n'a pas à donner son accord. Pour contester la paternité, la seule action possible est la demande d'annulation donc l'action en justice. Car même si l'autre parent souhaite reconnaître son enfant, en droit russe l'accord de la mère reste exigé. En cas de refus

⁵⁷² Comme en droit français (depuis 1972), il s'agit d'une présomption simple.

⁵⁷³ Exprimée dans un acte de reconnaissance (en France C. civ., art. 316) ou démontré par la possession d'état (C. civ., art. 317).

⁵⁷⁴ La reconnaissance est un acte juridique par lequel la mère ou le père d'un enfant déclare sa maternité ou sa paternité et s'engage à en assumer les conséquences légales.

⁵⁷⁵ L'établissement de la filiation paternelle par le concubin de la mère de l'enfant est soumis à un accord exprès de la mère, exprimé et acté, sur un formulaire dédié à cette fin, devant l'officier de l'état civil. Si la mère est décédée, placée sous tutelle, si son lieu de résidence est inconnu, ou si elle est déchu de l'autorité parentale, la filiation paternelle peut être établie devant les officiers de l'état civil sur demande du père et avis favorable des organes de tutelle et de curatelle. En cas d'avis défavorable, la filiation peut être établie par la voie judiciaire⁵⁷⁵.

d'inscription du nom du père dans l'acte de naissance, l'autre parent sera obligé d'engager rapidement une action en justice afin d'établir sa filiation vis-à-vis de l'enfant⁵⁷⁶.

321. Comme en France, dans les Etats étudiés la déclaration de paternité devant l'officier d'état civil est une formalité purement déclarative : aucun test ADN n'est exigé pour prouver le lien biologique. Cependant, dans les Etats de l'ex-URSS, le souhait de la mère de voir reconnaître à cet homme une place dans la vie de l'enfant est pris en considération, et peut faire obstacle à l'enregistrement administratif du père dans l'acte de naissance de l'enfant.

322. La paternité établie par déclaration commune du père et de la mère peut être contestée. Toutefois, il convient de garder à l'esprit que si un homme a exprimé la volonté d'être le père d'un enfant sachant qu'il n'est pas le père biologique de ce dernier, il perd alors le droit de contester ensuite sa paternité (alinéa 2 de l'article 52 du Code de la famille de la Fédération de Russie)⁵⁷⁷. Cette impossibilité correspond à

⁵⁷⁶ La jurisprudence russe connaît de plus en plus d'actions d'établissement judiciaire de paternité à la demande du père. Cette tendance est due à l'évolution des mœurs, le père commençant à prendre de plus en plus de place dans la vie de l'enfant.

⁵⁷⁷ Il faut préciser que la pratique des tribunaux varie selon le sexe du demandeur en annulation de la filiation paternelle faite par déclaration. Si les requêtes des pères fondées sur « la contrainte » sont majoritairement rejetées, il n'en va pas de même des demandes émanant des mères des enfants.

Au titre d'exemple, nous pouvons citer la décision du tribunal de la ville d'Uriupinsk de la région de Volgograd N 2-676/16 du 17 mai 2016. Le demandeur B.E.V. avait saisi le tribunal aux fins d'obtenir l'annulation de sa filiation vis-à-vis de l'enfant. Le requérant fondait sa demande sur le fait qu'il n'était pas le père biologique de l'enfant. A l'appui de ses revendications, il exposait vivre en concubinage avec la défenderesse U.E.A., qui avait un enfant. Par déclaration commune avec la mère de l'enfant, le requérant avait reconnu l'enfant devant l'officier d'état civil. Au moment de la saisine du tribunal, le couple ne vivait plus en concubinage. Le requérant B.E.V. doutait qu'il fût le père biologique de l'enfant, ce point n'étant pas, au demeurant, contesté par la défenderesse.

Lors de l'examen de cette affaire, le tribunal a considéré qu'au moment où le requérant avait déclaré à l'officier d'état civil être le père de l'enfant, B.E.V. savait qu'il n'en était rien.

Le tribunal a rejeté la demande en se fondant sur l'alinéa 2 de l'article 52 du Code de la famille de la Fédération de Russie, en précisant que le fait que la mère de l'enfant n'ait pas contesté le fait que B.E.V. n'était pas le père biologique de l'enfant ne constituait pas en soi un motif suffisant pour annuler la filiation, dès lors qu'une telle annulation serait contraire à la loi et porterait atteinte aux droits du mineur.

Il ressort aussi de l'analyse de la pratique judiciaire en matière d'examen des affaires de contestation de paternité par le père, qu'en cas de refus de la mère de soumettre l'enfant à un examen génétique, les tribunaux annulent généralement la filiation. Toutefois un tel refus ne constitue pas une preuve absolue aboutissant inéluctablement à l'annulation de la filiation.

Lors de l'examen des affaires relatives à la filiation, les tribunaux doivent notamment tenir compte de l'avis de l'enfant à partir de l'âge de dix ans.

un choix de politique familiale. Soucieux de préserver la filiation de l'enfant et d'assurer la stabilité de la cellule familiale, le législateur ne souhaitait pas qu'elles puissent être perturbées par l'intervention de tiers, fussent-ils les véritables parents de l'enfant. Une exception est faite en cas de reconnaissance sous la contrainte⁵⁷⁸. L'établissement de la filiation rétroagit au jour de la naissance de l'enfant : c'est la naissance (l'évènement factuel) qui crée la filiation. Ainsi, la paternité suite à reconnaissance repose avant tout sur l'existence d'un couple. C'est cette entité que le droit prend en considération (y compris le nouveau mariage de la mère) pour donner un père à l'enfant et pour permettre à ce dernier de grandir accompagné par ses deux parents.

323. Si en droit russe l'intérêt de l'enfant est suffisamment protégé, même en cas d'enregistrement tardif de la naissance, les obstacles posés par le législateur à l'enregistrement du père dans l'acte de naissance pourraient être considérés comme contraires à l'intérêt de l'enfant⁵⁷⁹.

324. La présomption de la paternité du mari n'est pas écartée tant que le divorce n'est pas prononcé. A l'instar du droit français, les autres Etats étudiés ne connaissent pas « la séparation légale » des époux⁵⁸⁰. Cette présomption de paternité du mari peut donc poser des problèmes en cas de conflit avec les prétentions d'un autre homme.

En pratique, les ZAGS russes font une application très souple de cette règle (l'enregistrement du père de l'enfant né moins de 300 jours⁵⁸¹ après le divorce de la

Pour les cas des mères : voir notamment les rapports sur la jurisprudence des régions de Volgograd et de Samara de 2013 à 2016 inclus sur les affaires concernant la filiation. – www.consultant.ru

578 Под принуждением.

579 Outre les règles posées par le Code et la loi fédérale sur les actes d'état civil, des explications concernant l'établissement de la filiation paternelle sont données par l'Ordonnance de la Cour Suprême de la Russie rendue le 25 octobre 1996 N9, modifiée par les Ordonnances du Plénum de la Cour Suprême N6 du 6 février 2007 et celle N16 du 16 mai 2017.

580 Il s'agit de la fin de la cohabitation des époux (la séparation de fait). La procédure de divorce peut intervenir plusieurs années après. Aucun pays étudié ne connaît la procédure judiciaire visant à constater la séparation de corps (séparation légale). Bien que les Codes des Etats de l'ex-URSS visent cette hypothèse, il s'agit de faits dont l'intéressé doit apporter la preuve lors d'une procédure en contestation de paternité.

581 Ce délai est le même qu'en droit français. De nos jours, la présomption de paternité du mari de la mère, édictée par l'article 312 du Code civil français, est écartée de plein droit lorsque l'enfant est né : plus de 300

mère lorsque le père biologique n'est pas l'ex-mari de la mère). Ainsi, certains ZAGS ont-ils procédé à l'enregistrement du père biologique de l'enfant et non pas du mari de la mère lorsque celui-ci s'est présenté avec la mère de l'enfant devant l'officier d'état civil. D'autres ZAGS ont également admis son enregistrement, mais ils ont exigé un accord écrit du mari pour procéder à un tel enregistrement.

Ces situations ont été soumises au Conseil sur les actes d'état civil auprès du ministère de la Justice qui a rendu un avis le 20 septembre 2016, lequel reprend que la loi fédérale sur les actes d'état civil n'exige aucun document complémentaire, donc les officiers doivent procéder à l'enregistrement du père qui se présente avec la mère, même si le mariage de la mère a été dissous moins de 300 jours avant la naissance de l'enfant⁵⁸².

Il faut noter que la présomption s'applique également à l'enfant simplement « né » pendant le mariage, même si il est conçu avant, à une époque où les parents n'avaient ni devoir de communauté de vie, ni devoir de fidélité.

En Russie comme en Biélorussie, si les parents sont mariés, l'un ou l'autre peuvent déclarer la naissance devant l'officier d'état civil. Si les parents ne sont pas mariés, l'accord de la mère pour l'établissement de la filiation paternelle est exigé⁵⁸³. En cas de désaccords entre les déclarants, la filiation paternelle peut être établie par voie judiciaire.

A part des règles communes d'établissement de la filiation, les Etats de l'Europe de l'Est et d'Asie Centrale ont chacun des règles propres héritées du régime soviétique.

jours après la date de l'homologation de la convention réglant l'ensemble des conséquences du divorce, ou des mesures provisoires prises en application de l'article 250-2 du Code civil ; ou plus de 300 jours après la date de l'ordonnance de non-conciliation ; et moins de 180 jours depuis le rejet définitif de la demande ou la réconciliation (*C. civ., ancien art. 313*).

⁵⁸² Au Kazakhstan et au Kirghizstan, la présomption de paternité existe pour les enfants nés 280 jours après la dissolution du mariage, l'annulation du mariage ou le décès du mari. L'article 47 du Code de la famille Kazakh (à jour le 1er janvier 2016).

⁵⁸³ La loi russe reste attachée à la place dominante de la mère au sein de la famille. Alinéa 3 de l'article 48 du Code de la famille.

1. *Reconnaissance paternelle subordonnée à l'accord de la mère*

Le droit de la filiation russe et de plusieurs pays d'Europe orientale attache un poids important à la volonté de la mère.

325. Si les parents de l'enfant ne sont pas mariés, le nom du père peut être inscrit sur demande écrite émanant conjointement du père et de la mère devant l'officier d'état civil⁵⁸⁴. Dans cette hypothèse, la loi russe exige l'accord de la mère pour procéder à l'inscription du père dans l'acte d'état civil⁵⁸⁵. Nous retrouvons la même règle en droits ukrainien⁵⁸⁶ et biélorusse⁵⁸⁷. A défaut d'accord, le père est obligé de saisir le juge. Si la mère est décédée lors de l'accouchement, a été déclarée incapable, a été déchue de l'autorité parentale ou a disparu, le père peut établir sa paternité avec l'accord de l'organe de tutelle et de curatelle. En cas d'avis défavorable de l'organe de tutelle, le père ne peut également établir sa paternité que par la voie judiciaire.

326. Cette déclaration permettant l'enregistrement du nom du père peut intervenir à tout moment, même après la majorité de l'enfant. L'enregistrement peut être fait dans le ZAGS de la résidence du père, ou de la mère, ou du lieu d'enregistrement de la naissance de l'enfant. Dans les cas prévus par l'article 54 de la loi fédérale, l'enregistrement se fait dans le ZAGS du ressort du Tribunal qui a rendu la décision. Cependant, cet enregistrement n'est possible que si la filiation paternelle reste vacante. Dans le cas contraire, la voie judiciaire s'impose. Il en va de même si le demandeur a été confronté à un refus d'enregistrer un acte ou de procéder à une rectification.

Comme en Russie, tant en Ukraine⁵⁸⁸ et en Biélorussie⁵⁸⁹ qu'au Kazakhstan, en cas de naissance de l'enfant hors mariage, ou si la mère affirme que le mari n'est pas le père de l'enfant, l'inscription du père dans l'acte de naissance de l'enfant peut avoir

⁵⁸⁴ Alinéa 3 de l'article 48 du Code de la famille. L'alinéa 3 de l'article 62 du même code prévoit expressément le droit d'un père mineur de procéder à une telle déclaration de sa volonté et d'agir seul pour reconnaître sa paternité vis-à-vis de l'enfant né.

⁵⁸⁵ Article 48 al.3 du Code de la famille russe.

⁵⁸⁶ Article 126 al.1 et 128 du Code de la famille ukrainien.

⁵⁸⁷ Article 54 du Code de la famille et du mariage biélorusse.

⁵⁸⁸ Article 126 al.1 et 128 du Code de la famille ukrainien.

⁵⁸⁹ Article 54 du Code de la famille et du mariage biélorusse.

lieu sur demande conjointe du père biologique et de la mère. A défaut d'une telle demande, l'inscription ne sera possible que par la voie judiciaire.

327. En France, si le père souhaite reconnaître l'enfant, il n'est pas lié à la volonté de la mère, son action est autonome. Le seul obstacle reste son ignorance de l'accouchement. La mère peut alors imposer, de fait, le secret de l'identité du père à l'enfant, et le secret de l'existence de l'enfant au père⁵⁹⁰. Conformément à l'article 57 du Code civil français, si le nom du père n'est pas communiqué à l'officier de l'état civil, « il ne sera fait aucune mention à ce sujet ». Comme dans les droits des Etats de l'ex-URSS, aucun moyen n'est prévu en France pour contraindre la mère à délivrer cette information⁵⁹¹.

Cette faculté de dissimulation ou d'exigence de l'accord de la mère pour la reconnaissance paternelle peut apparaître incompatible avec l'article 7 de la Convention internationale des droits de l'enfant. Même si cet article précise que l'enfant a le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux, la mère n'a-t-elle pas une obligation spéciale de ce point de vue ? Elle seule peut faire connaître l'enfant, le rendre identifiable, communiquer l'identité de son père⁵⁹². Bien que l'on puisse admettre que dans certains cas il soit possible de faire prévaloir la volonté de la mère, comme c'est le cas pour l'accouchement sous X (et même dans cette hypothèse, le père pourra établir sa filiation au besoin en sollicitant l'aide du Procureur de la République), il n'est pas certain qu'en l'absence de ce cadre spécifique, il soit possible de retenir cette information de grande importance, pour le père comme pour l'enfant, sans justification⁵⁹³.

2. *Reconnaissance prénatale en droit russe : un acte révocable*

⁵⁹⁰ HAUSER J., HUET-WEILLER D., *Traité de droit civil*, n° 687, p. 452.

⁵⁹¹ BATTEUR A., « Recherche sur les fondements de la filiation depuis l'ordonnance du 04 juillet 2005 », 2007, n° 122, p. 6.

Cela d'autant plus que certains pays (l'Allemagne par exemple) mettent à l'acharge de la mère, au moment de la rédaction de l'acte de naissance, l'obligation de communiquer l'identité du père .

⁵⁹² TERRÉ F., FENOUILLET D., *Doit civil, La famille*, n° 414, p. 371.

⁵⁹³ GRIS C. *Les droits de l'enfant à l'épreuve des droits parentaux*. Thèse sous direction de GOUTTENOIRE A. 2013. P.111.

328. Le Code de la famille russe⁵⁹⁴ comme l'article 214 du code de la famille biélorusse, prévoit la possibilité pour un couple non marié de faire une déclaration commune⁵⁹⁵ devant l'officier d'état civil avant la naissance de l'enfant⁵⁹⁶. Cette possibilité est réservée exclusivement à l'hypothèse où les parents se trouveraient dans l'impossibilité de se présenter devant l'officier d'état civil ensemble, dans les délais, après la naissance de l'enfant⁵⁹⁷.

3. *Pratiques spécifiques en l'absence de mention du père dans l'acte de naissance*

329. Lorsque la mère de l'enfant n'est pas mariée, elle peut demander à laisser vierge la case intitulée « le père », mais elle peut également solliciter l'enregistrement d'un père « imaginaire » en indiquant l'identité d'un homme.

330. Dans ce cas, le nom de famille du père indiqué sera identique au sien et elle ajoutera un prénom et son nom patronymique⁵⁹⁸.

331. La filiation fictive ainsi est établie. Mais si un acte de naissance est d'abord établi avec l'inscription d'un père fictif et si la mère refuse de faire la demande de transcription du père biologique de l'enfant dans les registres de l'état civil, le père sera obligé de passer par la voie judiciaire. Ensuite, sur le fondement de la décision rendue, à la demande de l'intéressé, l'état civil de l'enfant sera modifié et un nouvel acte de naissance sera délivré.

332. Cette pratique remonte à la période soviétique lorsque fut imposée la mention de l'identité d'un père pour chaque enfant. Les actes de naissance des

⁵⁹⁴ Article 48 al.3 du Code de la famille russe.

⁵⁹⁵ L'article 48 prévoit uniquement la possibilité de faire une déclaration conjointe. Le texte reste silencieux concernant la possibilité de faire cette déclaration séparément par les deux parents.

⁵⁹⁶ Cependant, cette déclaration, enregistrée au bureau de l'état civil, peut être révoquée à l'initiative des deux parents ou de l'un d'eux. L'original de la déclaration restera dans les archives avec la mention « n'est plus valable ».

⁵⁹⁷ A titre d'exemple, il peut s'agir de la situation d'un père qui part pour une mission militaire.

⁵⁹⁸ Article 51 al.3 du Code de la famille russe. Les actes de naissance ne mentionnent que les nom et prénom des parents (contrairement à la France dont les actes précisent également la date et le lieu de naissance des parents). Le fait que cette filiation a été établie sur la base de la déclaration de la mère, en l'absence de présence du père et de son acte d'état civil (son passeport pour les pays de l'ex-URSS), ne figurera que dans les registres dans la case « Commentaires ». Encore de nos jours, l'on retrouve cette règle dans certains pays européens issus du bloc soviétique. Par exemple, en Pologne.

enfants ne renseignant pas la case indiquant le nom du père sont devenus quasi-inexistants. Pour répondre aux exigences de la loi, il est devenu communément admis que le développement harmonieux d'un enfant nécessitait qu'il eût un père, fût-il un père imaginaire.

333. L'attitude des pouvoirs publics a évolué durant la dernière décennie, et le nombre de cas dans lesquels la filiation reste vacante sont plus fréquents. Pour des raisons pratiques, les mères préfèrent laisser la case intitulée « le père » non renseignée, car le statut paternel s'accompagne de la reconnaissance d'un certain nombre de droits. Sa désignation officielle par la mère impose par exemple son accord pour bien des actes relatifs à l'autorité parentale⁵⁹⁹. Ainsi un père fictif peut en réalité devenir une source de contraintes. Par exemple, l'accord des deux parents étant exigé quand l'enfant doit quitter le territoire national, mieux vaut qu'il n'y ait pas deux titulaires de l'autorité parentale, et ce même si le second parent n'est qu'une chimère.

334. L'exigence de l'accord de la mère pour l'inscription du père dans les registres d'état civil paraît être contraire au principe posé par l'article 9 de la Convention internationale des droits de l'enfant du 20 novembre 1989. Conformément à la CIDE, l'enfant a le droit de connaître ses parents⁶⁰⁰. Or ce droit n'est pas respecté si la mère fait obstacle par son refus à l'établissement de la filiation paternelle, ou si elle a inscrit un homme « inexistant » dans les registres, ce que la loi lui permet de faire ; dans ce cas, le père biologique doit passer par la voie judiciaire pour faire valoir ses droits⁶⁰¹.

⁵⁹⁹ Désormais, même si un grand nombre de couples en concubinage vivent sous le même toit, la pratique consistant à ne pas établir la filiation paternelle est répandue également parmi les fonctionnaires, à qui il est interdit de posséder des biens à l'étranger et qui sont soumis à une déclaration de patrimoine. Ces serviteurs de l'Etat préfèrent acheter au nom de leurs proches et sans avoir de lien juridique avec eux. La fonction publique en Russie n'est pas ouverte aux personnes ayant une double nationalité. En outre, les fonctionnaires ne peuvent pas posséder des biens immobiliers ou avoir des comptes dans les banques étrangères.

⁶⁰⁰ Cette impossibilité d'établir la filiation paternelle se traduit par la rupture du lien parent-enfant et a des conséquences sur les droits patrimoniaux de l'enfant. Pourtant, d'après l'article 7 de la CIDE : « L'enfant est enregistré aussitôt sa naissance et a dès celle-ci le droit à un nom, le droit d'acquérir une nationalité et, dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux ».

⁶⁰¹ En pratique, cette procédure pose des difficultés majeures dans les couples mixtes, si d'aventure la mère enceinte se réfugie à l'étranger, dans l'état dont elle a la nationalité. La France étant le seul État d'Europe reconnaissant les déplacements illicites d'enfants avant la naissance, un père Français ou résidant en France se heurte à la difficulté d'établir sa paternité à l'étranger, même en cas de reconnaissance

4. *Primauté manifeste de l'intérêt de la mère au détriment du droit de l'enfant d'avoir deux parents*

335. Ainsi, dans les pays étudiés, là où longtemps on a considéré que le pouvoir de la mère était protecteur de l'intérêt de l'enfant en lui assurant une filiation paternelle, on tend aujourd'hui à considérer que la primauté de l'intérêt de la mère n'est pas forcément une garantie de celui de l'enfant, qui peut avoir intérêt à voir reconnaître sa filiation paternelle contre la volonté de cette dernière.

336. Cette pratique témoigne du fait qu'en droit russe, il existe plusieurs hypothèses dans lesquelles la filiation ne repose pas sur une vérité. L'état civil s'éloigne des circonstances réelles de la conception de l'enfant. Ainsi, par exemple, en cas d'accouchement par une mère non mariée ne souhaitant pas communiquer le nom du père, l'intérêt de l'enfant à connaître ses liens avec les deux parents se trouve relégué au second plan. Il en va de même concernant l'intérêt du père à établir sa filiation avec l'enfant. En cas de reconnaissance de paternité par le nouveau compagnon de la mère, l'intérêt de l'enfant à grandir dans une famille prime sur celui du père biologique, et l'enfant est rattaché à celui qui l'élève ou l'a élevé un temps.

Tant qu'elle n'a pas été contestée en justice, la filiation légalement établie fait obstacle à l'établissement d'une autre filiation qui la contredirait, quel que soit son mode d'établissement.

La reconnaissance ne peut donc intervenir lorsque la filiation paternelle de l'enfant a déjà été établie par la mention du nom du père dans l'acte de naissance ou par le jeu de la présomption de paternité. Ce mode d'établissement de la filiation n'étant que subsidiaire et contentieux.

prénatale de l'enfant faite conformément aux règles françaises. Les difficultés viennent de la barrière de la langue, de la méconnaissance des règles juridiques de L'État de naissance de l'enfant, de la nécessité de prendre un avocat, d'assumer le coût des traductions de nombreux documents et des frais de déplacements. Très peu de parents peuvent se permettre de supporter de telles dépenses ; certains pères s'endettent, d'autres abandonnent purement et simplement leurs enfants.

§ II. L'établissement contentieux de la filiation paternelle.

337. L'intervention du juge peut s'avérer nécessaire dans plusieurs hypothèses. Il s'agit notamment des cas de refus du père biologique non marié de reconnaître l'enfant, des cas de décès du père avant qu'il ne reconnaisse l'enfant, mais aussi lorsqu'un autre homme souhaite établir sa filiation en écartant celle établie vis-à-vis du mari de la mère⁶⁰².

338. Les procédures sont engagées essentiellement afin de permettre à l'enfant de percevoir une pension alimentaire ou, en cas de décès du père, d'hériter et/ou de toucher une pension prévue en cas de décès du parent.

339. Les Etats, afin de sécuriser le lien de filiation et limiter le contentieux de la paternité, ont encadré l'action en contestation et soumis sa recevabilité à des conditions strictes⁶⁰³.

Tous les Etats étudiés ouvrent la voie à une contestation judiciaire de la filiation aux parents de l'enfant, aux personnes prétendant être les parents, au tuteur de l'enfant, et à l'enfant lui-même à sa majorité⁶⁰⁴. On distingue classiquement deux catégories d'actions : les unes tendent à l'établissement en justice du lien de filiation ; les autres ont pour objet de contester le lien de filiation légalement établi aux fins d'annulation. Dans les faits, les actions en contestation de maternité sont assez rares. La maternité étant fondée sur l'accouchement, la contestation de la filiation impose de

⁶⁰² Il faut préciser que les Etats étudiés ne font pas de distinction, comme la France, entre les cas de « titre corroboré par la possession d'état » et de « titre non corroboré par la possession d'état ».

⁶⁰³ En France, l'ordonnance n° 2005-759 du 04 juillet 2005. En droit russe, en plus des règles prévues dans les codes, les tribunaux russes se réfèrent également aux précisions apportées par la Résolution de l'Assemblée plénière de la Cour suprême de la Fédération de Russie du 25 octobre 1996 N 9 « Sur l'application du Code de la famille de la Fédération de Russie par les tribunaux lors de l'examen des affaires relatives à l'établissement de la paternité et au recouvrement des aliments » et aussi la Résolution du Plénum de la Cour suprême de la Fédération de Russie du 27 mai 1998 N 10 « Sur l'application de la loi par les tribunaux dans la résolution des litiges liés à l'éducation des enfants »⁶⁰³// Постановлении Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 25 октября 1996 года N 9 "О применении судами Семейного кодекса Российской Федерации при рассмотрении дел об установлении отцовства и взыскании алиментов". Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 27 мая 1998 года N 10 "О применении судами законодательства при разрешении споров, связанных с воспитанием детей".

⁶⁰⁴ Ainsi, l'article 58 du Code de la famille Biélorusse énumère les personnes auxquelles le recours en contestation de la filiation est ouvert : les parents de l'enfant, les personnes prétendant être les parents, le tuteur de l'enfant, et l'enfant à sa majorité.

prouver le défaut d'accouchement de la mère légale. La plupart des actions contentieuses concernent la paternité.

340. **Délai de prescription.** Les droits biélorusse et ukrainien prévoient le délai d'un an pour agir en contestation de paternité. Ce délai court à partir du moment où l'homme dont la filiation est établie a découvert qu'il n'est pas le père biologique de l'enfant. Nous retrouvons la même règle en droit russe⁶⁰⁵ et en droit ukrainien⁶⁰⁶. Cependant, le droit russe actuel ne limite pas le délai pour agir en contestation de paternité. La saisine du tribunal peut être faite à tout moment⁶⁰⁷.

En droit français, les actions relatives à la filiation se prescrivent au bout de dix ans.⁶⁰⁸

341. **Titularité de l'action.** Comme en droit français⁶⁰⁹, l'action en recherche de la filiation paternelle hors mariage est ouverte à l'enfant devenu majeur et à sa mère durant sa minorité (ou au tuteur). Les droits russe et ukrainien ouvrent en outre cette action « à la personne qui a pris l'enfant en charge ».⁶¹⁰ Dans les Etats étudiés, nous ne retrouvons pas dans les Codes des procédures différentes selon que le « titre⁶¹¹ est corroboré » par la possession d'état ou non, comme cela est le cas en France.

⁶⁰⁵ Article 52 du Code de la famille.

⁶⁰⁶ Article 129 du Code de la famille ukrainien.

⁶⁰⁷ Pour les enfants nés avant le 01.03.1996, le délai de contestation de paternité est d'un an. Il faut également préciser que le droit russe prohibe expressément la contestation de sa paternité par l'homme qui avait reconnu l'enfant en connaissance de cause qu'il n'était pas le père biologique de l'enfant.

⁶⁰⁸ Article 321 du Code civil. : « *Sauf lorsqu'elles sont enfermées par la loi dans un autre délai, les actions relatives à la filiation se prescrivent par dix ans à compter du jour où la personne a été privée de l'état qu'elle réclame, ou a commencé à jouir de l'état qui lui est contesté. A l'égard de l'enfant, ce délai est suspendu pendant sa minorité.* »

⁶⁰⁹ En France, si le mari conteste sa paternité, il est tenu d'assigner l'enfant, mais la présence de la mère est justifiée et le tribunal peut ordonner sa mise en cause. Si la mère conteste la paternité de son mari, elle doit agir contre lui et contre l'enfant (Cass. 1re civ., 1er févr. 2017, n° 15-27.245 : JurisData n° 2017-001396 ; Dr. famille 2017, comm. 101, H. Fulchiron). Lorsque le demandeur est le prétendu père véritable, l'action doit être dirigée contre l'enfant et contre le mari ; elle ne peut être formée contre la mère seule. Le choix du délai de prescription de 5 ou 10 ans et, d'une manière générale, le régime de l'action et ses effets, sont les mêmes que ceux applicables à l'action en contestation de la maternité - pour les conditions de recevabilité et les effets de l'action (CA Riom, 2e ch. civ., 05 févr. 2019, n° 18/00172 ou TGI Angers, 1ère ch., 19 févr. 2018, n° 13/03375).

⁶¹⁰ « *лицо, на иждивении которого находится ребенок* », l'article 49 du Code civil russe ; article 128 du Code civil ukrainien.

⁶¹¹

342. Preuve par tout moyen. Si une action en recherche de maternité ou de paternité ou en contestation de la filiation est engagée sur le fondement des articles 325 à 338 du Code civil, la filiation se prouve et se conteste par tous moyens, sous réserve de la recevabilité de l'action⁶¹².

La paternité peut être contestée en rapportant la preuve que le mari de la mère n'est pas le père⁶¹³. En d'autres termes, si la mère désignée dans l'acte de naissance de l'enfant est mariée, la présomption de paternité de son mari peut être contestée et renversée par la preuve contraire⁶¹⁴.

En cas de décès d'une personne qui s'est reconnue comme le père de l'enfant mais qui n'était pas mariée avec la mère de l'enfant, la reconnaissance de sa paternité pourra être établie par le tribunal⁶¹⁵. Dans ce cas, il importe peu que la personne qui se présente comme le père, ait ou pas de lien génétique avec l'enfant. Cette situation ressemble à la possession d'état en droit français.

CHAPITRE II. L'établissement de la filiation en cas de recours à la procréation médicalement assistée.

Comme en France, lorsque l'assistance médicale à la procréation est mise en œuvre grâce aux gamètes du couple, elle n'entraîne aucune conséquence particulière en droit de la filiation. L'enfant est biologiquement issu des deux membres du couple comme s'il avait été conçu par procréation naturelle. Le droit commun de la filiation est applicable.

⁶¹² France : Article 310-3 du Code civil .

⁶¹³ France : Article 332 alinéa 2 du Code civil.

⁶¹⁴ En droit français, cette action est soumise à des conditions plus ou moins sévères, selon que l'enfant a ou n'a pas une possession d'état conforme à son titre (C. civ., art. 333 et 334. CA Riom, 2e ch. civ., 4 déc. 2018, n° 18/00579 : JurisData n° 2018-023933).

⁶¹⁵ Article 50 du Code de la famille de la Fédération de Russie.

Au contraire, en cas de don de gamètes ou d'accueil d'embryon, le législateur prévoit souvent des dispositions spéciales en ce qui concerne le donneur et le couple (ou la personne) receveur.

343. Les problèmes d'établissement de la filiation des enfants nés par procréation médicalement assistée dépendent de la technique utilisée et aussi de la participation de tiers (recours à un donneur, anonyme ou pas). Pour l'instant nous laissons de côté la filiation des enfants nés de la gestation pour autrui, qui sera étudiée dans la Section 2.

Lors de l'établissement de la filiation de l'enfant né d'une procréation médicalement assistée, l'on distingue juridiquement les personnes qui fournissent leurs gamètes dans l'intention de donner naissance à un enfant au sein de leur famille avec l'établissement des liens juridiques et des droits et des devoirs qui en découlent, de celles qui fournissent leur matériel génétique sans aucune intention parentale.

344. Divergence à partir d'un socle commun. La formation des nouveaux États sur le territoire post-soviétique a été suivie par des réformes non seulement politiques et économiques, mais aussi juridiques. Chacune des Républiques dispose de son droit propre dont l'originalité est maintenant affirmée⁶¹⁶. Cependant, bien que les codes de la famille de ces Républiques se calquent sur le code équivalent de la Russie, ou reprennent parfois intégralement les normes existantes sous l'URSS, ce socle commun ne contenait pas encore de règles pour établir la filiation des enfants nés grâce à la procréation médicalement assistée. Dès lors, la divergence sur ces règles est aussi importante, car la chute de l'URSS a coïncidé avec l'avancée rapide des progrès médicaux. Ces nouveautés n'ont pas permis d'homogénéiser des choix législatifs, qui se révèlent donc fort différents.

345. La liste des normes (non exhaustive) constituant le socle de la législation de chaque État⁶¹⁷ figure en annexe. D'une manière générale, dans les pays de la Communauté des États Indépendants, les normes encadrant l'accès à la

⁶¹⁶ SAIDOV A. Le régime juridique de l'Ouzbékistan. *RID comparé*. 1995. P.883.

⁶¹⁷ Cette liste concerne la Communauté des États Indépendants actuels et ceux qui n'en font plus partie : Azerbaïdjan, Arménie, Biélorussie, Kazakhstan, Kirghizstan, Moldavie, Russie, Tadjikistan, Turkménistan, Ouzbékistan, Ukraine.

procréation médicalement assistée et l'établissement de la filiation des enfants se trouvent dans les Codes de la famille, les lois spéciales sur la procréation médicalement assistée et d'autres actes .

346. En cas de recours à une assistance médicale à la procréation : la femme qui accouche sera liée juridiquement à l'enfant par un lien de filiation maternelle⁶¹⁸, et il ne sera pas fait mention d'un éventuel intervenant tiers ou d'une éventuelle « donneuse » dans les registres d'état civil⁶¹⁹. Cette règle ne change pas même en cas de recours à un don d'ovocyte ou à un don d'embryon : la filiation s'établit à l'égard de la « mère d'intention » par la mention du nom de cette dernière dans l'acte de naissance de l'enfant. Alors que l'enfant et sa mère ne partagent pas leur patrimoine génétique, le recours à ce mode d'établissement de la filiation n'a jamais soulevé d'objection ; la mère d'intention assure la gestation. Un principe identique se retrouve dans le droit français⁶²⁰. Au regard de l'importance de la gestation et de l'accouchement dans la conception juridique de la maternité dans les pays de l'ex-URSS, il paraissait logique de recourir à ce mode d'établissement de la filiation maternelle.

Les reproches que l'on peut adresser à ces textes encadrant l'accès à la procréation médicalement assistée et ses effets sont similaires pour tous les États étudiés, et consistent en l'absence d'une délimitation du champ d'application des différents textes, et des contradictions entre les règles posées par différents textes⁶²¹.

Le droit russe et des autres pays étudiés accordent peu d'intérêt aux différences liées aux techniques d'assistance médicale à la procréation endogènes et

⁶¹⁸ Article 48 du Code de la famille russe ; articles 123 al.1 du Code de la famille ukrainien.

⁶¹⁹ Dans tous les pays étudiés.

Article 48 du Code de la famille : « 1. L'origine de l'enfant de la mère (maternité) est établie sur la base de documents confirmant la naissance de l'enfant par la mère dans un établissement médical et, si l'enfant est né en dehors d'un établissement médical, sur la base de documents médicaux, de témoignages ou d'autres preuves. »

⁶²⁰ DESCHAMPS V. thèse Fondement de la filiation 2018 p 242.

⁶²¹ A titre d'exemple, conformément à l'alinéa 8 de l'article 2 de la loi d'Arménie sur « La santé et les droits reproductifs », la gestatrice est une femme qui n'est pas liée génétiquement à l'enfant (l'embryon doit être conçu avec les gamètes des parents d'intention), et dans le même temps l'article 15 énonce que la gestatrice peut être également la donneuse d'ovocyte.

exogènes. Pour les premières, parce qu'elles sont réalisées grâce aux gamètes des membres du couple demandeur, il existe un lien biologique entre l'enfant et ceux qui l'ont conçu. Les assistances médicales à la procréation endogènes sont donc envisagées dans la continuité des règles s'appliquant en matière de procréation charnelle. La doctrine s'est donc détournée de l'étude de cette pratique, comme si les procréations médicalement assistées endogènes pouvaient être purement et simplement être assimilées à la procréation charnelle. Concernant la procréation médicalement assistée exogène, la différence entre les législations peut résider dans l'acceptation ou le refus de cette technique, et dans son accès selon la composition de la famille d'intention. Mais dès que l'accès y est ouvert, le droit de la filiation ne fait plus de distinction entre la procréation endogène et exogène. D'une manière générale, le législateur a décidé d'appliquer les mêmes règles à la filiation de tous les enfants nés d'une assistance médicale à la procréation (excepté concernant la gestation pour autrui).

347. Les règles d'établissement de la filiation restent les mêmes en cas de recours à la PMA, endogène ou exogène, dans les Etats de l'Europe Orientale et en Asie Centrale. Les codes de la famille de ces Etats apportent néanmoins quelques précisions.

348. En cas de recours à la procréation médicalement assistée, toutes les législations étudiées contiennent deux règles communes relatives à l'établissement de la filiation en cas de recours à la procréation médicalement assistée avec donneur.

349. En France, depuis l'entrée en vigueur le 04 août 2021 de la loi de bioéthique⁶²², la règle classique d'établissement de la maternité s'est vu complétée par une disposition nouvelle relative au lien de la filiation concernant les femmes d'un couple⁶²³. En effet, la loi a ouvert l'assistance médicale à la procréation à « tout couple formé d'un homme et d'une femme, ou de deux femmes, ou toute femme non mariée »⁶²⁴, sans qu'aucune différence de traitement ne puisse intervenir en considération du statut matrimonial ou de l'orientation sexuelle des demandeurs, qui

⁶²² Loi n° 2021-1017, 02 août 2021, JO 03 août ; Cons. const. 29 juill. 2021, n° 2021-821 DC.

⁶²³ Article 6 de la loi, C.civ., art. 342-9 s.

⁶²⁴ Article 1er de la loi ; CSP, art. L. 2141-2.

seront donc pris en charge à tour de rôle, le seul critère de l'ancienneté de la demande étant désormais pris en compte.

350. Parmi les différentes options envisagées lors des réflexions législatives, le législateur français a finalement choisi de sécuriser la filiation de l'enfant issu d'une AMP avec tiers donneur au sein d'un couple de femmes par une reconnaissance conjointe. Les conditions d'accès à l'assistance médicale à la procréation sont fixées par le Code civil à l'article 311-20. Le texte a été abrogé par la loi du 02 août 2021, mais le principe de recueil du consentement demeure, et se voit étendu aux nouveaux bénéficiaires. Cependant, si pour les couples hétérosexuels et la femme célibataire, la filiation est ensuite établie en application des règles de droit commun, pour les couples de femmes, c'est au moment de ce consentement que devra également être établie une reconnaissance conjointe de l'enfant⁶²⁵. Pour la femme qui accouche, sa filiation à l'égard de l'enfant est établie par l'effet de la loi. L'autre femme du couple doit présenter à l'officier d'état civil l'acte notarié de reconnaissance conjointe, afin qu'il soit porté en marge de l'acte de naissance de l'enfant et établisse ainsi sa filiation. Cette reconnaissance au formalisme particulier semble être guidée par le souci d'éviter qu'aucune double filiation maternelle ne soit établie en dehors du cadre légal de la PMA⁶²⁶.

Une telle modalité d'établissement de la filiation vis-à-vis de la conjointe de la femme qui accouche crée une confusion quant aux fondements de la filiation maternelle. Par cette reconnaissance, l'existence ou non de l'accouchement, le lien génétique avec l'enfant, ou au contraire la simple volonté d'être mère, semblent totalement indifférents. Dans les Etats de l'Europe de l'Est et de l'Asie Centrale, nous constatons cette forme d'indifférence seulement en cas de gestation pour autrui.

Cette réforme établit une convergence entre les législations des Etats étudiés : la France s'est alignée avec les Etats de l'ex-URSS sur la question de l'accès d'une

⁶²⁵ Article 342-1 du Code civil français.

⁶²⁶ Les sanctions attachées au non-établissement de la filiation et les interdictions de contestation de la filiation sont par ailleurs identiques à celles trouvant à s'appliquer aux couples de personnes de sexes différents.

SUPIOT E. Loi de bioéthique : les grandes lignes d'une réforme attendue. Dalloz. 07 septembre 2021.

femme célibataire à la PMA, et accepte désormais l'établissement déjudiciarisé du lien de filiation maternelle vis-à-vis d'une femme qui n'a pas accouché, comme en cas d'adoption ou de l'exequatur des décisions relatives à une GPA partiquée à l'étranger. Une reconnaissance de maternité, purement déclarative et similaire à la reconnaissance de paternité, est donc dorénavant une réalité en droit français.

351. De nombreuses situations engendrent des difficultés à établir la filiation des enfants nés de la procréation médicalement assistée⁶²⁷.

Traditionnellement, la filiation paternelle s'établit automatiquement pour les parents mariés⁶²⁸ (A). Cette règle garde toute sa valeur même en cas de recours à la procréation médicalement assistée avec un donneur.

Selon les règles prévues par les États pour une procréation médicalement assistée avec donneur, un doute peut subsister au sujet du statut de l'homme : sera-t-il simplement un donneur ou le père de l'enfant né? Enfin, il conviendra d'étudier l'établissement de la filiation de l'enfant en cas de refus du père non marié à la mère de l'enfant, de reconnaître ce dernier⁶²⁹.

352. La filiation en cas de recours à la PMA. En cas de recours à la PMA d'un couple marié, dans tout les Etats étudiés, la filiation paternelle de l'enfant né sera automatiquement établie vis-à-vis du mari de la femme qui a donné naissance à un enfant s'il a donné son consentement à la PMA avant l'intervention médicale. Le consentement peut être obtenu même après l'opération, mais dans ce cas, la paternité doit être déterminée de manière générale par le consentement du mari et sur la base d'une demande écrite effectuée par ses soins auprès de l'organe d'enregistrement des actes d'état civil.

627 Il s'agit notamment des hypothèses de la séparation des couples non mariés après le début du traitement d'infertilité, des donneurs non anonymes, de la gestation pour autrui.

628 Alinéa 2 de l'article 48 du Code de la famille.

629 Article 49 du Code de la famille.

SECTION I. La contestation de la filiation en cas de recours à la procréation médicalement assistée

353. Aucun Etat n'autorise l'établissement d'une filiation du donneur extérieur au couple. Le mari (ou le concubin) qui a consenti au recours à la PMA avec un donneur ne peut pas contester sa filiation. L'action en recherche de paternité est également prohibée au donneur lui-même⁶³⁰. Le recueil de consentement des parents devant un notaire prévu par les articles 311-20 du Code civil entraîne l'interdiction de contester la paternité ou la maternité issues d'une GPA même pour le parent qui ne fournit pas son matériel génétique à l'opération.

354. On retrouve en pratique des jurisprudences portant sur des actions de contestation du lien de filiation en cas de recours à la procréation médicalement assistée avec donneur. Il peut s'agir de différents cas de figure.

355. Il a tout d'abord pu arriver que, dans le cadre du recours à la procréation médicalement assistée avec donneur, l'argument puisse s'appuyer sur le fait que le consentement ait été vicié. Une illustration en est apportée par l'arrêt de la Cour Suprême N46-KG19-24 du 26 novembre 2019⁶³¹. Dans cette affaire, Mr V.A. Gorelov avait saisi le juge d'une demande d'annulation de la filiation paternelle. L'action avait été engagée contre Mme O.A. Gorelova et la clinique « Compagnie médicale IIK ». Le 12 août 2015 Mr Gorelov avait passé un contrat avec la clinique pour un recours à la FIV (avec son propre sperme). Le 13 août 2015, O.A. Gorelova avait conclu un contrat identique avec la clinique pour une FIV (avec les spermatozoïdes congelés de V.A. Gorelov). Ces procédés n'ont pas permis d'aboutir à une grossesse. Le 19 août 2016, il avait signé une procuration notariale⁶³² N 63 AA 3773951 au nom de O.A. Gorelova, afin qu'elle puisse agir en son nom lors de la procréation médicalement assistée et signer tous les documents et actes, effectuer les paiements, etc. Le 1er octobre 2016, O.A. Gorelova, en son nom propre et au nom de V.A. Gorelov par procuration, a signé un avenant au contrat initial avec la clinique « Société médicale IIK » donnant son « consentement volontaire éclairé » pour le

630 Article 51 du Code de la famille russe ; article 52 du Code de la famille biélorusse.

631 Определение Верховного Суда РФ от 26 ноября 2019 г. N 46-КГ19-24.

632 Le droit russe n'exige pas un consentement notarial au recours à la PMA. Il s'agissait dans cette affaire d'une simple procuration pour que l'épouse puisse signer les contrats avec la clinique.

traitement d'infertilité par AMP avec recours à des embryons cryoconservés de donneurs et au sperme du donneur⁶³³. O.A. Gorelova a donné naissance à une fille le 03 juillet 2017. Dans son acte de naissance, V.A. Gorelov a été enregistré en tant que père de l'enfant. V.A. Gorelov a prétendu ignorer qu'il n'était pas le père biologique de l'enfant car les défendeurs ont procédé à une FIV avec du matériel génétique d'un donneur à son insu et sans son consentement ; alors, pensait-il, qu'en concluant un contrat avec la clinique et en délivrant la procuration N 63 AA 3773951 à O.A. Gorelova, il avait l'intention de ne permettre une naissance qu'avec l'utilisation de son propre matériel biologique.

Un test ADN a exclu la paternité du demandeur, ce qui a conduit V.A. Gorelov à demander que son nom ne soit pas mentionné sur l'acte de naissance de l'enfant.

Par décision du Tribunal de district de Samara du 07 août 2018, V.A. Gorelov a été débouté de ses demandes. Le Tribunal de première instance a fondé sa décision sur le fait que le demandeur avait délivré à O.A. Gorelova une procuration notariée autorisant le recours à la procréation médicalement assistée sans aucune restriction et que Mme Gorelova avait suivi un traitement par FIV avec recours à un donneur sur le fondement de cette procuration. Et que, de ce fait, Mr Gorelov devait assumer ses droits et obligations vis-à-vis de l'enfant né.

La Cour d'Appel a confirmé la décision rendue le 30 octobre 2018 par les premiers juges.

Après avoir réexaminé le dossier, la Chambre civile de la Cour Suprême de la Fédération de Russie a constaté qu'il existait des motifs d'annulation de cette décision de refus d'annulation de la filiation.

D'après la Cour Suprême : « Il découle des dispositions légales (ci-dessus mentionnées) qu'une femme mariée ne peut pas exercer son droit au recours à l'insémination artificielle ou se faire implanter un embryon sans le consentement écrit de son mari, qui est une condition préalable pour avoir recours à ces techniques. »

⁶³³ Il s'agit du nom du formulaire. « информированное добровольное согласие на лечение методами вспомогательных репродуктивных технологий с использованием криоконсервированных донорских эмбрионов и сперматозоидов донора ». La rédaction de cet arrêt peut être critiquée, car il est étrange que l'on utilise des gamètes congelés en plus du sperme congelé. Il serait plus logique d'utiliser soit des embryons congelés, soit des ovocytes et du sperme congelés.

Un véritable guide méthodologique à destination des magistrats du fond a été fourni au paragraphe 30 de la décision du Plénum de la Cour Suprême de la Fédération de Russie du 16 mai 2017. N 16 « *sur l'application de la loi par les tribunaux dans les affaires liées à la détermination de l'origine des enfants* ». Pour statuer sur une demande en contestation de paternité d'une personne enregistrée en qualité de père d'un enfant né par recours à l'insémination artificielle ou l'implantation d'embryons, les tribunaux doivent, en particulier, vérifier notamment que l'enfant est né par recours à ces techniques. Le consentement au recours à la procréation médicalement assistée doit avoir été donné volontairement et en connaissance de cause. Il s'agira également de vérifier la temporalité de cet accord de volonté au recours à la PMA dont le maintien doit avoir été confirmé. Tel n'était pas explicitement le cas en l'espèce.

En outre, pour la Cour Suprême, il ne ressortait pas des circonstances de l'affaire que le demandeur avait accompli des actes dans l'intention de recourir à la procréation médicalement assistée avec donneur, ni donné un consentement éclairé au recours à cette technique. Au contraire, il ressortait, selon la Cour Suprême, des pièces de la procédure, que le 20 août 2015, V.A. Gorelov avait déposé une demande de cryoconservation de son sperme en vue de son utilisation dans des programmes de FIV au bénéfice sa femme O.A. Gorelova. Le demandeur avait été informé que la naissance d'un enfant par AMP pouvait nécessiter plusieurs cycles de traitement, et s'était engagé à assumer les droits et obligations vis-à-vis de l'enfant.

O.A. Gorelova et le représentant de la « Compagnie médicale IIK » au tribunal de première instance avaient indiqué qu'ils n'avaient pas informé le demandeur de l'utilisation du matériel génétique d'un donneur, et il découlait également des explications d'O.A. Gorelova que lors de l'évocation de cette possibilité avec le demandeur, il n'avait pas donné de réponse claire.

De l'analyse du contenu du document signé par V.A. Gorelov le 20 août 2015, il ressortait qu'il avait demandé la cryoconservation de son matériel génétique et son utilisation pour la fécondation de O.A. Gorelova.

En conséquence, la Cour Suprême a considéré que le Tribunal de première instance n'avait pas pris en considération ces faits juridiques, malgré l'importance que leur accorde le paragraphe 30 de la résolution du Plénum de la Cour Suprême de

la Fédération de Russie de 2017. Le Tribunal avait procédé à une application incorrecte des règles du droit, et avait rendu une décision qui ne répondait pas aux exigences de l'article 195 du Code de procédure civile de la Fédération de Russie. La décision a été cassée, et l'affaire renvoyée pour réexamen devant la juridiction de première instance.

Cette décision démontre l'insuffisance de la réglementation, mais aussi les problèmes découlant du contrôle judiciaire dans le domaine de la procréation médicalement assistée. Les cliniques sont parfois peu rigoureuses et cèdent aux demandes des clients. La trop grande souplesse des règles met en défaut le contrôle externe de la part des autorités, ce qui peut multiplier les situations délicates et propices à des contentieux ultérieurs.

A. L'impossibilité de revenir sur l'accord donné au recours à la procréation médicalement assistée avec donneur.

356. Les législateurs ont souhaité que la filiation des enfants nés d'une assistance médicale à la procréation soit établie à l'égard du couple ou de la femme seule qui a eu recours à la procréation médicalement assistée en donnant la vie à l'enfant. Pour éviter les situations dans lesquelles les parents d'intention entendent échapper à leurs responsabilités, soit en refusant l'établissement du lien, soit en cherchant à le contester, une règle interdisant au parent de revenir sur son consentement à la procréation médicalement assistée, visant à protéger ainsi l'enfant, est généralement prévue. Le droit a ainsi entendu imposer l'établissement d'un lien de filiation à l'égard du père d'intention qui refuserait de reconnaître son enfant. Cette action suppose que soient démontrés, d'une part, le consentement du défendeur au recours à la procréation médicalement assistée (avec ou sans donneur) et, d'autre part, le fait que l'enfant est bien issu de cette assistance⁶³⁴.

En cas de procréation médicalement assistée, le lien de filiation repose sur la volonté du parent d'intention dont la solidité est la « garantie de la pérennité »⁶³⁵.

634 Contrairement au droit français, il n'existe pas en droit russe d'action spécifique de « déclaration judiciaire de paternité ».

635 M. DOUCHY-OUODOT, « Les filiations électives à l'épreuve du droit, vingt ans après », in Mélanges C. NEIRINCK, LGDJ, 2015, p. 503. V. aussi B. RENAUD, « Procréation médicalement assistée et filiation », *AJ famille* 2003, p. 197, qui parle de « super filiation ».

Bien qu'il s'agisse d'une fiction destinée à masquer l'intervention d'un tiers donneur et à donner l'illusion d'une filiation par procréation charnelle, cette règle ne provoque pas de débats doctrinaux. Les parents sont ceux qui élèvent l'enfant. Le recours aux règles d'établissement de la filiation par procréation charnelle permet ainsi d'effacer les traces de recours à la procréation médicalement assistée dans l'état civil de l'enfant.

357. Prédominance de l'intention d'élever l'enfant sur la vérité biologique : impossibilité de revenir sur l'accord au recours à la procréation médicalement assistée avec donneur. En cas d'établissement contentieux de la paternité, le lien de filiation découle de la démonstration judiciaire de la paternité mais aussi de l'appréciation souveraine par les juges de l'intérêt de l'enfant d'être élevé par telle ou telle personne. On s'éloigne ici à nouveau de la vérité biologique en accordant une place plus importante à celui qui élève l'enfant (au parent social).

Le législateur a entendu lier juridiquement l'enfant né d'une assistance médicale à la procréation à l'homme et à la femme qui ont consenti à sa venue au monde. Les modes non contentieux d'établissement de la filiation dite « charnelle » ont été transposés à l'égard de l'enfant né grâce à un don (voire de deux dons).

358. Conformément à l'article 52 du Code de la famille biélorusse, l'homme qui a acquiescé au recours à la procréation médicalement assistée ne peut contester sa paternité, sauf s'il est prouvé que la grossesse a une autre origine que la procréation médicalement assistée. Il est interdit aux donneurs de contester la maternité ou la paternité des enfants nés de la procréation médicalement assistée. La même règle s'applique au Kazakhstan : les personnes ayant donné leur accord écrit à la procréation médicalement assistée sont dans l'impossibilité de contester ultérieurement leur filiation vis-à-vis à l'enfant né⁶³⁶.

⁶³⁶ La procédure d'enregistrement des enfants nés de la procréation médicalement assistée est déterminée par les « Règles d'enregistrement des actes d'état civil », approuvées par l'Arrêté du ministère de la Justice de l'Ukraine n° 3307/5 du 24 décembre 2010. L'article 123 du Code de la famille de l'Ukraine régit les règles d'état civil des enfants nés de procréation médicalement assistée. Le premier alinéa de cet article 123 prévoit qu'en cas de mise au monde par une femme d'un enfant conçu par utilisation des techniques de procréation médicalement assistée, avec le consentement de son mari, ce dernier sera enregistré en qualité de père si l'enfant vient à naître. L'alinéa 3 de l'article 123 du Code de la famille de l'Ukraine régit la parentalité du couple avec un don d'ovules en cas de FIV.

359. Dans toutes les hypothèses envisagées par l'article 123, les époux doivent obligatoirement s'inscrire en tant que père et mère de l'enfant venu au monde.

360. La même prohibition existe en droit kirghiz et kazakh : les personnes ayant donné leur accord écrit à la procréation médicalement assistée avec donneur ne peuvent pas contester ultérieurement leur filiation vis-à-vis à l'enfant né.

B. Les lacunes : durée de validité du consentement, erreur sur les gamètes.

361. Incertitude concernant les gamètes utilisés et la filiation. Conformément au paragraphe 3 de l'article 52 du Code de la famille de la Fédération de Russie, le conjoint qui a donné son consentement écrit au recours à l'insémination artificielle ou à l'implantation de l'embryon « conformément aux règles prévues par la loi », n'a pas la possibilité de contester sa paternité en invoquant le fait que l'enfant est né du fait de l'utilisation de ces techniques médicales. Cette règle demeure imprécise pour les juristes russes⁶³⁷. Il est peu probable que le législateur ait entendu instaurer l'interdiction absolue pour celui ou celle qui a décidé de contester sa paternité. Il est évident que la « procédure établie par la loi » doit être comprise comme une procédure qui respecterait pleinement les dispositions du droit russe, en ce compris le droit de la famille et le droit civil⁶³⁸. « Au moment du consentement, la personne doit comprendre le sens de ses actes et être capable de les maîtriser » (art. 177 du Code civil). Le conjoint doit être conscient des conséquences du consentement au recours à l'insémination artificielle ou à l'implantation d'un embryon et ne doit pas se méprendre sur la portée et les conséquences du consentement donné (article 178 du Code civil). Son consentement ne doit pas être influencé par la tromperie, la menace ou la violence (article 179 du Code civil de la Fédération de Russie), et sa volonté doit être communiquée par écrit au conjoint et à l'établissement médical, conformément à la loi (paragraphe 3 de l'article 52 du Code civil).

⁶³⁷ V.Samoilova, A. Bonner, A.Pourgé.

⁶³⁸ A. BONNER « Insémination artificielle : résultats, erreurs médicales et drames humains » in « La loi », 2015 N8. // A.T. БОННЕР Искусственное оплодотворение: достижения и просчеты современной медицины и человеческие драмы, "Закон", 2015, N 8.

À cet égard, une décision de jurisprudence relative à une contestation de paternité mérite notre attention⁶³⁹.

Mr Filipenko V. avait saisi la justice d'une action en contestation de paternité. Cet homme avait été marié avec Mme Filipenko depuis 1996, et un enfant était né de cette union en 2003. En 2008, le mariage avait été dissous et M. Filipenko condamné à verser une pension alimentaire à son fils. Sa seconde épouse rencontrant des difficultés pour concevoir un enfant, un recours à la procréation médicalement assistée a été envisagée. En 2013, des analyses médicales ont révélé l'infertilité de Mr Filipenko. Suite à cette révélation, Mr Filipenko a saisi le Tribunal pour contester sa paternité vis-à-vis de l'enfant issu du premier lit.

Lors de l'audience au Tribunal, le conseil du requérant a expliqué que les parties s'étaient adressées au centre d'obstétrique pendant leur mariage, que le plaignant avait fourni son sperme pour une FIV, que cependant, les tests réalisés avaient fait naître des doutes importants sur le fait que ce soient ses gamètes qui aient été utilisés pour la FIV, et que, partant, il soit le père biologique de l'enfant. A l'appui de sa demande, le requérant a produit les résultats d'analyses datés du 30.10.2013 faisant apparaître qu'aucun spermatozoïde viable n'avait été trouvé dans son sperme.

La défenderesse soutenait que la grossesse était intervenue par suite d'une fécondation in vitro avec du sperme de Mr Filipenko V., réalisée par des spécialistes du centre d'obstétrique, et qu'en conséquence, le demandeur était bien le père de l'enfant. Mme Filipenko, à titre de pièces justificatives, produisait une attestation de la clinique faisant état des trois tentatives de FIV réalisées, dont la dernière avait abouti à une grossesse en 2003.

La Cour d'appel a confirmé la décision du Tribunal de première instance, en faisant notamment référence à l'acte de naissance sur lequel Mr Filipenko était identifié comme le père de l'enfant et Mme Filipenko comme sa mère.

⁶³⁹ La décision du Tribunal du district Nikulinsky de Moscou du 17.02.2014, confirmé par arrêt du Tribunal de Moscou statuant en appel du 16.05.2014 dans l'affaire N 33-16344/14.// Решение Никулинского районного суда г. Москвы от 17.02.2014 и Определение Московского городского суда от 16.05.2014 по делу N 33-16344/14.

Le Tribunal a fait une demande de documents auprès de la clinique, à laquelle le centre d'obstétrique a répondu qu'il n'était pas possible de fournir une copie du dossier médical de Mme Filipenko L. créé en 2001, ces dossiers n'étant conservés que pendant cinq ans. Les juridictions ont dû fonder leur décision sur le document délivré par l'hôpital, attestant que Mme Filipenko y séjournait pour un traitement, du 30 octobre 2003 au 11 novembre 2003.

Pour débouter le requérant de sa demande, le Tribunal de première instance a souligné le fait que le demandeur ne prouvait pas qu'une autre personne fût le père de l'enfant. Et a ajouté que, conformément à l'article 52 du Code de la famille de la Fédération de Russie, la personne ayant consenti au recours à l'insémination artificielle ou à une implantation de l'embryon ne peut pas se prévaloir de ces circonstances pour contester sa paternité.

En conséquence, la décision du Tribunal du district Nikulinsky de Moscou du 17.02.2014 a été confirmée en toutes ses dispositions par la Cour d'appel.

« La pertinence du raisonnement suivi par les premiers juges et confirmé par la juridiction d'appel dans cette affaire peut être contestée »⁶⁴⁰. L'affirmation de la Cour d'appel selon laquelle le requérant n'a pas nié le fait que « la grossesse est intervenue suite à l'insémination artificielle avec le sperme de Mr Filipenko, ce qui est confirmé par les preuves écrites figurant dans le dossier » ne convainc guère. En réalité, le requérant a contesté le fait que son sperme ait été utilisé lors de l'insémination artificielle. Mais il est possible qu'il n'ait pas été informé de l'absence de spermatozoïdes viables. Une analyse du liquide séminal réalisée en 2013 a révélé qu'il ne pouvait pas être père. Toutefois, la question de savoir s'il peut être le père de l'enfant né en 2003 est demeurée sans réponse. Dans cette affaire, les doutes sur la légalité et la validité de la décision sont restés sans réponse, essentiellement du fait de la défaillance du représentant du requérant, qui n'a formulé aucune demande d'expertise génétique. Dans le cas contraire, et si l'analyse avait révélé que Mr Filipenko ne pouvait être père, la demande d'annulation de la filiation paternelle aurait certainement reçu une suite favorable du fait de l'absence de l'intéressé à la PMA avec donneur.

⁶⁴⁰ Idem. A.BONNER. op.cit.

C La prohibition de la filiation vis-à-vis de deux parents de même sexe : l'ordre public interne – refus d'une filiation homosexuelle.

Les normes sociales font parfois obstacle à l'établissement d'une filiation car cette dernière est considérée comme non conforme aux standards collectifs. Le risque des effets immoraux, c'est-à-dire la production d'un résultat contraire à la morale et aux bonnes mœurs de la société, peut justifier l'impossibilité de faire établir juridiquement une filiation. Ainsi par exemple, la prohibition de la filiation incestueuse est largement consacrée, quasi universelle. Dans la période contemporaine, certaines prohibitions sont abandonnées et les cadres s'assouplissent, et tel est le cas pour la filiation homosexuelle. Si les législations d'Europe de l'Ouest ont connu des évolutions notables au cours de la dernière décennie, les législateurs d'Europe orientale continuent de défendre une filiation bilinéaire et strictement hétérosexuelle. Elle reste le schéma dominant dans les pays tels que la Russie, la Biélorussie, l'Ukraine, le Kazakhstan... Ces sociétés refusent d'établir la double filiation d'un enfant dont les origines ne correspondent pas aux « canons de l'hétérosexualité ».

SECTION II. Impossibilité d'établir la filiation avec le donneur

Si tous les Etats prohibent un établissement de filiation avec le donneur (A), l'absence de rigueur législative dans l'encadrement des formalités administratives liées au recueil du consentement et à sa durée peut engendrer des situations ambiguës sur le statut du donneur (B).

A. Les règles générales : l'anonymat du don et l'absence de filiation avec le donneur.

Dans tous les Etats étudiés, le recours à la PMA avec donneur est couvert par un secret médical. Concernant les effets sur la filiation et les règles d'enregistrement des actes d'état civil, les lois française, russe⁶⁴¹, ukrainienne, biélorusse et kazakhe ne

⁶⁴¹ Cette règle permet aux parents de réaliser leur droit de devenir parent et de facto reflète la règle posée par l'article 35 de la loi « Sur les actes d'état civil » qui permet à chaque couple et à chaque femme majeure en âge de procréer d'avoir recours à l'insémination artificielle ou à une implantation d'embryon. En droit

font aucune distinction entre la procréation avec un ou deux donneurs⁶⁴² et la procréation avec les gamètes du couple.

362. **Impossibilité d'établir la filiation avec une donneuse.** Concernant la donneuse d'ovocyte, elle ne rentre pas dans les enjeux de la filiation. Quelle que soit l'origine génétique de l'enfant, l'accouchement seul suffit pour établir le lien de filiation entre la femme qui a accouché et l'enfant⁶⁴³. Cette règle est présente dans tous les Etats étudiés⁶⁴⁴.

Les Etats posent la même règle selon laquelle l'homme qui a donné son accord au recours à la procréation médicalement assistée ne peut pas contester sa paternité, sauf s'il est prouvé que la grossesse n'est pas liée à la procréation médicalement assistée⁶⁴⁵. Il est interdit aux donneurs de contester la maternité ou la paternité des enfants nés de la procréation médicalement assistée. Le même article empêche la mère de l'enfant de recourir à la justice aux fins d'établissement de la filiation paternelle de l'enfant né de procréation médicalement assistée avec le donneur. En cas de procréation médicalement assistée avec don d'ovocyte, la mère est celle qui accouche de l'enfant. L'anonymat du donneur doit être assuré par les établissements médicaux. Comme l'a souligné Mme Samoilova⁶⁴⁶, « dans les établissements médicaux pratiquant l'insémination artificielle, des mesures sont prises pour préserver l'anonymat du donneur, qui est le « père génétique » de l'enfant conçu artificiellement. Son nom reste inconnu, non seulement des époux qui ont donné leur consentement à l'insémination artificielle, mais aussi des personnels médicaux. Les conjoints ne reçoivent qu'une description du donneur... Les conjoints signent un

russe, même en cas de doubles dons de gamètes, aucune autorisation judiciaire ou consentement exprimé devant le notaire n'est exigé.

⁶⁴² Si la PMA avec deux donneurs n'est pas prohibée.

⁶⁴³ HAUSER J., « La distinction de l'homme et de la femme : Approche pluridisciplinaire. La paternité est-elle biologique ou sociologique ? », RRJ 2004, p. 2066.

⁶⁴⁴ La question de la GPA n'est pas traitée ici.

⁶⁴⁵ Article 52 du Code de la famille biélorusse ; Article 52 alinéa 3 du code de la famille russe.

⁶⁴⁶ SAMOILOVA V.V. *Le droit de la famille lors de la réalisation des droits reproductifs en cas de recours à l'AMP*. Moscou. 2011. P.85 pp.167//Самойлова В.В., *Семейно-правовые аспекты реализации репродуктивных прав при применении вспомогательных репродуктивных технологий*, Москва. 2011 год.

engagement précisant notamment : « Nous nous engageons à garder le secret de la conception de notre enfant à la suite d'une insémination artificielle avec le sperme d'un donneur » et « Nous nous engageons à ne pas chercher à identifier le donneur ». Le nom du donneur est remplacé par un chiffre. Les cartes des donneurs sont conservées dans l'établissement médical et seul le responsable de l'établissement y a accès. »

En conséquence, un donneur n'est pas inscrit en tant que père ou mère dans l'acte de naissance de l'enfant né d'un don de gamètes. Le donneur n'a aucun droit ni devoir vis-à-vis de cet enfant.

Cependant il se peut que cette règle se trouve confrontée à l'absence de rigueur dans les formalités administratives.

B Les problèmes d'application de la règle découlant de la pratique.

Cette règle a été contestée en pratique et nous pouvons citer à titre d'exemple l'arrêt de la Cour Suprême de la Fédération de Russie N GKPI 10-1601 du 13 janvier 2011⁶⁴⁷, dans lequel la demande de la requérante visait à obtenir une annulation partielle de l'alinéa 6 de l'Arrêté du ministère de la Santé sur l'utilisation des techniques de procréation médicalement assistée. Plus précisément, de la règle selon laquelle les donneurs fournissant leurs gamètes (sperme, ovocyte) à des tiers dans le but de remédier à l'infertilité de ces derniers, n'acquièrent aucun droit ni obligation vis-à-vis des enfants à naître.

Dans cette affaire, Mme N.T.V. avait tenté de contester devant la Cour l'article 6 de l'ordonnance précitée, dans la mesure où elle exclut la possibilité d'établir la paternité à l'égard du donneur de sperme. Selon la requérante, ce texte était contraire à l'alinéa 2 de l'article 19 de la Constitution de la Russie, aux articles 49, 80 du Code de la famille de la Fédération de Russie, et violait son droit et le droit de sa fille, née par procréation médicalement assistée, d'établir la paternité de l'enfant à l'égard du donneur « qui a agi en pleine conscience des conséquences de son action et dans le

647 Arrêt de la Cour Suprême de la Fédération de Russie N ГКПИ10-1601 du 13 janvier 2011 sur le refus d'invalider l'alinéa 6 de l'Instruction sur l'utilisation de la technique de procréation assistée.

//Решение Верховного Суда РФ от 13.01.2011 N ГКПИ10-1601 « Об отказе в удовлетворении заявления о признании частично недействующим пункта 6 Инструкции по применению методов вспомогательных репродуктивных технологий, утв. Приказом Минздрава РФ от 26.02.2003 N 67 ».

but de s'enrichir »⁶⁴⁸. La requérante faisait valoir que ce texte était discriminatoire, dès lors qu'il avait pour conséquence de placer les enfants nés par procréation médicalement assistée dans une situation moins favorable que ceux issus de relations charnelles.

La Cour Suprême a débouté la requérante, au motif que : « *l'insémination artificielle, dans les centres de fertilité ayant une licence, d'une femme sans partenaire n'est possible que si elle a donné son consentement écrit à cette procédure d'assistance médicale à la procréation. En outre, le législateur a couvert expressément les informations sur la personnalité du donneur par un secret médical. L'accès à ces informations sans consentement de la personne concernée n'est autorisé que dans les cas prévus à l'article 61 des principes fondamentaux de la législation*⁶⁴⁹.

*La liste des informations sur le donneur qu'une femme ayant recours à la procréation médicalement assistée peut obtenir de l'établissement médical est donnée par l'article 35 des Base de santé*⁶⁵⁰. Il s'agit des « résultats d'expertises médico-génétiques, de l'apparence physique et de la nationalité (les origines ethniques). Le donneur n'a pas non plus le droit d'obtenir des informations sur les résultats de l'utilisation de son matériel biologique, et son consentement écrit à l'utilisation de la méthode d'insémination artificielle avec ses gamètes n'est pas requis.

Une femme s'adressant à un établissement médical à des fins d'insémination artificielle a des relations juridiques avec cet établissement, qui l'avertit à l'avance que le donneur n'assume aucune responsabilité parentale vis-à-vis de l'enfant à naître. Le donneur crée aussi des relations juridiques avec l'établissement médical,

⁶⁴⁸ « на установление отцовства в отношении лица, выступавшего донором на возмездной основе, осознававшего последствия своих действий и руководствовавшегося желанием заработать на этом. »

⁶⁴⁹ статьей 61 « Основ законодательства Российской Федерации об охране здоровья граждан » (утв. ВС РФ 22.07.1993 N 5487-1) (ред. от 07.12.2011).// Ce texte a été abrogé. Dans son article 61, il listait les cas dans lesquels le secret médical pouvait être levé sans le consentement de la personne concernée par ce secret : enquêtes policières, impossibilité d'exprimer son consentement lors des soins, minorité et risque pour la santé, les situations de risque de propagation de maladies infectieuses. Aucune exception n'a été prévue concernant la levée de l'anonymat des donneurs.

Depuis cette abrogation, le secret médical est prévu par l'article 13 de la Loi Fédérale N323-FZ du 21.11.2011. Федеральный закон « Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации » от 21.11.2011 N 323-ФЗ (последняя редакция).

⁶⁵⁰ La loi fédérale n° 323-FZ du 21 novembre 2011 « Sur les bases de la protection de la santé des citoyens dans la Fédération de Russie ».

lequel, dès la réception des gamètes du donneur, acquiert tous les droits sur les gamètes et endosse la responsabilité découlant de ce matériel génétique à des fins médicales.

Ainsi, il n'existe aucun lien de droit entre la femme qui a donné naissance à un enfant à la suite d'une insémination artificielle et le donneur, et donc les dispositions de l'article 49 du Code de la famille de la Fédération de Russie sur l'établissement de la paternité devant les tribunaux ne sont pas applicables dans ces cas, et le donneur ne peut être reconnu comme le père d'un enfant conçu grâce à la procréation médicalement assistée. »

L'article 35 de la législation sur les Bases de protection de la santé⁶⁵¹ limite expressément la liste des informations sur le donneur qui peuvent être obtenues par une femme demandant des soins médicaux spécialisés avec un recours à la procréation médicalement assistée : il s'agit des données des examens médicaux et génétiques, des données physiques et de la nationalité. Le donneur n'a droit non plus à aucune information sur les résultats de l'utilisation de son matériel biologique, et son consentement écrit au recours à la FIV n'est pas requis.

Lorsqu'une femme s'adresse à un établissement médical pour y subir une insémination artificielle, elle entre en relation avec cet établissement, qui l'informe que le donneur n'assumera aucune des obligations parentales envers le futur enfant. Le donneur entre également en relation avec un établissement médical qui, dès la remise du matériel biologique, acquiert tous les droits sur les gamètes et devient responsable de leur utilisation à des fins médicales⁶⁵².

Aucun lien de droit n'existant entre une femme qui a donné naissance à un enfant en recourant à une insémination artificielle et le donneur dont le sperme a été utilisé, les dispositions de l'article 49 du Code de la famille de la Fédération de Russie sur l'établissement de la paternité devant les tribunaux ne sont pas applicables à ces cas, et ce donneur ne peut pas être reconnu comme le père d'un enfant conçu par AMP.

⁶⁵¹ La loi fédérale n° 323-FZ du 21 novembre 2011 « Sur les bases de la protection de la santé des citoyens dans la Fédération de Russie ».

⁶⁵² SAMOILOVA V.V. *Le droit de la famille lors de la réalisation des droits reproductifs en cas de recours à l'AMP*. Moscou. 2011. p 88,

Par conséquent, il n'y a pas de contradiction entre le paragraphe 6 de l'instruction et l'article 80 du code, qui expose l'obligation des parents d'entretenir leurs enfants mineurs, et le paragraphe 2 de l'article 19 de la Constitution de la Fédération de Russie, qui garantit l'égalité des droits et libertés de l'homme et du citoyen.

Il est important de préciser que la loi russe n'interdit pas l'établissement de la filiation paternelle pour le donneur à l'initiative de l'enfant ou « des père et mère réels⁶⁵³ » de l'enfant, et permet les contestations sur l'origine de l'enfant conçu par recours à un don de gamète. En d'autres termes, si la naissance d'un enfant résulte non pas de la PMA mais est survenue suite à un rapport sexuel hors de ce cadre, une telle filiation peut être contestée. Toutefois, la législation russe ne définit pas les termes « père et mère réels ». L'alinéa 1er de l'article 52 du Code de la famille prévoit que l'inscription des parents dans les registres d'état civil faite conformément aux paragraphes 1 et 2 de l'article 51 de ce code, ne peut être contestée que par voie judiciaire à la demande d'une personne inscrite comme père ou mère de l'enfant, ou d'une personne qui est « père ou mère réel » de l'enfant, ainsi que de l'enfant lui-même à sa majorité, du tuteur (curateur) de l'enfant, du tuteur du parent, enfin, si l'incapacité de ce dernier est reconnue judiciairement⁶⁵⁴.

653 Фактический отец и мать.

654 СК РФ Статья 52. Оспаривание отцовства (материнства) (ред. от 02.12.2019) « 1. Запись родителей в книге записей рождений, произведенная в соответствии с пунктами 1 и 2 статьи 51 настоящего Кодекса, может быть оспорена только в судебном порядке по требованию лица, записанного в качестве отца или матери ребенка, либо лица, фактически являющегося отцом или матерью ребенка, а также самого ребенка по достижении им совершеннолетия, опекуна (попечителя) ребенка, опекуна родителя, признанного судом недееспособным.

2. Требование лица, записанного отцом ребенка на основании пункта 2 статьи 51 настоящего Кодекса, об оспаривании отцовства не может быть удовлетворено, если в момент записи этому лицу было известно, что оно фактически не является отцом ребенка.

3. Супруг, давший в порядке, установленном законом, согласие в письменной форме на применение метода искусственного оплодотворения или на имплантацию эмбриона, не вправе при оспаривании отцовства ссылаться на эти обстоятельства.

Супруги, давшие согласие на имплантацию эмбриона другой женщине, а также суррогатная мать (часть вторая пункта 4 статьи 51 настоящего Кодекса) не вправе при оспаривании материнства и отцовства после совершения записи родителей в книге записей рождений ссылаться на эти обстоятельства.»

Ainsi, les père et mère réels de l'enfant peuvent contester la paternité ou la maternité, étant observé que le législateur n'a pas dit ce qu'il faut entendre par père ou mère réels.

Plusieurs juristes russes⁶⁵⁵ militent en faveur d'une définition des termes et proposent la définition suivante : « un père ou une mère réel peut être une personne qui a fourni son matériel biologique en vue d'une AMP, de manière anonyme ou non anonyme ». Un donneur non anonyme peut notamment être un proche (quelqu'un de la famille) du couple infertile.

En même temps, la doctrine russe ne nie pas les conséquences néfastes sur les plans psychologique et patrimonial en cas de violation de la confidentialité sur l'identité du donneur. Et propose de compléter l'article 52 du Code de la famille de la Fédération de Russie d'une interdiction d'établir la filiation avec le donneur, sauf accord exprès et mutuel du représentant légal de l'enfant et du donneur et aussi de l'enfant lui-même, s'il est devenu majeur.

La juriste Samoilova propose également de compléter le formulaire rempli par le donneur, afin que l'on sache si le donneur souhaite une utilisation anonyme ou non des gamètes qu'il fournit.

La Cour Suprême a spécialement consacré une partie de l'Ordonnance à la situation des enfants nés de procréation médicalement assistée ou de la GPA. Ainsi, aux termes de l'Ordonnance du Plénum de la Cour Suprême de la Fédération de Russie du 16 mai 2017 n° 16 « Sur l'application par les tribunaux des lois lors de l'examen des cas liés à l'établissement de la filiation »⁶⁵⁶, en ce qui concerne les litiges dont la procréation médicalement assistée est à l'origine :

« 30. Les personnes mariées et ayant donné leur consentement écrit pour le recours à la méthode d'insémination artificielle ou pour l'implantation d'embryon (in-vitro), en cas de naissance d'un enfant par procréation médicalement assistée,

⁶⁵⁵ SAMOILOVA V.V. précité ; Pourgé A.R. *L'encadrement juridique de la GPA en tant qu'une technique de l'AMP*, Doushanbé, 2015.; MITRIAKOVA E.S. *L'encadrement juridique de la GPA en Russie*, 2006, Moscou.

⁶⁵⁶ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 16.05.2017 N 16 (ред. от 26.12.2017) « О применении судами законодательства при рассмотрении дел, связанных с установлением происхождения детей » .

sont enregistrées en tant que parents de cet enfant dans le registre des naissances (alinéa 1, paragraphe 4, article 51 du Code de la famille de la Fédération de Russie).

En même temps, les tribunaux doivent garder à l'esprit les dispositions du premier alinéa du paragraphe 3 de l'article 52 du Code de la Famille de la Fédération de Russie, selon lesquelles le conjoint, qui a donné son consentement écrit (selon les modalités prévues par la loi) pour le recours à l'insémination artificielle ou pour une implantation d'embryon, en cas de contestation de paternité, ne peut pas motiver sa contestation par le recours à la procréation médicalement assistée, la loi lui interdisant .

Afin de régler au mieux les litiges de contestation de paternité d'une personne enregistrée comme père d'un enfant né à la suite de l'utilisation des méthodes citées ci-dessus, les tribunaux doivent, en particulier, vérifier les circonstances juridiquement importantes, et notamment si l'enfant est né à la suite du recours à la méthode d'insémination artificielle ou d'implantation d'un embryon, si la personne a donné son accord au recours à l'insémination artificielle ou à l'implantation de l'embryon volontairement et consciemment, pour combien de temps ce consentement a été donné, et s'il a été retiré avant l'expiration du terme fixé ; si cette période a expiré au moment de l'insémination artificielle ou de l'implantation de l'embryon, si le requérant a consenti à l'utilisation du matériel biologique d'un donneur lors du recours aux méthodes mentionnées ci-dessus.

31. L'alinéa 9 de l'article 55 de la Loi Fédérale du 21 novembre 2011 N 323-FZ « Sur les bases de la protection de la santé des citoyens dans la Fédération de Russie » (ci-après - la loi fédérale du 21 novembre 2011 N 323-FZ) définit la maternité de substitution comme la gestation et la naissance un enfant (y compris lors d'un accouchement prématuré) en vertu d'un contrat conclu entre une mère porteuse (une femme portant un fœtus après le transfert d'un embryon du donneur⁶⁵⁷) et des parents d'intention dont les gamètes ont été utilisés pour la fécondation, ou une femme célibataire pour qui la gestation et l'accouchement ne sont pas possibles pour des raisons médicales (ci-après - parents potentiels).

⁶⁵⁷ « донорского эмбриона ».

Conformément au deuxième paragraphe de l'alinéa 4 de l'article 51 du Code de la famille de la Fédération de Russie, les personnes mariées ayant donné leur consentement écrit pour l'implantation d'un embryon à une autre femme dans un but de gestation ne peuvent être enregistrées en tant que parents de l'enfant qu'avec le consentement de la femme qui a donné naissance à l'enfant (mère porteuse).

En prenant en compte l'alinéa 9 de l'article 55 de la loi fédérale du 21 novembre 2011 N 323-FZ, la règle prévue au paragraphe 2 de l'alinéa 4 de l'article 51 du Code de la famille de la Fédération de Russie s'applique également aux cas où le contrat de gestation avec une mère porteuse a été conclu par une femme célibataire.

En même temps, les tribunaux doivent garder à l'esprit que si la mère porteuse a refusé de donner son consentement à l'enregistrement des personnes susmentionnées (parents d'intention) en tant que parents, cette circonstance ne peut pas être un motif absolu⁶⁵⁸ de refus de satisfaire la demande de ces personnes de se voir reconnaître en qualité de parents de l'enfant et de se voir confier l'enfant pour qu'ils pourvoient à son éducation. »

363. Père ou donneur : incertitudes découlant de la libre forme de consentement. La forme de consentement au recours à la procréation médicalement assistée avec donneur est donnée par l'annexe N12 de l'Arrêté du ministère de la Santé de la Russie N107n du 30 août 2012 ⁶⁵⁹ « Sur le recours aux techniques de procréation médicalement assistée, les contre-indications et la limitation du recours »⁶⁶⁰.

364. Il convient d'évoquer une affaire importante, en ce qu'elle a mis en lumière les difficultés que créent l'absence de contrôle et d'exigence d'un acte notarié en cas de recours à la procréation médicalement assistée avec donneur. Cette affaire a déjà été discutée dans le Titre I.

⁶⁵⁸ « Везусловным основанием »

⁶⁵⁹ Приложение 12 Приказа Министерства здравоохранения РФ от 30 августа 2012 г. N 107н « О порядке использования вспомогательных репродуктивных технологий, противопоказаниях и ограничениях к их применению ».

⁶⁶⁰ В Российском законодательстве правило информированного согласия имеет правовое закрепление в Части 2 статьи 21 Конституции РФ, и в статьях 32 и 43 Основ законодательства РФ « Об охране здоровья граждан ».

Au titre de rappel, dans cette affaire⁶⁶¹ Mme Tokareva Y. avait assigné Mr Kozlov S. en justice afin d'établir la paternité de ce dernier vis-à-vis de ses deux filles, nées grâce à la FIV avec un donneur non anonyme : en l'espèce, Mr Kozlov. Ce dernier et Mme Tokareva entretenaient une liaison extraconjugale (Mr Kozlov était marié).

Au mois de janvier 2016, Mme Tokareva et Mr Kozlov ont signé un contrat de recours à la PMA avec une clinique. Dans ce formulaire Mr Kozlov avait consenti le 24 janvier 2016 au prélèvement de son sperme, à sa cryoconservation jusqu'au 24 janvier 2017, et à son utilisation afin de féconder Mme Tokareva. La première tentative de FIV était demeurée infructueuse. Le 27 octobre 2016, Mme Tokareva, cette fois hors la présence de Mr Kozlov, avait contacté le centre médical afin de poursuivre son traitement d'infertilité et de faire une nouvelle tentative de FIV avec le sperme de Mr Kozlov et les ovocytes d'une donneuse (anonyme). Cette tentative avait abouti à la naissance de deux filles.

Le Tribunal de première instance de Ioujno-Sakhalinsk, par décision du 23 avril 2018⁶⁶², avait débouté Mme Tokareva de sa demande en motivant sa décision par le fait que Mr Kozlov n'était qu'un donneur, et de ce fait n'avait aucune obligation vis-à-vis des enfants (découlant de la filiation et de l'autorité parentale).

L'arrêt du 23 octobre 2018 rendu par la Cour d'appel de région de Sakhaline⁶⁶³ a infirmé le jugement en réservant une suite favorable à la demande de la mère des enfants, en ordonnant la transcription de Mr Kozlov S.K. en qualité de père des enfants, et en accordant à la mère une pension alimentaire. La Cour a motivé sa décision par le fait que Mr Kozlov S.K. avait eu recours à la procréation médicalement assistée en qualité de concubin de Mme Tokareva, les analyses médicales prévues pour les donneurs n'ayant pas été effectuées et aucun dossier médical de « donneur » n'ayant été créé à son nom⁶⁶⁴.

⁶⁶¹ Ordonnance de la Cour Suprême de la Fédération de Russie du 02 juillet 2019, l'affaire N 64-KG19-6.// Определение СК по гражданским делам Верховного Суда РФ от 2 июля 2019 г. N 64-КГ19-6.

⁶⁶² Решение Южно-Сахалинского городского суда Сахалинской области от 23 апреля 2018г.

⁶⁶³ Апелляционное определение судебной коллегии по гражданским делам Сахалинского областного суда от 23 октября 2018.

⁶⁶⁴ Les exigences médicales et le protocole ne sont pas les mêmes pour les donneurs et pour le partenaire (conjoint ou concubine) de la femme ayant recours à l'AMP.

La Cour d'appel en a conclu que S.K. Kozlov avait suivi un programme de FIV non pas en tant que donneur de cellules germinales, mais en tant que concubin de Mme Tokareva, ce qui a créé des droits et obligations parentaux à l'égard des enfants dont elle a accouché. Mais la Cour Suprême a considéré que la Cour d'appel n'avait pas fait une bonne application de la règle de droit.

Conformément à l'alinéa 4 de l'article 51 du Code de la famille, les personnes mariées qui ont donné leur consentement écrit à l'utilisation de la méthode d'insémination artificielle ou à l'implantation d'un embryon, en cas de naissance d'un enfant à la suite de ce recours à la procréation médicalement assistée, sont inscrites en tant que parents de l'enfant dans le registre des naissances.

Selon les explications données aux paragraphes 30, 32 de l'Ordonnance de la Cour Suprême de la Fédération de Russie n° 16 du 16 mai 2017 « Sur l'application de la loi par les tribunaux dans les affaires relatives à la détermination de l'origine des enfants (relatives à la filiation) », les personnes mariées qui ont donné leur consentement écrit à l'utilisation de la méthode d'insémination artificielle ou d'implantation d'embryons, en cas de naissance d'un enfant à la suite de ce recours à la procréation médicalement assistée, sont inscrites en tant que parents de l'enfant dans le registre des naissances (paragraphe 1 du paragraphe 4 de l'article 51 du Code de la famille).

Afin de statuer sur une demande de contestation de paternité d'une personne enregistrée comme père d'un enfant né de la procréation médicalement assistée, les tribunaux doivent notamment vérifier les circonstances juridiquement pertinentes, et en particulier : que l'enfant est né à la suite d'un recours à la procréation médicalement assistée ; que la personne a volontairement et en pleine conscience (sciemment consenti) donné son accord à la fécondation in vitro ou à l'implantation d'embryon ; pour quelle durée ce consentement a été donné ; que le consentement n'a pas été retiré ; mais encore que le requérant a donné son accord à l'utilisation des gamètes en tant que donneur.

En droit de la famille (paragraphe 4 de l'article 51 du Code de la famille de la Fédération de Russie), la naissance d'un enfant par recours de conjoints (ou d'une femme célibataire) aux gamètes d'un donneur ne crée aucun droit ni obligation parentaux entre le donneur et l'enfant, que le donneur soit anonyme ou non, en sorte

qu'une personne qui a été donneur de matériel génétique ne peut revendiquer être le « parent réel »⁶⁶⁵ de l'enfant dans le cadre d'une action en contestation et/ou établissement de paternité (ou de maternité). Pour les mêmes raisons, les demandes émanant des personnes enregistrées comme parents (ou comme parent unique) de l'enfant relatives à l'établissement de la paternité à l'égard du donneur ne peuvent être accueillies.

Il ressort du dossier que Mme Tokareva Y.S. avait rempli un formulaire de consentement volontaire à la procréation médicalement assistée avec le sperme du donneur Kozlov S.K. le 29 janvier 2016 (le. 56) et que Kozlov S.K. avait signé ce formulaire en cochant la case « mari ».

Pour que le formulaire de consentement satisfasse aux exigences de l'alinéa 24 du paragraphe III de l'Ordonnance, il suffit que les personnes ayant recours à la procréation médicalement assistée précisent la technique utilisée (insémination artificielle /FIV). Ce qui était le cas de Mme Tokareva et de Mr Kozlov. Cependant, la forme du consentement prévue par l'annexe 12 de l'Ordonnance ne contient aucune indication sur la nécessité d'indiquer le statut matrimonial des patients (mari/femme). De ce fait, le formulaire signé par Mme Tokareva et Mr Kozlov ne pouvait pas permettre de créer des droits et obligations pour des personnes qui n'étaient pas unies dans les liens du mariage.

En outre, le contenu de la demande signée le 29 janvier 2016, qui englobe les éléments définis par l'annexe N 12 de l'Ordonnance, à savoir les données sur l'identité du patient-demandeur, le choix des méthodes de traitement, l'indication du donneur sélectionné, permettait d'identifier l'auteur de cette demande comme étant Mme Tokareva Y. En signant ce document M Kozlov S., qui n'était pas l'époux de Mme Tokareva Y., avait seulement confirmé être donneur de matériel génétique.

Dans ces circonstances, la phrase « Je m'engage... », mentionnée dans le formulaire de consentement signé le 29 janvier 2016, en prenant en compte la totalité du contexte et le sens de la demande, fait référence à l'acceptation de cette obligation par la personne sollicitant une intervention médicale. A savoir, Mme Tokareva Y.

665 Dans les arrêts russes, le terme employé est le « parent réel ». Cette question de vocabulaire sera abordée plus tard dans la thèse.

Dans ces conditions, la conclusion de la Cour d'appel selon laquelle Mr Kozlov, en apposant sa signature dans la case « mari » du formulaire de consentement, s'était engagé à assumer tous les droits et obligations incombant à un père, est erronée.

Dans le même temps, dans le formulaire, Mr Kozlov K. avait pris concomitamment deux engagements contradictoires (« Je m'engage à prendre » et « Je ne m'engage pas à prendre » tous les droits et obligations du parent à l'égard du futur enfant), de sorte qu'il ne pouvait être tiré aucune conclusion sur le consentement du défendeur à assumer les droits et obligations d'un parent à l'égard de l'enfant à naître.

De plus, l'intervention médicale prévue dans le cadre du programme de base de recours à la procréation médicalement assistée n'a donné aucun résultat : la grossesse de la requérante n'a pas eu lieu.

L'alinéa 25 du paragraphe III de l'Ordonnance précise que le sort des gamètes restants (don, cryoconservation ou destruction des gamètes) est décidé par la personne à qui appartiennent ces gamètes (embryons), lorsqu'il donne son consentement écrit et signe le contrat sur le don et la cryoconservation, en précisant la durée de leur conservation. L'analyse du contenu de la demande signée le 24 janvier 2016 par Mr Kozlov permettait de constater qu'il avait demandé à ce que soit effectuée la cryoconservation de son matériel génétique pour une période se terminant le 24 janvier 2017, et à ce que ce matériel génétique soit utilisé pour la fécondation de Mme Tokareva Y⁶⁶⁶.

⁶⁶⁶ Cependant, le contrat de donneur passé entre l'établissement médical et Mr Kozlov n'a pas été conclu pour des raisons indépendantes de la volonté de ce dernier.

Les faits exposés ci-dessus démontrent que le rapport de Mr Kozlov et de l'établissement médical s'est limité à un contrat de cryoconservation de ses gamètes, et que les relations de Mme Tokareva avec l'établissement médical se sont nouées lors d'une étape ultérieure du processus d'AMP. Il ressort en effet du dossier, que Mme Tokareva Y. est venue seule à la deuxième tentative (« *nouveau programme* » - *le terme utilisé dans l'arrêt*) en novembre 2016, comme en témoigne le contenu de la demande datée du 27 octobre 2016, remplie par la plaignante elle-même et qu'elle n'a pas démentie ; demande selon laquelle elle demandait « de procéder à une FIV avec l'utilisation d'ovocytes provenant d'une donneuse professionnelle ». La signature de Mr Kozlov avait été apposée par Y.S. Tokareva elle-même.

Cette deuxième déclaration signée par Mme Tokareva Y. le 27 octobre 2016, aux fins de recours à une technique médicale plus poussée, indique que l'intervention médicale pratiquée sur Mme Tokareva Y. le 07 novembre 2016 ne rentre pas dans les services prévus initialement (la procédure de FIV), mais constitue une intervention médicale supplémentaire distincte, qui a été effectuée sur la base du seul consentement éclairé de Mme Tokareva.

En même temps, malgré l'absence de contrat de donneur entre Mr Kozlov et l'établissement médical, le matériel génétique de Mr Kozlov, lors de la FIV avec don d'ovocytes pratiqué sur Mme Tokareva, a été utilisé comme matériel biologique d'un donneur non anonyme⁶⁶⁷.

Par décision collégiale, la Cour Suprême de la Fédération de Russie a estimé que la décision prise par le Tribunal de première instance était légale, et ne pouvait être valablement annulée par la juridiction d'appel. La Cour d'appel a, dans son arrêt, commis une erreur dans l'interprétation et l'application des règles de droit. Pour ces motifs, la décision en appel de la Cour de la région de Sakhaline du 23 octobre 2018 doit être cassée, et la décision du Tribunal de la ville de Ioujno-Sakhalinsk du 23 avril 2018 être confirmée⁶⁶⁸. Conformément aux articles 387, 388 et 390 du Code de procédure civile de la Fédération de Russie, le Collège judiciaire pour les affaires civiles de la Cour Suprême de Russie a décidé :

D'annuler la décision en appel de la Cour de la région de Sakhaline du 23 octobre 2018.

De confirmer la décision du tribunal de la ville de Ioujno-Sakhalinsk du 23 avril 2018.

365. Une filiation imposée, ou les lacunes de la loi sur le délai de validité de consentement du recours à la procréation médicalement assistée avec donneur en cas de séparation du couple.

366. Conformément à l'alinéa 4 de l'article 51 du Code de la famille de la Fédération de Russie, les personnes mariées qui ont donné leur consentement écrit à l'utilisation de la technique d'insémination artificielle ou à l'implantation de

⁶⁶⁷ En outre, ayant établi sur la base des informations reçues de l'établissement médical, que Mr Kozlov avait subi des examens médicaux conformément aux paragraphes 11 et 16 de l'Ordonnance précitée, correspondant aux examens prévus pour les donneurs, les magistrats ont conclu à tort que le défendeur participait au programme de FIV non pas en tant que donneur, mais en tant que concubin de la demanderesse. En outre, dans ses conclusions, la Cour d'appel n'a pas expliqué sur quels faits et preuves elle avait fondé sa décision, car il ressort du dossier et des comptes rendus des séances que ni le tribunal de première instance, ni la juridiction d'appel n'ont demandé à l'établissement médical de produire le dossier médical complet. Au surplus, la Cour d'appel n'a pas tenu compte du fait que l'importance juridique des conséquences de la procédure de FIV, selon les normes de droit susmentionnées, réside dans le fait que les participants à cette procédure sont mariés ; le « partenariat » d'une femme qui n'est pas mariée à un donneur de sperme, dans une procédure de FIV, ne peut pas servir de base suffisante pour établir la paternité en justice.

⁶⁶⁸ Le fonctionnement de la Cour Suprême russe est différent de celui de son homologue française.

l'embryon, si elles ont un enfant après avoir eu recours à ces méthodes, l'inscrivent en tant que parents dans le livre des naissances en tant que .

Conformément au paragraphe 3 de l'article 52 du Code de la famille de la Fédération de Russie, le conjoint qui a donné son consentement écrit au recours à l'insémination artificielle ou à l'implantation de l'embryon « conformément aux règles prévues par la loi », n'a pas le droit d'invoquer le fait qu'il ait été recouru à ces méthodes afin de contester sa paternité. Ces règles manquent de précision. Il est peu probable que la règle posée par l'article 52 doive être comprise comme l'impossibilité absolue pour celui qui a consenti au recours à l'insémination artificielle ou à l'implantation d'embryons, de contester sa paternité⁶⁶⁹.

Toutefois, la loi ne précise pas la durée de validité du consentement au recours à l'insémination artificielle. Cette lacune législative est à l'origine d'un abondant contentieux. On peut citer à titre d'exemple, l'arrêt de cassation de la Cour régionale de Nijni Novgorod du 18 mars 2008 (affaire N33-1180)⁶⁷⁰. Dans cette affaire, un couple marié en 1990 s'était séparé en septembre 2005. Au mois de juin 2006 le mari, Mr Fomine, a saisi le Tribunal d'une requête en divorce. Sa femme, Mme Fomina, a retardé la procédure et accouché d'un enfant en 2007. Le mari fut inscrit en tant que père de l'enfant sur les registres d'état civil, conformément à la présomption de paternité du mari. Par décision de justice, le père fut condamné au paiement d'une pension alimentaire au profit de l'enfant. Mr Fomine niait sa paternité en faisant valoir l'absence de toute vie commune avec Mme Fomina, et le fait qu'il n'avait jamais consenti à un recours de Mme Fomina à la procréation médicalement assistée avec donneur. Mr Fomine invoquait le fait qu'il vivait en couple avec une autre femme depuis juin 2006, et aussi que son infertilité avait été constatée médicalement. Mr Fomine soulignait par ailleurs que, le 13 mai 2006, la mère de son ex-femme était mourante et que, ému par ces circonstances tragiques, il avait cédé à la demande insistante de Mme Fomina, en donnant son accord à l'insémination avec les gamètes d'un donneur. Il expliquait aux juges avoir déjà signé de semblables documents à

⁶⁶⁹ A. BONNER « Insémination artificielle : résultats, erreurs médicales et drames humains » in « La loi », 2015 N8. // А.Т. БОННЕР Искусственное оплодотворение: достижения и просчеты современной медицины и человеческие драмы, "Закон", 2015, N 8.

⁶⁷⁰ Affaire N33-1180-08 l'arrêt de cassation de la Cour régionale de Nijni Novgorod et le tribunal de Sarov de la région de Nijni Novgorod. // Кассационное определение Нижегородского областного суда от 18.03.2008 по делу N 33-1180/08. Саровский городской суд Нижегородской области.

plusieurs reprises durant les huit dernières années sans qu'aucune tentative d'insémination n'ait abouti à une grossesse, et qu'il était donc persuadé que la réitération de son accord n'aboutirait jamais à un résultat positif.

La défenderesse, Mme Fomina, a pratiqué l'insémination en été 2006. Le recours à la procréation médicalement assistée s'était, cette fois, révélé fructueux. Selon le requérant, son consentement écrit pour l'insémination artificielle n'était valable que pour un seul cycle menstruel (cycle entre les règles), c'est-à-dire un mois. Lorsque la défenderesse lui a annoncé son intention de se rendre dans la clinique dans le but de continuer la procédure, il lui a exprimé son désaccord mais il n'a pas informé la clinique du retrait de son consentement. Le conseil du requérant a expliqué au tribunal que Mme Fomina n'avait pas réglé les frais médicaux liés au mois pendant lequel le consentement de son ex-mari était valable. Elle ne l'a fait que le 8 juillet 2006, après que toutes relations intimes et familiales eurent cessées. En conséquence, il n'était plus question pour Mr Fomine d'envisager un projet parental, c'est-à-dire une vie commune avec Mme Fomina et la naissance d'un enfant du donneur anonyme.

Le représentant de Mr Fomine a également demandé au tribunal de prendre en considération le fait que la défenderesse avait fourni de fausses informations à la clinique, et ne l'avait pas informée de leur séparation et de l'opposition de Mr Fomine au recours à la procréation médicalement assistée.

367. La défenderesse, Mme Fomina, soutenait que la décision de recourir à la procréation médicalement assistée avec donneur avait été prise d'un commun accord, que le traitement d'infertilité avait été suivi depuis 1997, que son mari avait donné à trois reprises son accord pour un recours à la procréation médicalement assistée avec donneur. Mr Fomine, bien qu'ils fussent séparés, acceptait qu'elle continuât le protocole et allait même jusqu'à lui prêter de l'argent pour qu'elle puisse le financer. Et de ce fait, Mr Fomine n'était pas fondé à contester sa paternité, l'enfant étant né pendant le mariage, et l'établissement d'une filiation paternelle vis-à-vis de Mr Fomine étant dans l'intérêt de cet enfant.

Le conseil de Mme Fomina soulignait, en outre, le fait que le consentement écrit ne mentionnait pas de durée de validité, et que le contrat passé avec la clinique

stipulait que le consentement exprimé ne prenait fin qu'avec la survenue de la grossesse.

Par décision du 25.01.2008, la cour d'appel de Sarov de la région de Nijni Novgorod a débouté Mr Fomine de sa demande et a confirmé la décision du tribunal de première instance.

Mr Fomine s'est pourvu en cassation.

368. La Cour de cassation a confirmé la décision de la Cour d'appel en indiquant, notamment, que « Conformément à l'alinéa 9.1 du contrat passé avec la clinique, ce dernier est applicable par les parties à compter de la date du paiement de la prestation et jusqu' à l'exécution de leurs obligations par les parties. Le contrat peut néanmoins être résilié à tout moment sous réserve d'informer l'autre partie 10 jours à l'avance. Le 13 mai 2006, les époux Fomine ont signé un document pour un recours à l'insémination artificielle avec l'utilisation du sperme du donneur. Dans ce document, les époux ont également accepté de régler les frais médicaux pour un cycle de règles. Mme Fomina ayant versé la somme de 8 000⁶⁷¹ roubles le 11 juillet 2006, l'insémination a été réalisée le même jour.

La Cour de cassation n'a pas pris en compte les arguments du pourvoi en cassation selon lesquels les premiers juges n'avaient pas apprécié correctement la durée de validité d'engagement des époux, laquelle durée, selon le demandeur et conformément à l'article 191 du Code civil, devait commencer à courir à partir du début du premier cycle menstruel de Mme Fomina après la signature de contrat, c'est-à-dire à partir du 13.05.2006. Le Tribunal de première instance a conclu qu'il ne ressortait pas de la lecture du formulaire de consentement que ce dernier avait une durée de validité limitée. Et que la phrase à laquelle le requérant se référait concernait le délai de paiement et non pas le délai de validité de son accord.

Dans cette affaire, la tentative du plaignant de contester la filiation paternelle établie à son égard a échoué. Pour les juridictions, même si le consentement à l'insémination artificielle avec le sperme du donneur a été signée sous la pression des circonstances et au profit de la femme avec laquelle une séparation de fait a déjà eu lieu, le fait de signer le formulaire de consentement et de ne pas révoquer cette

⁶⁷¹ Ce qui correspond à la somme de 120 euros environ (selon le taux d'échange au mois de février 2020).

autorisation postérieurement devant la clinique est suffisant pour que la filiation paternelle soit établie au profit de l'homme.

La légalité des décisions de justice dans cette affaire est contestée par certains juristes russes pour qui le tribunal a réglé l'affaire de manière trop formelle, en accordant, sans motifs suffisants et pertinents, une importance décisive au consentement du requérant au recours à la procréation médicalement assistée avec donneur. Le tribunal n'a pas pris en compte le fait que le mariage n'a pas été dissous en raison des manœuvres de la femme, qui retardait la procédure par tous les moyens. Les juridictions n'ont pas pris en considération non plus les circonstances particulières - maladie grave de sa belle-mère et son décès - ni la forte pression psychologique que la défenderesse a exercée sur son époux, dont le consentement aurait été vicié.

En reconnaissant le consentement du demandeur, la Cour n'a, selon certains, pas tenu compte des principes fondamentaux du droit civil et du droit de la famille. En particulier, le principe posé par l'alinéa 3 de l'article 1 du Code civil de la Fédération de Russie, selon lequel les parties doivent agir de bonne foi. Mais aussi le paragraphe 3 de l'article 1 du Code de la famille, qui rappelle le principe de volonté gouvernant l'union d'une femme et d'un homme (liberté de contracter le mariage et de le rompre), de l'égalité des droits entre les époux, de la prise de toutes les décisions par consentement mutuel. Il est peu probable que la défenderesse ait été de bonne foi, et que la manière dont elle a choisi de résoudre cette question lourde de conséquences juridiques ait reposé sur un accord mutuel entre les deux époux.

Il est possible de considérer qu'en l'espèce, le consentement à l'insémination artificielle a été donné sous pression. En outre, un autre reproche peut être fait à l'encontre du contrat dont les termes sont flous. Les stipulations contractuelles sont mal formulées quant à la durée de validité du consentement, ce qui rend possible de telles confusions.

Conclusion du Titre II

La généralisation du concubinage à la fin du vingtième siècle aurait pu faire penser qu'il était superflu de marquer socialement le lien charnel entre les parents de l'enfant pour établir la filiation, puisqu'il suffisait de « vouloir » un enfant et de se confirmer à l'exactitude biologique⁶⁷² en cas de conflit⁶⁷³. Une refonte du lien de filiation s'opère, suite au changement des mœurs et des avancées de la médecine. Initialement, la procréation médicalement assistée semblait identique à la filiation charnelle.

Pierre Legendre a élaboré une thèse sur la disparition de la figure du père comme une des conséquences de la Première Guerre mondiale, qui a vu disparaître une génération complète, le mouvement venant se fondre au sein d'un phénomène bien plus profond de modification structurelle de la société occidentale. Les nouveaux modèles de parentalité font prévaloir la volonté sur le tout le reste, et participent malgré tout à asseoir la famille comme groupe social de base. Levi-Strauss le résumait de cette façon : « Ce qui différencie réellement l'homme de l'animal c'est que, dans l'humanité, une famille ne saurait exister sans société, c'est-à-dire sans une pluralité de familles prêtes à reconnaître qu'il existe d'autres liens que ceux de la consanguinité, et que le procès naturel de la filiation ne peut se poursuivre qu'à travers le processus social de l'alliance. » Les avancées de la science médicale ont permis de procéder à une libération du biologique, et les biotechnologies dissocient la procréation de la sexualité, et la procréation de la gestation. Le droit vient alors encadrer ces bouleversements et valider les nouvelles places au sein des familles. Le donneur/la donneuse de matériel génétique, agissant en connaissance de cause, ne saurait se prévaloir d'aucune velléité d'appropriation du rôle parental, et reste au contraire bien un étranger à un projet commun. Il n'existe tout simplement pas dans le nouveau schéma familial en création. La loi assure une protection aux personnes intéressées, et les reconnaît alors dans les statuts de « père », « mère », « co-parent ». Une fois établie, cette filiation ne saurait être contestée par le donneur de sperme ou d'ovules. Elle ne saurait l'être que par l'individu qui a souhaité faire naître un enfant et qui a élaboré ce projet de constitution

672 GOUTTENOIRE A. « La fraude plus forte que l'intérêt supérieur de l'enfant ! » in Lexbase hebdo 2013, n° 542.

673 GRIS C. « Les droits de l'enfant à l'épreuve des droits parentaux ». Thèse sous la direction de GOUTTENOIRE A. 2013. P.181.

d'une famille, et qui a en a donc exprimé la volonté. Les législations des divers États ont une vision très homogène, et discriminent systématiquement le donneur/la donneuse.

PARTIE II. LE NECESSAIRE RENOUVELLEMENT DU CADRE LEGAL EN MATIÈRE DE PROCRÉATION MÉDICALEMENT ASSISTÉE ET DE GESTATION POUR AUTRUI

369. La PMA a bouleversé la notion de filiation. Les règles ordinaires de la filiation créent des difficultés lorsqu'elles sont mises en œuvre dans le cadre d'une AMP ou d'une GPA, car la législation n'est pas assez précise ni assez stricte.

Cependant, le nombre de recours à ces techniques dans les pays comme la Russie et l'Ukraine est en augmentation permanente⁶⁷⁴.

Les conditions d'accès aux techniques de procréation médicalement assistée ne sont que faiblement encadrées en comparaison de ce que l'on peut trouver dans les législations d'Europe de l'Ouest. Les nombreuses lacunes législatives et réglementaires existant dans les Etats étudiés ne sont pas sans conséquences sur l'établissement de la filiation des enfants nés de ces techniques, qui rendent celle-ci précaire. Pour pouvoir garantir à l'enfant une filiation et mieux protéger ses intérêts et ceux de ses parents, des réformes législatives doivent intervenir en ce qui concerne tant l'accès à la procréation médicalement assistée que l'établissement de la filiation (Titre I). Les nombreuses questions juridiques soulevées par la procréation médicalement assistée s'inscrivent fréquemment dans un contexte international⁶⁷⁵. Un

⁶⁷⁴ Depuis 2015, la Russie connaît une augmentation générale du tourisme médical, dû en partie à dévaluation de la monnaie russe survenue à l'hiver 2014. Cela a rendu les recours à la PMA/GPA en Russie plus économiques. Selon l'Association russe pour la reproduction humaine (RAHR) en 2017, le nombre des clients en provenance d'Asie- a plus que doublé en un an, le traitement de la fertilité étant particulièrement populaire parmi les ressortissants chinois. GAIVA Y. Medical tourism to Russia is booming. Russia Beyond, 10 March 2017 in IMTJ ; NIKITINA O., STRELITSKI V. 2018. Leading organizational and economic models for the development of inbound medical tourism in Russia. In Proceedings of the 2nd International Conference on Social, Economic and Academic Leadership (ICSEAL 2018), 157–163. Atlantis Press. <https://doi.org/10.2991/icseal-18.2018.23> ; Russia - medical tourism flows. International Medical Travel Journal, 15 November 2017 <https://www.imtj.com/news/russia-medical-tourism-flows> ; Ukraine - surrogacy on the increase. 20th September 2018. <https://www.imtj.com/news/russia-medical-tourism-flows> ; <https://www.laingbuissonnews.com/imtj/news-imtj/ukraine-surrogacy-on-the-increase/>.

⁶⁷⁵ A comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States. Legal and Parliamentary Affairs. Mai 2013. [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOL-JURI_ET\(2013\)474403_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOL-JURI_ET(2013)474403_EN.pdf)

phénomène de « tourisme procréatif » explique en effet que des individus « en mal d'enfant » recherchent à l'étranger ce qui leur est prohibé ou refusé dans leur propre ordre juridique. Ces situations transfrontalières mobilisent les règles du droit international privé entre les Etats aux fins de réglementer avant tout la gestation pour autrui. Cette coopération nécessitera une restriction de l'accès des étrangers à la gestation pour autrui si la filiation de l'enfant né risque de ne pas être reconnue dans l'Etat de la nationalité des parents d'intention, mais aussi l'élaboration de conventions internationales qui permettront de trouver un juste équilibre entre les intérêts en présence tout en garantissant une filiation à l'enfant (Titre II).

TITRE I. DES REFORMES INDISPENSABLES POUR LIMITER LES RECOURS ABUSIFS A LA PMA ET A LA GPA

Nombre de législations nationales en Europe de l'Est demeurent taisantes sur la plupart des questions clés qui se posent dans le domaine de la procréation médicalement assistée et de l'établissement de la filiation des enfants nés de techniques procréatives (essentiellement par gestation pour autrui). Les quelques règles en la matière ne constituent pas un « encadrement juridique » satisfaisant⁶⁷⁶. Le besoin d'un véritable encadrement apparaît clairement, notamment dans les Etats russe et ukrainien, qui ne disposent pas de textes spécifiques à ces pratiques. Ces nombreuses lacunes rendent l'établissement de la filiation en pratique très précaire et conflictuel. Laisser une liberté absolue aux acteurs de la GPA serait dangereux, et il nous semble important de placer ce dispositif sous le contrôle de l'Etat afin d'éviter les abus⁶⁷⁷. Autoriser donc, tout en régulant pour éviter les abus.

Rapport préliminaire sur les problèmes découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international. Note établie par le Bureau Permanent. March 2012. <https://assets.hcch.net/docs/f5991e3e-0f8b-430c-b030-ca93c8ef1c0a.pdf>

⁶⁷⁶ KHAZOVA O. in TRIMINGS K., BEAUMONT P., *International Surrogacy Arrangements* Oxford and Portland, 2013. p.311.

⁶⁷⁷ La régularisation de la GPA constitue le moyen le plus efficace de garantir l'intérêt de l'enfant qui bénéficierait à l'égard des parents d'intention d'une filiation stable. Dans le monde, il existe trois principaux courants sur la question de la GPA : le prohibitionnisme, le libéralisme et le relationnisme. Pour le premier,

370. Plan. Il apparaît donc urgent d'élaborer un vrai cadre juridique de la procréation médicalement assistée détaillé au niveau national (Chapitre I). Mais aussi de porter une attention particulière au domaine de la gestation pour autrui afin d'éviter ses principaux écueils, notamment la traite humaine, tout en garantissant une filiation à l'enfant né par gestation pour autrui (Chapitre II).

CHAPITRE I. Le célibat des parents d'intention, la procréation post mortem : la fabrique du droit au-delà de la loi

371. Des difficultés législatives. De nouvelles difficultés liées à l'établissement de la filiation d'enfants nés à la suite d'une gestation pour autrui peuvent également survenir lorsque le parent d'intention est célibataire, ou qu'une gestation pour autrui *post mortem* a été mise en place. L'étude de ces règles juridiques illustre de nouveaux obstacles auxquels les parents d'intention doivent faire face lorsqu'ils envisagent de recourir à la gestation pour autrui.

372. L'importance du sexe du parent d'intention célibataire. En ce qui concerne l'établissement de la filiation d'enfants issus d'une gestation pour autrui, les principes applicables aux couples sont-ils transposables aux parents d'intention célibataires ou d'autres règles, spéciales leur sont-elles applicables ? Cette question est d'autant plus importante que ces lacunes législatives pourraient générer de

la GPA constitue une pratique portant atteinte à la dignité humaine : « une nouvelle forme d'esclavage et une réification du corps de la femme ». Dès lors, la seule réponse possible pour ce courant est d'interdire la GPA en toutes circonstances. « Ce courant considère qu'il est impossible pour une femme de consentir à la GPA, cette pratique étant assimilée à la vente et l'achat d'enfants. » De ce point de vue, la France demeure à ce jour un Etat prohibitionniste.

« Le courant libéral part du principe de la libre disposition de soi et la liberté procréative en assimilant la GPA au droit à l'IVG. Il n'est donc pas possible que quelqu'un ou l'Etat intervient pour interdire à une femme d'être gestatrice » Nous retrouvons cette approche en Ukraine, en Russie, au Kazakhstan.

« Le courant régulationniste considère que la liberté des parties, celle de la femme de porter l'enfant et celle des parents d'intention de bénéficier d'une technique procréative, doit être encadrée dans un système de santé publique, seul garant de la justice des prestations. » Prenant comme modèle l'agence française de l'adoption, on pourrait imaginer une agence publique de la GPA ayant comme mission d'informer et d'accompagner les couples et de servir d'intermédiaire entre ceux-ci, les femmes porteuses, les médecins et l'administration. »

BORRILLO D., PERROUD Th. Penser la GPA. L'Harmattan. 2021. P.31-33.

l'insécurité juridique tant pour le parent d'intention que pour l'enfant. Le législateur fait-il une distinction en fonction du sexe du parent d'intention, ou utilise-t-il des termes suffisamment génériques pour que les normes s'appliquent aux deux sexes ? Si un des genres est privilégié, notamment s'il s'agit des femmes, cela ne serait-il pas le reflet d'un jugement de valeur lié à l'éducation des enfants ? Cela soulève également d'autres interrogations, notamment celles en lien avec les avantages de la grossesse. Par exemple, si une femme célibataire a recours à la gestation pour autrui, pourrait-elle bénéficier du congé maternité, même si elle n'a pas mis au monde l'enfant ? En principe, dès lors que cette femme est placée dans la même situation que celle d'un homme célibataire, elle devrait être traitée juridiquement de manière similaire. La jurisprudence retient-elle une telle similarité ou, crée-t-elle une fiction matérielle dans l'objectif de reconnaître à la femme le privilège du congé maternité ?

373. Des principes législatifs lacunaires. Dans le cas où des principes législatifs réussiraient à être identifiés, permettent-ils de répondre à l'ensemble des problématiques soulevées par une gestation pour autrui commanditée par un parent célibataire ? Si ces principes devaient être considérés comme insuffisants, qui pourrait venir combler ces lacunes ? L'on pense naturellement au rôle créateur du juge pour combler les lacunes et les incohérences juridiques. Ces interventions jurisprudentielles garantissent-elles aux parents d'intention une sécurité juridique ?

374. Les difficultés liées à la gestation pour autrui *post mortem*. Les progrès techniques des dernières décennies ont apporté des questions juridiques inédites. Le fait de pouvoir conserver, au-delà du décès d'une personne, ses gamètes dans le but de les utiliser pour procréer *via* une gestation pour autrui, pose des questions de deux ordres. Ces interrogations sont évidemment d'ordre juridique, puisque l'établissement de la filiation d'un enfant conçu après le décès d'un de ses parents risque de ne pas être prévu par la législation ; elles sont également d'ordre éthique, puisque la conservation des gamètes peut aboutir à la procréation, en dehors de toute prise en considération de la volonté de la personne décédée. Ces difficultés peuvent-elles être résolues par l'application des principes généraux, ou appellent-elles à un encadrement législatif en la matière ?

375. Plan. L'établissement de la filiation des enfants issus de la gestation pour autrui rencontre des difficultés spécifiques dans deux types de situations. D'une

part, lorsque la gestation pour autrui a un seul parent commanditaire (Section I) et d'autre part, en cas de procréation *post mortem* (Section II).

SECTION I. Le parent d'intention célibataire : une filiation incertaine

376. Le principe d'accès à la gestation pour autrui en cas de problème de fertilité. La loi russe de 2011 définit les technologies de procréation assistée comme des techniques de traitement de l'infertilité. La maternité de substitution est l'une des technologies de procréation assistée. La Constitution russe de 1993 énonce que « l'État assure le soutien de la famille, de la maternité, de la paternité et de l'enfance »⁶⁷⁸, que « l'homme et la femme jouissent des mêmes droits et libertés et ont les mêmes possibilités de les exercer »⁶⁷⁹, et que « toute personne a droit à la protection de sa santé et aux soins de santé »⁶⁸⁰. De ces déclarations, il découle logiquement deux principes. Premièrement, la maternité de substitution est une technique de traitement de l'infertilité. Ainsi, pour y avoir accès, il faut souffrir d'infertilité et présenter certaines indications médicales. Deuxièmement, toute personne ayant un problème de fertilité a le droit d'y avoir accès.

377. L'absence de condition du couple dans la lettre du texte. La loi ne limite pas l'accès à la gestation pour autrui aux seuls couples. Dès lors, on peut en comprendre que le célibat du parent d'intention ne fait pas obstacle à l'établissement de sa filiation. Mais le législateur n'opère-t-il pas une distinction en fonction du fait que le parent d'intention soit un homme ou une femme ? Si tel est le cas, le sexe du parent d'intention exercera une influence sur l'établissement de la filiation.

378. Plan. Après avoir étudié les règles applicables aux femmes célibataires souhaitant faire reconnaître leur filiation à l'égard d'un enfant né d'une gestation pour autrui (§ I), nous verrons si ces règles sont transposables aux hommes (§ II).

379. Les lacunes du législateur sur le statut du parent d'intention célibataire. La loi fédérale russe du 21 novembre 2011 n° 323-FZ concernant les fondements de la protection de la santé des citoyens russes énonce qu'un homme et une femme, mariés ou non, ont le droit d'accéder aux technologies de procréation assistée. Cette

⁶⁷⁸ Art. 7 de la Constitution russe.

⁶⁷⁹ Art. 29, paragraphe 3 de la Constitution russe.

⁶⁸⁰ Art. 41, paragraphe 1 de la Constitution russe.

possibilité est offerte à la condition qu'ils aient donné leur consentement mutuel et éclairé à une intervention médicale. Bien que cette formulation ne soit pas tout à fait claire, le législateur russe entendait ici ouvrir la possibilité aux couples hétérosexuels non mariés d'accéder à ces techniques de procréation assistée. D'ailleurs, cette loi désigne les « parents d'intention » comme les parties à un contrat de maternité de substitution, sans préciser s'ils sont mariés ou non. Le législateur reste imprécis sur le statut des parents d'intention célibataires, faisant parfois référence à « une femme célibataire pour laquelle ni gestation, ni accouchement ne sont possibles pour des raisons médicales », sans pour autant viser les hommes célibataires.

380. Les divergences doctrinales. Face à cette imprécision, des divergences d'interprétation sont apparues au sein de la doctrine. Selon un premier courant, dès lors que la législation actuelle n'interdit pas explicitement le recours des célibataires, même de sexe masculin, à l'ensemble des techniques de procréation médicalement assistée, ils devraient pouvoir y avoir recours. De plus, ces auteurs considèrent que puisque la loi évoque les femmes célibataires dans la définition de la gestation pour autrui, un principe d'analogie devrait s'appliquer. Celui-ci devrait ainsi permettre aux hommes célibataires l'accès à cette technique. Pour ces auteurs, la jurisprudence postérieure à 2010 constitue une illustration de ce principe d'analogie, en ce qu'elle reconnaît le lien de filiation des parents d'intention célibataires vis-à-vis des enfants⁶⁸¹.

381. Selon un second courant doctrinal, les hommes célibataires ne devraient pas se voir reconnaître l'accès à de telles techniques. D'après les auteurs de ce courant, la législation actuelle ne mentionne que trois catégories de personnes pouvant recourir à cette procréation médicalement assistée ; cette liste est donc limitative et ne peut faire l'objet d'une interprétation extensive. Selon ces auteurs, cela serait confirmé par la formulation dénuée de toute ambiguïté utilisée par le législateur (absence de locutions telles que « et dans d'autres cas », « et autres personnes »), ainsi que par l'absence de références à d'autres actes juridiques.

382. Les difficultés liées à la reconnaissance de la filiation pour les parents d'intention célibataires. En l'absence de règles précises couvrant l'ensemble des

⁶⁸¹ AFANASIEVA I., PARAKONSKAYA K. Les problèmes juridiques de la GPA. Revue *Le droit immobilier et de la famille*. 2012. N5 p.24

situations d'établissement de la filiation, il n'est pas rare que les ZAGS⁶⁸² refusent d'enregistrer un parent d'intention célibataire comme parent de l'enfant. Depuis une vingtaine d'années, les juridictions ont été saisies par des parents célibataires contestant un refus de l'officier d'état civil de les inscrire comme parents dans l'acte de naissance d'un enfant⁶⁸³. Les tribunaux russes ont tendance à accueillir favorablement les demandes des parents célibataires, notamment pour éviter l'absence de filiation.

§ I. La reconnaissance de la filiation pour les femmes célibataires

383. Le terme « femme seule/célibataire ». L'alinéa 9 de l'article 55 de la loi définit la gestation pour autrui comme « la gestation et l'accouchement d'un enfant en vertu du contrat conclu entre la mère porteuse et, soit des « parents d'intention » dont les gamètes ont été utilisés, soit une femme seule/célibataire pour laquelle ni gestation, ni accouchement ne sont possibles pour des raisons médicales ». La clause 3 de l'Arrêté du ministère de la Santé de Russie n° 107n du 30 août 2012 qui prévoit « Sur la procédure d'utilisation des techniques de procréation médicalement assistée, des contre-indications et des restrictions à leur utilisation », vise les mêmes personnes. A titre de rappel, le droit russe ne précise pas ce qu'il faut entendre sous le terme « femme seule/célibataire », donc il s'agit à priori de toute femme, non seulement qui n'est pas unie par un lien du mariage, mais également qui ne vit pas en couple. Comme nous l'avons déjà dit auparavant, les personnes sont soit célibataires, soit mariées pour l'administration russe. Le statut de concubinage et le PACS n'existent pas en Russie. Cependant, lors du recours à la procréation médicalement assistée, un couple hétérosexuel en concubinage a accès à la technique en tant que « couple non marié ». Le fait d'être en couple non marié ne produit aucun effet juridique en soi. Mais l'absence d'un partenaire sexuel est une des raisons ouvrant accès à certaines techniques de la procréation médicalement assistée (notamment à l'insémination artificielle)⁶⁸⁴.

384. Les règles juridiques ouvrant accès à la procréation médicalement assistée aux femmes seules. La législation de certains pays, tels que la Russie ou la

⁶⁸² ZAGS – Le Bureau d'état civil.

⁶⁸³ Le premier arrêt trouvé remonte à 2005.

⁶⁸⁴ Cette question a été développée dans le Titre I Chapitre I.

Biélorussie, prévoient explicitement le droit des femmes, même non unies par les liens matrimoniaux, de participer au programme de maternité de substitution. Mais il faut noter que les articles 51 et 52 du Code de la famille régissent principalement les questions de droit privé de la famille liées à l'enregistrement des nouveau-nés issus de la procréation médicalement assistée, ainsi que la contestation de paternité. En outre, le contenu des normes du droit russe sur la procréation médicalement assistée ne peut être étudié/discuté séparément, sans examen dans son ensemble des dispositions du Code de la famille, des normes juridiques sur la santé, du droit constitutionnel, ainsi que de certaines normes du droit international.

Contrairement au Code de la famille de la Fédération de Russie, l'alinéa 3 de l'article 55 de la loi fédérale n° 323-FZ désigne un éventail beaucoup plus large de personnes autorisées à recourir à la procréation médicalement assistée : un homme et une femme, mariés ou non mariés, ainsi qu'une femme seule/celibataire. Ces personnes ont le droit de recourir à un traitement si elles ont donné leur consentement volontaire et éclairé à une intervention médicale. Cette divergence des textes soulève la question de savoir quel acte législatif, le Code de la famille ou la loi fédérale n° 323-FZ, doit être appliqué en cas de recours à la gestation pour autrui d'une femme seule/celibataire. Il s'agit sans aucun doute de la loi fédérale n° 323-FZ. Le fait est que le Code et la Loi sont tous deux de nature fédérale, et donc, selon la hiérarchie des actes normatifs, sont en principe égaux entre eux. Cependant, la loi fédérale n° 323-FZ est une loi spéciale. Elle est consacrée à la protection de la santé des citoyens et, en outre, a été adoptée bien plus tard que le Conseil des ministres de la Fédération de Russie en 1995, et reflète donc dans une plus large mesure non seulement les progrès médicaux, mais aussi les réalités de la vie. Il est évident pour la doctrine⁶⁸⁵ qu'au moment de l'adoption de la loi, une modification du Code de la famille s'imposait. Mais malheureusement, cela n'a pas été fait. Cependant, les tribunaux statuant sur les refus d'enregistrement des enfants issus de la gestation pour autrui à laquelle une femme célibataire a eu recours interprètent les dispositions du

⁶⁸⁵ BORISOVA T. *La GPA dans la Fédération de Russie : problèmes théoriques et pratiques*. Moscou, Prospekt. 2013 ; DOLGANOVA I., EROFEEVA D., EROFEEVA O., KIPRIEVICH A. et autres. *Les problèmes actuels du droit civil* sous la direction de R.Shagievoy. Justice. 2019.

Code de la famille, en règle générale, dans le système avec les normes de la législation sur la santé⁶⁸⁶.

385. Examinons l'évolution de la jurisprudence en matière d'enregistrement des enfants dans les registres d'état civil, à la demande d'une mère célibataire⁶⁸⁷.

A. L'égalité entre les femmes mariées et non mariées : les incohérences législatives corrigées par la jurisprudence

386. Dans un premier temps, le droit d'établir la filiation d'une mère non unie par les liens du mariage (célibataire, ne vivant pas en concubinage) avec un enfant né de la gestation pour autrui, a été reconnu pour la première fois en 2009⁶⁸⁸. Dans cette affaire, le Tribunal a jugé que, conformément à l'article 35 de la loi fédérale concernant la protection de la santé des citoyens de la Fédération de la Russie de 1993, une femme célibataire a le droit de devenir mère, au même titre qu'une femme mariée.

387. Par une décision du 05 août 2009, la Cour du district Kalininsky de Saint-Petersbourg (affaire de Natalia Gorskaya) s'est prononcée, pour la première fois, sur la légalité du refus de l'officier de l'état civil d'enregistrer un enfant né de la gestation pour autrui comme l'enfant de la femme célibataire, et ce malgré l'accord donné par la mère porteuse en conformité avec les prescriptions de l'article 51 alinéa 4 du Code de la famille. La Cour s'est fondée sur l'article 35 de la loi relative aux

⁶⁸⁶ BONNER A. Les problèmes juridiques de l'insémination artificielle et de la FIV. Monographie. Prospekt. 2020, pp.354 // Боннер А.Т.; под ред. Черных И.И.. Правовые проблемы искусственного оплодотворения. Монография. Проспект 2020. 354 стр.

Comme il a été expliqué dans le Titre I, la loi FZ-323 de 2011 sur la protection de la santé publique a affirmé le droit de recours à la GPA pour les femmes célibataires (aucune mention relative aux hommes célibataires). Avant cette date, cette question n'avait été traitée par aucun texte. Le code de la famille, en précisant les règles d'établissement et de contestation de la filiation des enfants nés de la GPA, ne fait à ce jour aucune référence à une mère d'intention non mariée (seul y est mentionné un couple hétérosexuel). Dès lors, la référence de la possibilité de recours d'une femme célibataire à la GPA figure dans le texte relatif aux aspects médicaux, et non pas dans un code ou une loi relatifs à la filiation ou à la famille.

Comme nous l'avons déjà exposé dans le titre I, au début de l'apparition du marché de la GPA, les cliniques ont souvent refusé de travailler avec des hommes et des femmes célibataires en l'absence de réglementation sur ce point. La situation a changé en 2009, lorsque la mère d'intention célibataire a obtenu, pour la première fois dans la jurisprudence russe, le droit d'établir sa filiation. En 2010, le père célibataire a également réussi à obtenir un acte de naissance avec un tiret dans le champ « mère ».

⁶⁸⁷ Les textes sur l'état civil se positionnent par rapport au statut matrimonial des parents. Donc, il s'agit bien ici du terme « célibataire ».

⁶⁸⁸ L'arrêt N2-4104 du 05 août 2009 rendu par le Tribunal du district Kalininsky de Saint-Petersbourg (affaire de Natalia Gorskaya).

« fondements législatifs concernant la protection de la santé des citoyens » qui précise que chaque femme célibataire a les mêmes droits que les femmes mariées pour se réaliser en tant que mère. La Cour a jugé qu'il n'existe aucune norme interdisant une telle réalisation pour les femmes célibataires.

388. Dans cette affaire, en refusant la transcription, l'officier d'état civil avait fait valoir que l'article 51 alinéa 4 du Code de la famille ne prévoit qu'un cas possible d'enregistrement des parents biologiques qui ont recouru à la procréation médicalement assistée ou à la gestation pour autrui en tant que père et mère de l'enfant. En effet, l'article 51 du Code de la famille ne mentionne que « le couple marié ». Mais la Cour a estimé que cette interprétation restrictive de l'article 51 violait les droits des citoyens reconnus par les articles 38, 45 et 55 de la Constitution de la Fédération de Russie.

389. À cet égard, on peut aussi citer un arrêt de 2011 rendu par le tribunal du district Dorogomilovsky de Moscou⁶⁸⁹.

Une femme russe célibataire a saisi le tribunal à la suite du refus du bureau d'état civil du district Koutouzovsky de Moscou de l'enregistrer en tant que mère dans l'acte de naissance de l'enfant issu d'une gestation pour autrui. En même temps, la requérante a demandé au Tribunal d'ordonner à la clinique de lui délivrer un certificat médical ouvrant droit à un congé postnatal⁶⁹⁰. En effet, la clinique ayant réalisé la FIV de la gestatrice et où l'enfant est né, refusait de délivrer ce certificat à la mère commanditaire (il s'agit du certificat que reçoivent les femmes qui accouchent à la sortie de la clinique pour le présenter à l'employeur et pour pouvoir bénéficier des congés postnataux rémunérés⁶⁹¹).

En espèce, la requérante a été traitée pour infertilité par la clinique Medical Profile, où une FIV a été pratiquée avec la participation de la mère porteuse, Mme Sviridova, avec le sperme d'un donneur anonyme.

⁶⁸⁹ L'affaire jugée par le juge O.T. Ryzhova.N.

⁶⁹⁰ La partie de l'affaire concernant le droit aux congés post-accouchement pour une mère d'intention a été discutée dans la Partie I, au Titre I.

⁶⁹¹ La question d'ouverture des droits (congés postnataux, prime de naissance) pour les femmes et hommes célibataires a été abordée dans le Titre I.

A la suite de cette FIV, une fille est née de la mère porteuse. Cette dernière a donné son consentement écrit pour que la mère d'intention soit enregistrée comme mère par le bureau de l'état civil. Cependant, le bureau de l'état civil du district Koutouzovski de Moscou⁶⁹² a refusé de le faire « en raison de l'absence de motifs légaux prévus par la loi ».

Le ZAGS a motivé son refus par le fait que l'alinéa 4 de l'article 51 du Code de la famille de la Fédération de Russie ne prévoit l'enregistrement en tant que parents d'un enfant né de la gestation pour autrui que pour les personnes qui étaient mariées au moment du transfert d'embryon. Selon les officiers d'état civil, « la loi ne prévoit pas de motifs légaux pour l'inscription d'une femme non mariée en tant que mère de l'enfant (né de la gestation pour autrui) ».

Dénonçant l'illégalité de ce refus de transcription, la mère d'intention a aussi demandé au Tribunal d'ordonner à la clinique de lui délivrer un certificat « d'arrêt maladie » daté du jour de la naissance de l'enfant.

Il faut préciser que, comme dans la majorité des affaires de ce type, le Bureau d'état civil et la clinique ont demandé au Tribunal de statuer en leur absence, en laissant la résolution de l'affaire sur le fond à la discrétion des juges.

Répondant à la demande du requérant, le tribunal s'est référé aux normes de la législation sur la santé et du droit de la famille en vigueur au moment de l'examen de l'affaire, en les interprétant dans le système, en particulier, conformément à l'article 35 « *des Bases de la législation sur la protection de la santé des citoyens* », qui prévoit que toute femme majeure en âge de procréer a droit à l'insémination artificielle et à l'implantation d'embryons.

Sur la base du point 3 de l'article 51 du Code de la famille de la Fédération de Russie, en cas de naissance d'un enfant d'une mère non mariée, en absence d'une déclaration commune des parents ou en absence d'une décision judiciaire sur l'établissement de la paternité, les prénom et nom du père de l'enfant est inscrit dans le livre des actes de naissance sur la base des déclarations de la mère de l'enfant.

Le Tribunal a déclaré que, conformément à l'article 51, paragraphe 4, du Code de la famille, les personnes mariées qui ont donné leur consentement écrit à

⁶⁹² ZAGS

l'utilisation de la technique d'insémination artificielle ou à l'implantation d'un embryon, doivent être inscrites en tant que parents dans le registre des naissances si cet enfant est conçu.

Les personnes mariées qui ont donné leur consentement écrit à l'implantation d'un embryon chez une autre femme dans le but de le porter peuvent être enregistrées en tant que parents de l'enfant avec le consentement de la femme qui a donné naissance à l'enfant (la mère porteuse).

En vertu de l'article 16, paragraphe 5, de la loi sur l'état civil, la naissance d'un enfant né par la technique d'implantation de l'embryon chez une autre femme en vue de la gestation est enregistrée auprès de l'État sur la base d'une demande des époux qui ont donné leur consentement à la procédure.

Conformément à l'article 5 du Code de la famille de la Fédération de Russie, en cas d'absence de règles précises du droit de la famille et/ou du droit civil sur une situation donnée, la règle d'analogie s'applique. En d'autres termes, il faut appliquer à cette situation les règles de droit de la famille et/ou de droit civil régissant des relations similaires (analogie de la loi). En absence de telles normes, les droits et obligations des membres de la famille sont déterminés sur la base des principes généraux du droit de la famille et/ou du droit civil (analogie du droit), ainsi que des principes d'humanité, de raison et d'équité⁶⁹³. Le tribunal a également fait référence à la partie 1 de l'article 6 du Code civil et à la partie 3 de l'article 11 du Code de procédure civile de la Fédération de Russie, qui prévoit la possibilité d'appliquer l'analogie de droit ou l'analogie de loi⁶⁹⁴ dans la résolution des affaires civiles par les tribunaux.

Le traitement par FIV de la requérante dans le cadre du programme de « maternité de substitution » avec utilisation de sperme d'un donneur anonyme, et d'un transfert d'embryons dans l'utérus de Mme Sviridova, a été effectué sur la base du consentement volontaire de la requérante et de la mère porteuse.

⁶⁹³ Гуманности, разумности, справедливости.

⁶⁹⁴ Аналогия закона или аналогия права.

La grossesse de la mère porteuse a été menée par la clinique citée ci-dessus, en vertu du contrat de suivi médical durant la grossesse, ce qui est confirmé par le contrat.

Alors qu'elle se trouvait dans le service de maternité, la mère porteuse a donné son consentement écrit pour que la mère d'intention soit enregistrée en tant que mère dans les registres d'état civil et dans l'acte de naissance. Les conséquences juridiques de ce consentement lui ont été expliquées en présence du chef de l'établissement médical, du chef de service et du juriste de la clinique.

Le Tribunal a estimé que le refus du bureau de l'état civil d'enregistrer cette naissance était illégal. Le Tribunal a considéré que les normes du droit de la famille ne contiennent pas d'interdiction du traitement de l'infertilité par la méthode de FIV dans le cadre du programme de « maternité de substitution » pour une femme non mariée, car les normes du Code de la famille n'encadrent pas la prestation de services médicaux.

L'alinéa 4 de l'article 51 du Code de la famille de la Fédération de Russie n'exclut pas le droit des personnes mariées à être enregistrées en tant que parents d'un enfant né par la méthode de FIV, y compris lors d'une maternité de substitution, et ne contient pas d'interdiction de l'exercice de droits similaires par des personnes non mariées.

L'article 35 de la législation de base sur la protection de la santé dit que toute femme majeure en âge de procréer a droit à l'insémination artificielle et à l'implantation d'embryons. Le tribunal a noté que la loi n'interdit pas aux femmes majeures en âge de procréer qui ne sont pas mariées, d'exercer leur droit au traitement par la FIV dans le cadre du programme de « maternité de substitution », et ne contient aucune exigence obligeant un établissement médical à vérifier de quelque manière que ce soit le statut matrimonial des patients. De ce fait, comme les règles juridiques relatives à l'enregistrement de l'enfant né d'un traitement d'infertilité par la FIV dans le cadre du programme de « maternité de substitution » d'une femme majeure non mariée ne sont pas définies par la loi, il est nécessaire d'appliquer l'analogie du droit ; en cas de naissance d'un enfant issu d'une femme célibataire, en l'absence d'une déclaration commune des parents ou en l'absence d'une décision judiciaire relative à la paternité, le nom de la mère est également inscrit dans les registres

d'enregistrement des naissances dans la case « nom de famille du père » (en plus de la case « nom de la mère ») et les prénom et patronyme du père de l'enfant est inscrit sur la base des déclaration de la mère. La loi ne dit pas que l'état matrimonial d'une femme peut être un motif de refus de l'enregistrement de la naissance d'un enfant né d'une mère porteuse à la suite de l'implantation d'embryons appartenant à une femme non mariée.

Le Tribunal a également estimé qu'il était nécessaire d'accueillir la demande de la requérante et a ordonné une exécution immédiate de la décision - car tant que la décision n'est pas devenue définitive, les bureaux d'état civil n'auraient aucune raison légale de délivrer un certificat de naissance à la requérante (ce qui excluerait automatiquement l'accès de la requérante à l'enfant né à la maternité), et « l'enfant serait privé des soins et du soutien nécessaires, ce qui constitue une violation des intérêts de l'enfant et compromet son développement. »

Le Tribunal a annulé la décision du Bureau d'état civil refusant l'enregistrement de la naissance. Sur la base du consentement de la mère porteuse et du certificat médical de la naissance de l'enfant, le Tribunal a ordonné au Bureau de l'état civil, conformément à la partie 4 de l'article 51 du Code de la famille de la Fédération de Russie, de procéder à l'enregistrement de la naissance de l'enfant né de la mère porteuse Mme Sviridova, en indiquant la requérante en tant que mère de l'enfant et les informations sur le père selon les instructions de la mère, conformément à la partie 3 de l'article 51 du Code de la famille de la Fédération de Russie.

Une confirmation du droit des femmes célibataires à la gestation pour autrui par la Cour Suprême russe

390. La Cour Suprême, dans son Ordonnance du Plenum du 16 mai 2017 sur l'application par les tribunaux de la législation lors de l'examen d'affaires relatives à l'établissement du lien de filiation, s'est également prononcée sur certains cas d'établissement des filiations des enfants nés par recours à la procréation médicalement assistée, notamment, en précisant que l'établissement de la filiation des enfants nés de la gestation pour autrui demeure subordonné à l'accord postnatal de la gestatrice, y compris pour les gestations pour autrui au profit d'une mère d'intention célibataire. On peut donc en déduire que cette position porte la confirmation par la

Cour Suprême de l'ouverture de l'accès à la gestation pour autrui des femmes célibataires souffrant d'infertilité⁶⁹⁵.

391. Comme on peut l'observer, à ce jour, le droit russe reste porteur de certains inconvénients sur la question d'établissement de la filiation des enfants nés de la gestation pour autrui au profit d'une mère commanditaire non mariée. La seule solution consiste à revoir deux textes fédéraux et les mettre en cohérence. A savoir prévoir dans le Code de la famille les règles juridiques d'établissement de la filiation correspondant à toutes les situations prévues par la loi fédérale N323. Dès lors que l'on considère qu'il est possible pour une femme célibataire d'avoir un enfant grâce à la gestation pour autrui, il faut lui permettre d'établir facilement sa filiation vis-à-vis du nouveau-né.

§ II. La reconnaissance de la filiation pour les hommes célibataires : une inégalité des sexes au niveau réglementaire corrigée par la jurisprudence

392. La législation de certains pays tels que la Biélorussie ou la Russie, prévoient explicitement ou indirectement le droit des femmes, même non unies par les liens matrimoniaux, de participer au programme de maternité de substitution, mais aucun droit similaire n'est prévu pour les hommes célibataires dans les pays de l'ex-URSS⁶⁹⁶.

393. A titre d'exemple, selon les statistiques officielles⁶⁹⁷, parmi les 67 137 enfants nés à Saint-Pétersbourg en 2017, 167 sont nés de mères porteuses. En outre, 9 enfants sur 167 sont nés grâce à un programme de maternité de substitution dans lequel le patient est un homme célibataire. Ce pourcentage est faible, néanmoins il met en évidence le recours à la gestation pour autrui par des hommes célibataires⁶⁹⁸. Pourtant, la législation en vigueur ne comporte aucune disposition ouvrant l'accès à la gestation pour autrui aux hommes seuls/célibataires.

⁶⁹⁵ Du point de vue juridique, le recours à la GPA en Russie reste subordonné aux exigences médicales (infertilité ou risque de transmission de maladies graves).

⁶⁹⁶ L'accès des hommes est ouvert expressément notamment aux États-Unis.

⁶⁹⁷ Comme nous l'avons mentionné auparavant, il n'y a pas de statistiques officielles en Russie. Seulement les données fournies à la RAHR d'une manière volontaire sont prises en compte.

⁶⁹⁸ Comme nous l'avons déjà expliqué auparavant, le terme « célibataire » recouvre les personnes non unies par un lien de mariage.

A. *L'évolution de la législation concernant l'accès à la gestation pour autrui des hommes célibataires*⁶⁹⁹

394. L'homme seul n'est mentionné ni dans la loi de 2011 qui évoque le droit d'un homme et d'une femme (c'est-à-dire un couple) et le droit d'une femme seule à avoir accès à la procréation médicalement assistée, ni en tant que partie à un contrat de maternité de substitution dans la définition de la maternité de substitution dans un autre alinéa de la même loi (développé dans la partie précédente sur les femmes célibataires). La question de savoir si cela signifie qu'un homme célibataire est privé du droit d'avoir accès à des contrats de maternité de substitution reste, à ce jour, sans réponse claire.

Pour les juristes russes, il est aisé de comprendre pourquoi le législateur de 1993 n'a pas mentionné un homme célibataire. L'on peut difficilement supposer que les rédacteurs de la loi de 1993 aient poursuivi l'objectif de restreindre l'accès des hommes à la procréation assistée. De plus, la procréation médicalement assistée pour soigner l'infertilité masculine était déjà largement utilisée dans la pratique médicale au moment où la loi de 1993 a été élaborée. Mais si l'on tient compte de l'époque, le début des années 1990, la cohabitation extraconjugale en Russie n'y était pas aussi répandue qu'aujourd'hui, et la cohabitation « à la vue de tous » entre personnes du même sexe était rare. Le traitement de la fertilité était traditionnellement associé au traitement médical des femmes, même si l'infertilité masculine posait un problème. En pratique, il s'agissait généralement de couples mariés qui se rendaient dans des cliniques médicales, et ce quel que soit le sexe du conjoint qui avait des problèmes.

Le silence de la législation russe actuelle (la loi de 2011) qui ne mentionne pas les hommes célibataires est plus discutable, que ce soit pour leur ouvrir l'accès à la gestation pour autrui, ou, au contraire, pour l'interdire. Bien que l'on puisse difficilement supposer que la loi de 2011 visait à fermer l'accès au recours à la procréation médicalement assistée aux hommes célibataires ayant des problèmes de fertilité - ce qui signifierait sa contradiction avec plusieurs principes de la Constitution russe mentionnés précédemment -, il est tentant d'affirmer que cette loi a

⁶⁹⁹ Au niveau mondial, ce sont souvent les couples hétérosexuels et ceux composés de deux hommes qui ont recours à la GPA. A ce jour, aucune affaire mettant en cause un couple de femmes n'a été recensée. Celles-ci ont plutôt recours aux autres techniques de la PMA. Voir à ce titre le rapport final « Le droit à l'enfant et la filiation en France et dans le monde » sous la dir. De C.BRUNETTI-PONS. LexisNexis. 2017.

maintenant acquis une connotation complètement différente, en particulier à la lumière de la définition restrictive du contrat de maternité de substitution.

395. Etude russe sur l'égalité homme-femme. En 2001 un groupe de juristes russes a étudié la question d'égalité entre les sexes⁷⁰⁰. Diverses branches de la législation russe ont été examinées dans un seul but : donner une image objective de la mise en œuvre du principe constitutionnel de l'égalité des sexes - « L'homme et la femme ont des droits et des libertés égaux et des chances égales de les réaliser ». (partie 3 de l'article 19 de la Constitution de la Fédération de Russie).

D'après les auteurs, d'un point de vue formel, la législation actuelle en droit de la famille est basée sur le strict respect du principe d'égalité entre les conjoints, ce qui est le prolongement du principe constitutionnel d'égalité entre les hommes et les femmes (article 19 de la Constitution de la Fédération de Russie). Les normes du Code de la famille sont essentiellement neutres et reposent sur le principe de l'égalité des conjoints (et non pas directement d'égalité entre un homme et une femme). « Il y a peu de cas où la symétrie des sexes est rompue. En règle générale, cela se fait de manière consciente et cette asymétrie est due à des différences physiologiques entre les sexes et aux conséquences sociales qui y sont associées. Un domaine particulièrement sensible à la dimension de genre est celui des droits reproductifs : jusqu'à récemment, ils étaient presque tous laissés hors champ d'intérêt des juristes »⁷⁰¹. Pourtant, il s'agit d'un domaine nécessitant une attention particulière. D'une part, du fait de l'importance accordée par l'Etat russe à la natalité ; d'autre part, compte tenu des défis éthiques et juridiques que les progrès médicaux dans le domaine de la procréation assistée soulèvent.

La Chapitre 4 de cette étude qui a été consacré aux problèmes d'égalité des sexes en droit de la famille, inclut la procréation médicalement assistée et la maternité de substitution. Comme nous l'avons précisé auparavant, l'égalité des droits entre hommes et femmes dans les relations familiales est l'un des principes de base du droit russe de la famille. Il s'agit d'une manifestation du principe général de l'égalité

⁷⁰⁰ *Expertise de la législation russe en matière de genre* sous la direction de L.ZAVADSKAYA, édit. BEK, 2001, pp 272. //Гендерная экспертиза российского законодательства / Отв. ред. Л.Н. Завадская. - М.: Издательство БЕК, 2001. - 272 с

⁷⁰¹ Idem. ZAVADSKAYA L. Chapitre 4 « L'égalité des sexes en droit de la famille » // Завадская Л.Н Глава 4. Семейное законодательство: проблемы гендерного равенства.

des sexes proclamé à l'article 19 de la Constitution russe. L'idée de l'égalité entre les hommes et les femmes au sein de la famille, consacrée pour la première fois en 1918, était présente dans tous les actes législatifs ultérieurs dans le domaine de la famille. L'égalité entre les époux est une idée transversale de la législation russe dans le domaine de la famille depuis plus de huit décennies.

396. Toutefois, selon les auteurs, il existe un certain décalage entre le principe législatif de l'égalité entre les femmes et les hommes, et sa mise en œuvre effective.

Égalité des sexes dans le domaine de la gestation pour autrui. Le recours à la procréation assistée bouleverse les règles classiques de la paternité et de la maternité. En ce qui concerne la maternité de substitution, l'inégalité des sexes existe au stade d'accès à la procréation médicalement assistée. D'après les auteurs, l'article 35 des Bases sur la protection de la santé, qui prévoit le droit de toute femme majeure en âge de procréer à avoir recours à l'insémination artificielle et à l'implantation d'embryons, peut également être reconnu comme discriminatoire à l'égard des hommes. Toutefois, cela ne signifie pas qu'un homme en situation d'infertilité est privé de la possibilité de s'adresser à un établissement médical pour le traitement de son infertilité. Les législateurs ont eu l'objectif, non pas de limiter les droits des hommes à cet égard (les méthodes de traitement de l'infertilité masculine étaient déjà largement utilisées dans la pratique à l'époque) ; il est plus probable qu'ils aient procédé par automatisme (en cas d'infertilité masculine, ce n'est pas un homme mais un couple qui s'adresse à un établissement médical), et donc, en supposant la présence obligatoire d'une épouse ou concubine qui participera au traitement de l'infertilité via une insémination artificielle ou autre technique. Ceci trouve sa confirmation dans le fait que l'Instruction sur la technique de fécondation in vitro et de transfert d'embryon dans l'utérus lors du traitement de « *l'infertilité féminine* »⁷⁰², cite parmi les indications pour le recours à la procréation médicalement assistée, entre autres, « *l'infertilité masculine* ».

Il paraît donc évident qu'au début des années 1990, lors de la rédaction des Bases sur la protection de la santé publique, la question du droit d'un homme à l'insémination artificielle et à l'implantation d'un embryon, et la nécessité de protéger ses intérêts dans ce domaine sur un pied d'égalité avec les femmes, n'étaient pas

⁷⁰² Instruction approuvée par l'Arrêté du ministère de la Santé № 301 du 28.12.1993.

débattus, et aucune considération d'égalité des sexes n'était prise en compte. Le développement rapide de la médecine a largement dépassé notre compréhension des conséquences sociales possibles de certaines techniques. Et bien que, du point de vue de l'égalité des genres, la vision russe « classique » du problème de l'infertilité « au travers de la femme » ait été erronée dès le début, elle commence seulement maintenant à prendre une dimension pratique. Avec l'apparition de la maternité de substitution, la question de l'accès des hommes aux méthodes de reproduction assistée sur un pied d'égalité avec les femmes prend une forme réelle.

Cette inégalité de traitement de la personne selon son genre est débattue par certains juristes. Nous pouvons citer à ce titre un juriste renommé dans le domaine de la procréation⁷⁰³ : « S'il est possible d'avoir des enfants pour les femmes célibataires, comme l'établit directement la nouvelle loi, cela est également possible pour les hommes célibataires ».

Le refus opposé aux hommes de réaliser leur droit à la paternité serait une discrimination évidente fondée sur le genre, une violation de plusieurs articles de la Constitution de la Fédération de Russie. En particulier de l'article 7 (« L'État soutient à la fois la maternité et la paternité ») ; de l'alinéa 2 de l'article 19 relatif à l'égalité des droits et libertés indépendamment des propriétés naturelles - sexe, race, nationalité ; de l'alinéa 3 de l'article 19 sur l'égalité des droits des hommes et des femmes ; et de l'article 55 sur l'inadmissibilité des lois dénigrant les droits de l'homme, et le droit naturel à la continuité de la famille ⁷⁰⁴.

Une interdiction du recours à la gestation pour autrui aux hommes célibataires depuis la loi fédérale de 2011

397. À partir de 2011, avec l'entrée en vigueur de la loi fédérale N323 sur les Bases de santé, la position des juristes russes est plus tôt unanime : il ressort de la combinaison de cette loi avec l'article 51 du Code de la famille qu'un homme seul n'a pas droit au recours à la gestation pour autrui.

398. La réponse des tribunaux en l'absence d'une législation claire. Comme nous l'avons vu ci-dessus, la loi russe actuelle ne comporte pas de règle directe régissant le recours à la gestation pour autrui au profit d'un homme célibataire

⁷⁰³ SVITNEV K. juriste, propriétaire d'une clinique spécialisée en PMA.

⁷⁰⁴ <https://svitnev.livejournal.com/>

(n'étant pas en couple avec une femme). Traditionnellement, les hommes ne sont pas considérés comme des patients des cliniques spécialisées dans le domaine de la procréation. Par ailleurs, quand la loi reste silencieuse sur telle ou telle question, les tribunaux ont recours au principe d'analogie : les normes régissant des relations similaires (analogie de la loi) sont appliquées. C'est ce qu'énonce expressément l'article 5 du Code de la famille de la Fédération de Russie.

399. Avant la promulgation de la loi fédérale N323 du 21 novembre 2011 qui excluait les hommes célibataires des programmes de maternité de substitution, ils se trouvaient généralement dans la même situation que les femmes célibataires. Cela signifie qu'officiellement, un homme célibataire pouvait participer à une maternité de substitution en tant que parent commanditaire mais pouvait avoir (et avait souvent) des problèmes lorsqu'il essayait d'enregistrer la naissance de l'enfant né. Néanmoins, ces problèmes semblent avoir été résolus, du moins lorsque les hommes célibataires sont les pères biologiques des enfants (avec l'utilisation d'ovocytes de donneurs). La promulgation de la loi fédérale N323 de 2011 a compliqué l'accès d'un homme célibataire aux services d'une mère porteuse, car elle ne désigne pas un homme célibataire en qualité de partie à un contrat de maternité de substitution. Depuis, les cliniques pratiquant la procréation médicalement assistée préfèrent éviter de conclure des contrats avec des hommes célibataires, en raison de la règle restrictive de la loi de 2011, bien qu'il ne soit pas encore clair si cela signifie l'interdiction totale de la participation d'hommes célibataires aux arrangements de maternité de substitution. Néanmoins, de tels cas se produisent encore dans la pratique. Les tribunaux n'ont pas d'autre choix que d'ordonner à un bureau d'état civil d'enregistrer la naissance d'un enfant et son père biologique en tant que seul parent légal de l'enfant.

400. **Lacunes textuelles.** Malgré la prohibition découlant de la lecture de la loi fédérale N323 et du Code de la famille, pour reconnaître l'établissement du lien de filiation entre l'enfant qui vient de naître de la gestation pour autrui et un homme célibataire (parent commanditaire), la jurisprudence se base sur l'égalité des sexes déduite du principe d'égalité entre la femme et l'homme posé par l'article 19 de la Constitution de la Fédération de Russie⁷⁰⁵.

⁷⁰⁵ Le projet de loi N1177252-6 déposé à la DUMA le 19 juin 2016 sur les modifications du Code Civil et de l'article 16 de la loi fédérale sur les actes d'état civil n'envisage pas de modifier les textes sur la question de

401. En acceptant l'établissement du lien de filiation paternelle, la jurisprudence ne confirme pas l'ouverture d'accès à la gestation pour autrui aux hommes célibataires, mais a pour unique objectif de faire prévaloir l'intérêt de l'enfant.

402. Il est important de rappeler que la gestation pour autrui est considérée en Russie comme l'une des techniques de procréation médicalement assistée. Il est surprenant qu'on ne retrouve aucune discussion dans les décisions étudiées sur la légalité d'accès des hommes à la gestation pour autrui (débat sur la question d'infertilité masculine). Les références à la pratique judiciaire, en particulier aux décisions du Tribunal de district de Babushkinsky de Moscou du 04 août 2010, du Tribunal de district de Smolninsky de Saint-Petersbourg du 04 mars 2011⁷⁰⁶, et à de nombreuses autres jurisprudences, selon lesquelles des hommes célibataires devenus pères avec l'aide d'une mère porteuse, ont été reconnus comme les seuls parents de l'enfant, ne permettent pas de confirmer le fait que le droit russe ouvre la procréation médicalement assistée aux hommes célibataires. Ces décisions ne témoignent aucunement de la légalité des services médicaux fournis, puisque l'adoption d'une telle décision est faite par le Tribunal après la naissance de l'enfant, et vise en fait seulement à sauvegarder les intérêts de ce dernier, et non à valider l'ouverture de la procréation médicalement assistée pour tous.

Des jurisprudences discordantes rendant l'établissement de la filiation paternelle automatique aléatoire

1. La jurisprudence défavorable à l'enregistrement du père

403. Dans le sens du refus judiciaire d'enregistrer le lien de filiation paternelle, on peut citer la décision du Tribunal du district Touthinski de Moscou N° 2-1472/2014 du 19 mars 2014. Dans cette affaire, Mr Tinkov (le père commanditaire célibataire) s'est vu refuser par le ZAGS de district Touthinski de Moscou d'être enregistré comme père de deux enfants nés de la gestation pour autrui avec recours aux ovocytes d'une donneuse. Le ZAGS a basé son refus sur l'article 11,

l'accès d'un homme célibataire à la PMA. Le projet ne concerne qu'un couple hétérosexuel, marié ou non, et une femme célibataire.

⁷⁰⁶ Voir notamment les arrêts du 04 août 2010 N2-2745/10 du Tribunal de district Baboushkinsky de Moscou et du 04 mars 2011 N2-1601/11 du district Smolninsky de Saint-Petersbourg.

paragraphe 1, de la loi fédérale sur les actes d'état civil. Il ressortait du refus que l'enregistrement aurait été contraire à l'alinéa 5 de l'article 16 de la loi fédérale du 15 novembre 1997 N° 143-FZ « Sur les actes de l'état civil », et à l'alinéa 4 de l'article 51 du Code de la famille de la Fédération de Russie.

404. Le père biologique des enfants a dû saisir le Tribunal dans le but d'établir sa filiation vis-à-vis des enfants nés le 1er août 2013 à la suite d'une gestation pour autrui, et pour se voir délivrer par le ZAGS un acte de naissance pour les enfants avec la case « mère » vide (ou avec la mention « inconnue »). Le tribunal a confirmé ce refus, au motif que la loi russe ne prévoit pas de règles d'enregistrement des enfants nés d'une mère inconnue, ici avec le recours à une gestatrice suite à l'implantation des ovocytes d'une donneuse anonyme. Dans sa décision, le tribunal a ordonné au ZAGS de délivrer les actes de naissance avec des tirets dans les cases « mère » et « père » (cases non servies), et a transféré le droit de décider du nom et des prénoms des enfants aux services sociaux du district Tushinski.

405. Cette décision a été confirmée en appel. Nous ne pouvons que supposer que le père biologique a pu établir sa filiation en recourant à la procédure de l'adoption. La jurisprudence russe n'est pas uniforme, les motivations des juges sont parfois incohérentes, et les contradictions du Code de la famille et de la loi fédérale avec la loi sur la protection de la santé N323 continuent d'engendrer de nombreux refus des ZAGS d'enregistrer les parents d'intention.

2. Jurisprudences favorables à l'enregistrement d'un père commanditaire célibataire

406. Dans ce sens nous pouvons citer une décision rendue par le Tribunal de Saint-Petersbourg dans un litige similaire à l'affaire de Mr Tinkov.

407. Ainsi, le Tribunal du district Smolninsky de Saint-Petersbourg, par sa décision du 04 mars 2011⁷⁰⁷, a donné une suite favorable à la demande d'un père commanditaire célibataire qui s'était heurté au refus du ZAGS de l'enregistrer en tant que père de deux enfants nés d'une gestation pour autrui. Dans cette affaire, le juge a fondé sa décision sur l'alinéa 3 de l'article 19 de la Constitution : « La législation

⁷⁰⁷ Affaire N2-1601/2011 du Tribunal du district Smolninsky de Saint Pétersbourg.

actuelle est basée⁷⁰⁸ sur l'égalité des droits entre les femmes et les hommes. Ne fait pas exception le droit d'un homme solitaire à « donner naissance à un enfant », de fonder une famille composée des enfants et de leur père ». Selon le tribunal, la législation actuelle ne contient pas d'interdiction à une femme ou un homme solitaire d'enregistrer dans les registres d'état civil des enfants nés suite à une implantation d'embryons à une autre femme aux fins de la gestation. Le refus des ZAGS d'enregistrer une telle naissance n'étant pas fondé sur la loi, il viole les droits et les intérêts légitimes, non seulement du requérant, mais aussi ceux de ses enfants nouveaux-nés.

3. *La précarité de la décision favorable*

408. En pratique, rien ne garantit aux requérants une issue favorable, même si les juges de la première instance l'étaient. Ainsi, le 25 mars 2011, une décision favorable à l'enregistrement d'un homme solitaire en tant que père d'un enfant né d'une gestation pour autrui a été rendue par le TGI de district Tverskoy de Moscou⁷⁰⁹. Le Tribunal a considéré le refus du ZAGS illégal. Le Tribunal a souligné que l'absence de normes juridiques régissant la question de l'enregistrement de la naissance d'un enfant n'ayant pas une mère mais seulement un père (dans le cas d'une FIV avec un don d'ovocytes anonyme et le recours à une gestatrice) ne peut constituer un motif pour violer les droits et les intérêts légitimes d'un enfant et de son père.

409. Cette décision a été annulée en appel et l'affaire a été renvoyée devant le tribunal de première instance pour réexamen. Certains points du raisonnement des magistrats sont intéressants à évoquer.

410. Avant tout, la Cour d'appel a approuvé l'argument du Tribunal qu'un enfant a le droit d'être enregistré à sa naissance et d'avoir un nom, conformément à l'article 7 de la Convention des droits de l'enfant de 1989. Cependant, selon la Cour, les articles 16 de la loi fédérale sur les actes d'état civil et l'article 51 du Code de la famille ne prévoient pas de possibilité, à la demande d'un homme non marié, d'enregistrer les parents d'un enfant né d'une mère inconnue (« la gestation et accouchement par une gestatrice à la suite d'une FIV avec l'utilisation du matériel

⁷⁰⁸ « ... действующее законодательство исходит из равенства прав женщин и мужчин. Не является исключением и право одиноких мужчин на рождение детей, создание семьи, в которую будут входить только дети и их отец ».

⁷⁰⁹ Affaire N 2-1894/2011.

biologique d'une donneuse d'ovocyte »). En conséquence, la Cour a estimé que le refus du ZAGS était légitime, car la demande auprès du service d'état civil concernait l'enregistrement du requérant en tant que père.

411. Concernant l'égalité des hommes et des femmes, le lien juridique entre l'enfant et une femme ayant recours à la procréation médicalement assistée ne provoque pas des doutes. De ce fait, le législateur a prévu les règles d'établissement de sa filiation. L'absence de normes analogiques permettant à un homme marié d'enregistrer par voie non judiciaire un enfant né grâce au recours à la procréation médicalement assistée est axée sur la protection des droits et les intérêts légitimes d'un enfant d'être élevé par les parents.

412. Absence d'interprétations de la part de la Cour Suprême. Ces divergences de jurisprudences ont été aggravées par l'Ordonnance du Plenum de la Cour Suprême N 16 du 16 mai 2017 sur l'interprétation par les tribunaux des règles juridiques relatives à l'établissement de la filiation.⁷¹⁰ Il ressort implicitement de l'Ordonnance que les femmes célibataires ont le droit de recourir à la gestation pour autrui et à la procréation médicalement assistée, y compris avec des dons de gamètes. Cependant, rien n'était dit au sujet de la prohibition de l'accès des hommes célibataires à la gestation pour autrui. Sans prendre parti pour ou contre⁷¹¹ cet accès, l'on ne peut que déplorer cette lacune, en ce qu'elle est source d'incertitude lors de l'établissement de la filiation des enfants nés.

413. A l'heure actuelle, la Cour Suprême n'a pas eu à se prononcer sur la question de savoir si une telle discrimination fondée sur le sexe constitue une violation des normes du droit russe et du droit international. Selon les dispositions de l'art. 37, par. 2 de la partie 1 de l'art. 79 de la loi fédérale N° 323-FZ du 21.11.11 relative à la protection de la santé des citoyens dans la Fédération de Russie, un établissement médical est tenu d'organiser et de mener à bien des activités médicales conformément aux lois et règlements de la Fédération de Russie. Ainsi, si un établissement médical décide de fournir des services médicaux de procréation

⁷¹⁰

http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_216881/8fddc2f4c6236dbd64e4c5903fdeb0c7600e885/

⁷¹¹ Comme l'a affirmé Caroline Mécarry au sujet de l'ouverture de la PMA en France aux couples de femmes, cette question demeure un choix politique.

médicalement assistée à un homme célibataire, tirant parti des avantages économiques d'une telle décision, il doit assumer les risques juridiques qui en découlent, notamment les coûts potentiels de l'assistance judiciaire et des amendes pour non-respect des obligations prévues par la loi. Tant que la législation actuelle, qui détermine et limite sans ambiguïté le cercle des personnes autorisées à utiliser des services de procréation médicalement assistée, n'est pas contestée ni reconnue inconstitutionnelle et discriminatoire, le risque de refus d'enregistrement d'un enfant demeure élevé.

414. La jurisprudence russe n'est pas uniforme et les contradictions du Code de la famille, de la loi fédérale avec la loi sur la protection de la santé N 323 ont eu comme conséquence de nombreux refus des ZAGS d'enregistrer les parents d'intention lorsque la gestation pour autrui a été effectuée avec un don de gamètes.

Le recours des hommes à la gestation pour autrui a été critiqué par le Président de la section des affaires familiales et juvéniles de la Cour Suprême A.Klikoushin lors des auditions à la Douma le 17 mars 2016⁷¹². Pour ce magistrat, la procréation médicalement assistée est devenue non pas une réponse médicale à l'infertilité, mais un service. « Cela se comprend qu'une femme ait recours à la gestation pour autrui parce qu'elle ne peut pas porter un enfant, mais il y a des hommes qui le font. Il signe un contrat, se rend dans un établissement médical acheter un ovocyte et devient père. Et il n'y a rien que vous puissiez faire à ce sujet. Dans l'acte de naissance, seulement un père : la case "mère" est vide ».

La situation en Ukraine : changement de situation vis-à-vis des parents célibataire et des couples de même sexe

415. Comme nous l'avons abordé dans le chapitre précédent, bien que l'annexe 2 de l'Arrêté du ministère sur les soins médicaux du 09.09.2013 N° 787 contienne le formulaire de consentement de recours à la procréation médicalement assistée pour un patient célibataire (non uni par le lien du mariage), en matière de maternité de substitution, la situation est différente. La législation actuelle ne prévoit

⁷¹² Compte rendu des auditions de la Douma sur le « Perfectionnement de la législation en matière familiale ; opportunités et perspectives de sauvegarde des traditions familiales de la Russie » du 17 mars 2016.// Стенограмма парламентских слушаний на тему « Совершенствование семейного законодательства: возможности и перспективы сохранения традиций российской семейной культуры » 17 марта 2016 года.

de possibilité de recours à la gestation pour autrui que pour les conjoints⁷¹³ (homme et femme) et ne définit pas de procédure d'enregistrement dans les registres d'état civil des naissances des enfants nés de la gestation pour autrui à la demande d'une femme non mariée⁷¹⁴. De ce fait, il n'est pas rare que les cliniques de médecine reproductive refusent d'accompagner les célibataires, en proposant aux femmes de se marier avant d'avoir recours à la gestation pour autrui.

416. Enregistrement des enfants nés de la gestation pour autrui à l'étranger. Toutefois, les tribunaux ukrainiens se voient confrontés à des situations où un enfant est né à l'étranger au profit d'un parent commanditaire célibataire qui demande l'établissement de sa filiation vis-à-vis de cet enfant né de la gestation pour autrui.

417. Il s'agit plutôt d'une pratique courante quand les parents commanditaires célibataires se rendent dans les pays où la gestation pour autrui leur est autorisée (par exemple la Fédération de Russie), puis saisissent un tribunal ukrainien afin d'établir sa maternité/paternité avec la deuxième branche de la filiation absente.

418. Exemple de la jurisprudence relatif à un homme célibataire ayant eu recours à la gestation pour autrui à l'étranger. Le 26 octobre 2012, un citoyen ukrainien a eu recours à la clinique moscovite Vita-Nova dans le but de participer à un programme de gestation pour autrui, avec le recours à un don d'ovocyte anonyme. Le contrat a été conclu en Russie, la procédure in vitro a aussi eu lieu en Russie, mais la mère porteuse a accouché à l'hôpital de Kherson (Ukraine) et le bureau d'état civil de la ville de Novokahivka (de la région de Kherson) a délivré un certificat de naissance avec le nom du père biologique dans la case « père » et le nom de la gestatrice dans la case « mère ». Le père commanditaire n'a pas sollicité le bureau de l'état civil d'une demande de ne pas mentionner le nom de la femme qui avait accouché dans l'acte de naissance, sachant qu'un refus lui serait opposé. Il a donc

713 Règles (étatiques) d'enregistrement des actes d'état civil de l'Ukraine, approuvées par l'Arrêté du ministère de la Justice de l'Ukraine du 18 octobre 2000 N° 52.5// Правила государственной регистрации актов гражданского состояния Украины, утв. Приказом Министерства юстиции Украины от 18 октября 2000 г. N° 52.5

714 GOLOVOCHUK A. *Les règles du droit civil régissant le domaine de la PMA*. Thèse, Kiev, 2017, 258 p. - p 101// Головащук А. П. *Гражданско-правовое регулирование отношений, связанное с применением ВРТ*: дисс. кюн. Киев, 2017, 258 с.- 101 стр.

saisi directement le Tribunal pour contester la maternité, et se voir délivrer un acte de naissance avec la seule filiation paternelle établie.

419. Le Tribunal de la ville de Novokakhov de la région de Kherson a rendu sa décision le 04 novembre 2014⁷¹⁵ en donnant droit à la demande du père. Les parties et le bureau d'état civil n'étaient pas présents à l'audience et ont demandé à examiner l'affaire en leur absence. La Cour a estimé qu'il était possible d'examiner l'affaire en l'absence des parties sur la base des preuves disponibles dans le dossier.

420. Après avoir examiné le dossier, le Tribunal a considéré que la demande devait être satisfaite. Dans son raisonnement, le Tribunal a notamment cité l'article 125 du Code de la famille de l'Ukraine qui pose la règle d'établissement de l'affiliation paternelle par voie judiciaire pour les parents non mariés. Le tribunal a aussi rappelé la règle d'enregistrement des enfants nés de la gestation pour autrui au profit des couples mariés. En outre, conformément aux exigences de l'article 174 du Code de procédure civile ukrainien, le défendeur a le droit de reconnaître la demande pendant toute la durée de la procédure judiciaire et, dans ce cas, s'il existe des motifs légaux pour cela, le Tribunal décide de satisfaire la demande du requérant.

421. En analysant les normes de la législation en vigueur et les circonstances de l'affaire, en tenant compte du fait que la défendresse a accepté la demande, et s'il a été démontré qu'elle n'était pas la mère génétique de l'enfant né (c'est-à-dire qu'elle n'a pas des droits et des obligations en tant que mère par rapport à l'enfant né), le Tribunal a considéré qu'il y avait lieu de l'exclure de la mention de « mère » de l'acte de naissance de l'enfant. Ainsi, le Tribunal a ordonné au bureau d'état civil de la ville de Novokahivka (de la région de Kherson), de modifier la note n° 304 du 15 juillet 2014 en excluant les informations sur la mère.

422. Situation des couples étrangers de mêmes sexes. Selon l'alinéa 2 de l'article 123 du Code de la famille de l'Ukraine du 10.01.2002 (« Détermination de l'origine d'un enfant né à la suite de l'utilisation de technologies de procréation assistée »), « en cas de transfert dans le corps d'une autre femme d'un embryon humain conçu par les conjoints (mari et femme) à la suite de l'utilisation de technologies de procréation assistée, les parents de l'enfant sont les conjoints ». Cet

⁷¹⁵ Affaire n° 661/4534/14-ts.

article a été modifié par la loi n° 3760-VI du 20 septembre 2011 dans le but de préciser notamment qu'il faut entendre par conjoints l'union d'une femme et d'un homme. Il en découle que désormais, les couples étrangers homosexuels n'ont plus droit au recours à la gestation pour autrui en Ukraine.

La jurisprudence antérieure aux modifications législatives fermait déjà expressément l'accès à la gestation pour autrui aux couples homosexuels. Nous pouvons évoquer à ce titre l'affaire suivante. Un couple belge homosexuel a eu recours à la gestation pour autrui en Ukraine en 2011. L'enfant est né d'une mère porteuse - une citoyenne ukrainienne. Un des membres du couple belge était le père biologique de l'enfant. Pendant plus de deux ans, les pères d'intention ont mené une bataille pour emmener l'enfant en Belgique. Après la naissance, la mère porteuse a abandonné l'enfant en faveur des parents-clients, et le père biologique a été enregistré comme père de l'enfant. Cependant, à cause de problèmes juridiques survenus avec les parents en Belgique, le garçon n'a pas pu obtenir de visa d'entrée en Belgique. Après la naissance, les employés de la société de sélection des mères porteuses en Ukraine ont pris soin de l'enfant au début, et par la suite l'enfant a été placé à l'orphelinat N° 1 de Lviv. Il a été retiré de l'orphelinat par l'avocat des parents belges, le citoyen ukrainien G. Radanovitch.

423. Pendant deux longues années, les partenaires ont fait de leur mieux pour sortir l'enfant d'Ukraine. Ils ont pris des mesures extrêmes : au printemps 2010, ils ont essayé d'emmener illégalement l'enfant à l'étranger. Deux femmes, citoyennes de Pologne et de Belgique, ont prêté leur concours. Elles ont été détenues au poste de contrôle « Krakovets ». Il s'avère qu'elles n'avaient aucun document au nom de l'enfant, bien que la citoyenne polonaise ait déclaré que celui-ci, Samuel, était son fils⁷¹⁶. Après que les médias français et belges aient largement fait état de cette affaire, les autorités belges ont décidé d'aider leurs citoyens. Selon la décision du Tribunal, le ministre des Affaires étrangères de Belgique a chargé les autorités de délivrer un passeport à Samuel. À cet égard, la ministre a mis en garde contre des difficultés juridiques liées à l'incohérence du cadre juridique. Par la suite, le Tribunal

⁷¹⁶ Il s'avère que ces femmes agissaient à titre honoré : une récompense de 3 000 euros pour la « livraison » de l'enfant a été fixée. Par décision de justice ukrainienne, elles ont été contraintes à quitter le territoire de l'Ukraine. Les pères belges ont expliqué cet acte par le fait que la société de Kharkov avait menacé de transférer l'enfant dans un orphelinat, de sorte qu'ils avaient peur de le perdre pour toujours.

de district Halytskyi de Lviv a, par sa décision, autorisé le renvoi du citoyen ukrainien Samuel Guillen chez son père, Laurent Guillen, en Belgique en 2011.

Les autres États de l'ex-URSS.

424. La République du Belarus a légiféré de la même manière que la fédération de Russie : ainsi l'article 20 de la loi de la République du Belarus « sur les techniques de procréation assistée » dit que « le service de maternité de substitution n'est ouvert qu'à une femme pour laquelle il est impossible, pour des raisons médicales, de porter et d'accoucher de l'enfant ou si ces processus représentent un risque pour sa vie, et/ou la vie de son enfant ».

La législation de la République du Kazakhstan ne prévoit pas du tout le droit d'une femme célibataire à une maternité de substitution : la possibilité de conclure un tel contrat est réservé uniquement aux clients-conjoints (articles 54, 55 du Code du mariage de la République du Kazakhstan).

SECTION II. La procréation *post mortem* : une remise en cause de la condition d'être en vie pour procréer. Exemple de la Russie

425. La cryoconservation du sperme et des ovocytes et la procréation *in vitro* ont rendu envisageable la conception de l'enfant après le décès de l'un, voire des deux parents. Le vocable de « naissance *post mortem* » est employé quand la conception a eu lieu durant la vie des deux parents mais que l'enfant est né après le décès de l'un d'eux ; le terme de « procréation *post mortem* » est, en revanche, employé quand le transfert d'embryon - créé durant la vie de deux parents - ou la conception *in vitro*, ou l'insémination *post mortem*, ont lieu après le décès de l'un ou des deux parents génétiques. En règle générale, la procréation *post mortem* passe par la technique *in vitro* avec l'utilisation des gamètes cryoconservés de l'un ou des deux parents. Parfois cette technique est combinée avec la gestation pour autrui⁷¹⁷.

D'une façon générale, les différents cas de procréation *post mortem* envisagés présentent tous la particularité d'être exceptionnels. Le nombre de demandes de transferts d'embryons *post mortem* ne semble pas dépasser une ou deux par an en

⁷¹⁷ Le terme « *post mortem* » peut renvoyer à différentes situations. Il peut s'agir d'utilisation *post mortem* de sperme cryoconservé (autoconservation préventive du sperme, du sperme cryoconservé dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation), ou du transfert d'embryon *post mortem*.

France⁷¹⁸. Les demandes d'utilisation de sperme post mortem pourraient être plus nombreuses dans la mesure où elles peuvent être formulées à la suite d'une autoconservation de sperme avant traitement d'une maladie grave avec un risque vital pour le patient.

Cependant, le nombre d'enfants conçus post mortem augmente chaque année au niveau mondial, ainsi qu'en Russie⁷¹⁹. La reproduction post mortem pose plusieurs questions juridiques : existe-t-il un droit au prélèvement du sperme d'un homme décédé, et/ou un droit à utiliser post mortem le sperme, des ovocytes ou des embryons ? Ces nouvelles techniques de procréation mettent effectivement en jeu non seulement les droits des personnes dans le domaine de la procréation, mais aussi ceux de l'enfant ainsi conçu s'agissant de l'établissement de la filiation et des droits successoraux.

Si la liberté de procréer fait partie intégrante de la protection de la vie privée qui est un droit fondamental⁷²⁰, peut-on cependant considérer qu'il existe des raisons éthiques de limiter cette liberté, notamment lorsqu'elle s'exerce dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation ? Dans le cas de l'utilisation du sperme congelé ou du transfert d'un embryon cryoconservé après le décès de l'homme faisant partie du couple, des objections peuvent, en effet, être soulevées au regard de l'intérêt de l'enfant, de l'intérêt de la mère, et du point de vue de la société.

⁷¹⁸ Avis N113 du Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé « La demande d'assistance médicale à la procréation après le décès de l'homme faisant partie du couple », 10 fév. 2011.

⁷¹⁹ GOUSET C. Les cas de procréation post mortem en France et à l'étranger 13/08/2009 in L'EXPRESS.

https://www.lexpress.fr/actualite/societe/les-cas-de-procreation-post-mortem-en-france-et-a-l-etranger_780031.html

En Europe, les pays qui autorisent la procréation médicalement assistée post mortem ont estimé qu'il n'y avait pas lieu de faire une distinction entre utilisation du sperme cryoconservé et transfert d'embryon. C'est le cas de la Belgique, de l'Espagne, des Pays-Bas et du Royaume-Uni. Le Danemark, l'Italie et la Suisse interdisent, eux, explicitement les deux pratiques. La loi allemande proscriit l'insémination post mortem, la cryoconservation des embryons n'étant, en principe, pas admise. Voir sur ce point le document de travail du Sénat : L'accès à l'assistance médicale à la procréation, série Législation comparée, n° LC 193, janvier 2009.

⁷²⁰ Article 16 de la Déclaration universelle des droits de l'homme : « Droit de se marier et de fonder une famille » ; article 8 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales : « Droit au respect de la vie privée et familiale » ; articles 7 et 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : « Droit au respect de la vie privée et familiale » et « Droit de se marier et de fonder une famille ».

En France, avant le vote des lois dites « bioéthiques » du 29 juillet 1994, l'avis du CCNE avait été sollicité à plusieurs reprises au sujet de demandes de femmes souhaitant une insémination avec le sperme congelé de leur conjoint décédé ou le transfert post mortem d'embryons cryoconservés⁷²¹. Les tribunaux avaient eu, eux aussi, à se prononcer sur de telles situations et y avaient répondu de façon parfois contradictoire⁷²².

426. Concernant l'intérêt de l'enfant, ce dernier, une fois né, serait privé de père. Cette situation délibérément programmée est différente de celles auxquelles on doit faire face à posteriori en cas de décès, de départ ou d'absence du père. Elle nous conduit à nous interroger sur le sens et la place de la paternité dans notre société et sur le risque d'un effacement du rôle du père. Mais il faut aussi prendre en considération le fait que l'enfant saura qui est son père, même si celui-ci est décédé (inscrit ou non dans sa double filiation) ; il aura sa place généalogique dans la lignée paternelle.

Une autre crainte est que les circonstances d'une telle naissance fassent peser sur l'enfant le poids « d'être dans la position d'enfant né du deuil »⁷²³. Dès lors, la question des difficultés psychologiques pour l'enfant se pose⁷²⁴.

721 Avis N113 du Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé « La demande d'assistance médicale à la procréation après le décès de l'homme faisant partie du couple », 10 fév. 2011.

722 Décision du Tribunal de grande instance de Créteil du 01/08/1984 ordonnant la restitution des paillettes de sperme congelé à la veuve (affaire Parpalaix) ; décision contraire du Tribunal de grande instance de Toulouse du 26/03/1991 dans une circonstance similaire ; reconnaissance, par le Tribunal de grande instance d'Angers le 10/11/1992 de la filiation paternelle d'un enfant né après le transfert d'un embryon deux ans après le décès du père ; en sens contraire, refus d'un transfert par une décision du Tribunal de grande instance de Toulouse du 11/05/1993, confirmé par la Cour d'appel de Toulouse le 18/04/1994 qui ordonna la destruction des embryons conservés. La Cour de cassation annulera dans un arrêt du 09/01/1996 l'ordonnance de destruction des embryons mais rejettera pour le reste le pourvoi formé par la femme (affaire Pires).

⁷²³ Cet argument est repris dans la plupart des thèses opposées à l'AMP post mortem, notamment par le Conseil d'Etat dans son rapport de mai 2009 précité.

⁷²⁴ Le témoignage de parents d'enfants privés de leur père ou de leur mère à la suite d'un décès fait état du poids de cette absence. Selon leur expérience, même si les enfants orphelins savent qu'ils ont été conçus par un acte d'amour, ils ont toujours un manque et le sentiment d'être différents des autres, d'être à part. Lorsque la mère est enceinte au moment de la mort du père, les enfants ont du mal à accepter que celui-ci n'ait pas été là au moment de leur naissance et n'ait pas pu les connaître. Dès lors, comment leur expliquer et leur faire accepter le fait que leur père ait été déjà mort quand ils ont été conçus ? L'angoisse de la mort en général et surtout de celle de l'autre parent vivant est toujours très forte, et risque d'être exacerbée par les circonstances particulières de cette naissance. La surprotection de l'enfant par la mère, l'idéalisation de l'image du père décédé, peuvent aussi être des facteurs de fragilité particulièrement sensibles au moment

427. Concernant l'intérêt de la mère, la situation d'une femme qui décide délibérément d'entreprendre une grossesse alors qu'elle vient de perdre son conjoint ou compagnon, est différente de celle que subit une femme qui est dans l'obligation d'élever seule son enfant à la suite du décès ou du départ du père de celui-ci. Cependant, cette décision de la femme de poursuivre le projet parental interrompu par le décès de son conjoint, est-elle toujours véritablement libre et éclairée alors qu'elle intervient en période de deuil ? En particulier, si une maladie a été la cause du décès, celui-ci a pu être précédé d'une période de grande souffrance morale et de fatigue physique intense dont la femme subit encore les répercussions. Son état de vulnérabilité à ce moment peut, notamment, la rendre particulièrement sensible aux pressions familiales, amicales, voire sociales. Elle peut ne pas avoir pleinement conscience des difficultés éventuelles qu'elle rencontrera en élevant seule un enfant, surtout si son environnement matériel et affectif n'est pas susceptible de la soutenir. Elle va être contrainte de vivre sa grossesse seule alors qu'elle avait prévu de la vivre à deux, et sans pouvoir partager les décisions à prendre⁷²⁵.

428. Concernant le point de vue de la société, la femme qui souhaite bénéficier d'une assistance médicale à la procréation post mortem va devoir demander l'aide de la société en faisant appel aux prestations sociales. La question peut alors se poser de savoir si la société doit en assumer les frais⁷²⁶.

Au-delà de l'aspect financier, la société ne peut pas rester indifférente au fait de favoriser la naissance d'un enfant dans un contexte qui peut lui être défavorable,

de l'adolescence. Enfin, toujours selon ce témoignage, il ne semble pas rare que les parents de la personne décédée refusent de voir leurs petits-enfants parce qu'ils représentent un rappel douloureux de la perte de leur propre enfant. Voir à ce titre l'audition de deux membres de la FAVEC (Fédération des associations de conjoints survivants) le 18 novembre 2010. La FAVEC n'a pas pris position spécifiquement sur la question de la procréation post mortem.

15 Article 16 de la Déclaration universelle des droits de l'homme : « Droit de se marier et de fonder une famille ».

⁷²⁵ Comme toute femme élevant seule ses enfants, elle peut, par la suite, être confrontée à des difficultés et être contrainte d'y faire face seule. Les membres auditionnés de la FAVEC ont insisté sur la non-reconnaissance de la condition d'orphelin et de parent veuf par la société, qui se traduit par une absence d'aide matérielle et morale.

⁷²⁶ Avis N113 du Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé « La demande d'assistance médicale à la procréation après le décès de l'homme faisant partie du couple », 10 fév. 2011.

puisqu'il sera privé de père et que la monoparentalité est souvent un facteur de fragilisation, voire de précarisation des familles⁷²⁷.

Cependant, une situation voulue et se présentant dans un contexte exceptionnel ne peut pas être assimilée systématiquement à des situations subies, et qui représentent un phénomène de société dû à de multiples causes et répondant à des contextes socio-économiques divers.

Une autre objection contre la procréation post mortem est celle de l'opportunité d'une modification substantielle du droit pour répondre à des situations extrêmement rares. En effet, le droit de la filiation ainsi que le droit des successions devraient être adaptés pour prendre en compte la situation particulière d'un enfant dont la date de naissance se situerait en dehors de la période présumée de conception.

429. La loi de 1994 a mis un terme à ces hésitations en précisant que la PMA est destinée à répondre à la demande parentale d'un couple formé d'un homme et d'une femme qui « doivent être vivants »⁷²⁸. Le législateur a privilégié un cadre familial traditionnel, en fermant l'accès à la PMA aux femmes seules, que ce soit au moment de la demande initiale ou en cours de procédure en cas de dissolution du couple, notamment à la suite du décès de l'homme. La possibilité pour la femme ayant perdu son époux ou compagnon de poursuivre seule un projet parental conçu à deux, en demandant une insémination ou le transfert d'un embryon post mortem, a donc été écartée⁷²⁹. Par la suite, le CCNE confirma à plusieurs reprises sa position

⁷²⁷ En ce sens, voir le Rapport 2009-2010 de l'Observatoire national de la pauvreté et de l'exclusion sociale et « Les familles monoparentales : des difficultés à travailler et à se loger », Enquêtes et études démographiques, Insee, 2008.

⁷²⁸ Article L2141-2 du Code de la santé publique.

⁷²⁹ Le législateur n'a pas suivi, en cela, la position du CCNE qui dans son avis n° 40 du 17 décembre 1993 avait considéré que, en cas de demande par la femme de transfert d'embryons post mortem, « Il n'existe aucune raison convaincante de refuser a priori ce choix à la femme elle-même » et que « dans le cas où une FIV a été réalisée du vivant de l'homme et où les embryons ont été congelés (...) la disparition de l'homme ne fait pas disparaître les droits que la femme peut considérer avoir sur ces embryons qui procèdent conjointement d'elle et de son partenaire défunt (...) L'homme disparu, on ne voit pas qui ou quelle autorité pourrait in fine faire valoir sur les embryons des droits égaux ou supérieurs à ceux de la femme et s'opposer à son projet dûment éclairé et explicitement énoncé d'entreprendre une grossesse après transfert des embryons congelés ».

dans des avis rendus à l'occasion de la précédente révision de la loi de 1994⁷³⁰. Après une certaine hésitation⁷³¹ et différents rapports rendus dans le cadre des révisions des lois bioéthiques, pour qu'il n'y ait aucune ambiguïté, la loi a même renforcé cette prohibition en ajoutant à l'article L2141-2 du Code de la santé publique un alinéa qui dispose de manière explicite : « Font obstacle à l'insémination ou au transfert des embryons, le décès d'un des membres du couple, le dépôt d'une requête en divorce ou en séparation de corps ou la cessation de la communauté de vie (...) »⁷³².

La législation lacunaire de la procréation médicalement assistée en Russie laisse porte ouverte à des dérives en vertu du principe selon lequel « tout ce qui n'est pas prohibé expressément, est autorisé ». Pour compléter la pratique des différents États au niveau mondial, la Russie fournit des exemples de recours à l'insémination post mortem par des veuves et des cas de continuation de grossesse en état de coma (§I). Mais plus encore, la Russie consacre le droit absolu à l'enfant en autorisant la gestation pour autrui post mortem « intrafamiliale » (§II).

§ I. La procréation post mortem dans un projet de couple

430. La procréation post mortem sans recours à la technique de la gestation pour autrui. Grâce aux techniques de cryoconservation, la reproduction est devenue possible après le décès d'un ou des géniteurs. Au niveau mondial, la question de la procréation médicalement assistée post mortem est majoritairement liée à l'accès à cette assistance médicale pour les femmes dont le partenaire est décédé⁷³³. Comme la cryoconservation des gamètes et des embryons n'emporte pas, en elle-même, l'accord de la personne concernée au recours aux techniques de procréation médicalement assistée post mortem, lorsque ces techniques sont utilisées, les débats se focalisent sur

730 Notamment, l'avis n° 60 du 25 juin 1998 sur le réexamen des lois bioéthique et l'avis n° 67 du 27 janvier 2000 sur l'avant-projet des lois de bioéthique.

731 Nombreux sont les rapports rendus sur ce sujet. Assemblée Nationale : Rapport n° 2832 du 25/01/2006 de la mission parlementaire sur la famille et les droits des enfants ; Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques (OPECST) : Rapport sur la révision de la loi bioéthique, décembre 2008 ; Conseil d'Etat : Rapport sur la révision de la loi bioéthique, mai 2009 ; Assemblée nationale : Rapport d'information de la mission parlementaire sur la révision de la loi bioéthique, janvier 2010.

732 La loi du 06 août 2004.

733 Étude de législation comparée n° 193 du Sénat français. Janvier 2009. L'accès à l'assistance médicale à la procréation.

l'accord ou le défaut d'accord de la personne décédée au projet procréatif du couple. La situation est plus complexe quand le sperme ou des ovocytes sont prélevés après le décès ou durant le coma de la personne, dès lors que, bien que toujours en vie, elle n'est pas, compte tenu de son état, en mesure de donner son accord⁷³⁴.

431. Dans le monde, certains Etats prohibent expressément la procréation médicalement assistée post mortem (Allemagne, Danemark, France, Suisse, Suède)⁷³⁵, mais d'autres l'ont légalisée (Belgique, Grande-Bretagne, Israël, Pays-Bas, États-Unis, etc.). La Russie fait partie de ce deuxième groupe de pays⁷³⁶.

Les législations des États autorisant la procréation médicalement assistée post mortem, en règle générale, encadrent cette technique d'une manière précise et détaillée, en exigeant le consentement, en principe écrit, de la personne dont on utilise le matériel génétique. En l'absence de consentement écrit, par exemple en Israël, la filiation de l'enfant peut néanmoins être établie par voie judiciaire. Le fait de procéder à une cryoconservation de matériel génétique (gamètes, embryons) du vivant, ne signifie pas forcément l'intention de recourir à la procréation médicalement assistée post mortem. Dans la majorité des cas, lors du prélèvement des gamètes et/ou de la création d'embryons in vitro, seule leur utilisation « du vivant » est prévue.

La situation est particulière quand le sperme est prélevé durant le coma ou post mortem⁷³⁷. Dans cette situation, la personne n'est pas en mesure d'exprimer sa volonté. Certains États prévoient une procédure judiciaire d'urgence pour permettre le prélèvement post mortem des gamètes⁷³⁸.

734 SHELUTO M. Les enfants conçus après le décès du parent : établissement de la filiation et droits successoraux. In Magazine de la législation étrangère et du droit comparé. 2016. N4. Pp.91-98. // ШЕЛЮТО М. Дети, зачатые после смерти родителя : установление происхождения и наследственные права. Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения № 4 — 2016 стр. 91-98.

735 Deirdre Madden, *Medicine, Ethics and the Law*. 2nd ed. 2011. P. 454; Sabatello M. Posthumously Conceived Children: An International and Human Rights Perspective. 27 J. L. & Health. 29 (2014). P. 36. URL: <http://engagedscholarship.csuohio.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1426&context=jlh>

736 См. ч. 5 ст. 55 Федерального закона от 21 ноября 2011 г. № 323-ФЗ « Об основах охраны здоровья граждан » (FZ N 323 du 21 novembre 2011) ; приказ Ми нздрава России от 30 августа 2012 г. № 107н «О порядке использования вспомогательных репродуктивных технологий, противопоказаниях и ограничениях к их применению » (Arrêté du ministère de la Santé N° 107n).

⁷³⁷ Le sperme peut être prélevé durant 72h après le décès - et les ovocytes seulement durant quelques heures.

738 C'est notamment le cas d'Israël, de la Nouvelle-Zélande. Peart N. *Life beyond Death: Regulating Posthumous Reproduction in New Zealand*. Victoria University of Wellington. 2015. Vol. 46. No. 3. P. 725

Le premier cas russe (rendu publique) concerne la situation d'un enfant conçu avec le sperme du mari décédé dans une clinique à Ekaterinbourg en 2006. La particularité de cette affaire est que le sperme a été extrait du corps de l'homme de 25 ans, 12 heures après son décès, à la demande de sa femme. Son mari est décédé dans un accident de voiture en 2003. Cette jeune femme sans enfant a contacté la Clinique « Le Centre de la médecine familiale » afin de leur demander de procéder à l'extraction post mortem des gamètes et à la cryoconservation du sperme. La troisième tentative de FIV a abouti à une grossesse⁷³⁹.

Concernant l'établissement de la filiation des enfants conçus post mortem en Russie, si les parents génétiques ne sont pas mariés, le lien de filiation de l'enfant avec son père décédé avant sa conception, sauf s'il s'agit seulement d'un donneur de sperme, peut être établi judiciairement selon la même procédure que pour un enfant né hors mariage et dont le père est décédé avant sa naissance⁷⁴⁰. En cas de recours à la procréation médicalement assistée, en principe, la règle est que la date de conception est celle de la procédure d'insémination ou du transfert de l'embryon dans l'utérus de la femme.

432. La Russie fait partie des Etats dans lesquels la procréation post mortem reste possible⁷⁴¹. Mais le droit russe ne prévoit aucune règle concernant l'établissement de la filiation des enfants conçus après le décès de leurs géniteurs. En conséquence, à la suite d'un refus des officiers d'état civil d'établir un acte de naissance de l'enfant né hors de période légale de présomption de paternité, les mères des enfants nés doivent passer par une procédure judiciaire. La jurisprudence russe nous en offre plusieurs exemples.

L'alinéa 1 de l'article 68 des Bases sur la Santé autorise l'utilisation du corps, des organes, et des tissus de la personne décédée dans un but médical, scientifique ou en vue de recherches sous réserve de l'accord écrit, constaté par acte notarié, de la personne concernée. Cependant, ce texte ne concerne que les gamètes et les embryons

739 SVITNEV K. « Les aspects juridiques et éthiques de la reproduction post mortem » in « Science. Société » 2010

740 Article 48 du Code de la famille.

741 Alinéa 5 de l'article 55 de la loi fédérale N° 23-FZ du 21 novembre 2011 sur la Santé des citoyens ; Arrêté du ministère de la Santé du 30 août 2012 N° 107n sur la PMA, les contre-indications et limitations d'accès.

prélevés du vivant de la personne. Le formulaire d'autorisation pour le recours à la procréation médicalement assistée prévu par l'Arrêté du ministère de la Santé de la Russie N107n ne prévoit pas le cas du décès de la personne concernée par la procréation médicalement assistée, avec recours à l'une des techniques de la procréation médicalement assistée. Il est seulement prévu que la personne (le couple) qui a recours à la FIV, après la procédure, doit prendre une décision concernant le sort des gamètes : consentir à être donneur, accepter une cryoconservation en précisant les délais de conservation, ou demander qu'il soit procédé à la destruction des embryons. Cet accord doit être donné par écrit.

Ainsi, le droit russe reste-t-il silencieux sur l'exigence de l'accord du défunt à l'utilisation de ses gamètes post mortem. Les textes russes ne prévoient pas non plus de procédure judiciaire afin d'obtenir l'autorisation d'utiliser des gamètes après le décès de leurs propriétaires.

433. En Ukraine, on observe le même vide juridique. L'alinéa 7 de l'article 281 du Code civil consacré au droit à la vie, énonce qu'une femme et un homme majeurs ont le droit de recourir à la procréation médicalement assistée pour raisons médicales, conformément aux règles prévues par la loi. Un Arrêté du ministère de la Santé, intervenu en 2008 sur la procréation médicalement assistée, prévoit que les bénéficiaires de la procréation médicalement assistée doivent donner leur accord écrit à l'utilisation de l'une des techniques de la procréation médicalement assistée. Les juristes ukrainiens considèrent ainsi que cet accord doit mentionner expressément la technique post mortem pour que les gamètes d'une personne décédée puissent être utilisés⁷⁴².

434. Avis des juristes sur la légalité de la procréation post mortem pour les époux. En ce qui concerne les époux, certains experts russes⁷⁴³ considèrent que le consentement écrit de l'époux pour un recours à la procréation médicalement assistée est suffisant pour établir son lien de filiation avec l'enfant conçu après son décès. Et qu'il en va de même pour un parent célibataire, dès lors que son consentement au recours à la procréation médicalement assistée a été exprimé.

742 ANIKINA G. « Sur l'encadrement juridique de la procréation post mortem » in « *Science. Société* » 2013 N2(2).

743 SVITNEV K. « Le droit et l'éthique de la procréation post mortem » in « Les questions juridiques dans le domaine de la santé », 2011 N° 6, pp 30—43.

D'autres⁷⁴⁴ considèrent que le moment de la conception de l'enfant est d'une importance fondamentale car il détermine les héritiers. L'article 1116 du Code civil définit les personnes, physiques et morales, pouvant hériter. Ainsi, les cas de décès des personnes pour lesquelles il existe un motif légitime de les enregistrer comme parents des enfants nés après leurs décès, sont régis par l'article 1116⁷⁴⁵ du Code civil de la Fédération de Russie. Une disposition législative similaire figure à l'article 1037 du Code civil de la République de Biélorussie. Il s'agit des enfants conçus pendant la vie du testateur et nés vivants après l'ouverture d'une succession. Comme en droit russe, le moment « de la conception » reste indéfini à la lumière des nouvelles technologies ; si on considère que cette conception se réalise au moment de la fécondation in vitro, un enfant né après le décès du « parent géniteur » devrait être reconnu comme héritier, à condition que la fécondation in vitro ait eu lieu pendant la vie du testateur.

Et si on considère que le moment de la conception est le celui du transfert de l'embryon dans l'utérus, les enfants nés à la suite d'une procréation médicalement assistée avec un transfert de l'embryon dans l'utérus de la femme après le décès du parent « génétique », ne peuvent être considérés comme des héritiers au sens de l'article 1116 du Code civil de la Fédération de Russie.

Pour la juriste J. Shukshina⁷⁴⁶, le moment de la conception et du transfert de l'embryon dans l'utérus n'a pas d'importance, car les droits successoraux

⁷⁴⁴ TYCHINSKAYA E. « Les aspects juridiques d'usage des embryons humains créés in vitro ». In *Médecine et le droit*. Lvov, 2010. Pp 263-267

⁷⁴⁵ ГК РФ Статья 1116. Лица, которые могут призываться к наследованию

1. К наследованию могут призываться граждане, находящиеся в живых в момент открытия наследства, а также зачатые при жизни наследодателя и родившиеся живыми после открытия наследства.

К наследованию по завещанию могут призываться также указанные в нем юридические лица, существующие на день открытия наследства, и наследственный фонд, учрежденный во исполнение последней воли наследодателя, выраженной в завещании.

2. К наследованию по завещанию могут призываться Российская Федерация, субъекты Российской Федерации, муниципальные образования, иностранные государства и международные организации, а к наследованию по закону - Российская Федерация, субъекты Российской Федерации, муниципальные образования в соответствии со статьей 1151 настоящего Кодекса.

⁷⁴⁶ SHUKSHINA G. « Le droit à la succession et la procréation médicale ». In *Le droit médical*. 2011 N° 6. pp 41—45

apparaissent avec la création du lien de filiation. Ce lien pouvant être établi judiciairement à tout moment.

Le tribunal procède à une appréciation in concerto en prenant en compte toutes les preuves certaines de l'origine de l'enfant d'une personne donnée. Cela signifie que n'importe quelle preuve peut être présentée au tribunal : consentement à la cryoconservation, accord pour la procréation médicalement assistée, avis d'experts, etc. Une fois que le lien de parenté est établi, des relations juridiques héréditaires naissent.

D'autres juristes russes considèrent qu'au moment de la conception post mortem, le mariage des conjoints ayant consenti à la procréation médicalement assistée n'existe plus : le décès de l'un y a mis fin. Le Code de la famille limite à 300 jours la période pendant laquelle la présomption de paternité joue. S'agissant de la transcription de la mère décédée avant la conception de l'enfant, en absence de jurisprudence et d'interdiction par la loi, la doctrine considère que seul le juge peut trancher cette question au cas par cas.

435. Le droit biélorusse est beaucoup plus précis sur la question de la procréation post mortem⁷⁴⁷. Ce qui permet d'éviter des conflits d'utilisation des embryons cryoconservés par le conjoint survivant. Une des conditions d'accès à la technique in vitro est l'accord écrit du patient et, pour les personnes mariées, l'accord écrit du conjoint. De plus, le législateur a précisé expressément le sort des gamètes et des embryons non utilisés en cas de dissolution du mariage ou de son annulation. En cas de décès du patient, une prohibition formelle a été instaurée pour l'utilisation des gamètes, non seulement par un tiers mais aussi par l'époux survivant⁷⁴⁸.

436. Actuellement, la législation russe n'encadre pas l'établissement du lien de filiation de l'enfant conçu après le décès de ses parents génétiques⁷⁴⁹. Ce vide juridique concerne aussi bien les personnes mariées que celles qui ne le sont pas.

⁷⁴⁷ BOBROVNIK U. « Les droits successoraux en cas de recours à la PMA post mortem ».

<http://elibrary.miu.by/journals/item.science-xxi/issue.3/article.1.html>

⁷⁴⁸ La loi de la République de Biélorussie №341-3 du 07 janvier 2012 sur l'assistance reproductive. // Закон Республики Беларусь О вспомогательных репродуктивных технологиях от 7 янв. 2012 г., №341-3.

⁷⁴⁹ L'alinéa 1 de l'art. 1116 du Code civil de la Fédération de Russie ne permet pas à un enfant conçu après le décès de son parent génétique et né vivant après l'ouverture de l'héritage, d'hériter ni par la loi ni par testament, malgré l'établissement du lien de filiation avec le défunt. //« К наследованию могут

Les juristes russes, inspirés par les législations américaines de différents Etats⁷⁵⁰, proposent, en premier lieu, d'autoriser l'enfant conçu post mortem à hériter dans certaines conditions, en subordonnant notamment ce droit à la volonté du parent décédé d'utiliser ses gamètes après son décès dans le but de la procréation ; et, en deuxième lieu, de limiter le recours à la procréation médicalement assistée post mortem à un délai de six mois⁷⁵¹. Cette approche aurait le mérite de faire l'économie d'un réexamen des successions plusieurs années après le décès du parent génétique⁷⁵². En effet, ce délai de six mois, qui correspond au délai légal d'acceptation de l'héritage en Russie, éviterait, le cas échéant, un nouveau partage des actifs successoraux, en cas de naissances survenues après un an, voire plusieurs années, après le partage initial de l'héritage. Le juriste Petrov E., s'inspirant notamment de la construction prétorienne dite du « Nacherbschaft » proposée par le droit allemand, préconise, quant à lui, un délai supérieur à six mois, pour la détermination des héritiers nés de la procréation médicalement assistée post mortem.⁷⁵³

437. La « procréation post mortem » peut être combinée avec la technique de la gestation pour autrui. Bien qu'il soit possible en Russie de concevoir un enfant par gestation pour autrui après le décès de la mère génétique, mariée ou non, la jurisprudence est surtout « abondante » concernant la gestation pour autrui post mortem dans le cas où les parents d'intention sont les parents légaux des personnes décédées. En d'autres termes, les gestations pour autrui se font à la demande des grand-mères biologiques des enfants, et avec le concours de donneuses d'ovocytes.

призываться граждане, находящиеся в живых в момент открытия наследства, а также зачатые при жизни наследодателя и родившиеся живыми после открытия наследства ».

⁷⁵⁰ Uniform Probate Code, § 2-1204, California Probate Code, § 249.5. URL: <http://www.leginfo.ca.gov> Brown LEVIS The Ethical and Legal Consequences of Posthumous Reproduction, 2016.

⁷⁵¹ En droit russe le délai de six mois après l'ouverture de l'héritage est prévu pour que tous les héritiers potentiels puissent se manifester et exprimer leurs volontés sur l'acceptation ou non de leur part d'héritage. Article 1154 du Code civil.

⁷⁵² MALKIN O. Les héritiers qui héritent en vertu de la loi In *Droit successoral*. 2014. № 4 pp 15-20. /Малкин О. Ю. Лица, призываемые к наследованию по закону in *Наследственное право*. 2014. № 4. С. 15, 20.

⁷⁵³ PETROV E. Les bases du droit successoral russe, allemand et français. Moscou, 2015. p. 257.

§ II. La procréation post mortem pour garantir la descendance d'une personne

438. Faute d'un encadrement complet par les textes de cette technique médicale, la Russie se trouve parfois confrontée à des cas de procréation post mortem dépassant la procréation dans un but strictement médical, et se réalisant en dehors d'un projet de couple.

439. Comme on l'a vu précédemment dans le chapitre consacré à la procréation post mortem en Russie, les règles d'établissement de la filiation des enfants conçus après le décès de leurs géniteurs ne sont pas prévues par le législateur. Par ailleurs, la loi reste silencieuse concernant l'accord du défunt pour le prélèvement de ses gamètes et pour leur utilisation post mortem. En plus de ce vide juridique, du fait que la procréation médicalement assistée, y compris la gestation pour autrui, soit une des techniques permettant de remédier à une infertilité, la procréation post mortem « à la demande des grand-mères » pose difficulté au moment de l'enregistrement des enfants dans les actes d'état civil. Une telle procréation n'est de toute évidence pas faite dans le but de remédier à l'infertilité, et en soi reste contraire à la nature des relations entre parents et enfants.

440. Il en va de même lorsque la mère d'intention se trouve être la grand-mère des enfants nés.

441. Dans trois affaires, qui ont eu un important retentissement médiatique, c'est le sperme des propres fils des mères commanditaires qui a été utilisé.

En effet, la loi russe demeure silencieuse sur la possibilité « d'hériter » des gamètes⁷⁵⁴. Il existe ainsi, dans le silence de la loi, une possibilité pour les parents d'utiliser les gamètes, le sperme et les ovocytes de leurs enfants décédés pour avoir recours aux techniques de la procréation médicalement assistée, dont la gestation pour autrui. Ce fut notamment le cas dans trois affaires dites « de gestation pour les grand-mères »⁷⁵⁵, très médiatisées en Russie : celle de Ekaterina Zakharova en 2005 à Ekaterinbourg, de Natalia Klimova en 2010 à Saint-Pétersbourg, et de Lamara

⁷⁵⁴ La nécessité d'ajouter à la loi pour encadrer l'héritage des gamètes en droit russe a été évoquée notamment par E.SOUKHAREVA Les problèmes de droit de la PMA : les gamètes et l'anonymat des donneurs in *Vestnik de la ville de Voronège de l'université du ministère de l'Intérieur* , N2, 2014, pp 22-28.

⁷⁵⁵ Суррогатные бабушки (Екатерина Захарова, Наталья Климова и Ламара Келешева).

Keleshava⁷⁵⁶, en 2011 à Moscou. Les deux premières, E. Zakharova et N. Klimova, sont parvenues à obtenir gain de cause devant les tribunaux russes et ont obtenu une inscription en tant que mères dans les actes de naissance des enfants. Lamara Kelesheva a été contrainte d'en passer par la procédure de l'adoption après avoir épuisé toutes les voies de recours. Cette procédure est beaucoup plus longue et compliquée, et c'est pour cette raison que les parents célibataires préfèrent saisir le juge pour contester le refus de l'officier d'état civil de les enregistrer en qualité de parents. L'affaire « Lamara Kelesheva » a suscité de nombreuses polémiques, et ce bien au-delà des milieux juridiques et aussi de la Russie, cette dame possédant plusieurs nationalités.

442. En première approche, rien ne distinguait l'affaire « Lamara Kelesheva » des deux précédentes : une gestation pour autrui, un don d'ovocytes et l'utilisation du sperme congelé du fils décédé. Dans ces trois affaires, la seule question à laquelle les juges ont dû répondre était celle du droit d'une personne célibataire de recourir à la technique de la gestation pour autrui⁷⁵⁷.

443. Le premier cas de gestation post mortem a eu lieu à Ekaterinbourg en 2005⁷⁵⁸. L'enfant est né deux ans après le décès de son « père »⁷⁵⁹. Il s'agit de l'affaire d'Ekaterina Zakharova⁷⁶⁰. La grand-mère a eu recours à la gestation pour autrui avec le sperme de son fils décédé. Le cancer de son fils avait été diagnostiqué en 1986, et préalablement au traitement par chimiothérapie, le jeune homme avait procédé à la cryoconservation de son sperme dans le cadre d'un programme de reproduction des personnes atteintes d'un cancer - avant de décéder en 2004. Le sperme a été conservé en Israël et a dû attendre neuf ans avant d'être utilisé pour la fécondation in vitro. La mère a rencontré des difficultés pour transporter le sperme de

756 Cette affaire est assez intéressante par son contexte international. Elle sera étudiée de manière approfondie dans la partie consacrée à l'établissement de la filiation.

757 Dans les six affaires concernant les pères célibataires, la Cour n'a traité que cette question en tant que question nouvelle.

758 Affaire d'Ekaterina Zakharova. Voir notamment L AIVAR Les lacunes de la législation sur la GPA en Russie. *Le monde juridique*. N2. 2006 pp28-35 // Л.К. Айвар Правовое положение суррогатного материнства в России. Пробелы законодательства. *Юридический мир* N2, 2006, стр. 28-35.

759 Les discours de la XVIe conférence internationale sur « La PMA aujourd'hui et demain », 7-9 septembre 2007, Rostov-sur-le-Don, pp. 92-93.

760 ZAKHAROVA E., a eu recours à la même clinique, « Le Centre de la médecine familiale » à Ekaterinbourg.

son fils en Russie. Conformément à la législation israélienne, ce droit appartient exclusivement à l'épouse sous condition d'un accord écrit du mari (exprimé durant sa vie). Néanmoins E. Zakharova a pu rapporter en Russie 25 tubes de sperme cryoconservés et a eu recours à une mère porteuse, avec un don d'ovocytes⁷⁶¹.

Ainsi, Ekaterina Zakharova a rencontré des difficultés pour obtenir la délivrance de l'acte de naissance de son petit-fils, Georgi, né en novembre 2005 par gestation pour autrui et avec le sperme de son fils décédé. Selon K.Svitnev, juriste et directeur du Rosconsalting⁷⁶² Svitnev, le recours à l'article 49 du Code de la famille⁷⁶³ aurait pu simplifier la situation⁷⁶⁴, permettant à la grand-mère d'établir la filiation paternelle de l'enfant en devenant la tutrice de ce dernier⁷⁶⁵. Cependant, pour ne pas avoir à mettre en œuvre cette procédure lourde prévue pour la désignation d'un tuteur, E. Zakharova a demandé aux officiers d'état civil de l'inscrire en tant que mère dans l'acte de naissance de son petit-fils biologique.

444. Le deuxième cas concerne une grand-mère qui a pu disposer des gamètes de son fils pour faire procéder à une gestation pour autrui⁷⁶⁶. Dans cette affaire, un homme décédé en octobre 2009 a été reconnu comme père le 22 septembre 2010 d'un enfant conçu deux mois après son décès⁷⁶⁷. Le sperme avait été prélevé avant le traitement par chimiothérapie. Après son décès, la mère du défunt a fait appel

761 SVITNEV K. « Les aspects juridiques et éthiques de la reproduction post mortem » in « Science. Société. » 2010

762 Propriétaire d'une clinique moscovite de la PMA et juriste spécialisé en GPA, y compris post mortem.

763 Conformément à l'article 49 du Code de la famille russe : « En cas de naissance de l'enfant des parents non mariés et faute d'un consentement exprimé par écrit devant l'officier d'état civil, (...) la filiation paternelle de l'enfant s'établit au moyen d'une procédure judiciaire à la demande de l'un des parents, du tuteur ou de la personne qui s'occupe de l'enfant au quotidien, ou à la demande de l'enfant lui-même à sa majorité ».

764 SVITNEV K. : « *La vie après la mort : aspects juridiques et éthiques de la reproduction post mortem* » in « *Les questions de droit dans le domaine de la santé* ». 2011 N6, pp 30-43.

765 Le Pr AIVAR propose la même solution pour ce type de situation non prévue par le législateur. Il suggère, dans un premier temps, de procéder à l'inscription du père biologique dans l'acte de naissance de l'enfant avec une case vide pour la mère. Et, dans un deuxième temps, de procéder à la mise de ces enfants sous tutelle de leur grand-mère (après le rapport du conseil de tutelle et de curatelle) // L.AIVAR Les lacunes de la législation sur la GPA en Russie. *Le monde juridique*. N2. 2006 pp28-35.

766 Il faut préciser que, bien que la presse ait largement médiatisé ces affaires, nous ne retrouvons aucune discussion, ni de la part des journalistes, ni de celle des magistrats dans leurs décisions, sur la légalité de cette procédure ou sur la légalité des procédures qui ont permis à ces femmes de réaliser ces procréations post mortem en utilisant le sperme de leurs enfants.

767 Cet étudiant en médecine a dû passer par la chimiothérapie suite à une leucémie.

à une clinique de Saint-Pétersbourg dans le but de recourir à la gestation pour autrui avec un don d'ovocytes. Afin d'augmenter ses chances de devenir grand-mère, Madame Klimova⁷⁶⁸ a eu recours aux services de deux gestatrices, et l'une des deux tentatives a été couronnée de succès⁷⁶⁹. Un troisième cas, celui de Mme Kelesheva⁷⁷⁰, peut être évoqué et concerne également une insémination réalisée à la demande d'une femme dont le fils est décédé. Dans tous ces cas, une femme a procédé à la GPA (avec une insémination post mortem ou in vitro) et le sperme de son fils décédé a été utilisé⁷⁷¹. Par la suite, ces femmes ont dû saisir un tribunal pour contester le refus de l'officier d'état civil de leur délivrer un acte de naissance de l'enfant, avec leur nom

⁷⁶⁸ Ces affaires étaient très médiatisées. A lire notamment E.NOVOSELOVA « Nous sommes responsables de ceux qu'on a aprivoisé. La grand-mère est devenue la mère de son petit-fils. » in Rossiyskaya gazeta. N240.22.10.2010 <https://rg.ru/2010/10/22/rebenok.html>. ; KHVATOVA Y. « La grand-mère sur l'annonce. Une péterbourgeoise choisit un nouveau membre de sa famille. » in Les arguments et les faits. 04.04.2010. https://aif.ru/society/people/babushka_po_obyavleniyu_peterburzhenka_vybiraet_novogo_chlena_semi Voir aussi https://surrogacy.ru/news/http-ria-ru-tv_society-20121125-912015015.html/ //Новоселова Е. В ответе за тех, кого получили. Бабушка сурrogатного внука стала его мамой. Российская газета - Федеральный выпуск № 240(5319) ; Хватова Я. Бабушка по объявлению. Петербурженка выбирает нового члена семьи. 04.04.2017.

⁷⁶⁹ L'enfant est né en bonne santé, avant terme.

⁷⁷⁰ Ces programmes de la GPA ont réussi après de nombreuses tentatives infructueuses. Mme Kelesheva était âgée de 58 ans au moment de la naissance de ces quatre enfants. Voir notamment MIKHAILOV A. « Le cadeau d'adieu - Les petits-enfants nés via la GPA. » In Pravda. 10.06.2011. <https://www.pravda.ru/health/1079998-surrogat/oir> <https://www.pravda.ru/health/1079998-surrogat> ; N.KONDRATOVA « Comment faire naître un petit-fils. » 6.09.2011. Publié sur le site de l'entreprise Rosconsalting (l'une des deux premières cliniques dans le domaine de la PMA en Russie, qui est aussi connue pour son accompagnement juridique, y compris pour des procédures allant jusqu'à la CEDH). <https://jurconsult.ru/smi-o-nas/kak-rodit-sebe-vnuka/> // Михайлов А. Прощальный подарок - сурrogатные внуки. In Правда. 10.06.2011 ; Москвичке отказали в регистрации рожденных сурrogатной матерью внуков. 07.06.2011. <https://materinstvo.ru/art/7610>; Наталья Конрадова

Как родить себе внука. 6 сентября 2011, publié sur le site de l'entreprise Rosconsalting (l'une des deux premières cliniques dans le domaine de la PMA en Russie, qui est aussi connue pour son accompagnement juridique, y compris pour des procédures allant jusqu'à la CEDH). <https://jurconsult.ru/smi-o-nas/kak-rodit-sebe-vnuka/>.

⁷⁷¹ Comme précisé dans le Titre I, conformément au droit russe, le matériel biologique d'une personne prélevé avant un traitement de chimiothérapie n'est pas considéré comme le matériel d'un donneur pouvant être utilisé dans le cadre d'une PMA (L'annexe N2 de l'Arrêté du ministère de la Santé de la Russie N107 du 30 août 2012 « Sur les modalités de recours à la PMA, les contre-indications et limitations d'accès »). Concernant les ovocytes, un consentement de la femme est exigé pour que ceux-ci puissent être reconnus comme « ceux d'une donneuse » et être utilisés pour le traitement de l'infertilité d'une autre personne. (al.58 de la même Ordonnance). Cependant, les termes utilisés par le droit russe pour déterminer comment le sperme se place sous le statut d'un don ne sont pas clairs. Selon al.64 de la même Ordonnance, « le don du sperme se réalise en cas de l'accord de l'homme-donneur, après des examens cliniques, laboratoires ou medico-génétiques ». A titre d'exemple, en Biélorussie, la loi prohibe expressément l'utilisation du matériel non réclamé des personnes ayant conservé leur matériel génétique ou ne l'ayant pas utilisé pour leurs propres besoins dans le cadre d'une PMA. Voir sur ce sujet notamment T.NIVITSKAY « La PMA comme facteur de mutation de relation familiale en Biélorussie et en Russie. » In Science et innovation. (Edition biélorusse) Avril 2018. N4 (182). Pp.27-33.

dans la case « mère » et le nom de leur propre fils décédé dont le sperme a été utilisé, dans la case « père »⁷⁷². Cette affaire soulève, comme les deux précédentes, des problèmes juridiques et des questions éthiques. Comme il a déjà été précisé à plusieurs reprises, la procréation médicalement assistée, y compris la gestation pour autrui, sont des techniques permettant de remédier à une infertilité. Dans cette affaire,⁷⁷³ la demanderesse a contesté le refus des officiers d'état civil du district Baboushkinski de Moscou de l'enregistrer en tant que mère de quatre enfants nés de la gestation pour autrui et d'enregistrer son fils en tant que père des enfants, alors que Mme Kelesheva est la grand-mère biologique des enfants.

445. Voici l'histoire de cette femme russe⁷⁷⁴ telle qu'elle a été narrée dans le journal russe « Komsomolskaïa Pravda »⁷⁷⁵ : Mme Kelesheva est née en Géorgie et a déménagé en Grèce au moment de la chute de l'URSS ; son fils a grandi là-bas. En 2005, les médecins lui ont diagnostiqué un cancer. Il est décédé en 2008 à l'âge de 26 ans. Après son décès, durant deux années, la mère a recouru, sans succès et à cinq reprises, à un protocole de gestation pour autrui en Géorgie. Par la suite, elle s'est rendue en Ukraine pour faire à nouveau appel à deux mères porteuses avec don d'ovocytes et FIV, en utilisant le sperme cryoconservé de son fils décédé⁷⁷⁶. Pour être sûre de parvenir à ses fins, cette femme de 58 ans a fait appel à deux mères porteuses, et chacune a donné naissance à deux enfants⁷⁷⁷.

446. La mère d'intention, qui se trouve être également la grand-mère des enfants, a demandé aux officiers d'état civil d'inscrire le nom de la mère d'intention dans l'acte de naissance des enfants et de se voir conférer la qualité de mère. Cette demande lui a été refusée par les autorités ukrainiennes, au motif que seuls les

⁷⁷² Si la portée de la demande est claire dans l'affaire Kelesheva, la jurisprudence et la presse russe restent silencieuses concernant la demande relative à l'établissement de la filiation paternelle dans deux autres affaires.

⁷⁷³ Le jugement du Tribunal du district Babushkinky de Moscou du 28 avril 2011 et l'arrêt du Tribunal de Moscou du 08 juin 2011 N4r/5-8659/11.

⁷⁷⁴ Il paraît important de mettre chaque fois l'accent sur la nationalité que la personne met en avant dans les affaires transfrontalières. Cela a un impact primordial pour les règles de droit applicables et le positionnement des juges.

⁷⁷⁵ Article : « Les enfants nés trois ans après le décès de leur père » in *Komsomolskaia pravda* le 07 mai 2017 <https://m.kp.ru/daily/26676.3/3698008/>

⁷⁷⁶ www.rgru/2011/06/02/surrogat.html et ria.ru/video/2010609/38613361.html.

⁷⁷⁷ Ces GPA ont été réalisées avec l'aide d'une clinique, avec les conventions signées avec ces gestatrices.

couples mariés peuvent être enregistrés en tant que parents. La grand-mère a saisi la justice en vain, en première instance et en appel. Au moment où la Cour Suprême a été saisie, les enfants n'étaient toujours pas inscrits dans les registres d'état civil, et n'avaient donc pas d'existence légale.

Cette affaire a soulevé une polémique et a fait ressurgir des précédents. Mme Lamira Kelesheva n'était pas la première « grand-mère » désirant devenir mère d'enfants nés par gestation pour autrui. En 2005 déjà à Ekaterinbourg, Ekaterina Zakharova, et en 2010 Natalia Klimova à Saint-Pétersbourg, avaient utilisé le sperme congelé de leurs fils postérieurement au décès de ces derniers. Ces grand-mères avaient obtenu gain de cause devant le Tribunal et avaient été inscrites en qualité de mères dans les actes de naissance des enfants⁷⁷⁸. En première approche, rien ne distinguait l'affaire « Lamira Kelesheva » des deux précédentes : une gestation pour autrui, un don d'ovocytes et l'utilisation du sperme congelé du fils décédé. Dans ces trois affaires, la seule question à laquelle les juges ont dû répondre était celle du droit d'une personne célibataire de recourir à la technique de la gestation pour autrui⁷⁷⁹.

447. La Cour de cassation de Moscou a refusé à la demanderesse l'inscription à l'état civil de sa qualité de mère. Les termes de l'arrêt de la Cour de Moscou⁷⁸⁰ sont reproduits en note infra-paginale, afin de permettre au lecteur de prendre connaissance dans le détail de la motivation et des attendus des magistrats.

La demanderesse, Madame Kelesheva, a contesté le refus⁷⁸¹ de l'état civil du district Baboushkinsky de Moscou de l'enregistrer en tant que mère de quatre enfants nés en Russie de la gestation pour autrui, et son fils (décédé) en tant que père des enfants.

⁷⁷⁸ Les tribunaux russes ont refusé la transcription du nom du père biologique dans les actes de naissance de ces enfants.

⁷⁷⁹ Dans les six affaires concernant les pères célibataires, la Cour n'a traité que cette question en tant que question nouvelle.

⁷⁸⁰ En Russie, dans les villes fédérales, les Tribunaux des districts tranchent les litiges en première instance et les Tribunaux de la ville - un seul par ville - constituent la juridiction d'appel. Pour une question de simplicité, nous utiliserons le terme « Tribunal » pour les juridictions de première instance et le terme « Cour » pour les juridictions de deuxième instance.

⁷⁸¹ Le jugement du Tribunal du district Babushkinky de Moscou du 28 avril 2011 et l'arrêt du tribunal de Moscou statuant en appel du 08 juin 2011//Определение судьи Московского городского суда Дело N4r/5-8659/11

Dans le cadre d'un recours devant le procureur contre la décision « nadzornaia jaloba »⁷⁸², l'autorisation de former un recours devant la Cour Suprême a été rejetée. La demanderesse y contestait les décisions précédentes ayant confirmé le refus des officiers d'état civil du district Baboushkinsky d'enregistrer la requérante en tant que mère des enfants, et son fils en qualité de père.

Il convient de reprendre les faits exposés dans la décision, s'agissant de la seule source fiable⁷⁸³. Les faits rapportés dans la décision de rejet sont les suivants :

« A la demande de Madame L.K. la gestation pour autrui a été réalisée durant la période du 31 mars au 30 avril 2010 dans le centre médical pratiquant cette technique. Les ovocytes d'une donneuse anonyme et le sperme du fils décédé ont été utilisés pour la FIV. Le 30 avril 2010, trois embryons ont été transférés dans l'utérus de chacune des deux mères porteuses (trois pour chacune d'entre elles). En conséquence, deux grossesses gémellaires ont ainsi été provoquées.

Le 06 janvier 2011, la gestatrice Sch.M.B. a accouché de deux garçons dans une maternité de Moscou. Le 08 janvier 2011, la gestatrice P.E. a donné naissance à une fille et à un garçon. La maternité a fourni le certificat de naissance des enfants.

Les deux gestatrices ont donné leur accord à l'inscription de Mme Kelecheva en tant que mère dans l'acte de naissance des enfants.

La mère d'intention a fait une demande de délivrance des actes de naissances des enfants devant l'officier d'état civil du district Baboushkinsky de Moscou. Le 18 février 2011, ce service a informé Mme Kelesheva de son refus de l'enregistrer en tant que mère, et son fils décédé en tant que père des enfants, car « *Madame Kelesheva n'est pas liée par les liens matrimoniaux, le consentement écrit de son fils au recours à la FIV et le transfert des embryons aux autres femmes dans le but de la gestation pour autrui n'a pas été produit. Le Code de la famille et la loi fédérale sur*

782« nadzornaia zaloba », dans le cadre d'une affaire civile, est la dernière possibilité d'annuler toutes les décisions judiciaires précédentes. Cette procédure s'opère en deux étapes : examen de la recevabilité et examen sur le fond de l'affaire. Lorsque le demandeur est débouté de sa demande, il ne lui reste que les recours devant les juridictions internationales.

783 Les histoires narrées par les journaux et citées dans les articles de K. Svitnev sont à lire avec précaution. Ce dernier est, en effet, à la fois propriétaire d'une clinique de PMA et consultant juridique ; il a représenté ses clients (dans des cas de GPA, y compris post mortem, devant les tribunaux russes et l'affaire de Capenelli contre la France devant la CEDH). C'est un juriste de renom, mais le conflit d'intérêt existant doit être pris en considération lors de la lecture de ses analyses.

les actes d'état civil ne prévoient pas de procéder à l'enregistrement dans les registres d'un enfant né de la mère inconnue (la donneuse anonyme des ovocytes), porté et accouché par une gestatrice à qui l'embryon a été transféré par FIV ».

Le magistrat a considéré le refus de l'officier d'état civil comme justifié, et a jugé que *« conformément aux articles 15 et 16 de la loi fédérale sur les actes d'état civil et de l'alinéa 4 de l'article 51 du Code de la Famille, l'enregistrement des enfants nés d'une gestation pour autrui se fait à la demande des deux époux avec l'accord de la gestatrice ».*

Conformément à l'article 35 des Bases sur la protection de la santé des citoyens, ratifiées par la Cour Suprême le 22 juin 1993 N5487-1 et l'annexe N1 de l'Arrêté du ministère de la Santé sur la procréation médicalement assistée dans le but du traitement de l'infertilité masculine et féminine, la gestation pour autrui est considérée comme l'une des techniques de traitement d'infertilité dont le choix doit être individuel ! En prenant en considération le fait que les parents biologiques de l'enfant sont infertiles, la loi pose certaines exigences médicales et juridiques pour le recours à cette technique. La gestation pour autrui peut être utilisée seulement si les époux désirant avoir un enfant sont porteurs d'un risque de maladie ou de pathologie.

Comme la demanderesse n'est pas liée par les liens matrimoniaux, la naissance des enfants par recours à la gestation pour autrui ne constituait pas, pour elle, un traitement d'infertilité ; les ovocytes utilisés n'étaient pas les siens mais ceux d'une donneuse.

La demande de Mme Kelesheva pose un problème éthique car, étant la grand-mère biologique des enfants, elle souhaite mentionner son fils décédé comme étant leur père, ce qui est contraire à la logique généalogique⁷⁸⁴.

« En l'espèce, la demanderesse n'a pas produit l'accord de son fils décédé à la FIV avec une gestatrice ». En conséquence, la Cour a décidé que le refus de l'officier d'état civil du district Baboushkinsky de Moscou, qui s'est basé sur l'article 11 de la loi fédérale sur les actes d'état civil, était légitime.

La procédure d'enregistrement des parents dans les registres d'état civil est prévue par l'article 17 de la loi fédérale sur les actes d'état civil.

⁷⁸⁴ « Противоречит сущности родительских правоотношений ».

« Vu l'absence de fondement légal pour un tel enregistrement, les décisions des juridictions confirmant le refus des officiers d'état civil sont bien fondées ».

« En outre, l'arrêt de la Cour fait référence au fait que Mme Lamira Kelesheva prétendait que son fils avait donné son consentement au recours à la gestation pour autrui, au moyen d'une procuration délivrée à sa petite amie. Et que cette dernière avait cédé ce droit à Mme Kelesheva. Or cette procuration n'a jamais été produite ni devant les juridictions, ni à l'officier d'état civil.

Les preuves que le fils de Lamara Kelesheva ait donné son consentement écrit à L.K. au recours à la FIV et au transfert des embryons dans l'utérus d'une femme pour la gestation, n'étaient pas produites non plus.

Dans ces circonstances, il y a lieu de considérer que la Cour a bien appliqué l'alinéa 5 de l'article 16 de la loi fédérale sur les actes d'état civil.⁷⁸⁵ »

448. Mais la mère d'intention continua d'œuvrer pour que son nom fût inscrit dans la case « mère » et celui de son fils dans la case « père ». Après avoir épuisé toutes les voies de recours en Russie, Mme Lamira Kelesheva a été contrainte de passer par l'adoption des enfants. Elle figure désormais dans leur acte de naissance en qualité de mère.

Il convient toutefois d'aborder le contexte international de l'affaire de Mme Kelesheva⁷⁸⁶ (les autres cas examinés étaient « nationaux »). De nombreux journaux mettaient en lumière son histoire et les difficultés rencontrées pour établir les actes d'état civil des quatre enfants venus au monde, même si, comme il a été dit, au premier abord, les faits semblaient en tous points analogues à ceux des deux autres affaires⁷⁸⁷.

Pour l'heure, elle n'a pu établir la filiation paternelle des enfants vis-à-vis à son fils décédé. Et elle poursuit son combat en Grèce⁷⁸⁸. En fait, Mme Kelesheva

⁷⁸⁵ Affaire N4r/5-8659/11 devant la Cour de Moscou.

⁷⁸⁶ www.rgru/2011/06/02/surrogat.html et ria.ru/video/2010609/38613361.html.

⁷⁸⁷ Commentaire d'arrêt en M2 de Alla LECHTENKOVA <http://blogs.u-paris10.fr/content/commentaire-de-l%E2%80%99arr%C3%AAt-du-8-juin-2011-rendu-par-la-cour-d%E2%80%99appel-de-moscou-affaire-de-lamila->

⁷⁸⁸ Il est intéressant de noter que la mère se déclare résidente russe devant les autorités russes. A une question de la journaliste sur ses moyens de subsistance, Mme Kelesheva indique vivre d'aides aux familles

possède au moins deux nationalités⁷⁸⁹ : russe et grecque. Comme c'est le cas dans tous les états, la nationalité de l'état devant lequel l'affaire est portée, prime. Et donc, les tribunaux Russes ont appliqué la loi russe et les règles du droit russe relatives à la filiation et aux actes d'état civil, en prenant en compte exclusivement la nationalité russe du parent commanditaire et le lieu de naissance des enfants.

Les juridictions grecques⁷⁹⁰ considèrent ainsi la situation. *« Il arrive que la personne qui a eu recours au procédé d'assistance, se lie à l'enfant né au moyen d'une adoption. C'est ce qui s'est produit dans une affaire très originale portée à la connaissance des juridictions grecques. Dans cette affaire⁷⁹¹, une femme ayant sa résidence habituelle en Grèce, médecin de profession, a fait extraire de manière illégale le matériel génétique de son fils décédé dans un accident de voiture. Elle s'est par la suite rendue en Russie où elle a eu recours à deux procédés de gestation pour autrui avec le matériel génétique de son fils⁷⁹² à l'aide de deux femmes différentes. Quatre enfants, trois garçons et une fille, sont nés de deux gestations pour autrui. La femme a tenté sans succès de créer des liens de filiation avec eux une fois de retour en Grèce. Pour cette raison, elle est rentrée en Russie où elle a pu procéder à l'adoption des enfants. La reconnaissance de la décision d'adoption a été sollicitée au Tribunal de première instance de Thessalonique. Le juge a rejeté la*

nombreuses et aussi d'autres prestations familiales versées en Russie. // Cf. article de la Komsomolskaïa Pravda cité ci-dessus.

⁷⁸⁹ Au minimum deux, car du fait de sa naissance en Géorgie, elle était en droit de bénéficier également de la nationalité de cet État.

⁷⁹⁰ ROKAS K, *L'assistance médicale de procréation en droit comparé*, th. sous la direction du professeur E. PATAUT, Paris 1, 2016. Pages 362 -363.

⁷⁹¹ Thèse de ROKAS : TPI de Thessalonique 7013/2014, Efarmoges Astikou Dikaiou 2013, p. 340, observations par PANTELIDOU D. Kalliroi [en grec]; Armenopoulos 2013, p. 1291, commentaire par ANTHIMOS Apostolos [en grec]; PAPADOPOULOU Dimitra, « Post mortem artificial fertilisation and surrogacy in practice », in SYMEONIDOU-KASTANIDOU Elissavet (sous la dir. de), *Assisted Reproduction in Europe: Social, Ethical and Legal Issues*, conférence organisée par l'Université Aristote de Thessalonique, 11-13 décembre 2014, Sakkoulas, Thessalonique, 2015, pp. 113-120 ; ROKAS A. Konstantinos, « Difficulties of recognition in Greece of parentage links created in foreign legal orders following recourse to techniques of medically assisted reproduction », in SYMEONIDOU-KASTANIDOU Elissavet (sous la dir. de), *Assisted Reproduction in Europe: Social, Ethical and Legal Issues*, conférence organisée par l'Université Aristote de Thessalonique, 11-13 décembre 2014, Sakkoulas, Thessalonique, 2015, pp. 463-470, spéc. pp. 464-465.

⁷⁹² Thèse de K. ROKAS la décision grecque ne précise pas à qui appartenait les ovules mais il semble qu'il s'agissait des ovules des gestatrices. KOTZAMPASI Athina, « Bonds of love or bonds of blood ? » , op.cit. , supra, p. 309.

reconnaissance de la décision étrangère pour contrariété à l'ordre public international. En l'espèce, les faits surprennent et provoquent l'émoi. Le déclenchement de l'ordre public international paraît de prime abord une réaction logique. Le juge, à l'appui de son raisonnement, souligne le fait que la fertilisation post mortem et les gestations pour autrui qui ont lieu à l'étranger, étaient conduites selon le droit russe et que la procédure suivie était contraire aux règles grecques y afférentes. La mère d'intention n'avait pas de problème médical l'empêchant de porter un enfant et elle avait dépassé l'âge légal, selon le droit grec, pour l'accès à l'assistance médicale à la procréation. En outre, le fils décédé n'avait pas consenti à l'utilisation de son matériel génétique post mortem, et la requérante n'a pas eu d'autorisation judiciaire pour procéder à une insémination post mortem.

L'application d'un cadre juridique substantiellement différent du cadre juridique grec a permis également l'invocation d'un argument reposant sur la fraude malgré le fait que la fraude ne constitue pas en droit grec un obstacle à la reconnaissance de jugements étrangers. Pour ces raisons, le Tribunal a conclu que : « La solution accordée par la décision étrangère développe dans le territoire grec des conséquences juridiques qui sont en conflit avec des principes fondamentaux dominants en Grèce qui reflètent des conceptions sociales, religieuses, morales et autres conceptions généralement acceptées ; qui régissent et règlementent de manière stable les relations sociales en Grèce, et constituent une barrière pour l'application dans le for des règles d'un droit étranger qui peut créer une distorsion du rythme de vie dominant dans le pays [...] en l'espèce il n'existe aucun doute que ce qui est en cause est la cohérence du droit de la famille et plus généralement du droit privé comme un système de valeurs [...] parce que nous sommes conduits au paradoxe de reconnaître comme mère des enfants la grand-mère biologique alors que ni les conditions de l'adoption ni celles relatives à l'assistance médicale à la procréation du droit grec ne sont respectées. »

Il convient de noter qu'après cette décision, la femme a pu obtenir auprès des tribunaux grecs la garde des enfants, et a en même temps engagé une action dans le but de faire reconnaître la paternité de son fils.

La décision qui vient d'être examinée est exceptionnelle par rapport aux affaires relatives à l'établissement des liens de filiation.

449. L'affaire de Madame Kelesheva constitue une bonne illustration de des dérives en matière de « tourisme procréatif » que peuvent occasionner les techniques de la procréation médicalement assistée. Il en ressort que le tourisme médical de procréation et la plurinationalité des parties concernées ne manquent pas d'engendrer des situations dont le justiciable « avisé » peut tirer profit.

450. Il est intéressant de noter que la France a été amenée à se prononcer sur des affaires similaires. On peut citer à ce titre la décision du Conseil d'Etat du 04 décembre 2018, N 425446. Dans cette affaire, la mère d'un jeune homme décédé s'est vu refuser le transfert des gamètes de son fils en Israël. Le Conseil d'Etat a considéré qu'« il n'apparaissait pas que l'intéressé (le jeune homme décédé) ait eu un projet parental précis, pour lequel il aurait procédé, à titre préventif, à un dépôt de gamètes en vue de bénéficier d'une assistance médicale à la procréation dans les conditions prévues par le Code de la santé publique, ni qu'il ait explicitement consenti, à cette fin, au cas où les tentatives réalisées de son vivant se seraient révélées infructueuses, à l'utilisation de ses gamètes après son décès. Enfin, il n'est pas établi par les pièces versées au dossier qu'une insémination artificielle pourrait être réalisée en Israël à la demande de la mère de l'intéressé. Par suite, la décision contestée ne porte pas une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale ».

CHAPITRE II. La nécessité d'une législation nationale plus détaillée sur la procréation médicalement assistée

451. L'ampleur des polémiques entre les juristes russes et ukrainiens illustre une prise de conscience des problèmes engendrés par le caractère lacunaire de leurs législations, civile et pénale. Pour les étrangers, l'une des principales raisons pour lesquelles ils choisissent la Russie et les pays de l'espace post-soviétique pour le traitement de l'infertilité, outre les coûts plus abordables et la proximité géographique, est la législation libérale de la Russie en matière de procréation médicalement assistée, en matière des dons des gamètes, la maternité de substitution

commerciale et la reproduction posthume⁷⁹³. Les couples non mariés, les couples de même sexe et les personnes célibataires peuvent avoir accès à la PMA et à la GPA. Il semble qu'il y ait aussi une forte demande pour le diagnostic génétique préimplantatoire qui permet également de déterminer le sexe de l'embryon⁷⁹⁴.

452. Malgré le développement de la procréation médicalement assistée et surtout de la gestation pour autrui, la loi ne répond toujours pas aux multiples questions auxquelles sont confrontés les parents ayant recours à la procréation médicalement assistée. Les situations sont très hétérogènes.

453. Il faut faire le constat de l'absence d'une véritable stratégie relative au développement des soins dans le domaine de la santé (en particulier dans le domaine de la santé procréative) à long terme. En Russie, un projet de texte pour la période allant jusqu'à 2030 a été publié sur le site web du ministère de la Santé de la Fédération de Russie le 24.12.2014, mais il n'a pas encore été adopté et les adaptations législatives tardent. Du reste, le projet souffre de lacunes importantes. La disponibilité, la qualité et la rapidité des soins médicaux ne font pas partie des priorités retenues dans ce document⁷⁹⁵.

454. La nécessité d'adopter une loi spéciale sur les droits reproductifs des citoyens est régulièrement évoquée en Russie et en Ukraine. Parmi les questions nécessitant une réglementation détaillée dans la Fédération de Russie, figure la

⁷⁹³ C. WEIS Changing Fertility Landscapes: Exploring the Reproductive Routes and Choices of Fertility Patients from China for Assisted Reproduction in Russia in *Asian Bioethics Review* (2021).

⁷⁹⁴ Bien que ces pratiques soient contraires à la loi fédérale russe N° 323, les cliniques privées russes ont la réputation de les pratiquer, et cela également sans indication médicale. Au titre de rappel, les hommes célibataires et les couples homosexuels masculins ne sont pas explicitement répertoriés comme pouvant bénéficier d'une maternité de substitution en Russie. Et les agences adressent ces hommes à des avocats spécialisés qui les représentent devant les tribunaux pour établir la filiation paternelle.

Voir sur ce sujet :

SIEGL V. The ultimate argument: Evoking the affective powers of "happiness" in commercial surrogacy. In *Anthropological Journal of European Cultures* 27 (2). 2018. pp 1–21 ; P.VLASENKO Desirable Bodies/Precarious Laborers: Ukrainian Egg Donors in Context of Transnational Fertility. In *Fertile Citizens: Anthropological and Legal Challenges of Assisted Reproduction Technologies*. 2015, pp 197–216 ; Ch. WEIS Born to birth? - Surrogacy workers in Saint Petersburg. Master Thesis, Utrecht University ; Ch. WEIS . Reproductive migrations: Surrogacy workers and stratified reproduction in St Petersburg. PhD Thesis, De Montfort University, 2017.

⁷⁹⁵ PETUKOVA O., POPOVA A., SHISH E. etc. La perfection de la législation dans le domaine de la protection de la santé des citoyens de la Fédération de Russie. *Delovoi dvor*. 2017. Pp.355 //Петюкова О.Н., Попова А.В., Шиш Е.О., Буянова А.В., Воронов А.М., Мохов А.А., Баранов В.А., Райлян А.И., Бученков Г.А. Совершенствование законодательства об охране здоровья граждан в РФ. *Деловой двор*. 2017. 355стр.

définition, au niveau législatif, des droits reproductifs des citoyens, du statut juridique du matériel génétique (ovules et spermatozoïdes) et des embryons. Ce texte de loi devrait, par ailleurs, traiter des problématiques spécifiques à la gestation pour autrui, sans omettre le financement public du traitement de l'infertilité pour certaines catégories de citoyens, et les compétences dévolues au gouvernement de la Fédération de Russie dans le domaine des technologies de reproduction (notamment le contrôle de tous les acteurs de ce marché).

Les juristes ukrainiens⁷⁹⁶ plaident aussi en faveur de l'adoption d'une loi spéciale ou d'un code de la médecine qui contiendrait un chapitre consacré à la procréation médicalement assistée⁷⁹⁷. Mais également pour un amendement à la Constitution de l'Ukraine afin d'y insérer le droit à la procréation médicalement assistée comme un droit constitutionnel. Plus précisément, il s'agirait de compléter l'article 27 par un alinéa ainsi libellé : « Les droits reproductifs sont garantis pour tous. Toute personne a le droit de faire valoir ses droits reproductifs de son plein gré et dans son propre intérêt ». Il semble capital de définir les concepts de « maternité de substitution », « parents potentiels / gestationnels »⁷⁹⁸ et de fixer un âge limite pour la gestatrice⁷⁹⁹⁸⁰⁰.

Plan. A l'heure actuelle, les législations russe et ukrainienne sur la PMA sont loin d'être détaillées. Un grand nombre des questions restent hors encadrement, permettant des situations boiteuses et des dérives. Dès lors, des réformes (en droit

⁷⁹⁶ GOLOVOSHOUK A. Les relations du droit civil dans le domaine de l'AMP (Réglementation en droit civil des relations liées à l'application de l'AMP ou Les règles du droit civil lors de l'AMP ou Encadrement de l'AMP par le droit civil). Thèse. Kiev, 258pp, 2017.

⁷⁹⁷ POUGACH D., Encadrement administratif et juridique des relations dans le domaine de l'AMP. 2018. //Пугач Д. А. Административно-правовое регулирование отношений в сфере ВРТ: дисс. КЮН К., 2018. http://sipl.com.ua/wp-content/uploads/2018/08/%D0%94%D0%B8%D1%81_%D0%9F%D1%83%D0%B3%D0%B0%D1%87%D0%B0_%D0%BD%D0%B0-%D1%81%D0%B0%D0%B9%D1%82.pdf

⁷⁹⁸ L.MARTINIUK Encadrement de la PMA en Ukraine : les problématiques in Bulletin de l'Université d'Odessa. 2019. N1(34)/ Мартинюк Л. П. Правовое регулирование применения вспомогательных репродуктивных технологий в Украине: проблемные аспекты. Вестник ОНУ имени И.И. Мечникова. Правознавство. 2019. Т. 24. Вып. 1 (34). <http://heraldlaw.onu.edu.ua/article/view/170523/172935>

⁷⁹⁹ L'article 6.4 de l'Arrêté du ministère de la Santé de l'Ukraine du 09.09.2013 N787 sur le recours à la PMA en Ukraine ne pose pas de limite d'âge pour une gestatrice. Le texte exige seulement qu'elle soit majeure, joue d'une pleine capacité juridique, et ait déjà un enfant en bonne santé. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1697-13#Text//>

⁸⁰⁰ I. VERES Les problèmes de la GPA in Avocat. 2013. N° 3(150). Pp. 27-31 //Верес И. Я. Проблемы правового регулирования сурrogатного материнства. Адвокат. 2013. N° 3(150). С. 27-31

civil et en droit pénal) s'imposent dans le domaine de la procréation médicalement assistée. (Section I). Les questions particulières (célibataires, hommes, étrangers), appellent des réformes indispensables dans le domaine transversal de la gestation pour autrui, qui définiraient un cadre en commençant par l'accès aux techniques, et en terminant par la détermination des règles garantissant un établissement de la filiation aux enfants nés de cette technique (Section II).

SECTION I. Des réformes nécessaires dans le domaine de la procréation médicalement assistée

455. La Russie et l'Ukraine sont les deux pays de l'ex-URSS souvent évoqués comme terre d'accueil pour les couples qui souhaitent avoir recours aux techniques de procréation médicalement assistée, sans doute en raison de leur législation à la fois permissive et lacunaire, des tarifs « bon marché »⁸⁰¹ qu'ils offrent, et du fait qu'ils encouragent le tourisme procréatif⁸⁰². Les Etats comme le Kazakhstan⁸⁰³ ou la Biélorussie⁸⁰⁴, qui disposent d'une législation plus détaillée et qui offrent davantage de garanties aux personnes ayant recours à la procréation médicalement assistée, restent dans l'ombre au niveau international. L'afflux de parents candidats à la GPA est constaté et soulève des difficultés⁸⁰⁵.

⁸⁰¹ L'augmentation des flux du tourisme procréatif vers ces Etats est aussi due, en partie, aux reformes en droit indien et, en conséquence, d'une fermeture de l'accès à la GPA des étrangers.

⁸⁰² Comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States, 2013. Pp. 267-276. <http://www.europarl.europa.eu/studies>.

⁸⁰³ Une association de médecins spécialisés dans le domaine de la procréation médicalement assistée (<https://repromed.kz/>) a mis en exergue plusieurs questions nécessitant une modification législative. Il s'agit notamment de la formation des spécialistes des cliniques oeuvrant en matière d'AMP au niveau de l'Etat, de l'ouverture de la gestation pour autrui aux femmes célibataires, du transport des embryons et des gamètes à l'extérieur du pays pour satisfaire la demande d'utilisateurs. Avec la création de l'assurance maladie obligatoire dans le pays, la prise en charge des traitements de la procréation médicalement assistée par l'Etat doit également, de l'avis de ces médecins, être intégrée⁸⁰³ dans le système de santé ukrainien.

⁸⁰⁴ Bien qu'aucun des Etats cités ne possèdent une législation et un système de révision des lois bioéthiques comparables à ceux de la France.

⁸⁰⁵ Voir notamment: O. Grytsenko The stranded babies of Kyiv and the women who give birth for money in The Guardian <https://www.theguardian.com/world/2020/jun/15/the-stranded-babies-of-kyiv-and-the-women-who-give-birth-for-money> ; Guyonne de Montjou GPA en Ukraine : le business des bébés in Figaro. 23/10/2020 <https://www.lefigaro.fr/vox/politique/les-centaines-de-bebes-bloques-en-ukraine-montrent-l-indecence-de-la-gestation-pour-autrui-20200618> ; Claire de la Hougue «Les centaines de bébés bloqués en Ukraine montrent l'indécence de la gestation pour autrui» in Figaro. 18/06/2020; <https://www.lefigaro.fr/international/gpa-en-ukraine-le-business-des-bebes-20201023> ; V. Gauriat

§ I. Une nécessaire refonte du droit afin de limiter les abus et de protéger les personnes impliquées dans la PMA/GPA

456. Les Etats ayant déjà une loi spéciale consacrée à la procréation médicalement assistée et à la filiation des enfants nés de la procréation médicalement assistée. La législation du Kazakhstan par exemple, propose une réglementation plus détaillée dans le domaine de la protection de la santé des citoyens que les systèmes russe et ukrainien⁸⁰⁶. En particulier, le Code Kazakh de « la Santé des citoyens et du système de Santé » est beaucoup plus approfondi que la loi fédérale N323 de la Fédération de Russie. La doctrine russe considère qu'il serait judicieux de s'inspirer du système kazakh lors des réformes à venir dans ce domaine en Russie.

457. Les études réalisées par les juristes russes au cours des dernières décennies permettent d'établir la liste des carences dont souffre la législation actuelle tant sur le volet civil, que pénal et même commercial.

458. Nombreuses difficultés sont identifiées par les civilistes russes en matière de procréation médicalement assistée. Selon les rapports de la RARH (l'Association russe pour la reproduction humaine), le nombre de recours aux FIV et à la GPA sont en progression. Cette tendance est mondiale⁸⁰⁷.

Gestation pour autrui : un enfant à tout prix ? in euronews. 28/09/2020 <https://fr.euronews.com/2020/09/25/gestation-pour-autrui-des-enfants-et-des-parents-comme-les-autres>.

806 Le Code de la famille et du mariage kazakh va au-delà des règles d'établissement de la filiation des enfants conçus grâce à la PMA/GPA : de nombreuses situations sont envisagées (le refus de l'enfant par les parents d'intention ou par la gestatrice, le décès d'un des intervenant au programme de la gestation pour autrui, le sort du contrat en cas de fausse couche, de refus des parents d'intention d'accueillir l'enfant né, etc.).

807 Pour les statistiques francaises, voir notamment l'article de E. DE LA ROCHEBROCHARD 1 enfant sur 30 conçu par assistance médicale à la procréation en France in *Population & Sociétés* 2018/6 (N° 556), pages 1 à 4.

L. SANCHEZ *PMA : pourquoi est-elle plus utilisée dans certains pays que dans d'autres ? Quarante ans après les débuts de la fécondation in vitro, le nombre d'enfants nés grâce aux diverses techniques d'assistance médicale à la procréation a explosé*. In *Le Monde*. 25 juillet 2018.

J. PASSET WITTING, A. L GREIL *On estimating the prevalence of use of medically assisted reproduction in developed countries: a critical review of recent literature* in *Human Reproduction Open*, Volume 2021, Issue 1, 2021.

Les débats relatifs à la PMA/GPA ont pris un tournant inattendu du fait des restrictions prises par les Etats en raison de la propagation du virus au printemps 2020. Cela a engendré une catastrophe pour les futurs parents qui devaient assister à la naissance de leur enfant issu d'une GPA à l'étranger et le ramener en France⁸⁰⁸. Les scandales autour des nouveaux-nés bloqués dans le pays de naissance ont également soulevé des débats⁸⁰⁹, et ont eu comme conséquence l'ouverture d'enquêtes pénales. Ces dernières ont fait remonter jusqu'au public de nombreux abus dans le domaine de la PMA, et ont nourri une nouvelle vague de propositions de réformes⁸¹⁰.

En droit civil, les constats des juristes portent sur plusieurs sujets : les embryons et les gamètes ; les droits des enfants à naître et ceux des personnes participant au programme de PMA/GPA ; l'imperfection du système de la sécurité sociale pour la prise en charge de la PMA ; et le volet contractuel et l'encadrement des cliniques et des agences.

459. Définir le statut juridique des gamètes et des embryons. Le statut juridique des ovocytes, spermatozoïdes et des embryons doit être défini au niveau législatif⁸¹¹. Les juristes sont unanimes pour considérer qu'un embryon ne peut pas être un bien et, par conséquent, faire partie du patrimoine commun des époux, de l'héritage, etc. Cependant, il est important de préciser si le droit de disposer des embryons appartient aux deux parents ou à l'un d'entre eux seulement. Il apparaît aussi souhaitable d'encadrer strictement le sort des embryons non utilisés, et de fixer des règles régissant la disposition du matériel génétique par les établissements médicaux. Il serait aussi judicieux que le législateur crée une banque unique de

⁸⁰⁸ M. DELPIERRE "Un mélange de frustration, d'incompréhension et de fatalisme" : les futurs parents d'enfants nés par GPA face aux mesures internationales de confinement. FranceInfo. 09/04/2020.

⁸⁰⁹ E. SANTELICES. Otages de la crise du Covid-19, des bébés GPA attendent leurs parents biologiques en Russie. Euronews. 24/09/2020.

Claire de la Hougue « Les centaines de bébés bloqués en Ukraine montrent l'indécence de la gestation pour autrui » in Le Figaro. 18/06/2020 ; <https://www.lefigaro.fr/international/gpa-en-ukraine-le-business-des-bebes-20201023>

⁸¹⁰ Les réformes sont discutées dans le titre II.

⁸¹¹ PESTRIKOVA A., La création des embryons : but et utilisation comme fondement de la définition du statut des embryons. Publication suite à la conférence « Les sciences nationales à l'époque des changements. » du 07-08 août 2015 à Ekaterinbourg .pp.11-17// Пестрикова А.А. Создание эмбрионов цель и дальнейшее использование, как основание определения их правового статуса. Отечественная наука в эпоху изменений: постулаты прошлого и теории нового времени: Сборник трудов 12-й Международной научной конференции (Екатеринбург, 7-8 августа 2015 г.). 2015. С. 11-17

données génétiques, et se penche sur les questions de propriété et de responsabilité en cas de perte ou de diffusion illicite des données.

460. Créer un registre national des donneurs. Aujourd'hui, l'article 14 du Code de la famille de la Fédération de Russie prohibe les mariages entre proches (ascendants et descendants directs - parents et enfants, grands-parents et petits-enfants), frères et sœurs et demi-frères et demi-sœurs. Le recours à la procréation médicalement assistée avec donneur a comme conséquence la naissance d'enfants enregistrés comme des personnes nées de parents différents (c'est-à-dire formellement non apparentées). Il existe donc un besoin d'échange d'informations. Aujourd'hui, il n'existe aucune base unique des donneurs en Russie. Nombreux sont les donneurs de sperme qui s'adressent à plusieurs centres médicaux, parfois dans la même ville. Bien que l'ordonnance de 2003 mette en place une restriction en limitant les naissances à 20 enfants pour un même donneur pour une région de 8 000 habitants, il n'existe aucun contrôle ni aucune statistique au niveau régional ou national⁸¹². Le recueil d'informations sur les donneurs est nécessaire, entre autres, pour prévenir d'éventuels mariages et/ou naissances d'enfants de personnes génétiquement proches, ainsi que tout abus des donneurs et des mères porteuses (lorsqu'une femme utilise trop souvent son corps pour porter un enfant).

461. **Embryons.** Certaines manipulations d'embryons n'ont pas encore trouvé de solution même au sein de la communauté médicale. A titre d'exemple, la question de l'impact du don de gamètes à des personnes (apparentées) proches sur les maladies génétiques ; les problèmes éthiques que pose le fait que le don d'ovule soit payant, et les risques de complications pour la santé de la donneuse qui en découlent ; le risque également de commerce illégal de cellules souches⁸¹³.

⁸¹² ISAKOVA E., Le don des gamètes in Conférence « Les techniques de reproductions modernes » Vladivostok. 18-19 septembre 2018. // Региональная конференция "Современные репродуктивные технологии". 40 лет ВРТ. Владивосток, 18-19 сентября 2018г. Сурогатное материнство. Донация гамет 2018 Э.В.Исакова <https://www.youtube.com/watch?v=sfaFWWuPHvc>

⁸¹³ OGNEROUBOV N., « Problème de légalisation du statut de l'embryon dans le contexte pénal de la protection de la vie ». In Vestnik de l'Académie d'Altaï de l'économie et du droit, N5, mai 2020. Pp 380-386.// Проблема легализации статуса эмбриона в контексте уголовно-правовой охраны жизни (Н.А. Огнерубов, журнал "Вестник Алтайской академии экономики и права", N 5 (часть 2), май 2020 г., с. 380-386.

462. Comme en droit russe, en Ukraine, il n'existe pas de régime juridique de l'embryon humain⁸¹⁴. Les nombreuses questions relatives aux embryons restent hors champ réglementaire. Il s'agit notamment du sort des gamètes et des embryons cryoconservés. La législation actuelle reste silencieuse sur la question de la destruction ou du sort des gamètes/embryons cryoconservés en cas, par exemple, de divorce d'un couple ou de décès d'une personne qui a procédé à la cryoconservation de son matériel génétique⁸¹⁵.

463. Absence de définition des techniques de procréation médicalement assistée. Rappelons qu'il n'existe, au niveau législatif russe, aucune définition des technologies de reproduction, de l'insémination artificielle, de l'implantation d'embryons, de la maternité de substitution, etc.

464. Aucune prohibition expresse à la procréation post mortem en Russie. Comme il a été dit auparavant, la procréation post mortem⁸¹⁶ est pratiquée en Russie ou au Kazakhstan. Cependant, le législateur ne n'a ni prohibé, ni autorisé, ni délimité les contours de ce qui est permis en la matière.

465. La personne souhaitant avoir recours à la PMA/GPA post mortem peut être différente : le conjoint du défunt, ou ses parents, qui souhaitent devenir les grand-parents⁸¹⁷.

466. Il n'existe pas d'unité d'opinion sur ce sujet au niveau international. Certains Etats comme le Portugal, l'Espagne, la Belgique, les Pays-Bas, la Grèce, le Royaume-Uni et les Etats-Unis, autorisent la procréation post mortem, mais selon des

⁸¹⁴ GOLOVOSHUK A. Encadrement juridique de la PMA en Ukraine. Kiev. Thèse 2017 (en langue ukrainienne).P. 56

⁸¹⁵ <https://eba.com.ua/devaki-pytannya-u-sferi-reproduktyvnyh-tehnologij-vymagayut-uvagy/>

⁸¹⁶ A lire notamment les articles de K. Svitnev.

⁸¹⁷ La situation des parents du défunt qui souhaitent devenir grands-parents peut relever de scénarios différents. Il peut s'agir d'un défunt qui n'avait pas de conjoint au moment de son décès. Le défunt a explicitement exprimé le souhait que son sperme soit utilisé à titre posthume, ou son souhait est inconnu (dans ce scénario, les parents fondent leur demande d'utilisation de son sperme sur la base de sa volonté implicite et présentent des preuves de cette volonté). Il peut s'agir aussi d'un défunt qui était marié mais dont la veuve ne sollicite pas la PMA post mortem.

modalités très variables d'un pays à l'autre⁸¹⁸. Au Portugal, par exemple, le transfert d'embryons post mortem est autorisé, mais pas l'insémination de sperme après la mort. En Belgique, en revanche, les deux méthodes s'inscrivent dans la légalité. Les Etats-Unis sont aussi très libéraux en matière de procréation post mortem.

467. La situation juridique est complexe en Israël où il n'existe pas encore de législation spécifique dans ce domaine. Cependant le post mortem est pratiqué⁸¹⁹.

468. Les directives de l'ASRM (American Society of reproductive Medicine)⁸²⁰ et l'ESHRE (The European Society of Human Reproduction and Embryology)⁸²¹ sont favorables au recours du sperme d'une personne décédée à condition qu'il y ait des instructions explicites de sa part. A contrario, ces organisations ne sont pas favorables au recours du sperme du défunt par ses parents dans le but d'avoir des petit-enfants.

469. En matière de filiation, de succession et de prestations sociales, chaque Etat met en place sa législation, et les solutions sont variables et marquées d'incertitudes⁸²². Il est difficile de se prononcer en faveur ou en défaveur de la procréation post mortem tellement il existe d'enjeux particuliers et de situations différentes. À l'heure actuelle, il n'y a aucun consensus social, religieux, moral ni juridique sur ces questions, alors qu'elles touchent à l'identité même de nos sociétés⁸²³.

Dans l'hypothèse où celle-ci serait autorisée, les règles doivent être déterminées par le législateur pour les points suivants.

⁸¹⁸ RAVITSKY V., BOKEK-COHEN Y. *Life after Death: The Israeli Approach to Posthumous Reproduction*(Vol. II Familialism and Reproduction). Cambridge University Press. 21 December 2017.

RAM-TIKTIN E., GILBAR R. Expanding the use of posthumous assisted reproduction technique: Should the deceased's parents be allowed to use his sperm? *Clinical Ethics* . 2019, Vol. 14(1) 18–25.

⁸¹⁹ Les parents d'un défunt peuvent se mettre en relation avec une femme célibataire qui recherche un donneur. Cela permet à l'enfant d'avoir un lien du côté paternel et les contacts avec les grands-parents , même s'il grandit sans père.

⁸²⁰ <https://www.asrm.org/news-and-publications/ethics-committee-documents/>

⁸²¹ <https://www.eshre.eu/>

⁸²² STEGMULLER T., *L'interdiction suisse de la procréation post mortem face au droit comparé*. Schulthess 2018.

⁸²³ LE MAIGAT P. Transmettre la vie au-delà de la mort. Faut-il être vivant pour devenir parent ? in *Actu-juridique.fr* 12/12/2016.

Avant tout, quel type de procréation post mortem serait autorisé : transfert d'embryon et/ou du sperme post mortem ? Quelles situations de décès seraient couvertes : seulement le décès d'un homme ou également celui d'une femme ? Ces situations ne nécessitent pas le recours aux mêmes techniques de procréation. En cas de décès de la femme, seule une GPA peut mener à la naissance d'un enfant.

En outre, les conditions précises d'accès doivent être posées : personnes bénéficiaires pour disposer des gamètes et/ou des embryons (époux/épouse, concubin, autre proche, leur âge, les délais de réflexion et les délais de réalisation du projet). Le consentement du défunt doit également être démontré. Cela sera au législateur d'en déterminer la forme, les règles d'information.

Vu l'essor du tourisme procréatif, la question de l'accès des ressortissants étrangers doit également être tranchée par le législateur. En cas d'ouverture à ces derniers, la question de reconnaissance de la filiation ainsi établie dans le pays d'accueil doit également être prise en compte.

Si en France les débats sur cette question se posent de longue date, et reviennent à l'occasion de chaque loi bioéthique⁸²⁴, la procréation post mortem n'est pas admise en l'état actuel du droit⁸²⁵. Cependant, le fait de prohiber cette technique n'épargne pas les Etats⁸²⁶ : plusieurs affaires ont défrayé la chronique judiciaire.

Question des droits héréditaires. Bien que les juristes russes fassent référence à ce problème, cette question n'a jamais figuré dans les projets de lois⁸²⁷. Comme nous avons pu le constater, grâce au progrès scientifique dans le domaine de la procréation médicalement assistée, un certain nombre d'enfants sont conçus après le décès d'un de leurs parents. En conséquence, se pose la question de la possibilité, pour ces enfants, d'hériter de leurs parents biologiques décédés. La législation en vigueur

⁸²⁴ BES G. Insémination post mortem : quand la technique et la loi s'allient pour fabriquer des orphelins, in *Figaro*. 01/06/2016 .

⁸²⁵ HAUSER J. *L'intérêt supérieur et la filiation de l'enfant issu d'une procréation médicalement assistée* in MARCHAL C., KHAÏAT L. (dir) *La maîtrise de la vie. Les procréations médicalement assistées interrogent l'éthique et le droit*. Eres. 2012. pp 264

⁸²⁶ La France, l'Italie et l'Allemagne ont opté pour l'interdiction de la procréation post mortem.

⁸²⁷ I. DOLGANOVA I., EROFEEVA D. KIPRISHEV A. Les problèmes actuels du droit civil sous la direction de R.Shagievoi. Justice. 2019.// Долганова И.В., Ерофеева Д.В., Ефимова О.В., Кирпичев А.Е., Кулаков В.В., Левушкин А.Н., Свирин Ю.А., Смирнова В.В., Филиппова С.Ю. Актуальные проблемы гражданского права: учебник (под ред. д.ю.н., проф. Р.В. Шагиевой). - "ЮСТИЦИЯ", 2019 г.

prévoit, pour l'heure, qu'il est impossible pour ces enfants d'hériter de parents biologiques décédés avant leur conception.

470. Limiter les personnes susceptibles d'avoir recours à la gestation pour autrui. Les Bases fondamentales de la protection de la santé des citoyens sont silencieuses sur les personnes qui ont le droit de recourir à une mère porteuse. Le code russe de la famille dit seulement que les personnes mariées qui ont donné leur consentement écrit à une implantation d'embryon, sont inscrits dans le registre des naissances en tant que parents de l'enfant né à la suite du recours à cette méthode.

471. En outre, en matière de gestation pour autrui, il est nécessaire de fixer pour la gestatrice et pour la mère d'intention les modalités des congés post-accouchement, des congés de maternité, de la prime de naissance, ainsi que le détail des congés de maternité de la gestatrice et de la mère d'intention.

La question de l'accès des étrangers à la PMA/GPA reste également non réglementée expressément.

Accès des personnes non unies par les liens matrimoniaux à la procréation médicalement assistée en Ukraine. Une autre question source de polémiques dans le domaine de la procréation médicalement assistée est celle de l'accès des personnes non mariées célibataires ou en concubinage à la procréation médicalement assistée. Cette question ne se pose pas en droit russe. En vertu de l'article 51 de la Constitution ukrainienne, la famille, l'enfance, la maternité et la paternité sont protégées par l'État⁸²⁸. De plus, selon les articles 49-50 du Code de la famille⁸²⁹, une femme (dans le sens « épouse »), dispose d'un droit à la maternité, et son mari d'un droit à la paternité⁸³⁰. Ainsi, le droit des femmes et des hommes mariés à la maternité et à la paternité, notamment par le truchement de la procréation médicalement assistée, est inscrit dans la législation ukrainienne actuelle.

En conséquence, la doctrine ukrainienne se pose la question du droit des concubins à la procréation médicalement assistée. Selon l'article 3 du Code de la famille de l'Ukraine, « la famille est composée de personnes qui vivent ensemble dans

⁸²⁸ Constitution de l'Ukraine de 1996.

⁸²⁹ <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2947-14#Text>

⁸³⁰ Code de la famille de l'Ukraine du 10 janvier 2002.

un ménage commun et ont des droits et des obligations mutuels ». Cependant, l'alinéa 2 de l'article 21 du Code de la famille de l'Ukraine indique que la communauté de vie d'une femme et d'un homme sans mariage enregistré ne fait pas naître entre les concubins les droits et obligations qui existent entre les époux. Dans le même temps, l'alinéa 1 de l'article 74 du Code de la famille de l'Ukraine définit le régime des biens acquis par un homme et une femme qui vivent en concubinage. Les juristes en concluent que le droit de la famille ukrainien actuel réserve l'accès à la procréation médicalement assistée aux seuls conjoints, en excluant ainsi les concubins.

Cette interprétation des textes, et les règles d'établissement de la filiation des enfants nés ou adoptés par des personnes non mariées, font naître des polémiques sur la violation des droits à la maternité/paternité des personnes, d'aucuns déplorant une discrimination selon le statut familial de la personne.

Ainsi, en fait, ces personnes sont autorisées à être parents adoptifs au même titre que les couples mariés, et donc le législateur accorde aux personnes, dans une relation conjugale de fait, le droit à l'adoption, tout en leur refusant la possibilité d'avoir recours à la procréation médicalement assistée pour donner naissance à leurs « propres » enfants.

Si une femme et un homme donnent naissance à un enfant naturellement, aucune question ne se pose et la législation contient un mécanisme d'enregistrement de cet enfant et de reconnaissance des concubins en tant que parents de l'enfant né hors mariage. Toutefois, la législation ne prévoit pas la possibilité pour les personnes vivant en concubinage d'être enregistrées comme parents d'un enfant né par recours à la procréation médicalement assistée. Ainsi, le droit ukrainien actuel reconnaît seulement aux femmes et hommes mariés le droit à la maternité et à la paternité, y compris par le truchement de la procréation médicalement assistée. Les juristes ukrainiens s'en émeuvent, voyant là une violation du droit à la paternité/maternité et une discrimination fondée sur le statut matrimonial de la personne⁸³¹.

Une partie de la doctrine ukrainienne va encore plus loin en estimant que les hommes célibataires doivent également pouvoir bénéficier de la gestation pour autrui. Ainsi ces juristes estiment que si l'objectif des hommes et des femmes célibataires est

⁸³¹ GOLOVOSHUK A. L'encadrement juridique de la PMA en Ukraine, Kiev, Thèse 2017, p. 258. (en langue ukrainienne)

de « donner naissance » à leur propre enfant, et que pour des raisons objectives (une stérilité diagnostiquée) cela est impossible, « ces personnes devraient avoir le droit de mettre en œuvre un programme de maternité de substitution, basé principalement sur le lien génétique de l'enfant avec ses parents »⁸³².

Absence de précision sur la forme du consentement à la procréation médicalement assistée. Le consentement écrit des époux ou d'une femme seule est requis pour l'insémination artificielle et/ou l'implantation d'un embryon. Mais la loi reste silencieuse concernant la forme que doit revêtir le consentement de la gestatrice.

Absence d'exigences législatives pour le consentement de l'époux de la gestatrice. Conformément au Code de la famille, les conjoints qui ont donné leur consentement écrit à la gestation pour autrui, ne peuvent être inscrits en tant que parents (légaux) de l'enfant qu'avec l'accord postnatal de la gestatrice. La forme de ce consentement n'a pas été définie par le législateur. En outre, la loi russe ne dit rien sur l'exigence d'un accord du conjoint de la mère porteuse (si celle-ci est mariée), ni sur la forme de cet accord.

472. Règles d'établissement de la filiation en Russie. Il est également nécessaire d'apporter des modifications au Code de la famille dans la partie relative à l'établissement de la filiation (maternité et paternité) des enfants nés de la procréation médicalement assistée. Les règles actuelles ne couvrent que certaines situations, soulèvent un certain nombre de débats ou font l'objet de controverses⁸³³.

473. Absence de précision sur la filiation paternelle de l'enfant né par AMP avec recours à un donneur. Les règles d'établissement de la filiation des enfants nés de la procréation médicalement assistée sont régies par l'article 123 du Code de la famille de l'Ukraine. Cependant, les dispositions de cet article restent imprécises⁸³⁴ sur certains points. Ainsi, l'alinéa 1 de l'article 123 du Code de la famille de l'Ukraine dispose qu'en cas de naissance d'un enfant par recours à la procréation médicalement

⁸³² BAIBOROSHA N. Le droit des célibataires (hommes et femmes) à la GPA. Publication suite à la Conférence « Les problèmes actuels des sciences juridiques ». C 28-29 novembre 2008, pp 19-22 (en ukrainien).

⁸³³ BORISOVA T., « La GPA en Russie : problèmes théoriques et pratiques », Prospekt. 2013, p.7.

⁸³⁴ JURAVLEV D., « La GPA a droit à la protection notariale. » Revue juridique. 2008. № 12. С. 111-112. // Журавлев Д. « Сурогатне материнство » має право на захист нотаріусом. Юридичний журнал. 2008. № 12. С. 111-112.

assistée, et avec le consentement écrit de l'époux, ce dernier est inscrit dans les registres d'état civil en tant que père de l'enfant. Cette norme fait référence à la détermination de l'origine de l'enfant en cas d'insémination artificielle de l'épouse.

474. La partie 2 de l'article 123 du Code de la famille de l'Ukraine précise qu'en cas de transfert dans le corps d'une autre femme d'un embryon humain conçu par les époux (mari et femme) via recours à la procréation médicalement assistée, ces derniers sont les parents de l'enfant.

475. Cette norme utilise l'expression générale « conçu par les conjoints », mais ne précise pas si chacun des conjoints doit nécessairement fournir son matériel génétique ou si le recours aux gamètes d'un seul conjoint suffit.

476. L'alinéa 3 de l'article 123 du Code de la famille de l'Ukraine pose comme règle l'établissement de la filiation vis-à-vis des époux lors du recours à la procréation médicalement assistée avec un don d'ovocyte (« en cas de transfert de l'embryon conçu par le mari et une autre femme dans le corps de la femme (épouse) ». Cette norme régit la détermination de l'origine de l'enfant lors de l'insémination artificielle à l'aide de matériel de donneur féminin, mais ne dit rien sur le cas d'une fécondation in vitro avec un don de sperme.

477. Par conséquent, les dispositions de cet article sur la détermination de l'origine d'un enfant restent imprécises dans certaines situations, et son application peut donner lieu à des malentendus.

478. Manque de précisions sur les interventions médicales en matière d'AMP dans les accréditations délivrées aux établissements de reproduction. Les inséminations artificielles et implantations d'embryon doivent être effectuées dans des établissements agréés pour ces activités médicales. Toutefois, la liste des activités médicales définies par l'Arrêté du ministère de la Santé de la Fédération de Russie⁸³⁵ ne mentionne pas les interventions en matière d'AMP⁸³⁶.

⁸³⁵ Однако в перечне видов медицинской деятельности, определенном соответствующим приказом Министерства здравоохранения РФ, такой ее вид, как репродуктивные операции, отсутствует.

⁸³⁶ MAIFRAT A. Sur la nécessité d'une loi fédérale sur les droits reproductifs des citoyens de la Fédération de la Russie. In Le journal juridique russe. N3 2009, p.152-155

479. Encadrer l'activité des acteurs et des intermédiaires dans le domaine de la procréation médicalement assistée/GPA, instaurer une responsabilité pénale spécifique dans le domaine de la procréation médicalement assistée/GPA et prévoir un contrôle strict de l'Etat⁸³⁷. Il est important de réglementer les activités des intermédiaires procédant à la sélection des gestatrices et accomplissant les formalités administratives et juridiques au profit des parents d'intention et des gestatrices.

En outre, il n'existe pas de réglementation spécifique concernant la publicité des services de maternité de substitution et le travail des agences dans ce domaine⁸³⁸. De nombreuses publicités douteuses fleurissent sur Internet. La législation pénale russe ne contient aucune disposition traitant spécifiquement de cette question.

En conséquence, il est important de définir et d'encadrer des organes étatiques qui exerceraient cette fonction du contrôle. Et de prévoir au niveau législatif des sanctions pénales et administratives en cas de violation du cadre légal prévu.

480. Prise en charge des traitements d'infertilité par la Sécurité sociale en Russie. Les questions du financement public et de prise en charge de la PMA par la Sécurité sociale sont des enjeux importants de politique nataliste dans de nombreux pays développés.

Si en France la prise en charge de la PMA et des enfants qui en sont issus est plutôt satisfaisante⁸³⁹, ce n'est pas le cas ni en Russie, ni en Ukraine.

En Russie, la politique sociale et l'idéologie de la PMA reflète la position de l'Etat visant à augmenter la population et à conserver le modèle familial

⁸³⁷ SERGEEV U. Carence dans la prestation des soins médicaux et les moyens d'y remédier. Le droit médical. № 2. pp. 4-7 // Сергеев Ю.Д. Ненадлежащее оказание медицинской помощи и пути ее профилактики – сверхактуальная научно-практическая проблема. Медицинское право. 2016. № 2. С. 4-7

⁸³⁸ KHAZOVA O. Western and Eastern Perspectives on surrogacy ; T. Borisova Sur la question d'encadrement de la GPA en Russie. IMPE Griboedova.2007; A. Nechaeva Vers une amélioration du Code civil. Justice russe. 2017. № 4. pp. 18-23 ; L. Ayvar Encadrement juridique de la GPA en Russie. Les lacunes de la législation. Le monde juridique. N2. 2006.//Борисова Т.Е. К вопросу совершенствования законодательного регулирования института суррогатного материнства в России, Научные труды ИМПЭ им Грибоедова, Москва, 2007.; Айвар Л.К.Правовое положение суррогатного материнства в России. Пробелы законодательства. Юридический мир.2006, N2; Нечаева А.М. К вопросу о совершенствовании Семейного кодекса РФ. Российская юстиция. 2017. № 4. С. 18-23

⁸³⁹ Rapport « Le droit à l'enfant et la filiation en France et dans le monde » précité. P.211.

correspondant à un couple hétérosexuel avec des enfants⁸⁴⁰. Cet objectif a été exprimé par le président de la Fédération de Russie dans le discours annuel de 2012 : « Pour que la Russie soit souveraine et forte, il faut que nous soyons plus nombreux [...] », « une famille avec trois enfants doit être la norme en Russie »⁸⁴¹.

L'adoption et la PMA en Russie sont basées sur la même idéologie (la biopolitique)⁸⁴². La référence aux valeurs traditionnelles contredit néanmoins la position de l'Eglise russe qui est hostile à la FIV et à la gestation pour autrui.

481. La nouvelle conception de la biopolitique fait de la vie privée, la maternité, la capacité à se reproduire, le désir d'avoir ou non des enfants, la santé, la contraception et l'avortement des questions de discours public. A. Negri, en se référant à Foucault, affirme que « le terme de biopolitique indique la manière dont le pouvoir se transforme dans une période donnée, de sorte qu'il peut finalement gouverner non seulement des individus à travers un ensemble de procédures disciplinaires, mais un ensemble d'êtres vivants constitués en "population". La biopolitique (par des formes locales de biopouvoirs) prend le contrôle de la santé, de l'hygiène, de la nutrition, de la fertilité, de la sexualité, etc., depuis que chacun de ces différents domaines d'intervention est devenu une question de politique. »

482. La biopolitique russe a pour but d'augmenter le taux de natalité. Et dans les esprits russes, la reproduction est associée à la femme : donner naissance à l'enfant est considéré comme la destination principale et naturelle d'une femme⁸⁴³. La maternité est considérée être la norme, et les femmes sans enfant sont considérées comme des déviations de cette norme. L'État encourage la PMA, qu'il considère comme faisant partie d'un régime de « maternité obligatoire »⁸⁴⁴. En même temps, la

840 VORONINA A. Nouvelle maternité : l'approche socio-antropologique. In L'école de la philosophie. N6. 20118. Pp 104-109// О. ВОРОНИНА «Новое материнство: философско-антропологический взгляд in Философская школа, Номер: 6 Год: 2018 Страницы: 104-109.

841 Le discours du Président au parlement de la Fédération de Russie du 12.12.2012. <http://www.kremlin.ru/news/>

842 A. VORONINA précité. La biopolitique prend sous contrôle la santé, la nutrition, la natalité, la sexualité... Du fait que chaque de ces domaines est devenu politique.

843 Idem.

844 SHOURKO T., La maternité obligatoire : le corps reproductif d'une femme en tant que l'objet d'un encadrement étatique. In Laboratorium. N2. 2012. Pp.69-90//Щурко Т. Обязательное материнство: репродуктивное тело женщин как объект государственного регулирования in Laboratorium. N2. 2012.: с. 69–90.

prise en charge des PMA n'est pas satisfaisante. Le recours à la PMA engendre des frais importants qui sont loin d'être pris en charge par le système de la Sécurité sociale. Bien que l'on observe une évolution de cette prise en charge depuis 2013, il reste de nombreuses prestations qu'elle ne couvre pas : les médicaments, le recours aux dons, les services des mères porteuses. Ainsi, la politique étatique n'accorde le soutien financier qu'aux personnes souffrant de formes légères d'infertilité. Dans les cas plus complexes, la charge économique principale de la PMA pèse sur les personnes souffrant d'infertilité⁸⁴⁵. La perception de soi au travers de la maternité caractérise toutes les cultures des pays de l'Europe Orientale et de l'Asie Centrale.

L'identité d'une femme dans la société est liée à la maternité. L'État, par le biais de mesures de politique sociale, de la médecine, des médias, de la conscience publique et de l'entourage, d'une manière ou d'une autre, « pousse » les femmes à avoir des enfants⁸⁴⁶.

483. La mise en place d'un système de santé de qualité garantissant aux citoyens un traitement de l'infertilité en temps utile serait une première étape, ce qui relève d'enjeux plus économiques que juridiques⁸⁴⁷.

⁸⁴⁵ TEMKINA A., Les conseils des gynécologues sur la contraception et la planification de la famille dans le contexte de la biopolitique de la Russie. In *Le journal des recherches sur les politiques sociales*. N1. 2013. Pp.7-24. // Тёмкина А.А. Советы гинекологов о контрацепции и планировании беременности в контексте со временной биополитики в России // *Журнал исследований социальной политики*. 2013, Том 11. № 1, с. 7–24.

L'auteur ukrainien P. VLASENKO va encore plus loin dans la décortication de la biopolitique. « L'objectif de la biopolitique est de produire un tel sentiment chez les femmes qu'elles tentent elles-mêmes de se conformer à la norme sociale de la maternité et travaillent de manière autonome à l'optimisation de leur corps selon cette norme ». // P. Vlasenko. La gestion au travers de la précarisation : l'expérience ukrainienne du traitement des personnes infertiles grâce à la FIV. In *Le journal des recherches sur les politiques sociales*. N3. 2012. // Власенко П. Управление через прекаризацию: опыт бесплодных тел в лечении методом ЭКО в Украине. *Журнал исследований социальной политики*. 2012. Т. 12. № 3. С. 441–456.

⁸⁴⁶ VORONINA A. Idem.

« En couple ou célibataire, avec des moyens d'existence ou sans, propriétaire d'un logement ou locataire : une femme doit avoir un enfant. Point. » // I. DENISOVA. « Les horloges avancent : sur l'infertilité sociale, la FIV et autres espoirs et craintes de l'âge reproductif avancé. » <https://www.colta.ru/articles/society/18648-chasiki-tikayut>

⁸⁴⁷ En Biélorussie, le Décret du Président N574 du 27.12.14 Sur l'octroi d'un crédit aux conditions favorables pour le recours à la FIV. En outre, par le Décret du Président N171 du 18 mai 2020 Sur les prestations sociales pour certaines catégories de la population, une tentative in vitro gratuite est accordée à un couple souffrant d'infertilité sous deux conditions : être de nationalité biélorusse et être âgé de moins de 40 ans. Le Conseil des Ministres planifie d'accorder un budget pour 2 000 cycles de la PMA en 2021. O. TISHKEVICH Les aspects juridiques de la PMA en Biélorussie. La conférence annuelle de la RAHR, 8-11 septembre, Sochi. 2021. // Указ Президента №574 от 27.12.14 «О предоставлении гражданам

484. Simultanément le cadre juridique peut être refondu pour plus de cohérence par rapport aux demandes et aux pratiques. Le système de quotas⁸⁴⁸ actuel, et l'attente imposée avant chaque nouvelle tentative de fécondation in vitro, avec l'obligation de constituer pour chaque tentative un nouveau dossier médical, freinent considérablement l'accès à la procréation médicalement assistée avec une prise en charge des frais par l'Etat⁸⁴⁹. Dès lors, non seulement la mise en cohérence de la politique nataliste avec le budget alloué à la PMA s'impose, mais également une refonte des règles administratives d'accès.

485. Certaines incohérences et violations des droits en matière de prestations sociales était déjà repérées également par la Cour Constitutionnelle de la Russie⁸⁵⁰. La Cour a été saisie à la requête d'un homme ayant eu recours à la GPA à titre individuel. Deux enfants sont nés de cette GPA. Un trait figurant dans leurs actes de naissance figure dans la case « mère »⁸⁵¹. Postérieurement, l'homme s'est marié et sa femme a adopté ses enfants.

Cependant, les deux parents se sont vu refuser le « materinski kapital »⁸⁵². Pour contester ce refus, le tribunal de Konakovo de la région de Tver a été saisi. Le tribunal a adresser une demande d'avis à la Cour Supreme le 14 août 2020. Le requérant a soulevé l'inégalité du traitement des pères élevant les enfants nés de la PMA/GPA. Le droit à recevoir cette allocation appartient à la mère, du fait de son

Республики Беларусь кредитов на льготных условиях для оплаты экстракорпорального оплодотворения» Указ Президента Республики Беларусь №171 18 мая 2020 г. «О социальной поддержке отдельных категорий граждан».

⁸⁴⁸ Comme déjà expliqué en partie I, le budget alloué à la PMA varie d'une région russe à l'autre. Dans la majorité des cas, il est épuisé au printemps. Dès lors, les personnes nécessitant un traitement de l'infertilité doivent soit attendre l'année suivante, soit se tourner vers le secteur privé.

⁸⁴⁹ Le recours aux dons de gamètes n'est pas pris en charge par la Sécurité sociale. En pratique, il arrive que les établissements médicaux publics n'informent parfois même pas les patients de cette possibilité.

⁸⁵⁰ L'Ordonnance de la Cour Constitutionnelle de Russie du 29 juin 2021 concernant la constitutionnalité de l'art.3 de la loi fédérale sur les mesures complémentaires de soutien étatique de la famille ayant des enfants. <http://www.ksrf.ru/ru/News/Pages/ViewItem.aspx?ParamId=3621>

⁸⁵¹ Les actes de naissance ont été établis sur le fondement de la décision du Tribunal de Konakovo de la région de Tver au mois d'octobre 2019.

⁸⁵² L'allocation monétaire importante accordée à partir du deuxième enfant à chaque naissance. Le mécanisme et le montant ont été présentés en détail dans le Titre I.

rôle particulier et des risques sociaux liés à la maternité. Cependant, en admettant l'inégalité du traitement des enfants en cas de refus de cette allocation, la Cour a considéré qu'en cas de recours à la PMA d'un homme qui est le seul parent des enfants, lui refuser cette allocation serait contraire à la Constitution.

486. Une loi fédérale sur les droits reproductifs serait à n'en pas douter la meilleure réponse aux problématiques que nous venons d'évoquer. « Une loi qui prendrait en compte le caractère multisectoriel de la problématique⁸⁵³, et dont l'objectif serait de réglementer les relations entre les personnes liées, d'une manière ou d'une autre, à la procréation médicalement assistée, de déterminer leur statut juridique, les fonctions et les compétences des autorités publiques dans le domaine de l'assistance à la procréation, mais aussi la protection des droits et des intérêts légitimes des personnes/acteurs impliqués. »

§ II. Le besoin vital d'un cadre pénal précis dans le domaine de la PMA en Russie : la nécessité de poser des limites.

La rencontre entre le droit pénal, la procréation médicalement assistée et la bioéthique est assez récente⁸⁵⁴. En France, cette rencontre résulte des lois dites bioéthiques de 1994, suivies de celles du 06 août 2004 et du 07 juillet 2011⁸⁵⁵. Le nombre d'incriminations créées par le législateur français a justifié que l'on parle d'un droit pénal de la bioéthique⁸⁵⁶. Cependant, nous ne pouvons pas pour l'instant parler d'un droit pénal qui s'est adapté à la PMA dans les pays étudiés.

Les dérives peuvent avoir lieu en cas de recours à la PMA/GPA si la loi n'intervient pas pour poser des limites à ces pratiques et/ou si elle ne sanctionne pas

⁸⁵³ MAIFRAT A. REZNIK, E., L'état actuel et les perspectives d'évolution de la législation dans le domaine de la PMA in *Le droit de la famille et de l'immobilier*. 2010. N3.

⁸⁵⁴ BOUTEILLE-BRIGANT M. *Le droit court-il après la PMA ?* Varennes. 2019. P.47.

⁸⁵⁵ Cette sous-branche du droit pénal spécial se concrétise formellement par un chapitre du Code pénal consacré aux infractions en matière d'éthique biomédicale. Ces incriminations protègent les tissus, les gamètes et l'embryon.

⁸⁵⁶ Cependant, peu d'auteurs s'y intéressent du fait que le droit pénal de la bioéthique n'est pas appliqué.

BOUTEILLE-BRIGANT M. *Le droit court-il après la PMA ?* Varennes. 2019, p.48.

Nous observons le même problème en Russie.

le non-respect de ces règles⁸⁵⁷. Dès lors, l'autorisation des pratiques de la PMA doit nécessairement être accompagné des règles pénales qui dissuaderaient les bénéficiaires et intermédiaires de se livrer à d'éventuels abus⁸⁵⁸.

⁸⁵⁷ En droit français, jusqu'à 2021, la PMA n'a été autorisée que sous certaines conditions : elle n'était ouverte qu'aux couples formés d'un homme et d'une femme, vivants tous deux, en âge de procréer, afin de remédier à une infertilité pathologique ou dans le but d'éviter à l'enfant la transmission d'une maladie d'une particulière gravité (article L152-2 du Code de la santé publique).

Lorsque ces conditions n'étaient pas respectées, la PMA demeurait interdite. Les personnes qui procèdent à une PMA, en dehors des conditions ci-dessus rappelées, encourrent cinq ans de prison et 75 000 euros d'amende (article 511-24 du Code pénal). Le fait d'apporter son entremise pour favoriser l'obtention de gamètes contre un paiement, ou de remettre à des tiers, à titre onéreux, des gamètes provenant de dons, est puni des mêmes peines (article 511-9 du Code pénal). La tentative d'entremise est également punissable (article 511-26 du Code pénal).

Ces règles s'appliquaient à tous les couples, toutes les personnes, quelles que soient leur orientation sexuelle. A titre d'exemple, une femme célibataire ne peut avoir recours à la PMA ; une femme trop âgée, non plus ; un couple homme-femme, par souci de confort (et non pour une raison d'infertilité) ne pouvait non plus l'envisager.

Dès lors, la loi pénale étant la même pour tous, un médecin ne peut diriger des patientes vers des cliniques étrangères qui réalisent des PMA non conformes à la législation française. Il est en effet responsable de la mise en relation de ses patients avec la clinique ou l'organisme étranger dont les pratiques ne sont pas conformes à la législation nationale, et participe au détournement de la loi française.

Cependant, est-ce que ces prohibitions sont vraiment respectées ? Même les ministres considèrent différemment. En 2016 la ministre de la Famille, Laurence Rossignol, avait annoncé l'abrogation d'une circulaire « punissant les gynécologues orientant leurs patientes vers l'étranger pour y subir une PMA ». Selon les déclarations relayées par la presse, la circulaire en question punirait depuis 2013 les gynécologues de cinq ans de prison et 75 000 euros d'amende. « C'est une proposition qui est juste, parce qu'il n'y a aucune raison de compliquer la vie des couples lesbiens », a déclaré la ministre sur Public Sénat.

Une telle déclaration, méconnaissant le principe fondamental de la légalité des délits, tendrait à faire croire que la loi pénale n'aurait pas vocation à s'appliquer à l'égard d'une certaine catégorie de population. Un tel basculement des règles pénales était pour le moins surprenant de la part d'un ministre.

Si le législateur a pris soin de restreindre l'accès à la PMA, c'est pour garantir à l'enfant le respect de sa filiation. L'enfant a en effet le droit de connaître son père et sa mère et, dans la mesure du possible, d'être éduqué par eux, comme le prévoit l'article 7 de la Convention internationale des droits de l'enfant. Priver délibérément l'enfant de son père, en prévoyant dès le départ d'écarter ce dernier de sa vie, porte atteinte à ce principe.

Le Conseil Constitutionnel a manifesté une position sans équivoque à la suite de la loi du 17 mai 2013 instaurant le mariage entre personnes de même sexe. Répondant aux parlementaires à l'initiative de sa saisine, qui invoquaient le risque du détournement des règles en matière de PMA et de GPA, il a rappelé que l'éventualité d'un détournement de la loi lors de son application n'entache pas celle-ci d'inconstitutionnalité, mais qu'il appartient aux juridictions compétentes d'empêcher, de priver d'effet et, le cas échéant, de réprimer de telles pratiques.

Le Conseil constitutionnel a ainsi rappelé que la loi pénale est la même pour tous et, qu'en cas de détournement de la loi, elle trouvera à s'appliquer. // A. LE GOUVELLO « PMA : la loi pénale est-elle la même pour tous ? » in Le Figaro. 04/07/2016.

⁸⁵⁸ Il existe une disparité du droit pénal au sein de l'UE. Ainsi, la loi de 1990 allemande sur la protection de l'embryon punit d'une amende ou d'une peine de prison, dont la durée peut atteindre trois ans, quiconque pratique une insémination artificielle ou un transfert d'embryon sur une femme prête à remettre l'enfant à naître à des tiers.

Pour pouvoir poser un cadre pénal, il revient avant tout de faire un inventaire des abus potentiels, de les qualifier, et de déterminer des sanctions⁸⁵⁹.

Le non-respect des normes, l'écart par rapport aux règles et à l'ordre de la prestation des soins médicaux, peuvent entraîner des dommages pour la santé voire la mort, y compris dans l'application des technologies de reproduction assistée⁸⁶⁰.

Bien que certaines mesures soient déjà prises en Russie dans le domaine d'ingénierie génétique⁸⁶¹, il n'y a aucune loi encadrant la PMA sur ce point. Les

Elle prévoit les mêmes peines pour les auteurs d'autres actes susceptibles d'être entrepris pour réaliser une gestation pour autrui : l'implantation chez une femme d'un ovule non fécondé provenant d'une autre femme, la fécondation d'un ovule dans un but autre que celui consistant à provoquer une grossesse chez la femme dont l'ovule est issu, et le prélèvement, avant la nidation, d'un embryon afin de l'implanter chez une autre femme.

En Italie, toute gestation pour autrui réalisée sans le recours à la procréation médicalement assistée est indirectement prohibée par la loi sur l'adoption. Celle-ci prévoit en effet une peine de prison comprise entre un et trois ans pour toute personne qui remettrait à un tiers un enfant en dehors des procédures officielles d'adoption. Voir sur ce sujet l'Étude de législation comparée du Sénat (n° 182) sur la GPA. Janvier 2008 .

⁸⁵⁹ KROUCHININA N. Le droit en cas de recours à la PMA dans un but criminel. L'étude gouvernementale financée № 18-29-14084. Résumé in Lex russica. 2020. Volume 73. N8. P.4753// Кручинина Н. В. Право в обеспечении безопасности генетических технологий от их использования в преступных целях . Lex russica.2020. Т. 73. № 8. С. 4753. Усследование выполнено при финансовой поддержке РФФИ в рамках научного проекта № 18-29-14084.

⁸⁶⁰ Il faut également préciser que le terme « préjudice à la santé » n'est pas défini par la loi russe.

Comme précisé dans la partie I, conformément à l'article 72 de la Constitution de la Russie les questions de la santé, de la protection de la famille, de la maternité, de la paternité, la protection sociale relèvent de la compétence partagée entre la Fédération de Russie et des sujets fédéraux. En conséquence, certains sujets fédéraux ont légiféré dans ces domaines : Moscou, Saint-Petersbourg, les Républiques d'Adigei, de Buratie, de Karelia, les régions de Krasnoyarsk, de Vologda, d'Ivanov, de Mourmansk et certaines autres. Les approches de ces régions divergent, et en conséquence, il n'est pas rare qu'une situation soit régie différemment et par des textes différents selon les régions. Cela ne fait que provoquer certaines contradictions dans les normes, et pose la difficulté d'appliquer la loi.

Cette question est étudiée en détails dans « Le perfectionnement de la législation dans le domaine de la protection de la santé des citoyens russes » sous dir. De PETUKOVA O. Delovoi mir. 2017. Cette étude porte également sur la Biélorussie et le Kazakhstan. //Петюкова О.Н., Попова А.В., Шиш Е.О., Буянова А.В., Воронов А.М., Мохов А.А., Баранов В.А., Райлян А.И., Бученков Г.А. Совершенствование законодательства об охране здоровья граждан в Российской Федерации (под ред. д.ю.н., проф. О.Н. Петюковой). - "Деловой двор", 2017 г.

⁸⁶¹ La loi fédérale N86-FZ du 05 juillet 1996 sur l'encadrement étatique dans le domaine de l'ingénierie génétique ; Le Décret du Président de la Russie N 680 du 28 novembre 2018 Sur l'évolution des technologies génétiques en Russie ; Le programme fédéral d'évolution des technologies génétiques pour la période de 2019 à 2027. . // Федеральный закон от 5 июля 1996 г. № 86-ФЗ «О государственном регулировании в области генно-инженерной деятельности» ; Указ Президента РФ от 28 ноября 2018

risques existent en cas de recours abusif à ces techniques, en cas d'abus et de fraudes dans le cadre de leurs fonctions par des acteurs dans ce domaine (médecins, intermédiaires, etc.), et en cas de corruption⁸⁶².

Les fraudes les plus courantes sont liées au recours à la fécondation in vitro, à la gestation pour autrui⁸⁶³, au recours aux dons de gamètes et d'embryons, et au choix du sexe de l'enfant⁸⁶⁴.

A titre d'exemple, l'al.5 de l'article 16 de la loi fédérale sur les actes d'état civil précise qu'en cas de recours à la GPA, le consentement postnatal de la gestatrice est exigé pour que les parents d'intention soient enregistrés sur les registres d'état civil en tant que parents de l'enfant né. Aucun certificat médical n'est exigé comme preuve de recours à la GPA. Dès lors, il n'est pas exclu qu'une femme puisse vendre son enfant sous « couverture » d'une GPA⁸⁶⁵.

Dès lors qu'il n'existe pas d'obligation de passer un contrat notarié de GPA, les falsifications ne sont pas rares⁸⁶⁶. L'Ordonnance du Plenum de la Cour Suprême N16 du 16 mai 2017 sur l'application de la loi par les tribunaux lors de l'examen des

г. № 680 «О развитии генетических технологий в Российской Федерации»; Федеральная научно-техническая программа развития генетических технологий на 2019—2027 годы.

⁸⁶² Les fraudes sont nombreuses en cas de fécondation in vitro. E. TISHENKO, E. FROLOVA « Les risques pénaux lors du recours à la PMA. » In Publications suite au forum juridique organisé par l'université de Koutafine. Sous dir. De V. SINUKOV. Moscou. RG-Press. 2018.//Тищенко Е. В., Фролова Е. Ю. Риски криминального использования биотехнологий: криминологический дискурс // Будущее российского права: концепты и социальные практики. V Московский юридический форум. XIV Международная научно-практическая конференция (Кутафинские чтения) : в 4 ч. / пред.ред. кол. В. Н. Синюков ; М.РГ-Пресс, 2018. Ч. 3. С. 247.

⁸⁶³ En cas de recours à la GPA, si la gestatrice est mariée, l'accord de son conjoint est exigé. Cependant, il n'est pas rare que la signature de ce dernier soit falsifiée. KROUCHININA N. « Le rôle de la criminologie dans la protection contre les risques lors du recours à la PMA. » in Vestnik de l'université Koutafine.N2. 2021 P.78-84.

⁸⁶⁴ Sur les cas de détournement de la prohibition française du choix du sexe de l'enfant (hors des risques de transition d'une maladie génétique), à lire A. KEFALAS « Chypre, l'île où on peut choisir le sexe de son futur bébé. » in Le Figaro. 01/07/2019.

Pour 7 400 euros, un diagnostic pré-implantatoire (DPI), « seule technique fiable à 100 % pour le choix du sexe ».

⁸⁶⁵ KROUCHININA N., KHOLEVCHUK A. La falsification comme un moyen de dissimuler l'infraction et son interaction avec d'autres moyens : mise en scène, camouflage, destruction, désinformation, faux alibi. In Les problèmes actuels du droit russe. N.1 2010. P.15.

⁸⁶⁶ KROUCHININA N., V. POPOV « Les abus et les infractions liés à la falsification dans le domaine de la PMA. » In Vestnik de l'université de Koutafine. N 3. 2018. Pp.95-100.

affaires liées à l'établissement de la filiation, indique l'importance d'un examen approfondi du contrat de GPA afin de détecter les cas de falsification. En pratique, il n'est pas toujours aisé de prouver une telle falsification, car dans la majorité des cas ses auteurs sont des juristes expérimentés⁸⁶⁷.

487. **Un scandale à grande échelle durant le COVID.** Le scandale autour du décès d'un enfant né de la gestation pour autrui dans un appartement en région moscovite. Une instruction a été ouverte en janvier 2020 après la découverte du corps d'un nouveau-né dans un appartement dans la région de Moscou. Selon l'enquête, le nourrisson décédé, né d'une mère porteuse en décembre 2019, était sous la surveillance d'une nounou. La cause de la mort est le syndrome de mort subite du nouveau-né. Les parents (parents d'intention) du bébé étaient un couple originaire des Philippines. Trois autres nouveaux-nés (tous nés de la gestation pour autrui au profit d'étrangers) qui se trouvaient dans l'appartement ont été envoyés à l'hôpital pour enfants de la ville. La commission d'enquête a focalisé ses investigations sur l'activité de plusieurs médecins, juristes, et avocats impliqués dans l'affaire, mais aussi sur l'organe de tutelle et de curatelle.

488. Les 15 et 16 juillet, le Tribunal de distrikt de Basmany de Moscou a étudié l'affaire d'un groupe de médecins, juristes et avocats accusés, sur le fondement de la partie 3 de l'article 127.1 du code pénal de la Fédération de Russie, de traite en bande organisée d'êtres humains, ayant entraîné la mort par négligence, causé un préjudice grave à la santé de la victime ou d'autres conséquences graves. Le Comité d'enquête a qualifié la prestation de service de sélection des mères porteuses par l'un des centres médicaux de « trafic d'êtres humains sans défense (achat et vente de personnes vulnérables)⁸⁶⁸ ». Une enquête pénale a été ouverte, et plusieurs personnes ont été arrêtées⁸⁶⁹. En conséquence, sept bébés nés de gestation pour autrui pour des parents d'intention étrangers ont été placés dans des institutions spécialisées pour enfants, sur décision de l'organe de tutelle et de curatelle. Leur sort (possibilité

⁸⁶⁷ KROUCHININA N., V. POPOV « Les abus et les infractions liés à la falsification dans le domaine de la PMA. » In Vestnik de l'université de Koutafine. N 3. 2018. Pp.95-100.

⁸⁶⁸ Alinéa 3 de l'article 127.1 du CP.

⁸⁶⁹ L'un des dirigeants, juriste renommé dans le domaine de la PMA, a été mis sous mandat d'arrêt international (personne recherchée). « La gestation pour autrui s'est retrouvée sans soutien ni financement » in <https://www.kommersant.ru/doc/4424879> 20.07.2020.

d'être confiés aux parents d'intention) sera décidé à l'issue des tests génétiques. Plusieurs dizaines de mères porteuses quasiment arrivées au terme de leur grossesse se sont retrouvées sans moyens de subsistance en raison de l'enquête, car les comptes de cette société ont été bloqués et des dirigeants arrêtés⁸⁷⁰. L'enquête est toujours en cours.

489. Selon les avocats des accusés, l'accusation porte sur le recours des gamètes de donneur à des fins de trafic d'êtres humains⁸⁷¹ et de falsification de documents. Au total, 11 cas ayant eu lieu entre 2014 et 2019 ont été recensés dans le dossier de l'enquête.

L'Association russe de la reproduction humaine (RARCH) a déclaré que les médecins opéraient dans le cadre de la réglementation légale actuelle, qui n'interdit pas explicitement les programmes de maternité de substitution avec recours simultané au matériel génétique féminin et masculin, acquis dans des banques de donneurs d'ovocytes et de sperme. Les inculpés et leurs défenseurs insistent sur le fait que tous les enfants sont génétiquement liés aux parents d'intention.

Selon l'avocat du chef de la clinique accusée, la position du ministère public dans cette affaire de traite d'enfants impliquant des juristes et des médecins présente de nombreuses incohérences, et la véritable raison de ce procès très médiatisé serait d'introduire dans le Code pénal de la Fédération de Russie des « articles médicaux », lesquels ont été jusqu'à présent rejetés par la communauté professionnelle représentée par la Chambre médicale nationale⁸⁷². Le Comité d'enquête a proposé à la Douma un

870 <https://www.kommersant.ru/doc/4434730> « Les étrangers n'arrivent pas récupérer un millier d'enfants nés des mères porteuses en Russie » 30.07.2020

871 Cette qualification est souvent retenue en cas d'absence de lien génétique entre les commanditaires et l'enfant. Depuis quelques années seulement, fleurissent dans les médias des articles relatifs au recours à la GPA des hommes célibataires et des couples sans raison médicale. En outre, l'Arrêté du ministère de la Santé du 31.07.2020 dans al.2 de l'art.71, exige l'existence d'un lien génétique avec au moins un parent d'intention en cas de couple, et exclut le recours à la GPA avec don d'ovocyte pour une femme célibataire. En conséquence, si les cliniques acceptaient facilement les clients-hommes célibataires il y a quelques années, la situation a changé depuis. Le Rosnadzor (organe de contrôle dans le domaine de la médecine) a renforcé son contrôle, et a dû édicter de nombreuses Ordonnances en cas de violations de cette règle.

872 BESKARAVAYNAYA T. La commission d'enquête a présenté des vœux pieux comme une réalité in Medvestnik. 21.06.2019.// Т.Бескаравайная. Следственный комитет выдал желаемое за действительное. 21.06.2019

<https://medvestnik.ru/content/news/Sledstvennyi-komit-et-udalil-s-portala-zakonoproekt-o-vvedenii-medicinskih-statei-v-UK.html>

ensemble important d'amendements à la législation pénale en ce qui concerne la responsabilité pénale des professionnels de santé. La procédure a été gelée pendant la pandémie. « Partout dans le monde civilisé, la poursuite ou la correction des déficiences médicales est un délit civil ou une responsabilité administrative susceptibles d'entraîner un retrait de licence ou du droit à exercer. [...] Mais ces institutions ne fonctionnent pas en Russie, la protection des médecins devant les tribunaux est faible, il n'y a pas de commissions ou de juridictions ordinaires qui sont à même de sanctionner ces comportements. [...] D'où ces amendements à la législation pénale. [...] C'est le principal leitmotiv de cette affaire très médiatisée. Une fois l'enquête terminée, je pense qu'il y aura un nouveau durcissement des lois... »⁸⁷³.

490. La commission d'enquête russe a préparé et soumis à la discussion publique en juin 2019 des amendements au Code pénal de la Fédération de Russie, introduisant de nouveaux délits pour les erreurs médicales⁸⁷⁴. Le projet de loi a été préparé par la Commission d'enquête avec la Chambre nationale des médecins, et a pour but de ne plus appliquer les articles 109, 118, 238 et 293 du Code pénal aux médecins (responsabilité générale), mais de les remplacer par de nouveaux articles - 124.1 et 124.2 - qui prendraient en compte la spécificité des activités médicales et réduiraient les erreurs d'appréciation et, par conséquent, protégeraient mieux les droits des patients et du personnel médical. Il est aussi proposé de reformuler l'article 235 du CP relatif à la « Prestation illégale d'activités médicales et (ou) pharmaceutiques ». Pour les instigateurs du projet, il y a aujourd'hui un vrai problème de qualification des infractions : aucun des articles appliqués aux médecins ne tient compte des spécificités de l'activité médicale professionnelle. Par ailleurs, la jurisprudence des tribunaux sur ces questions n'est pas non plus uniforme.

491. Il a donc été envisagé d'introduire dans le code pénal de nouveaux articles relatifs aux erreurs médicales. Si les amendements sont adoptés, deux nouveaux articles seront introduits : les articles 124.1 concernant la « prestation abusive de soins médicaux (service médical) » et l'article 124.2 sur la « dissimulation

⁸⁷³ Idem. Maître Trounov.

⁸⁷⁴ Le projet de loi a été publié sur le portail fédéral des actes réglementaires. <https://regulation.gov.ru/projects/List/AdvancedSearch#departments=98&npa=92420>

de prestation abusive de soins médicaux ». Dans le même temps, il est proposé de reformuler l'article 235 du code pénal consacré aux « prestations illégales d'activités médicales et (ou) pharmaceutiques »⁸⁷⁵.

492. Selon le projet de loi, article 124.1 du Code pénal, en cas de décès de deux ou plusieurs patients, la peine sera une restriction de libertés avec privation du droit d'occuper certains postes, travaux forcés ou privation de libertés pouvant aller jusqu'à six ans. En vertu de l'article 124.2 du Code pénal, le personnel médical sera tenu pénalement responsable de l'introduction de fausses informations dans les dossiers médicaux, de leur dissimulation ou de leur substitution. Cette infraction sera passible d'une peine privative de libertés pouvant aller jusqu'à quatre ans, ou d'une amende.

493. Une peine maximale de sept ans de privation de liberté est prévue pour l'exercice illégal d'une activité médicale (article 235 du Code pénal) en cas de décès de deux personnes ou plus. En outre, la commission d'enquête a élaboré des amendements à la loi fédérale « Sur les fondements de la protection de la santé des citoyens de la Fédération de Russie ». Le document part du principe que les médecins qui n'ont pas exercé dans leur domaine de spécialisation pendant plus de cinq ans, ainsi que ceux qui ont été condamnés pour prestation abusive d'assistance médicale, ne peuvent être autorisés à exercer des activités médicales ou pharmaceutiques correspondant à leur spécialité qu'après avoir suivi des formations professionnelles accompagnées d'une accréditation.

494. A la fin de l'année 2019, le président du Comité d'enquête de la Fédération de Russie, Alexander Bastrykin, a signé une ordonnance consacrant la création de départements spéciaux pour l'investigation sur les erreurs médicales au sein du département.

L'affaire ne s'est pas arrêtée là. Les audits (contrôles) des cliniques ont relevé de nombreuses autres irrégularités⁸⁷⁶. Il s'agit notamment de 48 cas de PMA au profit

⁸⁷⁵ PETROV I., « Le Comité d'enquête fédéral propose de nouvelles sanctions pénales pour les erreurs médicales » 20.06.2019 <https://rg.ru/2019/06/20/sk-predlagaet-novye-ugolovnye-nakazaniia-zavrachebnye-oshibki.html>

⁸⁷⁶ MISHIN M. « Les autorités ont accusé des cliniques privées de pratiquer la PMA au profit d'hommes célibataires. Comment cela est lié à la lutte contre les mariages homosexuels. » In RBK.ru 10 décembre

d'hommes célibataires, sans raison médicale⁸⁷⁷. Ainsi que de PMA pour les GPA au profit d'hommes porteurs du Virus de l'immunodéficience humaine (VIH)⁸⁷⁸. Le Tribunal a constaté que les mères porteuses n'étaient pas informés de ce fait par la clinique⁸⁷⁹, et a conclu à la mise en danger d'autrui⁸⁸⁰.

Certaines affaires pénales sont médiatisées également en Biélorussie⁸⁸¹ et en Ukraine⁸⁸².

2020. // М.МИШИН Власти обвинили частные клиники в репродукции детей для одиноких мужчин Как это связано с борьбой с однополыми браками. 10 décembre 2020.

<https://www.rbc.ru/society/10/12/2020/5fd0d44f9a79475bca05d478>

⁸⁷⁷ Plusieurs enquêtes pénales sur le trafic d'êtres humains sont toujours en cours, visant les employés et/ou dirigeants des cliniques concernées. Le trafic d'êtres humains est réprimé par l'article 128.1 du Code pénal russe.

⁸⁷⁸ PETROVSKI. I, « Dans l'European Medical Center, les gestatrices portaient les enfants pour des hommes porteurs du VIH. » In Novie Izvestia. 06 avril 2020.// И. ПЕТРОВСКИЙ В ЕМЦ суррогатные матери вынашивали детей для ВИЧ-инфицированных мужчин in Новые Известия, 06 апреля 2020. <https://newizv.ru/news/society/06-04-2021/v-emts-surrogatnye-materi-vynashivali-detey-dlya-vich-infitsirovannyh-muzhchin>

⁸⁷⁹ La décision du tribunal d'arbitrage dans l'affaire N A40-231303/20-17-1611 du 30 décembre 2020.

⁸⁸⁰ La sanction prononcée est une amende de 100 000 roubles (environ 1 100 euros).

⁸⁸¹ Dans l'affaire médiatisée en 2017, une entrepreneuse recherchait les gestatrices. Elle faisait rémunérer ses services entre 2 et 4.5 milles euros, pour l'organisation d'un rendez-vous entre la gestatrice et les parents d'intention. Aucune restriction concernant le statut matrimonial de la gestatrice n'existait à l'époque, quand cette entrepreneuse a commencé son activité en 2007. L'enquête a démontré qu'entre 2010 et 2014, l'entrepreneuse arrangeait, non pas des GPA, mais une insémination directe de la gestatrice par le sperme du commanditaire. En outre, à la demande de cette mise en cause, les parties (parents d'intention et la gestatrice) ont indiqué dans le contrat de la GPA que la FIV serait pratiquée à Saint-Pétersbourg (la Biélorussie a modifié sa législation, et désormais seule une femme mariée peut devenir la gestatrice). Actuellement, il n'existe pas de sanctions pénales en cas de trafic d'embryons (незаконные сделки с эмбрионами). La mise en cause a été relaxée, faute de pouvoir appliquer l'article 181 (trafic d'un être humain). Voir sur ce sujet KONOPELKO L. « Une affaire pénale de grande échelle, relative à la GPA, a souligné de graves carences de la législation. » In Biélorussie aujourd'hui. 30 janvier 2015.

⁸⁸² Le problème de trafic d'enfants existe en Ukraine. Cette infraction est réprimée par l'article 149 al. 3 du code pénal. La peine encourue correspond à 8 à 15 ans d'emprisonnement, avec ou sans confiscation des biens. A titre d'exemple, nous pouvons citer la décision du Tribunal du district Sviatosheski de Kiev rendu le 17 mars 2020 (affaire N759/4167/20 <http://reyestr.court.gov.ua/Review/88259784>). Dans cette affaire, le Tribunal a sollicité les archives norariales, car le contrat de la GPA a été conclu après la naissance de l'enfant. Une enquête pénale a été ouverte suite à ce décès.

Une autre affaire a mis en cause un groupe des malfaiteurs qui facilitaient le recours à la PMA aux étrangers sans raison médicale. La décision du Tribunal de district Kievski de Kharkov du 23 juillet 2019 (affaire N640/8447/19). <http://reyestr.court.gov.ua/Review/83192718>.

Voir l'article M. YASINSKAYA « La gestation pour autrui : les limites de l'acceptable. » In La pratique juridique. N22-23 (1171-1172). 02.06.2020. <https://pravo.ua/articles/surrogatnoe-materinstvo-granicy-dopustimogo/>

SECTION II. La nécessité d'une législation détaillée sur la gestation pour autrui

495. Dans les autres Etats étudiés, un encadrement de la PMA/GPA tend à éviter débordements et dérives.

Contrairement au droit kazakh et biélorusse, les législations russe et ukrainienne dans le domaine de la gestation pour autrui sont lacunaires, et les normes existantes ne définissent que certains aspects de cette technique de procréation sans avoir établi de règles gouvernant la gestation pour autrui dans son ensemble. Comme nous l'avons précisé précédemment dans la partie consacrée à la gestation pour autrui, la législation actuelle nécessite une intervention du législateur afin de mieux protéger les intérêts en présence. La tâche est complexe, du fait de la dimension contractuelle de la gestation pour autrui, et des nombreuses atteintes aux libertés de la gestatrice justifiées par la protection de la santé de l'enfant à naître⁸⁸³. Une autre option serait de préciser quelles sont les dispositions d'ordre public pour qu'aucun contrat ne puisse déroger à ces règles.

496. Plan. Bien qu'issues d'un socle commun, les règles dans le domaine de la gestation pour autrui ne sont pas identiques en Ukraine et en Russie. Cette différence implique des problématiques spécifiques à chaque Etat. Nous verrons dans un premier temps les problématiques soulevées par la doctrine russe (§1), avant d'analyser, dans un deuxième temps, les problématiques ukrainiennes (§2).

<https://sharij.net/ukrainka-pod-vidom-surrogatnogo-materinstva-prodala-seme-iz-kitaya-sobstvennogo-rebyonka>

De nombreuses enquêtes concernent également les situations où, si une femme n'arrive pas à tomber enceinte suite à la FIV avec les gamètes d'un couple, elle conçoit grâce à ses rapports avec son partenaire, afin de ne pas perdre la rémunération prévue dans le cadre de la GPA. Et les cliniques procèdent alors à la falsification des documents médicaux.

A KHMURI « Une ukrainienne a vendu à un couple chinois son propre enfant sous souverture de la GPA. » In Shaij.net 12.02.2021. //Украинка под видом сурrogатного материнства продала семье из Китая собственного ребёнка in Shaij.net . 12 февраля 2021. <https://sharij.net/ukrainka-pod-vidom-surrogatnogo-materinstva-prodala-seme-iz-kitaya-sobstvennogo-rebyonka>

⁸⁸³ Il s'agit ici de la consommation de tabac et d'alcool, des rapports sexuels, de la décision d'interrompre la grossesse ou de procéder à un accouchement par césarienne.

§ I. Nécessité de légiférer dans le domaine de la gestation pour autrui en droit russe

Comme il a été démontré dans le Titre 1, l'encadrement juridique russe de la maternité de substitution reste partiel, incomplet, et concerne essentiellement le volet médical de la question. La gestation pour autrui, dans son ensemble, n'a pour l'instant pas fait l'objet d'une véritable réglementation législative. Et ces nombreuses lacunes et contradictions font l'objet de critiques des juristes russes depuis quelques années⁸⁸⁴.

Problème de définition de la gestation pour autrui. Il convient de rappeler, en premier lieu, que la définition de la gestation pour autrui ne reflète pas l'objectif principal et le but de la maternité de substitution : « le fait pour une mère porteuse de porter un enfant en vue de sa remise ultérieure à des parents génétiques ». Prise avec l'actuel paragraphe 4 de l'article 51 du Code de la famille de la Fédération de Russie sur le consentement obligatoire de la mère porteuse à la remise de l'enfant à ses parents génétiques, cette définition remet en question la force juridique de l'accord de maternité de substitution, et viole gravement les droits des parents génétiques qui ont fourni leur matériel biologique pour concevoir un enfant⁸⁸⁵. Comme nous l'avons souligné dans la section I, l'évolution récente du droit russe appose une règle explicite. En cas de recours à la GPA, au moins un parent doit avoir un lien génétique avec l'enfant⁸⁸⁶.

497. Cette définition revêt une grande importance, en ce qu'elle détermine le modèle, biologique et social, de cette technique procréative⁸⁸⁷. Cependant, aucune

⁸⁸⁴ En particulier de la part de : O. Khazova, T. Borisova, E. Pchelintseva, M. Antokolskaya, Romanovsky.

⁸⁸⁵ LEBEDEVA O., « De certains problèmes d'encadrement juridique de l'AMP mis en lumière par la nouvelle loi fédérale "Sur les bases de protection de la santé des citoyens" » in Lois médicales, № 2, 2012. // Лебедева О.Ю. Некоторые проблемы правового регулирования вспомогательной репродукции в свете нового Федерального закона «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» // Медицинское право, № 2, 2012.

⁸⁸⁶ Article 72 alinéa 2 de l'Ordonnance du ministère de la Santé de Russie N803 du 30 juillet 2020.

⁸⁸⁷ Bien que la GPA ne soit ouverte que pour des raisons médicales, le choix du législateur portant sur la possibilité de combiner la gestation pour autrui avec un don d'ovocyte et/ou un don de sperme peut aboutir à supprimer tout lien génétique entre l'enfant et son/ses parent(s) d'intention.

définition ne remporte tous les suffrages des Russes, en raison de la multitude de cas de figure envisageables. A l'heure actuelle, nous pouvons imaginer six configurations différentes, selon qu'il est fait recours aux gamètes des parents d'intention et/ou à des dons de gamètes⁸⁸⁸.

Depuis plusieurs années, cette carence législative est critiquée par les juristes russes⁸⁸⁹.

La terminologie juridique est antécédente à toute réflexion de fond et doit être fixée avec une grande prudence et justesse par le législateur⁸⁹⁰. Le choix des termes appropriés doit refléter avec neutralité les réalités qu'ils entendent recouvrir : c'est le premier pas vers une réflexion sereine sur le fond.

Il existe de nombreuses possibilités de nommer celle qui a accouché de l'enfant dans le cadre de la GPA : « gestatrice » (le terme le plus neutre), « mère porteuse » et « mère de naissance » (le rôle de la mère est ainsi mis en avant), « mère de substitution » (qui renvoie à un substitut ou une remplaçante)⁸⁹¹. La définition représente un véritable enjeu, car elle détermine le modèle - biologique ou social - de la GPA⁸⁹².

498. Limitation des bénéficiaires au droit de recourir à la gestation pour autrui. Les Bases fondamentales de la protection de la santé des citoyens restent silencieuses sur la question de savoir qui a le droit de recourir à une mère porteuse. Le Code russe de la famille dit seulement que les personnes mariées qui ont donné

888 BORISOVA T., La GPA dans la Fédération de Russie : problèmes toriques et pratiques. Moscou, Prospekt. 2013. P.29

889 Notamment, O.Khazova, T.Borisova, E. Pchelintseva, M.Antokolskaya, Romanovsky

890 Rapport « Le droit à l'enfant et la filiation en France et dans le monde. » Sous dir. De C.BRUNETTI-PONS. 2018. Lexisnexis. P.20.

891 En droit américain, on retrouve de plus en plus l'emploi du terme « gestational carriers » à la place de celui de « surrogate », afin d'éviter la réduction de la gestatrice à un rôle instrumentaliste. // E.TEMAN Birthing mother. The surrogate body and the pregnant self. In University California Press. 2010. P.309.

Le terme « maternité de substitution » n'a pas été retenu par les rédacteurs du rapport « Le droit à l'enfant et la filiation en France et dans le monde » précité. Pour les chercheurs français, ce terme renvoie aux délits de simulation d'enfant, de substitution d'enfant et d'entremise. Pourtant, la maternité est une qualité insubstituable. P.67.

892 K. PARIZER-KRIEFF « Etude comparative du droit de l'AMP. » Presses Universitaires Aix-Marseille. 2016. P.356.

leur consentement écrit à une implantation d'embryon, si elles ont un enfant par le recours à cette méthode, sont inscrites comme parents dans le livre des naissances.

Il était donc important que le législateur se prononce sur chaque catégorie de personnes (selon le statut matrimonial et le sexe). Cette question ne faisait pas consensus chez les juristes russes. Certains⁸⁹³ considéraient que la gestation pour autrui était ouverte non seulement aux couples mariés et concubins, mais aussi aux femmes célibataires. Des divergences d'opinion apparaissaient plus clairement sur la question de l'accès des hommes célibataires à la gestation pour autrui, à défaut de position claire du législateur sur ce point particulier⁸⁹⁴. Certains préconisaient d'interdire purement et simplement l'accès aux célibataires, motif pris de ce que « la maternité de substitution ne devrait avoir qu'un seul but – remédier à l'infertilité des femmes »⁸⁹⁵. D'autres⁸⁹⁶, au nom de l'égalité des sexes, plaidaient en faveur de la gestation pour autrui pour toute personne infertile⁸⁹⁷. Ces juristes avançaient l'argument que les systèmes de l'adoption et de la famille d'accueil permettent déjà à une personne seule d'accueillir un enfant, et que de ne pas ouvrir l'accès à cette technique à tous serait contraire à la Constitution, qui garantit l'égalité de tous devant la loi, comme l'Etat garantit à tous l'accès aux soins médicaux.

499. Cette question a été tranchée par l'Arrêté du ministère de la Santé N803 du 31.07.2020 sur les modalités de recours à la PMA, les contre-indications et prohibitions. Dès lors, ce texte est explicite : seuls les couples hétérosexuels et une

⁸⁹³ CHISTIAKOVA U., « Au sujet du concept de la législation sur la PMA. » In La législation et l'économie. 2006.N9 ; BALASHOVA A. « Certains aspects de l'encadrement juridique de la GPA en Russie. Le symbole des sciences. » 2016. N 2 - 3 (14). p. 117 – 120 // Ю.А. Чистякова К вопросу о концепции правового регулирования репродуктивной деятельности in "Законодательство и экономика", N 9, сентябрь 2006 г. ; Балашова А.И. Некоторые аспекты правового регулирования суррогатного материнства в Российской Федерации // Символ науки. 2016. N 2 - 3 (14). С. 117 - 120

⁸⁹⁴ LEVOUSHKIN A., SAVELIEV, I. Les exigences législatives relatives aux parents d'intention des enfants nés de la GPA. 2016. <http://xn----7sbbaj7auwnffhk.xn--p1ai/article/18385> // А.Н. ЛЕВУШКИН, И.С. САВЕЛЬЕВ Требования, предъявляемые законодателем к будущим родителям ребенка, рожденного с помощью суррогатного материнства

⁸⁹⁵ Notamment, T. Borisova

⁸⁹⁶ Par exemple, K. Svitnev

⁸⁹⁷ Comme il a été dit auparavant, une des raisons posées pour l'accès des femmes à l'insémination avec le sperme d'un donneur est l'absence de partenaire. Et cette « raison » d'infertilité sociale ouvrant l'accès à certaines techniques de la GPA soulève des inquiétudes chez les partisans de la prohibition de la GPA, qui considèrent qu'il faut se garder, au nom de l'égalité des sexes, d'ouvrir la boîte de Pandore au mépris des différences de situations biologiques.

femme célibataire peuvent recourir à la GPA. Un lien génétique avec au moins un parent est exigé⁸⁹⁸.

Cette position est conforme à la jurisprudence de la CEDH qui fait de l'existence d'un lien biologique un des éléments décisifs dans les traitements des affaires d'une GPA transfrontalière. Lorsque la filiation correspond à la vérité biologique, et que le parent et l'enfant le revendiquent, le refus de reconnaître ce lien de filiation établi à l'étranger dans l'Etat où vit l'enfant excède la marge d'appréciation des Etats, et constitue une violation de l'article 8 de la CEDH⁸⁹⁹.

L'établissement de la filiation au profit des concubins hétérosexuels devrait également être affirmé, afin qu'ils ne se heurtent plus aux refus des officiers d'état civil d'inscrire les enfants dans les registres de l'état civil.

Le projet de loi sur la modification de certains actes législatifs en matière de la PMA (en particulier la GPA) est actuellement déposé à la Douma⁹⁰⁰. Il prévoit de limiter l'accès à ces techniques aux couples hétérosexuels russes⁹⁰¹.

500. Le statut de l'embryon et la conservation des gamètes. L'embryon est un thème indissociable des régimes de la PMA/GPA⁹⁰². Les pratiques de la fécondation in vitro ont conduit à la création d'un nombre indéterminé d'embryons. Dans les lois, les termes « embryon » ou « fœtus » n'étaient pas employés jusqu'à ce que la biomédecine, et les demandes des interventions scientifiques ou médicales sur

898 En conséquence, une femme célibataire ne peut pas avoir recours à la GPA avec un don d'ovocyte.

Concernant les couples de deux femmes, cette catégorie n'existe pas pour les juristes (en droit russe). « Ces couples sont invisibles pour le droit russe. Leur recours à la PMA est "vu" comme le recours d'une femme seule. Pour la loi russe, seule un couple composé hétérosexuel existe. » Conférence de la RAHR du 04 novembre 2021. Spikers O. ZINOVIEVA et D. BARTNEV.

MITIRAKOVA E., « Encadrement juridique de la GPA en Russie. » Tumen. 2007. P.91 Thèse. ; LEVOUSHKIN A., SAVELIEV I. « Les exigences législatives vis-à-vis des parents d'intention. » Le droit actuel. 2015. N 9. Pp 92-96.

⁸⁹⁹ Arrêt de la CEDH du 26 juin 2017 Menenson c.France. Réq. N° 65192/11, §.100. Arrêt de la CEDH du 26 juin 2014 Labassée c.France. Réq. N° 65941/11. §79.

⁹⁰⁰ ZAMAKHINA T. « Ne pas proposer aux étrangers et aux hommes célibataires. » In Rossiskaïa Gazeta. <https://rg.ru/2021/01/20/gosdumaizmenit-pravila-surrogatnogo-materinstva.html>

⁹⁰¹ Le projet de loi est discuté dans le Titre II.

⁹⁰² En droit russe, il s'agit du zygote, à un stade allant jusqu'à huit semaines de développement. L'article 2 de la loi fédérale N54-FZ du 20 mai 2002 sur « La prohibition temporaire du clonage humain ».

l'être humain conçu, viennent imposer ces mots au législateur⁹⁰³. Le statut de l'embryon implique d'inclure, au-delà du seul droit civil, des règles relevant du droit pénal, du droit social, du droit médical et du droit administratif⁹⁰⁴. Cependant, les plus grandes difficultés résultent justement des différences, et même des contradictions que nous pouvons relever sur la conception de l'individu non né par les différentes branches du droit.

501. Si l'embryon in vivo a vocation à devenir un sujet de droit par la naissance, l'avenir de celui in vitro est moins certain, et dépend du législateur et de la volonté de ses géniteurs (parents). Plus son statut est tiré vers la personne, plus il est soumis à la volonté de ses parents, plus il sera considéré comme « leur enfant ». Plus son statut est tiré vers celui d'objet, plus il est assimilé à une fusion banale des gamètes, plus les autorités publiques pourront le saisir⁹⁰⁵.

502. En cas de PMA, le statut juridique de l'embryon déterminera la solution dans de nombreuses situations : le sort des embryons en cas de séparation d'un couple les ayant conçu⁹⁰⁶, en cas de la décision unilatérale d'un des époux d'arrêter le programme de la PMA, en cas du sort des embryons non utilisés à l'issue de la PMA... Ces questions complexes sont de plus en plus fréquemment soulevées devant la Cour européenne des droits de l'homme, et l'on peut s'attendre à ce que le nombre de requêtes augmente à l'avenir. Ces affaires⁹⁰⁷ soulèvent des questions importantes – parfois sur des points extrêmement sensibles, au regard des articles 2, 3, 5, 6 et, le plus souvent, 8 de la Convention européenne des droits de l'homme⁹⁰⁸.

⁹⁰³ LABRUSSE-RIOU C., BELLIVIER F., « Les droits de l'embryon et du fœtus en droit privé. » In *Revue internationale de droit comparé*. 2002. N2 (54) pp. 579-601.

⁹⁰⁴ *Idem*.

⁹⁰⁵ K. PARIZER-KRIEFF « Etude comparative du droit de l'AMP. » Presses Universitaires Aix-Marseille. 2016. p.171

⁹⁰⁶ Le sort des gamètes et des embryons n'est pas défini en droit ukrainien. La loi ne prévoit pas de procédure de leur destruction, et ne dit rien sur leur sort en général, en cas de divorce du couple auquel appartiennent les embryons, ou de décès de l'un des membres du couple.

⁹⁰⁷ *Evans c. Royaume-Uni* [GC], no 6339/05, arrêt du 10 avril 2007 ; *Knecht c. Roumanie*, no 10048/10, arrêt du 02 octobre 2012 ; *Costa et Pavan c. Italie*, no 54270/10, arrêt du 28 août 2012 ; *Parrillo c. Italie* [GC], no 46470/11, arrêt du 27 août 2015.

⁹⁰⁸ Les décisions relatives au statut de l'embryon peuvent également faire référence à la Convention d'Oviedo sur les droits de l'homme et la biomédecine du 04 avril 1997 (STE no 164).

503. La doctrine russe, contrairement aux décisions européennes, considère que la priorité doit être accordée à la solution qui permettrait d'aboutir à la sauvegarde de la vie humaine⁹⁰⁹. Dans cette situation, les entraves à la liberté de reproduction seront justifiées, car ce droit a déjà été réalisé au stade de conception de l'embryon. Il est difficile de partager cette position, car le consentement au recours à la PMA peut être retiré. La position de certains juristes russes, qui considèrent que les embryons non utilisés en cas de l'arrêt du programme de la PMA par les personnes ayant fourni le matériel génétique, doivent être destinés aux dons pour les autres couples infertiles, étonnent également. Chaque personne a le droit de déterminer pour soi si elle souhaite ou non transmettre son patrimoine génétique. Cette position russe peut éventuellement être expliquée par la politique étatique nataliste.

504. *La situation de l'enfant et ses droits.* La PMA/GPA a pour finalité de faire naître un ou plusieurs enfants. En conséquence, ils sont directement et en premier lieu concernés, et leurs intérêts doivent être pris en compte.

L'impératif de protéger en priorité les droits et intérêts de l'enfant est prévu par le droit international et les droits nationaux⁹¹⁰. Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale⁹¹¹. Le Préambule de la Déclaration des droits de l'enfant met en lumière le besoin de l'enfant à une protection et à des soins particuliers, « notamment d'une protection juridique appropriée, avant comme après la naissance »⁹¹². Dès lors, la Russie s'est engagée à prendre toutes les mesures appropriées pour que l'enfant soit efficacement protégé contre toute discrimination ou sanction motivées par sa situation juridique, ou les

⁹⁰⁹ BELOVA D. « La nature juridique de l'embryon in vitro. » in LEX RUSSIA N6 (151) juin 2019.

Cette position s'applique également aux cas d'abandon du programme de la PMA par les deux parents d'intention. Les juristes russes préconisent que ces embryons soient « donnés » aux couples infertiles.

⁹¹⁰ Alinéa 3 de l'article 1 du Code de la famille de la Russie.

⁹¹¹ Article 3 de la Convention relative aux droits de l'enfant (CIDE) du 20 novembre 1989. Par sa ratification (l'URSS l'a ratifiée le 15 septembre 1990), la Russie s'est engagée à respecter les droits énoncés par elle, et à les garantir à tout enfant relevant de sa juridiction.

⁹¹² Déclaration des droits de l'enfant du 20 novembre 1959.

agissements de ses parents. Le respect du droit à la non-discrimination n'est pas une obligation passive, mais requiert l'adoption de mesures concrètes visant à garantir l'efficacité des droits énoncés dans la CIDE. En vertu de l'article 67.1 de la Constitution russe, les enfants sont la priorité la plus importante de la politique d'État⁹¹³. Les juristes russes sont conscients que ces dispositions imposent des réformes du droit russe afin de garantir, d'une part, le respect de son intérêt et sa priorité en cas de conflit d'intérêts, et d'autre part, l'intérêt des parents d'intention à établir leur filiation⁹¹⁴.

A l'heure actuelle, nombreuses sont les situations dans lesquelles les droits de l'enfant sont bafoués.

505. **Abandon de l'enfant né.**

A cette longue liste des lacunes s'ajoutent les questions liées à la responsabilité des parents d'intention en cas d'abandon de l'enfant. Que se passera-t-il si les parents commanditaires changent d'avis et refusent d'accueillir l'enfant ? Qui s'occupera de cet enfant ? Sur qui pèsera l'obligation alimentaire due à l'enfant « refusé » ? Quels seront ses droits en matière successorale ? La législation russe actuelle n'apporte aucune réponse à ces questions. Une des propositions de la doctrine russe vise à maintenir la responsabilité des parents d'intention, au moins jusqu'à ce que l'enfant soit adopté, et avant que cette responsabilité ne soit transférée aux parents adoptifs⁹¹⁵.

Il est aussi important d'apporter une réponse juridique à la question de savoir comment concilier l'obligation contractuelle de remettre l'enfant aux parents d'intention avec l'interdiction absolue de la traite des êtres humains, qui constitue un crime pénalement répréhensible. Cette problématique a resurgi et a été placée sous les feux de l'actualité en raison du « scandale » des enfants bloqués en Russie en raison de la crise sanitaire mondiale.

⁹¹³ Constitution de la Russie du 12 décembre 1993.

⁹¹⁴ BOGDANOVA E., BELOVA D. « Les problèmes actuels nécessitant des réformes du droit dans le domaine de la GPA. » In Les problèmes actuels du droit russe. Avril 2021. N.16 (4).

⁹¹⁵ SCHERPE J-M. , FENTON GLYNN C., KAAAN T., Eastern and Western Perspectives on Surrogacy, Intersentia, 2019.

Compléter les règles d'établissement de la filiation des enfants nés de la gestation pour autrui. Les règles actuelles ne couvrent que certaines situations, et soulèvent un certain nombre de débats ou font l'objet de controverses⁹¹⁶. Il est nécessaire d'apporter notamment des modifications au Code de la famille dans sa partie relative à l'établissement de la filiation (maternité et paternité) des enfants nés de la gestation pour autrui, en apportant des précisions sur les concubins ayant eu recours à la gestation pour autrui, mais aussi en clarifiant le statut du mari de la gestatrice. Il serait aussi judicieux de déterminer les règles d'établissement de la filiation en cas de recours à la gestation pour autrui.

506. Les débats doctrinaux concernent également des questions liées aux parents d'intention.

507. Fixer une limite d'âge des parents d'intention dans l'intérêt de l'enfant⁹¹⁷. Certains juristes proposent de fixer une limite d'âge pour les parents d'intention⁹¹⁸, au motif que les parents doivent pouvoir élever leur enfant au moins jusqu'à ce qu'il atteigne sa majorité. La condition d'âge dans ce cas ne peut être considérée comme une tentative de limiter le droit à la maternité. La partie 3 de l'article 55 de la Constitution de la Fédération de Russie prévoit la possibilité de restreindre les droits et libertés de l'homme sous certaines conditions. L'article 54 du

916 BORISOVA T., « La GPA en Russie : problèmes théoriques et pratiques. » Prospekt. 2013. P7 (142pp).

917 Il n'est pas sans intérêt de prendre l'exemple de la législation biélorusse, laquelle interdit aux personnes déchues de l'autorité parentale ou condamnées de devenir donneur. Ne serait-il pas judicieux de reprendre ces critères afin de limiter accès à la PMA ? Pourquoi ne pas assimiler l'accès à la GPA à une adoption sur ce point ? En Europe, l'Autriche a déjà exclu des bénéficiaires de la PMA des personnes condamnées pour des abus sexuels et déchues de l'autorité parentale.

Cependant, dans ce cas, se poserait la question de la délivrance d'une accréditation au recours à la PMA (par analogie avec l'adoption), et cela soulèverait inévitablement des débats sur l'ingérence dans la vie privée.

918 A. LEVOUSHKIN, I. SAVELIEV « Les exigences législatives vis-à-vis des parents d'intention. » Le droit actuel. 2015. N 9. Pp 92-96 ; E. Mitriakova « Les exigences vis-à-vis des parents d'intention lors du recours à la GPA. » Urist. Moscou. N 6. 2018. Pp 7-9. ; U. SERGEEV, U. PAVLOVA « Les problèmes d'encadrement juridique de la PMA. » In Droit médical. 2006. N3. ; B.ROMANOVSKI « Le droit à in vitro et l'écologie de la reproduction. » In Legalité. 2003. N7. Pp.31-32.// Левушкин А.Н., Савельев И.С. Требования, предъявляемые законодателем к будущим родителям ребенка, рожденного с применением технологии суррогатного материнства in Современное право. 2015. N 9. С. 92 - 96.; Е.С. Митрякова Требования к потенциальным родителям при использовании метода суррогатного материнства. Семейное и жилищное право. Юрист. Москва. 6 2018 Стр 7-9 ; Сергеев Ю. Д., Павлова Ю. В. Проблемы правового регулирования применения методов вспомогательных репродуктивных технологий in Медицинское право. 2006. № 3; Романовский Г. Б. Право на искусственное оплодотворение и экология размножения in Законность. 2003. № 7. С. 31–32.

Code de la famille de la Fédération de Russie prévoit qu'un enfant a le droit d'être élevé par ses parents, dispose du droit à la sauvegarde de ses intérêts, à un développement complet et au respect de sa dignité humaine. En même temps, l'article 18 de la CIDE prévoit que la responsabilité d'élever l'enfant et d'assurer son développement incombe au premier chef aux parents. Selon l'alinéa 2 de l'article 38 de la Constitution russe, la prise de soin de l'enfant et son éducation relèvent des droits et des obligations des parents. L'article 63 du Code de la famille russe établit à la fois le droit et l'obligation des parents d'élever et d'éduquer leurs enfants. Il est évident qu'il ne sera pas toujours possible aux parents trop âgés de remplir ces obligations⁹¹⁹ : soit en raison de leur santé, soit du fait de leur décès. Ce seuil d'âge limite d'accès à la PMA/GPA se base sur le principe que les parents doivent élever l'enfant jusqu'à sa majorité. Dès lors, les parents doivent être âgés de moins de 55 ans afin de pouvoir accompagner l'enfant dans son développement jusqu'à la majorité. L'alinéa 3 de l'article 55 de la Constitution russe dit que les droits et les obligations de l'homme peuvent être limités par une loi fédérale si nécessaire, pour notamment protéger la santé, les droits et les intérêts légaux des autres personnes. Ainsi, la protection des intérêts de l'enfant rend possible la limitation d'accès à la PMA/GPA en raison de l'âge⁹²⁰.

508. Concernant la gestatrice, une meilleure protection de sa santé et de ses intérêts est nécessaire. La protection sur les plans juridique et médical : la gestatrice, portant un enfant pour des tiers, se voit de plus en plus instrumentalisée par les agences spécialisées qui les traitent comme de simples « couveuses/incubatrices ». La santé de la gestatrice ne préoccupe en aucune manière les agences, dès lors qu'elle a accompli son office : accoucher de l'enfant. La doctrine russe estime qu'un contrôle

⁹¹⁹ <https://rosstat.gov.ru/> L'estimation de l'Agence des statistiques pour 2021 est que l'espérance de vie sera de 69 ans pour les hommes et de 79 ans pour les femmes.

En Russie, l'espérance de vie moyenne varie énormément d'une région à l'autre. Ainsi, la longévité est de 82 ans en Igushetia et de 63 ans en région Chukotka (en 2018). La moyenne est de 77 ans pour une femme et de 67 ans pour un homme. Voir la page « L'espérance de vie en Russie dans différentes régions » (en russe uniquement) sur <https://ru.wikipedia.org>

A titre d'exemple, en Ukraine, cet âge est de 70 ans, en Biélorussie de 74 ans, en France de 83 ans, au Royaume-Uni de 82 ans.

⁹²⁰ BOGDANOVA E., BELOVA D. « Les problèmes actuels nécessitant des réformes du droit dans le domaine de la GPA. » In Les problèmes actuels du droit russe. Avril 2021. N.16 (4).

s'impose sur les plans juridique et médical. Bien que les cliniques soient tenues de fournir une information complète sur le processus et surtout sur les risques médicaux inhérents, la presse russe abonde de témoignages de gestatrices ayant développé des cancers suite aux traitements hormonaux qui leur ont été administrés, ou ayant subi des césariennes imposées sans aucune nécessité médicale, ou encore ayant souffert de complications postnatales qu'elles ont été contraintes de gérer (émotionnellement et financièrement) seules⁹²¹, les agences refusant systématiquement de considérer ces pathologies comme des conséquences de la gestation pour autrui.

La doctrine préconise la création d'une base de données des gestatrices aux fins de mieux protéger leur santé. La loi ne limite pas le nombre de recours au programme de gestation pour autrui, et il n'existe aucune statistique sur cette question.

Il nous paraît également important de prévoir le nombre maximal de grossesses qu'une femme peut mener en tant que gestatrice. La presse fournit des témoignages de femmes qui participent au programme de la GPA pour la troisième, voire la quatrième fois. Cela permettrait d'éviter que la gestatrice ne fasse de cette pratique une profession, aux risques trop graves pour la santé du fait de la surstimulation des ovaires notamment. Cette limitation ne serait pourtant pas efficace sans la création d'un registre national des programmes de la GPA.

509. La question cruciale de la remise de l'enfant⁹²². Il s'agit ici de la confrontation de l'élément essentiel figurant dans la définition de la gestation pour autrui - la remise de l'enfant aux parents d'intention - avec la règle du Code civil laissant la possibilité à la gestatrice de garder l'enfant (alinéa 4 de l'article 51 du Code de la famille de la Fédération de Russie).

Ce consentement postnatal, obligatoire pour le transfert des droits parentaux découlant de la filiation vers les parents d'intention, remet en cause la force juridique

921 <https://www.rosbalt.ru/piter/2020/08/26/1860495.html>

922 T. SOUKHANOVSKAÏ « Le Tribunal de Komi a refusé la remise des enfants nés de la GPA au ressortissant autrichien » in Rossiskaïa Gazeta. 26.10.21. <https://rg.ru/2021/10/26/reg-szfo/sud-syktvykara-otkazalsia-otdat-detej-grazhdaninu-avstrii.html>

S. TSIGANKOVA « La gestatrice a accouché de l'enfant mais le commanditaire a disparu : que faire ? » <https://rg.ru/2021/07/28/reg-szfo/surrogatnaia-mama-rodila-rebenka-a-zakazchik-propal-chto-delat.html>

du contrat et son objet. Il n'a pas été non plus légiféré sur la forme et le délai du consentement de la mère porteuse à la remise de l'enfant aux parents d'intention. La loi ne prévoit non plus de délai de rétractation⁹²³.

La question du droit inconditionnel de la gestatrice de garder l'enfant a déjà été examinée par la Cour constitutionnelle en 2018⁹²⁴. La pratique des tribunaux et la position de la Cour constitutionnelle ont déjà retiré le caractère absolu de ce droit. Dans la majorité des litiges, les gestatrices n'obtiennent pas gain de cause et se voient obligées de rembourser les frais engagés par les parents d'intention⁹²⁵. Dans ce contexte, pour les auteurs du projet de loi visant à encadrer la GPA⁹²⁶, il serait justifié de supprimer la règle existante et de déterminer par la loi, en tant qu'exception, dans quels cas la gestatrice peut garder l'enfant, et quelles en seront les conséquences financières⁹²⁷.

Si nous mettons en lumière la position des Etats d'Europe ayant autorisé la GPA⁹²⁸, malgré les différences de régimes juridiques entre eux, la gestatrice ne peut être contrainte de transmettre l'enfant. Cela prouve l'existence d'une limite à l'approbation de cette pratique⁹²⁹.

Le maintien ou la suppression de cette règle au nom du respect de l'engagement contractuel soulèvent de nombreuses polémiques. Une majorité de juristes russes plaident en faveur de la suppression de cette exigence⁹³⁰. Abolir cette règle aurait pour conséquence que la mère gestatrice ne puisse plus changer d'avis, et

⁹²³ En France, en cas d'accouchement sous X, ce délai est de deux mois. Cependant, il ne serait pas justifié de comparer la gestation pour autrui et l'accouchement sous X. Dans cas de la GPA, il n'y a pas de lien génétique entre celle qui a accouché de l'enfant et ce dernier.

⁹²⁴ Cette décision a été discutée dans le Titre I.

⁹²⁵ « Le droit de la gestatrice de garder l'enfant peut être restreint. » In La vie de Tombov. 20.01.2021. https://tamlife.ru/special-projects/mediagruppa-patriot/v-rossii-mogut-ogranichit-pravo-na-surrogatnoe-materinstvo/?doing_wp_cron=1636075112.1150290966033935546875

⁹²⁶ Le projet a été déposé suite aux scandales survenus en 2020. Ce projet de loi est présenté en détail dans le Titre II.

⁹²⁷ La loi russe est également silencieuse concernant le refus des parents d'intention d'accueillir l'enfant (notamment en cas d'une naissance avec des malformations). Cette absence de cadre précis ne fait qu'amplifier la précarité des deux parties, et l'imprévisibilité des décisions judiciaires.

⁹²⁸ Notamment l'Allemagne et la Grande-Bretagne.

⁹²⁹ K. PARIZER-KRIEFF « Etude comparative du droit de l'AMP. » Presses Universitaires Aix-Marseille. 2016. P.372

⁹³⁰ Notamment les auteurs suivants : A. Pourgé, I. Dikova, Mistriakova, Samoilova T. Borisova.

en conséquence la filiation maternelle et paternelle de la gestatrice et de son époux ne pourrait plus être établie. Nombreux sont les Etats n'accordant pas ce droit à la gestatrice⁹³¹.

Cette décision n'est pas sans conséquence : ne revient-elle pas à minorer le fait de l'accouchement vis-à-vis de la volonté exprimée antérieurement à la gestation ? Cela soulève des questions sur la capacité d'une femme à renoncer à la filiation. Si la filiation est un droit en principe indisponible, comme tout élément de l'état civil, comment peut-on envisager d'y renoncer ? Cependant, en droit français, en cas d'un accouchement sous X, il est déjà admis qu'une femme peut renoncer à la filiation. Elle a cependant deux mois pour se rétracter.

510. Questions du cadre institutionnel, d'une plus grande surveillance et du contrôle des agences et des cliniques, précisions sur les contrats.

511. Absence d'encadrement des contrats. Le législateur russe a laissé hors champ d'intervention de nombreuses questions fondamentales relatives à la gestation pour autrui. Il n'existe pas de contrat type en matière de gestation pour autrui. Ne sont précisés par la loi, ni la forme, ni le contenu, ni les conditions essentielles du contrat entre la gestatrice et les parents d'intention, ni le type des relations découlant du contrat de la GPA. Pourtant c'est à la loi que revient la mission d'encadrer la liberté reconnue aux parties à un contrat de gestation pour autrui. Ces contrats doivent également être conformes aux normes qui leur sont supérieures : les lois nationales et les sources internationales.

Cet encadrement est surtout important car la gestation pour autrui peut conduire les individus à renoncer à des droits et à des libertés fondamentales, voire à leurs droits sur certains éléments ou produits de leur propre corps.

Le silence du législateur sur cette question ne fait qu'accentuer un déséquilibre entre des parties, mais aussi rendre plus précaire les intérêts de l'enfant né. Il est donc important, pour la doctrine russe, que les conditions essentielles du contrat de gestation pour autrui soient fixées par le législateur, en toute conformité avec des normes supra-législatives. En l'absence de dispositions législatives

⁹³¹ Certains Etats des Etats-Unis, le Kazakhstan, l'Ukraine, la Biélorussie.

protégeant suffisamment les parties, la gestatrice, l'enfant né et les parents d'intention se voient confrontés à des risques de conflit importants. Il peut s'agir du droit de la gestrice à garder l'enfant, ou des désaccords sur les sommes versées à la gestatrice en supra de ce que prévoit le contrat en cas de circonstances non prévues par le contrat.

Parfois même, la justice⁹³² se trouve dans l'incapacité de remédier aux carences du législateur, et la trop grande liberté contractuelle qui existe dans certains Etats est à l'origine de beaucoup d'abus. Il s'agit des droits et des obligations découlant d'un contrat de gestation pour autrui, et des responsabilités encourues en cas de non-exécution ou de mauvaise exécution (les motifs et la procédure de mise en cause de la responsabilité des parties, mais aussi les sanctions en cas de non-exécution ou d'exécution incomplète des obligations), mais aussi des circonstances permettant aux parties de s'exonérer de leur responsabilité. Le législateur russe n'a posé aucune condition spécifique. « Une régularisation satisfaisante de la gestation pour autrui doit créer des conditions cadres pour l'échange au niveau corporel, relationnel, émotionnel et économique, de manière à satisfaire au mieux les besoins élémentaires et les intérêts des mères porteuses, et à créer un juste équilibre avec les besoins élémentaires et les intérêts des autres personnes impliquées »⁹³³.

Bien que cette technique de la PMA soit marginale au profit des parents d'intention qui sont des ressortissants nationaux, le recours à la GPA par les étrangers est, lui, en plein essor. Ces derniers sont représentés par des avocats spécialisés représentant leurs intérêts. Il n'est pas rare que la gestatrice, faute de moyens financier, se contente du contrat rédigé dans l'intérêt des parents d'intention. Dès lors, la question de la protection de ses intérêts par l'Etat (le législateur) devient encore plus importante.

La loi russe reste silencieuse concernant la forme du consentement de la gestatrice qui accueille l'embryon et concernant l'inscription des parents d'intention

⁹³² Certains pays estiment que les conventions de la GPA ne sont pas exécutoires en justice (l'Allemagne, le Royaume-Uni). Cela confirme le caractère exceptionnel de cette pratique. Cependant, en Russie et en Ukraine, la GPA est loin d'être une exception.

⁹³³ « La gestation pour autrui : approches juridiques internationales. » Sous-direction de BOILLET V., ROCCA M. et E.de LUZE. Anthemis. 2018. p.24

en tant que parents légaux de l'enfant, mais aussi sur la forme que doit revêtir le consentement du mari de la gestatrice.

512. Absence de précisions sur la forme du consentement à la gestation pour autrui. Le consentement écrit des époux ou d'une femme seule est requis pour l'insémination artificielle et/ou l'implantation d'un embryon.

Le droit russe prévoit l'accord de l'époux au recours de son épouse au programme de la GPA en qualité de gestatrice. Il conviendrait donc que le droit impose un consentement exprès du mari de la gestatrice, donné au début du protocole médical, et prévu sous forme notariale⁹³⁴. Ce consentement s'avèrerait important dans l'hypothèse de refus de la gestatrice de remettre l'enfant aux parents. Si la gestatrice décide finalement de se faire inscrire en tant que mère de l'enfant dans les registres d'état civil, la présomption de paternité qui s'applique désigne son époux comme le père de l'enfant, et interdit donc à son époux, en vertu de l'alinéa 3 de l'article 52 du code de la famille, de contester sa paternité en faisant état du recours à la procréation médicalement assistée de son épouse. En conséquence, il est indispensable de déterminer clairement le rôle du mari de la gestatrice dans le Code de la famille pour éviter que la présomption de paternité ne puisse être opposée au mari de la gestatrice qui serait éventuellement en désaccord avec le choix de sa femme⁹³⁵.

En outre, les juristes russes militent aussi en faveur d'une meilleure information sur les conséquences juridiques et les risques juridiques inhérents à la GPA. Ils⁹³⁶ proposent d'instaurer une obligation d'information, directement faite au mari de la gestatrice, du contenu de l'article 17 du Code de la famille, article qui l'empêche de demander le divorce durant la grossesse et la première année de la vie de l'enfant. L'article 17 ne précise pas si le conjoint doit être le père génétique de

⁹³⁴ Nous avons évoqué le problème de falsification de sa signature dans la section concernant le droit pénal.

⁹³⁵ MAKARENKO G., « Les règles juridiques d'établissement de la filiation en cas de recours à l'AMP. » Le droit médical. N2. 2007.//Макаренко Г.Н. Правовое регулирование отношений установления отцовства и материнства при применении методов ВРТ. Медицинское право. 2007. N2.

⁹³⁶ BORISOVA T., « La gestation pour autrui en Russie. Les problèmes théoriques et pratiques. » Prospekt. 2013. ; BOGDANOVA E., BELOVA D. « Les problèmes actuels nécessitant des réformes du droit dans le domaine de la GPA. » In Les problèmes actuels du droit russe. Avril 2021. N.16 (4).//Богданова Е., Белова Д. А. Актуальные проблемы рефоасироаппия законодательства о сурогатном материнстве in Актуальные проблемы российского права. апрель 2021. Т. 16. № 4 (125)

l'enfant : cette limitation du droit de divorcer peut donc être imposée à tout époux après un accouchement. En donnant son accord à la participation de sa femme à un programme de gestation pour autrui, il doit être informé de toutes les conséquences juridiques de son consentement.

513. Encadrer l'activité des acteurs et des intermédiaires dans le domaine de la gestation pour autrui, instaurer une responsabilité pénale spécifique au domaine de la gestation pour autrui, et prévoir un contrôle strict de l'Etat⁹³⁷. Le tourisme procréatif s'appuie sur un puissant maillage économique. A différents niveaux, nombreux sont les acteurs économiques à en tirer profit. Le but poursuivi par ces multiples intermédiaires, à caractère lucratif, leur permet d'obtenir un profit⁹³⁸ souvent excessif par rapport notamment à la rémunération de la gestatrice.

Il a été démontré, dans le chapitre précédent, que l'absence de règles claires et précises et de contrôle étatique efficace permet aux cliniques spécialisées, peu scrupuleuses, de faire une appréciation très large du terme « pour raisons médicales », en faisant de la gestation pour autrui une « GPA pour tous », du moins pour tous ceux qui en ont les moyens financiers, le régime de Sécurité sociale ne prenant pas en charge la gestation pour autrui.

Les agences intermédiaires ne sont ni agréées, ni soumises à une quelconque régularisation. L'importance d'encadrer leur activité était déjà soulevée dans la section précédente. L'accompagnement des agences de maternité de substitution se focalise essentiellement sur le service fourni aux parents d'intention : celles-ci sélectionnent les gestatrices et communiquent ultérieurement avec elles. Mais ces intermédiaires sont rémunérés par les parents d'intention et, en conséquence, défendent d'abord les intérêts de ces derniers en cas de conflits. Les agences/cliniques soumettent des contrats à la signature des gestatrices, qui ne mesurent pas toujours la portée de leurs engagements. Il est rare qu'un

⁹³⁷ SERGUEEV U., « Carence dans la prestation des soins médicaux et moyens d'y remédier. » Le droit médical. № 2. pp. 4-7 // Сергеев Ю.Д. Ненадлежащее оказание медицинской помощи и пути ее профилактики – сверхактуальная научно-практическая проблема. Медицинское право. 2016. № 2. С. 4-7

⁹³⁸ Il s'agit de toutes sortes de services : rédaction des contrats, vente de gamètes et d'embryons, sélection d'une mère porteuse...

accompagnement juridique « de bon niveau » soit fourni à la gestatrice. En conséquence, l'absence de contrôle étatique s'avère particulièrement pénalisant dans le domaine de la maternité pour autrui, l'absence de législation précise plongeant tous les acteurs (parents d'intention, gestatrice, enfant) dans l'incertitude à tous les stades du processus de gestation pour autrui, et les procès pénaux dont les médias se font l'écho montrent à quel point la déloyauté et la fourberie humaine peuvent s'exprimer dans cette technique de procréation qu'est la gestation pour autrui.

Le projet de loi examiné actuellement à la Douma prévoit l'interdiction de toute publicité de la GPA⁹³⁹. Nous ne pouvons que nous réjouir de cette prise de conscience de la société. Il serait également judicieux, à notre avis, de renforcer le contrôle et de prévoir des sanctions pénales en cas de non-respect de cette règle. Il est cependant regrettable que les propositions ne soulèvent pas la possibilité de restreindre l'activité des agences à celles qui sont à but non lucratif, agréées par le ministère de la Santé ou par un autre organe étatique.

En nous appuyant sur la pratique étrangère⁹⁴⁰, nous pouvons conclure qu'une rigueur dans l'encadrement de la pratique de la GPA est destinée à garantir que la gestation pour autrui se déroule conformément au principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine. Il est surprenant que les initiateurs des projets de lois sur la GPA ne soulèvent pas la question de l'exigence d'un agrément délivré par les autorités publiques. Cela permettrait de réduire le nombre des cas de recours à la GPA sans raisons médicales. Ce filtre permettrait d'assurer une certaine cohérence dans le droit de la procréation médicalement assistée, et d'écarter tout « droit à l'enfant ». Les gestations pour autrui dites « de convenance », qui iraient à l'encontre des règles posées par les principes de bioéthique et des valeurs fondamentales, seraient écartées.

514. Autres questions.

Il y a aussi d'autres questions qui auraient dû être nécessairement abordées, et qui demeurent, pour l'heure, sans réponse. Dans quelle mesure doit-on reconnaître le

⁹³⁹ Certains pays contiennent déjà cette règle (Le Royaume Uni notamment).

⁹⁴⁰ Israël, Grèce.

droit de l'enfant à connaître ses origines ? La conception post mortem⁹⁴¹ devrait-elle être autorisée et, si oui, à quelles conditions ? Outre les questions nationales, il existe tout un ensemble de questions liées au droit international privé, et parmi celles-ci, les plus importantes concernent le statut juridique d'un enfant né grâce à des accords internationaux de maternité de substitution, et la reconnaissance de l'acte de naissance de l'enfant au-delà des frontières.

Le plus inquiétant dans le contexte de la maternité de substitution, cependant, est le fait que l'enfant n'ait pas été placé au premier plan de la réglementation de la maternité de substitution, non seulement en Russie mais aussi dans de nombreux autres pays, du moins jusqu'à très récemment. L'explication de cette situation, en ce qui concerne la Russie, semble être liée au fait que les technologies de procréation assistée, y compris la maternité de substitution, sont apparues et se sont développées comme un remède à l'infertilité, qui pouvait être proposé, grâce aux progrès de la médecine de reproduction, aux personnes qui n'étaient pas en mesure de concevoir de manière naturelle. Il s'agissait et il s'agit toujours de relations exclusivement entre les patients et une clinique médicale, avec la participation d'une mère porteuse ou d'un intermédiaire, selon le cas. Il n'y a encore pratiquement pas de considérations liées à l'enfant au stade initial où une décision sur le traitement est prise, et la question de savoir s'il devrait y avoir des critères, en dehors des indications médicales, auxquels le ou les parents commanditaires devraient répondre pour être admis dans un programme de maternité de substitution, est demeurée secondaire. Devrait-il y avoir des « filtres » pour accéder à la maternité de substitution ? Le(s) parent(s) demandeur(s) devrai(en)t-il(s) passer une sorte de « test d'aptitude » en tant que

⁹⁴¹ La CEDH, saisie par une femme française, a estimé irrecevable sa demande. En l'espèce, l'intéressée se plaignait en particulier de l'impossibilité de disposer des gamètes de son fils décédé en vue de procéder, dans le respect de ses dernières volontés, à une PMA au moyen d'un don à un couple stérile ou une GPA, procédures qui seraient autorisées en Israël ou aux États-Unis.

La Cour a observé que le grief de la requérante se divisait, en réalité, en deux branches distinctes, selon qu'elle le formulait en tant que victime indirecte au nom de son fils défunt, ou en tant que victime directe privée de descendance. La Cour a déclaré, à l'unanimité, la requête irrecevable. Relevant que le droit de décider de quelle manière et à quel moment un individu souhaite devenir parent est un droit intransférable, et que l'article 8 ne garantit pas de droit à devenir grand-parent, et que l'article 8 (droit au respect de la vie privée et familiale) de la Convention ne garantit pas de droit à devenir grand-parent.

Petithory Lanzmann c. France 12 novembre 2019 (requête № 23038/19) (décision du comité sur la recevabilité) <https://hudoc.echr.coe.int/fre-press?i=003-6581547-8718169>

futur(s) parent(s), avant qu'une décision sur leur participation à un programme de maternité de substitution ne soit approuvée ? À première vue, cela peut sembler étrange, surtout si l'on considère que la maternité de substitution, étant une méthode de reproduction assistée, est un traitement de la fertilité. En conséquence, les parents demandeurs sont censés avoir des problèmes de fertilité et, par conséquent, des indications médicales pour un tel traitement. Cependant, compte tenu notamment des cas récents, rapportés par les médias, de parents commanditaires impliqués dans des abus sexuels sur des enfants ces considérations sont de plus en plus d'actualité. Il existe des pays où un système de « pré-approbation » d'un programme de maternité de substitution, par un tribunal ou un comité spécial, est prévu par la loi.

Selon la manière dont le système de pré-approbation fonctionne, et dont les termes de cette pré-approbation sont formulés, il peut être utile d'évaluer dans quelle mesure un enfant qui naîtra grâce à une maternité de substitution sera protégé contre tout préjudice qui pourrait lui être causé.

Comme dans un certain nombre de législations européennes, il est nécessaire d'encadrer l'activité des intermédiaires entre les cliniques et les parents d'intention. Limiter et encadrer ces activités participe d'une politique de prévention pour limiter les abus et les dérives de cette pratique. La responsabilité des intermédiaires de la GPA constitue un outil de prévention contre les atteintes aux limites posées par le législateur⁹⁴².

Encadrer la forme et les clauses essentielles des contrats de gestation pour autrui. La législation actuelle reste muette sur les contrats de gestation pour autrui. En conséquence, aucune responsabilité n'est encourue en cas de manquement dans l'exécution ou de défaut d'exécution. On pouvait évidemment se baser sur les règles du droit général des contrats, mais comme trop de restrictions des libertés entrent en jeu, et que certaines clauses sont nulles du fait du jeu du cadre fixé par l'ordre public, une législation spéciale prenant en compte les spécificités du contrat de la gestation pour autrui apparaît indispensable et urgente. Il est souhaitable pour les juristes russes que le législateur intervienne pour définir les exigences applicables au

⁹⁴² <https://www.labase-lextenso.fr/revue-des-contrats/RDC116f1>

contrat de gestation pour autrui : sa forme, ses conditions essentielles, la responsabilité des parties, mais aussi les cas de cause étrangère ou de force majeure (fausse couche, décès des parents d'intention ou de la gestatrice, enfant né non viable, etc.)⁹⁴³. Doivent être réglementés les contrats entre les parents potentiels et la gestatrice, mais aussi ceux passés avec les établissements médicaux intervenant dans le processus. Aujourd'hui, ils sont conclus de manière arbitraire, ce qui, étant donné le manque de connaissances juridiques des participants à la gestation pour autrui, ne garantit pas une protection des intérêts en présence (ceux de l'enfant à naître, de la gestatrice et même des parents d'intention).

§ III. Nécessité de légiférer en droit ukrainien

Malgré l'existence en Ukraine d'un certain nombre de textes, législatifs et réglementaires, dans le domaine d'application de la procréation médicalement assistée⁹⁴⁴, le droit ukrainien présente de nombreuses lacunes en la matière. Comme en Russie, les juristes préconisent de compléter la loi dans ce domaine afin de mettre en avant l'intérêt supérieur de l'enfant et la valeur de la vie humaine⁹⁴⁵, d'éditer un texte spécial sur la GPA⁹⁴⁶, de définir certains termes juridiques dans le domaine de la

⁹⁴³ PESTRIKOVA A. « Les obligations découlant de la GPA. » Samara. 2007. p108//Пестрякова А.А. Проблемы договора суррогатного материнства. Дисс. Самара. 2007.

⁹⁴⁴ Absence de définition juridique des termes clés. La législation ukrainienne ne définit pas des termes fondamentaux tels que « maternité de substitution », « parents d'intention », « mère porteuse » et autres. « Ukraine : aspects problématiques. » Vestnik éd. Pravoznastvo. N34 2019. p.96 (en langue ukrainienne). <http://heraldlaw.onu.edu.ua/article/view/170523/172935>

A l'heure actuelle, il n'y pas d'unanimité au sein de la doctrine ukrainienne sur les définitions à adopter, s'agissant notamment du terme « maternité de substitution ». En particulier, certains juristes précisent que les normes actuelles ne définissent pas le concept de la maternité de substitution, qui n'existe que dans les relations « médicales ». ABLIATKOVA N.A., « Problèmes de la GPA en Ukraine. » Revue de l'Académie juridique d'Odessa. Odessa. 2009. P. 167-173 (en langue ukrainienne).

⁹⁴⁵ A. Garo, O. Mikhalchouk, O. Babak et autres. « L'intérêt supérieur de l'enfant et la législation sur la PMA. » 18.12.2019 <https://www.hsa.org.ua/blog/najkrashhi-interesy-dytyny-vs-zakonodavstvo-u-sferi-zastosuvannya-drt-surogatne-materynstvo-statya-ganny-garo-ta-spivavtoriv-2///> Анна Гаро, Ольга Михальчук, Оксана Бабак, Ирина Попика, Мария Бабишена. Лучшие интересы ребенка vs законодательство в сфере применения ВРТ (суррогатное материнство).

⁹⁴⁶ Un texte spécial sur la gestation pour autrui. Certains juristes préconisent d'adopter un seul acte codifié, le Code médical de l'Ukraine, qui contiendrait un chapitre entier sur la procréation médicalement assistée. Mais aussi de modifier la Constitution de l'Ukraine en complétant son article 27 sur le droit à la vie par un article 27-1 ainsi libellé : « Les droits reproductifs sont garantis à tous. Toute personne a droit de faire valoir ses droits reproductifs, dans son propre intérêt. »// D.Pougach Encadrement administratif et juridique de la PMA. Thèse. 2018. P.20 (pp211) (en langue ukrainienne) http://sipl.com.ua/wp-content/uploads/2018/08/%D0%94%D0%B8%D1%81_%D0%9F%D1%83%D0%B3%D0%B0%D1%87%D0%B0_%D0%BD%D0%B0-%D1%81%D0%B0%D0%B9%D1%82.pdf.

PMA⁹⁴⁷, de restreindre l'accès à la gestation pour autrui au niveau national⁹⁴⁸ afin d'éviter les dérives et protéger les personnes impliquées, de définir les droits et les obligations des participants au programme de la GPA⁹⁴⁹, et de prévoir un cadre légal pour le contrat de la GPA⁹⁵⁰.

Comme en droit russe, la législation actuelle aborde à la marge et d'une manière très vague les relations entre les différents acteurs de la maternité de substitution⁹⁵¹. « D'une part, cette situation offre aux sujets un large éventail de possibilité. D'autre part, les dures réalités de l'autre versant de la loi consacrée à la transplantation d'organes et au trafic d'êtres humains obligent à soulever encore et encore la question de la nécessité d'un encadrement de la maternité de substitution⁹⁵². »

⁹⁴⁷ Termes fondamentaux tels que « maternité de substitution », « parents d'intention », « mère porteuse » et autres. « Ukraine : aspects problématiques. » Vestnik éd. Pravoznastvo. N34 2019. p.96 <http://heraldlaw.onu.edu.ua/article/view/170523/172935>

A l'heure actuelle, il n'y pas d'unanimité au sein de la doctrine ukrainienne sur les définitions à adopter, s'agissant notamment du terme « maternité de substitution ». En particulier, certains juristes précisent que les normes actuelles ne définissent pas le concept de la maternité de substitution, qui n'existe que dans les relations « médicales ». ABLIATKOVA N.A., « Problèmes de la GPA en Ukraine. » Revue de l'Académie juridique d'Odessa. Odessa. 2009. P. 167-173 (en langue ukrainienne)

⁹⁴⁸ L'attractivité nouvelle de l'Ukraine s'est accrue depuis le durcissement des législations en Asie (en Inde, en Thaïlande).

⁹⁴⁹ La législation actuelle ne définit aucune règle s'agissant des questions fondamentales que posent les contrats de gestation pour autrui// JAROVA O., European Business Association // Оксана Жаркова, координатор комитетов Европейской Бизнес Ассоциации (04.11.2019) <https://eba.com.ua/deyaki-pytannya-u-sferi-reproduktyvnyh-tehnologiy-vymagayut-uvagy/>.

⁹⁵⁰ Absence de contrat-type en matière de gestation pour autrui. La législation ne prévoit pas un contrat spécial de gestation pour autrui. En conséquence, les accords sont régis par le droit civil général. La doctrine évoque la nécessité de prévoir des règles spéciales notamment pour l'exécution du contrat : interruption de grossesse par la gestatrice si la grossesse présente un risque pour la vie et la santé de la mère, conséquences juridiques en cas de divorce des époux, de décès du conjoint pendant l'exécution du contrat, etc. Mais aussi conséquences et responsabilité en cas de décision unilatérale des parents potentiels. L'article 615 du Code civil ukrainien dispose qu'en cas de violation d'une obligation par une partie, l'autre partie a le droit de refuser totalement ou partiellement d'exécuter sa propre obligation, si celle-ci est établie par le contrat ou la loi. Mais une telle règle, qui rejoint l'exception d'inexécution prévue par le Code civil français, ne peut recevoir application, s'agissant des contrats de gestation pour autrui, qu'au stade précédant le transfert de l'embryon dans le corps de la gestatrice. // GOLOVASHCHUK A. « Réglementation en droit civil des relations liées à l'application de l'AMP » : thèse. Science : Kyiv, 2017, 212 et 258 p.

⁹⁵¹ VENEDIKTOVA I. « L'encadrement juridique des services de maternité de substitution en droit ukrainien. » Medix. Kiev, 2010. № 3 (15). C. 62-63. (en langue ukrainienne)

⁹⁵² Idem.

De nombreuses enquêtes concernent également les situations où, si une femme n'arrive pas à tomber enceinte suite à la FIV avec les gamètes d'un couple, elle conçoit grâce à ses rapports avec son partenaire,

515. Comme en Russie, un désaccord entre les juristes s'est fait jour, notamment sur la définition du terme « maternité de substitution » et, en conséquence, sur les catégories de personnes pouvant avoir accès à cette technique. Les deux Etats n'ont pas adopté la même approche concernant les personnes ayant droit au recours à la PMA/GPA⁹⁵³. Ainsi, pour certains juristes ukrainiens, la définition proposée doit limiter le recours à la gestation pour autrui aux seuls époux, tandis que d'autres militent en faveur d'un accès aux couples non mariés et aux célibataires⁹⁵⁴.

516. Accès des femmes non mariées à la gestation pour autrui. La législation ukrainienne actuelle n'interdit pas à une femme non mariée d'avoir recours à la procréation médicalement assistée pour raisons médicales. Les techniques qui sont ouvertes aux femmes non mariées sont l'insémination artificielle et la cryopréservation de ses cellules reproductrices. La situation de la maternité de substitution est beaucoup plus compliquée, car la législation actuelle ne prévoit ce type d'AMP que pour les conjoints. C'est pourquoi les cliniques de médecine reproductive refusent aux femmes non mariées un programme de maternité de substitution et leur recommandent de se marier préalablement. Ainsi, dans cette situation, une femme non mariée qui est éligible pour raisons médicales mais qui ne peut remédier à son infertilité que via la maternité de substitution, ne peut pas exercer ses droits aux soins médicaux, à l'assistance médicale et à la maternité. Et cela malgré l'article 49 de la Constitution de l'Ukraine, qui protège le droit de chacun à la protection de la santé et aux soins médicaux. L'article 49 du Code de la famille ukrainien consacre le droit des femmes à la maternité. L'Arrêté du ministère de la

afin de ne pas perdre la rémunération prévue dans le cadre de la GPA. Et les cliniques procèdent alors à la falsification des documents médicaux.

KHMURI A., « Une Ukrainienne a vendu à un couple chinois son propre enfant sous souverture de la GPA. » In Shaij.net 12.02.2021. //Украинка под видом суррогатного материнства продала семье из Китая собственного ребёнка in Shaij.net . 12 февраля 2021. <https://shaij.net/ukrainka-pod-vidom-surrogatnogo-materinstva-prodala-seme-iz-kitaya-sobstvennogo-rebyonka>

⁹⁵³ Ainsi, Pour certains⁹⁵³, la définition proposée doit limiter le recours à la gestation pour autrui aux seuls époux, tandis que d'autres militent en faveur d'un accès aux couples non mariés et aux célibataires.

⁹⁵⁴ La Russie, la Biélorussie et le Kazakhstan ont déjà accepté ces catégories de bénéficiaires.

Santé de l'Ukraine du 09 septembre 2013 № 787 détermine les raisons médicales ouvrant accès à la procréation médicalement assistée. Par conséquent, pour les juristes ukrainiens, une femme doit pouvoir recourir à la gestation pour autrui, dès lors qu'il existe des raisons médicales, et ce quel que soit son statut matrimonial⁹⁵⁵.

517. Les médecins et juristes kazakhs plaident également en faveur de l'ouverture de la procréation médicalement assistée aux femmes célibataires.

518. Certains juristes vont encore plus loin, en militant pour l'ouverture de la gestation pour autrui aux hommes célibataires⁹⁵⁶. Comme en droit russe depuis 2020, le lien génétique de ce célibataire avec l'enfant à naître reste exigé⁹⁵⁷.

CHAPITRE III. Les difficultés à légiférer dans le domaine de la gestation pour autrui

En matière d'AMP, les principales demandes d'intervention du législateur s'articulent autour de plusieurs axes. Les législateurs sont libres de décider des conditions d'accès à la procréation médicalement assistée ainsi que des techniques autorisées, bien que certaines catégories de personnes soient défavorisées par rapport à d'autres⁹⁵⁸. Il s'agit ici de choix de société qui s'appuient sur les traditions, les valeurs et l'histoire propres à chaque pays. Bien qu'issu d'un socle commun, chaque système de droit recherche et doit trouver son propre équilibre. Les réformes en cours comme celles qui n'ont pas abouti ont pour but de clarifier le cadre des pratiques, d'être plus précises dans le domaine de la procréation médicalement assistée, et de remédier aux conséquences, néfastes pour l'enfant, d'un vide juridique. Le système

⁹⁵⁵ MARTINUK L., L'encadrement juridique de la PMA en Ukraine in Vestnik.c2019. V.24. №1(34) (en langue ukrainienne) <http://heraldlaw.onu.edu.ua/article/view/170523/172935>

⁹⁵⁶ PUGACH D. « Encadrement administratif et juridique de la PMA. » Thèse. 2018. P.20 (pp211).//Пугач Д. А. Административно-правовое регулирование отношений в сфере ВРТ: дисс. Канд. Юрид. Наук. К., 2018, http://sipl.com.ua/wp-content/uploads/2018/08/%D0%94%D0%B8%D1%81_%D0%9F%D1%83%D0%B3%D0%B0%D1%87%D0%B0_%D0%BD%D0%B0-%D1%81%D0%B0%D0%B9%D1%82.pdf

⁹⁵⁷ BAIBAROSHA N. « Le droit des célibataires à l'accès à la GPA. » in Conférence intitulée « Les problèmes actuels des sciences juridiques ». 2008. ; GOLOVOSHOUK A.. Kiev 2017. Pp.251. (en langue ukrainienne).

⁹⁵⁸ Selon le CCNE, « il faut se garder d'accréditer l'idée que toute injustice, y compris psychologique, met en cause l'égalité devant la loi. Même si la détresse [...] suscite un sentiment d'émotion ou de révolte, elle ne saurait imposer à la société de mettre en œuvre une égalité compromise par la nature ». in Avis N110 « Problèmes éthiques soulevés par la gestation pour autrui. »

actuel est globalement très libéral et permissif en comparaison des législations européennes, mais il est aussi incohérent et génère des situations délicates. Le but du législateur ne semble pas être de limiter le recours à ces techniques ni de les assouplir au profit, par exemple, de nouveaux parents (célibataires ou couples de même sexe) mais plutôt de mettre en cohérence médecine, filiation et parentalité.

Plan. Nous analyserons, dans un premier temps, les initiatives législatives russes (Section I) avant d'aborder, dans un deuxième temps, la situation en Ukraine (Section II).

SECTION I. Les tentatives des autorités russes

Les projets de lois portant sur la GPA/PMA sont régulièrement déposés devant la Douma (§I). Chaque scandale autour de la GPA dans les médias relance ces débats. La période du Covid et le décès d'un nourrisson durant la pandémie ont soulevé une nouvelle vague de propositions visant à limiter l'accès à la GPA, et de poser des règles plus strictes de la responsabilité des acteurs dans ce domaine (§2 et §.3).

§ I. Plusieurs initiatives législatives sans résultat final

Les initiatives législatives fleurissent à chaque scandale médiatisé dans le domaine de la gestation pour autrui. Nous ne pouvons que nous étonner de l'absence de projets « de qualité », à quelques rares exceptions près, alors même que les juristes, dans leurs travaux académiques, ont déjà approfondi ces questions.

A. Les débats publics et les propositions de la commission de la Douma sur les affaires de la famille, des femmes et des enfants en 2017 (E.Mizulina).

519. En 2014, E. Mizulina, chef de la commission de la Douma des affaires de la famille, des femmes et des enfants, a été à l'origine d'un débat parlementaire sur la gestation pour autrui⁹⁵⁹ dans lequel elle défendait le maintien de la maternité de

⁹⁵⁹ La table ronde de la commission de la Douma d'État sur les questions relatives à la famille, aux femmes et aux enfants sur « La réglementation juridique de la maternité de substitution : aspect familial et juridique ». <https://www.vesti.ru/article/1814196>; http://www.rahr.ru/d_index/report_ks.pdf; <http://duma.gov.ru/news/9259/>

substitution, mais avec une meilleure régulation. La question fut ainsi abordée à la Douma en 2014.

520. Selon E. Mizulina, la législation russe, présentant de nombreuses lacunes dans le domaine de la gestation pour autrui, conduit souvent à des violations des droits des mères porteuses et des enfants. « la réalité est qu'une mère porteuse est pratiquement privée de ses droits. Sa santé n'est pas protégée. La question qui se pose est aussi de savoir si elle a droit à un congé de maternité et qui y a droit - la mère porteuse ou la mère biologique. Il existe de nombreux autres problèmes dans ce domaine qui n'ont pas été réglés, et qui sont en train de l'être spontanément et de manière anarchique dans la pratique. »

Les recommandations du groupe d'experts de la commission⁹⁶⁰ a permis la rédaction d'une loi fédérale « Sur les amendements au Code de la famille de la Fédération de Russie et à certains actes législatifs de la Fédération de Russie afin de préserver les valeurs familiales traditionnelles dans l'application de la maternité de substitution ». Elles préconisaient de limiter le recours à cette technique de la procréation médicalement assistée afin que la maternité de substitution ne soit utilisée que pour résoudre le problème de l'infertilité du couple, et pour interdire l'accès à la gestation pour autrui aux femmes célibataires et aux hommes célibataires, et à tout recours à cette technique dans une logique marchande.

Il était ainsi proposé d'autoriser la gestation seulement par le recours à une personne proche (entourage familial) comme gestatrice, et de soumettre le recours à la gestation pour autrui à une décision collégiale confiée à une organisation médicale composée de médecins et de travailleurs sociaux. Il a été proposé d'élaborer un contrat-type en matière de gestation pour autrui, qui s'imposerait impérativement sans possibilité de négocier les clauses. Ce contrat prévoyait l'accord exprès du mari de la gestatrice à la participation de son épouse. En outre, la proposition prévoyait que la gestation pour autrui ne pourrait être effectuée que dans les établissements médicaux publics, et prohibait toute publicité sur la gestation pour autrui et le don de gamètes et toute activité intermédiaire, en matière de gestation pour autrui.

⁹⁶⁰ www.rahr.ru

En matière de filiation, le projet prévoyait de préserver la règle du Code de la famille de la Fédération de Russie selon laquelle les parents d'intention ne peuvent être inscrits dans les registres d'état civil en tant que parents de l'enfant né qu'avec l'accord postnatal de la gestatrice.

Certaines propositions sont inspirées du droit kazakh, notamment la possibilité, en cas de refus des parents qui ont donné leur consentement à la maternité de substitution, de confier l'enfant, en premier lieu, à la mère porteuse (avec son consentement). Dans ce cas, les parents d'intention étaient obligés de verser une pension alimentaire pour l'enfant à la mère porteuse ; et, en deuxième lieu, en cas de refus des parents qui ont donné leur consentement à la maternité de substitution et de la mère porteuse, de confier l'enfant aux soins de l'Etat. Dans ce cas, les parents qui ont donné leur consentement à la maternité de substitution et/ou la mère porteuse se voyaient imposer une pension alimentaire à verser à l'enfant jusqu'à sa majorité.

521. Le texte prévoyait ensuite, une fois l'enfant remis aux parents d'intention, l'instauration d'un mécanisme du « secret de la maternité de substitution⁹⁶¹ » similaire au « secret de l'adoption », en prévoyant une responsabilité pénale en cas de divulgation du secret de la maternité de substitution.

522. Le texte prévoyait enfin la modification des règles d'établissement des certificats d'accouchement par l'organisation médicale, et l'obligation de le fournir à l'officier d'état civil. Le but étant de laisser une trace du recours à la GPA dans les registres (du contrat de gestation pour autrui, du consentement post-accouchement de la gestatrice et, le cas échéant, de son mari).

523. Dans le prolongement de son combat pour un meilleur encadrement de la gestation pour autrui, E. Mizulina a proposé de sanctionner pénalement toute pratique de gestation pour autrui à des fins commerciales⁹⁶².

Elle souhaitait donc en faire un strict moyen de lutte contre l'infertilité.

B. Échec de la proposition de loi N 1177252-6 sur la modification des dispositions du Code de la famille de la Fédération de Russie et de l'article

961 Il s'agit en effet du secret médical qui s'étend au domaine de la GPA.

962 http://rapsinews.ru/legislation_news/20151223/275106857.html La question de la prohibition de l'accès à cette technique pour les étrangers ne se posait pas à l'époque.

16 de la loi fédérale « sur les actes d'état civil » en ce qui concerne le recours aux techniques de reproduction assistée

Une autre proposition de loi N 1177252-6 portant sur la modification des dispositions du Code de la famille de la Fédération de Russie et de l'article 16 de la loi fédérale « sur les actes d'état civil » en ce qui concerne le recours aux techniques de reproduction assistée a été déposée le 19 septembre 2016⁹⁶³ par la députée S. Mourzabaeva, membre de la commission de la Douma sur les affaires de la famille, des femmes et des enfants⁹⁶⁴. Cette proposition portait une nouvelle fois l'idée de supprimer l'obligation d'obtenir l'accord de la gestatrice pour la transcription des parents d'intention sur les registres d'état civil en qualité de parents de l'enfant.

C. Échec du projet de loi N 133590-7 sur la prohibition de la gestation pour autrui dans la Fédération de Russie

524. A la suite de ce projet, un nouveau plus radical et plus favorable à la prohibition fut proposé en date du 27 mars 2017, projet de loi dite Beliakov⁹⁶⁵ N 133590-7 « Sur les modifications de certains actes législatifs de la Fédération de Russie dans un but de prohibition de la gestation pour autrui », déposé à la Douma⁹⁶⁶. Il s'agissait de supprimer purement et simplement toutes les références à la gestation pour autrui dans le Code de la famille et dans la loi fédérale du 15 novembre 1997 n° 143-FZ « Sur les actes de l'état civil », et d'interdire de manière explicite et sans ambiguïté de recours à la maternité de substitution (même pour des raisons médicales) dans la Loi fédérale du 21 novembre 2011 n° 323-FZ « Sur les fondements des soins de santé en Fédération de Russie ». Cette initiative a été vivement critiquée par la communauté des juristes russes et des experts dans le domaine de la procréation médicalement assistée, car la proposition était accompagnée par une courte note, sans aucune étude juridique ou clinique effectuée sur le fond de la matière.

Selon Beliakov, l'interdiction de la maternité de substitution se justifiait par le fait que la Russie est devenue un centre de tourisme procréatif, en raison du faible coût des services des mères porteuses russes et de l'absence de restrictions

⁹⁶³ Le projet de loi N1177252-6 déposé à la DOUMA le 19 juin 2016 sur les modifications du Code civil et de l'article 16 de la loi fédérale sur les actes d'état civil.

⁹⁶⁴ <https://sozd.duma.gov.ru/bill/1177252-6>

⁹⁶⁵ A.BELIAKOV, député du Parti de « La Russie juste » de 2007 à 2018.

⁹⁶⁶ https://sozd.duma.gov.ru/bill/133590-7?sortEventsByDate=date_up&sortEventsByNum=num_up

législatives ; par le fait que les intérêts des mères porteuses russes ne sont pas protégés ; que le nombre de situations litigieuses, en cas de naissance d'un bébé avec une pathologie, est en constante augmentation ; en raison de la précarité de la situation de l'enfant, laquelle découle du fait que la remise de l'enfant ne nécessite pas de procédure particulière - par analogie avec la procédure d'adoption ; et, enfin, du fait que le contrat de prestations de services en matière de gestation pour autrui, lequel reste en dehors du domaine de la loi, peut conduire à des violations des droits des enfants nés de cette technique de reproduction.

Le 25 octobre 2018, la Douma a rejeté ce projet de loi qui proposait l'interdiction absolue, y compris pour raisons médicales, de la maternité de substitution dans la Fédération de Russie.

L'ancien Premier ministre russe Dmitri Medvedev a lui-même évoqué la nécessité d'une loi spéciale sur la gestation pour autrui : « Nous devons comprendre que ce sujet crée beaucoup de problèmes juridiques et éthiques, mais il n'est plus possible de laisser la question de la gestation pour autrui hors du champ juridique »⁹⁶⁷. Ce constat largement partagé par la société russe a poussé à l'élaboration d'un nouveau projet dès l'année suivante.

D. Projet de loi N473140-7 déposé le 24.05.2018⁹⁶⁸.

525. Ce projet de loi visait à apporter des précisions sur les règles d'état civil des enfants nés grâce à la procréation médicalement assistée. Le président du Comité de la politique sociale du Conseil de la Fédération, Valery Ryazansky, a soumis à la Douma un projet visant à ajouter, dans le Code de la famille et dans la loi fédérale sur les registres d'état civil, des règles d'établissement de la filiation pour les enfants nés de la gestation pour autrui au profit des parents d'intention célibataires et vivant en concubinage. Cette modification visait à pallier les discordances entre les normes du Code de la famille et de la loi fédérale N143 réservant l'enregistrement des enfants nés de la gestation pour autrui exclusivement au profit des couples

⁹⁶⁷ MEDVEDEV D., « Il n'est plus possible de laisser la GPA hors du champ juridique. » In TASS 15.05.2019. <https://tass.ru/obschestvo/6432181> ou <https://www.pnp.ru/politics/medvedev-voprosy-surrogatnogo-materinstva-nevozmozhno-ostavlyat-vne-zakonodatelstva.html>

⁹⁶⁸ <https://sozd.duma.gov.ru/bill/473140-7>; № 473140-7 О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в части государственной регистрации рождения ребенка в результате применения вспомогательных репродуктивных технологий, инициативы Члены Совета Федерации В.В.Рязанский, Е.В.Бибилова, А.Г.Варфоломеев, Т.А.Кусайко.

mariés, et les normes de la loi fédérale N323, qui autorise l'accès à la procréation médicalement assistée aux couples, mais aussi aux concubins et également aux femmes célibataires. Cette contradiction entre les textes crée des difficultés pour les parents (concubins et célibataires) lors de l'établissement de la filiation des enfants nés de la gestation pour autrui. L'encadrement législatif de la procréation médicalement assistée joue un rôle important dans la démographie en permettant une croissance du taux de natalité. L'importance de la crise démographique a été rappelée à cette occasion : « Selon les données fournies par le service des statistiques d'Etat, le nombre de naissances en 2016 a diminué par rapport à l'année 2015 de 51 900 (1 940 600 enfants sont nés en 2015 et 1 888 700 en 2016). En outre, sur l'ensemble du territoire national, au cours du premier semestre 2017, le nombre de décès a dépassé le nombre de naissances de 1,1. »⁹⁶⁹ Ces arguments montrent le lien fait par les autorités entre GPA et politique nataliste.

526. Le projet de loi, dans sa version originale, comportait cependant des contradictions de normes entre les règles d'établissement de la paternité figurant dans le Code de la famille, et les règles de GPA. En conséquence, après examen, il a été renvoyé pour un réexamen, et un nouveau texte a été proposé le 1er mars 2019, qui aurait dû être examiné en mai 2019.

527. **Les recommandations cliniques du ministère de la Santé du 05 mars 2019 N15-4/I/2-1908**⁹⁷⁰ « La procréation médicalement assistée et l'insémination artificielle », remplaçant les recommandations N 15-4/I/2-1217 du 15.02.19. Ces recommandations ont été envoyées par le ministère aux établissements médicaux de procréation médicalement assistée. Ce texte apporte des modifications notamment concernant les donneurs : suppression de l'interdiction de devenir donneur pour les personnes ayant « des traits phénotypiques marquants » et des personnes ayant un indice de masse corporelle (IMC) élevé. En contrepartie, les hommes qui ont déjà des enfants atteints d'une pathologie congénitale, ainsi que les hommes présentant un risque accru d'infection par le VIH ou d'autres maladies pouvant entraîner l'infection du receveur, ne peuvent plus être donneurs de sperme.

⁹⁶⁹ Note explicative lors de dépôt du projet de loi N473140-7.

⁹⁷⁰ <http://base.garant.ru/72245638/> Письмо Министерства здравоохранения РФ от 5 марта 2019 г. N 15-4/I/2-1908

528. Les recommandations du ministère de la Santé deviendront obligatoires à partir de 2022.

529. Ces recommandations concernent les volets médicaux et administratifs de la procréation médicalement assistée, mais la nouveauté est qu'elles deviennent obligatoires à partir de 2022.

E. Projet de loi du 14 juillet 2020⁹⁷¹ sur les modifications du Code de la famille dans le but de renforcer la famille (l'institution de la famille)

530. En mars 2020, le gouvernement a rouvert le chantier législatif de la réforme de la GPA, en portant un projet de loi « Sur la maternité de substitution ». Le document propose des modifications du Code de la famille et de la loi fédérale « sur les actes d'état civil », pour permettre à un couple hétérosexuel, indépendamment de son statut matrimonial, ainsi qu'à une femme célibataire, de se faire enregistrer en qualité de parent d'un enfant né d'une gestation pour autrui⁹⁷².

531. Le département de l'aide médicale aux enfants et le service de l'accouchement⁹⁷³ du ministère de la Santé de la Fédération de Russie ont envoyé une lettre à l'Association russe pour la reproduction humaine (RARH) en lui demandant de présenter des « propositions motivées » sur la nécessité d'une législation dans le domaine de la maternité de substitution, ainsi que sur la création d'un registre national des mères porteuses, sur l'interdiction des pratiques de la procréation médicalement assistée dans les cliniques privées, et sur l'instauration de « sévères restrictions à la commercialisation » de ces techniques de reproduction⁹⁷⁴. Le ministère de la Santé a justifié sa demande par les imperfections de la législation sur la maternité de substitution, du fait que de facto, la procréation médicalement assistée est effectuée « dans l'intérêt des étrangers », ce qui ne permet pas de protéger les enfants nés, ainsi que par la croissance du marché des services commerciaux de maternité de substitution en raison de l'absence de restrictions législatives, la majeure

⁹⁷¹ 989011-7 <https://sozd.duma.gov.ru/bill/989011-7>, 989008-7 <https://sozd.duma.gov.ru/bill/989008-7>

⁹⁷² <https://www.pnp.ru/video/2018/11/14/zakon-o-surrogatnom-materinstve-cto-izmenitsya.html>

⁹⁷³ Департамент медицинской помощи детям и службы родовспоможения Минздрава РФ.

⁹⁷⁴ <https://vademec.ru/news/2020/05/02/minzdravu-predlozhili-prinyat-zakon-o-surrogatnom-materinstve-i-zapretit-vrt-v-chastnykh-klinikakh/>

partie de ces services bénéficiant aux couples de même sexe et aux étrangers célibataires.

532. Certains juristes expriment leur désaccord au sujet de la légalité de la création d'un tel registre des gestatrices, cette création constituant « une violation du droit d'une femme de déterminer son comportement reproductif » et étant aussi contraire aux lois sur le stockage des données personnelles⁹⁷⁵.

Dans sa réponse, la RARH a fait valoir que « la plupart des programmes de procréation médicalement assistée en 2017 - 68,2 % de tous les cycles - ont été fournis par des établissements médicaux privés », que l'interdiction de pratiquer la PMA hors HP constituerait une discrimination à l'encontre des établissements médicaux privés, et, surtout, que « des restrictions ou une interdiction d'accès au marché des services de la procréation médicalement assistée édictées à l'encontre des établissements de santé privés créeraient un obstacle majeur à la mise en œuvre du projet national "Démographie" »⁹⁷⁶.

F. Arrêté du ministère de la Santé N 803n du 31.07.2020⁹⁷⁷ sur les modalités du recours à la procréation médicalement assistée, les contre-indications et l'empêchement au recours à ces techniques

533. A partir du 1er janvier 2021, l'Arrêté du ministère de la Santé N 803n du 31.07.2020 sur les modalités du recours à la procréation médicalement assistée, les contre-indications et l'empêchement au recours à ces techniques, remplacera l'Arrêté du ministère de la Santé 107n du 30 août 2012 relatif au même sujet.

Ce nouveau texte prohibe expressément le recours à la maternité de substitution avec un double don de gamètes et d'embryons. En d'autres termes, un couple hétérosexuel, marié ou non, pourra réaliser son projet parental via la gestation pour autrui, seulement si les gamètes d'au moins un membre du couple sont utilisés. Pour une femme seule, la gestation pour autrui ne lui sera ouverte que si ses propres ovocytes sont utilisés pour la conception. Ce qui revient à l'exigence du lien génétique entre l'enfant et au moins un des parents d'intention.

975 Voir notamment l'interview de l'avocat Zinoveva, spécialiste dans le domaine de la PMA. <https://78.ru/player/TWVkaWFGaWxlOjVmNGU5ZGUwMzg0N2Q1MDAxNjMxZmRiNQ==>

976 La note explicative de la RARH en réponse aux propositions gouvernementales.

977 Приказ Минздрава РФ 803 от 31.07.2020 О порядке использования ВРТ и ограничении их применения.

Le même arrêté demande aux établissements de santé de ne pas dépasser le délai de six mois entre les examens médicaux exigés avant le début des traitements et la procréation médicalement assistée. L'arrêté limite à deux le nombre d'embryons implantés en cas de FIV, et, pour les patientes ayant des antécédents obstétricaux et une pathologie utérine lourde, le transfert sélectif d'un seul embryon sera autorisé.

Le document revient également sur les personnes pouvant bénéficier de la procréation médicalement assistée. Il s'agit d'hommes et de femmes, mariés ou non, ainsi que de femmes célibataires. La liste des personnes à qui l'accès à la procréation médicalement assistée est ouvert ne mentionne pas les hommes célibataires. Nous trouvons seulement dans les textes la référence aux examens qu'ils peuvent réaliser dans les services d'urologie des établissements de santé.

§ II. Réformes éventuelles visant à créer une responsabilité pénale des médecins

534. Après que l'affaire d'un nouveau-né décédé en banlieue moscovite ait trouvé un grand écho dans la presse, les déclarations de députés se sont multipliées. La vice-présidente de la Douma d'Etat, I. Yarovaya, a suggéré d'interdire la maternité de substitution aux étrangers. Selon le « *Parlamentskaya Gazeta* »⁹⁷⁸, environ 22 000 enfants naissent chaque année en Russie de la PMA. Et cela représente environ 30 à 60 milliards de roubles. « Ne serait-il pas préférable de rendre le service de la gestation pour autrui totalement transparent, et de le mettre sous contrôle plutôt que de l'interdire ? »

L'accès à la PMA s'est développé rapidement, et le droit pénal a du mal à suivre. L'intervention du législateur dans ce domaine est une urgence. Elle est importante à double titre : pour mettre des limites aux abus sur le plan national, mais aussi pour faciliter la mise en œuvre des sanctions et des prohibitions existant déjà dans ce domaine à l'étranger.

⁹⁷⁸ <https://www.pnp.ru/politics/inostrancam-mogut-zapretit-polzovatsya-v-rossii-uslugami-surrogatnogo-materinstva.html>

La question de l'utilité d'incriminer les infractions dans le domaine de la PMA se pose dans de nombreux pays, notamment les Etats européens. En France, les auteurs s'interrogent sur la sanction d'un non-respect des conditions de réalisation d'une PMA, car il suffit de traverser une frontière pour qu'un interdit français ne puisse plus s'appliquer⁹⁷⁹. S'agissant un délit commis par un Français à l'étranger, la loi pénale française ne peut en effet être compétente que s'il existe une réciprocité d'incrimination⁹⁸⁰.

§ III. Les évolutions récentes

535. Comme nous l'avons précisé auparavant, le problème des carences législatives dans ce domaine fait l'objet de discussions depuis plusieurs années. Mais il est devenu particulièrement aigu récemment après l'accident des nourrissons « orphelins » nés de la gestation pour autrui en 2020, retrouvés dans un appartement moscovite. A cela s'ajoutait la situation des nourrissons bloqués en Russie en raison de la fermeture des frontières due à la COVID-19.

536. La Chambre civique travaille actuellement sur une résolution visant à préparer une réforme dans le domaine de la maternité de substitution⁹⁸¹. Un groupe de travail composé de représentants de la Douma d'Etat, du Conseil de la Fédération, du ministère de la santé et de l'Association russe pour la reproduction humaine a été créé. À la demande du ministre de la Santé, l'association RARH et le Centre scientifique d'obstétrique, de gynécologie et de périnatalogie ont rédigé un texte de vingt pages contenant des propositions de modifications législatives⁹⁸². Fin juillet 2020, des audiences ont eu lieu à la Chambre civique, au ministère de la Santé et à la Chambre médicale nationale. De nombreuses questions font l'objet de discussions. Notamment, la question de l'accord postnatal de la gestatrice à l'inscription des parents d'intention en tant que parents légaux de l'enfant ; la forme, les conditions essentielles et la responsabilité dans le cadre d'un contrat de gestation pour autrui ; l'accès des hommes célibataires. La question des intermédiaires a également été

⁹⁷⁹ « Le droit court-il après la PMA ? » Varennes. 2019. P.49.

⁹⁸⁰ Article 113-6 al.2 du Code pénal.

⁹⁸¹<https://iz.ru/1048349/ekaterina-iasakova/rodovaia-drama-zakonodatelstvo-o-surrogatnom-materinstve-perepishut>

⁹⁸² K. Korsak, le président de la RARH.

discutée. Car le rôle principal des structures intermédiaires - les agences de mères porteuses - est de mettre en contact les parents potentiels, les mères porteuses et les organisations médicales, et de fixer les honoraires pour les services rendus. Pour certains experts du groupe de travail, toutes les structures non médicales doivent être exclues de cette procédure. Cependant les experts n'ont pas trouvé d'accord sur la question de l'accréditation des agences de gestation pour autrui (intermédiaires)⁹⁸³. Les experts considèrent aussi qu'il faut restreindre la gestation pour autrui aux cas dans lesquels il existe un lien génétique entre l'enfant et le parent d'intention.

537. La question d'une augmentation des quotas pour les cycles de la procréation médicalement assistée a également été soulevée. Selon E. Kalinina, directrice de la clinique Art-Eco, le nombre de recours à la procréation médicalement assistée a augmenté de façon spectaculaire depuis 2013, date depuis laquelle la procréation médicalement assistée est prise en charge par la Sécurité sociale. « Cependant, la prise en charge des besoins des citoyens pour ce type d'assistance, estimés par le nombre de cycles d'AMP pour 1 million d'habitants, sont aujourd'hui inférieures de 30 % à la moyenne européenne. Et par rapport aux pays développés, de 40 à 50 % ».⁹⁸⁴

Le futur dira si cette initiative pourra aboutir à une vraie réforme ou si elle sera abandonnée comme les précédentes.

Relevons simplement qu'aucun projet n'étudie en détail un contrat de GPA. Aucune étude, aucun rapport parmi tous ceux publiés, ne peuvent rivaliser par leur qualité ou leur contenance avec leurs homologues français, issus de la révision des lois de bioéthique. C'est regrettable, car à partir du moment où la pratique médicale fait entrer le corps humain dans un circuit de commercialité, il incombe au législateur non seulement d'organiser les échanges dans ce domaine, mais également de soustraire cette sphère au jeu des volontés privées, en mettant en place un ordre

983 <https://yandex.ru/turbo?text=https%3A%2F%2Fvademec.ru%2Fnews%2F2020%2F07%2F24%2Fop-predlozhit-litsenzirovat-yuridicheskuyu-deyatelnost-agentstva-surrogatnogo-materinstva%2F>

984 <https://iz.ru/1048349/ekaterina-iasakova/rodovaia-drama-zakonodatelstvo-o-surrogatnom-materinstve-perepishut>

public de protection de la personne, a priori difficilement conciliable avec la notion de contrat⁹⁸⁵.

SECTION II. Réformes avortées et en cours en Ukraine⁹⁸⁶

538. Malgré un nombre important d'actes réglementaires, les problèmes liés au recours à la procréation médicalement assistée qui persistent sont nombreux, et illustrent les difficultés tant pour les cliniques de reproduction que pour les patients.

539. Tout d'abord, la législation actuelle ne définit pas les termes de la procréation médicalement assistée, c'est-à-dire qu'il n'y a pas de définition de notions aussi importantes que « l'infertilité », « l'embryon », « le donneur », ni de ce qu'il faut entendre par cellules reproductives, qui sont les parents génétiques et la mère biologique ; même une notion aussi fondamentale que celle de « maternité de substitution » n'est pas définie par la législation.

540. L'absence de limite d'âge légale pour l'accès des femmes à la procréation médicalement assistée donne lieu à des cas où des femmes seules/célibataires âgées donnent naissance à un enfant dont le sort est précaire, en raison l'âge de la gestatrice.

541. Le sort des cellules reproductrices congelées (y compris les embryons) reste également indéfini par la loi, car le droit actuel ne prévoit pas la destruction des cellules reproductrices cryoconservées, notamment en cas de divorce d'un couple ou de décès de la personne qui a « cryoconservé » son matériel génétique. Le droit actuel ne précise pas qui a le droit de disposer des gamètes et des embryons : les cliniques de reproduction, l'un des conjoints, ou des parents de ces patients.

542. Le statut juridique des donneurs (d'ovocytes et de sperme) reste également régi par la réglementation légale, y compris le droit des donneurs à une compensation financière, par opposition au don de sang, par exemple, qui est gratuit.

⁹⁸⁵ BELLIVIER F., NOIVILLE Ch. « Contrats et vivant. » LGDJ.2006. P.83

⁹⁸⁶ Au 30.05.2020, aucun projet de loi sur la PMA, incluant la GPA, n'est à l'étude à la Verkhovna Rada d'Ukraine.

543. Plusieurs tentatives de réformes législatives dans le domaine de la procréation médicalement assistée ont eu lieu durant ces quinze dernières années⁹⁸⁷. Bien que ces tentatives n'aient jamais abouti, certaines ont laissé leur empreinte : des projets réfléchis et bien détaillés qui, même sans être gravés dans le marbre de la loi, ont fait évoluer certains concepts en vigueur dans le domaine de la procréation médicalement assistée.

544. Le 29.08.2019, les projets de loi existants ont été désinscrits de la liste au moment du renouvellement de la Verkhovna Rada⁹⁸⁸ d'Ukraine. Conformément à la partie 1 de l'article 95 de la loi de l'Ukraine « Sur les règles de la Verkhovna Rada de l'Ukraine » dd. 10.02.2010, les projets de loi qui n'ont pas été adoptés par la Verkhovna Rada de la précédente convocation en première lecture sont considérés comme retirés de l'examen, et ne sont pas examinés par la Verkhovna Rada lors de la nouvelle convocation.

545. Le projet de loi N5105 du 10 février 2004⁹⁸⁹ fut le premier texte à employer le terme de « maternité de substitution » (« *сурогатне материнство* »). Ce projet de loi fut abandonné en 2006. Puis un nouveau projet a été élaboré cinq ans plus tard. Le projet de loi n° 4647 du 11 juin 2009⁹⁹⁰ intitulé « Loi de l'Ukraine sur la réglementation de la maternité de substitution et les garanties d'Etat de l'égalité des droits et des chances des mères » n° 4647 du 11 juin 2009⁹⁹¹ a été le premier projet de loi à mentionner le terme « *допоміжне материнство* »⁹⁹². Il s'agit d'un terme similaire à celui de « maternité de substitution », mais du point de vue linguistique il y a une différence « sentimentale, émotionnelle ». Le terme « maternité de substitution »⁹⁹³ est beaucoup plus « cru », rude. Le mot « *допоміжне* » vient du verbe « *допомогати* », qui signifie « aider » (« *помогать* »). En conséquence,

⁹⁸⁷ MARTUNYUK L. P., « L'encadrement juridique du recours à l'AMP en Ukraine : aspects problématiques. » Vestnik de l'université juridique d'Odessa. Pravoznaniie. 2019. N34.pp93-105. (en langue ukrainienne).

⁹⁸⁸ La Verkhovna Rada est le Parlement ukrainien.

⁹⁸⁹ http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=17135

⁹⁹⁰ http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=35510

⁹⁹¹ Le terme employé dans ce texte étant « *допоміжне материнство* ».

⁹⁹² « *Вспомогательное материнство* »

⁹⁹³ « *суррогатне материнство* ».

« *допоміжне материнство* » pourrait être traduit littéralement par « maternité de soutien, d'appui ». Ce projet de loi a été retiré le 14 juin 2011.

546. Un Projet de loi N° 8282 du 23 mars 2011⁹⁹⁴ « Sur les modifications de certains actes législatifs de l'Ukraine concernant les restrictions sur le recours aux techniques de reproduction assistée » du 23.03.2011 (dans sa version finale) a fixé un âge limite de 49 ans pour devenir gestatrice. Ce même seuil a été prévu pour les femmes ayant recours à la fécondation in vitro. Des dérogations à cette règle ont été envisagées exclusivement sur décision d'une commission médicale réunie par le ministère de la Santé.

En outre, le projet prévoyait l'interdiction de recourir à la gestation pour autrui pour les étrangers dont le pays prohibe cette technique d'AMP.

Le projet prévoyait aussi d'imposer qu'au moins un des deux parents d'intention ait un lien génétique avec l'enfant (actuellement cette règle figure dans l'Arrêté du ministère de la Santé du 09.09.2013 N° 787)⁹⁹⁵.

Le sort de ce projet est particulier. Après avoir été adopté par le Parlement en deuxième lecture, le projet a été envoyé pour signature au Président qui a opposé son veto le 02 novembre 2012. Le refus a été motivé par le fait que le projet de loi employait des termes non utilisés par la loi, ni par les Bases de Santé. Le projet de loi proposait que la décision de recours à la procréation médicalement assistée, passé l'âge de 51 ans, devait être prise par le ministère de la Santé, ce qui était contraire à l'alinéa 1 de l'article 48 des Bases de Santé. En outre, il a été reproché le fait que ce projet de loi ne donnait pas de liste de contre-indications pour le recours à la procréation médicalement assistée. Le Département scientifique et d'expertise ukrainien a considéré que les propositions du Président de l'Ukraine étaient justifiées, mais qu'il n'était pas pour autant approprié de rejeter la loi, dès lors qu'elle créait une meilleure protection des droits des enfants par une limitation de l'accès à la procréation médicalement assistée, y compris aux étrangers. D'après les membres de la commission, les restrictions proposées avaient pour objectif de protéger la santé de femmes, et surtout, de protéger le droit des enfants à naître en bonne santé et à avoir

⁹⁹⁴ http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2?id=&pf3516=8282&skl=7

⁹⁹⁵ <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1697-13#n15>

des parents aptes à les élever. En outre, l'interdiction de l'utilisation des technologies de procréation assistée par les citoyens des pays où cette méthode est interdite par la loi est due au fait que les enfants nés grâce à l'utilisation de ces technologies se trouveront en dehors du cadre juridique ukrainien et, partant, dans une situation juridique extrêmement précaire.

A l'approche de la fin des mandats de la sixième session du Parlement, le conseil suprême d'Ukraine (Rada) a soumis à nouveau le texte au Président, le 20 novembre 2012⁹⁹⁶, sans plus de succès.

547. Projet de loi N° 0989 du 12 décembre 2012⁹⁹⁷. Dans le projet de loi « portant sur la modification de certains actes législatifs ukrainiens concernant les restrictions au recours aux techniques de procréation assistée » N° 0989 du 12 décembre 2012, l'expression « maternité de substitution » a été remplacée par « *допоміжне материнство* ». Ce projet de loi a été adopté par la Rada (le Parlement ukrainien) et envoyé au Président de l'Ukraine pour signature. Cependant, il n'a jamais été signé non plus, et il a été abandonné, tout comme le précédent.

548. Projet de loi N° 8625 du 18 juillet 2018 sur la procréation médicalement assistée⁹⁹⁸. Projet de loi « sur les modifications de certains actes législatifs (concernant la protection des droits des enfants nés grâce à la procréation médicalement assistée) » N° 8625 du 18 juillet 2018. Ce projet proposait de définir par la loi les personnes autorisées à avoir recours à la procréation médicalement assistée en Ukraine. Il s'agissait des citoyens de l'Ukraine, les étrangers et les apatrides ayant une résidence permanente sur le territoire de l'Ukraine (actuellement, les étrangers et les apatrides n'ont pas besoin d'avoir une résidence permanente en Ukraine pour bénéficier de l'accès à la procréation médicalement assistée). En outre, le projet proposait de compléter l'article 149 du Code pénal par une disposition en vertu de laquelle la traite des êtres humains couvre également la gestation pour autrui sous la contrainte.

⁹⁹⁶ Lien vers la fresque législative relative à ce projet de loi. http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2?id=&pf3516=8282&skl=7

⁹⁹⁷ http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=44968

⁹⁹⁸ Le projet de loi déposé par les députés J. Kovalevska et E. Loukianova. http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=64473 Projet retiré le 29.08.2019.

549. Projet de loi N° 8629 du 19 juillet 2018 sur la procréation médicalement assistée⁹⁹⁹. Un projet assez complet (6 parties, 26 articles). Ce projet avait pour but d'encadrer la procréation médicalement assistée au niveau législatif : actuellement, certaines questions dans ce domaine sont réglementées par les ordonnances (notamment l'Arrêté du ministère de la Santé 09.09.2013 N° 787).

550. La note accompagnant le projet indique que ¹⁰⁰⁰ selon le ministère de la Santé, le taux d'infertilité en Ukraine atteint presque 20 %, ce qui signifie qu'un couple sur cinq ne peut pas concevoir un enfant naturellement. C'est pourquoi le recours aux technologies de reproduction assistée prend chaque année de l'ampleur, contrairement à la législation qui régit ce domaine. L'Ukraine ne dispose pas d'une loi distincte régissant l'utilisation des technologies de procréation assistée. La majeure partie du cadre juridique dans le domaine des techniques de procréation assistée est réglementée par un acte juridique de portée moindre qu'une loi.

551. L'objectif du projet de loi était d'établir au niveau de la loi un cadre organisationnel et juridique du domaine de l'assistance médicale à la procréation, de définir les conditions et la procédure de recours aux techniques de procréation assistée, y compris la méthode de substitution (maternité de substitution), les droits et les obligations des participants au programme d'AMP, les conditions et la procédure de don des cellules reproductrices, et la disposition des cellules reproductrices.

552. Le projet de loi proposait :

553. 1) de fixer des règles générales (organisation, procédure et conditions de recours à la procréation médicalement assistée) ;

2) de définir les droits et obligations des personnes dans le cadre du recours à la procréation médicalement assistée ;

3) de définir les conditions et la procédure du don ;

4) de définir les conditions de cryoconservation, de stockage et d'utilisation des cellules, embryons et tissus reproductifs.

En particulier :

⁹⁹⁹ http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=64477 Projet retiré le 29.08.2019.

¹⁰⁰⁰ http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=64477 La note est signée par les députés ayant déposé le projet de loi : I. Loutsenko, I. Gerashenko et M. Ionova.

- le seuil d'âge maximal pour les femmes pouvant bénéficier d'une AMP avait été fixé à 55 ans (non défini à l'heure actuelle) ;
- l'âge de la mère porteuse devait être fixé à 55 ans (35 ans actuellement) ;
- le contenu et la forme notariale du contrat de la gestation pour autrui ;
- une liste des personnes ne pouvant pas bénéficier de la procréation médicalement assistée avait été établie (les couples de même sexe et les apatrides) ; les citoyens étrangers bénéficiaient des services de la procréation médicalement assistée conformément aux exigences et aux conditions de la législation ukrainienne en vigueur ;
- les règles d'établissement de la filiation pour les enfants nés de la gestation pour autrui en cas de divorce et de décès des parents d'intention avant la naissance de l'enfant avaient été clairement définies ;

(À titre de rappel, la législation actuelle ne dit rien sur les conséquences juridiques sur la filiation du divorce et du décès des parents d'intention avant la naissance de l'enfant. En conséquence, la paternité et/ou la maternité sont établies par voie judiciaire). Le projet de loi définissait la règle selon laquelle les parents d'intention étaient inscrits dans l'acte de naissance de l'enfant en tant que parent de l'enfant, même en cas de divorce ou de décès.

- Concernant les donneurs, le projet répétait ce qui est déjà prévu par le droit ukrainien : l'impossibilité d'établir la filiation avec l'enfant, et l'interdiction des démarches faites pour façonner la personnalité de l'enfant et de connaître ses parents légaux.

Le donneur de sperme pouvait être un homme âgé de 20 à 40 ans ayant son propre enfant né sans malformation congénitale.

L'article 25 du projet de loi prévoyait que : « à la fin de la période de stockage, les gamètes, les embryons et les tissus reproductifs des patients devaient être détruits. Les conjoints, ou un homme/une femme, pouvaient, sur demande conjointe, transférer leurs gamètes, embryons et tissus reproductifs à des fins de

recherche ou pour des programmes de traitement d'infertilité d'autres patients dans des établissements de santé pratiquant la procréation médicalement assistée ».

En cas de décès ou de déclaration judiciaire de décès des époux (ou de l'un des époux) ou de dissolution du mariage, l'utilisation d'embryons cryoconservés appartenant aux époux était interdite et leur conservation devait prendre fin si les patients n'en avaient pas disposé autrement par écrit.

Le droit de disposer des gamètes, embryons et tissus reproductifs des donneurs devait appartenir aux établissements de santé pratiquant la procréation médicalement assistée où ses gamètes, embryons et tissus reproductifs avaient été prélevés.

Ce projet de loi était le plus complet. Selon ses rédacteurs, « il était nécessaire d'élaborer un modèle d'organisation de la maternité de substitution qui prenne en compte tous les aspects positifs et négatifs identifiés au cours de sa mise en œuvre, y compris dans d'autres Etats, et les dispositions de l'article 21 de la Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine de 1997, sur l'interdiction d'utiliser le corps humain comme source de profit ». « Actuellement, la possibilité de gagner relativement vite de l'argent avec les services de la mère porteuse (le montant de la rémunération d'une mère porteuse est de 14 000 à 20 000 dollars US) dans les conditions du faible salaire moyen, aggrave le risque de commercialisation de cette technique au profit des clients étrangers. À son tour, cette pratique, qui aggrave la crise démographique en Ukraine, fait peser des menaces sur le patrimoine génétique national. À cet égard, il est conseillé de prendre des mesures au niveau législatif, y compris l'interdiction du "tourisme de substitution". »

554. Projet de loi N° 8629-1 du 23 avril 2018¹⁰⁰¹. Il s'agit d'un projet de loi alternatif au projet de loi N° 8629 qui reprenait en grande partie les mêmes idées. Les principales différences entre ces deux projets de loi étaient les suivantes :

1) Le projet de loi N° 8629 ouvrait accès à la procréation médicalement assistée aux femmes âgées de 18 à 55 ans (inclus), et le projet de loi N° 8629-1 aux femmes âgées de 18 à 60 ans (inclus) ;

¹⁰⁰¹ Projet de loi sur la PMA déposé par le député V. Koupriy http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=64502

2) Le projet de loi N° 8629 ouvrait accès à la gestation pour autrui exclusivement aux couples hétérosexuels mariés, tandis que le Projet de loi N° 8629-1 élargissait l'accès aux concubins hétérosexuels.

3) Le projet de loi N° 8629 fermait expressément l'accès à la gestation pour autrui aux couples de même sexe et aux apatrides. Le projet de loi N° 8629-1 indiquait seulement que la procréation médicalement assistée en Ukraine est ouverte aux citoyens étrangers et que les mêmes règles leur sont applicables qu'aux Ukrainiens.

4) Le projet de loi N° 8629-1 indiquait qu'une mère porteuse pouvait être une femme âgée de 18 à 36 ans inclus, qui n'a pas de contre-indications médicales à la grossesse et à l'accouchement et qui a donné naissance à un enfant en bon santé, sans malformation congénitale, et qu'en cas de gestation au profit des membres de la famille des parents d'intention, une mère porteuse pouvait être âgée de 18 à 55 ans inclus, tandis que le projet de loi N° 8629-1 fixait l'âge de la gestatrice de 18 à 55 ans (inclus) pour toutes les mères porteuses ;

5) Le projet de loi N° 8629-1 prévoyait la possibilité pour la gestatrice de toucher une compensation financière de la part des parents génétiques et de l'établissement médical, alors que le projet de loi N° 8629 prévoyait simplement le droit de la mère porteuse à une certaine compensation sans en déterminer la source ;

Le projet de loi N° 8629 prévoyait que le don de cellules reproductrices, d'embryons, et le recours aux techniques de maternité de substitution devait être effectué exclusivement dans des établissements de santé agréés ; que le contrat de maternité de substitution (de remplacement) soit notarié ; et déterminait les conditions et la procédure d'application d'une technique de l'AMP telle que l'insémination.

Une particularité du projet de loi N° 8629-1 résidait dans la possibilité de recourir, dans le cadre de la procréation médicalement assistée (dont la gestation pour autrui), à la combinaison de parties d'ovocytes de donneuses et de mères génétiques féminines (méthode de substitution mitochondriale, méthode de transfert

cytoplasmique¹⁰⁰²). La femme dont le noyau ovocytaire a été utilisé était la mère de l'enfant.

En outre, le projet N° 8629-1 autorisait la constitution d'une base de données de donneurs avec leurs photos, à condition que le donneur y consente et que cette base de données soit dotée d'un système de protection logique : le texte disait expressément que ces photographies ne devaient pas être considérées comme une violation de l'anonymat du donneur.

555. Projet de loi N° 10427 du 08 juillet 2019¹⁰⁰³ sur les modifications du Code de la famille dans sa partie relative à l'établissement de l'origine de l'enfant né grâce à la technique d'ectogénèse. Ce projet apportait des précisions sur l'origine de l'enfant né selon la méthode de PMA de l'ectogénèse, avec recours aux gamètes de l'un des conjoints. En outre, le projet de loi prohibait expressément, au niveau législatif¹⁰⁰⁴, l'établissement de la filiation des enfants nés de la gestation pour autrui sans lien génétique avec au moins l'un des deux parents d'intention : une mesure prise afin de lutter contre le trafic d'enfants.

556. Le besoin de réforme en Ukraine se fait plus pressant depuis les scandales suscités par la fermeture des frontières durant la pandémie de COVID-19.

La BBC a produit un reportage choquant sur la GPA en Ukraine¹⁰⁰⁵. Ce sujet a été repris par tous les éditeurs européens¹⁰⁰⁶. A la suite de cette médiatisation, le gouvernement a voulu renforcer les sanctions contre les bénéficiaires de GPA.

¹⁰⁰² « разрешается при применении ВРТ, в том числе в случаях применения метода суррогатного материнства, использовать метод сочетания частей ооцитов донора и женщины-генетические матери (метод митохондриального замещения, метод цитоплазматического переноса) и определяется, что родителями ребенка, рожденного в результате применения таких методов, является человек, генетический материал которого было использовано, и женщина, ядро ооциту которой было использовано. »

¹⁰⁰³ https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=66141// Проект Закона Украины «О внесении изменений в Семейный кодекс Украины в части определения происхождения ребенка, рожденного с использованием метода эктогенеза» от 08.07.2019 N° 10427. Projet retiré le 29.08.2019.

¹⁰⁰⁴ Aujourd'hui, l'exigence du lien génétique entre l'enfant et le parent d'intention est prévue par un acte ministériel : l'Arrêté du ministère de la Santé 09.09.2013 N° 787 « sur la Procédure d'utilisation des technologies de reproduction assistée en Ukraine », paragraphe 6.1// п. 6.1 Порядка использования вспомогательных репродуктивных технологий в Украине: Приказ Министерства охраны здоровья 09.09.2013 N° 787.

¹⁰⁰⁵ Coronavirus: Surrogate babies stranded in Ukraine - BBC News. 20.05.2020.

Un projet de loi N° 3488 du 15 mai 2020¹⁰⁰⁷ « *sur les modifications de certains actes législatifs de l'Ukraine dans le domaine de la procréation médicalement assistée* » prévoit l'instauration d'une responsabilité pénale et administrative en cas de violation de la législation sur la procréation médicalement assistée. Les centres de médecine reproductive attirent souvent l'attention des forces de l'ordre pour diverses raisons : absence de lien génétique entre l'enfant et les parents d'intention, non-paiement d'impôts, violation de la législation sur la procréation médicalement assistée. En règle générale, toutes ces affaires sont qualifiées par les fonctionnaires comme ¹⁰⁰⁸relevant de « la traite d'êtres humains », prévue et réprimée par l'article 149 du Code pénal.

« Au moins huit procédures pénales liées à la procréation médicalement assistée sont actuellement en cours d'instruction en Ukraine, dont sept contiennent, entre autres, des qualifications au visa de l'article 149 du Code pénal, et un seul cas concerne exclusivement l'article 212 du Code pénal. Cependant, pas un seul acte d'accusation n'a été rendu sur le fondement de cet article pour les affaires liées à la procréation médicalement assistée¹⁰⁰⁹. Le problème réside dans le fait qu'à la suite de la loi modifiant l'article 149 du code pénal afin de le rendre conforme aux normes internationales »¹⁰¹⁰, la rédaction de l'article 149 exclut son application du domaine de la procréation médicalement assistée en l'absence d'exploitation de la victime par force, contrainte ou abus de faiblesse. « Ainsi, les personnes commettant des actes socialement dangereux dans le domaine des techniques de procréation assistée échappent à toute responsabilité en raison de l'absence de textes permettant leur condamnation ».

1006 https://www.liberation.fr/france/2016/10/02/gpa-le-documentaire-qui-donne-de-la-chair_1517230/;
<https://www.lefigaro.fr/international/gpa-en-ukraine-le-business-des-bebes-20201023>;
<https://www.courrierinternational.com/article/frontieres-une-centaine-de-bebes-nes-par-mere-porteuse-sont-bloques-en-ukraine-cause-du>

¹⁰⁰⁷ http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=68850

¹⁰⁰⁸ Все случаи громко называются должностными лицами правоохранительных органов «торговлей людьми».

¹⁰⁰⁹ Note d'A. Anoutsa, initiateur du projet de loi.

¹⁰¹⁰ <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2539-19#Text> Journal officiel de la Verkhovna Rada, 2018, n° 41, art. 321

Aujourd'hui, les questions de délivrance de licences, les conditions médicales et sanitaires pour les cliniques de reproduction ne sont pas encadrées. N'importe qui peut mettre en place dans un appartement une telle « clinique », et cela crée des risques. Avant tout, pour la santé et la vie des nouveaux-nés et de leurs mères. Par conséquent, il est indispensable de rendre ce marché absolument transparent. Un député a également remarqué que si les licences des cliniques sont actuellement délivrées pour une durée indéterminée, le projet de loi réduit la période de validité de ces licences à cinq ans. « Une telle licence coûtera aux cliniques mille fois le minimum vital par an, ce qui constitue un revenu pour le budget de l'Etat »¹⁰¹¹. Un comité comprenant également des professionnels a été créé à la Verkhovna Rada pour approfondir et perfectionner ce projet de loi.

Le premier titre a dressé un état de lieux des réformes envisagées par les Etats comme la Russie et l'Ukraine. Comme nous avons pu le constater dans la Partie I, bien que certaines difficultés apparaissent dans des situations purement nationales, nous n'avons pas trouvé de débats doctrinaux relatifs aux problèmes juridiques découlant de situations où les Russes et les Ukrainiens ont recours à la gestation pour autrui ou à la procréation médicalement assistée à l'étranger, et se heurtent aux problèmes d'établissement ou de reconnaissance des filiations dans leur pays natal. En conséquence, nous n'observons pas dans ces Etats les mêmes débats qu'en France quand les juges se sentent pris en otage entre le respect d'une législation claire prohibitive, et une conception de l'intérêt de l'enfant qui implique l'établissement de sa filiation. Des positions exprimées en France montrent une opposition à l'ouverture de la gestation pour autrui, mais se divisent sur les conséquences des gestations pour autrui pratiquées à l'étranger. Ce que l'on retrouve dans les débats doctrinaux russe et ukrainien, c'est la nécessité d'apporter un cadre légal national aux difficultés que l'enfant et ses parents (d'intention) rencontrent au retour dans leurs pays de résidence. Et aussi la nécessité d'élaborer des instruments internationaux qui pourraient sécuriser le statut des enfants nés de ces pratiques dans un cadre transfrontalier. Si pour la Russie et l'Ukraine on tente de sécuriser le statut de

¹⁰¹¹<https://www.unian.ua/society/surogatne-materinstvo-v-ukrajini-proponuyut-vvesti-kriminalnu-vidpovidalnist-novini-ukrajini-11002472.html>

l'enfant lors de son départ, pour la France cette question se pose en sens inverse : lors de l'accueil du nouveau-né à son arrivée en France.

Conclusion Titre I. A l'heure actuelle, les réformes nationales sont loin de répondre à toutes les questions soulevées par la PMA/GPA. Il s'agit d'un phénomène global, et un encadrement national, bien qu'il soit indispensable, n'est pas suffisant.

Les conditions d'accès aux techniques de procréation médicalement assistée ne sont que faiblement encadrées en comparaison de ce que l'on peut trouver dans les législations d'Europe de l'Ouest. Les nombreuses lacunes législatives et réglementaires existant dans la législation ne sont pas sans conséquences sur l'établissement de la filiation des enfants nés de ces techniques, en la rendant précaire. Pour pouvoir garantir à l'enfant une filiation et mieux protéger ses intérêts et ceux de ses parents, des réformes législatives doivent intervenir en ce qui concerne tant l'accès à la procréation médicalement assistée que l'établissement de la filiation (Titre I). Les nombreuses questions juridiques soulevées par la procréation médicalement assistée s'inscrivent fréquemment dans un contexte international. Et les réglementations nationales divergentes engendrent un tourisme procréatif : les personnes ayant un projet parental recherchent à l'étranger ce qui leur est prohibé ou refusé dans leur propre ordre juridique. Ces situations transfrontalières mobilisent les règles du droit international privé. Une coopération entre les Etats aux fins de réglementer avant tout la gestation pour autrui est nécessaire. Cette coopération nécessitera une restriction de l'accès des étrangers à la gestation pour autrui, si la filiation de l'enfant né risque de ne pas être reconnue dans l'Etat de la nationalité des parents d'intention ; mais aussi l'élaboration de conventions internationales, qui permettront de trouver un juste équilibre entre les intérêts en présence tout en garantissant une filiation à l'enfant (Titre II).

TITRE II. LES SITUATIONS TRANSNATIONALES :

NECESSITÉ DE RESPECTER LE DROIT

INTERNATIONAL ET LES ORDRES PUBLICS

ETRANGERS

557. Depuis les années 1990, les avancées de la médecine et l'évolution des modèles familiaux ont créé des perturbations dans tous les Etats. Nombreux sont les problèmes juridiques liés aux enfants nés de la procréation médicalement assistée dans un contexte national : les législations nationales s'adaptent diversement, et à des rythmes différents d'un Etat à l'autre, au développement de la procréation médicalement assistée. Et les différences culturelles et législatives ont aussi une influence sur cette évolution du droit de la filiation. En conséquence, le monde se retrouve confronté à une divergence de règles juridiques de plus en plus importante.

558. Mais la souveraineté d'un Etat s'arrête schématiquement à sa frontière. A l'ère de la mondialisation, les personnes voyagent de plus en plus librement, notamment à des fins médicales, n'hésitent pas à recourir à la procréation médicalement assistée dans les Etats qui l'autorisent pour contourner les restrictions du droit local. Le tourisme procréatif a pour l'origine notamment la volonté d'échapper aux interdictions imposées par son Etat d'origine, mais aussi un intérêt pécuniaire : le coût financier du service dépend du niveau de vie des Etats. Ces deux critères (divergence des législations et coût de la prestation lié au niveau de vie) créent un « circuit » de la médecine reproductive, y compris au sein de l'espace post-URSS.

559. Plan. La divergence entre les législations des Etats en matière de procréation médicalement assistée et de circulation des personnes, même à l'intérieur de l'espace post-soviétique, rendent les flux transfrontaliers de personnes, parents et enfants, difficiles à appréhender. Les situations en lien avec des maternités de substitution à caractère international soulèvent, en outre, des difficultés pour l'établissement et/ou la reconnaissance de la filiation juridique de l'enfant né à l'étranger, avec parfois un enchaînement des problèmes, comme la détermination de la nationalité de l'enfant, son statut en matière d'immigration, la détermination de la personne dépositaire de la responsabilité parentale et d'un devoir d'entretien de

l'enfant, etc. (Chapitre I). En tenant compte des difficultés liées à l'élément d'extranéité, et afin d'assurer la protection des intérêts en présence, il apparaît nécessaire de trouver une solution au niveau international afin de sécuriser le statut de l'enfant né dans le cadre de la gestation pour autrui, et de lui garantir tout à la fois une filiation et l'exercice effectif de son droit à être élevé par ses parents (Chapitre II).

CHAPITRE I. La prise en compte d'éléments d'extranéité en vue d'assurer une reconnaissance de la filiation

560. Les nombreuses questions juridiques soulevées par la procréation médicalement assistée s'inscrivent fréquemment dans un contexte international¹⁰¹². L'essor des techniques d'assistance médicale à la procréation donne lieu à des réglementations nationales différentes. Même au sein de l'Europe, un continent ayant proclamé des valeurs communes quant aux droits fondamentaux de l'homme, il existe une grande diversité de règles en matière de procréation médicalement assistée et de filiation des enfants nés de ces techniques, diversité qui produit une forme de tourisme procréatif¹⁰¹³ ou de « law shopping » : les personnes désireuses d'accéder à la parentalité franchissent les frontières dans le but de trouver à l'étranger ce qui leur est refusé dans leur propre ordre juridique. Le choix de l'Etat est dicté par différents facteurs, notamment les techniques de la PMA proposées, les coûts financiers, les conditions médicales et légales offertes par cet Etat, les attaches avec le pays en question, la langue pratiquée.

561. Ces situations transfrontalières sont source de contentieux, qui apparaissent le plus souvent autour de la technique de la gestation pour autrui. Les contentieux concernent la reconnaissance des filiations légalement établies dans les « Etats de création de la situation », dans les « Etats d'accueil de la situation » (les

¹⁰¹² AUDIT M., « Bioéthique et droit international privé », RCADI 2015, t.373, pp.231-233.

¹⁰¹³ FULCHIRON H., « La lutte contre le tourisme procréatif : vers un instrument de coopération internationale », JDI 2014, var.2, p.563.

pays dont les parents sont les nationaux), ou la reconnaissance des effets (personnels et patrimoniaux) de la filiation (Section I). Les Etats sont souverains dans l'élaboration de leur législation sur la procréation médicalement assistée/GPA. Cependant, cette souveraineté peut se retrouver confrontée aux principes défendus par les Conventions internationales des droits de l'homme et de l'enfant. Et de ce fait, les Etats sont amenés à ajuster leur législation afin de mettre leurs droits en conformité avec les exigences de la CEDH (Section II).

SECTION I. Une incohérence au regard des restrictions de la loi française en matière de la PMA/GPA et de la CEDH : une mise en difficulté supplémentaire du juge français

562. Les conflits au niveau national et international.

563. L'encadrement législatif de l'assistance médicale à la procréation tend à éviter débordements et dérives¹⁰¹⁴. Cependant, de nombreuses personnes désireuses d'avoir un enfant s'affranchissent de ces contraintes en se rendant à l'étranger.¹⁰¹⁵ Si le phénomène du tourisme procréatif est resté relativement marginal jusqu'au début des années 2000, il s'est largement amplifié depuis 2008-2009¹⁰¹⁶. Les « courants de circulation » qui en découlent vont des Etats restrictifs en matière de la PMA vers ceux qui proposent un large spectre de la PMA/GPA. Dans les pays étudiés, il existe deux circuits principaux. Premièrement, les Français se rendent en Russie et en Ukraine en quête d'enfants. En conséquence, la France est invitée à répondre aux conséquences des situations créées à l'étranger, et cela au nom de l'intérêt de l'enfant. Concernant les circuits entre les Etats de l'Europe Orientale et de l'Asie centrale, nous y observons les déplacements de gestatrices des pays d'Asie centrale et parfois même de l'Ukraine et de la Biélorussie¹⁰¹⁷ vers la Russie.

¹⁰¹⁴ BRUNETTI-PONS C. (dir.). « Le droit à l'enfant et la filiation en France et dans le monde. » LexisNexis. 2018. P.117

¹⁰¹⁵ LEMOULIN J.-J. « Le tourisme procréatif. » LPA. N62. 2001. P.84.

¹⁰¹⁶ BRUNETTI-PONS C. (dir.). « Le droit à l'enfant et la filiation en France et dans le monde. » LexisNexis. 2018. P.22

¹⁰¹⁷ Le droit biélorusse exige que la gestatrice soit mariée. Dès lors, si les parents ont trouvé une candidate célibataire, ils n'ont pas le choix : la GPA doit être faite ailleurs.

564. Le juge français mis en difficulté par le tourisme procréatif. En France, la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe a profondément modifié le contenu de l'ordre public familial¹⁰¹⁸. Immédiatement après l'entrée en vigueur de la loi N 2013-404 du 17 mai 2013, la question de l'ouverture de la PMA aux couples de femmes et de la légalisation de la GPA s'est posée. Actuellement, l'ampleur du phénomène du tourisme procréatif est telle que le droit, national et international, paraît incapable de l'endiguer¹⁰¹⁹.

Les juges français doivent constamment faire produire des effets, à des faits accomplis malgré les interdits du droit national, dans l'ordre juridique national.¹⁰²⁰ Les décisions de la CEDH¹⁰²¹ et celles de la Cour de Cassation¹⁰²² illustrent cette difficulté.

565. Dans le contexte des Etats étudiés, le tourisme procréatif en France soulève essentiellement des questions en rapport avec la GPA. Le droit français se trouve, dès lors, expressément confronté à une situation qu'il a formellement prohibée mais qu'il lui faut pourtant régler. La majorité des contentieux liés à la procréation médicalement assistée pratiquée en Russie¹⁰²³ et en Ukraine concerne des actions aux fins de transcription dans les registres nationaux de l'état civil d'un acte de naissance étranger ou d'une décision judiciaire étrangère¹⁰²⁴. Mais il peut aussi concerner une demande d'établissement au fond de la filiation.

¹⁰¹⁸ C. BRUNETTI-PONS « Le couple parental ne renvoie-t-il plus aux père et mère d'enfant ? » Revue Lamy du droit civil. Fév.2014. N112. Pp.84-90.

¹⁰¹⁹ C. BRUNETTI-PONS « Le développement du tourisme procréatif, porte ouverte au trafic d'enfants et à l'exploitation de la misère ? » Cahiers de la justice, Dalloz 2016.

¹⁰²⁰ Rapport d'information de Y. DETRAIGNE, C. TASCA sur l'APM et la GPA. Commission des lois. Sénat. 17 février 2016.

¹⁰²¹ CEDH, Mennesson c/France 26 juin 2014. Aff.C-65192/11 et CEDH, Labassé c :France 26 juin 2014. Aff.C-65941/11 ; CEDH Foulon et Bouvet c : France, 21 juillet 2016. Aff.9063/14 et 10410/14 ; CEDH Laborie c : France. 19 janvier 2017. Aff.44024/13.

¹⁰²² Cass.Ass.plein. 03 juillet 2015. N14-21.323 et 15-50.002 ; 1re Civ., 18 décembre 2019, pourvoi n° 18-12.327 ; 1re Civ., 18 décembre 2019, pourvoi n° 18-11.815.

Au niveau international, nous pouvons nous demander si la CEDH, par sa décision S.H. c/Autriche du 03 novembre 2011 N 57813/00, n'encourage pas les citoyens des Etats ayant une législation restrictive à se rendre à l'étranger pour pouvoir obtenir ce qui est prohibé dans l'ordre juridique interne. AJF 2011. Obs. A. MIRKOVIC.

¹⁰²³ Cass. Ass.plén. n° 00619 du 03 juillet 2015 ; Cass. Ass. Plén. n° 00620 du 03 juillet 2015.

¹⁰²⁴ Cass. 1ere Ch. Civ. n° 01238 du 29 novembre 2017 ; Cass. 1ere Ch. Civ. n° 00825 du 05 juillet 2017.

566. Les enjeux de la reconnaissance de la filiation. Ces droits et obligations des parents à l'égard de l'enfant naissent au moment de la reconnaissance du lien de filiation¹⁰²⁵. Et en raison de cette évolution du droit de la famille au niveau national, le droit international privé de la famille a déplacé l'accent sur l'établissement et la contestation de la filiation dans le cadre transfrontalier¹⁰²⁶.

567. Le lien de filiation est établi par l'acte de naissance étranger. Dans la quasi-totalité des législations étrangères, l'acte de naissances étranger de l'enfant conçu via la gestation pour autrui mentionne les parents d'intention comme parents de l'enfant¹⁰²⁷. C'est notamment le cas en Russie, en Ukraine, en Biélorussie et au Kazakhstan. Selon la législation du pays de naissance de l'enfant, pour les couples hétérosexuels, l'acte est établi au nom des parents d'intention, qui peuvent aussi être tous les deux parents biologiques (gamètes de deux parents étant utilisés pour la conception), ou un seul (avec le recours au don de sperme ou d'ovocyte), voire aucun (recours à double don).

568. Nous n'examinerons pas le recours des couples homosexuels mariés à la procréation médicalement assistée, car dans les Etats étudiés et en Russie, légalement, ils n'ont pas accès à la procréation médicalement assistée. Cependant, si cela pose une difficulté aux couples composés de deux hommes, les couples composés de deux femmes ont recours, de fait, à la PMA en formulant leur demande comme émanant d'une femme célibataire¹⁰²⁸.

569. Pour les célibataires (si la personne non mariée a recours à la gestation pour autrui seule, sans partenaire, dans les Etats étudiés), l'acte de naissance, selon

¹⁰²⁵ J. Carbone *The Legal Definition of Parenthood: Uncertainty at the Core of Family Identity*, 2005. *Lo. LA. Rev.* Pp. 1295 à 1297.

¹⁰²⁶ Note préliminaire N° 11 de mars 2011 de la CHHC « Questions de droit international privé concernant le statut des enfants, notamment celles résultant des accords de maternité de substitution à caractère international ».

¹⁰²⁷ MECARY C., « Les fondements juridiques de la filiation en cas de naissance de l'enfant dans le cadre d'une gestation pour autrui. » In *Les fondements de la filiation*. Sous-direction d'A. Dionisi-Peyrusse et L. Maiger-Vielpeau. Institut Universitaire Varenne. 2017.

¹⁰²⁸ La loi de ces Etats prévoit que le bénéficiaire de la PMA remplisse un formulaire dans lequel il précise son statut matrimonial. Cependant, cela reste purement formel, dès lors que cette obligation n'est pas sanctionnée et ne donne lieu à aucune vérification.

les législations, mentionne soit un père ou une mère seul(e), soit le père et la femme gestatrice qui accouche¹⁰²⁹.

570. Conformément à l'article 47 du Code civil français, « Tout acte de l'état civil¹⁰³⁰ des Français et des étrangers fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays fait foi, sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité ».

571. Pour pouvoir être utilisés en France, les actes dressés à l'étranger doivent être traduits et, dans certains cas, légalisés ou revêtus de l'apostille. Ils font ainsi foi en France sans que, lorsqu'ils concernent des Français, leur transcription sur les registres consulaires puisse être exigée¹⁰³¹. Ensuite, devant les autorités françaises, cet acte de naissance étranger devient opposable à toutes les autorités publiques¹⁰³².

572. Nous étudierons les cas relatifs aux Français se rendant en Russie ou en Ukraine en vue de recourir à la GPA. En revanche, nous n'examinerons pas les cas de tourisme procréatif des ressortissants russes, biélorusses, kazakhs ou ukrainiens vers des Etats tiers, dans la mesure où, en autorisant la gestation pour autrui sur leur sol, les Etats de l'ex-URSS reconnaissent sans difficulté les actes de naissances étrangers des enfants nés de gestation pour autrui à l'étranger. Mais aussi parce que la Russie ne fait pas de transcriptions des actes de naissance étrangers dans les registres russes. L'enfant né à l'étranger vit avec un acte de naissance délivré à l'étranger. C'est cet acte, légalisé et traduit¹⁰³³, qui est seul utilisé et lui sert de viatique.

¹⁰²⁹ Jusqu'à récemment, la jurisprudence russe a connu un nombre important de ce type d'affaires. Depuis l'Ordonnance N° 803 du 30 juillet 2020, le droit russe refuse l'accès à la GPA aux hommes célibataires.

¹⁰³⁰ Par « acte d'état civil » l'article 47 entend tout acte qui répond à cette qualification d'après le droit français. Il ne concerne que les actes de l'état civil au sens strict : la naissance, la reconnaissance, le mariage, le décès.

¹⁰³¹ *Instruction générale relative à l'état civil* (IGREC) qui précise les règles applicables en matière d'état civil.

¹⁰³² *Instruction générale relative à l'état civil* (IGREC) qui précise les règles applicables en matière d'état civil.

Si la personne concernée est française, le Service central d'état civil (SCEC), à sa demande, procède à la transcription de l'acte sur les registres français d'état civil.

¹⁰³³ Pour les Russes, un tampon attestant de la nationalité russe est apposé par surcroît. Du fait que, dans les Etats de l'espace de l'ex-URSS, les actes d'état civil sont valables sans durée de temps, les actes de naissance étrangers sont acceptés par les autorités sur le même principe.

L'enregistrement dans les registres nationaux est pratiqué au Kazakhstan, mais reste facultatif.

573. Problème de reconnaissance des actes étrangers de naissance dans certains Etats. Si le pays où la gestation pour autrui a été pratiqué délivre un acte de naissance à l'enfant selon les règles du droit national, les enfants se trouvent dans une situation complexe par la suite, car l'acte de naissance et les liens de filiation établis peuvent ne pas être reconnus, en partie ou en totalité, par les autorités publiques du pays d'accueil au retour des parents d'intention dans leur pays de résidence habituelle. Chaque Etat a une conception de la filiation et de la gestation pour autrui qui lui est propre. En fonction des droits en présence, le processus de gestation pour autrui sera dès lors admis, toléré ou interdit dans l'Etat d'origine ; reconnu, toléré ou rejeté dans l'Etat d'accueil¹⁰³⁴. En cas de non-reconnaissance de l'acte de naissance, c'est l'enfant qui est, au premier chef, affecté par cette situation. Il se retrouve sans filiation à l'égard de ses parents, situation qui est naturellement très préjudiciable à son intérêt.

574. Différents niveaux de tolérance des juridictions nationales en cas de contournement des lois nationales restrictives en matière de procréation médicalement assistée/GPA. Les litiges relatifs à la gestation pour autrui pratiquée à l'étranger sont portés devant les juridictions européennes dont la législation nationale prohibe cette technique d'une manière tacite ou expresse.

575. Les juges se trouvent confrontés à différentes missions délicates. Il s'agit notamment de difficultés relatives à l'ignorance ou à des connaissances lacunaires du droit étranger qui devrait s'appliquer. Et les magistrats ne disposent pas forcément des moyens pour surmonter ces difficultés et prendre connaissance des dispositions du droit étranger applicables aux cas qui leur sont soumis.

¹⁰³⁴ PORCHERON D., « Le droit international privé à l'épreuve de la gestation pour autrui. » In Procréation assistée et filiation. Sous-direction de M-X CATTO, K. MARTIN_CHENUT. Ed. .2019 Mare and Martin. p.48.

576. La difficulté des Etats n'autorisant pas cette pratique réside également dans le fait que « les intérêts publics et privés peuvent aussi se révéler, *in abstracto* et *in concreto*, contradictoires »¹⁰³⁵.

577. Les autorités de Belgique font preuve d'une bienveillance relative. « Le bilan qui peut être tiré de la pratique des juridictions belges est sans conteste positif pour les parents d'intention qui s'engagent dans un processus de gestation conventionnelle pour autrui avec l'aide d'une personne qui réside à l'étranger. La bienveillance relative dont fait preuve la pratique belge explique qu'à ce jour, la Cour Européenne des droits de l'homme n'ait pas eu à sanctionner la Belgique pour violation de l'Article 8 de la Convention. La situation est bien différente dans d'autres Etats européens, dont la politique d'accueil (ou de non-accueil) des liens de filiation établis à l'étranger a conduit à plusieurs décisions de condamnation.»¹⁰³⁶

578. La France a longtemps affirmé un rejet absolu de transcription « lorsque la naissance est l'aboutissement, en fraude de la loi française, d'une GPA ». Puis elle a évolué vers un assouplissement de sa position sous la pression de la CEDH.

Selon des statistiques approximatives, le nombre de Français ayant recours à la gestation pour autrui ou à la procréation médicalement assistée à l'étranger ne cesse de croître¹⁰³⁷.

Les articles 126-7 et 16-9 du Code civil créés par la loi de bioéthique de 1994 posent le principe de la prohibition absolue de la procréation et de la gestation pour autrui. Cette disposition est d'ordre public. L'interdiction est renforcée par les sanctions pénales prévues aux articles 227-12 et 227-13 du Code pénal.

Mais cette interdiction posée par la loi française n'a pas empêché certains Français de se déplacer à l'étranger, dans des Etats qui autorisent la gestation pour

¹⁰³⁵ FULCHIRON H., « Les différents fondements de la filiation dans la jurisprudence de la CEDH. » In Les fondements de la filiation. Sous-direction d'A. DIONISI PEYRUSSE et L. MAIGER-VIELPEAU, Institut Universitaire Varenne. 2017.

¹⁰³⁶ « Le droit des relations familiales internationales à la croisée des chemins. » Sous la direction de L. BARNICH, A. NUYTS, S. PFEIFF et P. WAUTELET. Actes du colloque du 20 mai 2016. Bruxelles. Bruylant. P.209

¹⁰³⁷ DELNAUD V., « AMP et GPA, état des lieux et réflexions en cours ». in Procréation assistée et filiation Sous-direction de M-X. CATTO et K. Martin-Chenut. Ed. Mare et Nartin. 2018.

autrui. Il n'existe aucun chiffre officiel, mais les associations favorables à sa légalisation¹⁰³⁸ ont pu dénombrer environ 370 couples ou célibataires qui ont eu des bébés de cette façon en 2017. Le total pourrait dépasser 500, à rapporter aux près de 800 000 naissances annuelles en France¹⁰³⁹.

Ces enfants nés de la gestation pour autrui « au profit » de Français amènent les juridictions « à construire progressivement une jurisprudence qui traduit la nécessité d'envisager la gestation pour autrui, non plus seulement du point de vue de la pratique et de sa contradiction avec les principes, mais également dans ses conséquences pour les enfants nés »¹⁰⁴⁰.

579. Comme nous l'avons vu auparavant, selon les législations des Etats de naissance de l'enfant, les actes de naissances mentionnent soit le père d'intention et la gestatrice (Ukraine) soit les deux parents d'intention (Russie, Kazakhstan, Biélorussie et parfois aussi Ukraine), soit seulement le nom du père biologique.

580. Les questions relatives à la filiation de ces enfants nés de la gestation pour autrui se posent lorsque les parents d'intention souhaitent faire transcrire l'acte de naissance étranger dans les registres de l'état civil français¹⁰⁴¹. Dans les Etats de l'ex-URSS, les parents d'intention sont directement inscrits dans l'acte de naissance de l'enfant et n'ont pas en leur possession de jugement relatif à l'établissement de la filiation¹⁰⁴². Nous nous focalisons donc essentiellement sur la transcription sur les registres français d'état civil d'un acte étranger de naissance, et non pas sur l'exequatur d'une décision étrangère relatif à la filiation¹⁰⁴³. La valeur probante d'un

¹⁰³⁸ L'Association des familles homoparentales (ADFH) et l'Association des parents gays et lesbiens (APGL).

¹⁰³⁹ PERRIN D., « La gestation pour autrui côté business » in *Le Monde*. 29 décembre 2017.

¹⁰⁴⁰ DELNAUD V., « AMP et GPA, état des lieux et réflexions en cours ». in *Procréation assistée et filiation* Sous-direction de M-X. CATTO et K. MARTIN-CHENUT. Ed. Mare et Nartin. 2018.

¹⁰⁴¹ Soit auprès des services consulaires français à l'étranger, soit auprès du service de l'état civil à Nantes.

¹⁰⁴² Comme c'est le cas notamment aux Etats-Unis.

¹⁰⁴³ Les règles de reconnaissance sont différentes selon que la filiation a été établie par un jugement étranger ou un acte public étranger (par un acte de naissance étranger).

La valeur probante d'un acte d'état civil et sa transcription sur les registres d'état civil consulaires, d'une part, et la reconnaissance d'un jugement étranger, d'autre part, n'obéissent pas aux mêmes règles juridiques. L'acte d'état civil doit répondre aux exigences de l'art. 47 c. civ., tandis que le jugement obéit aux dispositions de l'art. 509 c. pr. civ. Si tous deux sont des actes étrangers, leur régime, en droit français et selon le droit français, est différent et demeure différent, même après l'entrée en vigueur de la loi « bioéthique ».

acte d'état civil et sa transcription sur les registres d'état civil consulaires, et la reconnaissance d'un jugement étranger, n'obéissent pas aux mêmes règles juridiques. L'acte d'état civil¹⁰⁴⁴ doit répondre aux exigences de l'article 47 du Code civil, tandis que le jugement obéit aux dispositions de l'article 509 du Code de procédure civile. Le régime de reconnaissance demeure différent même après l'entrée en vigueur de la loi de bioéthique de 2021.

La transcription de l'acte est une mesure de publicité et dès lors, le contrôle opéré par le service compétent est formel. L'article 47 du Code civil ne concerne que les conditions de forme des actes, mais non les conditions de fond et les effets de ces actes quant au statut personnel des intéressés¹⁰⁴⁵. L'objet des actes de naissance étant de constater un fait et non pas un acte juridique : il suffit que les règles de compétence et de forme imposées par la loi locale aient été respectées pour que ces actes aient pleine valeur en France.

Un fois l'enfant né à l'étranger, les parents s'adressent au service consulaire français dans le pays afin de transcrire l'acte de naissance de l'enfant sur les registres français d'état civil¹⁰⁴⁶. Cela permet à l'enfant d'avoir un acte de naissance français ainsi que d'obtenir un passeport et de pouvoir rentrer en France.

La transcription de l'acte de naissance étranger n'est pas une formalité obligatoire¹⁰⁴⁷, mais elle facilite les démarches administratives ultérieures. La transcription, qui repose sur l'application de l'article 47 du Code civil, se fait sous le contrôle du parquet de Nantes depuis 2004. Quand l'officier d'état civil a un doute sur la régularité de l'acte¹⁰⁴⁸ qui lui est soumis, ou sur la réalité des indications qui y

¹⁰⁴⁴ « Les actes de l'état civil font partie de ces " formalités " que chacun sait devoir accomplir lorsqu'une naissance survient [...] Cependant, il ne faut pas oublier que ce sont des actes publics établis par des officiers publics au nom de la souveraineté d'un Etat. Ils permettent aux personnes de prouver leur état et d'obtenir les droits qui en découlent, mais ils sont également un moyen pour l'Etat de contrôler l'identité des personnes sur son territoire et la régularité de l'acquisition de ces droits. » BIDAUD-GARON Ch. « L'état civil en droit international privé. » Thèse. Lyon 3. 2005.

¹⁰⁴⁵ CA Paris, 08 juillet 1983, D.1983-I.R.503.

¹⁰⁴⁶ L'inscription se fait sur les registres de l'état civil de l'année courante tenus par les autorités diplomatiques ou consulaires territorialement compétentes. Cette transcription est mentionnée sommairement dans les fichiers tenus au ministère des Affaires étrangères et dans les postes diplomatiques et consulaires.

¹⁰⁴⁷ IGEC art. 509.

¹⁰⁴⁸ « L'officier de l'état civil a donc la lourde tâche d'identifier au préalable les reconnaissances susceptibles d'être annulées en raison de leur invraisemblance ou de leur caractère frauduleux. Ce qui n'est pas chose

sont portées, il saisit le procureur de la République près le Tribunal de grande instance de Nantes. Pendant une longue période, c'était le cas en cas de soupçons de recours à la GPA.

Le refus de transcription par ce dernier peut être contesté par les demandeurs devant le Tribunal judiciaire de Nantes¹⁰⁴⁹.

Les juges français sont saisis de questions de filiation concernant des enfants nés de la procréation médicalement assistée et de la gestation pour autrui pratiquées à l'étranger depuis une trentaine d'année. Depuis l'origine, ils sont confrontés à un dilemme : comment, tout en restant respectueux des prohibitions de lois en vigueur, faire face aux nouvelles revendications en terme d'établissement de la filiation ? Plus précisément, comment réintégrer dans l'ordre français le lien de filiation établi entre l'enfant né à la suite de la gestation pour autrui à l'étranger et ses parents ?¹⁰⁵⁰

Dans un premier temps, la transcription des actes des enfants nés de la gestation pour autrui a été refusée systématiquement au nom de l'atteinte à l'ordre public¹⁰⁵¹, puis au nom de la fraude à la loi¹⁰⁵².

Un pas vers la reconnaissance des effets d'un acte étranger de naissance pour les enfants nés de la gestation pour autrui a été fait via la circulaire du 25 janvier 2013 relative à la délivrance des certificats de nationalité française pour les enfants nés de la gestation pour autrui à l'étranger.

Nous observons, au surplus, un assouplissement de la position de la France depuis sa condamnation par la CEDH le 26 juin 2014¹⁰⁵³. Nous pouvons noter, à titre

aisée puisque la loi ne lui donne pas les moyens nécessaires pour pouvoir effectuer des vérifications. Il ne peut pas exiger la production de pièces justificatives et doit se contenter des dires du déclarant. ». V. POURE « L'officier de l'état civil en droit des personnes et de la famille. » Thèse. Université de Strasbourg. 2015. P. 608.

¹⁰⁴⁹ Tribunal judiciaire depuis la réforme de 2020.

¹⁰⁵⁰ Sur le développement de cette problématique voir le rapport du GIP, THERY, LEROYER, « Le droit à l'enfant et la filiation en France et dans le monde », op. cit.

¹⁰⁵¹ Voir arrêts Cass.civ 1er, 06 avril 2011.

¹⁰⁵² Cass. civ. 1ère, 13 septembre 2013.

¹⁰⁵³ CEDH, 26 juin 2014, Mennesson c. France, req.N65192/11 et CEDH, 26 juin 2014, Labassée c.France, req.N65941/11. Dans ces deux arrêts, tout en rappelant que la prohibition de la GPA n'était pas contraire à la Convention, la CEDH a condamné la France en considérant que le refus de transcription des actes de

d'exemple, les deux arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 03 juillet 2015 relatifs à la gestation pour autrui en Russie. Dans ces affaires, les deux actes de naissances mentionnaient le père biologique (le père d'intention) en tant que père de l'enfant et la gestatrice en tant que mère de l'enfant. Par ces deux décisions, la Cour de cassation a autorisé la transcription dans les registres d'état civil de l'acte de naissance étranger à l'égard du père biologique, ainsi qu'à l'égard de la mère porteuse désigné dans l'acte. La Cour s'est montrée favorable à la transcription en se basant sur l'article 47 du Code civil : « dès lors qu'il n'est pas constaté que l'acte de naissance est irrégulier ou falsifié et que des faits qui y sont déclarés correspondent à la réalité [...] »¹⁰⁵⁴.

Par les arrêts rendus le 05 juillet 2017, la Cour de cassation a autorisé la transcription partielle à l'égard du père d'intention, tout en la refusant à l'égard de la mère d'intention désignée en tant que mère dans l'acte de naissance étranger. Ainsi, la mention du père correspondait à la réalité biologique. Mais pas celle de la mère d'intention : « la réalité du lien maternel est celle de l'accouchement ». Ces arrêts furent aussi l'occasion pour la Cour de cassation de montrer sa volonté de stabiliser la filiation des enfants nés de la gestation pour autrui à l'étranger, et de respecter leur droit à vivre une vie normale : la Cour a ouvert la voie de l'adoption au parent d'intention (conjoint ou conjointe du père biologique)¹⁰⁵⁵. Il faut néanmoins préciser que tous les Etats ne considèrent pas que cette voie d'établissement de la filiation vis-à-vis de la mère d'intention génétiquement liée à l'enfant est justifiée au regard de l'article 8 de la Convention européenne. Certains pays ne partagent pas ce point de vue¹⁰⁵⁶, et la Commission spéciale de la Convention de la Haye de 1993 sur

naissance établis à l'étranger pour les enfants nés de la GPA constituait une atteinte disproportionnée au droit à la vie privée de l'enfant qui exige que « chacun puisse établir les détails de son identité, ce qui inclut sa filiation ».

¹⁰⁵⁴ Les faits de l'espèce n'avaient pas conduit la Cour de cassation à se positionner sur le statut du deuxième parent d'intention. Elle l'a fait dans les arrêts rendus le 05 juillet 2017 en autorisant la transcription partielle à l'égard du père d'intention, et en la refusant à l'égard de la mère d'intention désignée en tant que mère dans l'acte de naissance étranger.

¹⁰⁵⁵ DELNAUD V. « AMP et GPA, état des lieux et réflexions en cours ». in Procréation assistée et filiation sous-direction de M-X. CATTO et K. MARTIN-CHENUT. Ed. Mare et Nartin. 2018. P.25.

¹⁰⁵⁶ Le projet filiation/Maternité de substitution de la Conférence de La Haye. Notes du février 2015. p. 6. note 38.

l'adoption internationale a considéré comme « inappropriée l'utilisation de la Convention dans les cas de maternité de substitution à caractère international »¹⁰⁵⁷. La CEDH dans un arrêt du 21 juillet 2016 (affaire Foulon et Bouvet, France) a conclu pour la deuxième fois à la violation du droit au respect de la vie privée des enfants concernés.

581. Depuis, en attendant des réformes législatives, les juges français se trouvent dans une situation délicate : tenus, d'une part, de respecter la prohibition absolue de la gestation pour autrui en droit français, ils doivent, d'autre part, se conformer à la jurisprudence de la CEDH leur imposant d'accorder un statut juridique aux enfants nés à l'étranger de cette pratique.

582. Sous la pression de l'augmentation de la stérilité, du développement du tourisme procréatif et, surtout, d'une condamnation de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH 26 juin 2014, *Mennesson c. France*, req. N° 65192/11)¹⁰⁵⁸, la Cour de cassation a finalement accepté de faire produire des effets à une telle convention en admettant la transcription sur les registres français de l'état civil de l'acte de naissance indiquant la paternité du père biologique de l'enfant, dès lors que rien dans l'acte ne laissait présumer qu'il fût irrégulier, falsifié ou que les faits qui y étaient déclarés ne correspondaient pas à la réalité, conformément à l'article 47 du code civil¹⁰⁵⁹.

583. Toutefois, pour la Cour de cassation, à l'époque, la réalité au sens de cet article devait s'entendre de la réalité des faits, ce qui faisait obstacle à la transcription intégrale lorsque l'acte désignait la mère ou le père d'intention comme mère juridique de l'enfant, faute pour ce « parent » d'avoir accouché. Une telle conception de la réalité au sens de l'article 47 du Code civil permettait ainsi de limiter les effets de ces conventions illicites en droit français. C'est néanmoins à partir de là que, pour reprendre les mots d'un auteur, les digues ont commencé à

¹⁰⁵⁷ Conclusions et recommandations de la Commission spéciale sur le fonctionnement pratique de la convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale. 17-25 juin 2010. §25.

¹⁰⁵⁸ FULCHIRON H., BIDAUD-GARON C. « Ne punissez pas les enfants des fautes de leurs pères : Regard prospectif sur les arrêts Labassée et Mennesson de la CEDH du 26 juin 2014. » *Recueil Dalloz* 2014 p.1773.

¹⁰⁵⁹ Cass., ass. plén., 03 juill. 2015 N°15-50.002.

céder¹⁰⁶⁰. En l'espace de quelques années, la jurisprudence de la Cour de cassation a permis puis facilité l'établissement du double lien de filiation à l'égard du couple d'intention. Pour cela, elle a évolué à la fois sur la question de l'adoption de l'enfant du conjoint, et sur celle de la transcription de l'acte de naissance.

584. D'une part, à l'occasion d'une série d'arrêts rendus le 05 juillet 2017, la Cour de cassation a posé le principe que « le recours à la gestation pour autrui à l'étranger ne fait pas, en lui-même, obstacle au prononcé de l'adoption, par l'époux du père, de l'enfant né de cette procréation, si les conditions légales de l'adoption sont réunies et si elle est conforme à l'intérêt de l'enfant »¹⁰⁶¹.

585. D'autre part, la Cour de cassation a jugé que la réalité à laquelle se réfère l'article 47 du Code civil pour autoriser la transcription de l'acte étranger ne désignait pas non plus la réalité des faits (et donc, ici, de l'accouchement de la personne désignée comme mère dans l'acte de naissance), mais l'exactitude juridique, au regard du droit étranger, des éléments inscrits dans l'acte. Dès lors, les actes de naissance qui, conformément au droit du pays dans lequel a eu lieu la gestation pour autrui, désigneraient comme père et mère juridiques les parents d'intention, pourraient donc intégralement être transcrits à l'état civil français¹⁰⁶².

D'abord présentée comme une solution exceptionnelle (les juges devant privilégier la voie de l'adoption de l'enfant du conjoint¹⁰⁶³), cette transcription intégrale fait désormais figure de quasi-principe, « afin d'unifier le traitement des situations »¹⁰⁶⁴.

586. A la suite de deux arrêts de la Cour de cassation rendus le 18 décembre 2019, la position du SCEC a changé ; une transcription totale d'acte de naissance d'enfant né de la GPA est devenu possible, sous certaines conditions : la GPA est légale dans l'Etat étranger de naissance de l'enfant, l'acte de naissance étranger est

¹⁰⁶⁰ BINET J-R. « Gestation pour autrui : les digues cèdent en France. » Dr. fam. 2020, comm. n° 39.

¹⁰⁶¹ Cass. Civ. 1re, 05 juill. 2017, N°16-16.455.

¹⁰⁶² Cass., ass. plén., 04 oct. 2019, N 10-19.053.

¹⁰⁶³ Cass., ass. plén., 04 oct. 2019, préc.

¹⁰⁶⁴ Cass. Civ. 1re, 18 déc. 2019, N° 18-11.815. Voir sur ce sujet les rapports de la conseillère Le Cotty afférents aux arrêts de la Cour de cassation Civ.1ère, 18 décembre 2019, pourvoi N°18-12.327 ; Cass.Civ.1ère, 18 décembre 2019, pourvoi N 18-11.815 ; Cass. Civ.1ère, 18 novembre 2020, pourvoi N°19-50.043.

régulier, exempt de fraude et établi conformément au droit local, et les requérants apportent la preuve du recours à la GPA.

587. Un schisme définitif entre la loi et la jurisprudence a été créé par les deux récents arrêts de la Cour de cassation du 04 novembre 2020¹⁰⁶⁵, qui ont confirmé que l'adoption plénière de l'enfant du conjoint est possible lorsque cet enfant est issu d'une gestation pour autrui, même si l'acte de naissance étranger ne contient aucune information relative à la mère biologique, dès lors que les règles du droit étranger ont été respectées¹⁰⁶⁶.

On peut donc résumer ainsi le droit positif en la matière : alors que la loi française prohibe toujours le recours à la gestation pour autrui (C. civ., art. 16-7 : « Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle »), l'acte de naissance d'un enfant issu d'une telle procréation, dès lors qu'il est régulier au regard du pays dans lequel elle a eu lieu, pourra être transcrit sans difficulté en France, y compris s'il désigne les parents d'intention comme parents juridiques de l'enfant, en particulier si l'adoption de l'enfant par le parent non-biologique n'est pas possible (par exemple lorsque le couple d'intention n'est pas marié). Par ailleurs, si c'est la voie de l'adoption de l'enfant du conjoint qui est choisie, celle-ci sera prononcée si les conditions en sont réunies et, notamment, si tel est l'intérêt de l'enfant conformément à l'article 353, alinéa 1, du Code civil. C'est précisément sur ce point qu'interviennent les arrêts sous examen, lesquels s'inscrivent ainsi dans cette évolution plus globale qu'ils parachèvent.

¹⁰⁶⁵ Pourvois N 19-15.739 et 19-50.042. Dans ces deux affaires, un Français s'est rendu dans un Etat autorisant la gestation pour autrui (au Mexique dans l'une des affaires, et en Inde pour l'autre) dans le but d'avoir recours à la gestation pour autrui. Le père biologique établit son lien de filiation à l'égard de l'enfant né, puis fait transcrire l'acte de naissance étranger sur les registres de l'état civil français. Les actes de naissance étrangers ne mentionnent aucune filiation maternelle. Par la suite, l'époux du père biologique demande à adopter plénièrement l'enfant de son conjoint.

Dans ces affaires, la haute juridiction décide que « le droit français n'interdit pas le prononcé de l'adoption, par l'époux du père, de l'enfant né à l'étranger d'une gestation pour autrui, lorsque le droit étranger autorise la convention de gestation pour autrui et que l'acte de naissance de l'enfant, qui ne fait mention que d'un parent, a été dressé conformément à la législation étrangère, en l'absence de tout élément de fraude ».

¹⁰⁶⁶ Il est important à ce stade de prendre en compte les règles d'établissement de la filiation. Si dans certains Etats (les Etats-Unis) l'enfant bénéficie de la nationalité du pays de naissance (le droit du sol), dans les Etats de l'ex-URSS seul le droit du sang s'applique. Si le lien de filiation n'est pas établi envers la gestatrice, l'enfant ne possède pas la nationalité du pays de naissance.

588. Certains pays exigent une décision judiciaire, comme en Allemagne. En Allemagne, la maternité de substitution en soi n'est pas explicitement interdite ou punissable. Toutefois, la loi prévoit une sanction à l'encontre de la personne qui tenterait d'accomplir une insémination artificielle ou le transfert d'embryon à une femme consentant à abandonner l'enfant après sa naissance. Bien que tous accords portant sur la gestation pour autrui soient nuls et puissent être sanctionnés pénalement, les parents d'intention peuvent adopter l'enfant si la gestatrice exprime son accord en ce sens¹⁰⁶⁷. Ainsi, le législateur conditionne le fait de l'existence d'une convention de la gestation pour autrui : c'est aux magistrats de décider, au cas par cas, la possibilité d'adoption par les parents d'intention de l'enfant né de cette technique¹⁰⁶⁸. Et nous avons pu constater en analysant la jurisprudence ukrainienne que nombreux sont les arrêts relatifs aux demandes des parents d'intention d'établir leur filiation judiciairement, bien qu'en vertu de la loi ukrainienne la filiation s'établisse directement devant l'officier d'état civil sur la base du contrat de gestation pour autrui.

589. Sur le plan international, la problématique majeure est l'établissement ou la reconnaissance du lien de filiation des enfants nés de la gestation pour autrui transfrontalière. Dans la majorité des cas, les législateurs des Etats étudiés autorisent l'établissement d'un lien de filiation des enfants nés de gestation pour autrui, de la procréation médicalement assistée sans lien génétique avec aucun des deux parents d'intention, mais aussi tolèrent la procréation post mortem. Ce libéralisme attire sans surprise un certain nombre de couples étrangers ou des femmes seules qui matérialisent leur projet en Russie, en Ukraine, au Kazakhstan ou dans un autre Etat post-soviétique. En outre, la différence de législations, de mœurs et de niveau de vie crée un « circuit de médecine reproductive » au sein de cet espace post-soviétique.

590. Mais quand un couple ou une personne seule décide de se rendre à l'étranger pour réaliser son projet parental, divers problèmes risquent de survenir en cas de procréation médicalement assistée internationale (surtout lors des recours à la gestation pour autrui). Tout d'abord, les obstacles pour le transport de l'enfant vers le

¹⁰⁶⁷ Comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States, 2013. Pp. 267-276. <http://www.europarl.europa.eu/studies>

¹⁰⁶⁸ K. PARIZER-KRIEF « Etude comparative du droit de l'AMP. » 2016. P.363.

pays d'origine des parents d'intention faute de documents de voyage. Dans aucun des Etats étudiés, l'enfant né de parents étrangers n'obtient la nationalité du pays où il est né¹⁰⁶⁹, bien qu'il soit né d'une mère porteuse ayant la nationalité de ce pays¹⁰⁷⁰.

591. Les nouvelles difficultés imprévues liées à la COVID. Certaines difficultés de circulation peuvent survenir en cas de force majeure, comme ce fut le cas lors de la pandémie de 2020¹⁰⁷¹. Si certains parents d'intention parviennent, en raison d'un motif impérieux, à obtenir un visa pour rejoindre leur enfant, nombreux sont ceux qui se trouvent dans l'impossibilité de se rendre dans le pays de naissance de l'enfant¹⁰⁷². Le printemps 2020 a été riche en scandales autour de la maternité de substitution. De nombreux nouveaux-nés sont demeurés bloqués en Ukraine, en Russie, en raison de la fermeture des frontières et suite à la pandémie de Covid-19. L'impossibilité pour les parents d'intention de venir chercher l'enfant né et d'établir un lien de filiation à son égard place ce dernier dans une situation de précarité juridique : il est abandonné par la gestatrice à la naissance et aucun lien de filiation ne peut être établi à son égard « par procuration ». Certains se retrouvent gardés par les gestatrices, d'autres sont placés dans des orphelinats¹⁰⁷³.

¹⁰⁶⁹ La Russie, l'Ukraine, la Biélorussie, le Kazakhstan sont des Etats du droit de sang en matière de nationalité « à la naissance ». Il existe cependant quelques exceptions.

¹⁰⁷⁰ Les parents d'intention sont les parents légaux de l'enfant.

¹⁰⁷¹ M. CHODOWNIK Lack of regulation and COVID-19 leaves Ukrainian surrogate mothers and babies in limbo. December 24, 2020 <https://neweasterneurope.eu/2020/12/24/lack-of-regulation-and-covid-19-leaves-ukrainian-surrogate-mothers-and-babies/>; Andrew Roth Up to 1,000 babies born to surrogate mothers stranded in Russia-in-limbo. in The Guardian. Wed 29 Jul 2020. <https://www.theguardian.com/lifeandstyle/2020/jul/29/up-to-1000-babies-born-to-surrogate-mothers-stranded-in-russia>; S.KALE Surrogates left holding the baby as coronavirus rules strand parents Thu 14 May 2020 <https://www.theguardian.com/lifeandstyle/2020/may/14/surrogates-baby-coronavirus-lockdown-parents-surrogacy>

¹⁰⁷² A. DUCLOS. « Coronavirus. Ayant recours à la GPA, ils ne peuvent se rendre auprès de leur enfant » in Ouest France. 10/04/2020.

¹⁰⁷³ Plusieurs articles de presse russes mentionnent des situations dans lesquels les enfants nés dans le cadre de la GPA ont été placés dans les orphelinats. Voir notamment :

M. LAVRINENKO, A. JOUKOVA « La pièce à conviction d'un an et demi : en raison de l'affaire criminelle en cours, l'enfant né de la GPA a été placé en orphelinat au lieu de rejoindre sa famille chinoise. » In Komsomolskaïa Pravda 17.03.2021. ; « Le Tribunal de la République de Komi a refusé à un Autrichien l'établissement de sa filiation vis-à-vis de deux enfants nés de la GPA. » 26.10.2021 in TASS.ru// M. ЛАВРИНЕНКО, А. ЖУКОВА Полугодовой «вещдок»: сурrogатного малыша отправили в детдом вместо семьи из Китая из-за уголовного дела о «торговле детьми. 17 марта 2021 <https://www.krsk.kp.ru/daily/27253/4383002/>

En Ukraine, le vice-ministre de l'Intérieur Anton Herashchenko a déclaré que « l'Ukraine ne doit pas être une plate-forme semi-légale pour le trafic d'enfants »¹⁰⁷⁴. La gestation pour autrui n'est pas expressément interdite par la loi, et donc tout se passe dans le cadre d'un contrat de droit civil, dont l'exécution est contrôlée par les parties elles-mêmes. Même une certification notariale d'un tel contrat n'est pas requise. Cependant, la vente d'un nouveau-né est un délit en soi au sens de l'article 149 du code pénal qui réprime « la traite des êtres humains ». Auparavant, en 2018, le bureau du procureur général avait souligné que l'Ukraine devait résoudre le problème de la maternité de substitution au niveau législatif, car la gestation pour autrui favorisait une exploitation des femmes issues de familles pauvres, et cela avait pris de l'ampleur dans le pays.

Un nouveau scandale a éclaté lorsqu'une vidéo avec plus de quarante-six enfants attendant leurs parents dans un hôtel de Kiev a été postée sur Internet¹⁰⁷⁵. Il s'agissait d'enfants nés de mères porteuses ukrainiennes au Centre de reproduction humaine BioTexCom¹⁰⁷⁶ de Kiev (une des plus grandes cliniques de maternité de substitution en Ukraine) pour des parents d'intention étrangers. Du fait de la fermeture des frontières, les nouveaux-nés étaient bloqués dans l'hôtel parce que leurs parents biologiques n'avaient pas pu les récupérer en mars 2020.

Суд в Коми отказал австрийцу в установлении отцовства на двух детей от суррогатной матери 26.10.2021. <https://tass.ru/obsch>.

¹⁰⁷⁴ <https://www.rbc.ua/ukr/news/mvd-prosit-radu-prinyat-zakon-o-surrogatnom-1587997228.html> Il n'existe pas de statistiques officielles, mais on estime que plusieurs milliers d'enfants naissent chaque année en Ukraine grâce à des mères porteuses. 80 % de ces bébés sont destinés à des couples étrangers.

¹⁰⁷⁵ <https://www.theguardian.com/world/2020/jun/15/the-stranded-babies-of-kyiv-and-the-women-who-give-birth-for-money>

¹⁰⁷⁶ L'agence BioTexCom s'impose aussi sur le "marché français" « grâce à un site rédigé dans un français parfait. En février 2017, elle a même ouvert un bureau dans le centre de Bruxelles pour les accueillir. Tous les deux mois, Katya Petrovskaya, en charge de la clientèle francophone, fait le voyage depuis Kiev pour ces consultations. Elle explique que le nombre de Français augmente depuis cet été, c'est d'ailleurs écrit en gros sur leur site. "En 2017, nous avons compté 200 couples de Français à différents stades du programme", assure-t-elle. Connue pour n'imposer aucune limite d'âge aux parents, la clinique possède un siège social exotique, aux Seychelles, un joli paradis fiscal. Business is business. » Voir « La gestation pour autrui côté business » de Dominique Perrin publié le 29 décembre 2017 In Le Monde.

Suite à cet événement, la Défenseure des droits a demandé que la maternité de substitution ne soit possible que pour les femmes ukrainiennes au niveau législatif, et l'a qualifiée de « traite des êtres humains »¹⁰⁷⁷.

592. En Russie, la fermeture des frontières en raison de la COVID-19 a également eu un impact sur la situation des enfants nés de la gestation pour autrui. Selon The Guardian¹⁰⁷⁸, mille nouveaux-nés n'auraient pu rejoindre leurs parents. Certains, nés au mois de février, étaient pris en charge principalement par des aides-soignantes engagées dans des appartements loués à Moscou, Saint-Petersbourg et d'autres villes russes. Certaines mères porteuses étaient aussi invitées à s'occuper des nouveaux-nés durant une période supplémentaire non prévue initialement : généralement le nouveau-né est remis aux parents d'intention durant les premiers jours qui suivent la naissance. Selon I. Kirkora, adjoint du chef du Comité des droits de l'homme, depuis février 2020, plus de 180 familles originaires de Chine ainsi que des citoyens de Singapour, de France, d'Argentine, d'Australie et des Philippines ont eu des enfants nés de la gestation pour autrui en Russie¹⁰⁷⁹.

593. Nouvelles déclarations des députés. Après que l'affaire eut trouvé un large écho, des députés se sont exprimés publiquement. La vice-présidente de la Douma d'Etat, I. Yarovaya, a suggéré d'interdire le service de maternité de substitution aux étrangers : « Souvent, ce ne sont pas des gestatrices qui coopèrent avec les étrangers, mais des sociétés intermédiaires, ce qui est considéré comme un trafic d'enfants. » Une autre opinion a été émise par V. Krugly, membre du Comité du Conseil de la Fédération : « Au lieu d'interdire aux étrangers d'avoir recours à la gestation pour autrui en Russie, nous devrions réglementer en détail cette question

¹⁰⁷⁷ SERGIENKO U. « Kuleba s'oppose à la GPA » in Obozrevatel. 14 mai 2020. « Nous ne savons pas combien d'enfants d'Ukraine sont « livrés » à l'étranger : le défenseur des droits de l'enfant sur la GPA » in Pravda. 15 mai 2020 <https://www.pravda.com.ua/rus/news/2020/05/15/7251749/> ; <https://news.obozrevatel.com/society/kuleba-vyistupil-protiv-kommercheskogo-surrogatnogo-materinstva.htm>.

¹⁰⁷⁸<https://www.theguardian.com/lifeandstyle/2020/jul/29/up-to-1000-babies-born-to-surrogate-mothers-stranded-in-russia>

¹⁰⁷⁹ <https://www.kommersant.ru/doc/4434730>

dans la législation [...] Les affaires pénales surviennent parce qu'il y a un vide juridique. »¹⁰⁸⁰

594. Comme nous l'avons déjà souligné auparavant, une initiative législative a été prise il y a trois ans, pour interdire cette méthode d'accouchement en général - mais elle a échoué en première lecture. En 2020, suite aux affaires très médiatisées du trafic d'enfants nés de la GPA, un projet de loi visant à interdire la GPA aux étrangers a été déposé. Bien qu'il y ait une prise de conscience de la société des dérives existant dans ce domaine, il est peu probable que cette prohibition soit décidée par le législateur russe - la volonté de l'Etat ayant un moindre poids que le lobbying des cliniques.

Les principes supranationaux comme l'intérêt supérieur de l'enfant et le droit au respect de la vie privée défendus par la CEDH ont un impact sur l'évolution des droits nationaux dans le domaine de la procréation médicalement assistée/GPA.

SECTION II. La CEDH : un équilibre entre l'intérêt de l'enfant et le libre choix des Etats de légiférer sur la gestation pour autrui

595. La protection de la vie privée et familiale par la CEDH. Au travers de sa jurisprudence, la CEDH reconnaît aux Etats parties une large marge d'appréciation dans le domaine de la PMA¹⁰⁸¹, tant en ce qui concerne la décision de légiférer ou non dans ce domaine, que dans le choix des techniques acceptées¹⁰⁸². Cependant, si un Etat décide de l'autoriser, il doit se doter d'un régime juridique cohérent permettant

1080 « L'accès des étrangers à la GPA en Russie peut être prohibé » in Parlamentskaya gazeta. <https://www.pnp.ru/politics/inostrancam-mogut-zapretit-polzovatsya-v-rossii-uslugami-surrogatnogo-materinstva.html>

¹⁰⁸¹ Cependant, la marge d'appréciation laissée aux autorités nationales varie selon la nature des questions en litige et la gravité de intérêts en jeu (CEDH du 12 juillet 2001. K et T c. Finlande. req. 25702/94. §155.) En outre, elle change selon les circonstances, les domaines et le contexte (CEDH du 26 juin 2014. Mennesson c. France Req.65192/11 §77 ; CEDH du 26 juin 2014. Labassée c. France . Req.N65941/11 §56 ; CEDH du 28 juin 2007. Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg. Req. N 76240/01 §128).

¹⁰⁸² CEDH S.H. et autres c. Autriche. 1^{er} avril 2010. req.57813/00 §74. ; CEDH S.H. et autres c.Autriche. 03 novembre 2011. req.57813/00. §106.

une prise en compte suffisante des divers intérêts légitimes en jeu, et respecter les obligations découlant de la CEDH. La Cour laisse également une grande liberté aux Etats concernant les règles qu'ils entendent choisir pour créer un équilibre entre les intérêts publics et privés en conflit. Ces dernières décennies, les gouvernements et les tribunaux du monde entier ont été confrontés à la difficile question de savoir s'il fallait reconnaître un acte d'état civil ou un jugement légalement obtenu d'un autre Etat, mais qui est contraire à leurs propres lois. Souvent, sans pouvoir obtenir satisfaction au niveau national, les parents d'intention saisissent la Cour européenne des droits de l'homme¹⁰⁸³ (ci-après CEDH). Les affaires concernant la gestation pour autrui soulèvent des questions essentiellement sous l'angle de l'article 8 (droit au respect de la vie privée et familiale) de la Convention européenne des droits de l'homme¹⁰⁸⁴. Pour déterminer si l'ingérence des autorités étatiques dans la vie privée et familiale des requérants était nécessaire, et si un juste équilibre a été ménagé entre les différents intérêts en présence, la Cour européenne des droits de l'homme recherche si cette ingérence était prévue par la loi, si elle poursuivait un/des but(s) légitime(s), et si elle était proportionnée à ces buts.

La Cour européenne des droits de l'homme a déjà eu plusieurs occasions de se prononcer sur des naissances d'enfants dans le cadre d'une GPA aux Etats-Unis, en Russie, en Ukraine, en Inde¹⁰⁸⁵. Il est donc judicieux d'analyser les récentes décisions de la CEDH et leur impact potentiel sur les approches nationales.

¹⁰⁸³ Parmi les Etats étudiés, la France, la Russie et l'Ukraine siègent à la CEDH.

¹⁰⁸⁴ Cet article qui dispose : « 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. »

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui».

¹⁰⁸⁵ Cette jurisprudence ainsi que l'état de la situation actuelle au niveau national dans divers Etats permet de relever trois éléments. Premièrement, l'absence de reconnaissance de liens de filiations à la suite du recours à la GPA soulève de nombreuses difficultés du point de vue de la protection des droits fondamentaux. Deuxièmement, la CEDH a jugé qu'au stade de la reconnaissance des liens de filiation, le recours à l'exception de l'ordre public ne peut se justifier que s'il ne contrevient pas aux garanties déclarées par la Convention européenne des droits de l'homme, ainsi qu'au principe essentiel selon lequel, chaque fois que la situation d'un enfant est en cause, l'intérêt supérieur de celui-ci doit primer. Troisièmement, de nombreuses questions restent toujours actuellement sans réponse. // « Les enjeux juridico-législatifs actuels de la pratique de la GPA et ses conséquences sur la filiation. » In La gestation pour autrui. Approches juridiques internationales. V. BOILLET, M. ROCA, E. de LUZE (dir). Anthemis. 2018. P.10.

596. Il faut toutefois garder à l'esprit que les Etats ne réagissent pas de la même manière aux arrêts de la CEDH. La Russie, au titre d'exemple, n'attache d'intérêt qu'aux arrêts la condamnant.

597. Prévalence de l'intérêt supérieur de l'enfant. Les arrêts rendus par la CEDH dans les affaires concernant la gestation pour autrui se fondent sur le droit au respect de la vie privée (article 8 de la Convention EDH) combiné au principe de l'intérêt supérieur de l'enfant (article 3 de la CIDE¹⁰⁸⁶). En droit international privé, l'intérêt de l'enfant prend un caractère normatif aboutissant à l'application des solutions qui répondent au mieux à cet intérêt. En ratifiant la CIDE, les Etats se sont engagés à respecter les droits énoncés par elle et à les garantir à tout enfant relevant de sa juridiction, sans aucune distinction, indépendamment de toute considération, notamment de sa naissance¹⁰⁸⁷. Ainsi, les Etats doivent prendre toutes mesures appropriées pour assurer une protection effective contre toutes les formes de discriminations ou de sanctions motivées par la situation juridique, les activités, les opinions de ses parents. Les Etats ne peuvent pas enfreindre les droits de l'enfant en raison du comportement de ses parents. Il n'est pas possible de lui reprocher les circonstances de sa naissance, qui ne lui sont pas imputables¹⁰⁸⁸. Au niveau national, il est essentiel de prendre en considération l'intérêt supérieur de l'enfant au moment où il s'agit de reconnaître une décision étrangère établissant la filiation, ou de reconstruire la filiation¹⁰⁸⁹. En cas de recours à la GPA, l'intérêt de l'enfant doit être évalué par l'Etat d'accueil de l'enfant, qui doit veiller à ce que ses parents (d'intention) avec lesquels il vit soient reconnus comme ses parents juridiques. Et cela, quelles que soient les circonstances de sa naissance.

598. « Un aspect essentiel de l'identité est en jeu dès lors que l'on touche à la filiation ».¹⁰⁹⁰ La CEDH assure la protection du droit de l'enfant à bénéficier d'une protection juridique rendant possible dès sa naissance son intégration dans la famille.

¹⁰⁸⁶ La norme, directement applicable, affirme l'intérêt supérieur de l'enfant, et fait obligation aux Etats d'en faire une considération primordiale dans toute décision le concernant.

¹⁰⁸⁷ Article 2 al.1 de la CIDE du 20 novembre 1989.

¹⁰⁸⁸ CEDH Mazurek c.France. 1^{er} février 2000. N° 34406/97 §54.

¹⁰⁸⁹ 1 STEGLEMULLER T. « PMA transfrontalière et filiation de l'enfant en Suisse. » 2021. P.136.

¹⁰⁹⁰ §80 arrêt CEDH du 26 mai 2014 N 65941/11.

« Divers moyens s'offrent en la matière au choix de l'Etat mais une législation ne répondant pas à cet impératif enfreint le paragraphe 1 de l'article 8 »¹⁰⁹¹.

599. « La Cour met à la charge des Etats l'obligation positive de faciliter à l'enfant la connaissance de sa famille biologique. Mais même s'il revêt une importance particulière¹⁰⁹², ce droit peut se heurter à d'autres intérêts ou d'autres droits que les Etats doivent prendre en considération. »¹⁰⁹³ Bien que la question des origines et de l'établissement de la filiation soient étroitement liées, la Cour les distingue¹⁰⁹⁴ car les droits et les intérêts en cause ne sont pas nécessairement les mêmes. Nous ne traiterons que la question de la filiation stricto sensu, c'est-à-dire le lien juridique reliant l'enfant à ses père et mère. « La Cour ne fait pas prédominer un élément composant la filiation sur un autre. La CEDH contrôle au regard des droits et libertés garantis par la Convention et ses protocoles si un juste équilibre a été réalisé entre les droits et intérêts en jeu. »¹⁰⁹⁵ « La réalité biologique ne suffit pas à elle seule pour remettre en cause les règles nationales qui encadrent la filiation ou les décisions prises par application de ces règles. » Et à l'inverse, seule, elle ne suffit pas pour permettre l'établissement d'un lien de filiation. D'autres éléments de droit et de fait doivent être pris en compte et appréciés au regard des droits et intérêts en cause.

« La Cour se donne seulement pour mission de vérifier si dans la construction de leur droit et/ou dans la mise en œuvre, les Etats ont respecté un juste équilibre entre les droits et intérêts en jeu car ce sont ces droits et intérêts dont la Cour a la charge. »¹⁰⁹⁶

Les arrêts de la CEDH rendus dans les affaires relatives à la gestation pour autrui se fondent sur le droit au respect de la vie privée combiné au principe de l'intérêt supérieur de l'enfant¹⁰⁹⁷. L'objectif de la Cour est que la filiation de l'enfant

¹⁰⁹¹ CEDH arrêt Marckx du 13 juin 1979.

¹⁰⁹² Voir à ce titre arrêt Jaggi.

¹⁰⁹³ FULCHIRON H. « Les différents fondements de la filiation dans la jurisprudence de la CEDH. » In Les fondements de la filiation. Sous-direction d'A. Dionisi-peyrusse et L. Maiger-Vielpeau. Institut Universitaire Varenne. 2017. p 149

¹⁰⁹⁴ Voir notamment l'arrêt Odivère.

¹⁰⁹⁵ FULCHIRON H., op. cit. p. 149

¹⁰⁹⁶ FULCHIRON H., op. cit. p. 149.

¹⁰⁹⁷ Article 8 de la Convention des droits de l'homme et article 3 de la Convention internationale des droits de l'enfant.

soit reconnue ou établie dès lors qu'il existe un lien biologique entre l'enfant et le parent d'intention. Cependant, le principe de proportionnalité exclut toute reconnaissance automatique des liens. L'application de l'article 8 de la CEDH dépend donc des circonstances de chaque espèce et de la mise en balance des intérêts concurrents¹⁰⁹⁸.

600. Divers mécanismes ont été mis en place par les Etats pour freiner le recours au tourisme procréatif en contournement des prohibitions des législations européennes. D'importantes questions relatives à la manière d'équilibrer les droits des parents d'intention et des enfants nés de la gestation pour autrui, avec les intérêts de l'État, ont été soulevées. A ce jour, plusieurs affaires ont été jugées devant la Cour européenne des droits de l'homme. Elles montrent à quel point les situations dans lesquelles se retrouvent les autorités publiques des Etats sont délicates face aux enfants nés de la gestation pour autrui, et donneront des idées sur les éventuelles modifications des droits des Etats européens à opérer dans ce domaine. Ces affaires jugées par la CEDH ont été appréhendées par trois mécanismes différents ayant tous pour objectif de restreindre le recours à la gestation pour autrui transfrontalière. En premier lieu, il s'agit des restrictions de voyage ; en second lieu, de la non-reconnaissance de la parentalité ; et en troisième lieu, du placement des enfants nés sous la tutelle de l'Etat¹⁰⁹⁹.

601. Les restrictions relatives à la circulation des personnes. La première difficulté à laquelle les parents d'intention sont confrontés concerne un éventuel problème d'obtention des documents de voyage pour l'enfant né de la gestation pour autrui afin qu'il puisse retourner avec ses parents dans son pays d'origine. La difficulté se pose ici lorsque le pays de naissance de l'enfant attribue la qualité de parent selon des règles différentes du droit interne des parents d'intention, laissant souvent l'enfant apatride, et en le privant de la possibilité de quitter le pays où il est

¹⁰⁹⁸ « Procréation assistée et filiation » sous-direction de M-X. CATTO et K. MARTIN-CHENUT. Ed. Mare et Martin. 2018. P.53.

¹⁰⁹⁹ FENTON-GLYNN C., "International surrogacy before the European Court of Human Rights" in *Journal of Private International Law*, 2017 Vol. 13, No. 3, 546–567.

né. Cette question a été portée pour la première fois devant la CEDH dans l’Affaire D contre Belgique¹¹⁰⁰.

602. Affaire D contre Belgique : « En procédant à des vérifications avant d’autoriser l’entrée en Belgique d’un enfant né d’une mère porteuse en Ukraine, les autorités belges n’ont pas enfreint la Convention. » Cette affaire concernait un couple belge qui s’était rendu en Ukraine pour conclure un accord de maternité de substitution à titre onéreux. À la naissance de l’enfant, les parents d’intention ont demandé aux autorités belges un passeport pour l’enfant. Mais leur demande a été refusée pour défaut de preuves sur l’existence du lien génétique entre au moins l’un des membres du couple et l’enfant. Ce refus, et les procédures ultérieures devant les tribunaux jusqu’à la production définitive des documents nécessaires (et la preuve irréfutable du lien génétique), ont excédé la période de trois mois au-delà de laquelle le couple ne pouvait demeurer en Ukraine ; les parents ont de ce fait été contraints de rentrer en Belgique sans l’enfant, qui fut laissé à la garde d’une nourrice. « Le refus, opposé jusqu’à ce que les requérants fournissent suffisamment d’éléments permettant d’établir l’apparence d’une filiation avec l’enfant, a engendré une séparation effective entre l’enfant et les requérants et a constitué une ingérence dans leur droit au respect de leur vie familiale. Néanmoins, selon la Cour, la Belgique a agi dans les limites de la marge d’appréciation dont elle bénéficiait en la matière. La Cour estime également que rien ne permet de conclure que l’enfant a, pendant la période de séparation effective avec les requérants, subi un traitement contraire à l’article 3 (interdiction des traitements inhumains ou dégradants) de la Convention européenne des droits de l’homme.

Compte tenu des faits nouveaux survenus depuis l’introduction de la requête, à savoir la délivrance d’un laissez-passer à l’enfant et son arrivée sur le territoire belge où il réside avec les requérants depuis lors, la Cour considère que cette partie du litige est résolue et raye du rôle le grief tiré du refus des autorités belges de délivrer un document de voyage pour l’enfant. »

La Cour ne s’est pas prononcée sur la compatibilité du refus initial de délivrer un document de voyage pour l’enfant avec la Convention européenne des droits de

¹¹⁰⁰ Appl. N° 29176/13 Decision of 11 September 2014 <https://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-4865490-5943668>

l'homme (CEDH), car cette affaire avait été résolue au moment où l'affaire est arrivée à Strasbourg.

603. Elle n'a pas non plus examiné la question de la reconnaissance de l'acte de naissance ukrainien en Belgique, étant donné que cette affaire était encore pendante devant les tribunaux nationaux à l'époque de la décision. Toutefois, la Cour a examiné la plainte concernant la séparation des parents et de l'enfant dans l'attente de ce document, ce qui, selon les requérants, a violé leur droit au respect de la vie privée et familiale en vertu de l'article 8. La Cour a admis que le refus des autorités belges de délivrer à l'enfant des documents de voyage, ce qui a provoqué la séparation, a été motivé par la nécessité de vérifier si les lois belges et ukrainiennes avaient été respectées, et a estimé qu'une telle ingérence était justifiée par l'objectif légitime de la prévention de la criminalité, et en particulier par la nécessité de prévenir la traite des êtres humains.

604. En rejetant le recours comme manifestement non fondé, la Cour a estimé que la Convention n'oblige pas les Etats parties à autoriser l'entrée sur leur territoire d'enfants nés par le biais d'une maternité de substitution sans avoir procédé aux vérifications juridiques nécessaires¹¹⁰¹. La Cour a décidé que les autorités nationales sont autorisées à mettre en place des contrôles juridiques et exiger des preuves d'existence d'un lien génétique entre l'enfant et les parties, et que la séparation de l'enfant avec ses parents qui en résulte (pour la période des vérifications) n'est pas contraire à l'article 8.

605. Bien qu'intéressante, cette affaire a finalement soulevé plus de questions qu'elle n'a apporté de réponses. En particulier, la Cour a estimé que les contrôles juridiques poursuivaient un but légitime : entre autres s'assurer que les lois belges et ukrainiennes avaient été respectées. Car la Belgique n'encadre pas explicitement les accords de maternité de substitution, la seule exigence était de prouver un lien génétique, et il était clair que l'autorisation d'entrer serait finalement accordée, même si cela prendrait du temps. Mais cette décision de la Cour ne permet pas d'avoir une réponse pour les cas où les juridictions nationales (Etats d'accueil de la situation) interdisent explicitement la maternité de substitution (par exemple, la France). Est-ce qu'un Etat peut empêcher de façon permanente l'entrée sur son

¹¹⁰¹ Paragraphe 59 de la décision.

territoire de l'enfant né d'une maternité de substitution ? La décision « D contre Belgique » ne contient pas suffisamment d'analyses pour permettre de tirer une conclusion à ce sujet. Toutefois, étant donné que la Cour se concentre sur l'intérêt supérieur de l'enfant, il semble peu probable que de telles mesures soient conformes à la Convention. Si un lien génétique entre les parents commanditaires et l'enfant existe, et si les parents ne peuvent pas rester avec l'enfant dans son pays de naissance en raison de lois d'immigration restrictives, l'on serait en présence d'une violation manifeste du droit au respect de la famille du fait du refus du regroupement familial. L'interdiction de la gestation pour autrui d'ordre public ne pouvait pas prévaloir sur les conséquences néfastes pour l'enfant d'une telle décision : à savoir, le placement de l'enfant dans un orphelinat (ou autre structure de protection d'enfance) dans le pays de sa naissance. Donc, les restrictions de délivrance des documents de voyage peuvent être légitimes si elles ont pour but de mettre en place un filtre, permettant aux seuls enfants ayant un lien génétique avec les parents d'intention de rentrer sur le territoire national.

606. Régulation par la non-reconnaissance des liens parentaux ou obligation conditionnelle de reconnaissance de la filiation. « Sur le fondement de l'article 8 de la Convention, la Cour européenne se trouve ainsi confrontée à la question de savoir si les Etats membres ont une obligation de reconnaître les liens juridiques légalement établis à l'étranger. Autrement dit, le droit à la reconnaissance du jugement étranger peut-il se fonder sur un droit substantiel reconnu par la Convention, tel le droit au respect de la vie privée et familiale ? »¹¹⁰²

607. Le deuxième mécanisme de régulation des accords internationaux de maternité de substitution est le refus de l'Etat d'accueil de la situation juridique de reconnaître les liens parentaux entre l'enfant et les parents d'intention. Ce moyen « de défense » est souvent choisi par les Etats qui prohibent expressément cette technique de procréation. Notamment, la France.

608. En juillet 2014, dans l'affaire *Mennesson c. France*¹¹⁰³ et *Labassée*¹¹⁰⁴ c. France, la Cour européenne des droits de l'homme a dû se prononcer sur l'équilibre

¹¹⁰² PRASONG O. Thèse. « La protection des droits de l'enfant par la CEDH. » 2016...P 426

¹¹⁰³ Dans cette affaire, la GPA a été pratiquée aux Etats-Unis. [https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#%22itemid%22:\[%22003-4804614-5854905%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#%22itemid%22:[%22003-4804614-5854905%22])

609. « Dans les deux affaires, la Cour a conclu à la non-violation de l'article 8 (droit au respect de la vie privée et familiale) de la Convention s'agissant du droit des requérants au respect de leur vie familiale¹¹⁰⁶. Elle a, par ailleurs, conclu à la violation de l'article 8 s'agissant du droit des enfants au respect de leur vie privée. La Cour a constaté en particulier que, sans ignorer que les enfants dans les deux affaires avaient été identifiés à l'étranger comme étant ceux des époux Mennesson ou Labassée, la France leur avait néanmoins nié cette qualité dans son ordre juridique. »¹¹⁰⁷

En se prononçant sur ces situations, la Cour a réitéré que les États doivent non seulement trouver un équilibre entre les intérêts de l'Etat et ceux des demandeurs, mais que, ce faisant, il doivent, avant tout, faire prévaloir l'intérêt supérieur de l'enfant ¹¹⁰⁸. Pour ces raisons, la Cour a estimé que la France avait dépassé sa marge

¹¹⁰⁵ Voir aussi sur cette question, les arrêts Foulon et Bouvet c. France, du 21 juillet 2016 et Laborie c. France, du 19 janvier 2017.

1107 <https://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-4804614-5854905> et [https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{%22itemid%22:\[%22003-4804614-5854905%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{%22itemid%22:[%22003-4804614-5854905%22]})

- 400 -

qu'il n'avait aucun lien biologique avec l'enfant¹¹¹². Les requérants se plaignaient en particulier de l'éloignement de l'enfant, ajouté au refus de reconnaître, par la transcription de son certificat de naissance dans les registres de l'état civil italien, la filiation établie à l'étranger.

613. La Grande Chambre a jugé, par onze voix contre six, qu'il n'y avait pas eu violation de l'article 8 (droit au respect de la vie privée et familiale) de la Convention dans cette affaire. Compte tenu de l'absence de tout lien biologique entre l'enfant et les requérants, la courte durée de la relation avec l'enfant, et la précarité juridique des liens entre eux, et malgré l'existence d'un projet parental et la qualité des liens affectifs, la Grande Chambre a conclu à l'absence de vie familiale entre les requérants et l'enfant. Elle a cependant considéré que les mesures litigieuses relevaient de la vie privée des requérants. La Cour a, par ailleurs, considéré que les mesures litigieuses avaient pour but légitime la défense de l'ordre et la protection des droits et libertés d'autrui. Sur ce dernier point, elle a jugé légitime la volonté des autorités italiennes de réaffirmer la compétence exclusive de l'Etat pour reconnaître un lien de filiation - uniquement en cas de lien biologique ou d'adoption régulière - dans le but de protéger les enfants.

614. La Grande Chambre a également admis que les juridictions italiennes, ayant notamment conclu que l'enfant ne subirait pas un préjudice grave ou irréparable en conséquence de la séparation, avaient ménagé un juste équilibre entre les différents intérêts en jeu, tout en demeurant dans les limites de la marge d'appréciation dont elles disposaient. »¹¹¹³

615. C et E c. France (NN 1462/18 et 17348/18), 19 novembre 2019 (décision de comité sur la recevabilité). « Cette affaire¹¹¹⁴ concernait le refus des autorités françaises de transcrire sur les registres de l'état civil français l'intégralité des actes de naissance d'enfants nés au Ghana et aux Etats-Unis, par gestation pour

¹¹¹² Il n'est pas rare qu'à la suite d'un test ADN il soit découvert, souvent à la grande surprise des parents d'intention, que ces derniers n'ont aucun lien génétique avec l'enfant. Cette situation découle généralement d'une erreur de l'établissement médical. Cependant, il arrive que cette « erreur » soit commise volontairement par la clinique.

¹¹¹³ https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Surrogacy_FRA.pdf

¹¹¹⁴ Dans cette affaire, deux requêtes ont été jointes : réq. 1462/18 et réq. 17348/18.

autrui, des gamètes du père d'intention et d'une tierce donneuse, pour autant qu'ils désignaient la mère d'intention comme étant leur mère.

616. La Cour a déclaré les deux requêtes irrecevables, pour défaut manifeste de fondement. Elle a estimé en particulier que le refus des autorités françaises n'avait pas été disproportionné, car le droit interne offre une possibilité de reconnaissance du lien de filiation entre les enfants requérants et leur mère d'intention par la voie de l'adoption de l'enfant du conjoint. La Cour a également observé que la durée moyenne d'obtention d'une décision n'est que de 4,1 mois en cas d'adoption plénière et de 4,7 mois en cas d'adoption simple. »

617. D c. France (N° 11288/18), 16 juillet 2020¹¹¹⁵. « Cette affaire concernait le rejet de la demande tendant à la transcription sur les registres de l'état civil français de l'acte de naissance d'un enfant né en Ukraine d'une gestation pour autrui pour autant qu'il désignait la mère d'intention comme étant sa mère, celle-ci étant sa mère génétique. L'enfant, troisième requérante dans cette affaire, était née en Ukraine, en 2012. Son acte de naissance, établi à Kiev, indiquait que la première requérante était sa mère et le deuxième requérant son père, et ne mentionnait pas la femme qui avait accouché de l'enfant. Les deux premiers requérants, mari et femme, et l'enfant dénonçaient une violation du droit au respect de la vie privée de cette dernière ainsi qu'une discrimination fondée sur la naissance dans sa jouissance de ce droit.

618. La Cour a conclu à la non-violation de l'article 8 (droit au respect de la vie familiale) de la Convention, jugeant que, en refusant de procéder à la transcription de l'acte de naissance ukrainien de la troisième requérante sur les registres de l'état civil français pour autant qu'il désignait la première requérante comme étant sa mère, la France n'avait pas, dans les circonstances de la cause, excédé sa marge d'appréciation. Elle a également conclu à la non-violation de l'article 14 (interdiction de la discrimination) de la Convention combiné avec l'article 8, jugeant que la différence de traitement dénoncée par les requérants, quant aux modalités de la reconnaissance du lien de filiation avec leur mère génétique, avait reposé sur une justification objective et raisonnable. Dans son arrêt, la Cour a observé en particulier qu'elle s'était déjà prononcée sur la question du lien de filiation entre l'enfant et le

1115 <https://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-6748349-9004713>

père d'intention, père biologique, dans les arrêts *Mennesson* et *Labassée*. Il ressortait de sa jurisprudence que l'existence d'un lien génétique n'avait pas pour conséquence que le droit au respect de la vie privée de l'enfant ne nécessitait pas que la reconnaissance du lien de filiation entre l'enfant et le père d'intention pût se faire spécifiquement par la voie de la transcription de son acte de naissance étranger. La Cour ne voyait pas de raison, dans les circonstances de l'espèce, d'en décider autrement s'agissant de la reconnaissance du lien de filiation entre l'enfant et la mère d'intention, mère génétique. La Cour a également rappelé qu'elle avait relevé dans son avis consultatif N° P16-2018-001 que l'adoption produit des effets de même nature que la transcription de l'acte de naissance étranger s'agissant de la reconnaissance du lien de filiation entre l'enfant et la mère d'intention. »

619. Récemment, à la demande de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, la Cour EDH a rendu un avis consultatif le 10 avril 2019 en matière de gestation pour autrui. Il en résulte que :

620. « Dans la situation où, comme dans l'hypothèse formulée dans les questions de la Cour de cassation, un enfant est né à l'étranger par gestation pour autrui et est issu des gamètes du père d'intention et d'une tierce donneuse, et où le lien de filiation entre l'enfant et le père d'intention a été reconnu en droit interne :

621. 1. Le droit au respect de la vie privée de l'enfant, au sens de l'article 8 de la Convention, requiert que le droit interne offre une possibilité de reconnaissance d'un lien de filiation entre cet enfant et la mère d'intention, désignée dans l'acte de naissance légalement établi à l'étranger comme étant la « mère légale » ;

622. 2. Le droit au respect de la vie privée de l'enfant, au sens de l'article 8 de la Convention, ne requiert pas que cette reconnaissance se fasse par la transcription sur les registres de l'état civil de l'acte de naissance légalement établi à l'étranger ; elle peut se faire par une autre voie, telle que l'adoption de l'enfant par la mère d'intention, à la condition que les modalités prévues par le droit interne garantissent l'effectivité et la célérité de sa mise en œuvre, conformément à l'intérêt supérieur de l'enfant.

623. Il en résulte que, s'agissant de la « maternité d'intention », la Cour EDH impose la reconnaissance du lien de filiation des enfants nés de gestation pour autrui avec la « mère d'intention », lorsqu'elle figure sur l'acte étranger, mais qu'elle

laisse aux Etats le choix des moyens pour y parvenir. La transcription automatique des actes de naissance étrangers n'est pas imposée, le recours à l'adoption étant possible, à condition toutefois qu'elle permette d'établir le lien de filiation dès qu'il s'est concrétisé. » Il faut cependant préciser que la CEDH retient un élément qui semble être décisif : la filiation réclamée doit correspondre à la vérité biologique¹¹¹⁶.

Dans les cas de GPA pratiquée dans les Etats de l'Europe de l'Ouest et en Asie, il sera difficile aux autorités françaises de vérifier l'existence de ce lien biologique. Par principe, les actes mentionnent les parents d'intention en tant que parents légaux de l'enfant. Certains Etats délivrent même un certificat d'accouchement établi au nom de la mère d'intention. L'absence de lien avec l'un des deux parents peut également provenir d'une erreur de la clinique, intentionnelle ou non. Tant qu'un test ADN ne sera pas exigé en France (ce qui n'est pas le cas de l'état actuel du droit), la vérité sera ignorée par le juge français¹¹¹⁷.

Toujours en rapport avec la France et les Etats étudiés, se pose la question de la méthode d'établissement de la filiation choisie : la reconstruction de ce lien lors d'une procédure judiciaire en France, en application de la méthode classique du conflit de lois, ou bien la reconnaissance pure et simple des situations existantes¹¹¹⁸.

¹¹¹⁶ La France a d'abord retenu ce principe de « vérité biologique » : seule était acceptée la transcription partielle des actes de naissance. Cependant, désormais, la France admet la transcription du double lien de filiation.

¹¹¹⁷ Les jurisprudences nationales européennes en fournissent des exemples. L'Italie a adopté une autre position que la France : un test ADN peut être demandé dans le cadre de la transcription des actes d'état civil étrangers sur les registres nationaux. Nous pouvons citer à ce titre l'arrêt du 11 novembre 2014 (*Cassazione civile sez. I*, 11 nov. 2014, N° 24001) de la *Corte suprema di cassazione*, dans lequel la Cour a fait une lecture stricte des arrêts *Mennesson* et *Labassée*. En l'espèce, aucun des deux parents d'intention n'avait de lien biologique avec l'enfant, né d'une GPA réalisée en Ukraine. Cependant, selon les règles ukrainiennes, ils figuraient en tant que parents dans l'acte de naissance ukrainien. Les parents d'intention n'auraient découvert la vérité qu'à la suite des examens pratiqués à la demande des autorités italiennes dans le cadre de la procédure de transcription sur les registres italiens de l'état civil. Usant de la marge d'appréciation que la Cour EDH reconnaît aux Etats en l'absence de lien biologique entre parents et enfant, la Cour de cassation italienne a refusé la transcription au nom de la contrariété de la GPA à l'ordre public italien et confirmé le placement de l'enfant en vue de l'adoption. Selon elle, l'adoption est, en droit italien, la seule institution permettant la réalisation d'un projet parental en l'absence de lien biologique entre parents et enfant. // Voir sur ce sujet H. FULCHIRON, Ch. BIDAUD-GARON « Reconnaissance ou reconstruction ? » *Revue critique de droit international privé* 2015 p.1.

¹¹¹⁸ En droit international, il s'agit d'admettre l'autorité de chose jugée de la décision étrangère, tant dans son aspect négatif que positif, autrement dit d'admettre son opposabilité et de lui appliquer la règle *non bis in idem*. Cette reconnaissance est soumise à des conditions de régularité internationale auxquelles la décision étrangère doit satisfaire. (CJCE 04 févr. 1988, *Hoffmann*, Rev. crit. DIP 1988. 605, note H. Gaudemet-Tallon).

Dans ce deuxième cas, la question est assez délicate en matière de reconnaissance des situations relatives à l'état des personnes. Lorsque l'on envisage la reconnaissance des situations créées dans les Etats de l'ex-URSS, il n'est pas possible de mettre en avant l'autorité de chose jugée d'une décision étrangère, puisque il n'y a pas de décision : le seul écrit dont disposent les parents d'intention pour prouver l'état de l'enfant né de la GPA est un acte de l'état civil. En l'état actuel du droit, les actes de l'état civil sont considérés uniquement comme modes de preuves de l'état des personnes.

Dès lors, il faudrait distinguer l'acte de l'état civil qui n'est que le mode de preuve, de la situation elle-même qui est l'état de la personne. Il ne s'agit donc pas de reconnaissance d'un acte de l'état civil étranger, mais de la filiation qu'il atteste. *« À la différence de la méthode du conflit de lois qui consiste à s'intéresser à la validité de la constitution de l'état de la personne en cause en application des règles de conflit en vigueur en France et donc en interrogeant le droit matériel qu'elles désignent, la méthode de la reconnaissance des situations vise à accepter de faire produire effet en France à un état de la personne créé à l'étranger valablement au regard du droit étranger, sans se poser la question de la loi applicable au regard des règles de conflit en vigueur en France. »*¹¹¹⁹

Il serait difficile d'appliquer la méthode du conflit de lois aux situations relatives aux GPA pratiquées dans les Etats étudiés. En effet, cela revient à se référer à l'article 311-14 du Code civil¹¹²⁰. Aucune filiation maternelle n'étant établie dans le pays de naissance de l'enfant, celui-ci, de ce fait, ne bénéficie pas de la nationalité russe ou ukrainienne. Si le père d'intention est son père biologique, la situation est remédiable, mais comment faire en cas d'absence de tout lien biologique, ou en cas de recours à la GPA par une femme à titre individuel ? Cependant, si la transcription directe des actes de naissance des enfants nés de la GPA à l'étranger est désormais admise par la France, elle n'équivaut pas à la reconnaissance de la filiation¹¹²¹. En

¹¹¹⁹ FULCHIRON H., BIDAUD-GARON C. « Reconnaissance ou reconstruction ? » Revue critique de droit international privé 2015.

¹¹²⁰ La filiation est régie par la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant, ou, si la mère n'est pas connue, par la loi personnelle de l'enfant.

¹¹²¹ Bien qu'elle ne soit que facultative, la transcription facilite significativement toutes les démarches administratives.

même temps, qui contesterait le lien de filiation postérieurement à la transcription de l'acte étranger sur les registres français ? Concernant les actes de naissance établis sur le fondement de jugements étrangers pour lesquels un exequatur est demandé en parallèle avec la transcription, ne sommes-nous pas en présence d'une véritable « bombe à retardement » ? Si le SCEC ordonne la transcription en pleine connaissance du fait que la filiation de l'enfant est le résultat d'un processus comprenant une convention de gestation pour autrui, c'est nécessairement qu'il fait le choix de reconnaître la filiation d'intention. Revenir sur la filiation serait incohérent. La prise d'une décision par les juges de refus de reconnaissance de cette filiation créerait un certain malaise¹¹²². Une telle décision, bien que légitime et justifiée, mettrait les juges dans une position délicate, voire de souffrance. Cela vaut tant que le législateur ne se sera pas positionné sur la GPA, ou au moins sur ses conséquences pour l'enfant et les parents d'intention, et n'aura donc pas mis un terme à ce débat.

624. Comme nous avons pu le constater, la circulation des personnes dans un but procréatif peut avoir des conséquences sur la filiation de l'enfant né (reconnaissance, effets). Bien que la CEDH se soit prononcée dans de nombreuses situations particulières, tant au travers de ses arrêts que par des avis consultatifs, le tourisme procréatif génère une telle multitude de situations, qu'il reste à ce jour bien des questions sans réponse¹¹²³, en raison de la divergence des législations en la matière, mais aussi de certaines pratiques, comme la procréation post mortem. Quelles sont les solutions possibles au niveau international afin de mieux protéger l'intérêt de l'enfant mais aussi des autres intervenants dans le processus de la procréation médicalement assistée/GPA ?

¹¹²² Voir les dernières décisions du TJ de Paris notamment.

¹¹²³ A titre d'exemple, la GPA est ouverte aux femmes célibataires et, jusqu'en 2020, le droit n'exigeait pas l'existence d'un lien génétique entre ces femmes et l'enfant.

CHAPITRE II. L'élaboration d'un instrument international : vers une meilleure protection de l'enfant et des parties les plus vulnérables

625. En matière de bioéthique et de procréation pour autrui, la majeure partie du droit international est constituée de normes à valeur indicative, telles que les résolutions, les déclarations et les recommandations émanant de structures intergouvernementales¹¹²⁴. Comme les normes ayant force contraignante sont encore peu nombreuses, ce domaine va nécessairement se développer.

626. Malgré les obstacles qui peuvent exister, sur le plan éthique, à la maternité de substitution, celle-ci est devenue une technique médicale de procréation de plus en plus demandée. La maternité de substitution s'adresse à la même clientèle que l'adoption. Et avec un marché mondial de l'adoption de plus en plus « en situation de pénurie », le marché international de la maternité de substitution ne cesse de se développer. Mais malgré cette expansion, il continue de souffrir d'une absence de réglementation, ce qui expose les parties aux accords de maternité de substitution transfrontaliers à un risque sérieux d'exploitation. Il y a un besoin urgent de réglementer les accords de maternité de substitution transfrontaliers au niveau international¹¹²⁵.

627. La prohibition absolue de la gestation pour autrui transfrontalière ne ferait que créer un marché noir exposant les parties à un risque d'exploitation plus grand encore¹¹²⁶. Les divergences de législations nationales, et le contournement des prohibitions posées par les Etats via le tourisme procréatif, sont à l'origine de situations préjudiciables aux enfants nés dans le cadre de la gestation pour autrui. Il est peu probable que tous les Etats du monde acceptent d'interdire la gestation pour autrui sur leur territoire. Dès lors, la seule solution restante est de réglementer la

¹¹²⁴ DEPADT-SEBAG V., « Droit et bioéthique. » 2 éd. Larcier. 2012.

¹¹²⁵ General report on surrogacy by K.TRIMINGS and P.BEAUMONT in International Surrogacy Arrangements. Oxford and Portland, 2013. p 441.

¹¹²⁶ BOELE-WOELKI K., Perspectives for the unification and harmonisation of family law in Europe. Intersentia. 2003. P.428.

gestation pour autrui internationale (transfrontalière) de façon à protéger par des accords internationaux l'intérêt supérieur de l'enfant¹¹²⁷.

628. Conscientes de la nécessité d'agir en amont, les organisations internationales travaillent sur la question en trouvant leur source d'inspiration dans les principes directeurs de la CIDE. Les différents points de vue et approches ont été exprimés par le Comité des droits de l'enfant, le Conseil des droits de l'homme, l'Assemblée générale des Nations Unies, le Service Social International (Section II), ainsi que dans les travaux de la Conférence de La Haye de droit international privé (Section I).

629. Le droit international privé à l'épreuve de la procréation médicalement assistée/GPA. Les nombreuses questions juridiques soulevées par la procréation médicalement assistée s'inscrivent fréquemment dans un contexte international¹¹²⁸. Le développement des techniques de l'assistance médicale à la procréation donne lieu à des réglementations nationales différentes. Et il en résulte une forme de tourisme procréatif¹¹²⁹ ou *law shopping* : les personnes désireuses d'accéder à la parentalité franchissent les frontières dans le but de trouver à l'étranger ce qui leur est refusé dans leur propre ordre juridique. Et ces situations mobilisent les règles du droit international privé¹¹³⁰. L'on assigne traditionnellement un certain nombre d'objectifs au droit international privé. Ces différents objectifs entrent parfois en contradiction entre eux, et l'importance de chacun varie en fonction de la position qu'un ordre juridique adopte dans un domaine donné. La balance des intérêts choisie par chaque Etat ne sera pas forcément la même, et résulte de la position restrictive ou libérale qu'un Etat adopte en matière d'assistance médicale à la procréation et des liens de filiations qui en résultent.

¹¹²⁷ Idem General report on surrogacy by TRIMINGS K., and BEAUMONT P., in International Surrogacy Arrangements. Oxford and Portland, 2013. P.442.

¹¹²⁸ AUDIT M. « Bioéthique et droit international privé », RCADI 2015, t.373, pp.231-233.

¹¹²⁹ FULCHIRON H., « La lutte contre le tourisme procréatif : vers un instrument de coopération international », JDI 2014, var.2, P.563.

¹¹³⁰ PORCHERON D. « Le droit international privé à l'épreuve de la gestation pour autrui » in « Procréation assistée et filiation » sous direction de M-X CATTO, K. MARTIN_CHENUT. p.Ed.Mare and Martin, 2019. P.47.

L'harmonisation internationale des solutions a été avancée comme un objectif général du droit international privé¹¹³¹. De manière générale, la mission de la coordination des rapports privés internationaux, ou encore celle de la promotion des relations privées internationales, sont confiées au droit international privé. Cette dernière est censée garantir une prévisibilité des solutions. La spécification des objectifs en matière du statut personnel amène à mettre en avant le besoin de continuité des solutions dans les rapports privés internationaux, et la nécessité d'empêcher la création de rapports boiteux¹¹³².

Il ressort donc des solutions jurisprudentielles du droit international privé que certains des objectifs constamment invoqués par la doctrine ou la jurisprudence en soutien des solutions avancées entrent parfois en contradiction les uns avec les autres. Dans les affaires relatives aux filiations issues d'une assistance médicale à la procréation, l'objectif de continuité des rapports privés peut être interprété comme imposant certaines solutions, telle que la reconnaissance automatique des liens de filiation, et cela au risque de porter atteinte au caractère impératif du droit du for. La contradiction est dans une certaine mesure due à la divergence existante entre les droits des pays impliqués.

630. Le meilleur moyen d'éviter ce « forum shopping » et de traiter de manière adéquate les problèmes éthiques qui entourent les pratiques internationales de maternité de substitution est d'élaborer un ensemble de directives et de réglementations internationales concernant la maternité de substitution internationale.

SECTION I. Les travaux de la Conférence de La Haye

La GPA, telle qu'elle est pratiquée à ce jour, soulève de grandes préoccupations relatives au statut de l'enfant, à sa commercialisation et à celle du corps de la femme. Les familles sont amenées à franchir les frontières de plus en plus fréquemment. « Un problème particulièrement préoccupant est apparu ces dernières années : il est de notoriété publique que la maternité de substitution est devenue un

¹¹³¹ RABEL E., *The Conflict of Laws. A Comparative Study*, vol. I'University of Michigan Law School, Anne Arbor, 1958, pp. 94-95.

¹¹³² NIBOYET M-L., DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE G., *Droit international privé*, 4e, 2013, p. 19, N° 6 ; ROKASK., « L'assistance médicale à la procréation en droit international comparé. » Thèse. Université Panthéon-Sorbonne. 2016.

marché mondial, ce qui pose un certain nombre de difficultés, surtout lorsque les parties concernées se trouvent dans différents pays.

En raison du caractère international de la GPA, les difficultés soulevées ne peuvent pas être résolues de manière indépendante par chaque Etat. Une réflexion large impliquant les différents acteurs et Etats s'imposait.

631. Les conventions de maternité de substitution peuvent souvent conduire aux difficultés susmentionnées en matière d'établissement ou de reconnaissance de la filiation des enfants nés dans ce cadre. » ¹¹³³ Depuis 2011, le Bureau permanent de la Conférence de La Haye du droit international privé étudie les questions de droit international privé liées à la filiation des enfants, en particulier dans le cadre de conventions de maternité de substitution. La France, la Russie et l'Ukraine participent à ce projet.

632. Les travaux ont été engagés pour dresser, dans un premier temps, un état des lieux international de la question de la GPA, et, dans un deuxième temps, pour essayer de répondre à l'ensemble des questions posées en élaborant un instrument multilatéral dans ce domaine. Depuis 2015, un groupe d'experts ¹¹³⁴ s'est penché sur la question ¹¹³⁵. Un des objectifs de ce groupe d'experts est d'assurer une meilleure sécurité juridique aux enfants lorsqu'ils se trouvent dans une situation transfrontalière ou internationale. Il s'agissait également de mener des réflexions sur la possibilité de créer des normes assurant des garanties minimales concernant les contrats de la GPA ¹¹³⁶.

633. Dans le cadre de son rapport de janvier 2016, le Bureau de la Conférence de La Haye a fait part de ses préoccupations. Selon ce Bureau, l'augmentation du nombre de GPA à caractère international et des problèmes humains qui en découlent imposent aux Etats de reconsidérer leur approche nationale à l'aune

¹¹³³ Projet Filiation/Maternité de substitution.

¹¹³⁴ Le groupe d'experts a une représentation géographique et est constitué en consultation avec les Membres de la HCCH.

¹¹³⁵ Le groupe d'experts s'est jusqu'à présent réuni en février 2016, janvier/février 2017, février 2018, septembre 2018, janvier/février 2019, octobre/novembre 2019, octobre 2020 et février 2021.

¹¹³⁶ BOILLET V., ROCA M., et autres (dir.). « La gestation pour autrui. Approches juridiques internationales. » Anthemis. 2018. P.178.

des droits fondamentaux¹¹³⁷. La Conférence de La Haye a relevé l'évolution des notions de famille et de filiation qui avait poussé les Etats à examiner leurs législations en la matière, afin de déterminer si et dans quelle mesure la filiation sociale devait être prise en considération¹¹³⁸.

634. Suite aux conclusions des experts internationaux du groupe de travail¹¹³⁹, des travaux sont consacrés à l'élaboration des deux instruments suivants : un instrument général de droit international privé traitant de la reconnaissance des décisions judiciaires étrangères portant sur la filiation ; et un protocole distinct traitant de la reconnaissance des décisions judiciaires étrangères en matière de filiation rendues à la suite de conventions de maternité de substitution à caractère international¹¹⁴⁰. « Les experts ont réaffirmé qu'il était urgent de trouver des solutions communes convenues au niveau international pour éviter les filiations bancales. L'objectif de tout instrument futur serait d'assurer la prévisibilité, la sécurité et la continuité de la filiation dans les situations internationales pour toutes les personnes concernées, en tenant compte de leurs droits, de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant et en particulier de l'intérêt supérieur de l'enfant. »¹¹⁴¹

635. Il ne s'agit pas de créer des règles matérielles communes régissant les conditions d'accès à la gestation pour autrui, mais de constituer des règles du droit international privé en matière de la filiation : loi applicable, compétence, reconnaissance des décisions... Il est prévu que les questions relatives à la gestation pour autrui figurent dans un protocole distinct et optionnel. Le groupe d'expert est convenu que la future Convention devrait prévoir la reconnaissance des jugements portant sur la filiation rendus par les Etats contractants uniquement. Les experts ont également discuté des inconvénients et des avantages que présenterait un éventuel mécanisme facultatif qui permettrait aux Etats contractants qui le souhaitent de

¹¹³⁷ Bureau permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé. Janvier 2016. Pp.5 et s.§8.

¹¹³⁸ Note d'information pour la réunion du groupe d'experts relatif au projet Filiation/Maternité de substitution. Janvier 2016. P.16.

¹¹³⁹ Les experts représentaient 22 Etats de diverses régions du monde.

¹¹⁴⁰ <https://www.hcch.net/fr/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>

¹¹⁴¹ Rapport de la réunion de octobre/novembre 2019 du Groupe d'experts relatif au Projet filiation / maternité de substitution. <https://assets.hcch.net/docs/9bd0fd0e-e78e-48fd-907f-a06bb011b992.pdf>

reconnaître les jugements portant sur la filiation rendus par des Etats non contractants en vertu des règles de la Convention.

636. En outre, selon le projet, la future Convention devrait s'appliquer à tous les jugements portant sur la filiation, quelle que soit leur dénomination, qu'ils soient de nature constitutive ou déclaratoire, et qu'ils soient rendus à l'issue d'une procédure visant à établir ou à contester la filiation. Les experts sont aussi convenus que la Convention ne devrait s'appliquer qu'à la reconnaissance des jugements portant sur la filiation, et non aux droits et obligations qui en découlent, tels que les aliments, les questions successorales ou la nationalité. De plus, étant donné que dans la majorité des cas, la filiation n'est pas établie par un jugement, les experts sont convenus que des techniques de droit international privé supplémentaires seraient nécessaires pour que la Convention puisse faciliter la continuité de la filiation de manière plus complète.

637. Concernant la loi applicable, les experts plaident en faveur de règles uniformes, car cela contribuerait à assurer la continuité de la filiation d'un pays à l'autre en l'absence d'un jugement étranger portant sur la filiation (c'est-à-dire lorsque la filiation est établie de plein droit, ou qu'elle découle de l'initiative d'une ou de plusieurs personnes). De nombreux experts ont suggéré que les mêmes règles concernant la loi applicable s'appliqueraient au moment de la naissance de l'enfant, ainsi qu'à l'établissement ultérieur de la filiation. Les experts ont jugé utile de formuler les règles concernant la loi applicable en se référant aux méthodes par lesquelles la filiation est établie (de plein droit ou à l'initiative d'une ou plusieurs personnes). Certains experts ont souligné l'importance que « le même élément de rattachement s'applique à l'établissement de la filiation de plein droit ou qui découle de l'initiative d'une ou de plusieurs personnes afin d'assurer la cohérence des résultats indépendamment de la méthode utilisée. » Pour l'instant, le groupe n'a pas précisé sa position sur l'articulation de la Convention avec des actes publics. Et un examen plus approfondi du contenu et de l'application pratique des règles est en cours. Ainsi que de la validité matérielle des actes publics relatifs à la filiation.

Cependant, si les experts admettent « l'opportunité d'élaborer un instrument multilatéral contraignant traitant de la reconnaissance des décisions judiciaires étrangères consacrées à la filiation juridique », ils n'ont en revanche pas tranché la question de « l'opportunité d'appliquer des règles générales et concertées de droit

international privé en matière de filiation juridique aux convention de GPA et à la neccessité éventuelle d'établir des règles et des garanties supplémentaires en la matière, ainsi que dans les cas de recours aux techniques de procréation artificielle »¹¹⁴².

638. Vocabulaire proposé par la Conférence de La Haye. Lors de l'examen des projets de définitions, les experts du groupe de travail ont opté pour les termes « convention de maternité de substitution », « convention de maternité de substitution à caractère international » et « jugement portant sur la filiation rendu à la suite de conventions de maternité de substitution à caractère international ». Il a été généralement convenu que les dispositions relatives aux conventions de maternité de substitution devraient être consignées par écrit, ce qui favoriserait la transparence et la protection des parties en cause. Les experts ont également convenu que ces dispositions devaient être prises avant la conception. Certains experts ont proposé que les références à la « mère porteuse » soient plus neutres, et ont suggéré d'envisager la possibilité de recourir à d'autres termes tels que « surrogate »¹¹⁴³ ou « femme porteuse »¹¹⁴⁴.

639. Nombreuses sont les structures internationales non gouvernementales qui font des études et des projets dans le domaine de la gestation pour autrui afin de défendre les droits de l'enfant.

640. Aux Nations Unies¹¹⁴⁵, lors de la 37e session du Conseil des droits de l'homme en mars 2018, la rapporteuse spéciale Maud de Boer-Buquicchio a présenté son rapport thématique sur la maternité de substitution et la vente d'enfants. Le rapport a été écrit uniquement sous l'angle des droits de l'enfant et en relation avec la vente d'enfants. « Ce rapport doit donc être considéré comme un tremplin pour

¹¹⁴² Rapport de la réunion du groupe d'experts du projet « Filiation/Maternité de substitution ». Février 2017, p.5.

¹¹⁴³ Car la terminologie n'a pas fait l'objet de discussions en français, et le terme « surrogate » a été proposé en anglais. Pour l'instant les traducteurs/juristes de la HCCH n'ont pas trouvé un équivalent en français, bien que les options de traductions « mère de substitution » ou encore « mère subrogée » soient avancées.

¹¹⁴⁴ Rapport de la réunion du groupe d'experts du projet « Filiation/Maternité de substitution ». Février 2017, p.5

¹¹⁴⁵ <https://www.ohchr.org/EN/Issues/Children/Pages/Surrogacy.aspx>

d'autres recherches sur la maternité de substitution par d'autres mécanismes de droits de l'homme et agences des Nations unies, en particulier en ce qui concerne les droits des femmes. De plus, rien dans ce rapport ne doit être interprété comme une restriction de l'autonomie des femmes dans la prise de décision ou de leurs droits à la santé sexuelle et reproductive. »¹¹⁴⁶ Elle préconisait que les Etats, indépendamment de leur point de vue sur la maternité de substitution, créent des garanties pour empêcher la vente ou le trafic d'enfants dans le contexte de la maternité de substitution. « La maternité de substitution commerciale telle qu'elle est actuellement pratiquée constitue généralement une vente d'enfants telle que définie par le droit international des droits de l'homme. En effet, si la mère porteuse ou un tiers reçoit "une rémunération ou toute autre contrepartie" en échange du transfert d'un enfant, il y a vente d'enfant, telle que définie par 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. Si la mère porteuse est rémunérée, dans le cadre d'accords commerciaux de maternité de substitution, pour les services de gestation et de mise au monde d'un enfant, elle est également rémunérée pour le transfert de l'enfant.

641. Il est de la plus haute importance de résister aux pressions créées par une pratique à grande échelle d'une forme de maternité de substitution commerciale basée sur le marché et le contrat... Les abus peuvent se produire lorsque des systèmes axés sur le profit encouragent le mépris des droits de l'homme. Les enfants peuvent être abandonnés ou vendus lorsqu'ils sont considérés comme indésirables, les mères porteuses peuvent être exploitées et faire l'objet d'un trafic et, en fin de compte, les enfants nés de mères porteuses peuvent devenir apatrides. »

642. Une réglementation stricte basée sur les droits de l'homme est donc nécessaire pour garantir que la maternité de substitution n'équivaille pas à la vente d'enfants.

643. Pour que la maternité de substitution à des fins commerciales n'équivaille pas à la vente d'enfants, le rapport propose deux garanties. Premièrement, la mère porteuse devrait avoir une filiation et une responsabilité parentale (non

¹¹⁴⁶ Statement by DE BOER-BUQUICCHIO Maud, at the 7th session of the Human Rights Council, 06 March 2018. Geneva.

exclusive) à la naissance, ce qui garantirait sa liberté de choix, protégeant ainsi son autonomie et supprimant la composante de vente. Deuxièmement, tous les paiements à la mère porteuse devraient avoir lieu avant la naissance, et ne devraient en aucun cas être liés ou conditionnés au transfert, tant physique que juridique, de l'enfant.

644. En outre, dans tous les cas, un tribunal ou des autorités compétentes devraient examiner le transfert de la filiation entre la mère porteuse et les futurs parents. En général, tous les aspects financiers des accords de maternité de substitution doivent être étroitement surveillés et examinés.

645. En ce qui concerne la maternité de substitution altruiste, le rapport observe qu'une maternité de substitution véritablement altruiste ne constitue pas une vente d'enfants, puisque la maternité de substitution altruiste est comprise comme un acte gratuit, souvent entre des membres de la famille ou des amis ayant des relations préexistantes, et souvent sans l'intervention d'intermédiaires.

646. Néanmoins, il faut être très prudent en ce qui concerne le remboursement des frais médicaux des mères porteuses, qui peut être utilisé pour dissimuler un paiement pour le transfert de l'enfant. Par conséquent, la maternité de substitution altruiste doit également être réglementée de manière appropriée, avec l'assurance que les remboursements aux mères porteuses soient raisonnables et détaillés, en les soumettant au contrôle des tribunaux ou d'autres autorités compétentes.

647. En ce qui concerne les accords commerciaux internationaux de maternité de substitution, les Etats qui interdisent tous les accords de maternité de substitution, ou la maternité de substitution commerciale, sont souvent confrontés au retour de leurs ressortissants avec un enfant obtenu par le biais de la maternité de substitution à l'étranger. Il est de la plus haute importance pour ces Etats de déterminer avec soin l'intérêt supérieur de l'enfant après sa naissance, de protéger les droits de l'enfant à l'identité et à l'accès à ses origines, de faire des évaluations indépendantes quant à la filiation et de s'enquérir du traitement et du consentement de la mère porteuse après la naissance. Dans toutes ces procédures, l'enfant né d'une maternité de substitution ne doit pas être puni ou discriminé en raison des circonstances de sa naissance.

SECTION II. Quelques autres réflexions au niveau international

648. Nombreuses sont les organisations au niveau international réfléchissant sur la question de la PMA/GPA, ou plus largement sur les droits des enfants dans ce domaine.

Ainsi, le Conseil des droits de l'homme s'est penché sur la protection du droit à la vie privée et sur la vente d'enfants. La rapporteuse spéciale¹¹⁴⁷ 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, a évoqué dans son étude thématique consacrée à la gestation pour autrui sous l'angle des droits de l'enfant qu'il n'existe pas de droit à l'enfant¹¹⁴⁸. Selon Mme de Boer-Buquicchio, « *la gestation pour autrui à des fins altruistes n'est pas considérée comme une vente d'enfants. Souvent, cette pratique se fait entre proches : la rapporteuse spéciale a recommandé aux Etats de donner une base légale à cette pratique* ». La rapporteuse a conclu sur la nécessité d'interdire la gestation pour autrui internationale à des fins commerciales.

En 2018, une réunion sur la gestation pour autrui et les droits de la personne a été organisée par plusieurs organismes des Nations Unies, à savoir le Haut-Commissariat aux droits de l'homme (HCDH), le Fonds des Nations Unies pour la population (FNUAP) et l'Organisation mondiale de la Santé. Les participants ont souligné la nécessité de réglementer au niveau international, et le besoin d'adopter des approches législatives et politiques de la GPA « qui soient fondées sur un cadre de droits de la personne afin de protéger les droits de toutes les parties concernées et de prévenir les pratiques d'exploitation ».

Ce rapport a visé à compléter notamment les travaux en cours du Service Social International sur l'élaboration de principes internationaux visant à assurer la protection des droits de l'enfant né d'une gestation pour autrui.

¹¹⁴⁷ Mme Maud de Boer-Buquicchio, op. cit.

¹¹⁴⁸ <https://undocs.org/pdf?symbol=fr/A/74/162>

649. Projet du Service Social International sur l'élaboration de principes pour la protection des droits de l'enfant dans le contexte de la maternité de substitution. Le SSI, en 2013 et 2016, a appelé à une réglementation internationale urgente des accords de maternité de substitution à caractère international qui affectent les enfants concernés. Dans ce contexte, le SSI a lancé en 2016 une initiative visant à rédiger un ensemble de principes qui pourrait être accepté à l'échelle mondiale afin de guider les lois et les politiques dans ce domaine¹¹⁴⁹. Le projet vise à définir les bases d'un consensus mondial sur la protection effective des droits humains des enfants nés suite au recours à des accords de gestation pour autrui. « Le projet de principes vise dès lors à être « neutre » à l'égard de l'acceptabilité de la pratique de la maternité de substitution en elle-même. Une telle acceptabilité relève non seulement des normes relatives aux droits de l'homme mais également de considérations éthiques ».

650. Après plusieurs années de consultations de plus de 100 experts dans les différents pays, ainsi que des familles ayant eu recours à la GPA et des institutions étatiques, ce travail a abouti à la publication des principes de Verone¹¹⁵⁰, qui ont pour but d'inspirer et de fournir des orientations sur les réformes législatives et politiques afin d'assurer le respect des droits des enfants nés de la maternité de substitution.

Conclusion Titre II. Etant consciente des risques découlant de recours à certaines techniques de la PMA/GPA, la communauté internationale cherche à trouver des solutions et une éthique permettant d'assurer un certain équilibre entre les intérêts en présence. De nombreux travaux sont en cours. Cependant, les processus d'élaboration des instruments internationaux et l'adhésion des Etats sont longs.

¹¹⁴⁹ <https://www.iss-ssi.org/index.php/fr/que-faisons-nous/maternite-de-substitution>

Le travail continu sur ces principes a été recommandé en 2018 par la rapporteuse spéciale des Nations Unies sur la vente et l'exploitation sexuelle des enfants (NU Doc. A/HRC/37/60).

¹¹⁵⁰ https://www.iss-ssi.org/images/Surrogacy/VeronaPrinciples_25February2021.pdf

Conclusion de la Partie II.

Les nombreuses lacunes législatives et réglementaires existant dans le domaine de la procréation médicalement assistée dans les Etats étudiés ne sont pas sans conséquences sur l'établissement de la filiation des enfants nés de ces techniques, en la rendant précaire. Conscients de cette précarité, les juristes russes et ukrainiens sollicitent des réformes. Cependant, faute d'une volonté politique ou du fait d'un lobbying très fort, ces réformes restent au stade des prémices.

Comme tous les pays qui prohibent la gestation pour autrui, la France fait face aux conséquences de la gestation pour autrui réalisée par les Français à l'étranger, notamment en Russie et en Ukraine. Il apparaît évident à la communauté juridique qu'il faut agir non seulement au niveau national, mais aussi au niveau international afin de trouver des solutions permettant de garantir une filiation à l'enfant.

Conclusion générale

Cette étude démontre les divergences et les convergences des règles encadrant la procréation médicalement assistée et de celles relatives à l'établissement de la filiation des enfants nés grâce à ces techniques en droit russe, ukrainien, kazakh, biélorusse et français. Mais aussi l'importance des études de droit comparé afin de mieux appréhender les filiations dans le cas du tourisme procréatif.

Les Etats de l'ex-URSS sont plus libéraux que la France concernant l'accès aux techniques de la procréation médicale. Ils le sont aussi dans leur vision de la gestation pour autrui - en la considérant comme l'une des techniques faisant partie de la procréation médicalement assistée. Cependant, ces pays gardent un fort attachement à la conception traditionnelle hétérosexuelle de la famille.

Il ressort de l'analyse de la législation lacunaire de la Russie et de l'Ukraine, qu'un encadrement juridique détaillé pourrait constituer le meilleur moyen pour faire face aux problèmes et aux risques inhérents à l'établissement des filiations des enfants nés de la procréation médicalement assistée. Ces risques augmentent chaque fois que l'on se retrouve dans le cas de la procréation médicalement assistée transfrontalière. Et surtout en cas de gestation pour autrui. La France, tout en gardant son attachement à la prohibition de toutes les conventions pour le compte d'autrui sur son territoire, a dû céder sous la pression de la CEDH et accepter la reconnaissance des filiations des enfants nés de la gestation pour autrui à l'étranger. Cependant, l'ambiguïté créée par la différence de son positionnement en matière de transcription des actes étrangers des enfants nés de la GPA engendre un malaise chez les magistrats et, dans ce contexte, une intervention du législateur est nécessaire et urgente.

Cette étude démontre, par ailleurs, l'évolution plus ou moins rapide du droit des Etats et l'adaptation de leur législation à leur propre conception de la famille. L'évolution des règles juridiques s'opère aussi bien au niveau national qu'au niveau

international, et a pour but une meilleure protection des intérêts de l'enfant, et notamment de son droit à avoir à la fois une filiation et une famille.

Bibliographie

1. Bibliographie francophone

Ouvrages

ANCEL B., LEQUETTE Y. *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5ème éd., Dalloz, 2006.

AUDI M. *Bioéthique et droit international privé*, RCADI 2015, t.373, pp.231-233.

AUDIT B., AVOUT (D') L. *Droit international privé*, LGDJ, Lextenso éditions, 8ème éd., Issy-les-Moulineaux, 2018.

AUTIN C. *Gestation pour autrui : expérience d'un centre belge de procréation médicalement assistée* in *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?* Bruxelles. Bruyant, 2013.

BARTIN É. *Études de droit international privé*, A. Chevalier-Marescq, Paris, 1899.

BATIFFOL H., LAGARDE P. *Traité de droit international privé*, t. I, LGDJ, Paris, 8e éd., 1993.

BATIFFOL H., LAGARDE P. *Traité de droit international privé*, t. II, LGDJ, Paris, 7e éd., 1983.

BENABENT A. *Droit de la famille*, LGDJ, éditions Lextenso, Paris, 4e éd., 2018.

BERNARD-XÉMARD C. *Cours de droit des personnes et de la famille*, Paris, Gualino, éditions Lextenso, 2020.

BATTEUR A. (sous la dir) *Les grandes décisions du droit des personnes et de la famille*, LGDJ Lextenso éditions, 2012.

BARRIERE BROUSSE I., DOUCHY-OUDOT M. *Les contentieux familiaux. Droit interne, international et européen*. Lextenso. 2013.

BELLIVIER F., NOIVILLE Ch. *Nouvelles frontières de la santé, nouveaux rôles et responsabilités du médecin*. Dalloz. 2006.

BELLIVIER F., NOIVILLE Ch *Contrats et vivant*. LGDJ. 2006.

BELLIVIER F. *Droits des personnes*. LGDJ. 2015.

BENABENT A. *Droit de la famille*, 2 éd. Montchrestien. 2012.

BERGÉ J-S., ROBIN-OLIVIER S. *Droit européen, Union européenne, Conseil de l'Europe*, 2ème éd., 2011.

BONNET D., *Droit de la famille*, Bruylant, Bruxelles, 7e éd., 2018.

BINET J.-R., *Droit et progrès scientifiques, Science du droit, valeurs et biomédecine*, PUF, 2002.

BRUNETTI-PONS C. (dir.). *Le droit à l'enfant et la filiation en France et dans le monde*. LexisNexis. 2018.

BUREAU D., MUIR WATT H. *Droit International Privé*, partie générale, t. I et t. II, 3ème éd., Thémis Droit/PUF, Paris, 2014.

CARBONNIER J., *Droit civil. La famille*, t. 2, 14e éd., PUF, Paris, 1991, p. 559.

CARBONNIER J. *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, le couple*, PUF, Paris, 2004.

CARLIER J-Y., FALLON M., MARTIN-BOSLY B. *Code de droit international privé*, 5ème éd., BRUYLANT, Bruxelles, 2012.

COURBE P., GOUTTENOIRE A., *Droit de la famille*, Sirey, Dalloz, Paris, 7e éd., 2017.

CORNU G. *Droit civil, La famille*, 9ème éd., Montchrestien, Paris, 2006.

ÉGÉA V., *Droit de la famille*, LexisNexis, Paris, 3e éd., 2020. FENOUILLET D., *Droit de la famille*, Dalloz, Paris, 4e éd., 2019.

GARRIGUE J., *Droit de la famille*, Dalloz, Paris, 2e éd., 2018.

DOUCHY-LOUDOT M. *Les filiations électives à l'épreuve du droit, vingt ans après* in *Mélanges C. NEIRINCK*, LGDJ, 2015, p. 503.

DUBOIS L., BLUMANN C. *Droit matériel de l'Union européenne*, 3ème éd., Montchrestien, Paris, 2004.

FABRE-MAGNAN M. *La gestation pour autrui, fiction et réalité*, Fayard, 2013. P.33.

FABRE-MAGNAN M., *Le droit des contrats*, Que sais-je ? Humensis, 2018. p.7

FAVOREU L. *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, Paris, 2016.

FENOUILLET D. *Droit de la famille*, 2e éd., Cours, Dalloz, 2008.

FLOUR J. F. , AUBERT *Droit civil, Les obligations*, t. I, Armand Colin, 1982.trop vieux

- GAUMONT-PRAT H. *Bioéthique et droit. Essentiel (Etudes hospitalières)*. 2011.
- GUTMANN D. *Droit international privé*, 5e éd., Cours, Dalloz, 2007.
- HENNETTE-VAUCHEZ St., ROMAN D. *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, 2ème éd., DALLOZ, 2015.
- LABRUSSE-RIOU C., FABRE-MAGNAN M. *Ecrit de bioéthique*, PUF, 2007.
- LECA A., LEGROS B. *Petit dictionnaire du droit de la santé et de la bioéthique*. LEH Edition. 2017.
- LEFEBVRE-TEILLARD A. *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, 1re éd., Collection droit fondamental - Droit civil, PUF, 1996.trop vieux
- LEGEAIS R. *Grands systèmes de droit contemporains*, 2e éd., LexisNexis, 2008.
- LEROYER A-M. *Droit de la famille*, PUF, 2011.
- LOUSSOUARN Y., BOUREL P., (de) VAREILLES-SOMMIÈRES P. *Droit international privé*, 9ème éd., Dalloz, Paris, 2007.Trop vieux
- MALAURIE P., FULCHIRON H., *Droit de la famille*, LGDJ, Lextenso éditions, Issy-les-Moulineaux, 2018.
- MALAURIE P., AYNÈS L. et STOFFEL-MUNCK , *Droit civil, Les obligations*, 4e éd.,12^e édition, 2018
- MALAURIE P., *Les personnes, La protection des mineurs et des majeurs*, Defrénois, 2010.
- MALAURIE P., FULCHIRON H., *Droit de la famille*, 5ème éd., L.G.D.J./Lextenso, Paris, 2016.
- MALINVAUD P.et FENOUILLET D. *Droit des obligations*, 11e éd., LexisNexis - Litec, 2010.
- MAZEAUD H. *La Famille, Mariage – Filiation – Autorité parentale – Divorce et séparation de corps*, sous la dir. de L. LEVENEUR, 7e éd., t. 3, Paris : Montchrestien, 1995.
- MURAT P., *Droit de la famille*, Dalloz, Paris, 8e éd., 2019.
- NEIRINCK C., GROSS M. *Parents-enfants : vers une nouvelle filiation*, La documentation française, 2014.
- NIBOYET M-L., DE GEOUFFRE de la PRADELLE G. *Droit international privé*, 7ème éd., L.G.D.J./Lextenso, Paris, 2020.

PÉROZ H., FONGARO É., *Droit international privé patrimonial de la famille*, LexisNexis, Paris, 2e éd., 2017.

REVILLARD M. *Droit international privé et européen: pratique notariale*. 9 éd., Defrenois, 2018.

RIGAUX F., FALLON M., *Droit international privé*, Larcier, Bruxelles, 3e éd., 2005.

ROY O. *Droit de la famille*. Archetype 82. 2014.

SUDRE Frédéric et al., *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, 7ème éd., PUF, Paris, 2015.

SAINT-PIERRE F. *Pratique de défense pénale*. 3 éd., L.G.D.J./Lextenso, 2020.

TERRÉ F., FENOUILLET D., *Droit civil, La famille*, 8e éd., Précis, Dalloz, 2011.

TERRÉ F., SIMLER P. et LEQUETTE Y. *Droit civil, Les obligations*, 11e éd., Dalloz, 2013.

TERRÉ F., GOLDIE-GENICON C., FENOUILLET D., *Droit civil : la famille*, Dalloz, Paris, 9e éd., 2018.

QUIDELLEUR M., GUARINOS M.. *Guide pratique de l'état civil 2016*, 14^{ème} éd., Berger-Levrault, 2016.

LEMOULIN J.-J. *Le tourisme procréatif*. LPA. N62. 2001. P.84.

C.BRUNNETI-PONS Le couple parental ne renvoie-t-il plus aux père et mère d'enfant? *Revue Lamy du droit civil*. Fév.2014. N112. Pp.84-90.

Thèses, monographies et ouvrages collectifs

BARNICH L, NUYTS A., PLEIFF S., WAUTELET P. (dir.) *Le droit des relations familiales internationales à la croisée des chemins*. Actes du colloque du 20 mai 2016. Bruxelles. Bruylant.

BARTIN E. *La doctrine des qualifications et ses rapports avec le caractère national des conflits de lois*, *RCADI*, 1930, vol. 31, pp. 561-622.

BATIFFOL H. *Principes de droit international privé*, *RCADI*, vol. 97, 1959, pp. 435-593.

BENALCAZAR (DE) S., *Pacs, mariage et filiation, étude de la politique familiale*, Defrénois, Paris, 2007.

- BERNARD Y. *Les temporalités en droit de la famille*. Thèse. Lyon 3. 2015.
- BIDAUD-GARON Ch. *L'état civil en droit international privé*. Thèse. Lyon 3. 2005.
- BINET J.-R. *La réforme de la loi bioéthique. Commentaire et analyse de la loi du 7 juillet 2011*, LexisNexis, 2012.
- BODEN D., *L'ordre public, limite et condition de la tolérance*, dactyl., Univ. Paris 1 Panthéon - Sorbonne, 2002.
- BOILLET V., ROCA M., DE LUZE E. *La gestation pour autrui : approches juridiques internationales*. Anthemis. 2018.
- BONNARD M. *Le statut juridique de l'assistance médicale à la procréation*. Harmattan. 2018.
- BOURDELOIS B., *Mariage polygamique et droit positif français*, Éd. G.L.N. Joly, Paris, 1993.
- BRACH-THIEL D., THIERRY J-B. (sous dir.) *Forum shopping médical*. PUN éd. 2015.
- BRILLAT M., *Le principe de non-discrimination à l'épreuve des rapports entre les droits européens*, Institut Universitaire Varenne, Paris, 2015.
- BUCHER A., *L'enfant en droit international privé*, Helbing & Lichtenhan, Bâle et LGDJ, Paris, 2003.
- BUCHER A. *La dimension sociale du droit international privé*, RCADI, vol. 341, 2009.
- BUI-XUAN O., *Le droit public français entre universalisme et différentialisme*, Éd. Economica, Paris, 2004.
- BURGORGUE L., LEVADE A., PICOD F. (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union, commentaire article par article*, Bruylant, Bruxelles, 2005.
- BURGORGUE-LARSEN L., LEVADE A., PICAUD F. (dir.), *Traité établissant une constitution pour l'Europe. Partie II, La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne – Commentaire article par article*, Bruylant, Bruxelles, 2006.
- BRUNETTI-PONS C.(sous dir.) *PMA, GPA : quel statut juridique pour l'enfant ?* Mare and Martin. 2018.
- CADET F., *L'ordre public en droit international de la famille – Étude comparée France/Espagne*, L'Harmattan, Paris, 2005.

CATTO M-X, K.MARTIN_CHENUT (dir) *Procréation assistée et filiation*. Ed. Mare and Martin 2019.

CATTO M-X. *Le principe d'indisponibilité du corps humain*. LGDJ. 2018.

CORNUT E. *Théorie critique de la fraude. Etude de droit international privé de la famille*. Defrenois. 2006.

CHEVALLIER J.-Y. *Filiation naturelle et filiation alimentaire en droit international privé français*, Paris, R. Pichon et R. Durand-Auzias, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1967.

COHEN C., *Les normes permissives en droit international privé. Étude critique*, Université Paris 1 – Panthéon Assas, 2015.

COHEN- JONATHAN G., *Aspects européens des droits fondamentaux*, Montchrestien, Paris, 3e éd, 2002.

COLOMBET C., FOYER J., HUET-WEILLER D., LABROUSSE-RIOU C., *La filiation légitime et naturelle – Étude de la Loi du 3 janvier 1972 et de son interprétation*, Dalloz, Paris, 2e éd. refondue, 1977.

Conseil constitutionnel, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, PUF, Paris, 1989.

Conseil d'État, *Sur le principe d'égalité*, rapport public n° 48, 1996, EDCE, La documentation française, Paris, 1998.

DAUPTAIN P. *Et comment vont les enfants ?* Harmattan. 2017.

DEBET A., *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, Dalloz, Paris, 2002.

DÉCHAUX J.-H., *Sociologie de la famille*, La Découverte, Paris, 2010.

DEKEUWER-DÉFOSSEZ F. (dir.), *Internationalisation des droits de l'homme et évolution du droit de la famille : Actes des journées d'études des 15 et 16 décembre 1994*, LGDJ, Paris, 1996.

DELMAS-MARTY M., LUCAS DE LEYSSAC C. (dir.), *Liberté et droits fondamentaux*, Seuil, Paris, 1996.

DEVERS A., *Le concubinage en droit international privé*, LGDJ, Paris, 2004.

DEPADT-SEBAG V. *Droit et bioéthique*. Larcier. 2 éd. 2012. Ouvrage général ?

DESCHAMPS V. Thèse *Fondement de la filiation : étude sur la cohérence du Titre VII du Livre premier du Code civil*, L.G.D.J. 2019.

DIONISI-PEYRUSSE A. et Laurence MAUGER-VIELPEUA L. (dir.) *Les fondements de la filiation*, éd. Institut Universitaire Varenne, 2016.

DIONISI-PEYRUSSE A., MAUGER-VIELPEAU L.(dir.). *Les fondements de la filiation*. Institut Universitaire de Varenne, 2017.

DORD O., *La laïcité dans tous ses états*, Montchrestien, Paris, 2011.

DUBOUT E., TOUZÉ S. (dir.), *Les droits fondamentaux : charnière entre ordres et systèmes juridiques*, Pedone, Paris, 2010.

DUBOUT E. *L'article 13 TCE : la clause communautaire de lutte contre les discriminations*, Bruylant, Bruxelles, 2016.

DUPUY P.-M. (dir.) *Droit international et droit interne dans la jurisprudence comparée du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État*, Panthéon-Assas, Paris, 2001.

DURAND PRINBORGNE C. *La laïcité*, Dalloz, Paris, 2004.

EDEL F., *L'interdiction de la discrimination par la Convention européenne des droits de l'homme*, Éditions du Conseil de l'Europe, Dossiers sur les droits de l'homme, n° 22, 2010.

ELGEDDAWY K. *Relations entre systèmes confessionnels et laïques en droit international privé*, Dalloz, Paris, 1971.

EL-HUSSEINI BEGDACHE R. *Le droit international privé français et la répudiation islamique*, LGDJ, Paris, 2002.

ESCUDEY G. *Le couple en droit international privé*, dactyl., Université de Bordeaux, 2016.

ESPINASSOUS V., *L'uniformisation du droit substantiel et le conflit de lois*, LGDJ, Paris, 2010.

FADLALLAH I. *La famille légitime en droit international privé (le domaine de la loi applicable aux effets du mariage)*, Dalloz, Paris, 1977.

FARGE M. *Le statut familial des étrangers en France : de la loi nationale à la loi de la résidence habituelle*, L'Harmattan, Paris, 2003.

FABRE-MAGNAN M. et MOULLIER P. (dir.). *La génétique, science humaine*. Berlin. 2004.

FABRE-MAGNAN M., *La gestation pour autrui*, LGDJ 2013

FENOUILLET D. (dir.). *L'argument sociologique en droit, pluriel et singularité*. Dalloz. Thèmes et commentaires, 2015.

FENOUILLET D., DE VAREILLES-SOMMIERES P. (dir.) *La contractualisation de la famille*. Economica. 2001.

FEUILLET-LIGER B. (dir.) *Procréation médicalement assistée et anonymat, panorama international*. Bruylant. 2008.

FEUILLET-LIGER B., CRESPO-BRAUNER M.-C. (dir.) *Les incidences de la biomédecine sur la parenté*. Bruylant. 2014.

FIORENTINO K. FIORENTINO A. (dir.) *Mater semper certa est : passé, présent, avenir d'un adage*, Bruylant 2018.

FOHRER-DEDEURWAERDER E., *La prise en considération des normes étrangères*, LGDJ, Paris, 2008.

FONDIMARE E. *L'impossible indifférenciation. Le principe d'égalité dans ses rapports à la différence des sexes*, dactyl., Université Paris Nanterre, 2018.

FOYER J. « Problèmes de conflits de lois en matière de filiation », *RCADI*, 1985, vol. 193.

FRANCESCAKIS Ph. *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Sirey, Paris, 1958.

FRANCQ S.É SAROLEA S. *Actualités européennes en droit international privé familial*. Anthemis. 2019.

FULCHIRON H. , SOSSON J. (dir.) *Parenté, Filiation, Origines, Le droit de l'engendrement à plusieurs*. Bruylant.2013.

FULCHIRON H., BIDAUD-GARON C. (dir.) *Vers un statut européen de la famille ?* Dalloz. 2014.

GANNAGÉ L., *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé. Étude de droit international privé de la famille*, LGDJ, Paris, 2001.

GANNAGÉ L., « Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de cultures », *RCADI*, vol. 357, 2013.

GAUDEMET-TALLON H., « La désunion du couple en droit international privé », *RCADI*, I, vol. 226, 1991.

HENNETTE-VAUCHEZ S. (dir.) *Bioéthique, Biodroit, Biopolitique. Réflexions à l'occasion du vote de la loi du 6 août 2004*. LGDJ. 2006.

HENNETTE-VAUCHEZ S., PICHARD M., ROMAN D. (dir.) *La loi et le genre*. CNRS éd. 2014.

HENNETTE-VAUCHEZ S., PICHARD M., ROMAN D. (dir.) *Etat des personnes, Conjugalité(s) et Parentalité(s). Ressources pédagogiques*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2016.

HENRY C. *Médecine créative et globalisation : nouveaux enjeux et nouvelles polémiques pour le droit international privé*. Thèse. Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2007.

HUET-WEILLER D., LABROUSSE C., CAMELBEKE (VAN) M., *La filiation*, Librairies techniques (Litec), Paris, 1981.

JACQUES P. (dir.) *Etre parent aujourd'hui*. Dalloz. Thèmes et commentaires. 2010.

JOUANNET P., PALEY-VINCENT C. (dir.). *L'embryon, le fœtus, l'enfant. Assistance médicale à la procréation et lois de bioéthique*, Paris, éd. Eska, 2009.

KRENC F., PUÉCHAVY M. (dir.), *Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme : actes du colloque organisé le 4 mai 2007 par l'Institut des droits de l'homme du barreau de Bruxelles et l'Institut des droits de l'homme du barreau de Paris*, Bruylant, Némésis, Bruxelles, 2008.

LAGOUTTE S. *Le droit au respect de la vie familiale dans la jurisprudence conventionnelle européenne*, dactyl., Université Paris 1 – Panthéon Sorbonne, Paris, 2002.

LEFEBVRE-TEILLARD A. *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, PUF, Paris, 1996.

LEGENDRE R. *Droits fondamentaux et droit international privé. Réflexion en matière personnelle et familiale*, dactyl., Université Paris 2 Panthéon - Assas, 2018.

LEMOULAND J.-J. LUBY M., (dir.), *Le droit à une vie familiale : actes du colloque du 30 juin 2006 à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour*, Dalloz, Paris, 2007.

LEQUETTE Y. « Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales », *RCADI*, vol. 246, 1994-II.

LEQUETTE Y. « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? », *RCADI*, vol. 387, 2016.

LERADP *Le droit de la famille à l'épreuve des migrations transnationales*, LGDJ, Paris, 1993.

MARAIS A. (dir.), *La procréation pour tous ?* Dalloz, Thèmes et commentaires, 2015, p. 69..

MARCHAL C. KHAIAT L. (dir) *La maîtrise de la vie. Les procréations médicalement assistées interrogent l'éthique et le droit*. Eres. 2012. pp 264

- MAZIÈRE P., *Le principe d'égalité en droit privé*, PUAM, Aix-en-Provence, 2003.
- MECARY C. *PMA et GPA. Que sais-je ?* 2019.
- MEDARD INGHILTERRA R. *La réalisation du droit de la non-discrimination*, dactyl., Université Paris Nanterre, 2020.
- MEEUSEN J. « Le droit international privé et le principe de non-discrimination », *RCADI*, vol. 353, 2011.
- MEILHAC-PERRI M. *L'autonomie de la volonté dans les filiations électives*. Thèse. 2014.
- MICHEL A., *Sociologie de la famille et du mariage*, PUF, Paris, 1972.
- MIRKOVIC A. *PMA, GPA. Quel respect pour les droits de l'enfant ?* Ed. Pierre TEQUI. 2016.
- MIRKOVIC A. (dir.) *Le don de gamètes*. Bruylant. 2014.
- MONTILLET – DE SAINT-PERN L. *La notion de la filiation en droit comparé : droit français et droit anglais*. 2013. Thèse sous dir. B.ANCEL.
- MURAT P., *Droit de la famille*, Dalloz, Paris, 2016.
- PANET A. *Le statut personnel à l'épreuve de la citoyenneté européenne : contribution à l'étude de la méthode de reconnaissance mutuelle*. Thèse. 2014.
- PARIZER-KRIEF K. *Etude comparative du droit de l'AMP : France, Allemagne, Grande-Bretagne*. Presse Universitaire d'Aix-Marseille. 2016.
- POTVIN-SOLIS L. (dir.), *Septièmes journées d'études du pôle Jean Monnet, 27, 28 et 29 novembre 2006. Le principe de non-discrimination face aux inégalités de traitement entre les personnes dans l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2010.
- PULJAK M.-P., *Le droit international privé à l'épreuve du principe communautaire de non-discrimination en raison de la nationalité*, Université Panthéon-Assas - Paris II, 2002.
- RAMET S. *Le droit communautaire et la famille*, d'Université Paris 1, 2001.
- RASS-MASSON L. *Les fondements du droit international privé européen de la famille*, Université Paris 2 Panthéon - Assas, 2015.
- RASS-MASSON L. *Les fondements du droit international privé européen de la famille*. Thèse. Univ. Panthéon-Assas Paris II. 2015.

REMY B. *Exception d'ordre public et mécanismes des lois de police en droit international privé*. DALLOZ, Paris, 2008.

RENAUT M.-H. *Histoire du droit de la famille*, Ellipses, Paris, 2012.

ROKAS K. *L'assistance médicale de procréation en droit comparé*, Thèse. Univ. Paris 1, 2016.

SALAMÉ G. *Le devenir de la famille en droit international privé. Une perspective postmoderne*. PUAM, 2006.

SCHAMPS . G., SOSSON J. (dir.) *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?* Bruxelles. Bruyant, 2013.

SIEW-GUILLEMIN A.-S., *La famille à l'épreuve des droits fondamentaux*, Université Côte d'Azur, 2017.

SUDRE F. (sous la dir.) *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme*. Bruylant. Bruxelles, 2002.

TCHEN V. (dir.) *L'enfant et le droit, regards de droit comparé et de droit international*. Institut Universitaire de Varenne. 2016.

TERRE F., PUIGELIER C. (dir.) *Réflexions sur la loi bioéthique*. Mare & martin. 2012.

THURILLET-BERSOLLE A. *Droits européens et droit de la famille : contribution à l'étude de la dynamique du rapprochement*, Université de Bourgogne, 2011.

VASSEUR-LAMBRY F. *La famille et la Convention européenne des droits de l'homme*, L'Harmattan, Paris, 2000.

Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille - Colloque du Laboratoire d'études et de recherches appliquées au droit privé de l'Université Lille II, LGDJ, Paris, 1996.

Le droit de la famille à l'épreuve des migrations transnationales, LGDJ, Paris, 1998.
Les familles sans frontières en Europe, mythe ou réalité ? - 101ème congrès des notaires de France, Nantes 1er-4 mai 2005, ACNF éditions, Paris, 2005. 93.

Les techniques de procréation. Actes du colloque organisée à l'université de Cergy-Pontoise le 17 mai 2019. LEJEP. 2021.

Rapports, Avis, Etudes

AGENCE DE LA BIOMÉDECINE, *Délibération sur la gestation pour autrui*, 21 sept. 2009.

Avis 113 du Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé : *La demande d'assistance médicale à la procréation après le décès de l'homme faisant partie du couple*, 10 fév. 2011.

CCNE, *Accès aux origines, anonymat et secret de la filiation*, avis n° 90, 24 novembre 2005.

CCNE, *Avis sur les demandes sociétales de recours à l'assistance médicale à la procréation*, avis n° 126, 15 juin 2017.

CCNE, *La demande d'assistance médicale à la procréation après le décès de l'homme faisant partie du couple*, Avis n° 113, 10 février 2011.

CE, *La révision de la loi bioéthique*, La documentation française, 2009.

CE, *Les lois bioéthiques : cinq ans après*, La documentation française, 1999.

CE, *Révision de la loi de bioéthique : quelles options pour demain ?*, La documentation française, 2018.

COMITÉ CONSULTATIF NATIONAL D'ÉTHIQUE, Avis 110 : *Problèmes éthiques soulevés par la gestation pour autrui*, 6 mai 2010.

CONSEIL D'ÉTAT, *La révision des lois de bioéthique*, 2009.

CONSEIL D'ÉTAT, *La révision des lois de bioéthique*, 2018.

BOLLÉE S. *La gestation pour autrui en droit international privé*, Trav. com. Fr.DIP 2012-2014. Pédone. Paris, 2015.

DÉFENSEURE DES ENFANTS, *L'enfant au cœur des nouvelles parentalités*, 2006.

DEKEUWER-DÉFOSSEZ F., *Rapport au garde des Sceaux, Ministre de la Justice, Renover le droit de la famille. Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, 1999.

DETRAIGNE Y., TASCA C. *Rapport d'information sur l'assistance médicale à la procréation et la gestation pour autrui*, Rapport n° 409, 17 février 2016.

DE SUTTER P. *Rapport du Conseil de l'Europe (Commission des questions sociales, de la santé et du développement durable) Don anonyme de sperme et d'ovocytes: trouver un équilibre entre les droits des parents, des donneurs et des enfants*. 20 février 2019.

GIROUX M., COURDURIES J. (dir.). Rapport du GIP « le recours transnational à la reproduction assistée avec don. Perspective franco-qubécoise et comparaison internationale. 2017.

GRANET, F. *La maternité de substitution et l'état civil de l'enfant dans des États membres de la CIEC*. 2014. http://www.ciec1.org/SITECIEC/PAGE_Etudes.

HERMITTE M-A., PARIZER K., MATHIEU S., BERGE J-S. (dir.) Analyse juridique et sociologique de l'état des questions en France à la lumière des pratiques étrangères en matière de filiation des enfants conçus par gestation pour autrui à l'étranger (Grande Bretagne, Belgique, Israël). GIP. 2017.

LEONETTI J., *Intérêt de l'enfant, autorité parentale et droit des tiers*, 2009.

LEONETTI J., *Rapport d'information visant à lutter contre les démarches engagées par des français pour obtenir une gestation pour autrui*, n° 2405, 26 novembre 2014.

PARSEVAL G. et DEPADT-SEBAG V. (dir.), *Accès à la parenté. Assistance médicale à la procréation et adoption, Pour une révision progressiste de la loi bioéthique*, Fondation terra nova, fév. 2010.

THÉRY I., LÉROYER A-M. *Filiation, origines, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*. La documentation française. 2014.

A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States.

[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOL-JURI_ET\(2013\)474403_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOL-JURI_ET(2013)474403_EN.pdf)

Articles, commentaires et contributions

« Dossier spécial filiation », *Dr. fam.*, n° HS, 2006.

« Les droits fondamentaux, une nouvelle catégorie juridique », *AJDA*, n° HS, 1998.

« Dossier : Réforme de la bioéthique. » *AJ Famille Dalloz*. 18 octobre 2021.

ARAMA V. « Le vrai coût de la PMA en France » in *Le Point*. 14/10/2019 https://www.lepoint.fr/societe/le-vrai-cout-de-la-pma-en-france-16-07-2019-2324818_23.php

ALEXANDRE D. « La protection de l'épouse contre la répudiation », in *Le droit de la famille à l'épreuve des migrations transnationales*, LGDJ, Paris, 1993, pp. 125-142.

AMBROISE C. « De la protection de la descendance illégitime au point de vue de la preuve de la filiation », *RTD Civ.*, 1902, pp. 257-284.

ANCEL B. « Le statut de la femme du polygame », in LERADP, *Le droit de la famille à l'épreuve des migrations transnationales*, LGDJ, Paris, 1993, p. 105 et s.

AUDIT M. « Bioéthique et droit international privé », RCADI 2014. t. 373, pp.231-447.

AZAVANT M. « Famille », *Rép. dr. eur.*, actualisé en avril 2019.

BASEDOW J. « Le rattachement à la nationalité et les conflits de nationalité en droit de l'Union européenne ». *Rev.crit. DIP.* 2010, 427-456.

BERNARD C. « Les problèmes posés par les demandes d'exequatur des décisions d'autorités religieuses étrangères en matière de divorce et de séparation de corps », *TCFDIP*, 1978, p. 76 et s.

BELLIVIER F. « Réflexion au sujet de la nature et de l'artifice dans les lois de bioéthique ». *Les Petites Affiches*. n°35. 18 février 2005. P.10.

BELLIVIER F., NOIVILLE C. « Contrat de travail et procreation médicalement assistée : quand commence une grossesse. » *Revue des contrats*. Juillet 2009. N3. P.1225.

BELLIVIER F., BRUNET L., HERMITTE M-A. « Les limitations légales de la recherche génétique et de la commercialisation de ses résultats : le droit français ». *Revue internationale de droit comparé*. 2006. 58-2. pp. 275-318

BERNELIN M. La responsabilité des intermédiaires, instrument de lutte contre les contrats de mère porteuse. *Revue des contrats*. n°3 pp.101-103.

BERTHIAU D., BRUNET L. « L'ordre public au préjudice de l'enfant », *D.* 2011, pp. 1522- 1529.

BOUREL P., MUIR WATT H. « Filiation. Établissement de la filiation : détermination des règles de conflit », *J.Cl. Droit international*, Fasc. 548-10, n° 13.

BISCHOFF J.-M. « Le mariage polygamique en droit international privé », *TCFDIP*, 1980-1981, t. 2, pp. 91-116

BOICHÉ A. « La séparation (Bilan de Bruxelles II bis, articulation avec Rome III, le règlement Aliments et le Protocole de la Haye) », in FULCHIRON H., BIDAUD-GARON C. (dir.), *Vers un statut européen de la famille*, Dalloz, Paris, 2014, p. 29 et s.

BOICHÉ A. « Internationalité du litige familial : la filiation biologique en droit international privé ». *AJ Famille*. 13 juin 2008.

BOUET-DEVRIÈRE S. « La protection universelle des droits de la femme : vers une efficacité accrue du droit positif international », *RTDH*, n° 43, 2000, pp. 452-477.

BRUNET L. « De l'art d'accommoder la gestation pour autrui au droit français : commentaire de CA Paris, 1^{re} chambre, section C, 25 octobre 2007 », *Revue générale de droit médical*, juin 2008, pp. 155-186.

BRUNET L. « La Cour de cassation valide l'adoption, par la conjointe de la mère biologique, de l'enfant né d'un don de sperme à l'étranger », *RDSS* 2014, pp. 1145.

BRUNET L. « Un arrêt trompe-l'œil sur la gestation pour autrui : retour du droit ou recul de la raison juridique ? ». *D.* 2009, n° 5, pp. 340-344.

BRUNETTI-PONS C. « Le tourisme procréatif –porte ouverte au trafic d'enfants et à l'exploitation de la misère ? » in *Le dossier « Au tour de la GPA »*. Les cahiers de justice. Revue trimestrielle de l'ENM. 2016/2. Ed.Dalloz.

BUCHER A. « La famille en droit international privé ». *R.C.A.D.I.*, 2000, t. 283, p.9.

BUSCHBAUM M. « La reconnaissance des situations juridiques fondées sur les actes d'état civil ? Réflexions critiques sur l'abandon de la méthode résultant des règles de conflit de lois ». *D.* 2011, pp. 1094-1100.

CAIRE A.-B., « L'ouverture des conditions d'accès à l'assistance médicale à la procréation : vers l'avènement de l'anthropotechnie procréative ? », *RDSS*, n° 2, 2018, pp. 298-310.

CALO E., « L'influence du droit communautaire sur le droit de la famille », in *Mélanges en l'honneur de Mariel Revillard*, Défrenois, Paris, 2007, pp. 53-76.

CHAIGNEAU A. « Pour un droit du lien : le débat sur la gestation pour autrui comme catalyseur d'un droit de la filiation renouvelé ». *RTD civ.* 2016. p. 263.

CHENEDE (F.) « De l'abrogation par refus d'application de l'article 16-7 du Code civil », *AJ fam.* 2017, p.375.

CHEYNET DE BEAUPRE A. « La révision de la loi relative à la bioéthique », *D.* 2011, p. 2267.

CORNELOUP S. « Les questions préalables de statut personnel dans le fonctionnement des règlements européens de droit international privé ». *Trav.com.fr.dip* 2011-2012, pp. 189-222 et débats pp. 223-228.

COURBE P. « L'application directe de la Convention des Nations unies sur les droits de l'enfant ». *D.*2006, pp. 1487-1490.

DEKEUWER-DEFOSSEZ F. « L'intérêt de l'enfant dans le droit de la filiation : les enseignements de l'affaire Mandet », *RLDC* 1 mars 2016, p. 39

DEKEUWER-DÉFOSSEZ F. « Le nouveau droit de la filiation : pas si simple ! », *RLDC*, n° 21, 2005, pp. 34-39.

DERÈSE M-N., WILLEMS G. « La loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes ». *Revue trimestrielle de droit familial*, 2/2008, pp. 279-359.

DIONISI-PEYRUSSE A., PICHARD M., « L'autorité parentale et la persistance des inégalités de genre », in HENNETTE-VAUCHEZ S., PICHARD M., ROMAN D. (dir.), *La loi et le genre, études critiques de droit français*, CNRS Éditions, Paris, 2014, pp. 485-502.

DURNERIN Ph., SCHINDLER-VIGUIÉ S. « La famille et la foi. La foi dans les rapports entre époux et dans les rapports père-mère-enfant », *LPA*, 1987, no 97.

FABRE-MAGNAN M. « Le refus de transcription : la Cour de cassation gardienne du Droit ». *D.* 2013, pp. 2384-2388.

FARGE M. « La filiation des enfants issus d'une GPA à l'étranger : la CEDH se livre à un bon diagnostic des incohérences du droit français, mais prescrit un remède discutable ! ». *RDLF* 2014, chron. n°21 <www.revuedlf.com>

FULCHIRON H. « GPA : une nouvelle lecture a minima des arrêts Labassée et Mennesson », *Droit de la famille* mai 2016, no 5, pp. 52-55.

FULCHIRON H. « La lutte contre le tourisme procréatif : vers un instrument de coopération international », *JDI* 2014, var.2, p.563.

FULCHIRON H. « La lutte contre le tourisme procréatif : vers un instrument de coopération international », *JDI* 2014, var.2, p.563.

FULCHIRON H., BIDAUD-GARAUD C. « Dans les limbes du droit, À propos de la situation des enfants nés à l'étranger avec l'assistance d'une mère porteuse », *D* 2013, pp. 2349-2357.

FULCHIRON H., BIDAUD-GARON C. « Reconnaissance ou reconstruction ? À propos de la filiation des enfants nés par GPA au lendemain des arrêts Labassée, Mennesson et Campanelli-Paradiso de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev.crit. DIP* 2015, pp. 1-42.

FULCHIRON H., MARTIN-CALDERO GUILARTE C. « L'ordre public international à l'épreuve des droits de l'enfant : non à la GPA internationale, oui à l'intégration de l'enfant dans sa famille », *Rev. crit. DIP* 2014 pp. 531-558.

FULCHIRON H. « La famille face à la mondialisation », LOQUIN É., KESSEDJIAN C. (Dir.), *La Mondialisation du droit*, Litec, Paris, 2000, pp. 479-493.

FULCHIRON H., « Oui à l'adoption plénière de l'enfant né par GPA », *Dr. fam.*, n° 11, 2018, comm. 260.

GALLOUX J-C., GAUMONT-PRAT H. « Droits et libertés corporels, Panorama de la législation, de la jurisprudence et des avis des instances éthiques », *Recueil Dalloz*, n°8, 2005, pp. 536-543.

GAUMONT-PRAT H. « La révision des lois de bioéthique face à l'évolution des modes de procréation : la maternité pour autrui », *Revue Lamy Droit civil*, n°45, janvier 2008, pp.39-43.

GOUESET G. Les cas de procréation post mortem en France et à l'étranger 13/08/2009 in *L'EXPRESS*.

GOUTTENOIRE A. « La Cour de cassation et les enfants nés de GPA à l'étranger : un revirement a minima », *JCP G*. 2015, pp. 1614-1617.

GRANET-LAMBRECHTS F. « Droit de la filiation : panorama janvier 2015-janvier 2016 », *D.* 2016, pp. 857-863.

GRANET-LAMBRECHTS F. et HAUSER J., « Le nouveau droit de la filiation », *D.*, n° 1, 2006, chron. 17, pp. 17-28.

HAFTEL B. « Insémination post mortem internationale, contrôle de proportionnalité et méthodes du droit internationale privé », *D.* 2016, pp. 1477-1480.

HAUSER J. « État civil des enfants nés à l'étranger d'une GPA : la valse des hypocrisies continue », *RTD civ* 2016, pp. 78-80.

HAUSER J., « Des filiation à la filiation », *RJPF*, n° 9, 2005, pp. 6-11.

HURPY H. « La judiciarisation par défaut du lien de filiation des enfants nés d'une GPA transfrontière avec la mère d'intention », *Rev. UE*, n° 631, 2019, pp. 486-494.

JESTAZ Ph. « L'égalité et l'avenir du droit de la famille », in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, PUF, Jurisclasseur, Paris, 1999, pp. 417-430.

JOYAL R. « Parenté, parentalité et filiation. Des questions cruciales pour l'avenir de nos enfants et de nos sociétés », *Enfances, Familles, Générations*, no 5, automne 2006 <http://www.erudit.org/revue/efg/2006/v/n5/015778ar.html>

KESSLER G., SALAMÉ G. « Ordre public de proximité et filiation », *D.*, n° 42, 2006, pp. 2890-2893.

KINSCH P. « L'apport de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in LAGARDE P. (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Paris, Pedone, 2013, pp. 43-55.

LABRUSSE-RIOU C. « La filiation en mal d'institution », in FABRE-MAGNAN M., *Écrits de bioéthique* (dir.), PUF, Paris, 2007, pp. 325-355.

LACROIX X. « Un droit à l'enfant ? » in FULCHIRON H. (dir.), *Mariage-Conjugalité, Parenté-parentalité*, Dalloz, Paris, 2009, p. 121 et s.

LAGARDE P. « La gestation pour autrui : Problèmes de droit interne et de droit international privé », RHDI 2009, pp. 511-520.

LACROIX X. « Un droit à l'enfant ? » in FULCHIRON H. (dir.), *Mariage-Conjugalité, Parenté-parentalité*, Dalloz, Paris, 2009, p. 121 et s.

LEFEBVRE-TEILLARD A. « *Pater is est quem nuptiae demonstrant*. Jalons pour une histoire de la présomption de paternité », *Revue historique de droit français et étranger*, n° 69, 1991, pp. 331-341.

LEMOULAND J.-J. « Le pluralisme et le droit de la famille, post-modernité ou pré-déclin ? », *D.*, n°18, 1997, pp. 133-137.

LEMOULAND J.-J. « Le tourisme procréatif », *LPA*, n° 62, 2001, pp. 24-33.

LENAERTS K. « Le droit comparé dans le travail du juge communautaire », RTDE 2001, pp. 487-528.

LEROYER M., « Réforme de la filiation. Ordonnance no 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation (JO 6 juill. 2005, p. 11159) », *RTD civ.*, n° 4, 2005, pp. 836-843.

LEROYER A.-M.. « La loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe. Au passé, présent et futur », *D.*, n° 25, 2013, pp. 1697-1705.

LEROYER A.-M., « Reconnaissance des unions homosexuelles en Italie », *RTD Civ.*, n° 1, 2018, pp.81-83.

LEROYER A.-M « La vie familiale de fait : un moyen pour la CEDH de sanctionner la GPA », *RTD civ.* 2021. 628.

LEROYER A.-M « Accouchement sous le secret : un petit pas ou un faux pas pour le père de naissance ? » *RTD civ.* 2021. 390.

LEROYER A.-M « Le prix des liens de famille », *RTD civ.* 2021.pp.388 . 28 juin 2021

LEROYER A.-M « Transcription de l'acte de naissance des enfants nés par GPA », *RTD Civ.* 2018. 31 mars 2018.

LEROYER A.-M « Les tests ADN et la certitude de la paternité », *RTD Civ.* , *RTD civ.* 2018. Pp.638. 25 octobre 2018.

LEROYER A.-M « Le consentement de la gestatrice n'est pas requis pour l'adoption de l'enfant né d'une GPA » *RTD Civ.*. 2021. Pp.115. 6 avril 2021

LEROYER A.-M « La prescription des actions relatives à la filiation à l'épreuve du contrôle de proportionnalité : une épreuve inutile », *RTD civ.* 2021. Pp.114 . 6 avril 2021

LEROYER A.-M « Quand le consentement à l'AMP avec tiers donneur n'existe plus », *RTD civ.* 2021. Pp.112. 6 avril 2021

LORENZINI L. « Gestation pour autrui : entre ordre public et intérêt supérieur de l'enfant. – Analyse de droit comparé (droit français et droit italien) au regard de la position de la CEDH », *JDI*, n° 3 Juillet 2017.

MALAUZIE P. « Pour : La Cour de cassation, son élégance, sa clarté et sa sobriété Contre : le judge made law à la manière européenne », *JCP G.* 2016, pp. 546-547.

MARCHADIER F. « La protection européenne des situations constituées à l'étranger », *D.* 2007, pp. 2700-2703.

MARCHADIER F. « Les droits fondamentaux comme "moteur" de la circulation des personnes et de leur statut familial », in FULCHIRON H. (dir.), *La circulation des personnes et de leur statut dans un monde globalisé*, Lexis Nexis, Paris, 2019, pp. 67-96.

MARCHADIER F., MARGUÉNAUD J.-P. « La dimension internationale et européenne des libertés et droits fondamentaux », in CABRILLAC R. (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, Paris, 2020, 26e éd., pp. 40-68

MASSIP J. « Le nouveau droit de la filiation », n° 3, 2006, *Deffrénois*, pp. 209-229.

MÉCARY C. (Entretien avec), « Adoption, transcription et GPA », *Dr. fam.*, n° 11, 2018, entretien 3.

MERCHANT J. « Une gestation pour autrui « éthique » est possible », *Travail, genre et sociétés* 2012/2, pp. 183-189.

MEYER P. « La reconnaissance : notions et méthodes », in LAGARDE P. (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Pedone, Paris, 2013, pp. 27-34.

MEULDERS-KLEIN M.-T. « Égalité et non-discrimination en droit de la famille. Le rôle des juges », *RTDH*, 2003, n° 56, pp. 1185-1202.

MIRKOVIC A. « L'anonymat du don de gamètes validé au regard de la Convention EDH », JCP G 2016.

MIRKOVIC A. « L'impossible adoption des "bébés Thalys" », *RLDC* n° 117, 2014, p. 40.

MONÉGER F. « La procréation médicalement assistée au regard des principes d'égalité et de nondiscrimination : perspectives de droit international privé », in OMARJEE I., MONÉGER F., ROY O., « Chronique de droit européen et comparé n° XXXII », *LPA*, n° 81, 2015, pp. 4 et s.

MONÉGER F., PLUYETTE G. « Exequatur et principes essentiels du droit français », in *Le droit entre tradition et modernité. Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe*, Dalloz, Paris, 2012, p. 447 et s.

MORANGE J. « La procréation médicalement assistée et la cohérence du droit », *RFDA*, n° 1, 2019, pp. 111-120.

MUIR WATT H. « Droits fondamentaux et reconnaissance en droit international privé », *JEDH*, n° 3, 2013, pp. 411- 435.

MURAT P. « L'égalité des filiations légitime et naturelle quant à leur mode d'établissement : jusqu'où aller ? ». *Dr. fam.*, 1998. p. 4 et s.

NEIRINCK C. « Réforme de l'assistance médicale à la procréation. Liberté procréatique, égalité arithmétique, parenté homosexuelle », *JCP G*, n° 13, 2019, doctr. 351, pp. 609-617.

NIBOYET J.-P. « L'universalité des règles de solution des conflits est-elle réalisable sur la base de la territorialité ? », *Rev. crit. DIP*, 1950, p. 509 et s.

NIBOYET M.-L. « Nouveau juges, nouveaux pouvoirs », in *Mélanges en l'honneur de Roger Perrot. Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?*, Dalloz, Paris, 1996, pp. 313-336.

NIBOYET M.-L., SINOPOLI L. « L'exequatur des jugements étrangers en France », *Gaz. Pal.*, 2004, no 169, p. 4 s.

PASTOR J.-M. « Le Sénat divisé sur le projet de loi bioéthique », *D. actualité*, 6 février 2020.

PATAUT E. « La citoyenneté européenne : vers l'élaboration d'un statut personnel et familial ? », in FULCHIRON H., BIDAUD-GARON C. (dir.), *Vers un statut européen de la famille*, Dalloz, Paris, 2014, p. 99 et s.

PÉRÈS C. « Lien biologique et filiation : quel avenir ? », *D.*, 2019, p. 1184 et s.

PETIT C. « Statut juridique des enfants nés d'une gestation pour autrui réalisée à l'étranger », D. 2013, pp. 2377-2382.

PFEIFF S., « Reconnaissance et théorie générale du droit international privé », communication orale, exposée lors du colloque organisé sur le thème « La circulation des personnes et de leur statut dans un monde globalisé » par L'université Lyon III – Jean Moulin le 11 et 12 octobre 2018, sous la direction de Monsieur Hugues FULCHIRON.

PFEIFF S. « Reconnaissance et théorie générale du droit international privé », in FULCHIRON H.(dir.), *La circulation des personnes et de leur statut dans un monde globalisé*, Lexis Nexis, Paris, 2019, pp. 171-184.

PICHARD M. « Gestation pour autrui : le principe d'indisponibilité de l'état des personnes désactivé ? ». LPA 25 décembre 2017, p. 6.

PICHARD M. « Conjugalités », in HENNETTE-VAUCHEZ S., PICHARD M., ROMAN D., *Genreet droit. Ressources pédagogiques*, Dalloz, Paris, 2016, pp. 229-262.

PICHARD M. « Genre et rapports patrimoniaux entre époux », in HENNETTE-VAUCHEZ S., PICHARD M., ROMAN D. (dir.), *La loi et le genre, études critiques de droit français*, CNRS . Paris, 2014, pp. 339-355.

PICHARD M. « Père-s- sans mere », LPA, n° 10, 2019, pp. 8-14.
PICHARD M. « "Toutes les femmes" ? », D., n° 39, 2019, pp. 2143-2148.

PICHARD M. « La commande d'enfant par son géniteur (est-elle une hypothèse de gestation pour le compte d'autrui ?) ». D. 2017, p. 1143.

PICHARD M. « Filiation : quelle place pour la volonté ? ». Mouvements 2015/2. N° 82. pp.141-147.

RAMBEAUD-COLLIN D., BOURDET-LOUBÉRE S. et RAYNAUD J-P « Du don d'ovocytes a la gestation pour autrui: réflexion sur le paradoxe du lien», *Dialogue* 2018/1 n° 219, pages 13 à 23 www.cairn.info

REIGNÉ Ph. « L'assistance médicale à la procréation, l'adoption et la fraude à la loi », *Dr. fam.*, n° 7-8, 2014, comm. 113.

REMY B. « Des notions de prévisibilité en matière de conflit de lois. Qui de l'œuf ? Qui de la poule ? », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, LGDJ, Paris, 2015, pp. 791-804.

RENAUD B. « Procréation médicalement assistée et filiation », *AJ famille* 2003, p. 197.

RENOUX T.-S. « Brèves réflexions sur la gestation pour autrui et le principe d'égalité », in *Les droits de l'homme à la croisée des droits, Mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre*, LexisNexis, Paris, 2018, pp. 633-643.

RIEG A. « L'harmonisation européenne du droit de la famille : mythe ou réalité ? », in STOFFEL W.A., VOLKEN P. (dir.), *Conflits et harmonisation. Mélanges en l'honneur d'Alfred E. von Overbeck*, Éditions universitaires, Fribourg, 1990, pp. 473-499.

ROUSSEL L. « La famille en Europe occidentale : divergences et convergences », *Population*, vol.47, n° 1, 1992, pp. 133-152.

ROUVIÈRE F. « Traiter les cas semblables de façon identique : un aspect méthodologique de l'idée de justice », *JRC*, 2012, p. 89 et s.

ROUVIÈRE F. « Le contrôle de proportionnalité dans la balance du juge », *RTD civ.*, n° 2, 2017, pp.524-526.

ROY O. « Filiation légale et réalités familiales : accès à la vérité biologique et intérêt de l'enfant », *LPA*, n° 70, 1998, p. 13 et s.

SAUVÉ J.-M. « Le principe d'égalité et le droit à la non-discrimination », in Défenseur des droits (dir.), *10 ans de droit de la non-discrimination*, colloque, 5 octobre 2015, p. 3.

SINDRES D. « Le tourisme procréatif et le droit international privé », *J.D.I.* 2015. pp. 429-504.

SINOPOLI L. « Droit au procès équitable et exequatur : Strasbourg sonne les cloches à Rome. », *Gaz. Pal.*, 21-23 juillet 2002, pp. 2-12.

VIGANOTTI É. « Enfants nés de mères porteuses, enfants sans mère : le débat reste ouvert », *AJ fam* 2016. pp. 437-438.

VEGLERIS P., « Le principe d'égalité dans la Déclaration universelle et la Convention européenne des droits de l'homme », in *Miscellanea W. J. Ganshof van der Meersch*, tome I, Bruylant-LGDJ, Bruxelles, Paris, 1972, pp. 575-580.

DE LA ROCHEBROCHARD E. L enfant sur 30 conçu par assistance médicale à la procréation en France in *Dans Population & Sociétés* 2018/6 (N° 556), pages 1 à 4.

2. Bibliographie Anglophone

Ouvrages, monographies, ...

KINDREGAN C., WHITE D. “International Fertility Tourism: The Potential for Stateless Children” in *Cross-Border Commercial Surrogacy Arrangements in Suffolk Transnational Law Review*, Vol. 36, p. 527, 2013
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2359775

MATHIEU G. *Le secret des origines en droit de la filiation*. 2014 Wolter Kluwer.

SCHERPE J-M, FENTON_GLYNN C., KAAAN T. *Eastern and Western Perspectives on Surrogacy*, *Intersentia*, 2019.

SIEGL V. These. *The fragile truths of commercial surrogacy*, 2020, Suisse. p.23.

TRIMMING K., BEAUMONT P. “*International Surrogacy Arrangements*”. Oxford and Portland. 2013.

MADDEN D. *Medicine, Ethics and the Law*. 2nd ed. 2011. P. 454.

WELLS-GRECO M. *The status of children arising from inter-country surrogacy arrangements*. Ed. Eleven. 2016.

Ch. WEIS *Born to birth’? - Surrogacy workers in Saint Petersburg*. Master Thesis, Utrecht University;

Ch. WEIS . *Reproductive migrations: Surrogacy workers and stratified reproduction in St Petersburg*. PhD Thesis, De Montfort University, 2017.

Articles, commentaries et contributions

BARTHOLET E. “International Adoption: Thoughts on the Human Rights Issues”, *Human Rights Law Review*. 2007. Pp.151-203.

CARBONE J. *The Legal Definition of Parenthood: Uncertainty at the Core of Family Identity*, 2005. *Lo. LA. Rev.* Pp. 1295 à 1297.

FENTON-GLYNN C. “ International surrogacy before the European Court of Human Rights” in *Journal of Private International Law*, 2017 Vol. 13, No. 3, 546–567.

KINDREGAN C., White C. “International Fertility Tourism: The Potential for Stateless Children” in *Cross-Border Commercial Surrogacy Arrangements in Suffolk Transnational Law Review*, Vol. 36, p. 527, 2013
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2359775

RABEL E., *The Conflict of Laws. A Comparative Study*, vol. I’University of Michigan Law School, Anne Arbor, 1958, pp. 94-95.

SABATTELLO M. Posthumously Conceived Children: An International and Human Rights Perspective. *Journal of law and health*. 29 (2014). P. 36. URL: <http://engagedscholarship.csuohio.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1426&context=jlh>

WEIS Ch. Changing Fertility Landscapes: Exploring the Reproductive Routes and Choices of Fertility Patients from China for Assisted Reproduction in Russia in *Asian Bioethics Review* (2021)

SIEGL V. The ultimate argument: Evoking the affective powers of 'happiness' in commercial surrogacy. In *Anthropological Journal of European Cultures* 27 (2). 2018. pp 1–21.

SIEGL V. Surrogate motherhood in Ukraine: The rise or decline of a lucrative international market? www.neweurope.info 22.01.2019.

VLASENKO P. Desirable Bodies/Precarious Laborers: Ukrainian Egg Donors in Context of Transnational Fertility. In *Fertile Citizens: Anthropological and Legal Challenges of Assisted Reproduction Technologies*. 2015, pp 197–216

GAIVA E. 2017. Medical tourism to Russia is booming. *Russia Beyond*, 10 March 2017;

International Medical Travel Journey (IMTJ): Russia - medical tourism flows. *International Medical Travel Journal*, 15 November 2017 et Ukraine – surrogacy on the increase 20th September 2018
<https://www.imtj.com/news/russia-medical-tourism-flows>;
<https://www.laingbuissonnews.com/imtj/news-imtj/ukraine-surrogacy-on-the-increase/>

NIKITINA O., STRELITSKI V. 2018. Leading organizational and economic models for the development of inbound medical tourism in Russia. In *Proceedings of the 2nd International Conference on Social, Economic and Academic Leadership (ICSEAL 2018)*, 157–163. Atlantis Press. <https://doi.org/10.2991/icseal-18.2018.23>;

RAVITSKY V., BOKEK-COHEN Y. *Life after Death: The Israeli Approach to Posthumous Reproduction* (Vol. II Familialism and Reproduction). Cambridge University Press. 21 December 2017.

RAM-TIKTIN E., GILBAR R. and auters. Expanding the use of posthumous assisted reproduction technique: Should the deceased's parents be allowed to use his sperm? *Clinical Ethics* . 2019, Vol. 14(1) 18–25

MEILHAC-PERRI Marion, « Surrogacy Across State Lines : Challenges and Responses, National Regulation and Cross-border Surrogacy in France », *Yearbook of Private International Law* 2014-2015, pp. 275-288

III Etudes

Comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States, 2013. Pp. 267-276. <http://www.europarl.europa.eu/studies>

3. Bibliographie russe, ukrainienne, biélorusse, kazakhe. (Etats de l'ex URSS)

Ouvrages, thèses, monographies et ouvrages collectifs

Russie

ANTOKOLSKAYA M. Droit de la famille. Norma. 3 ed. 2013.

BESPALOV U. (dir.) Droits d'enfant et les difficultés de les réaliser. Prospekté Moscou. 2019. // Беспалов Ю.(отв ред). Права ребенка и проблемы их реализации, Проспект. Москва. 2019.

BORISOVA T. *La GPA dans la Fédération de Russie : problèmes toriques et pratiques.* Moscou, Prospekt. 2013.

BORISOVA T. *Sur la question d'encadrement de la GPA en Russie.* IMPE Griboedova. 2007 // Борисова Т.Е. К вопросу совершенствования законодательного регулирования института суррогатного материнства в России, Научные труды ИМПЭ им Грибоедова, Москва, 2007

BORISOVA T., LEBEDINETS O. Sur la question des sujets de la gestation pour autrui. Publication suite à la conférence « L'État et le droit : les défis du XXI siècles ». Elit. 2009.

BOGDANOVA E., BELOVA D. *Les problmes actuels necessitant les reformes du droit dans le domaine de la GPA.* In Les problèmes actuels du droit russe. Avril 2021. N.16 (4). // Богданова Е., Белова Д. А. Актуальные проблемы рефоасироапния закокодательства о сурогатном материнстве in Актуальные проблемы российского права. апрель 2021. Т. 16. № 4 (125) .

BONNER A. Les problemes juridiques de l'insemination artificielle et de l'In vitro. Monographie. Prospekt. 2020. Pp.354.Правовые проблемы искусственного оплодотворения. Монография Боннер А.Т.; под ред. Черных И.И. Проспект 2020 354 стр.

CHERNISHOVA U. *La gestation pour autrui : volet pénal et socio-juridique*. Moscou. Urlitinfo. 2013. P.23// Чернышева Ю.А. Суррогатное материнство в РФ: уголовно-правовое, криминологическое и социально-правовое исследование. М. Юрлитинформ, 2013, с.23-,

CHISTIAKOVA U. « Au sujet du concept de la législation sur la PMA ». In La législation et l'économie. 2006.N9 //Ю.А. Чистякова К вопросу о концепции правового регулирования репродуктивной деятельности in "Законодательство и экономика", N 9, сентябрь 2006 г. ;

DOLGANOVA I., EROFEEVA D., EROFEEVA O., KIPRIEVICH A. et autres. *Les problèmes actuels du droit civil* sous la direction de R.Shagievoy. Justice. 2019.// Долганова И.В., Ерофеева Д.В., Ефимова О.В., Кирпичев А.Е., Кулаков В.В., Левушкин А.Н., Свиринов Ю.А., Смирнова В.В., Филиппова С.Ю. Актуальные проблемы гражданского права (под ред. д.ю.н., проф. Р.В. Шагиевой). ЮСТИЦИЯ. 2019 г.

DOUBROVNIK O., PIVOVAROV U. (dir.) *Le droit médical moderne en Russie et à l'étranger*. Moscou. Ed. Union. 2003. //Правовые аспекты применения ВРТ в России, Современное медицинское право в России и за рубежом, сборник науч. трудов. Под ред. О.Л.Дуьовик, Ю.С. Пивоваров. М. ИНИОН. 2003.

GRIDNEVA O. *Contrat de maternité de substitution : particularités de nature juridique*. // Гриднева О.В. Договор суррогатного материнства: Особенности правовой природы.

ISAKOVA E. *Le don des gamètes* in Conférence « Les techniques de reproductions modernes » Vladivostok. 18-19 septembre 2018. // Региональная конференция "Современные репродуктивные технологии". 40 лет ВРТ. Владивосток, 18-19 сентября 2018г. Суррогатное материнство. Донация гамет 2018 Э.В.Исакова <https://www.youtube.com/watch?v=sfaFWWuPHvc>

KHROUSTALEV U. *De l'éthique jusqu'à la bioéthique*. Rostov sur Don. Ed.Fenix. 2010. Pp.446.// Хрусталеv Ю.М. От этики до биоэтики: учебник для вузов / Ю.М. Хрусталеv. - Ростов н/Д: Феникс. 2010. - 446 с.

KOMKOVA G. Droits des femmes et hommes en Russie. La réalisation du principe d'égalité. Prospekt. 2019.// КОМКОВА Г.Н. (под ред). Права женщин и мужчин в России. Реализация принципа равенства. Проспект. 2019.

LAMBINA V. Les décisions de la CEDH référenciées dans les décisions de la Cour Suprême russe de 2010 à 2015. Statut. 2016. // Ламбина В.С. (под ред), Постановления Европейского суда по правам человека использованные в постановлениях и обзорах ВС РФ с 2010 по 2015гг, Статут.2016.

LEBEDEVA O. « De certains problèmes d'encadrement juridique de l'AMP mis en lumière par la nouvelle loi fédérale « Sur les bases de protection de la santé des citoyens » in Loi médicales, № 2, 2012..// Лебедева О.Ю. Некоторые проблемы правового регулирования вспомогательной репродукции в свете нового Федерального закона «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» // Медицинское право, № 2, 2012.

LEVOUSHKIN A. Le modèle théorique du droit de la famille dans les États CEI.// ЛЕВУШКИН А.Н.(под ред). Теоретическая модель построения системы семейного законодательства государств- участников СНГ. Юнити.2015.

LOPATIN P. Bioéthique. Ed.media, Moscou. 2010. Pp 269.//Лопатин П.В. Биоэтика: Учебник /П.В. Лопатин О.В. Карташова. - 4-е изд., перераб. и доп. - М.: ГЭОТАР-Медиа, 2010. - 269 с.

MALESHIN D. (dir.) Eurasian civil justice: the 25th anniversary of the Baltic and CIS countries. Statut. Moscou. 2015.// Евразийский Гражданский процесс: к 25-летию стран СНГ и Балтии. Статут. Москва.2015.

MEDVEDEV I. (dir) Codification du droit civil russe. Statut. 2008.

MEDVEDEV I. (dir.) Le livre du notaire. Statout. 2015.

MITRIAKOVA E.S. *L'encadrement juridique de la GAP en Russie*, 2006, Moscou.

MITRYAKOVA E. *Encadrement juridique de GPA en Fédération de la Russie*, Tumen, 2007

MITRYAKOVA E., *Réglementation légale de la maternité de substitution en Russie*, thèse, Tioumen, 2009, p. 82. // Митрякова Е.С. Правовое регулирование суррогатного материнства в России: дис. ... канд. юрид. наук. Тюмень, 2009. С. 82.

PCHELINTSEVA L. *Commentaires du Code de la famille*. Norma, page 148.//Пчелинцева Л.М. Комментарий к Семейному Кодексу РФ. *Норма: ИНФРА-М*", 2011 г. Стр. 730.

PESTRIKOVA A. *La création des embryons : but et utilisation comme fondement de la définition du statut des embryons*. Publication suite à la conférence « Les sciences nationales à l'époque des changements. » du 7-8 août 2015 à Ekaterinbourg .pp.11-17// Пестрикова А.А. Создание эмбрионов цель и дальнейшее использование, как основание определения их правового статуса. Отечественная наука в эпоху изменений: постулаты прошлого и теории нового времени: Сборник трудов 12-й Международной научной конференции (Екатеринбург, 7-8 августа 2015 г.). 2015. С. 11-17

PESTRIKOVA A. *Les obligations découlant de la GPA*. Samara. 2007. p108//Пестрякова А.А. Проблемы договора суррогатного материнства. Дисс. Самара. 2007.

PESTRYAKOVA A. *Les obligations en matière de GPA*. Samara.2007

PETROV E. *Les bases du droit successoral russe, allemand et français*. Moscou, 2015. p. 257.

PETUKOVA O., POPOVA A., SHISH E. et autres. *La perfection de la législation dans le domaine de la protection de la santé des citoyens de la Fédération de la Russie*. Delovoi dvor. 2017. //Петюкова О.Н., Попова А.В., Шиш Е.О., Буянова А.В., Воронов А.М., Мохов А.А., Баранов В.А., Райлян А.И., Бученков Г.А. Совершенствование законодательства об охране здоровья граждан в РФ. Деловой двор. 2017. 355стр.

POLYANSKI P. *Analyse historique des relations familiales et matrimoniales en Russie*. Zerkalo. Moscou. 2016. // ПОЛЯНСКИЙ П.Л. Правовое регулирование брачно-семейных отношений в российском обществе. Историко-правовое исследование. Зеркало. 2016.

POURGE A. *L'encadrement juridique de la GPA en tant qu'une technique de l'AMP*. Doushanbé, 2015.;

Problèmes actuels du droit. Publications suite à la VI conférence scientifique internationale, Moscou 2017. Pp62-65, éd. Buki-Vedi, 2017.// Актуальные проблемы права: материалы VI Междунар. науч. конф. (г. Москва, декабрь 2017 г.). М.: Буки-Веди, 2017.

RASHIDKHANOVA D., *Problèmes de régulation juridique des relations dans la production d'une intervention médicale dans les processus de reproduction de l'homme*, thèse, М., 2005, Р.

SAMOILOVA V.V. *Le droit de la famille lors de la réalisation des droits reproductifs en cas de recours à l'AMP*. Moscou. 2011. pp.167//Самойлова В.В., к.ю.н.,

Семейно-правовые аспекты реализации репродуктивных прав при применении вспомогательных репродуктивных технологий, Москва. 2011 год.

SERGEEV V. Bioéthique Moscou. Ed. Media. 2010.//Сергеев В.В. Биоэтика. Учебное пособие. - М.: ГЭОТАР-Медиа, 2010.

SILUYANOVA I. Biotique en Russie : les valeurs et les lois. Moscou. 2014. 192pp.//Силуянова И.В. Биоэтика в России: ценности и законы. - М.: РНИМУ им. Н.И.Пирогова, 2014. 192с.

TARASOVA A. (dir.) Actuelles difficultés de défense des droits non patrimoniaux d'enfants. Infra-M. Moscou. 2016.// Под ред. Тарасовой А. Актуальные проблемы защиты неимущественных прав детей. Москва. Инфра-М, 2016.

TIKHOMIROV U. (dir). Le concept général d'évolution du droit russe. Gordets. 2004 // ТИХОМИРОВ Ю.А. Общая концепция развития российского законодательства. Городец. 2004.

TROFIMETS I. Les problèmes relatifs à la conclusion du mariage et sa dissolution en espace post soviétique. Urlitinform. Moscou. 2012.// ТРОФИМЕЦ И.А. Актуальные вопросы заключения и прекращения брака на постсоветском пространстве. Москва. Юрлитинформ. 2012.

USHAKOV E. Bioéthique. М.:Urait, 2018. pp 306.

YAKOUSHEV P. (dir). Litiges relatifs aux enfants. Prospekt. 2018.// ЯКУШЕВ П.А. Споры о детях. Традиционные ценности и судебная практика. Москва. Проспект. 2018.

ZAVADSKAYA L. (dir.) *Expertise de la législation russe en matière de genre*, édit. BEK, 2001, pp 272. //Гендерная экспертиза российского законодательства / Отв. ред. Л.Н. Завадская. - М.: Издательство БЕК, 2001. - 272 с

2.2 Ukraine

BAIBAROSHA N. Le droit des célibataires à l'accès à la GPA in Conférence intitulée « Les problèmes actuels des sciences juridiques ». 2008.// Байбороша Н. С. Право одиноких мужчин и женщин на реализацию программы суррогатного материнства. Актуальні проблеми юридичної науки : зб. тез Міжнар. наук. конф. «Сьомі осінні юридичні читання»: у 4 ч., (Хмельницький, 28–29 листоп. 2008 р.). Хмельницький : Хмельницький ун-т управління та права, 2008. Ч. 3: Цивільне право. Сімейне право. Міжнародне приватне право. Комерційне право. Цивільний, господарський та адміністративний процес. С. 19-22.

DOROSH L., POTAPENKO I. « Le trafic d'organe et des cellules humaines » in Les questions relatives à la lutte avec les infractions pénales. N21. 2011. Pp.99-111.//Л. В. Дорош, И. В. Потапенко. Незаконная торговля органами или тканями человека in Вопросы борьбы с преступностью. Сборник научных трудов. 2011. Вып. 21, с. 99-111. http://dspace.nlu.edu.ua/bitstream/123456789/5486/1/Dorosh_99.pdf

GOLOVOSHCHUK A. La PMA comme moyen de réalisation du droit à la maternité. Publications suite à la conférence État de droit, légalité et droits de l'homme, Kiev, 28-29 juillet 2012. pp. 31-32// .Головащук А. П. Вспомогательные репродуктивные технологии как способ реализации права на материнство. Материалы конференции Верховенство право, законність та права людини. Киев, 28-29 июля 2012 г. С. 31-32.

GOLOVOSHOUK A. Les relations du droit civil dans le domaine de l'AMP (Réglementation en droit civil des relations liées à l'application de l'AMP ou Les règles du droit civil lors de l'AMP ou Encadrement de l'AMP par le droit civil) . Thèse. Kiev, 258pp, 2017.// Головащук А. П. *Гражданско-правовое регулирование отношений, связанное с применением ВРТ*: дисс. Канд. Юрид. Наук: Киев, 2017, 258 с.// Головащук А. П. Цивільно-правове регулювання відносин, пов'язаних із застосуванням допоміжних репродуктивних технологій. Дис. на здоб. наук. ступ. канд. юрид.наук: 12.00.03. Київ, 2017. 258 с.

MAIDANIK R. *Droit reproductifs. La gestation pour autrui*. Alerta. 2013 (en langue ukrainienne)//Майданик Р.А. Репродуктивні права. Сурогатне материнство. Издательство Алерта 2013

MIRONENKO V., PHILIPENKO S. *Le droit de la famille de l'Ukraine*. Kiev. 2008. p.259.pp.477

POUGACH D. *Encadrement administratif et juridique de la PMA*. Thèse. 2018. P.20 (pp211)// Пугач Д. А. Административно-правовое регулирование отношений в сфере ВРТ: дисс. Канд. Юрид. Наук. К., 2018. (укр)

Biélorussie

KROUGLOV V. *Le droit de la famille*. Ed. Amalfei. Minsk. 2013.

ANTSOUKH N. *Droit comparé e international de la famille*. Minsk. 2015.

Kazakhstan

Publications suite au colloque sur la GPA du 16 septembre 2014, Astana.

Revue Médecine reproductive. <https://karm.kz/congress/zhurnal-repromed-2020/>

Rapports, Avis, Etudes, Auditions

Russie

Compte rendu des auditions de Douma sur « Perfectionnement de la législation en matière familiale; opportunités et perspectives de sauvegarde des traditions familiales de la Russie » du 17 mars 2016.// Стенограмма парламентских слушаний на тему «Совершенствование семейного законодательства: возможности и перспективы сохранения традиций российской семейной культуры» 17 марта 2016 года.

Rapports annuels de la Société de la FR de la médecine reproductive (Российская Ассоциация Репродукции Человека) pour les années 2002 – 2020.

Comptes rendus des conférences annuelles de la Société de la FR de la Médecine reproductive depuis 2003.

Conférence internationale « Evolution du droit de la famille » du 15 et 16 novembre 2019. Moscou.

Auditions sur « Evolution d droit de la famille en Russie » à la Douma, 13 novembre 2019, Moscou.

Etude sur les problèmes du droit de la famille et de la PMA. // Исследование по проекту «Проблемы семейного права и новые репродуктивные технологии».

Le perfectionnement de la législation dans le domaine de la protection de la santé des citoyens russes sous dir. de PETUKOVA O. Delovoi mir. 2017.

Articles, commentaires et contributions

Russie

AFANASIEVA « La nature du contrat de la GPA et son contenu » revue *Droit médical*. 2015. N4. // Афанасьева И.В. Правовая природа и содержание договора суррогатного материнства in Медицинское право. 2015. N 4, pp. 39 - 42; Борисова Т.Е. Суррогатное материнство в Российской Федерации: проблемы теории и практики. М.: Проспект, 2012; Митрякова Е.С. Правовое регулирование суррогатного материнства в России Тюмень, 2006.

AFANASIEVA I. , PARAKONSKAYA K. « Les problèmes juridiques de la GPA », revue *Le droit immobilier et de la famille*. 2012. N5 p.23-24

ALBOROV S. « Certaines questions au sujet de la GPA » in *Juge* 2017, N6, pp43-45. // С.В.Алборов К некоторым вопросам суррогатного материнства. Судья. 2017. Номер 6, стр.43-45.

ANIKINA G. « Sur l'encadrement juridique de la procréation post mortem » in revue *Science. Société*. 2013 N2(2).

AYVAR L. « Encadrement juridique de la GPA en Russie. Les lacunes de la législation. » in revue *Le monde juridique*. N2. 2006. / Айвар Л.К. Правовое положение суррогатного материнства в России. Пробелы законодательства. Юридический мир. 2006, N2;

AYVAR L.K., Press-conférence du Service National des Actualités (Media) « Interdire la GPA en Russie », 2017.

BALASHOVA A. « Certains aspects de l'encadrement juridique de la GPA en Russie » in *Le symbole des sciences*. 2016. N 2 - 3 (14). p. 117 – 120 // Балашова А.И. Некоторые аспекты правового регулирования суррогатного материнства в Российской Федерации. Символ науки. 2016. N 2 - 3 (14). С. 117 – 120

BESKARAVAYNAYA T. « La commission d'enquête a présenté des vœux pieux comme une réalité » in *Medvestnik*. 21.06.2019. // Т.Бескаравайная. Следственный комитет выдал желаемое за действительное. 21.06.2019

BOBROVNIK U. « Les droits successoraux en cas de recours à la PMA post mortem. »

BONNER A. « Insémination artificielle : résultats, erreurs médicales et des drames humains » in *La loi*, 2015 N8. // А.Т. БОННЕР Искусственное оплодотворение: достижения и просчеты современной медицины и человеческие драмы, "Закон", 2015, N 8.

BRUKHOV R. « Le contrat de la gestation pour autrui en droit russe, kazakh et biélorusse. » in revue ... // Р.Б.Брюхов, кюн, Договор о суррогатном материнстве по законодательству России, Казахстана и Белоруссии.

CHASKOVA S. « Liberté de formation du contrat de la GPA comme un contrat atypique. » In *Lois russes: expérience, analyse, pratique*. N 2 2016. // Свобода формирования условий договора о суррогатном материнстве. In Законы России: опыт, анализ, практика", N 2, февраль 2016 г.

FARAKSHINA K. « L'objet du contrat de GPA : théorie et pratique. » In *Les problèmes du droit russe*. 2013. N6 // Фаракшина К.Ф. Предмет договора суррогатного материнства: теория и практика // Актуальные проблемы российского права. 2013. N 6.

KHAZOVA O. « Les aspects juridiques du recours à l'AMP en Russie. » In *Le droit médical moderne en Russie et à l'étranger*. Sous redaction O.Doubrovik, U.Pivovarov. 2003. Pp.200-202.//Правовые аспекты применения ВРТ в России, Современное медицинское право в России и за рубежом, сборник науч. трудов. Под ред. О.Л.Дубовик, Ю.С. Пивоваров. М. ИНИОН 2003.

KOKORIN A. « Au sujet du consentement de la gestatrice à l'inscription des parents d'intention sur l'acte de naissance de enfant. //Кокорин А.П. К вопросу о получении согласия суррогатной матери на запись родителями ребенка супругов, предоставивших свой генетический материал.

KORSAK V., Isakova E., Vorobieva O et autres. Première expérience de GPA en Russie in Problèmes liés à la reproduction. 1996 N2 pp.45 et suiv.//Корсак В.С., Исакова Э.В., Воробьева О.А., Цирюльников М.В., Аржанова О.Н. Первый в России опыт осуществления программы суррогатного материнства.//Проблемы репродукции. 1996 N26 с.45 и след.

LEVOUSHKIN A. « Réforme du droit de la famille : amélioration de la structure du Code de la famille de la Fédération de Russie et de la réglementation de certaines relations matrimoniales » in Problèmes actuels du droit russe, 2017, n° 5, p. 33, 87. // Левушкин А.Н. Реформа семейного законодательства: совершенствование структуры Семейного кодекса Российской Федерации и правового регулирования отдельных брачносемейных отношений // Актуальные проблемы российского права. 2017. N 5. С. 33. 87.

LEVOUSHKIN A., SAVELIEV I. « Les exigences législatives vis-à-vis des parents d'intention. » Le droit actuel. 2015. N 9. Pp 92-96.// Левушкин А.Н., Савельев И.С. Требования, предъявляемые законодателем к будущим родителям ребенка, рожденного с применением технологии суррогатного материнства // Современное право. 2015. N 9. С. 92 - 96.

LOZOVSKAYA S., Shodova M. « Les parties au contrat de GPA » in Droit de la famille et d'immobilier. 2016. N 3 p8-9.//С.В.Лозовская, М.Э.Шодова, Субъективный состав суррогатного материнства in Семейное и жилищное право, 2016. N3, стр.8-9

MAIFRAT A., REZNIK E. « L'état actuel et les perspectives d'évolution de la législation dans le domaine de la PMA » in Le droit de la famille et de l'immobilier. 2010. N3.

MAIFRAT A. « Sur la nécessité d'une loi fédérale sur les droits reproductifs des citoyens de la Fédération de la Russie » In Le journal juridique russe. N3 2009, p.152-155// А.В.Майфрат дюн, О необходимости принятия федерального закона о репродуктивных правах граждан РФ Российский юридический журнал 3/2009, стр.152-155

Maleina M. p. 95

MALINOVSKAYA E. «Encadrement juridique de la GPA en Russie et en Biélorussie » in *Droit de la famille et urbanisme*. N2 2007. Pp28-29.//Малиновская Е.Г. Правовое регулирование суррогатного материнства в РФ и республике Беларусь Семейное и жилищное право. N2 2007, стр. 28-29.

MALKIN O. « Les héritiers du droit (ceux qui héritent en vertu de la loi et non pas du testament? » In *Droit successoral*. 2014. № 4 pp 15-20. /Малкин О. Ю. Лица, призываемые к наследованию по закону in Наследственное право. 2014. № 4. С. 15, 20.

MITRIAKOVA E. « Les exigences vis-à-vis des parents d'intention lors du recours à la GPA ». *Urist*. Moscou. N 6. 2018. Pp 7-9//Е.С. Митрякова Требования к потенциальным родителям при использовании метода суррогатного материнства. Семейное и жилищное право. Юрист. Москва. 6 2018 Стр 7-9

MOMOTOV V. « Bioéthique dans le contexte législatif » in *Droit privé*, N1, 2019. P.30 // Момотов В.В. Биоэтика в контексте законодательства и правоприменения (суррогатное материнство) , Частное право, номер 1 2019.

MOSHKOVICH M. « Les embryons et le droit. » in *Urist*. 21.01.2009 <http://www.gazeta-yurist.ru/article.php?i=375>

MOUKHAMEDJANOV E., NOUGMANOV S. « Le regard juridique sur la thématique de la maternité de substitution » , *Urist*, N3 mars 2013. // « Правовой взгляд на вопросы, связанные с суррогатным материнством » Э. Мухамеджанов, С. Нугманов, Юрист. Март, №3,2013. <https://journal.zakon.kz/4551145-pravovoj-vzgljad-na-voprosy-svjazannye.html>

NECHAEVA A. « Vers une amélioration du Code civil. » in *Justice russe*. 2017. № 4. pp. 18-23// Нечаева А.М. К вопросу о совершенствовании Семейного кодекса РФ. Российская юстиция. 2017. № 4. С. 18-23

OGNEROBOV N. « Problème de légalisation du statut de l'embryon dans le contexte pénal de la protection de la vie ». In *Vestnik de l'Académie d'Altaï de l'économie et du droit*. N5, mai 2020. Pp 380-386.// Проблема легализации статуса эмбриона в контексте уголовно-правовой охраны жизни (Н.А. Огнерубов, журнал "Вестник Алтайской академии экономики и права", N 5 (часть 2), май 2020 г., с. 380-386.

SERGEEV U. « Carence dans la prestation des soins médicaux et les moyens d'y remédier. » in *Droit médical*. № 2. pp. 4-7 // Сергеев Ю.Д. Ненадлежащее оказание медицинской помощи и пути ее профилактики – сверхактуальная научно-практическая проблема. Медицинское право. 2016. № 2. С. 4-7

SERGEEV U. « Carence dans la prestation des soins médicaux et les moyens d'y remédier. » in *Droit médical*. № 2. pp. 4-7 // Сергеев Ю.Д. Ненадлежащее оказание медицинской помощи и пути ее профилактики – сверхактуальная научно-практическая проблема. Медицинское право. 2016. № 2. С. 4-7

SHEVCHOUK S. « Quelques problèmes d'encadrement de la PMA », in *Urist*. N9 2002// Шевчук С.С. Некоторые проблемы правового регулирования применения искусственных методов репродукции. Юрист. 2002. № 9.

AFANASIEVA I. « L'encadrement juridique de la GPA.» in *Droit médical*. N 2. 2007.// Афанасьева И.В. Правовое регулирование сурrogатного материнства//Медицинское право. 2007. №2.

SHEVCHOUK S. « Mécanisme de régulation contractuelle des relations dans la prestation de services médicaux : lacunes et faiblesses. » in *Lacunes dans la législation russe*. 2008, n° 2, p. 460. // Шевчук С.С. Механизм договорного регулирования отношений по оказанию медицинских услуг: пробелы и недостатки // Пробелы в российском законодательстве. 2008. №2. С. 460.

SHUKSHINA G. « Le droit à la succession et la procréation médicale. » In *Le droit médical*. 2011 №6.pp 41—45

SVITNEV K. « Le droit et l'éthique de la procréation post mortem » in *Les questions juridiques dans le domaine de la santé*. 2011 №6, pp 30—43.

SVITNEV K. « Les aspects juridique et éthique de la reproduction post mortem » in *Science. Société*. 2010

SVITNEV K. : « La vie après la mort : aspects juridique et éthique de la reproduction post mortem » in « *Les questions de droit dans le domaine de la santé*. 2011 N6, pp 30-43.

SIMONOV A. « L'avis des spécialistes » In *Monde juridique*, N8-9, pp.43-46.

VERES I. Les problèmes de la GPA in *Avocat*. 2013. № 3(150). Pp. 27-31 //Верес И. Я. Проблемы правового регулирования сурrogатного материнства. Адвокат. 2013. № 3(150). С. 27-31

«L'accès des étrangers à la GPA en Russie peut être prohibé». *Parlamentaskaya gazeta*. <https://www.pnp.ru/politics/inostrancam-mogut-zapretit-polzovatsya-v-rossii-uslugami-surrogatnogo-materinstva.html>

YARKOV V. « Sur l'impossibilité de suspension de la procédure devant la juridiction russe sur le fondement d'une décision étrangère. Procédure civile et d'arbitrage. 2018. №

12// ЯРКОВ В.В. « О возможности приостановления производства по делу российским судом на основании приказа иностранного суда (п. 5 ст. 144 АПК РФ). Арбитражный и гражданский процесс. 2018. № 12

KROUCHININA N. Le droit en cas des recours à la PMA à but criminel. L'étude gouvernementale financée № 18-29-14084. Résumé in Lex russica. 2020. Volume 73. N8. P.4753// Кручинина Н. В. Право в обеспечении безопасности генетических технологий от их использования в преступных целях . Lex russica.2020. Т. 73. № 8. С. 4753. Усследование выполнено при финансовой поддержке РФФИ в рамках научного проекта № 18-29-14084.

SHOURKO T. La maternité obligatoire : le corps reproductif d'une femme en tant que l'objet d'un encadrement étatique. In Laboratorium. N2. 2012. Pp.69-90//Щурко Т. Обязательное материнство: репродуктивное тело женщин как объект государственного регулирования in Laboratorium. N2. 2012.: с. 69–90

TEMKINA A. Les conseils des gynecologues sur la contraception et la planification de la famille dans le contexte de la biopolitique de la Russie. In Le journal des recherches sur la politiques sociale. N1. 2013. Pp.7-24.//

VORONINA A. Nouvelle maternité : l'approche sociaux-antropologique. In L'école de la philosophie. N6. 2018. Pp 104-109

VLASENKO P. La gestion à travers de la précarisation : l'expérience ukrainien du traitement des personnes infertiles grace à la FIV. In Le journal des recherches sur les politiques sociales .

Ukraine

ABLYATINOVA N. « Les problèmes de la maternité de substitution en Ukraine. » in in *Revue de l'Académie juridique d'Odessa*. Odessa. 2009 pp.167-173.

DAKHNO F. « La GPA » in *Médecin des femmes*. 2007 N 3. pp 13-17. // Дахно Ф. В. « Суррогатное материнство » *Женский врач / Жіночий лікар*. – 2007. – № 3 (11). – С. 13– 17.

GOLOVOSHOUK A. Certains aspects des relations juridiques du don de cellules reproductrices. Conférence « Influence de la science juridique sur le développement de la législation internationale et nationale », Kharkov, 06-07 avril 2013 ;

JOURAVLEV D. "La GPA a droit à la protection notariale » in *Revue juridique*. 2008. № 12. С. 111-112. // Журавльов Д. «Сурогатне материнство» має право на захист нотаріусом. Юридичний журнал. 2008. № 12. С. 111-112.

KVIT N. « Limites juridiques de la création et de l'utilisation d'embryons humains : comparaison des législations allemande et ukrainienne » in *Droit comparé*. 2019, № 3. pp. 87-92. // Квит Н. Правовые пределы создания и использования человеческих эмбрионов: сравнение немецкого и украинского законодательства in *Сравнительное аналитическое право*. 2019, № 3. С. 87-92;

LEWANDOWSKI K. "To the question of the legal status of the human embryo" in *University Scientific Notes*, 2014. № 1, pp. 69-82. // К.Левандовски «К вопросу правового статуса эмбриона человека» / Университетские научные записки, 2014. № 1, С 69-82.

MARTINUK L. // Мартынюк Л. П. Правовое регулирование применения вспомогательных репродуктивных технологий в Украине: проблемные аспекты. Вестник ОНУ имени И.И. Мечникова. Правознавство. 2019. Т. 24. Вып. 1 (34). (на укр) <http://heraldlaw.onu.edu.ua/article/view/170523/172935>

MARTUNYUK L. « L'encadrement juridique du recours à l'AMP en Ukraine : aspects problématiques. « Vestnik de l'université juridique d'Odessa. Pravoznanie. 2019. N34. pp93-105. // Вісник ОНУ імені І. І. Мечникова. Правознавство. 2019. Т. 24. Вип. 1(34).

MARTYNIUK L. Réglementation juridique de l'application des techniques de reproduction assistée en Ukraine : aspects problématiques Vestnik éd. Pravoznastvo. N34 2019. p.96 <http://heraldlaw.onu.edu.ua/article/view/170523/172935> // Мартынюк Л. П. Правовое регулирование применения вспомогательных репродуктивных технологий в Украине: проблемные аспекты. Вестник ОНУ имени И.И. Мечникова. Правознавство. 2019. Т. 24. Вып. 1 (34). (на укр).

OLOVOSHOUK A. « Les aspects juridiques du contrat de la GPA. « In *Gazette du Ministère de la Justice de l'Ukraine*. 2013. N9. Pp.73-78. // Головащук А.П. Правові аспекти договору про сурогатне материнство. Бюлетень Міністерства юстиції України. 2013. № 9. С. 73–78

POUGACH D. « Misions et droits des organes étatiques dans le domaine de la santé. » in *Droit et politique*. 2016. N4. // Пугач Д.А. Функции и полномочия органов государственной власти в сфере административно-правового регулирования здравоохранения, в частности вспомогательных репродуктивных технологий. Право и Политика. 2016. № 4. С. 77-82.

TALANOV Y. « Les problèmes actuels de la maternité de substitution dans la législation ukrainienne. » in *Bulletin de l'Université nationale des affaires intérieures de Kharkiv*. 2012. pp. 360-368.

TYCHINSKAYA E. Les aspects juridiques d'usage des embryons humains créés in vitro. In *Médecine et le droit*. Lvov, 2010. Pp 263-267

VENEDIKTOVA I. « Encadrement juridique des services de maternité de substitution en droit ukrainien. » In *Medix*. Kiev, 2010. № 3 (15). С. 62-63 // Венедіктова І. В. Правове регулювання послуг з сурогатного материнства за чинним законодавством України. *Medix*. Anti-Aging. Антиейджинг. Антистаріння : журнал укр. лікарської еліти (ТОВ «Медікс»). Київ, 2010. № 3 (15). С. 62-63

VENEDIKTOVA I. « Réalisation et protection des intérêts des personnes dans les relations juridiques de reproduction. » in *Ukraine juridique*. 2012. № 11. pp. 46-50.

...

4.3. Biélorussie

BASSAI E. « Établissement d'origine des enfants nés par GPA dans les Etats membres de l'union eurasién ». Publications suite à la conférence sur la « Biélorussie dans le monde d'aujourd'hui ». Minsk, 2018. Pp.107-109. <https://elib.bsu.by/handle/123456789/215885> //Басалай Е. И Установление происхождения детей рожденных суррогатной матерью в государствах - участниках ЕАЭС. Материалы конференции «Беларусь в современном мире», Минск, 26 окт. 2018 г..стр.107-109.

SHILKO V. « Encadrement juridique du contrat de GPA en Biélorussie et en Russie. » Conférence de l'université de Vitebsk en 2017 sur « Les problèmes actuels du droit comparé : la théorie et la pratique. » // Шилко В., аспирант. Правовое регулирование договора суррогатного материнства в республике Беларусь и Российской Федерации: сравнительно-правовой аспект. Актуальные проблемы сравнительного правоведения: теория и практика. Витебск, 21-22 апреля 2017 г.

STREKH V. « Le discours d'un professionnel sur les problèmes d'aujourd'hui : La GPA. » in *Actualités juridiques*. 20.08.2018// В.Стрех. Професійно про актуальне: Суррогатне материнство. Новини права. 20.08.2019. <http://pravo.by/novosti/novosti-pravo-by/2019/august/38815/>

...

4.4. Kazakhstan

BEKBERGENOVA D. Intervention au colloque sur la GPA, Astana 2014.

DANAEVA D. « Les aspects médicaux et éthiques de la GPA au Kazakhstan. » Table ronde sur la GPA. 2014, Astana.

DJUSOUBALIEVA T., BADELBAEVA L. « Gestation pour autrui » in *Pratique clinique de la médecine reproductive*, Alma-Ata, 2015. Ed. MedMedia. pp 237-// Т.М.Джусубалиева, Л.А.Бадельбаева « Суррогатное материнство » in Клиническая практика в репродуктивной медицине.

LOKSHIN V « L'aide juridique en cas des soins médicaux pour le traitement d'infertilités au Kazakhstan », rapport de la conférence « Les techniques reproductives aujourd'hui et demain », 2018.

LOKSHIN V , AKHMETOVA E. « L'AMP au Kazakhstan selon les registres de 2011 » in *La médecine reproductive* 2013. N3-4, pp.5-10.// Локшин В. Н., Ахметова Э. А. Вспомогательные репродуктивные технологии в

...

4.5. Autres Etats de l'ex URSS

MAKARENKO G. « Les règles juridiques d'établissement de la filiation en cas de recours à l'AMP ». in *Droit médical*. N2. 2007.//Макаренко Г.Н. « Правовое регулирование отношений установления отцовства и материнства при применении методов ВРТ ». Медицинское право. 2007. N2.

...

4. Autres documents

Communiqué de presse portant sur « Les difficultés liées à la maternité de substitution à caractère international au programme de travail de la Conférence de La Haye »,

http://www.hcch.net/index_fr.php?act=events.details&year=2011&varevent=216&zoek=maternit%E9%20de%20

Conférence de La Haye de droit international privé/Affaires générales et politique, Opportunité et possibilité de poursuivre les travaux menés dans le cadre du projet filiation/maternité de substitution, doc. prélim. No 3 B d'avril 2014 à l'attention du Conseil d'avril 2014 sur les affaires générales et la politique de la Conférence

Conférence de La Haye de droit international privé/Affaires générales et politique, Étude sur la filiation juridique et questions découlant des conventions de maternité de

substitution à caractère international, doc. pré-l. No 3 C de mars 2014 à l'attention du Conseil d'avril 2014 sur les affaires générales et la politique de la Conférence, pp. 40-41, nos 74-75 : <http://www.hcch.net/upload/wop/gap2015pd03c_fr.pdf>

Conférence de La Haye de droit international privé/Affaires générales et politique, Questions de droit international privé concernant le statut des enfants, notamment celles résultant des accords de maternité de substitution à caractère international », mars 2011, p. 25, n° 54 sur : <http://www.hcch.net/upload/wop/genaff2011pd11f.pdf>

Family Law, Informations on the rules, Regeringskansliet, éd. révisée de 2013, p. 32 ; <http://www.government.se/contentassets/1e0263a0318e47b4b8515b535925941b/family-law> > dernière visite 12.10.2016

Le document préliminaire du mars 2011 établie par le Bureau Permanent portant sur les «Questions de droit international privé concernant le statut des enfants, notamment celles résultant des accords de maternité de substitution à caractère international » [n° 54] dans : <http://www.hcch.net/upload/wop/genaff2011pd11f.pdf>

Les documents de travail du Sénat, *La gestation par autrui*, Étude de Législation Comparée n° 182, Série Législation Comparée, Janvier 2008, pp. 1-41 <http://www.senat.fr/noticerap/2007/lc182-notice.html>

Les documents de travail du Sénat, *L'Homoparentalité*, Étude de Législation Comparée n°LC 100, Série Législation Comparée, Janvier 2002, pp. 1-20 <http://www.senat.fr/noticerap/2007/lc182-notice.html>

Position du Groupe européen de droit international privé sur la solution des conflits positifs de nationalités dans les instruments existants de droit international privé de l'Union européenne ; 23ème réunion Lausanne, 20 - 22 septembre 2013

Note préliminaire No 11 de mars 2011 de la CHHC « Questions de droit international privé concernant le statut des enfants, notamment celles résultant des accords de maternité de substitution à caractère international ».

5. Textes officiels

5.1. Textes européens

5.2. France

Code de la santé publique, art. L. 2153-1 et suivant(s) -art. L. 2141-1 et suivant(s), L. 2162-1 et suivant(s) et R. 2141-1 et suivant(s) : Objet et mise en œuvre de l'assistance médicale à la procréation.

Nouveau code de procédure civile, art. 1157-2 et suivant(s) : Procédure de consentement à l'assistance médicale à la procréation.

Réponse du ministre (JO déb. Ass. nat., Questions, 1er mai 2012) : Procréation médicalement assistée – Contournement de la loi française

Loi no 824 du 12 octobre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle

5.3. CEI

Recommandations sur l'éthique, l'encadrement juridique et la sécurité dans le domaine des techniques médicales liées à la génétique dans les Etats membres des Etats membres de la CEI adoptées le 31 octobre 2007 l'assemblée // Рекомендации «Об этико-правовом регулировании и безопасности генетических медицинских технологий в государствах –участниках СНГ».

5.4. Russie

Circulaire sur la technique de l'insémination artificielle avec un recours au sperme d'un donneur en cas d'indications médicales. // Инструкции по применению метода искусственной инсеминации женщин спермой донора по медицинским показаниям, утвержденной названным Приказом Минздрава № 301.

L'arrêté du ministère de la Santé du 09.09.2013 N787 (paragraphes 7.1 - 7.2).

L'arrêté du Ministère de la santé russe du 30 août 2012 N107 énumère les raisons médicales ouvrant accès à la procréation médicalement assistée en excluant ainsi l'accès à ces techniques pour des raisons de pure convenance.

Loi fédérale sur les actes d'état civil du 15 novembre 1997 n ° 143-FZ (modifiée le 3 août 2018 n °319-FZ).

...

5.4. Ukraine

Principes fondamentaux de la législation ukrainienne concernant les soins de santé N° 2801-XII du 19.11.1992.

Arrêté du Cabinet des ministres n° 1025 du 10 novembre 2010 relative à l'approbation des formes d'actes d'état civil et des descriptions et formats des notes dans les registres d'état civil. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1025-2010-%D0%BF>

Arreté du ministère de la Santé n° 787 du 09.09.2013 "Sur l'approbation des conditions et procédures d'utilisation des techniques de procréation médicalement assistée en Ukraine" constitue la base normative régissant ces soins médicaux//Порядок использования вспомогательных репродуктивных.

...

5.5. Biélorussie

La loi de la République de Biélorussie N341-Z du 7 janvier 2012 sur la PMA.

Loi de Biélorussie...Закон Республики Беларусь «О внесении изменений и дополнений в Кодекс Республики Беларусь о браке и семье».

...

5.6. Kazakhstan

5.7. Autres Etats de l'ex-URSS

La loi de l'Arménie du 11 décembre 2020 sur la santé et les droits reproductives.// Закон Республики Армения «О репродуктивном здоровье и репродуктивных правах человека» от 11 декабря 2002 г. : <http://www.parliament.am/legislation.php?sel=show&ID=1339&lang=rus>

6. Table des décisions citées (par ordre chronologique)

CEDH

CEDH, 13 juin 1979, *Arrêt Marckx*.

CEDH, 22 avril 1997, *X, Y et Z c. Royaume-Uni*, req. n° 21830/93

CEDH, 11 juillet 2002, *Goodwin c/Royaume Uni*, req. no 28957/95

CEDH, 1re sect., 28 juin 2007, *Wagner c. Luxembourg*, req. n° 76240/01.

CEDH, 6 mai 2004, *Monique, Oriane et Lilian HUSSIN c. Belgique*, req. n° 70807/01

CEDH, 16 décembre 2010, *A.B.C. c. Irlande*, req. n° 25579/05 (arrêt de Grande Chambre).

CEDH, 3 mai 2011, *Negrepontis-Giannissis c. Grèce*, requête no 56759/08.

CEDH, 15 mars 2012, *Gas et Dubois c. France*, req. n° 25951/2007.

CEDH, 26 juin 2014, *Mennesson c. France* et *Labbassée c. France*, req. n°65192/11, n°65941/11.

CEDH, 8 juillet 2014, *D. et autres c. Belgique*, req. n° 29176/13.

CEDH, 27 janvier 2015, *Paradiso et Campanelli c. Italie*, req. n° 25358/12

CEDH, 9 juin, 2016, *Chapin et Charpentier*, req. n° 40183/07 .

CEDH, 21 juillet 2016, *Foulon et Bouvet c. France*, req. nn° 9063/14 et 10410/14

CEDH, 24 janvier 2017, *Paradiso et Campanelli c. Italie* (arrêt de Grande Chambre).

CEDH, 19 novembre 2019, *C et E c. France*, req. nn° 1462/18 et 17348/18.

CEDH, *CJK, AMH et SH c. Pays-Bas*, req. n°15666/89.

CEDH, 16 juillet 2020, *D c. France*, req.n° 11288/18.

CEDH, 18 mai 2021, *Valdís Fjölnisdóttir et autres c. Islande*, req.n° 71552/17.

CJCE 4 févr. 1988, Hoffmann

France

Cass Civ. 1ère du 4 novembre 2020 (pourvois nos 19-15.739 et 19-50.042)

Cass. Civ. 1re, 5 juill. 2017, n° 16-16.455

Cass., ass. plén., 3 juill. 2015, nos 14-21.323 et 15-50.002

Cass., ass. plén., 31 mai 1991, n° 90-20.105

Cass., ass. plén., 4 oct. 2019, n° 10-19.053

Civ. 1re, 18 déc. 2019, n° 18-11.815.

TGI Versailles, 1re ch., 26 févr. 2019, no 16/07633

...

6.4. Russie

Ordonnance de la Cour suprême de la Fédération de Russie du 2 juillet 2019, l'affaire N 64-KG19-6.// Определение СК по гражданским делам Верховного Суда РФ от 2 июля 2019 г. N 64-KГ19-6.

Décision de la Cour Suprême du 13.01.2011 NGKPI10-1601 « Sur le rejet de la demande d'invalidation partielle de l'arté6 de l'Ordonnance sur la PMA approuvée par le Ministère de la Santé du 26.02.2003 N67 »//Решение Верховного Суда РФ от 13.01.2011 N ГКПИ10-1601 «Об отказе в удовлетворении заявления о признании частично недействующим пункта 6 Инструкции по применению методов вспомогательных репродуктивных технологий, утв. Приказом Минздрава РФ от 26.02.2003 N 67».

Affaire N 2-1894/2011.

Affaire n° 661/4534/14-ts.

Affaire N2-1601/2011 du Tribunal du district Smolni de Saint Peterbourg.

Affaire N33-1180-08 l'arret de cassation de la cour régionale de Nijni Novgorod et le tribunal de Sarov de la région de Nijnii Novgorod. // Кассационное определение Нижегородского областного суда от 18.03.2008 по делу N 33-1180/08. Саровский городской суд Нижегородской области.

Affaire N4r/5-8659/11 devant la Cour de Moscou.

Arrêt de la Cour Suprême de la Fédération de la Russie N ГКПИ10-1601 du 13 janvier 2011 sur le refus d'invalider l'alinéa 6 de l'Instruction sur l'utilisation de la technique de la procréation assistée.

Arrêt du TGI de Rostov sur le Don, district Sovetski, l'affaire No 2-2540/2018 du 02.10.2018 .

Arrêt de la Cour d'Appel de Moscou du 8 avril 2014 N 33-10938

Décision du tribunal régional de Sverdlovsk du 28 août 2007, N 33-5744/2007. //Определение Свердловского областного суда от 28 августа 2007 г. N 33-5744/2007

Arrêt N2-4104 du 5 août 2009 rendu par le Tribunal du district Kalininsky de Saint Pétersbourg (l'affaire de Natalya Gorskaya).

Arrêt N2-4104 du 5 août 2009 rendu par le tribunal du district Kalininsky de Saint Pétersbourg (l'affaire de Natalya Gorskaya).

Arrêt N2-4104 du 5 août 2009 rendu par le Tribunal du district Kalininsky de Saint Pétersbourg (l'affaire de Natalya Gorskaya).

Décision du 15 mai 2012 N880-О //Определение об отказе в принятии к рассмотрению жалобы граждан ЧП и ЧЮ на нарушение их конституционных прав положениями п4 ст51 СК РФ и п5 ст16 Фз об актах ГС.

Décision du tribunal du district Nikulinsky de Moscou du 17.02.2014, confirmé par arrêt de la Cour d'Appel (tribunal de la ville) de Moscou du 16.05.2014 dans l'affaire N 33-16344/14.// Решение Никулинского районного суда г. Москвы от 17.02.2014 и Определение Московского городского суда от 16.05.2014 по делу N 33-16344/14.

Décision № 2-467/11URL du Tribunal de district Podolski de Kiev du 10 février 2011.//Решение Подольского районного суда города Киева от 10 февраля 2011 г., дело № 2-467/11 <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/15586243>

Jugement du Tribunal du district Babushkinki de Moscou du 28 avril 2011 et l'arrêt du Tribunal de Moscou du 8 juin 2011 N4Г/5-8659/11.

Jugement du Tribunal du district Babushkinki de Moscou du 28 avril 2011 et l'arrêt de la Cour (appel) de Moscou du 8 juin 2011//Определение судьи Московского городского суда Дело N4Г/5-8659/11

Décision de la CA du district de Sakhalin du 23.10.2018. //Апелляционное определение судебной коллегии по гражданским делам Сахалинского областного суда от 23 октября 2018.

Ordonnance du Plenum de la Cour Suprême N16 du 16.05.2017. Cette Ordonnance a été examinée dans le chapitre précédent. Nous pouvons simplement ajouter que ni les tribunaux, ni la Cours Suprême n'abordent pas la question du recours a la GPA sans raisons médicaux. Une fois l'enfant est né, il est dans son intérêt d'avoir sa filiation établie même s'il n'aura qu'un seul parent. /// Постановления Пленума Верховного Суда № 16 от 16.05.2017 г. "О применении судами законодательства при рассмотрении дел, связанных с установлением происхождения детей.

Arrêts du 4 août 2010 N2-2745/10 du Tribunal de district Baboushkinsky de Moscou et du 4 mars 2011 N2-1601/11 du Smolensky district de Saint-Peterbourg..

Arrêts du 4 août 2010 N2-2745/10 du tribunal de district Baboushkinsky de Moscou et du 4 mars 2011 N2-1601/11 du Smolensky district de Saint-Peterbourg.

6.5. Ukraine

Arrêt de la cour d'appel de Kiev № 22-TS/796/331/2014 du 22.01.2014 – analysé dans la Partie I de la thèse. // Апелляционный суд города Киева своим постановлением от 22 января 2014 года по делу № 22-ц/796/331/2014

Arrêt № 2011/21182/12 du Tribunal de district Dzerzhinski de Kharkov du 20 juin 2013 // Заочное решение Держинского районного суда города Харькова от 20 июня 2013 г, дело № 2011/21182/12. <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/32215213>

Arrêté du ministère de la Justice de l'Ukraine du 18 octobre 2000 № 52.5./Приказ Министерства юстиции Украины от 18 октября 2000 года № 52/5 Об утверждении Правил государственной регистрации актов гражданского состояния в Украине [//http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/REG4940.html](http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/REG4940.html)

Arrêté du Ministère de la Santé du 09.09.2013 № 787. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1697-13#n15>

Décision du tribunal du district Chevtchenko de Kiev du 4 juin 2018 N761/15726/17 concernant aussi un couple des commanditaires allemands.// Решение Шевченковского районного суда г. Киева от 04.06.2018. дело № 761/15726/17. Une autre affaire similaire concernant deux jumeaux nés de la GPA en Ukraine pour les parents d'intention allemandes : décision du district Kupianski de la région Kharkov N628/834/18 du 3 avril 2018. Решение Купянского межрайонного суда Харьковской обл. от 03.04.2018. дело № 628/834/18

Décision du tribunal de la ville de Snezhnyansky de la région de Donetsk du 6 mai 2014, numéro d'affaire 244/459/14-ts. URL : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/38599594>

Décision du tribunal du district Bakaleisky de la région de Kharkov du 23 septembre 2014 № 610/3305/14-ц// Балаклейском районном суде Харьковской области рассматривалось дело № 610/3305/14-ц URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/40221742>

Décision N 628/834/18 du tribunal interdistricts Koupyanski de la région de Kharkov du 3 avril 2018ю Dans cette affaire, la mère d'intention est anglaise et le père – philippin. Les parents d'intention ont eu besoin d'une décision de justice pour pouvoir rentrer avec l'enfant au Royaume Uni. Leur demande a été satisfaite par le Tribunal ukrainien. <http://reyestr.court.gov.ua/Review/73185026>// Решение Купянского межрайонного суда Харьковской обл. от 03.04.2018. дело № 628/834/18; décision du Tribunal de district Chevtchenko de Zaporojie N2-o-239-10 concernant un couple des canadiens <http://reyestr.court.gov.ua/Review/13124758> //Решение Шевченковского районного суда г. Запорожье от 13.12.2010. дело № 2-o-239-10 ; décision de district Pecherski de Kiev du 9 novembre 2015 – idem pour la nationalité du Royaume Uni du couple commanditaire. Решение Печерского районного суда г. Киева от 09.11.2015. дело № 757/36315/15-ц.

Décision N759/10945/19 du tribunal du district Sviatoshinski de Kiev du 3 septembre 2019 relatif à la demande d'un couple allemand.//Решение Святошинского районного суда

г. Киева в деле № 759/10945/19 от 03.09.2019 <http://reyestr.court.gov.ua/Review/84089176>; Décision du tribunal du district Chevtchenko de Kiev du 4 juin 2018 N761/15726/17 concernant aussi un couple de commanditaires allemands.// Решение Шевченковского районного суда г. Киева от 04.06.2018. дело № 761/15726/17.

Décision N759/10945/19 du tribunal du district Sviatoshinski de Kiev du 3 septembre 2019.// Решение Святошинского районного суда г. Киева в деле № 759/10945/19 от 03.09.2019 <http://reyestr.court.gov.ua/Review/84089176>.

Новокаховский городской суд Херсонской области , решение 4 ноября 2014 по делу № 661/4534/14-ц <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/41371515>

La décision du Tribunal de Novokakhovsk de la région de Kherson du 3 juillet 2014 № 661/2127/14-TS URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/39568572>// Решение Новокаховского городского суда Херсонской области от 03 июля 2014 г, дело № 661/2127/14-ц. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/39568572>

La décision № 2-467/11URL du Tribunal de district Podolski de Kiev du 10 février 2011.//Решение Подольского районного суда города Киева от 10 февраля 2011 г., дело № 2-467/11 <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/15586243>

Décision de la Cour spécialisée suprême de l'Ukraine .../Вищого спеціалізованого суду України № 6-791св13 // Определение Высшего специализированного суда Украины по рассмотрению гражданских и уголовных дел от 10 апреля 2013 г., дело № 6-791св13 <http://reyestr.court.gov.ua/Review/30865462>

6.6. Autres Etats

Affaire anglaise - Re X & Y (Foreign Surrogacy), [2008] EWHC (Fam) 3030

7. Articles de presse

BENKIMOUN Paul, « Les députés britanniques autorisent la conception de bébés à partir de trois ADN », Le Monde, 25/02/2015 consultable dans :

<http://www.lemonde.fr/medecine/article/2015/02/03/vers-des-bebes-a-trois-adn-auroyaume-uni_4569028_1650718.html> dernière visite : 29.08.2015

BOLLÉE Sylvain, LÉROYER Anne-Marie, PATAUT Étienne, « L'État dans les chambres à coucher », Le HuffPost, 7 mars 2014

GARO A., MIKHALCHOUK O., BABAK O. et autres. L'intérêt supérieur de l'enfant et la législation sur la PMA. 18.12.2019 <https://www.hsa.org.ua/blog/najkrashhi-interesy-dytyny-vs-zakonodavstvo-u-sferi-zastosuvannya-drt-surogatne-materninstvo-stattya-ganny-garo-ta-spivavtoriv-2///> Анна Гаро, Ольга Михальчук, Оксана Бабак, Ирина Попика, Мария Бабишена. Лучшие интересы ребенка vs законодательство в сфере применения ВРТ (суррогатное материнство).

JAROVA O., European Business Association // Оксана Жаркова, координатор комитетов Европейской Бизнес Ассоциации (04.11.2019) <https://eba.com.ua/deyaki-pytannya-u-sferi-reproduktyvnyh-tehnologij-vymagayut-uvagy/>

MANCHOUK A. « Ukraine : le centre mondial pour la maternité de substitution. » <https://prometej.info/blog/diskussiya/ukraina-globalnyj-centr-surrogatnogo-materinstva/>

MEDVEDEV D. « Il n'est plus possible de laisser la GPA hors du champ juridique. » In TASS 15.05.2019. <https://tass.ru/obschestvo/6432181> ou <https://www.pnp.ru/politics/medvedev-voprosy-surrogatnogo-materinstva-nevozmozhno-ostavlyat-vne-zakonodatelstva.html>

<https://eba.com.ua/deyaki-pytannya-u-sferi-reproduktyvnyh-tehnologij-vymagayut-uvagy/>

PETROV I. « Le Comité d'enquête Fédérale propose de nouvelles sanctions pénales pour les erreurs médicales » 20.06.2019 <https://rg.ru/2019/06/20/sk-predlagaet-novye-ugolovnye-nakazaniia-za-vrachebnye-oshibki.html>

Affaire anglaise - Re X & Y (Foreign Surrogacy), [2008] EWHC (Fam) 3030;

Affaire allemande - <http://www.ukrainiansurrogates.com/surrogacy-ban-in-germany:>

Affaire belge - http://www.nbcnews.com/id/41800437/ns/world_news-wonderful_world/t/boy-stuck-years-ukraine-arrives-belgium/

« Les enfants nés trois ans après le décès de leur père » in *Komsomolskaia pravda* le 7 mai 2017 <https://m.kp.ru/daily/26676.3/3698008/>

La table ronde de la commission de la Douma d'État sur les questions relatives à la famille, aux femmes et aux enfants sur "La réglementation juridique de la maternité de substitution : aspect familial et juridique". <https://www.vesti.ru/article/1814196>; http://www.rahr.ru/d_index/report_ks.pdfЖ; <http://duma.gov.ru/news/9259/>

Press-conference du Service National des Actualités (Media) « Interdire la GPA en Russie », 2017.

Service d'information surrogacy.ru //Информационная служба surrogacy.ru
http://www.surrogacy.ru/surrogacy_news126

<https://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-4804614-5854905> et
[https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{%22itemid%22:\[%22003-4804614-5854905%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{%22itemid%22:[%22003-4804614-5854905%22]})

<https://ivfclinic.com.ua/kriokonservaciya-spermy--embrionov-i-yaycekletok>

[https://kodeksy-](https://kodeksy-by.com/zakon_rb_o_vspomogatel_nyh_reproduktivnyh_tehnologiyah.htm)
[by.com/zakon_rb_o_vspomogatel_nyh_reproduktivnyh_tehnologiyah.htm](https://kodeksy-by.com/zakon_rb_o_vspomogatel_nyh_reproduktivnyh_tehnologiyah.htm)

[https://medvestnik.ru/content/news/Sledstvennyi-komit-et-udalil-s-portala-](https://medvestnik.ru/content/news/Sledstvennyi-komit-et-udalil-s-portala-zakonoproekt-o-vvedenii-medicinskih-statei-v-UK.html)
[zakonoproekt-o-vvedenii-medicinskih-statei-v-UK.html](https://medvestnik.ru/content/news/Sledstvennyi-komit-et-udalil-s-portala-zakonoproekt-o-vvedenii-medicinskih-statei-v-UK.html)

https://pravo.by/upload/docs/op/H11900200_1561496400.pdf

<https://www.kommersant.ru/doc/4434730> « Les étrangers n'arrivent pas récupérer un
millier d'enfants nés des mères porteuses en Russie » 30.07.2020

<https://www.ohchr.org/EN/Issues/Children/Pages/Surrogacy.aspx>

<https://www.youtube.com/watch?v=JBWJoN7GL6k&vl=ru>

<https://www.youtube.com/watch?v=JBWJoN7GL6k&vl=ru>

INDEX ALPHABÉTIQUE

La numérotation renvoie aux numéros de pages

Aide médicale à la procréation : v. Procréation médicalement assistée.

Bioéthique : 32, 37, 72

CEDH : 392

Don de gamètes : 63, 72 et sv., 84, 230

Embryons : 84, 322

Etat civil : 188, 194, 199, 206, 269, 378, 382

Filiation : 188 et sv., 201 et sv., 216

- *Maternelle* 202
- *Paternelle* 203, 210, 213, 139

Gestation pour autrui : 108, 328, 350 et sv.

- *Conditions d'accès* : 125 et sv.
- *Contrat* : 150 et sv., 160 et sv, 173
- *Filiation* :
- *Satut de la mère porteuse* : 139

HCCH : 410

Procréation médicalement assistée : 37 et sv.

- *Conditions d'accès* : 41
- *Réformes* : 250 et sv., 304 et sv. ,351 et sv.

Prise en charge financière : 92 et sv.

Procréation post mortem : 86, 129, 277 et sv., 288, 307

Sanctions pénales : 184, 319, 343, 360, 381

Annexe 1

	RUSSIE	UKRAINE	BIELORUSSIE	KAZAKHSTAN
PMA avec tiers donneur	autorisée	autorisée	autorisée	autorisée
Condition d'accès quant aux parents d'intention	couple marié et femme célibataire	couple marié	femme	couple marié
Condition quant à la gestatrice	être âgée de 20 à 35 ans ; avoir un enfant en bon santé	être âgée de plus de 18 ans ;	être âgée de 20 à 49 ans ; être marié, avoir un enfant en bon santé	être âgée de 20 à 35 ans ; avoir un enfant en bon santé
Statut de l'enfant à la naissance en cas de la GPA	la gestatrice a le droit de garder l'enfant	reconnu comme l'enfant des parents d'intention	reconnu comme l'enfant des parents d'intention	reconnu comme l'enfant des parents d'intention
Rôle de l'officier d'état civil en cas de la GPA	transcription directe sur les registres d'état civil, sous réserve de l'accord exprès post natal de la gestatrice	transcription direct des parents d'intention en tant que parents de l'enfant né de la GPA sur les registres d'état civil	transcription direct des parents d'intention en tant que parents de l'enfant né de la GPA sur les registres d'état civil	transcription direct des parents d'intention en tant que parents de l'enfant né de la GPA sur les registres d'état civil

Sommaire

Introduction 11

PARTIE I. DES RÈGLES D'ÉTABLISSEMENT DE LA FILIATION INADAPTÉES AUX RÉALITÉS PRATIQUES 35

TITRE I. L'ENCADREMENT DE LA PROCREATION MÉDICALEMENT ASSISTÉE DANS LE DROIT DES PAYS D'EUROPE CENTRALE ET ORIENTALE 36

CHAPITRE I. Les techniques et procédés de procréation et leur régime juridique. 39

SECTION I. La procréation médicalement assistée : le droit de devenir parent. 40

§ I. Des législations des Etats fondées sur un socle commun. 41

A. Les règles générales de la PMA en Europe orientale. 41

B. Les conditions générales d'accès à l'assistance médicale à la procréation : de nombreuses analogies entre les législations russe, ukrainienne, kazakhe et biélorusse 50

1. L'exigence de raisons médicales : une règle commune à tous les ordres juridiques 51

1. Statut matrimonial et orientation sexuelle : encadrement des bénéficiaires dans le but d'imiter la procréation charnelle. 53

2. Âge de procréer 63

3. Don et statut du donneur 65

§ II. Difficultés d'application 82

A. Statut des gamètes et embryons et AMP post mortem, post séparation, rémunération 86

B. Réparation du préjudice en cas d'arrêt du traitement à l'initiative d'un des conjoints. 92

SECTION II. Conditions matérielles et financières d'accès à l'assistance médicale à la procréation 93

§ I. Prise en charge des patients de la PMA dans le système de santé russe 97

§ II. Comparaison avec les règles de prise en charge de la procréation médicalement assistée dans autres Etats	102

CHAPITRE II. Spécificités des réglementations relatives à la gestion pour autrui	104

SECTION I. Un encadrement législatif variable et hétérogène de la gestation pour autrui dans les Etats d'Europe orientale et d'Asie centrale	109

§ I. La légalité de la gestation pour autrui dans les Etats d'Europe orientale et d'Asie centrale.	109

1. La notion de gestation pour autrui dans les Etats de l'Europe de l'Est et en Asie centrale.	118

2. Analyse croisée de ces définitions	122

3. Les liens biologiques et juridiques avec l'enfant	123

§ II. Conditions légales pour bénéficier de la gestation pour autrui	125

A. Conditions d'accès pour les parents d'intention	129

1. Exigence de raisons médicales (post mortem)	129

2. Statut matrimonial des parents d'intention (accès des femmes et hommes célibataires)	130

B. Le statut de la mère porteuse	139

SECTION II. Le contrat de gestation pour autrui dans les Etats d'Europe orientale	150

§ I. La mise en place des règles lacunaires par la Russie, la Biélorussie, l'Ukraine et le Kazakhstan	152

A. La nature incertaine du contrat de gestation pour autrui	160

B. Les parties au contrat de gestation pour autrui	164

1. Les parties initiales au contrat de gestation pour autrui	164

2. Des parties au contrat de gestation pour autrui	166

C. Caractère commercial du contrat.	167

D. Les formes du contrat	170

E. Mentions obligatoires prévues par la loi	171

§ II. Exécution du contrat de gestation pour autrui en Russie, Kazakhstan, Biélorussie et Ukraine	173

A. Droits et obligations des parties du contrat de gestation pour autrui	174

B. Responsabilité en cas de non-exécution ou de mauvaise exécution du contrat de gestation pour autrui	177

TITRE II. L'ÉTABLISSEMENT DE LA FILIATION FACE AUX NOUVEAUX MODES DE CONCEPTION 185

CHAPITRE I. La filiation et les règles d'état civil	188

SECTION III. Règles générales d'état civil sur la filiation en Russie et en Europe orientale	189

SECTION IV. Règles générales de la filiation en Russie et en Europe orientale	201

§ I. Etablissement de la filiation par l'effet de la loi.	201

A. Filiation maternelle.	201

B. Filiation paternelle	203

1. Reconnaissance paternelle subordonnée à l'accord de la mère	208

2. Reconnaissance prénatale en droit russe : un acte révocable	209

3. Pratiques spécifiques en l'absence de mention du père dans l'acte de naissance	210

4. Primauté manifeste de l'intérêt de la mère au détriment du droit de l'enfant d'avoir deux parents	212

§ II. L'établissement contentieux de la filiation paternelle.	213

CHAPITRE II. L'établissement de la filiation en cas de recours à la procréation médicalement assistée.	215

SECTION I. La contestation de la filiation en cas de recours à la procréation médicalement assistée	221

A. L'impossibilité de revenir sur l'accord donné au recours à la procréation médicalement assistée avec donneur	224

B Les lacunes : durée de validité du consentement, erreur sur les gamètes	226

C La prohibition de la filiation vis-à-vis de deux parents de même sexe : l'ordre public interne - refus d'une filiation homosexuelle	229

SECTION II. Impossibilité d'établir la filiation avec le donneur	229

A. Les règles générales : l'anonymat du don et l'absence de filiation avec le donneur.	229

B Les problèmes d'application de la règle découlant de la pratique.

231

PARTIE II. LE NECESSAIRE RENOUVELLEMENT DU CADRE LEGAL EN MATIÈRE DE PROCRÉATION MÉDICALEMENT ASSISTÉE ET DE GESTATION POUR AUTRUI 249

TITRE I. Des réformes indispensables pour limiter les recours abusifs à la PMA et à la GPA 250

CHAPITRE I. Le célibat des parents d'intention, la procréation post mortem : la
fabrique du droit au-delà de la loi 251

SECTION I. Le parent d'intention célibataire : une filiation incertaine 253

§ I. La reconnaissance de la filiation pour les femmes célibataires 255

A. L'égalité entre les femmes mariées et non mariées : les incohérences
législatives corrigées par la jurisprudence 257

B. Une confirmation du droit des femmes célibataires à la gestation pour
autrui par la Cour Suprême russe 262

§ II. La reconnaissance de la filiation pour les hommes célibataires : une
inégalité des sexes au niveau réglementaire corrigée par la jurisprudence 263

A. L'évolution de la législation concernant l'accès à la gestation pour autrui
des hommes célibataires 264

B. Une interdiction du recours à la gestation pour autrui aux hommes
célibataires depuis la loi fédérale de 2011 267

C. Des jurisprudences discordantes rendant l'établissement de la filiation
paternelle automatique aléatoire 269

1. La jurisprudence défavorable à l'enregistrement du père 269

2. Jurisprudences favorables à l'enregistrement d'un père commanditaire
célibataire 270

3. La précarité de la décision favorable 271

D. La situation en Ukraine : changement de situation vis-à-vis des parents
célibataires et des couples de même sexe 273

E. Les autres Etats de l'ex-URSS. 277

SECTION II. Une procréation *post mortem* : une remise en cause de la condition
d'être en vie pour procréer. Exemple de la Russie 277

§ I. La procréation *post mortem* dans un projet de couple 282

§ II. La procréation *post mortem* pour garantir la descendance d'une personne
289

CHAPITRE II. La nécessité d'une législation nationale plus détaillée sur la
procréation médicalement assistée 300

SECTION I. Des réformes nécessaires dans le domaine de la procréation
médicalement assistée 303

§ I. Une nécessaire refonte du droit afin de limiter les abus et de protéger les
personnes impliquées dans la PMA/GPA 304

§ II. Le besoin vital d'un cadre pénal précis dans le domaine de la PMA en
Russie : la nécessité de poser des limites. 318

SECTION II. La nécessité d'une législation détaillée sur la gestation pour autrui
327

§ I. Nécessité de légiférer dans le domaine de la gestation pour autrui en droit
russe 328

538. La situation de l'enfant et ses droits 333

539. Abandon de l'enfant né 334

§ III. Nécessité de légiférer en droit ukrainien 346

CHAPITRE III. Les difficultés à légiférer dans le domaine de la gestation pour
autrui 349

SECTION I. Les tentatives des autorités russes 350

§ I. Plusieurs initiatives législatives sans résultat final 350

A. Les débats publics et les propositions de la commission de la Douma sur
les affaires de la famille, des femmes et des enfants en 2017 (Mizulina) 350

B. Echec de la proposition de loi N 1177252-6 sur la modification des
dispositions du Code de la famille de la Fédération de Russie et de l'article 16 de la loi
fédérale "sur les actes d'état civil" en ce qui concerne le recours aux techniques de
reproduction assistée **Erreur ! Signet non défini.**

C. Echec du projet de loi N 133590-7 sur la prohibition de la gestation pour
autrui dans la Fédération de Russie 353

D. Projet de loi N473140-7 déposé le 24.05.2018 . 354

E. Projet de loi du 14 juillet 2020 sur les modifications du Code de la
famille dans le but de renforcer la famille (l'institution de la famille) 356

F. Ordonnance du ministère de la Santé N803n du 31.07.2020 sur les modalités du recours à la procréation médicalement assistée, les contre-indications et l'empêchement au recours à ces techniques 357

§ II. Réformes éventuelles visant à créer une responsabilité pénale des médecins 358

§ III. Les évolutions récentes 359

SECTION II. Réformes avortées et en cours en Ukraine 361

TITRE II. Les situations transnationales : nécessité de respecter le droit international et les ordres publics étrangers 373

CHAPITRE I. La prise en compte d'éléments d'extranéité en vue d'assurer une reconnaissance de la filiation 374

SECTION I. Une incohérence au regard des restrictions de la loi française en matière de PMA/GPA et de la CEDH : une mise en difficulté supplémentaire du juge français 375

SECTION II. La CEDH : un équilibre entre l'intérêt de l'enfant et le libre choix des Etats de légiférer sur la gestation pour autrui 392

CHAPITRE II. L'élaboration d'un instrument international : vers une meilleure protection de l'enfant et des parties les plus vulnérables 408

SECTION I. Les travaux de la Conférence de La Haye 410

SECTION II. Quelques autres réflexions au niveau international 417

Conclusion générale 420

Bibliographie 422