**LIV AZEVEDO SARMENTO**

# A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO E SEUS DESAFIOS NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

**Dissertação de Mestrado**

**Orientador: Professor Titular Dr. Gustavo Ferraz de Campos Monaco**

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO**

**FACULDADE DE DIREITO**

**São Paulo – SP**

**2019**

**LIV AZEVEDO SARMENTO**

# A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO E SEUS DESAFIOS NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração em Direito Internacional, sob orientação do Prof. Titular Dr. Gustavo Ferraz de Campos Monaco.

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO**

**FACULDADE DE DIREITO**

**São Paulo – SP**

**2019**

Serviço de Processos Técnicos da Biblioteca da

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

---

SARMENTO, Liv Azevedo
A gestação de substituição e seus desafios no Direito Internacional Privado / Liv Azevedo Sarmento. – São Paulo: L. A. Sarmento, 2019.
163 f.

Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, 2019.
Orientador: Prof. Titular Dr. Gustavo Ferraz de Campos Monaco.
Notas de rodapé.
Inclui bibliografia

1. Direito internacional privado. 2. Direito de família. 3. Gestação de substituição. 4. Conferência da Haia de direito internacional privado. 5. Projeto filiação/maternidade substituição. I. Monaco, Gustavo Ferraz de Campos. II. Título.

---

## AGRADECIMENTOS

A Deus, pelo dom da vida, pela saúde e pelas incontáveis graças de todos os dias. A Gustavo Ferraz de Campos Monaco, orientador e mestre, que me acolheu já ao longo da caminhada e acreditou no meu trabalho quando eu mesma já tinha desacreditado. A Paulo Borba Casella, professor e mestre, pelos conselhos, orientações e por tantos livros durante os anos de mestrado. A André de Carvalho Ramos, pela preciosa ajuda na escolha do tema e nas primeiras lições. A Luís Renato Vedovato, pelos ensinamentos e amizade.

A Laís, minha amada irmã, por todos os sorrisos e choros, pelo abraço mais caloroso e apoio incessante, desde o começo dessa jornada. Por vibrar nas vitórias e me encorajar nas derrotas. Pela presença única, mesmo tão distante. A Antonio Carlos, meu querido pai, pelas orações e pela torcida, pela serenidade nas palavras que me fizeram recuperar o ânimo sempre que precisei. A Bernard, cunhado-irmão, por trazer mais alegria e amor à família. Obrigada pela torcida diária.

A todos os meus AMIGOS, de diferentes cantos do mundo, que me ajudaram às vezes sem saber, com um simples gesto em forma de ligações, mensagens, energias, conselhos e oração, caminhando ao meu lado. Em especial a Nathalia Duccini, Guilherme Fernandes, Bruna Nowak, Renan Teles, Gabriela Werner, Clodoaldo Anunciação, David Carvalho, Kelly Ferreira e Dario Fonseca. A Carlos Eduardo Carreira, por todas as noites de trabalho na escrita, na revisão, no conselho, nas ideias... enfim, no ânimo inacabável.

A Lucas, meu amado filho, pelos copos de água que apareciam na mesa de trabalho, seguidos de um beijo e lanchinhos da noite, por entender tão bem esse longo período, principalmente quando não podia sair no fim de semana ou brincar até tarde. A Henrique, meu futuro marido, pelo amor diário e incondicional, pelo companheirismo infindável e por cuidar da nossa família nas minhas ausências.

Por fim, a Vera Lúcia, minha mãe, que me encorajou a realizar esse sonho – como fez a vida inteira – e viveu todos esses anos ao meu lado, na montanha-russa de emoções acadêmicas. Por ser o meu porto seguro e por ter abdicado de tudo para que eu pudesse caminhar. Pelos valores e princípios humanos ensinados, pelas orações diárias, pelos puxões de orelha, pelo colo nas lágrimas e pelo abraço consolador. Sem ela, isso nunca teria sido possível.

A Lucas,
meu melhor fruto.

## RESUMO

SARMENTO, Liv Azevedo. A gestação de substituição e seus desafios no Direito Internacional Privado. 2019. 163 fl. Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

O presente trabalho tem como objetivo analisar o tema da gestação de substituição em sede de Direito Internacional Privado e suas implicações jurídicas, sobretudo pela inexistência de regras uniformes que normatizem as práticas e as modalidades existentes da técnica. Para tal, faz-se necessário breves apontamentos sobre o Direito Internacional Privado, campo no qual se insere o Direito de Família, perpassando pelas recentes mudanças e pelos avanços sociais e normativos. É importante, ainda, levar em consideração a posição da gestação de substituição no Direito comparado, notadamente nas legislações que possuem conexão histórica com o Brasil. Por fim, ressalta-se a importância da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, desde o seu histórico até os recentes campos de atuação, com destaque nos trabalhos desenvolvidos nas reuniões da Conferência, na tentativa de encontrar um instrumento de cooperação internacional, notadamente na conclusão do projeto intitulado Filiação/Maternidade de substituição.



**Palavras-chave:** Direito Internacional Privado. Direito de Família. Gestação de substituição. Conferência da Haia de Direito Internacional Privado. Projeto filiação/maternidade de substituição.



## RÉSUMÉ

SARMENTO, Liv Azevedo. La gestation pour autrui et ses défis dans le Droit International Privé. 2019. 163 fl. Master – Faculté de Droit, Université de São Paulo, São Paulo, 2019.

Le travail ci-présent a pour objectif l'analyse du thème de la gestation pour autrui dans le domaine du Droit International Privé et ses conséquences juridiques, en raison de l'absence d'un règlement uniforme à l'égard des pratiques et des techniques. Pour cela, il est nécessaire de composer de brefs commentaires à propos du Droit International Privé, domaine sur lequel se trouve le Droit de Famille, en passant par les changements récents et par les évolutions sociales et juridiques. Il est important, en plus, d'envisager la gestation pour autrui au Droit comparé, notamment dans le cadre des conventions qui possèdent une connexion historique avec le Brésil. Enfin, il convient de mettre en évidence le rôle de la Conférence de la Haye de Droit International Privé depuis son historique jusqu'à ses dernières recherches, surtout aux travaux développés lors des réunions de la Conférence, dont le but serait de trouver un instrument de coopération internationale, principalement à l'achèvement du projet intitulé Filiation/Maternité de Substitution.



**Mots-clés :** Droit International Privé. Droit de Famille. Gestation pour autrui. Conférence de la Haye de Droit International Privé. Projet filiation/maternité de substitution.

**SUMÁRIO**

**INTRODUÇÃO**.....8

**CAPÍTULO I – DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO: ASPECTOS DE FAMÍLIA**.....13

**1.1 Direito Internacional Privado Geral e a Família**.....13

**1.2 Temas atuais do Direito de Família**.....24

**CAPÍTULO II – GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO: SEUS DESAFIOS E ATUAL PANORAMA**.....29

**2.1 Gestação de Substituição e o Brasil: técnica, normas e desafios**.....29

**2.1.1** Aspectos técnicos.....29

**2.1.2** Normas brasileiras.....35

**2.1.3** Desafios econômicos: turismo procriativo.....43

**2.2 Gestação de Substituição: aspectos em Direito Comparado**.....49

**2.2.1** Situação portuguesa.....50

**2.2.2** Situação espanhola.....52

**2.2.3** Situação italiana.....52

**2.2.4** Caso Baby Gammy.....53

**CAPÍTULO III – GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO E O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO: DO CONFLITUALISMO AO (NOME DO PROJETO) DA CONFERÊNCIA DA HAIA DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO**.....57

**3.1 Resolução de situações jurídicas através do Conflitualismo do Direito Internacional Privado: possibilidades**.....57

**3.2 Aspectos históricos da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado**...63

**3.3 Filiação/Maternidade de Substituição, o Projeto da Conferência da Haia de Direito Internacional**.....68

**3.4 Instrumento multilateral: necessidade de uma cooperação internacional?**.....75

**CONCLUSÃO**.....78

**BIBLIOGRAFIA**.....81

**ANEXOS**.....88

**Anexo 1:** Resolução n. 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina.....88

**Anexo 2:** Relatório da reunião ocorrida em janeiro/fevereiro de 2019 do grupo de especialistas do Projeto.....98

**Anexo 3:** Resposta brasileira aos questionários sobre as questões de direito internacional privado relativas ao status das crianças, sobretudo as oriundas das normativas de gestação de substituição em caráter internacional.....110

## INTRODUÇÃO

O Direito, tal como ciência, passou por importantes transformações nas últimas décadas. A sociedade é mutável e dessa característica surgem novas relações entre pessoas de diferentes origens e de distintos sistemas legislativos, já que a mobilidade humana cresce exponencialmente. Diante dessa nova conjuntura, observa-se que o Direito Internacional ganha progressivamente mais espaço nos debates jurídicos e, de forma mais específica, revisita-se os conceitos clássicos do Direito Internacional Privado com o intuito de adequá-los aos novos paradigmas e às diferentes facetas da sociedade contemporânea.

Um dos ramos do Direito cujas regras se apresentam amplamente confrontadas com as constantes mudanças é o Direito de Família, afinal, o termo evolui na medida que a sociedade, os costumes e as relações interpessoais se remodelam. Segundo BENABENT[1], a família pode ser definida, no Direito, como um grupo de pessoas cuja conexão reside nos laços fundados sobre a aliança e as relações de parentesco.

Na concepção tradicional, ela é baseada no casamento e na filiação; uma simples afeição, portanto, mesmo que haja uma vida em comum, não seria o suficiente para configurar tal conceito. Entretanto, como bem verifica MURAT[2], as muitas combinações afetivas possíveis não formam automaticamente uma família, mas se torna insuficiente à nossa época pensar que a definição de família pode ser reduzida a um grupo de pessoas unidas por relações de parentesco ou de aliança.

Além dos conceitos, a formatação das famílias encara modificações, quebrando paradigmas outrora engessados na legislação. De famílias formadas apenas por genitores e filhos, nas últimas décadas, o número de famílias monoparentais aumentou consideravelmente[3], sem contar a crescente escolha do futuro responsável em adotar ou recorrer às técnicas de reprodução assistida (TRA).

Adiciona-se às transformações sociais a facilidade das comunicações e dos deslocamentos, advindos no mundo globalizado, já que, mediante a intensificação dos deslocamentos humanos, os indivíduos tendem a ser cada vez mais *internacionais*, dando origem, portanto, a *famílias internacionais*. Verifica-se com mais intensidade, sobretudo a partir do século XXI, o aumento no número de famílias plurinacionais, ou seja, a

---

[1] BENABENT, A. **Droit de la famille.** 3. ed. LGDJ, 2014, p. 1, n° 1.
[2] MURAT, P. **Les sources du droit de la famille.** 6. ed. Paris:Dalloz, 2013, n°01.12.
[3] Sobre o assunto na reportagem publicada pelo site Globo.com, disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/em-10-anos-brasil-ganha-mais-de-1-milhao-de-familias-formadas-por-maes-solteiras.ghtml>.

existência de pelo menos um membro do núcleo familiar com nacionalidade distinta dos demais.

No âmbito legal, o ordenamento do Direito de Família vem sendo confrontado por um novo panorama que nos compele a repensar e a reconstruir conceitos que, outrora, eram considerados de difícil mutação. Tanto no Direito Nacional quanto no Direito Internacional Privado, as diversas mudanças pelas quais as relações familiares passaram e continuam passando merecem análise adequada, desde as suas constituições até os efeitos jurídicos nelas produzidos.

Retomando mais atentamente a questão da filiação, atualmente, não se pode afirmar que a mãe é unicamente a pessoa que deu à luz a criança. Isso porque as diversas técnicas que auxiliam na fertilização – as chamadas técnicas de reprodução assistida (TRA) – também permitem a implantação de um embrião de um terceiro em uma mulher, que o gestará durante o tempo necessário ao parto. A essa situação, configura-se a gestação de substituição[4].

Popularmente conhecida como barriga de aluguel, a gestação de substituição (no francês, *gestation pour autrui;* no inglês, *surrogacy*) se tornou uma das alternativas mais frequentes aos indivíduos que buscam soluções para seus problemas de fertilidade ou mesmo uma conveniência. Ademais, mesmo encontrando resistências ou proibições em seus países de origem, a mobilidade da vida moderna e o acesso à possibilidade de se deslocar mais rapidamente possibilitam a essas pessoas a ida a um país estrangeiro, com o intuito de ter acesso às técnicas de reprodução e aos arranjos jurídicos, momento em que se configura o fenômeno chamado turismo procriativo. Assim, não somente no plano interno, os efeitos jurídicos originados dessa técnica são de caráter internacional.

A importância da pesquisa apresentada neste trabalho referente à gestação de substituição advém do fato de que essa questão se encontra desprovida de qualquer norma no ordenamento jurídico brasileiro, assistida apenas pela resolução 2.168 de 2017, do Conselho Federal de Medicina (CFM) – destinada às Técnicas de Reprodução Assistida

[4] As pesquisas e os trabalhos já publicados no Brasil acerca do tema costumam usar indistintamente os termos gestação de substituição, maternidade por substituição ou maternidade por sub-rogação. Neste trabalho, optou-se por utilizar o termo gestação de substituição, uma vez que o Direito de Família brasileiro entende a maternidade como um vínculo muito além do campo biológico, logo, mais amplo do que o ato de gestar. Ademais, a Resolução 2.168 de 2017 do Conselho Federal de Medicina (CFM) designa o termo gestação de substituição para tratar sobre o tema, como veremos no decorrer do trabalho. Porém, o entendimento é apenas a título de uniformização das expressões nesta pesquisa e, em nenhum momento, critica a escolha de outros autores ou afirma que os demais termos incorrem em erro.

(TRA) – que revogou a Resolução 2.121 de 2015, do referido órgão[5]. Importante ressaltar que, mesmo o Conselho possuindo o *status* de autarquia federal e, portanto, competente para regulamentar a deontologia da profissão médica no Brasil, a resolução mencionada acaba por reger indiretamente as relações jurídicas relativas à gestação de substituição, mesmo diante de lacunas. Assim, há forte discussão acerca da legitimidade do CFM para tal, que em muito extrapolaria a competência que lhe é assegura pela Constituição Federal de 1988[6].

As regras de Direito Internacional Privado brasileiras estão formalizadas, em sua maioria, no Decreto-Lei 4.657/1942 – antiga Lei de Introdução ao Código Civil, posteriormente chamada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) por força do que dispôs a Lei 12.377/2010. Especificamente, o artigo 7º é o único aplicável ao direito de família e elegeu o critério de domicílio para reger todas as questões acerca do tema[7]. O presente trabalho retoma os elementos de conexão importantes ao Direito Internacional Privado, pois visa à comparação da prática no Brasil com a de outros países, notadamente os membros da União Europeia, além de ter como base a Conferência da Haia sobre o Direito Internacional Privado e casos emblemáticos à discussão.

Para tratar do assunto, faz-se necessário compreender as mudanças pelas quais o Direito Internacional Privado e o Direito de Família transitaram nas últimas décadas, a forma com a qual seus conceitos têm evoluído, a complexidade das relações privadas no Direito, além da facilidade de maior circulação de pessoas nos países – fator já mencionado – o que favorece um maior acesso às práticas diversas de seus países de domicílio ou de origem.

Baseando-se nessa realidade, optou-se por focalizar a pesquisa na conceptualização da gestação de substituição, os desafios que a ela se impõem, bem como os efeitos jurídicos nacionais e internacionais inerentes à prática. Ademais, é

---

[5] A Resolução 2.168 de 2017 adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida – sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudarão a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos – tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº 2.015/2015. Ambas as Resoluções se encontram disponíveis em: https://cebid.com.br/legislacoes/resolucoes-do-cfm/.

[6] Sobre as autarquias federais, ver o art. 37, XIX da Constituição Federal de 1988: "somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação [...]". Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

[7] Sobre o artigo 7º da LINDB: "A lei do país em que domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família". Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm>.

imprescindível a análise de alguns casos ocorridos no Brasil e em outros países, notadamente os que constituem a União Europeia, nos quais diferentes aspectos se fizeram objeto de discussão por parte dos órgãos julgadores.

Considerar-se-á a evolução do Direito Internacional Privado e do Direito Internacional de Família através de paradigmas recentemente estabelecidos, sobretudo pela crescente mobilidade internacional de pessoas nas últimas décadas e pela evolução na configuração das famílias e das relações de parentesco.

Nesse sentido, também, a presente pesquisa visa a atentar à necessidade de acompanhar os trabalhos realizados até a presente data pela Conferência da Haia, no intuito de determinar parâmetros para, possivelmente, um tratado internacional de caráter multilateral, que considere analisar e resguardar juridicamente não só a opção pela gestação de substituição como também os direitos inerentes às crianças advindas desse método, no tocante aos laços de parentesco e à nacionalidade.

Ainda, permanece o questionamento sobre o direito à contratação de uma gestação de substituição: há limites? Poderia ser regulamentado através de um instrumento legal – nacional e/ou internacional – que crie princípios básicos a serem respeitados pelos Estados, levando em consideração, evidentemente, suas particularidades internas?

É imprescindível considerar as diferentes realidades nas quais os Estados se encontram e suas práticas decorrentes da permissão ou proibição das técnicas de reprodução assistida. Portanto, as regras internacionais de caráter uniforme, em particular as da gestação de substituição, devem ser pensadas de maneira a abarcar o maior número de detalhes possível, a fim de evitar violações futuras ou mesmo um baixo número de adesão por parte dos Estados.

No primeiro capítulo, expõe-se brevemente o contexto contemporâneo em que se inserem o Direito Internacional Privado e o Direito de Família, explicando as principais transformações sofridas ao longo do tempo por esses dois ramos importantes das relações internacionais interpessoais. É necessário entender os novos desafios do Direito Internacional Privado, bem como as dinâmicas sociais que moldam constantemente novos conceitos. No Direito de Família, o conceito de entidade familiar evolui na medida em que novas formas de configuração se apresentam, como as uniões homoafetivas e a família monoparental, influenciando diretamente conceitos como a maternidade e a gestação.

No segundo capítulo, procura-se conceituar a gestação de substituição, apresentar a Resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM), que determina os parâmetros para

realizar a técnica, e relatar brevemente os casos já encontrados no Brasil e como os Tribunais nacionais entenderam por decidi-los. Frisa-se, ainda, alguns desafios, como o turismo procriativo e a crescente demanda por um mercado comercial de gestação de substituição.

Na sequência, fez-se importante análise do assunto em matéria de Direito Comparado, sobretudo por países onde se tem acesso à legislação e ao pensamento sobre a questão. Esse capítulo é essencial para se compreender a importância do tema e da interpretação dos legisladores frente à existência ou ausência de normas específicas, bem como a forma com a qual o tema é entendido em outros ordenamentos jurídicos.

O terceiro e último capítulo traça um breve histórico sobre a Conferência da Haia de Direito Internacional Privado e acompanha os trabalhos e avanços das reuniões até então realizadas sobre o tema. Em seguida, analisa as questões relativas ao Direito Internacional Privado, por meio das normativas brasileira e estrangeira e, por fim, discute a possibilidade de um instrumento multilateral para regulamentar a técnica e suas implicações.

Há, portanto, a necessidade de encontrar pontos de convergência comuns aos Estados, questionando a melhor maneira de chegar a uma regulamentação da questão no plano internacional, tendo como base os relatórios e estudos já realizados por especialistas nas reuniões da Conferência. Expõe-se, então, a importância das ações até aqui encaminhadas, a atual situação dos projetos e os constantes desafios a serem considerados, tanto por parte dos Estados, quanto da Conferência da Haia.

# CAPÍTULO I – DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO: ASPECTOS DE FAMÍLIA

## 1.1 Direito Internacional Privado Geral e a Família

Em virtude da interação cada vez mais evidente entre indivíduos de diferentes nacionalidades, é possível perceber que as relações jurídicas deles oriundas são progressivamente mais compostas de elementos estrangeiros. Dessa forma, o estudo do Direito Internacional Privado ganha considerável importância, sobretudo pelas significativas e constantes mudanças pelas quais perpassa a sociedade. Foi Joseph Story[8], no ano de 1834, quem primeiro utilizou a denominação Direito Internacional Privado em sua obra e, através de sua análise, pode-se perceber que o termo internacional foi empregado no intuito de caracterizar a existência de ordens jurídicas distintas nas relações jurídicas entre pessoas ou bens, de direito privado, portanto.

Ao iniciarmos o estudo desse ramo do Direito, é comum nos depararmos com uma série de conceitos sobre o Direito Internacional Privado. Por muito tempo, expressões como elementos extraordinários, fatos atípicos, jurisdição alienígena eram frequentemente utilizadas na tentativa de conceituá-lo, o que, em princípio, acabariam por possibilitar um mal entendimento da matéria, já que a primeira impressão era de que essas relações jurídicas descritas raramente seriam verificadas em um caso concreto. Nesse sentido, há de se pontuar conceitos adequados à disciplina e à compreensão de sua dimensão não distante da nossa realidade.

Nas palavras de LOUSSOUARN e BOUREL[9], a expressão Direito Internacional Privado é universalmente empregada, mas não é uniformemente conceituada, já que, no intuito de formular uma definição, há divergência doutrinária. Os autores descrevem o caráter original do ramo em questão através das relações de direito por ele regidas, inscritas no âmbito da vida internacional. Assim, o objeto de estudo do Direito Internacional Privado corresponde às relações entre os indivíduos de nacionalidades diferentes, em razão do elemento estrangeiro que os conecta.

Quando se fala em comunidade internacional, vida internacional e ainda em uma

---

[8] STORY, Joseph. ***Commentaries on the Conflict of Laws, Foreign and Domestic, in Regard to Contracts, Rights, and Remedies, and Especially in Regard to Marriages, Divorces, Wills, Successions, and Judgments.*** Boston: Hilliard, Gray and Company, 1834.

[9] LOUSSOUARN, Yvon e BOUREL, Pierre. ***Droit International Privé*.** 2. ed. Paris: Dalloz, 1980. p. 1 e seguintes.

pluralidade de expressões decorrentes ou ligadas a estas, não se pode esquecer que levamos em consideração a coexistência mundial de Estados e indivíduos ricamente distintos em muitos aspectos, seja histórico, social, econômico e também cultural. Nesse sentido, merece destaque o entendimento de MONACO[10], quando discorre sobre a existência de diferenças culturais entre os Estados soberanos, fator esse de grande importância na constituição de normas jurídicas de cunho material, pois é a partir das particularidades de seus sistemas normativos que as legislações precisam fazer sentido internamente e aos que vão aplicá-las[11].

Em GOLDSCHMIDT[12], o Direito Internacional Privado tem por âmbito de análise o conjunto de casos jusprivatistas contendo elementos estrangeiros e das soluções a eles encontradas. Quando se fala em elemento estrangeiro, temos como exemplo a nacionalidade, o local de constituição do fato, o domicílio etc, ou seja, a relação jurídica privada contendo um ou mais desses elementos gerará efeitos, simultaneamente, em duas ou mais ordens jurídicas.

VALLADÃO[13], em 1974, ressaltava a necessidade de se pensar e utilizar pluralmente o Direito Internacional Privado, pois, como em qualquer outro ramo de Direito, há verdadeira versatilidade e complexidade acerca de suas questões. Portanto, o Direito Internacional Privado objetiva a busca pela justiça e pela equidade nas relações concretas dos indivíduos, quando há diferentes sistemas jurídicos conectados aos fatos sociais.

Nesse sentido, pode-se observar que o Direito Internacional Privado se originou como um ramo da ciência cuja finalidade seria a de indicar a regra de solução de conflito existente entre normas pertencentes a ordenamentos jurídicos distintos, quando da aplicação a um caso concreto onde há relação jurídica dotada de elementos estrangeiros. Como preconiza DOLINGER[14], entre as normas jurídicas materiais destinadas à solução dos conflitos e as regras sobre o campo de aplicação destas normas, há uma sobreposição das últimas em relação às primeiras, pois são elas que formam o *sobredireito* e que

---

[10] MONACO, Gustavo Ferraz de Campo. **Conflitos de Lei no Espaço e Lacunas (Inter)Sistêmicas**. Tese de Titularidade. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FD-USP). 2018, p. 37 e seguintes.

[11] Sobre a etnologia da cultura jurídica, ver "Conflitos de qualificação: caracterização" *in* MONACO, Gustavo Ferraz de Campo. **Conflitos de Lei no Espaço e Lacunas (Inter)Sistêmicas**. Tese de Titularidade. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FD-USP). 2018, p. 37 e seguintes.

[12] GOLDSCHMIDT, Werner. ***Derecho Internacional Privado****: derecho de la tolerancia basado em la teoria trialista del mundo jurídico*. 3. ed. atual. Buenos Aires: Depalma, 1977. p. 3.

[13] VALLADÃO, Haroldo. **Direito Internacional Privado.** 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1974, p.85, v. 1.

[14] DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado:** Parte Geral. 14. ed. Rio de Janeiro: Renovar, p.25.

definem a norma a ser aplicável ao caso concreto, quando houver duas normas distintas e possíveis de serem aplicadas à mesma questão.

Em vista do cenário acima mencionado, caberá ao juiz a decisão de aplicação da lei nacional ou da de outra jurisdição, no que lhe é imprescindível fundamentar a escolha em razão da melhor resolução que pode existir àquele caso, naquele momento, por meio do Direito Internacional Privado. Deparamo-nos, assim, com a situação da escolha da lei – ao que Savigny chamou de descoberta (*Rechtsfindung*)[15]. Nesse sentido, podia-se afirmar que a função do Direito Internacional Privado seria, apenas, a de determinar o melhor direito a ser aplicado ao caso em tela, sem a preocupação necessária com a resolução da questão ou tampouco se a ela coube a justiça almejada. Isto é, utilizava-se pura e simplesmente o método conflitual tradicional, de caráter absoluto[16].

Entretanto, essa visão parece não gozar de uma forma de interpretação solidamente restritiva; não seria tão somente a aplicação da norma tal qual dita no artigo correspondente, já que, por vezes, o juiz se depara com particularidades não inteiramente descritas nas leis – lacunas – e, de alguma forma, deverá se valer de uma atividade criativa[17] a fim de atribuir vínculo e sentido ao caso e à escolha da lei que pretende regê-lo.

Assim, ao nos depararmos com um caso internacional de família, o elemento de conexão, de acordo com o art. 7º do Decreto-Lei n. 4.657/1942[18] e com a nova redação da Lei n. 12.376/2010 – Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB) – será o domicílio habitual. Em um determinado caso, por exemplo, como nos explica MONACO[19], pode ocorrer que o domicílio habitual dos membros de uma determinada família seja em locais distintos, isto é, não mais coincidam, principalmente pela facilidade e pela rapidez com a qual os indivíduos conseguem se instalar em novas cidades, regiões e/ou países. Diante dessa realidade, observa-se a necessidade de uma análise mais profunda às regras e às exceções por parte do intérprete, objetivando a

---

[15] SAVIGNY, Friedrich Carl. **Sistema do Direito Romano Atual:** Volume VIII. Ijui: Editora Unijuí, 2004, p.87.

[16] FRIEDRICH, Tatyana Scheila. Uma introdução contemporânea ao Direito Internacional Privado. *In* CARVALHO RAMOS, André de (Org**.). Direito Internacional Privado**: Questões Controvertidas. Belo Horizonte: Arraes, 2015, p. 23.

[17] Sobre a atividade criativa do intérprete, ver SANCHÉZ LORENZO, Sixto A. *Postmodernismo y derecho internacional privado*. **Revista Española de Derecho Internacional.** Madrid, v. 46, n. 2, p. 557-585, 1994, p.581.

[18] Artigo 7º da LINDB: "A lei do país em que domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família". Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 17 jan. 2019.

[19] MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **Guarda Internacional de Crianças**. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 72.

adequação das normas

Como há pouco mencionado, enquanto atribuiu-se a Story o primeiro emprego do termo Direito Internacional Privado, coube a Ulrich Huber[20] a autoria da expressão Conflito de leis (*conflict of laws)*. Em sua obra, Huber afirma que a legislação estrangeira somente poderia ser demandada e aceita em outro país através da *comitas gentium*, ou seja, por cortesia desse último.

Sobre o mecanismo de conflito de leis, uma explicação interessante pode ser extraída no entendimento de MACHADO[21], quando afirma que o Direito Internacional Privado adota, nos casos ditos absolutamente internacionais, o processo indireto de determinação da lei ou as leis que serão a eles aplicadas, isto é, não regula diretamente tampouco materialmente a relação privada em questão. O autor complementa, ainda, que esse mecanismo – o da Regra de Conflitos[22] – funciona da seguinte maneira: no momento em que se identifica o elemento de conexão, ele será colocado em evidência e é a partir dele que será determinada a lei aplicável, em conformidade à matéria jurídica em tela. Portanto, existindo mais de um elemento, dar-se-á prioridade àquele que mais se adequar ao caso. Exemplo: se a questão versar sobre uma relação familiar, o elemento de conexão será a nacionalidade ou a residência habitual das partes; se a matéria for de direitos reais, o elemento de conexão será o lugar da situação da coisa; e assim especificamente para cada questão.

No que tange as questões relativas ao Direito de Família, foco deste trabalho, por conta das diversas e constantes mudanças na sociedade, no modo como ela se organiza e mesmo na formação dos próprios indivíduos, o próprio conceito também sofreu transformações no que diz respeito, especialmente, a sua composição. Segundo MONACO[23], o entendimento do conceito família vai além das relações parentais ou dos cônjuges, ou seja, a centralização na figura do patriarca dá lugar ao eudemonismo[24], já que cada indivíduo passa a encarar o grupo familiar como um espaço útil a sua satisfação

---

[20] HUBER, Ulrich. *De conflictu legum diversarum diversis imperiis* in HUBER, Ulrich; MENCKE, Lüderus; THOMASIUS, Christianus. **Praelectiones Juris Romani et Hodierni Pars II**. Lipsiae Gleditschius, 1735.

[21] MACHADO, João Baptista. **Lições de Direito Internacional Privado**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1985, p. 15 e seguintes.

[22] Para aprofundamento do estudo do Direito dos Conflitos, verificar MACHADO, João Baptista. **Lições de Direito Internacional Privado**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1985, p. 57 e seguintes.

[23] MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **Guarda Internacional de Crianças**. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 71 e seguintes.

[24] Nos termos de MONACO: "[...] o grupo familiar passa a ser encarado como o *locus* privilegiado para a realização pessoal de cada um dos indivíduos que a compõem, o que se faz em razão de um desiderato comum que se consubstancia na funcionalidade que tal família passa a exercer". MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **Guarda Internacional de Crianças**. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 71.

como pessoa. Dessa forma, conclui o autor que a família possui uma função social, que é a realização pessoal do indivíduo em seu seio.

Em termos de teoria do Direito de Família, valendo-se dos estudos doutrinários brasileiros, percebe-se que as alterações constantes nas vigências das legislações tentam acompanhar as fortes mudanças na coletividade. O Direito Civil, regulador intenso das relações individuais e coletivas do homem em sociedade, com o advento da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002, tentou uma adequação à realidade plural e desuniforme do indivíduo, sobretudo no Direito de Família.

O panorama do ordenamento jurídico brasileiro se inicia com as Ordenações Filipinas, compilação jurídica marcada pelas influências do Direito Romano, Canônico e Germânico. Essas Ordenações foram concebidas durante os reinados de Filipe I e Filipe II, com publicação no ano de 1603. A partir dessa junção se constituiu, então, os elementos fundadores do Direito Português, traçados em tom patriarcalista e patrimonialista.

No Brasil, a vigência se deu desde o início do século XVII e, mesmo com a proclamação da independência em 1822, permaneceu até o ano de 1917[25], totalizando mais de 300 anos de vigência. Por si, essas Ordenações impostas no Brasil-Colônia já eram consideradas atrasadas e retrógradas, pois representavam normas da Idade Média. Desta forma, o Direito privado brasileiro, por não mais corresponder aos ensejos de uma sociedade diferente daquela pensada na Idade Média, foi obrigado a traçar um novo rumo.

Muito embora o Direito Civil brasileiro, durante muito tempo, tenha assumido um caráter conservador e buscado moldar a sociedade de acordo com as linhas que secularmente acompanharam a tradição das instituições civis, pode-se dizer que a Lei nº 6.515, também conhecida como Lei do divórcio, de 26 de dezembro de 1977 representou uma significativa mudança de concepção no tocante à família. Em 1988, a Constituição Federal consolidou as mudanças, estabelecendo como modo de constituição da entidade familiar tanto a união estável quanto as comunidades formadas por qualquer dos pais e seus descendentes (Constituição Federal do Brasil, art. 226), aderindo, portanto, a uma concepção plural de família.

[25] VIEIRA, Hugo Otavio Tavares. As Ordenações Filipinas: O DNA do Brasil. **Revista dos Tribunais.** São Paulo, vol. 958, ano 104, p. 317-327, ago. 2015.

Conforme apontou NEVARES[26], esta concepção pluralista atende às exigências atuais da sociedade. Com efeito, o contexto da sociedade chamada pós-moderna efetivamente desfez as possibilidades de se encontrar uma unidade de sentido que se possa univocamente aplicar à realidade social, destacando-se, então, a necessidade de pensar tal sociedade, possibilitando a emergência da reconhecida pluralidade.

O ordenamento jurídico procura se adaptar aos fatos sociais. Entretanto, em virtude da complexidade da sociedade, juntamente com a velocidade com que os fatos nela ocorrem, as legislações sempre restam defasadas. Isso acontece porque quando se legisla sobre um assunto, já existem muitos outros a serem contemplados e o Direito não pode limitar essas mudanças.

Para melhor compreender as transformações esculpidas na Constituição, é necessário, primeiramente, recuar e compreender a concepção que perdurou durante todo o século, fruto do Código Civil de 1916 (cujos resquícios, por vezes em larga medida, permaneceram no de 2002) e dos elementos político-sociais que forjaram tal concepção de família.

No Código de 1916[27], o único modo de constituição familiar era o casamento. Unindo-se de maneira bem mais nítida os aspectos jurídicos e a tradição moral e religiosa em torno do conceito de família, a proteção atribuída a esta tinha por finalidade evitar ameaças à estrutura familiar legítima. Deve-se compreender que tal estrutura abrangia a indissolubilidade do vínculo matrimonial, bem como o exercício da chefia da sociedade conjugal pelo marido e inclusão da mulher casada no rol dos relativamente incapazes.

Quanto aos descendentes, as mesmas noções trazidas acima justificam o fato de que somente os concebidos no seio matrimonial gozavam de plena proteção. Os filhos originados fora do casamento, ou seja, os não-matrimoniais, eram amplamente discriminados pelo ordenamento jurídico. Aqui é importante ressaltar, embora tal desenvolvimento não esteja entre os objetivos deste trabalho, a ligação entre a garantia de direitos aos descendentes e a necessidade de circunscrição dos direitos à propriedade. Não se pode olvidar que a sociedade patriarcal e patrimonialista, na qual vigorava o Código Civil de 1916, colaborou para o não reconhecimento de filhos ditos ilegítimos. Com isso, obviamente, não se está dizendo que era unicamente por questões econômicas

---

[26] NEVARES, Ana Luiza Maia. Entidades Familiares na Constituição: críticas à concepção hierarquizada. *In*: RAMOS, Carmen Lucia Silveira (et al.). **Diálogos sobre Direito Civil:** Construindo a racionalidade contemporânea. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.292.

[27] A Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 instituiu o Código Civil Brasileiro de 1916 e foi revogada em 11 de janeiro de 2003 com a vigência do Código Civil de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm#art2045.>. Acesso em: 05 dez. 2018.

que os filhos ilegítimos eram discriminados, mas que tal realidade fizera, sem dúvida, parte dos valores que forjaram aquela concepção jurídica de família.

Foi efetivamente a Constituição Federal de 1988 o marco mais significativo de ruptura entre uma concepção individualista, abstrata e formalista do homem para, através da dignidade da pessoa humana como fundamento precípuo do ordenamento, possibilitar o alcance da dimensão histórico-real, isto é, deixar de responder às relações sociais com uma concepção pronta e unívoca do homem para buscar entender a real complexidade das relações sociais, culturais e econômicas que o cercam.

Diante disso, esta ruptura representa outra forma de analisar os casos que se apresentam. Não se trata mais de buscar realizar meras subsunções legais entre a lei civil e o caso concreto, mas deve-se procurar na complexidade concreta a prudência necessária para dar respostas condizentes tanto com a realidade quanto com os objetivos que se almeja construir.

Por certo, a análise da dimensão histórico-social da pessoa faz com que a tutela da personalidade não se situe mais apenas no plano dos direitos individuais considerados em si mesmos, mas considere-os enquanto partes de direitos sociais, ou melhor, participem do caráter social que passa a ser constituinte do exercício dos direitos, buscando-se o objetivo traçado no artigo 3º, I da Constituição[28] que é a formação de uma sociedade livre, justa e solidária. Nesse sentido, a solidariedade traz como ponto central a relação entre o indivíduo e a comunidade, gerando não só deveres daquela para com o bem estar dos indivíduos, mas chamando cada um ao exercício desse senso comunitário.

Sob tais bases, altera-se a noção de família. De instituição formal pensada de maneira una, como comunidade válida por si só, a dignidade da pessoa humana e a constatação da pluralidade e a complexidade das relações sociais fazem com que a família seja vista de forma mais concreta, compreendida a partir da situação real de cada um dos que lhe pertencem e devendo ter como finalidade precípua o desenvolvimento desses. De modo mais simples, pode-se dizer que a família tornou-se, de certa forma, instrumental, na medida em que deve ter sua razão de ser na dignidade de cada um de seus membros, vistos, é claro, não isoladamente, mas como uma comunidade, na qual todos são igualmente considerados. Por tal motivo, então, ao indivíduo também incumbe essa exigência agregadora à comunidade familiar.

---

[28] Sobre o art. 3º, I da CF de 1988: "Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária". Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.>. Acesso em: 05 dez. 2018.

Para efetivar esse contato com a concretude das relações familiares, a Constituição Federal introduziu no ordenamento novas formas de entidades familiares, respeitando fatos que já aconteciam com frequência e não possuíam proteção jurídica adequada por esbarrarem na questão formal e solene que, tradicionalmente, fez parte da concepção de família. Surgiu, assim, a possibilidade de união estável entre homem e mulher (CF, artigo 226, § 3º), findando o casamento como única via de se formar uma entidade familiar. Ademais, tal mudança foi também muito relevante, pois transferiu definitivamente o concubinato do Direito das Obrigações para o campo do Direito de Família[29].

Além da união estável, a Constituição passou a reconhecer, como entidade familiar, a comunidade formada por qualquer dos pais ou descendentes, criando o que se passou a denominar família monoparental (CF, art. 226, § 4º). Tais situações sempre existiram por motivos diversos, desde separações, morte de algum cônjuge, mães solteiras ou pais solteiros etc, sendo estas, até aquele momento, tratadas de maneira tangencial pelo ordenamento jurídico. Atualmente, essa discussão já se encontra completamente superada.

A partir dessa nova perspectiva, as profundas modificações ocorridas na entidade familiar se fazem perceber nos vínculos de parentesco. A Constituição Federal alargou o conceito de entidade familiar, pois impediu qualquer distinção entre os filhos, sobretudo quando oriunda da filiação. Segundo DIAS[30], a paternidade-maternidade-filiação foi desbiologizada, o que implica, atualmente, na busca da pluralidade do conceito de paternidade, de maternidade e do parentesco *lato sensu*, determinando a relevância fundamental de quatro fatores: vontade, consentimento, afetividade e responsabilidade jurídica – dados fundantes dos formatos familiares que se apresentarão no subcapítulo seguinte.

Todavia, ainda na linha de raciocínio de MONACO[31], vale ressaltar que a comunidade internacional se depara a dois pontos de vista ao olhar para a família: um agrupamento de indivíduos autônomos que interagem objetivando a realização pessoal no núcleo familiar e, simultaneamente, que devem se submeter a regras estruturais. Daí a importância do estudo da matéria no campo do Direito Internacional Privado.

---

[29] NEVARES, Ana Luiza Maia. Entidades Familiares na Constituição: críticas à concepção hierarquizada. *In*: RAMOS, Carmen Lucia Silveira (et al). **Diálogos sobre Direito Civil:** Construindo a racionalidade contemporânea. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.298.

[30] DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 321.

[31] MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **Guarda Internacional de Crianças**. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 71 e seguintes.

Para o estudo da Família nesta disciplina, entretanto, é relevante ter em mente breve histórico sobre a técnica pela qual ela é tratada juridicamente. Nesse sentido, utiliza-se a expressão estatuto pessoal, que engloba esse e outros temas correlatos.

Assim, nos termos de DOLINGER e TIBURCIO, o estatuto pessoal traz, de forma geral, o estado e capacidade das pessoas. O termo em si advém da expressão latina *statutum non ligat nisi súbditos*, ou seja, os estatutos – que aqui podem ser lidos como normas, leis – só regem seus súditos. Este é verdadeiro princípio que emerge das glosas do advento do século XII – comumente exemplificado pela situação de cidadão de Bolonha que, em Módena, não deveria ter seu julgamento realizado pelas delas desta, uma vez não ser dela cidadão.[32]

Se esta regra nasce pela negação de possibilidade de aplicação de norma, aos poucos, ela deriva para um comando positivo, delineando que as pessoas, então súditos, devem ser regidas pelas leis do local a que se vinculam politicamente. Já no século XIV, Bártolo definiu esta questão ao diferenciar as regras *quod disponit circa personam* daquelas que entendia serem *quod disponit circa rem*: no que as primeiras se constituem por normas jurídicas direcionadas ao ser humano, à pessoa, e, por assim serem, operando onde quer se estas estiverem – extraterritorialmente –; e as segundas, mais restritas em âmbito de aplicação, se consubstanciam em normas territoriais puras, incidindo apenas no espaço que as constrói ao emanar sua soberania e sobre as coisas ali presentes.[33]

Retornando ao contemporâneo, a evolução do princípio, como se viu, traduziu-se na expressão estatuto pessoal, dividido em estado e capacidade desta. Para a doutrina francesa de Direito Internacional Privado, o estado da pessoa pode ser definido pela união dos atributos que constituem a individualidade jurídica desta, nos termos de SURVILLE e ARTHUYS. Dessa sorte, basicamente todos as situações juridicamente relevantes que se espraiam durante a vida de uma pessoa, das quais podemos pontuar seu nascimento e desenvolvimento de personalidade, sua filiação, seu nome, seus relacionamentos – com pais, casamentos, etc. – poder familiar, eventual divórcio ou mesmo morte.[34]

Por outro lado, a capacidade se demonstra na aptidão ou possibilidade jurídica da pessoa realizar plenamente seus direitos no campo civil, ou, noutros termos, direitos privados e obrigacionais. Se tomar-se por exemplo o caso brasileiro, percebe-se que o

---

[32] DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. **Direito Internacional Privado**. 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 315.
[33] DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. **Direito Internacional Privado**. 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 315.
[34] DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. **Direito Internacional Privado**. 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 315.

artigo 8º da antiga Lei de Introdução ao Código Civil, de 1916, estabeleceu a capacidade, coligada às questões familiares, nos seguintes termos: "[...] capacidade civil, direitos de família, relações pessoais dos cônjuges e o regime de bens no casamento". Avançando no tempo, a sucessora Lei de Introdução, de 1942, atual Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, determinou a seguinte redação para este tema, agora em seu artigo 7º: "regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família".[35]

Ora, visível, portanto, o motivo pelo qual algumas notas sobre o estatuto pessoal se fazem essenciais, uma vez que são derivadas desta categoria jurídica de Direito Internacional Privado as questões atinentes ao feixe de direitos relativos à família, sua constituição, manutenção e extinção. Conquanto a norma brasileira identifique de forma distinta os termos estatuto pessoal e família, lado a lado, percebe-se que, pelo conteúdo daquele, em realidade ela é melhor especificação deste, parte de seu todo, que adquire objeto e métodos próprios e se emancipa em subdisciplina jurídica autônoma no Direito Civil e, porque não, no próprio Direito Internacional Privado em si.

Não obstante, retomando o estatuto pessoal, a interpretação corrente sobre os dispositivos legais, em Direito Internacional Privado de matriz legal brasileiro, é a de que eles se tratam de rol exemplificativo, ou seja, não indicam taxativamente apenas aquelas possibilidades jurídicas, mas podem ser complementados por outras que surjam no decorrer da vida subsumida à norma. Conquanto isto, a título de nota, entendia VALLADÃO que direitos como vida, corpo, liberdade, honra, imagem ou mesmo direitos de personalidade dependem da lei do foro, *lex fori*, não se submetendo à lei indicada pelo estatuto pessoal.[36]

A fim de solução do caso de conflito de leis no espaço, situação que será exemplificada no capítulo 3.1 deste trabalho, em que o tema seja o estatuto pessoal, é necessário buscar, país a país, o ordenamento jurídico que seja indicado pelas suas regras conflituais internas de Direito Internacional Privado ou, nalgumas outras vezes, as normas que sejam cogentes ao caso estabelecidas em Convenções. Entrementes, de forma mais didática, pode-se observar, ainda nos termos de DOLINGER e TIBURCIO, que os

[35] DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. **Direito Internacional Privado**. 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 315.
[36] DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. **Direito Internacional Privado**. 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 315.

dominantes critérios[37] para a determinação da disciplina jurídica do estatuto pessoal são ou a nacionalidade ou, noutras vezes, o domicílio da pessoa.[38]

Dessa feita, pode-se ter claro que as questões trabalhadas no estudo que se apresenta, sobretudo a gestação de substituição, integram o escopo do chamado Direito Internacional Privado de Família e, assim, estão alocadas, necessariamente, nas doutrinas correlatas ao estatuto pessoal e suas repercussões. Consciente disto, indicam-se também essenciais breves comentários sobre a comparação entre as possibilidades jurídicas aventadas no Brasil e alhures, algo a ser melhor discriminado no próximo capítulo.

Não obstante, a título de nota, tem-se que, no plano comparado, especialmente no Direito Europeu, o conceito de família sofreu transformações aceleradas tendo em vista a incidência dos direitos fundamentais. Conforme os ensinamentos de SIEW-GUILLEMIN[39], o encontro da família e dos direitos fundamentais é fato incontestável, principalmente pela ingerência das duas noções em lugares comuns a ambos, o que favoreceu a mutação da noção de família.

Juridicamente, a família não é mais uma instituição imposta do exterior, mas representa uma escolha moldável do interior de cada indivíduo, excluindo todo o conformismo a uma questão pública pré-estabelecida. Os direitos fundamentais participam ativamente desse novo panorama, transformando os antigos e ultrapassados conceitos como patriarcalismo e desigualdade em noções de igualdade e pluralismo.

Os direitos fundamentais encontram-se no topo da hierarquia das normas para os Estados-membros da União Europeia e do Conselho da Europa[40]. Para HILT[41], é através dessas normas supranacionais que os grandes princípios em matéria familiar são construídos, como os princípios de liberdade e igualdade entre partes, formando também os padrões jurídicos europeus.

---

[37] Importante ressaltar que, além deste, também se sobressai o critério da territorialidade, que se demonstra no "[...] regime de Direito Internacional Privado que determina para o Estatuto pessoal a aplicação irrestrita da lei local, lei do foro, sem tomar em consideração a nacionalidade, o domicílio ou a residência da pessoa". DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. **Direito Internacional Privado**. 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 316. Como anota Dolinger e Tiburcio, tal formato, já se encontra em desuso.

[38] DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. **Direito Internacional Privado**. 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 316.

[39] SIEW-GUILLEMIN, Anne-Dophie. **La famille à l'épreuve des droits fondamentaux**. 2017. Tese (Doutorado em Direito) – Université Côte d'Azur, 2017. Disponível em: <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01730697/document.>. Acesso em: 22 nov. 2018.

[40] Sobre a relação hierárquica das normas e os direitos fundamentais, ver: RENUCCI, J.-F. ***Droit européen des droits de l'homme, Traité de droit européen des droits de l'homme.*** 2. ed. Paris: LGDJ, 2012, p. 26.

[41] HILT, Patrice. **Le couple et la Convention européenne des droits de l'homme: analyse du droit français.** Aix-en-Provence: PUAM, 2004.

Para BATIFFOL[42], o direito de família é um fenômeno internacional, que encontra sua fonte nos direitos fundamentais estabelecidos pelas instituições europeias. Com o intuito de difundir o respeito aos mais variados modelos de situações afetivas existentes, a União Europeia e o Conselho da Europa trabalham em prol de unificar a noção de família e de vida familiar, além de reduzir as proibições e de privilegiar a efetividade das relações criadas. Concluída a análise em Direito Internacional Privado, indica-se necessário tecer breves comentários sobre atuais questões do Direito de Família que, como se verá, também impactam no fenômeno da internacionalização.

## 1.2 Temas atuais do Direito de Família

Nessa esteira, para o campo de atuação deste trabalho, são perceptíveis vários temas centrais que demonstram algumas inovações pelas quais as famílias contemporâneas têm se transformado. Dentre estes, três se sobressaem, por pertinência temática ao objeto ora asseverado, quais sejam a socioafetividade, as famílias LGBT e a própria gestação de substituição. Portanto, segue-se algumas considerações sobre o primeiro.

É importante, desde o início, verificar que família e parentesco são conceitos distintos e não podem ser confundidos, por mais que as relações de parentesco correspondam, em essência, a vínculos oriundos da consanguinidade. Daí porque cônjuges e companheiros não são considerados parentes, por mais que mantenham relações de afinidade com os membros da família de seus pares. Justamente por não se confundirem é que, na ideia de família, tem-se o parentesco mais importante: o da filiação.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, ficou expressamente proibido o tratamento diferenciado entre os filhos havidos dentro e fora do casamento. Entretanto, o Código Civil continua tratando do assunto em capítulos distintos, pois os filhos nascidos na constância do matrimônio são abordados nos artigos 1.596 a 1.606, no capítulo intitulado “Da filiação”; enquanto que os filhos havidos fora do casamento estão previstos nos artigos 1.607 a 1.617, no capítulo denominado “Do reconhecimento dos filhos”. Essa diferenciação decorre pela visão sagrada da família e da necessidade de preservação da estrutura familiar, instituição formadora mais importante da sociedade.

---

[42] BATIFFOL, Henri. Existence et spécificité du droit de la famille. In **Réformes du droit de la famille, Archives de philosophie du droit.** Paris: Sirey, 1975, p.7.

Entende-se por paternidade (e filiação) socioafetiva a relação constituída na convivência familiar, sem levar em conta a origem do filho. Segundo LOBO[43], é possível observar duas realidades nesse cerne: a primeira corresponde à integração definitiva da pessoa no grupo social familiar e a segunda, à relação afetiva tecida no tempo e nas posições assumidas entre pais e filhos. Se analisadas separadamente (no mundo dos fatos), essas realidades são individuais e não possuem grande importância jurídica; todavia, conjuntamente, o acontecimento ganha relevância jurídica, por tratar de questões sócio-jurídicas (Direito de Família).

No Brasil, constata-se um grande avanço na doutrina jurídica especializada em socioafetividade, sobretudo porque o direito brasileiro evoluiu na óptica de uma nova Constituição Federal (CF/1988), cujas linhas fundamentais projetaram-se no Código Civil de 2002.

O ponto fundamental desse avanço é que a relação biológica entre pai e filho deixou de ser absoluta e exclusiva para a formação da relação de paternidade. Ora, se uma relação paterna se constrói necessariamente a partir de uma afetividade entre pai e filho, pode-se dizer que toda relação de paternidade é socioafetiva, independentemente da origem (biológica ou não).

O *status* jurídico de filho é tradicionalmente verificado quando a criança nasce biologicamente dos pais unidos por matrimônio, o que reforçaria a ideia de que, nesse caso, a paternidade biológica é igual à socioafetiva. Entretanto, quando não há o fator biológico, a paternidade também se concretiza pela existência de outros valores considerados predominantes pelo direito.

Pelo entendimento de FACHIN[44], há uma verdadeira construção sociológica da filiação, o que não implica estritamente na dependência da origem genética. A partir disso, a concepção de parentalidade adquire contornos jurídicos mais claros e se afirma a possibilidade de sua aplicação no domínio da dogmática civilista, para nascer, assim, um novo paradigma da filiação.

No que concerne o segundo tema, as famílias LGBT, é inevitável perceber que as normas de direito brasileiro caminham conjuntamente à evolução e proteção dos Direitos

---

[43] LÔBO, Paulo. **Código Civil Comentado XVI.** Direito de Família. Relações de Parentesco. Direito Patrimonial. Artigos 1.591 a 1.693. São Paulo: Atlas, 2003.

[44]FACHIN, Luiz Edson. Mudanças sociais no Direito de Família. *In*: ALVIM, Arruda; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira; ROSAS, Roberto (coord.). **Aspectos controvertidos do novo Código Civil**: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 37.

Humanos, como no importante julgamento do Supremo Tribunal Federal em 2011[45], o qual reconheceu os mesmos direitos das famílias heterossexuais – união estável e adoção – às famílias homoafetivas.

Retomando, pois, um marco ocorrido antes do ano de julgamento acima mencionado, ocorreu em 2006 uma reunião na cidade de Yogyakarta, na Indonésia, que contou com a presença de um grupo de vinte e nove especialistas, de vinte e cinco países diferentes. Como resultado dessa reunião, foi redigido um documento dotado de vinte e nove princípios versando sobre Direitos Humanos, mais especificamente nas áreas de orientação sexual e de identidade de gênero. O documento ficou conhecido como Princípios de Yogyakarta[46]. Sobre este marco do Direito Internacional dos Direitos Humanos, CASELLA[47] explica que as Nações Unidas, através do Conselho de Direitos Humanos, compreenderam a importância de se afirmar os estes direitos e que, a eles, não cabe qualquer exceção. Ainda segundo o autor, a população LGBT corresponde a cerca de dez por centro da população mundial e também devem gozar de padrões mínimos de proteção dos seus direitos, como os de cunho civil – reconhecimento da entidade familiar, possibilidade de adotar e educar uma criança, dentre outros.

Em que pese o foco do trabalho, o princípio 24 de Yogyakarta designa a todos o direito a fundar uma família, independentemente de sua orientação sexual ou identidade de gênero. Ademais, o referido princípio determina que nenhuma família ou mesmo seus membros deverão sofrer discriminação baseada nessas condições[48].

Nota-se, também, que a comunidade internacional caminha na mesma direção através de dados atuais, nos quais tem-se o reconhecimento das famílias homoafetivas em

---

[45] Ver ADPF 132 e ADI 4.277 do Supremo Tribunal Federal, sobre o reconhecimento da união homoafetiva e da possibilidade de adoção. 2011. Rel. Min. Ayres Britto. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 20 nov. 2018.

[46] ***The Yogyakarta principles****: principles on the application of international human rights law in relation to sexual orientation and gender identity.* Yogyakarta: [s.n.], 2006. Disponível em: <www.yogyakartaprinciples.org/principles_en.pdf>. Acesso em: 04 dez. 2018.

[47] ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, Geraldo Eulálio; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de direito internacional público**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 521-522.

[48] Princípio 24: "Everyone has the right to found a family, regardless of sexual orientation or gender identity. Families exist in diverse forms. No family may be subjected to discrimination on the basis of the sexual orientation or gender identity of any of its members". ***The Yogyakarta principles****: principles on the application of international human rights law in relation to sexual orientation and gender identity.* Yogyakarta: [s.n.], 2006. Disponível em: <www.yogyakartaprinciples.org/principles_en.pdf>. Acesso em: 04 dez. 2018, p. 27.

questões como legalização e reconhecimento do casamento ou de união estável por cinquenta e dois países[49].

DIAS[50], em 2011, entendeu a decisão do Supremo Tribunal Federal assegurou a correta interpretação, à luz da Constituição Federal de 1988, o dispositivo do Código Civil brasileiro[51] que regula a união estável, evitando, assim, qualquer conflito impeditivo de reconhecimento da entidade familiar homoafetiva – aqui, entendida como família. A autora ressaltou, também, que o Poder Judiciário cumpriu o seu papel quando da omissão da lei, resguardando os princípios constitucionais e a certeza de igualdade de direitos, por tratamento equivalente e sem discriminação, qualquer que seja a orientação sexual.

Por fim, Segundo HIRONAKA[52], o julgamento – mesmo tardio – feito pelo Supremo Tribunal Federal merece destaque, já que houve o efetivo reconhecimento, por parte do Poder Judiciário, do *status* de entidade familiar que há pouco se concedeu às uniões homoafetivas. Ainda, a autora ressalta que as conquistas mencionadas permitem mais visibilidade por parte do Poder Público e, também, a efetiva proteção dessas famílias.

Na sequência de temas anteriormente anunciados, em terceiro e último plano, tem-se a própria gestação de substituição. Também conhecida por diversos termos, sendo maternidade sub-rogada, gestação para outrem, barriga de aluguel etc, essa prática resta controvertida tanto no plano interno quanto no plano internacional, sobretudo pelo aumento de sua utilização. Atualmente, estima-se o nascimento em média de vinte mil crianças oriundas dessa técnica e as perspectivas são de crescimento ao longo dos anos vindouros.

Como bem apontado por ALBORNOZ e GONZÁLEZ[53], em ampla perspectiva, a gestação de substituição é aquela decorrente de um contrato, gratuito ou oneroso,

---

[49] The International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans And Intersex Association. **Sexual orientation laws in the world – recognition**. Geneve: [s.n.], 2017. Disponível em: <https://ilga.org/downloads/2017/ILGA_WorldMap_ENGLISH_Recognition_2017.pdf>. Acesso em: 09 dez. 2018.

[50] DIAS, Maria Berenice. **A democratização do casamento**. 30 jun. 2011. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_620)a_democratizacao_do_casamento.pdf>. Acesso em: 22 dez. 2018, *online*.

[51] Art. 1.723. "É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família". Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 17 dez. 2018.

[52] HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Famílias Paralelas. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 108, p. 199-219, jan./dez. 2013, p. 200.

[53] ALBORNOZ, María Mercedes e GONZÁLEZ, Francisco López. ***Marco normativo de la gestácion por sustitución en México**: desafios internos y externos.* Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla. v.11, n.39. Jan-Jun 2017, p. 9-23. México. Disponível em: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-inst-ciencias-juri-puebla/article/view/31741/28730> Acesso em 14 set. 2018.

celebrado entre uma pessoa física ou um casal de pessoas e uma mulher, no intuito de gerar e carregar uma gestação e, após dar a luz, entregar o bebê ao que projeto parental, ou seja, aos pais de intenção. A criança não precisa ter vínculo biológico com nenhum dos pais de intenção e tampouco com a gestante. É de fácil compreensão que essa prática contém diversas limitações, no que diz respeito à gratuidade, à onerosidade, aos pais de diferente nacionalidade em relação à gestante substituta, a casais LGBT, além dos efeitos jurídicos, daqueles relativos à capacidade e à personalidade, dentre outros.

Na mesma linha de raciocínio de ALBORNOZ e GONZÁLEZ[54], por ausência de um instrumento internacional que regule a gestação de substituição, seja de alcance regional ou universal, os países adotam posturas distintas em relação a casos que se apresentam em seus territórios ou mesmo envolvendo seus nacionais. As situações aqui ventiladas serão posteriormente tratadas no capítulo seguinte, especificamente destinado aos aspectos gerais, técnicos e os desafios da gestação de substituição.

[54] ALBORNOZ, María Mercedes e GONZÁLEZ, Francisco López. ***Marco normativo de la gestácion por sustitución en México****: desafios internos y externos.* Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla. v.11, n.39. Jan-Jun 2017, p. 9-23. México. Disponível em: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-inst-ciencias-juri-puebla/article/view/31741/28730> Acesso em 14 set. 2018.

# CAPÍTULO II – GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO: SEUS DESAFIOS E ATUAL PANORAMA

## 2.1 Gestação de Substituição e o Brasil: técnica, normas e desafios

### 2.1.1 Aspectos técnicos

As recentes e constantes pesquisas, associadas aos avanços tecnológicos, possibilitaram na área médica de reprodução uma série de variedade de tratamentos disponíveis a casais considerados inférteis, dentre eles a *gestação de substituição*[55]. A partir da década de 1980, notadamente nos países do hemisfério norte, essa técnica começou a ser bastante procurada por casais cujas mulheres não conseguiam engravidar espontaneamente ou por outros meios de terapias de reprodução assistida (TRA). Por mais que haja uma grande controvérsia acerca do tema, sobretudo no campo ético, a gestação de substituição tem sido cada vez mais realizada no âmbito das técnicas de reprodução[56]. Portanto, não é incorreto afirmar que o mundo percebe um "mercado internacional de gestação de substituição" e, apesar da mídia ter se interessado por esse mercado há pouco tempo, desde os anos 1980 há casos de grande repercussão que ocorreram no Reino Unido (*Baby Cotton*)[57] e nos Estados Unidos (*Baby M*)[58].

[55] Acerca do termo, verificar o que outrora foi mencionado na nota 4.

[56] Ver: Freeman, Michael. *Is Surrogacy Exploitative? In*: McLEAN Sheila (Ed.). ***Legal Issues in Human Reproduction.*** Dartmouth Publishing, 1989, p.164.

[57] *Baby Cotton*, 1985. Uma mulher na Inglaterra foi submetida à inseminação artificial com o sêmen de um *pai de intenção* americano, no intuito de gestar o bebê no lugar de sua esposa, considerada infértil. Após o nascimento, a *gestante de substituição* deu à luz a criança sem nunca ter conhecido o casal. Os *pais de intenção* (ou *autores do projeto parental*) entraram com uma ação de custódia na Corte do Reino Unido que, seguindo a investigação baseada no bem-estar da criança, julgou procedente o pedido e permitiu que a criança fosse levada aos Estados Unidos. A *gestante de substituição* não levantou qualquer objeção à decisão proferida. TRIMMINGS, Katarina e BEAUMONT, Paul. *International surrogacy arrangements: an urgent need for legal regulation at the International level*. **Journal of Private International Law**, v. 7, n. 3, 2011, p. 627-647.

[58] *Baby M*, 1988. As partes, srta. Whitehead (como gestante de substituição) e os Sterns (como os pais de intenção) entraram em um acordo quanto à realização da técnica. A srta. Whitehead concebeu mediante técnica de fertilização *in vitro* e deu à luz uma menina. A criança foi imediatamente entregue aos Sterns. No dia seguinte, entretanto, a srta. Whitehead disse que não conseguiria viver sem a criança e a removeu da casa dos Sterns. O pai (Sr. Sterns) obteve uma decisão judicial ordenando o cumprimento do contrato e o retorno imediato da criança. Naquele momento, a srta. Whitehead já havia se deslocado com a criança para a Flórida. Lá, ela foi presa, a bebê foi removida à força pelas autoridades e devolvida aos Sterns. À srta. Whitehead foi concedido o direito de visita. TRIMMINGS, Katarina e BEAUMONT, Paul. *International surrogacy arrangements: an urgent need for legal regulation at the International level*. **Journal of Private International Law**, v. 7, n. 3, 2011, p. 627-647.

De acordo com TRIMMINGS e BEAUMONT[59], uma gestante substituta[60] pode ser definida como a mulher que carrega a criança originária de um acordo feito antes de ela estar grávida, cuja finalidade é de que ela entregue a criança oriunda dessa situação a outra pessoa ou outras pessoas, renunciando a todos os direitos sobre a criança. Nesse contexto, importante salientar que há dois tipos de gestação de substituição: a tradicional e a gestacional.

No primeiro, a mãe substituta concebe a criança com o sêmen do pai de intenção – normalmente através de uma técnica de inseminação – ou através da inseminação do sêmen de um doador. Dessa forma, a mãe substituta está geneticamente relacionada com a criança. No segundo tipo, um embrião é criado através da fertilização *in vitro* utilizando o óvulo da mãe de intenção (ou o óvulo de uma doadora) e o sêmen do pai de intenção (ou o sêmen de um doador). Como resultado, a mãe substituta não tem qualquer relação genética com a criança, isto é, ela seria apenas uma portadora/hospedeira gestacional.

Entretanto, uma recente publicação feita pela Revista *Development*[61] indica que, mesmo por meio da doação do óvulo – vindo de outra mulher – a gestante substituta é capaz de modificar o material genético da criança gestada, através da comunicação intrauterina existente entre os dois. Segundo Felipe Vilella, um dos autores do estudo, a suspeita já era ventilada pela verificação de alguns fatores, como algumas semelhanças físicas entre gestantes substitutas e crianças oriundas da prática, além da constatação de patologias nas crianças relacionadas com circunstâncias da gestante, tais quais a obesidade e o tabagismo.

Mais especificamente, os microRNAs[62] maternos possibilitam certas modificações do embrião na pré-implantação, pois são liberados pelo corpo da gestante nessa fase e seguem diretamente para o líquido endometrial que, por sua vez, alimenta o feto. Ademais, dependendo das condições as quais as mulheres são submetidas durante o

---

[59] TRIMMINGS, Katarina e BEAUMONT, Paul. *International surrogacy arrangements: an urgent need for legal regulation at the International level*. **Journal of Private International Law**, v. 7, n. 3, 2011, p. 627-647.

[60] Quanto ao termo gestante substituta (no inglês, *surrogate mother* e no francês, *mère porteuse*), é comum encontrar na doutrina internacional também outros termos, como mãe portadora, mãe de aluguel, mãe postiça, doadora temporária do útero. Para fins de uniformização neste trabalho, utilizaremos o termo gestante substituta, o que nos parece mais próximo ao termo gestação de substituição.

[61] Resumo da reportagem Disponível em: <https://hypescience.com/barriga-de-aluguel-altera-o-dna-do-bebe/>. Acesso em: 12 jan. 2019.

[62] Para fins de terminologia, "MicroRNAs são moléculas formadas por poucas bases e apresentam como principal função a regulação da expressão gênica". Disponível em: <http://biocienciascpo.blogspot.com/2013/11/micrornas-conceito-funcoes-e-aplicacoes.html>. Acesso em: 12 jan. 2019.

período gestacional, poderão ocorrer modificações nas células e no endométrio[63] da gestante.

Os resultados obtidos por pesquisadores do Instituto Valenciano de Infertilidade (IVI) chamam a atenção para dois questionamentos: a necessidade de conhecer bem as informações da gestante substituta, inclusive histórico médico familiar, e o paradigma mencionado no parágrafo anterior, o da inexistência de relação genética entre a gestante substituta e a criança estabelecido.

Particularmente, no último caso, há implicações jurídicas a serem consideradas, razão pela qual o assunto passou a ser fortemente debatido, criticado, com o intuito de compreender as diversas opiniões nos âmbitos tocantes aos quais a gestação de substituição se insere e que passarão a ser analisados nos tópicos seguintes.

Segundo HABERMAS[64], "os conhecimentos científicos parecem perturbar nossa auto compreensão tanto quanto mais próximos estiverem de nos atingir". Essa afirmação permite uma reflexão mais aprofundada sobre as implicações que as técnicas de reprodução assistida, aliadas aos inúmeros avanços já alcançados podem representar ao Direito de Família e aos conceitos que o envolvem. Na primeira parte da máxima *mater semper certa est e pater is est quem nuptiae demonstrant*, por exemplo, vê-se implicada diretamente a presunção certa de quem seria a mãe, paralelamente à incerteza de quem seria o pai. Ora, diante de um caso no qual uma criança foi originada por uma técnica de reprodução assistida, essa máxima é *per se* facilmente questionável.

Assim, convém revisitar dois conceitos que são frequentemente entrelaçados e mesmo confusos ao campo normativo: a Bioética e o Biodireito. Em sede de doutrina, verifica-se que alguns autores preferem até mesmo negar a existência de um Biodireito, por entenderem que somente a Bioética seria uma ciência verdadeira. Para fins terminológicos, a palavra Bioética começou a ser mais utilizada a partir da década de 1960 e, por meio do lançamento da obra de Van Renssealer Potter em 1971, intitulada "Bioética: ponte para o futuro", houve um interesse maior pelo assunto e, consequentemente, pela necessidade de se compreender a importância do saber ético relacionado à ciência. Esse interesse se deu, também, no momento em que os testes e descobertas na engenharia genética feitas em seres humanos começaram a ser expostos ao mundo.

---

[63] Para fins de terminologia, "O útero é formado por uma camada muscular externa (miométrio) e outra interna (endométrio) que todos os meses, no período menstrual, descama, provocando o sangramento menstrual.". Disponível em: <https://www.einstein.br/endometriose>. Acesso em: 20 jan. 2019.

[64] HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana.** São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 141.

Ainda no âmbito da relação ética e ciência, é necessária a contribuição de BOTTEGA[65], quando pontua que, para fins de experimento, constatou-se que não havia um parâmetro ou mesmo um limite à escolha de candidatos a submissão de alguns experimentos, sendo preferível buscar pessoas consideradas de "menor valor", ou seja, aquelas cujos aspectos sócio-econômicos e/ou culturais pudessem possuir uma vontade, ainda que relacionada a um ganho monetário, em participar dos testes.

Nesse sentido, a bioética se perfaz no resultado da soma entre o uso da ética nas ciências biológicas e suas inovações, o que GUERRA[66] define como sendo o conjunto sistemático das dimensões das ciências biológicas e da saúde, através de princípios éticos variados inseridos em um contexto multidisciplinar. Portanto, conclui BOTTEGA[67] que a Bioética tem como princípio fundador a discussão ética da vida humana em meio aos avanços tecnológicos e científicos, sobretudo nas áreas relacionadas às ciências médicas e biológicas e suas implicações na cultura, na sociedade e no cotidiano dos indivíduos.

É inevitável que as incontáveis evoluções no campo das ciências médicas e biológicas alteraram as relações sociais e a vida coletiva, o que demanda uma manifestação sobre os variados temas por parte do Direito, tal como ciência. Assim nasce o Biodireito, como tentativa de entender e adaptar novos paradigmas criados em outras searas ao pensamento jurídico, adequando a legislação e a cultura jurídica aos novos formatos e limites apresentados pelas descobertas biomédicas, sempre em coesão aos preceitos éticos das duas ciências.

Ao Direito de Família contemporâneo, tanto em relação às questões apresentadas pela Bioética e, consequentemente, pelo Biodireito, são múltiplas e bem variadas, uma vez que a família é compreendida de forma atual como o centro de realização do indivíduo, o local de seu desenvolvimento e de sua dignidade enquanto ser humano. Segundo BOTTEGA[68], essas questões tomam forma nas relações familiares no momento em que surgem questionamentos eminentemente ligados à filiação, à investigação da parentalidade genética, da relação entre paternidade e maternidade biológicas e a relação

---

[65] BOTTEGA, Clarissa. **Reflexos do Biodireito no Direito das Famílias.** p. 53. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/reflexos_do_biodireito.pdf>. Acesso em 10 fev. 2019.

[66] GUERRA, Arthur Magno e Silva. Humanismo Constitucional no Brasil: Os reflexos da bioética no contexto constitucional brasileiro, fundado no paradigma da dignidade humana, em questões de manipulação genética. *In*: GUERRA, Arthur Magno e Silva (Coord.). **Biodireito e bioética**: Uma introdução crítica. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005, p. 2.

[67] BOTTEGA, Clarissa. **Reflexos do Biodireito no Direito das Famílias.** p. 54. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/reflexos_do_biodireito.pdf>. Acesso em 10 fev. 2019.

[68] BOTTEGA, Clarissa. **Reflexos do Biodireito no Direito das Famílias.** p. 55. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/reflexos_do_biodireito.pdf>. Acesso em 10 fev. 2019.

socioafetiva e, obviamente, no que diz respeito à questão envolvendo gestantes de substituição.

Não somente neles, os exemplos também versam sobre os direitos dos nascituros e sua proteção, a presunção de paternidade e as técnicas de reprodução medicamente assistida (inseminação artificial homóloga e heteróloga), as hipóteses de esterilização humana, a prática da eugenia e da terapia gênica (escolha de sexo dos bebês, cor dos olhos, etc.), a eutanásia, a clonagem humana, dentre uma multiplicidade de temas possíveis que abrem novos horizontes aos limites da ciência e dos avanços tecnológicos.

De acordo com o entendimento de BARACHO[69], é perceptível a grande mudança na questão da filiação por conta dos avanços presentes nas técnicas de reprodução humana, em virtude do surgimento de uma nova concepção de família, isto é, aquela que conta com a assistência médica à procriação, através da intervenção de um terceiro doador de gametas ou de uma mulher portadora.

Com o advento dos direitos reprodutivos, mais precisamente em relação à liberdade de procriar ou mesmo ao direito à esterilização humana, o Biodireito também se manifesta quanto as questões que envolvem a intimidade, a liberdade e a sexualidade, com a necessária informação e conscientização, não necessariamente com o intuito de resolvê-las, mas, principalmente, de promover a discussão e visualizar os efeitos delas oriundos.

Ressalta-se, portanto, os esforços na área do direito de família em sede de legislações infraconstitucional, no que se refere às presunções de paternidade baseadas em técnicas de reprodução medicamente assistida, como aponta BOTTEGA[70]. Ainda que insuficientes, as normas contidas no artigo 1.597, incisos III, IV e V[71] do Código Civil brasileiro que, respectivamente, discorrem sobre a inseminação artificial homóloga, os embriões excedentários em inseminação artificial homóloga e a inseminação artificial heteróloga. Tais normas, inclusive, foram complementadas pelo Conselho da Justiça

---

[69] BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Bioética e direitos humanos: direitos constitucionais gerais e específicos. Teoria geral da família. Direito constitucional de família. Jurisprudência constitucional. Processualidade constitucional. *In*: GUERRA, Arthur Magno e Silva (Coord.). **Biodireito e bioética**: Uma introdução crítica. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005, p. 92.

[70] BOTTEGA, Clarissa. **Reflexos do Biodireito no Direito das Famílias.** p. 56-57. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/reflexos_do_biodireito.pdf>. Acesso em 10 fev. 2019.

[71] Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: [...] III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido. BRASIL. **Código Civil (2002).** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 10 fev. 2019.

Federal (CJF), com seis Enunciados[72] acerca desses temas, objetivando facilitar a prática do mencionado artigo.

Para fins de didática e de metodologia nesse trabalho, não seria possível discorrer mais especificamente com tamanho saber sobre os dois conceitos – Bioética e Biodireito –, uma vez que essa modesta pesquisa não tem como foco aprofundar as explanações conceituais e suas implicações, objetos esses tão caros, sobretudo, às ciências médicas. Entretanto, é importante frisar que aqui se considera a Bioética e o Biodireito como ferramentas indispensáveis e eficazes para a sociedade, no que diz respeito ao controle ético das inovações tecnológicas na área médica e como elas impactam diretamente na vida quotidiana.

Nessas observações, portanto, cabe aqui o entendimento de SÁ e NAVES[73], quando apontam que os temas que envolvem o microssistema do Biodireito e a relação com a bioética são dotados de grande complexidade e polêmicas e que o Direito, por si, não é capaz de regular todas as condutas de forma absoluta. Assim, para que haja limites à própria vontade a fim de que ela não se distancia da ética, ocorre uma redução no alcance da autonomia privada. As discussões que cercam o Biodireito devem ser levadas

---

[72] **Enunciado 104 (CFJ)** – art. 1.597: no âmbito das técnicas de reprodução assistida envolvendo o emprego de material fecundante de terceiros, o pressuposto fático da relação sexual é substituído pela vontade (ou eventualmente pelo risco da situação jurídica matrimonial) juridicamente qualificada, gerando presunção absoluta ou relativa de paternidade no que tange ao marido da mãe da criança concebida, dependendo da manifestação expressa (ou implícita) da vontade no curso do casamento. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/735>. Acesso em 10 fev. 2019.
**Enunciado 105 (CJF)** – art. 1.597: as expressões "fecundação artificial", "concepção artificial" e "inseminação artificial" constantes, respectivamente, dos incs. Iii, iv e v do art. 1.597 deverão ser interpretadas como "técnica de reprodução assistida". Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/736> Acesso em 10 fev. 2019.
**Enunciado 106 (CFJ)** – art. 1.597, inc. Iii: para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatória, ainda, a autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/737>. Acesso em 10 fev. 2019.
**Enunciado 107 (CFJ)** – art. 1.597, iv: finda a sociedade conjugal, na forma do art. 1.571, a regra do inc. Iv somente poderá ser aplicada se houver autorização prévia, por escrito, dos excônjuges para a utilização dos embriões excedentários, só podendo ser revogada até o início do procedimento de implantação desses embriões. Disponível em: < http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/738>. Acesso em 10 fev. 2019.
**Enunciado 257 (CFJ)** - art. 1.597: as expressões "fecundação artificial", "concepção artificial" e "inseminação artificial", constantes, respectivamente, dos incs. Iii, iv e v do art. 1.597 do código civil, devem ser interpretadas restritivamente, não abrangendo a utilização de óvulos doados e a gestação de substituição. Disponível em: < http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/505>. Acesso em 10 fev. 2019.
**Enunciado 258 (CFJ)** - arts. 1.597 e 1.601: não cabe a ação prevista no art. 1.601 do código civil se a filiação tiver origem em procriação assistida heteróloga, autorizada pelo marido nos termos do inc. V do art. 1.597, cuja paternidade configura presunção absoluta. Disponível em: < http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/506> Acesso em: 10 fev. 2019.

[73] SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 18.

ao âmbito da sociedade civil, na medida em que se busca soluções legítimas a cada caso concreto, que deve ser resolvido à luz da principiologia.

### 2.1.2 Normas brasileiras

Como dito anteriormente, o Brasil se enquadra no grupo dos países que permitem a prática da gestação de substituição de forma bem restrita. Apesar de não contar com uma legislação específica para o tema, há uma Resolução feita pelo Conselho Federal de Medicina (CFM)[74] que determina protocolos e condições a serem observados pelos médicos e clínicas de fertilização. A Resolução 2.168/2017[75] regulamenta as formas de utilização das técnicas de reprodução assistida (TRA) e os procedimentos a serem obedecidos pelos médicos e, no seu item VII, prevê as regras da gestação de substituição.

Interessante observar que, no início da Resolução mencionada, o órgão justifica a necessidade do instrumento considerando os seguintes aspectos: "a infertilidade humana como um problema de saúde, com implicações médicas e psicológicas, e a legitimidade do anseio de superá-la; o avanço do conhecimento científico já permite solucionar vários casos de problemas de reprodução humana; que o pleno do Supremo Tribunal Federal, na sessão de julgamento de 5 de maio de 2011, reconheceu e qualificou como entidade familiar a união estável homoafetiva (ADI 4.277 e ADPF 132); e a necessidade de harmonizar o uso dessas técnicas com os princípios da ética médica[76]".

Portanto, pode-se afirmar que o CFM tem preocupação em adequar os procedimentos e as particularidades das técnicas, visando a harmonização das práticas e, automaticamente, acompanhar os avanços das técnicas científicas, bem como os ensejos da sociedade. Apesar das críticas existentes sobre a competência do CFM em legislar sobre o assunto, a Justiça Federal julgou adequada a regulamentação do órgão (TRF1, ACP n. 2007.34.00.014809-3), o que significa que a Resolução em questão é o único instrumento norteador da matéria, especialmente em sede de tribunais.

---

[74] O Conselho Federal de Medicina (CFM) goza do status de autarquia federal e possui competência para regulamentar a deontologia da profissão médica em todo o território nacional, em conformidade à Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, alterada pela Lei nº 11.000, de 15 de dezembro de 2004, regulamentada pelo Decreto nº 44.045, de 19 de julho de 1958, e pelo Decreto nº 6.821, de 14 de abril de 2009.

[75] A Resolução 2.168/2017 do CFM, que revogou a Resolução 2.121/2015 da mesma autarquia, "adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida – sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudarão a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos – tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros [...]". Texto disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>. Acesso em: 01 fev. 2019.

[76] Resolução 2.168/2017 do CFM, parte inicial, disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf.

Segundo ARAÚJO, VARGAS e MARTEL[77], um dos pontos mais importantes à análise da gestação de substituição é a determinação da maternidade, já que, por muitos séculos, não havia dúvida quanto à mãe da criança no momento do parto. Com os avanços da biotecnologia, SCHWENZER[78] descreve um novo conceito, o da *maternidade cindida*, para derrubar o conceito de uma maternidade "única", já que há pode-se perceber até três parâmetros de maternidade: a da gestação, a da origem genética e do projeto parental.

No Código Civil brasileiro de 2002, os incisos III, IV e V do art. 1.597 contemplam situações do nascimento de crianças a partir das técnicas de reprodução assistida (TRA), como outrora mencionado. Contudo, a preocupação do legislador recaía sobre a determinação da identidade do pai e não da mãe e, também, sobre os filhos oriundos da relação entre cônjuges; não sendo a mulher casada, quem deve fazer o registro espontâneo é o pai e, caso não o faça, a verificação deverá ser feita judicialmente, através de ação de investigação de paternidade[79].

Em termos técnicos, há uma série de requisitos formais na Resolução 2.168/2017 a serem seguidos pelos profissionais que procederem às TRA. No item I, destacam-se os princípios gerais: i) utilização das TRA para facilitar a reprodução; ii) idade máxima de 50 anos para as candidatas, havendo a possibilidade de sucesso e sem risco à saúde da paciente e/ou do descendente; iii) exceção à idade máxima do item anterior; iv) obrigatoriedade de informação do consentimento livre e esclarecido, documentado e devidamente assinado; v) proibição das práticas seletivas embrionárias (ou eugenia); vi) proibição de utilização da técnica para outros fins que não a procriação; vii) limite de embriões a serem transferidos, por faixa etária; viii) proibição de redução de embriões em caso de gravidez múltipla.

Os pontos levantados nesse item representam uma preocupação do Conselho Federal de Medicina (CFM) principalmente em relação à saúde, à ética da profissão, à finalidade dos procedimentos e ao pleno conhecimento de quem se submete a eles. Além disso, pretende-se evitar confrontos a princípios bioéticos e morais, como o ocorrido com

---

[77] ARAUJO, Nadia de., VARGAS, Daniela; MARTEL, Letícia. **Gestação de substituição**: Regramento no Direito Brasileiro e seus Aspectos de Direito Internacional Privado. Disponível em: <http://nadiadearaujo.com/direito-de-familia/>. Acesso em: 18 nov. 2018.

[78] SCHWENZER, Ingeborg. **Model Family Code**: from a Global Perspective. Antwerpen: Intersentia, 2006.

[79] ARAUJO, Nadia de., VARGAS, Daniela; MARTEL, Letícia. **Gestação de substituição**: Regramento no Direito Brasileiro e seus Aspectos de Direito Internacional Privado. Disponível em: <http://nadiadearaujo.com/direito-de-familia/>. Acesso em: 18 nov. 2018.

o nascimento de Maria Clara Cunha, em fevereiro de 2012[80], criança oriunda de uma fertilização que tinha por finalidade salvar a irmã mais velha, que sofre de talassemia major.

No item II, a Resolução apresenta os requisitos específicos das pacientes das TRA, que deverão ser maiores de idade e totalmente capazes, não importando a orientação sexual ou o estado civil. Além disso, na inexistência de infertilidade, é possível a gestação compartilhada em união homoafetiva feminina. O item III se refere às clínicas, aos centros e aos serviços que possibilitam as TRA e todos os requisitos mínimos a serem cumpridos, desde a questão da higiene e de todos os procedimentos inerentes à pratica até a documentação e os profissionais responsáveis.

O item IV trata da doação de gametas ou de embriões, vedando a ela o caráter comercial ou lucrativo e a comunicação entre receptores e doadores[81]; estabelece uma idade mínima para doação de gametas, sendo de 35 anos para as mulheres e de 50 anos para os homens; e prevê que os locais e serviços onde as doações forem feitas mantenham um registro permanente com dados clínicos, características fenotípicas e amostra de material celular dos doadores. Além disso, determina que o doador tenha o limite máximo de duas gestações de crianças de sexos diferentes, em uma área de um milhão de habitantes. A escolha dos doadores é de responsabilidade do médico assistente e é vedado a todos os funcionários do estabelecimento serem doadores. Por fim, é permitida tanto a doação voluntária de gametas masculinos quanto a doação compartilhada de ovócitos[82].

O item V trata da possibilidade de criopreservação de gametas ou embriões, desde que os doadores saibam a quantia exata e autorizem por escrito a finalidade, o destinatário do material e o momento de doação. Após cinco anos de armazenamento, os embriões podem ser descartados por vontade do paciente, não havendo a obrigatoriedade

---

[80] Como se observa: "A irmã mais velha de Maria Clara, Maria Vitória, sofre com uma doença genética hereditária, a talassemia major – que causa uma produção menor de glóbulos vermelhos na medula óssea. Os pais dela, decidiram que o próximo filho ia ser livre da doença e também compatível com a irmã mais velha, para doar células-tronco do cordão umbilical. Nesse cenário entrou a seleção de embriões saudáveis, por meio de fertilização *in vitro*". O ocorrido reacendeu um debate complexo sobre os princípios de bioética, a finalidade das técnicas de reprodução assistida (TRA) e outras situações anexas. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/saude/selecionar-um-bebe-e-etico-76rrgxf8icmspt0rlbha0ni32/>. Acesso em: 10 dez. 2018.

[81] Em casos excepcionais e por motivação médica, os médicos poderão obter informações do doador, exceto sua identidade civil.

[82] Sinônimo de ovócitos: representam as células germinativas femininas produzidas nos ovários.

da utilização dos embriões em pesquisas de célula-tronco, conforme a Lei de Biossegurança[83].

O item VI prevê a utilização das TRA à seleção de embriões diagnosticados com alterações genéticas, que poderão servir às pesquisas ou ser descartados. As TRA também podem ser utilizadas à tipagem do sistema HLA[84] do embrião, no intuito de selecionar e originar filhos compatíveis com outros filhos do casal que necessite de tratamento em virtude de doença, através do transplante de células-tronco. Ao embrião *in vitro*, delimita-se o prazo máximo de 14 (quatorze) dias para o seu desenvolvimento. O profissional de medicina e a clínica na qual será realizado o procedimento deverão estar devidamente licenciados para realizá-lo, possuindo, ainda, a responsabilidade de explicar todas as informações aos envolvidos, os permissivos e proibitivos, inclusive os riscos que possam advir do procedimento.

O item VII, para fins do trabalho, é o mais importante, pois trata especificamente dos requisitos sobre a gestação de substituição (ou doação temporária do útero). O primeiro requisito, ainda no texto introdutório, se refere à condição de utilização da técnica de gestação de substituição, uma vez que clínicas, centros ou serviços somente procederão a essa técnica se existir uma condição médica impeditiva ou contraindicativa à gestação na doadora genética, também no caso de união homoafetiva ou de pessoa solteira[85]. É necessário frisar que as condições aqui mencionadas foram elencadas a fim de evitar que esses contratos ocorram em qualquer circunstância, isto é, por uma preocupação relacionada à transformação do corpo ou por conveniência pessoal de não mudar seus hábitos durante a gravidez.

O segundo requisito traz a obrigatoriedade de até o 4º grau de parentesco consanguíneo entre a gestante de substituição e à família de um dos doadores. Nesse

---

[83] Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm.>. Acesso em: 25 nov. 2018.

[84] Sigla em inglês para Antígeno Leucocitário Humano, sendo um complexo de genes que determinam o "eu" biológico de cada indivíduo. Disponível em: <http://apps.einstein.br/revista/arquivos/PDF/1914-Einstein_v9n2_249-251_port.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2018.

[85] Um grupo de pesquisadores da PUC-Rio emitiu um relatório a partir de dados obtidos no CREMESP entre os anos 1992-2013, concluindo que "há existência de forte e linear padrão decisório, atrelado à literalidade das Resoluções. Na maior parte dos casos, trata-se de casais heteroafetivos que não conseguiram ter filhos devido a problemas de saúde da mulher, obtivendo pareceres favoráveis por parte dos Conselhos. O fato de no CREMESP não terem sido encontrados casos em que o pedido é realizado por casal homoafetivo pode ser significativo. A medida em que os direitos de famílias LGBT vão sendo cada vez mais efetivados, é possível entender que haverá cada vez mais casais homoafetivos utilizadores das técnicas de reprodução assistida. Para tal, destaca-se importante decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) em 2011, quando estendeu os direitos reconhecidos aos casais heteroafetivos para os casais homoafetivos de maneira isonômica. Disponível em: <http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio_resumo2013/relatorios_pdf/ccs/DIR/DIR-Ian%20Schneider,%20Luiza%20Amorim.pdf. >. Acesso em: 24 nov. 2018.

sentido, tem-se: mãe/filha, como primeiro grau; avó/irmã, como segundo grau; tia/sobrinha, como terceiro grau; e prima, como quarto grau. Em caso de divergência a esse requisito, o Conselho Regional de Medicina (CRM) está apto a analisar a questão, podendo autorizar ou não o procedimento.

O terceiro requisito retoma a proibição de qualquer aferição a lucro, logo, somente a forma altruísta é permitida nos contratos de gestação de substituição[86]. Apesar de não possuir fins lucrativos, não se exclui aqui "a garantia de tratamento e acompanhamento médico, inclusive por equipes multidisciplinares, se necessário, à mãe que doará temporariamente o útero, até o puerpério" (ponto 3.4, item VII, da Resolução). Essa preocupação é essencial ao bom desenvolvimento da gravidez, além da saúde física e emocional da gestante.

Por fim, o quarto requisito, elenca documentos e observações que deverão constar na ficha do paciente: a) o termo de consentimento e esclarecido assinado pelos pacientes e pela gestante substituta, que deverá informar todos os riscos envolvidos do início ao fim do ciclo, bem como os aspectos legais e as condições biopsicossociais durante todo o tratamento; b) relatório médico atestando as condições clínicas e emocionais necessárias de todos os envolvidos; c) termo de compromisso que esclareça totalmente todos os aspectos da filiação da criança, devidamente assinado pela gestante e pelos pacientes; c) garantia do registro civil da criança pelo projeto parental, devendo ser feita durante a gravidez; d) aprovação por escrito do companheiro ou cônjuge, se a gestante for casada ou estiver em união estável[87].

Faz-se necessária uma explicação adicional à letra "a" acima mencionada, já que o termo de consentimento informado possui natureza contratual. No Brasil, ainda não há decisão jurisprudencial que tenha apreciado a questão, nem conflitos positivos de maternidade – quando duas mulheres reclamam à maternidade da criança – ou negativos – quando nenhuma se habilita a tal; também não se tem notícia de um contrato de gestação de substituição descumprido. Eventualmente, diante de uma demanda versando

[86] É majoritário, na doutrina, o posicionamento de que gestação de substituição com fins lucrativos não está de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana, porém há controvérsias acerca desse posicionamento. Sobre as diferentes opiniões: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais de acordo com o novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.1009; CHEREM II, Gerson. Inseminação artificial heteróloga a matre: a determinação da maternidade em face da cessão de útero. **Revista da Academia Judicial**. Edição Comemorativa. Ano I, nº 0, dez. 2010, p.189-203; OTERO, Marcelo Truzzi. **Contratação de barriga de aluguel gratuita e onerosa**: legalidade, efeitos e o melhor interesse da criança. **Direito e Sociedade: Revista de Estudos Jurídicos Interdisciplinares**. Catanduva, v.5, n. 1, jan./dez. 2010, p.150- 167.

[87] Essas normas estão dispostas no ponto 3 e seguintes, do item VII, da Resolução 2.168/2017 do CFM.

sobre uma ou mais hipóteses descritas, o juiz deverá decidir se utilizando de princípios como o do melhor interesse da criança e a força da autonomia da vontade[88].

Quanto às exigências da Resolução 2.168/2017, é necessário que todas as partes estejam cientes e em conformidade com os termos do consentimento informado. A equipe médica e os demais profissionais devem explicar detalhadamente os riscos envolvidos, tanto no psicológico quanto no emocional. Isso servirá para a decisão, analisando as responsabilidades envolvidas e o esclarecimento de qualquer dúvida sobre o tema.

Os autores do projeto parental deverão, como segunda medida, assinar uma documentação feita durante a gravidez, que garante o registro civil da criança. Essa determinação reforça a seriedade da técnica, a responsabilidade pelo bem-estar da criança e as implicações jurídicas, evitando que os encargos recaiam sobre a gestante de substituição.[89] Sobre o registro civil, trataremos no próximo tópico dos poucos casos já levados aos tribunais brasileiros para apreciação e decisão.

Finalmente, todos os envolvidos na técnica – seja doador ou autor – serão informados das possibilidades de se realizar um aborto, que são: através de violência sexual, risco de morte para a gestante substituta e se o feto possuir doença que impeça a vida fora do útero. O que extrapolar a legislação incorre em ilegalidade.

As poucas situações versando sobre gestação de substituição levadas ao Poder Judiciário ocorreram entre os anos de 2004 e 2011 e originaram-se a partir de um mesmo ponto: os entraves quando da transcrição do registro de nascimento. Os casos que serão apresentados a seguir possuem mais um detalhe em comum: a ausência de disputa entre as partes, isto é, não se tratava de um conflito positivo de maternidade – quando duas mulheres reclamam a maternidade sobre a mesma criança – tampouco de um conflito negativo – quando nenhuma das mulheres se identifica mãe da criança – ou de um desentendimento a partir de um acordo previamente feito.

Dois casos ocorreram em Minas Gerais, nos anos de 2004 e de 2011. O primeiro, inclusive, é considerado o pioneiro em relação ao tema, quando o juiz analisou e julgou procedente o pedido de registro civil de uma criança em favor da pretensa mãe, uma vez comprovada a validade do contrato de gestação de substituição feito entre ela e sua mãe (a gestante seria, então, a verdadeira avó da criança) e a obediência às normas válidas na

---

[88] ARAUJO, Nadia de., VARGAS, Daniela; MARTEL, Letícia. **Gestação de substituição**: Regramento no Direito Brasileiro e seus Aspectos de Direito Internacional Privado. Disponível em: <http://nadiadearaujo.com/direito-de-familia/>. Acesso em: 18 nov. 2018.

[89] ARAUJO, Nadia de., VARGAS, Daniela; MARTEL, Letícia. **Gestação de substituição**: Regramento no Direito Brasileiro e seus Aspectos de Direito Internacional Privado. Disponível em: <http://nadiadearaujo.com/direito-de-familia/>. Acesso em: 18 nov. 2018.

época do Conselho Federal de Medicina (CFM)[90]. O segundo caso, muito similar ao primeiro, relatou as mesmas dificuldades e a decisão também foi favorável ao registro civil da criança com o nome da mãe de intenção[91].

No terceiro, ocorrido em São Paulo[92], o Ministério Público decidiu recorrer da decisão que autorizava o registro civil da criança no nome do casal do projeto parental. As razões levantadas para justificar foram as seguintes: i) impossibilidade de realizar o exame de DNA, mesmo diante da constante reafirmação da gestante de que não possuía nenhum vínculo com a criança e que não desejava assumir a maternidade; ii) resguardo do melhor interesse da criança e de conhecer a sua origem; iii) dignidade da pessoa humana; iv) dúvida razoável e ausência de cuidados no momento no qual se determinou a filiação, já que somente constavam documentadas as assinaturas dos pais de intenção e a declaração do médico; v) em desrespeito à Resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM) vigente à época, ausência de parentesco entre a gestante substituta e a mãe de intenção.

Diante das alegações e principalmente pela falta de vínculo entre a gestante e um membro do projeto parental, o juiz poderia ter dado provimento ao recurso, em consonância à Resolução do CFM que assim o determina. Porém, o julgador entendeu que, havendo o interesse dos pretensos pais e em respeito ao superior interesse da criança[93] de não permanecer *no vazio* da maternidade, o registro civil deveria ser feito em favor dos pais de intenção e da socioafetividade existente entre eles, embora contrarie o determinado na Resolução[94].

Quanto aos casais homoafetivos, desde 2011, o entendimento do Supremo tribunal Federal (STF) é pacífico para a adoção, no sentido da necessidade de incluir os nomes dos dois adotantes e, na certidão de nascimento, os campos anteriormente nomeados pai e mãe foram substituídos por filiação, a fim de promover a equiparação dos direitos reprodutivos de homossexuais[95] aos heterossexuais.

---

[90] Decisão de 14 de junho de 2004 proferida pelo juiz Átila Andrade de Castro. Na época, foi possível a comprovação do material genético doado através de exame de DNA. Não houve acesso à íntegra da decisão nem aos dados específicos do processo para referência, em razão do sigilo.

[91] Processo n. 0010694-29.2011.8.13.0188, de 06 de maio de 2011. Comarca de Nova Lima, Minas Gerais.

[92] Opinião do Ministério Público n. 82/2010. Processo n. 104323/2009.

[93] Sobre o superior interesse da criança, ver MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **A declaração universal dos direitos da criança e seus sucedâneos internacionais**. Coimbra: 2004, p.117 e seguintes.

[94] O Conselho Federal de Medicina (CFM) está autorizado a permitir o contrato de gestação de substituição entre duas pessoas que não possuem vínculo familiar. No entanto, cada caso deverá ser analisado em particular, para que a exceção não acabe por tomar o lugar da regra.

[95] Ver ADPF 132 e ADI 4.277 do Supremo Tribunal Federal, sobre o reconhecimento da união homoafetiva e da possibilidade de adoção. 2011. Rel. Min. Ayres Britto. Disponível em:

Outro problema anteriormente enfrentado pelo tema da gestação de substituição era a ausência de qualquer menção no preenchimento da declaração de nascido vivo (DNV) sobre a mãe substituta. Esse documento obrigatório e padronizado pelo Ministério da Saúde está previsto na Lei n. 6.015/1973 e serve ao registro civil de nascimento da criança. Nos blocos III e IV do documento, deveriam ser inseridas as informações da mãe e do pai da criança, além do histórico gestacional, porém, até pouco tempo, não se havia vislumbrado um espaço documental que possibilitasse a inserção das informações da gestante substituta.

No dia 14 de novembro de 2017, o Conselho Nacional de Justiça editou o Provimento n. 63[96], que determinou a instituição de modelos únicos de certidão de nascimento, de casamento e de óbito, a serem adotados pelos ofícios de registro civil das pessoas naturais, além de dispor sobre o reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e maternidade socioafetiva no Livro "A" e, também, sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida.

O Provimento conta com três seções: a primeira dita as regras gerais aplicáveis ao objeto da norma, a segunda versa sobre a paternidade socioafetiva e, por fim, a terceira discorre sobre as particularidades da reprodução assistida, incluindo a gestação de substituição. Por ser objeto desta pesquisa, a análise terá como foco a Seção III do respectivo provimento.

Em seu artigo 16[97], *caput*, o Provimento determina que o registro da criança oriunda de técnicas de reprodução assistida (TRA) não depende de prévia autorização judicial para que seja inscrito no Livro A, desde que ambos os pais compareçam ao cartório com a documentação solicitada e cumpram os requisitos da legislação em vigor no que lhe é cabível. Se forem casados ou declararem a união estável, apenas o comparecimento de um dos dois será necessário para que se proceda ao registro, em observância ao descrito no parágrafo primeiro do mesmo artigo.

---

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 20 nov. 2018.

[96] Provimento n.63, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), de 14 de novembro de 2017. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3380>. Acesso em 18 fev. 2019.

[97] Art. 16, Provimento n.63/2017: "O assento de nascimento de filho havido por técnicas de reprodução assistida será inscrito no Livro A, independentemente de prévia autorização judicial e observada a legislação em vigor no que for pertinente, mediante o comparecimento de ambos os pais, munidos de documentação exigida por este provimento. § 1º Se os pais forem casados ou conviverem em união estável, poderá somente um deles comparecer ao ato de registro, desde que apresente a documentação referida no art. 17, III, deste provimento. § 2º No caso de filhos de casais homoafetivos, o assento de nascimento deverá ser adequado para que constem os nomes dos ascendentes, sem referência a distinção quanto à ascendência paterna ou materna". Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3380>. Acesso em 18 fev. 2019.

Pelo exposto acima, é possível compreender que houve uma facilitação e, consequentemente, uma celeridade do ato de registrar civilmente a criança em nome do projeto parental, o que implica diretamente na retirada dos possíveis entraves legislativos descritos nos casos brasileiros ainda há pouco mencionados. Ora, se o projeto parental recorria ao julgador competente para proceder ao correto registro civil da criança por não haver uma norma que permitia a correta feitura, por força do Provimento n.63 não há mais que se falar em dependência de autorização judicial prévia para tal ato, podendo ser feito diretamente ao oficial competente, sem intermédios.

Já em seu artigo 17[98], mais precisamente em seus três itens seguintes ao *caput*, há uma relação de todos os documentos a serem apresentados a fim de registrar e emitir a certidão de nascimento da criança: a declaração de nascido vivo (DNV); a declaração com firma reconhecida do responsável do local onde a técnica de gestação foi realizada, na qual deverá constar a confirmação da utilização da reprodução assistida heteróloga e o nome dos beneficiários; e, por fim, a certidão comprobatória de casamento ou de união estável do casal.

Quando da prática das mudanças ventiladas no Provimento, é comum se ter a ideia de que o registro civil ao projeto parental possa ser negado de alguma forma. Todavia, o artigo 18[99] do referido provimento determina que é proibida a recusa ao registro de nascimento e à emissão da certidão da criança advinda da gestação de substituição por parte dos oficiais registradores e que essa recusa prevê a aplicação de uma sanção disciplinar pelo juiz competente, de acordo com o parágrafo primeiro do mesmo artigo. Ademais, as normas que regulam a gratuidade de atos deverão ser observadas pelos oficiais, no texto do artigo 19[100] do mesmo Provimento.

---

[98] Art. 17. "Será indispensável, para fins de registro e de emissão da certidão de nascimento, a apresentação dos seguintes documentos: I – declaração de nascido vivo (DNV); II – declaração, com firma reconhecida, do diretor técnico da clínica, centro ou serviço de reprodução humana em que foi realizada a reprodução assistida, indicando que a criança foi gerada por reprodução assistida heteróloga, assim como o nome dos beneficiários; III – certidão de casamento, certidão de conversão de união estável em casamento, escritura pública de união estável ou sentença em que foi reconhecida a união estável do casal". Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3380>. Acesso em 18 fev. 2019.

[99] Art. 18: "Será vedada aos oficiais registradores a recusa ao registro de nascimento e à emissão da respectiva certidão de filhos havidos por técnica de reprodução assistida, nos termos deste provimento. § 1º A recusa prevista no *caput* deverá ser comunicada ao juiz competente nos termos da legislação local, para as providências disciplinares cabíveis". Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3380>. Acesso em 18 fev. 2019.

[100] Art. 19. "Os registradores, para os fins do presente provimento, deverão observar as normas legais referentes à gratuidade de atos". Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3380>. Acesso em 18 fev. 2019.

### 2.1.3 Desafios econômicos: turismo procriativo

Retomando os pontos pertinentes à situação da gestação de substituição em sede de Direito Internacional Privado, os questionamentos sobre as técnicas de reprodução assistida causam profunda divisão entre os Estados, especialmente na União Europeia[101] e no Conselho da Europa[102], e em sistemas plurilegislativos, como ocorre nos Estados Unidos[103]. Por conta da diversidade de sistemas, no tocante às técnicas de reprodução assistida (TRA), pode-se verificar três grandes modelos existentes nos direitos nacionais[104]:

a) O acesso às TRA requer um atestado médico de infertilidade;

b) As TRA estão a serviço de um "projeto parental" do casal;

c) As TRA funcionam como um instrumento de um direito individual à procriação e a possuir uma descendência.

No primeiro modelo, as TRA serviriam como um remédio à infertilidade do casal (casado ou não) ou então quando houver risco de transmissão de uma doença grave à mãe ou à criança. Nesse caso, as TRA são autorizadas somente na hipótese de utilização dos gametas do casal. No segundo modelo, as TRA estariam à disposição de qualquer casal que não pode procriar naturalmente, ou seja, casais heterossexuais ou homossexuais.

Por fim, o terceiro modelo representaria o simples direito do indivíduo a procriar sem necessariamente passar pela forma mais tradicional conhecida, o que obrigaria os Estados a colocarem à disposição desse indivíduo técnicas para tal. Cabe frisar aqui que esse direito nunca foi explicitamente afirmado pelos tribunais superiores, porém a Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) tem reconhecido paulatinamente o direito a possuir uma descendência[105].

Da mesma maneira, os países tratam a gestação de substituição em suas legislações internas de forma diferenciada. Genericamente, podemos agrupá-los em três

---

[101] O Tribunal de Justiça da União Europeia é o órgão responsável pelo recebimento dos processos relacionados à gestação de substituição.

[102] Alguns casos na Corte Europeia de Direitos Humanos: Menesson vs. França (req. n. 65192/11); Labassé vs. França (req. n. 65941/11); Paradiso e Campanelli vs. Itália (req. n. 25358/12);

[103] FULCHIRON, Hugues. *La lutte contre le tourisme procréatif: vers un instrument de coopération internationale?* **Journal du Droit International**, n. 2, abr.-maio-jun. 2014, p. 566.

[104] FULCHIRON, Hugues. *La lutte contre le tourisme procréatif: vers un instrument de coopération internationale?* **Journal du Droit International**, n. 2, abr.-maio-jun. 2014, p. 567.

[105] Ver o caso Dickson vs. Reino Unido, na Corte Europeia de Direitos Humanos, de 4 de dezembro de 2007.

blocos[106]. O primeiro bloco corresponde aos países que proíbem a prática, proibição essa baseada nos princípios da indisponibilidade do corpo humano, da indisponibilidade do estado da pessoa e, ainda, do respeito à dignidade do homem. Nesse grupo, figuram países como Alemanha, Noruega, França, Espanha, Itália, Bulgária, Québec e China.

O segundo bloco de países corresponde àqueles que tentaram enquadrar juridicamente a gestação de substituição. São alguns deles: Inglaterra, Israel, Grécia, Nova Zelândia, alguns estados dos Estados Unidos da América e África do Sul. Esse enquadramento pode ser de cunho mais ou menos estrito, ou seja, pode permitir o acesso à técnica apenas aos casais LGBT ou pode compreender casais heterossexuais e mesmo pessoas solteiras. Vale mencionar aqui que alguns países aceitam a contratação comercial da gestação de substituição, como no estado da Califórnia, nos Estados Unidos.

Por fim, o bloco de países que não dispõem de normas legais, mesmo se a gestação de substituição se desenvolve em seu território, como na Bélgica, nos Países-Baixos e no Brasil. Vários são os motivos pelos quais se acredita haver uma ausência de legislação específica, sendo algumas delas expostas a seguir: cada Estado pode estar em meio a reflexões sobre o tema; eles confiam nas instâncias médicas nacionais e na observância aos princípios que regem as práticas; também pode ser que não tiveram a chance de se manifestar sobre a matéria – ausência de casos conhecidos ou mesmo imbróglios jurídicos ou, ainda, que os Estados preferem ignorar qualquer prática nesse sentido por parte de seus nacionais ou em seus territórios.

No caso do Brasil, como dito anteriormente, é o próprio Conselho Federal de Medicina (CFM) que regulamente a Resolução referente às técnicas de reprodução assistida, porém ainda não há nenhuma legislação específica para reger a gestação de substituição – ou mesmo as terapias de reprodução assistida – e suas implicações na sociedade.

Diante dessas situações, pessoas interessadas nessa técnica são atraídas por jurisdições-amigáveis à gestação de substituição, notadamente, países da América do Sul e do Leste Europeu, por terem seus serviços de gestação de substituição considerados de baixo custo[107]. Frisa-se que isso acontece, principalmente, quando os avanços

---

[106] FULCHIRON, Hugues. *La lutte contre le tourisme procréatif: vers un instrument de coopération internationale?* **Journal du Droit International**, n. 2, abr.-maio-jun. 2014, p. 568.

[107] A título exemplificativo, nos Estados Unidos, o custo total de um acordo de gestação de substituição varia entre U$ 59.000,00 e U$ 80.000,00 (cinquenta e nove e oitenta mil dólares), enquanto que, na Índia, o total varia entre U$ 10.000,00 e U$ 35.000,00 (dez e trinta e cinco mil dólares). Vide FARMER, Karen. **International Surrogacy Choices**. Disponível em: <http://ezinearticles.com/?International-Surrogacy-Choices&id=2538590>. Acesso em: 12 nov. 2018.

tecnológicos ultrapassam a defasagem legal ou mesmo quando não há nenhuma sinalização do Estado em debater e conhecer do assunto. Nasce, então, o fenômeno conhecido como turismo procriativo.

Nas palavras de FULCHIRON[108], o turismo procriativo, no mundo globalizado, corresponde a um mercado mundial de reprodução, nos moldes de regulação associados à oferta e à demanda, aos benefícios e seus efeitos, aos fenômenos de descentralização. O desenvolvimento desse mercado é favorecido pelos avanços da comunicação[109] e dos transportes – vias terrestres e aéreas – e pelos progressos obtidos nas técnicas de reprodução assistida (TRA) que facilitam sua realização em um número cada vez maior de clínicas médicas.

Ainda segundo o autor, o crescimento do recurso à gestação de substituição se dá pelo desejo de ter uma criança aliado à diminuição do número de crianças adotáveis e, mais intrinsicamente, da recusa de aceitar as restrições da natureza. Apesar da predominância do caráter comercial, o turismo procriativo também permite a compreensão de que as regras nacionais só geram eficácia quando pensadas na dimensão internacional[110]. Nota-se, contudo, que se os comentários do autor relativos à diminuição de crianças adotáveis é realidade, respeitado o argumento, para casos europeus – sobretudo na França –, data vênia, não reflete a mesma realidade em terras brasileiras.

Diante de tal acontecimento, os Estados se veem impotentes[111]. Ora, eles podem ditar proibições e reforçar em suas legislações internas os princípios sobre os quais se constrói o direito contemporâneo: o respeito à dignidade e à pessoa humana, a indisponibilidade do corpo humano, etc. Porém, não se pode ter como finalidade somente a afirmação desses princípios em caráter interno, especialmente quando a única barreira entre o permissivo e a proibição é a travessia da fronteira em direção a um país vizinho.

Se permissivo, linguisticamente, advém das possibilidades humanas de escolha, é essencial alguns apontamentos sobre como ela adquire corpo e forma no campo jurídico, seja nos prismas propriamente do direito, quanto sociológicos e psicológicos. Nesse sentido, os ensinamentos de STRENGER elucidam este instituto que é, sem dúvidas, fundamento necessário para a gestação de substituição.

---

[108] FULCHIRON, Hugues. *La lutte contre le tourisme procréatif: vers un instrument de coopération internationale?* **Journal du Droit International**, n. 2, abr.-maio-jun. 2014, p. 564.
[109] Sites especializados em ofertas de serviços de gestação de substituição, com tarifas, termos contratuais, critérios de seleção de mães substitutas, etc.
[110] FULCHIRON, Hugues. *La lutte contre le tourisme procréatif: vers un instrument de coopération internationale?* **Journal du Droit International**, n. 2, abr.-maio-jun. 2014, p. 564-565.
[111] LAGARDE, V.P**.** *La gestation pour autrui: problèmes de droit interne et de DIP*. **Revue Hellénique de Droit International**, 2009, p. 511 e seguintes.

A fim de conceituar a autonomia privada, pode-se verificar que ela representa o produto da soma da vontade humana em concretizar um impulso originado no próprio ego do indivíduo aliado a suas reações instintivas. Logo, além de um mero sentimento, a vontade somente se concretiza quando relacionada ao querer, expressão denominada pelo autor como emoção volível[112].

Imbuído desta moldura de conceito, em termos didáticos, contudo, é importante iniciar pelas questões sociológicas, sobre as quais o autor explica a existência de princípios como premissa da validade da vontade. Isto se dá no momento em que se considera uma regra jurídica como sendo um ato de vontade, ou seja, em seu cerne há mandatos ou concessões que conseguem estabelecer um conjunto coeso e organizado à realização do direito[113]. Ainda no campo sociológico, DURKHEIM[114] afirma que o homem, por ser um ser social, age em conformidade a imperativos inerentes a sua condição desde a primeira visualização da ideia concebida. Dessa forma, pode-se vislumbrar a concretização da vontade individual tanto quanto da coletiva, no momento em que há uma convergência organizada de múltiplas vontades.

No âmbito da vontade coletiva, ROUSSEAU[115] ensina que é o liame social é expressado através da lei e que, por ser a norma oriunda da vontade coletiva, ela estaria quantitativamente sobreposta à vontade de todos. Ademais, o autor disserta sobre a importância da fusão de todas as vontades com o intuito de constituir uma só, que possa atender os desígnios da massa, sendo esses concretizados através de normas, formando assim o bloco qualitativo da vontade.

Em que pese os aspectos psicológicos da vontade, há muito se tenta explica-la sob diferentes pontos de vista ou mesmo na intenção de se encontrar uma razão mais intrínseca aos atos voluntários. Alguns estudiosos de áreas distintas, tais como Bergson, Höffding, Fouillé, consideram a vontade como a característica mais autêntica da personalidade humana, já que ela se manifesta como uma unidade das particularidades do indivíduo. É o que demonstra STRENGER, quando retoma a ideia de atividade volitiva em conexão a mecanismos humanos automáticos e frequentes.

---

[112] STRENGER, Irineu. **Autonomia da vontade em Direito Internacional Privado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 6-11.
[113] STRENGER, Irineu. **Autonomia da vontade em Direito Internacional Privado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 14.
[114] STRENGER, Irineu. **Autonomia da vontade em Direito Internacional Privado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 15.
[115] STRENGER, Irineu. **Autonomia da vontade em Direito Internacional Privado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 15-16.

Não obstante as facetas da noção psicológica do tema em questão, o autor conclui que, em *stricto sensu*, a vontade apresenta os atos psíquicos intimamente conectados ao homem e o ato volitivo seria a inteligência sensível do homem. Logo, a vontade se perfaz sob forma de instrumento realizador do querer, isto é, se inicia com a ideia e se concretiza na ação[116].

As considerações feitas acerca da autonomia da vontade não contém profundas modificações no campo do Direito Internacional Privado, uma vez que o domínio é o mesmo, o das relações jusprivatistas. CALEB, entretanto, pontua que, em seara internacional, deve-se considerar uma redução no campo de atuação do princípio da autonomia da vontade, pois as partes teriam apenas a possibilidade de escolha da lei aplicável à qual elas irão se submeter, em respeito à ordem pública.

Diante disso, o autor afirma que há uma preocupação em considerar limites para a atuação da autonomia da vontade e manter os indivíduos no papel de sujeitos dotados de obrigações e direitos. No mesmo diapasão, por ser uma disciplina que visa a resolução de conflitos de leis em si, o autor conclui que a autonomia da vontade acaba ultrapassando as fronteiras entre diferentes sistemas legislativos para a escolha de uma lei competente, o que caracteriza o objeto primordial para o exercício da vontade individual[117].

Outra visão interessante a esse trabalho é a de BATIFFOL[118] que, ao considerar os diversos sistemas jurídicos existentes à época e as relações jusprivatistas neles contidas, concluiu que a vontade individual é primordial ao Direito Internacional Privado. Nesse sentido, a noção de autonomia da vontade deve considerar o elemento de legalidade que a conecta à ação volitiva individual.

No enfoque pertinente a este trabalho, o indivíduo dispõe da vontade de fazer uma família a sua maneira[119]. Esta afirmação merece reflexão a partir do retorno à análise histórica da constituição familiar, quando o sentido de liberdade não permeava seu núcleo, tampouco gozava de proteção. LÔBO[120] explica que o Estado intervinha nos âmbitos econômico-sociais e, consequentemente, no seio familiar, quando impunha

---

[116] STRENGER, Irineu. **Autonomia da vontade em Direito Internacional Privado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 23-28.
[117] CALEB, Marcel. **Essai sur le principe de l'autonomie de la volonté en droit international privé**. Paris: Sirey, 1927.
[118] STRENGER, Irineu. **Autonomia da vontade em Direito Internacional Privado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 65-67.
[119] Tradução livre da expressão em francês *une famille à sa main*, que se refere à obra de FRISON-ROCHE, M. A. *Une famille à sa main, La Famille en mutation*. **Archives de Philosophie du Droit**, tome 57, 2014, p. 249.
[120] LÔBO, Paulo. **Famílias.** São Paulo: Saraiva, 2010, p.20.

modelos rígidos de constituição e designava o poder familiar à figura do marido e do pai. Portanto, como outrora mencionado, a autonomia privada passa a ser percebida no momento em que todos os seus membros conseguem manifestar as suas vontades livremente[121].

## 2.2 Gestação de Substituição: aspectos em Direito Comparado

Apesar de mais próximas, graças ao desenvolvimento do comércio internacional e da intensificação dos fluxos migratórios, as nações no mundo contemporâneo guardam sistemas jurídicas distintos, dotados de peculiaridades internas que acabam por se projetar internacionalmente. Nesse sentido, VICENTE[122] conceitua uma disciplina do Direito, como ciência jurídica, cujo objetivo de estudo está centrado na comparação dos aspectos plurais e diversos das expressões culturais: o Direito Comparado. Ele comporta uma gama de conhecimentos relativos ao objeto – que seria o próprio Direito – em diferentes manifestações no seio de cada sociedade.

Seguindo a lógica do autor, o Direito Comparado tem como função duas características interligadas. A primeira seria a possibilidade de uma melhor comparação entre os diferentes institutos jurídicos, já que é necessário conhecer das legislações para o correto exame das situações que lhes serão apresentadas, ou seja, há uma perspectiva funcional no estudo, sobretudo no ponto de vista do enriquecimento cultural do jurista.

A segunda, complementar à primeira, se perfaz na busca do jurista por respostas aos problemas encontrados, isto é, o Direito Comparado é fundamental para determinar o sentido e os limites de alcance das normas internas, tanto na utilização de princípios consagrados no direito estrangeiro quanto no auxílio interpretativo. Nesse diapasão, é importante relembrar das principais famílias jurídicas e de suas características na atualidade, segundo a classificação de VICENTE[123].

A primeira família jurídica vem da tradição romano-germânica – também conhecida como *civil law* – que possui três matrizes: a francesa, a germânica e a nórdica ou escandinava. Dentre os países pertencentes a esta família, tem-se Portugal, França,

---

[121] STEINER, Renata C. A autonomia (privada) no Direito Internacional das Famílias. In MONACO, Gustavo Ferraz; FULCHIRON, Hugues (Org.). **Famílias Internacionais**: Seus Direitos, Seus Deveres. São Paulo: Intelecto, 2016, p. 33.

[122] VICENTE, Dario Moura**. Direito Comparado**: introdução, sistemas jurídicos em geral. v. 1. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Almedina. 2018. p. 18, 20-21.

[123] VICENTE, Dario Moura**. Direito Comparado**: introdução, sistemas jurídicos em geral. v. 1. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Almedina. 2018. p. 63-64.

Bélgica, Espanha, Brasil, Alemanha, Dinamarca, Suécia etc. O fator que mais lhes aproxima é o conceito comum que eles possuem de Direito e como ele abarca a função de centralizar a regulação da vida em sociedade.

A segunda família jurídica segue a tradição do *common law* ou anglo-americana, cujos representantes são Estados Unidos e Inglaterra. Esses sistemas normativos não sofreram influências do Direito Romano e dão prioridade à força vinculante da jurisprudência e dos precedentes judiciais. A terceira família jurídica é a mulçumana ou islâmica, na qual figuram países onde predomina o Islamismo, mais especificamente onde o Direito é subordinado à religião, já que todos os muçulmanos devem conhecer das regras observáveis na *Xaria*.

A quarta família jurídica é o hindu, na qual o destaque é concedido à Índia e ao Nepal, Estados onde há forte prática do Hinduísmo e também se observa forte ingerência religiosa, como Índia, Nepal e Indonésia. Por fim, a quinta família jurídica – a chinesa – notadamente na representação da República Popular da China e de Taiwan, países onde o Direito só é acionado quando não houver possibilidade de negociação, já que o princípio pelo qual os nacionais convivem deve ser sempre o da promoção da paz social[124].

Valendo-se do contexto das noções primordiais de Direito Comparado e retomando o ponto de análise desse trabalho, conclui-se que as normativas relacionadas à gestação de substituição, sobretudo por ser uma questão que perpassa o Direito de Família, dependem diretamente dos aspectos econômicos, culturais e jurídicos de um país.

Particularmente, ao observar a matriz na qual o sistema de normas de um país repousa, pode-se imaginar seu entendimento nacional e internacional em razão da matéria. Alguns avanços acerca da matéria vêm acontecendo gradativamente, sobretudo em sede de decisões quando o julgador se deparar com alguma situação não prevista totalmente em lei ou mesmo inexistente.

Nesse sentido, procurou-se discorrer mais detalhadamente sobre a gestação de substituição no entendimento legislativo de alguns países, como Portugal, Espanha e Itália. O motivo da preferência dessa escolha é que, além de possuírem a mesma família jurídica (romano-germânica), também foram importantes na formação histórica da sociedade brasileira, desde a época da colonização.

---

[124] VICENTE, Dario Moura**. Direito Comparado**: introdução, sistemas jurídicos em geral. v. 1. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Almedina. 2018. p. 68-75.

### 2.2.1 Situação portuguesa

Em 2016, mediante a aprovação da Lei n.º 17/2016, de 20 de junho[125], Portugal permite que se recorra à prática de gestação de substituição em seu território. A nova normativa foi incialmente pensada pelo Bloco de Esquerda (partido político considerado de extrema esquerda no país), combinada a negociações e debates, que resultaram em sua aprovação[126].

Para tal, algumas modificações no texto da lei precisaram ser feitas em sede de Parlamento até obter o apoio de vinte e quatro deputados social-democratas, além do voto do ex-primeiro-ministro Pedro Passos Coelho. O Partido Comunista, por sua vez, votou contra a aprovação da mencionada lei, justificando que essa ampliação da gestação geraria consequências complexas e grandes especificidades, especialmente na instrumentalização do corpo da mulher.

A principal modificação na lei anterior é a possibilidade do acesso à técnica por qualquer mulher[127], sem depender de sua condição de infertilidade. Entretanto, a normativa conta com tantas restrições que acabará por impossibilitar o acesso a uma grande parcela dos interessados na técnica. Isso porque a gestação de substituição só é acessível aos casais heterossexuais, excluindo a possibilidade de realização a mulheres solteiras, homens solteiros e casais homoafetivos.

Os contratos versando sobre a prática devem ser verificados e aprovados pelo Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida (CNPMA)[128]. O processo deverá contar, ainda, com laudos psiquiátricos ou psicológicos e declaração do direito da clínica responsável pelo tratamento. Curioso detalhe se apresenta: a lei não exige nenhum requisito de nacionalidade, isto é, estrangeiros também tem acesso à gestação de substituição nos moldes da lei portuguesa.

A gestante de substituição deverá seguir rigorosamente as diretrizes do ginecologista responsável e se submeter aos exames necessários ao bom andamento da

---

[125] Lei n. 17/2016, que amplia o âmbito dos beneficiários das técnicas de PMA, procedendo à segunda alteração à Lei n.º 32/2006 de 26 de julho, alterada pela Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro.

[126] Notícia veiculada através do site: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/08/02/internacional/1501664732_800914.html>. Acesso em: 27 dez. 2018.

[127] Artigo 4º, 3: "As técnicas de PMA podem ainda ser utilizadas por todas as mulheres independentemente do diagnóstico de infertilidade". Lei n. 17/2016. Disponível em: <https://dre.pt/home/-/dre/74738646/details/maximized?p_auth=57fsVbIR>. Acesso em 12 fev. 2019.

[128] Parecer do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida sobre a nova lei. Disponível em <http://www.cnpma.org.pt/Docs/CNPMAParecer_RegulamentacaoLei17-2016.pdf>. Acesso em: 27 de dez. 2018.

gravidez, porém não é obrigada a realizar testes de diagnóstico e a gestante pode se recusar a fazê-los, sem prejuízo no contrato. Em caso de insucesso nas tentativas e por acordo entre as partes, o contrato poderá ser rescindido, porém, se for constatada má formação no feto, cabe à gestante substituta decidir se continuará ou interromperá a gravidez.

Por fim, a lei também determina que a gestante substituta manterá um contato mínimo indispensável com a criança, evitando assim riscos psicológicos e emocionais que o liame possa causar, salvo quando a gestante substituta for parente de um dos atores do projeto parental. O primeiro caso de gestação de substituição português ocorreu em dezembro de 2017: trata-se de uma mulher que aceitou gerar o filho de sua filha – logo, seu respectivo neto – já que a filha não possuía mais o útero por razões médicas[129].

### 2.2.2 Situação espanhola

Como visto anteriormente, os ordenamentos pertencentes à família jurídica romano-germânica tendem a proibir a prática da gestação de substituição mediante contrato comercial e implicar sanções aos que possam praticá-la dessa forma. A lei espanhola n. 14/2006, de 26 de maio, sobre técnicas de reprodução assistida (LTRHA), mais precisamente em seu artigo 10[130], determina a nulidade dos contratos de gestação de substituição na Espanha.

No artigo mencionado, encontra-se três itens referenciais ao tema da gestação de substituição. O primeiro considera nulo os contratos que tenham por objeto a gestação de substituição, independentemente da quantia paga. O segundo afirma que quem dá à luz é a mãe, logo, esse é o critério adotado para determinar a filiação. No terceiro, há a possibilidade de reclamação da paternidade por parte do pai biológico, seguindo as regras gerais para tal.

---

[129] Notícia veiculada através do site: <https://www.jn.pt/nacional/interior/autorizada-a-primeira-barriga-de-aluguer-em-portugal-8989174.html>. Acesso em:

[130] Artículo 10. *"Gestación por sustitución. 1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales"*. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-9292>. Acesso em: 22 nov. 2018.

Para RODRÍGUEZ[131], mesmo que a gestação de substituição não esteja bem resguardada em sede de direito civil, pode-se situá-lo em esfera de Direito Internacional Privado, pois esse ramo do Direito busca a seguridade jurídica aos casos, sobretudo porque, para que uma decisão estrangeira produza efeitos jurídicos na Espanha, ela deve cumprir uma série de requisitos, dentre os quais a emissão por uma autoridade estrangeira e que ela resolve questões de direito privado, respeitando a ordem pública internacional.

Dada a proibição da prática e, ainda, na iminência de sofrer sanções criminais, os espanhóis se utilizam cada vez mais de jurisdições permissivas, como a Ucrânia, que se tornou o destino mais procurado para o turismo procriativo[132].

### 2.2.3 Situação italiana

Em fevereiro de 2018, a Corte de Apelação italiana se viu diante de um problema de ordem pública, quando uma demanda de transcrição no registro civil de uma decisão proferida pela Corte Superior de Justiça de Ontario, no Canadá. Trata-se de dois homens casados em território canadense, que possuem dupla nacionalidade – italiana e canadense, portanto – e recorreram à gestação de substituição, cujo resultado foi o nascimento de gêmeos.

Segundo as leis da província de Ontario[133], o casal do projeto parental é considerado como os únicos pais da criança, já que gestante substituta deixa de ser mãe no momento do nascimento da criança. A decisão foi registrada na prefeitura de Trento, na Itália e, consequentemente, um dos dois homens era o pai das duas crianças. Em seguida, uma decisão subsequente da mesma Corte de Ontario retificou o registro de nascimento e nele adicionou o outro homem também como pai.

Na Itália, a demanda para proceder ao registro civil, já com essa última decisão canadense, foi negada sob a justificativa de contrariedade à ordem pública, uma vez que, em sede de decisões estrangeiras relativas à capacidade das pessoas, à família e aos direitos de personalidade, esse requisito é essencial para se proceder ao reconhecimento

---

[131] RODRÍGUEZ, Luis P. *Dimensión consular de la gestación por sustitución en derecho internacional privado.* **CDT**, v.10, n.2. Madri: 2018. Disponível em: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/4391>. Acesso em 23 nov. 2018.

[132] Para a reportagem completa, ver <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-43106319>. Acesso em 20 nov. de 2018.

[133] ***All families are equal Act*** *(Parentage and Related Registrations Statute Law Amendment)*. *Section 10.* 2016. Disponível em: <https://www.ontario.ca/laws/statute/S16023>. Acesso em 20 fev. 2019.

delas[134]. No entanto, a Corte de Trento adotou uma concepção diferente do dispositivo e declarou o casal como os pais dos bebês.

Segundo CALZOLAIO[135], existem duas concepções de ordem pública: a tradicional e contemporânea. Na primeira, a ordem pública remete aos princípios constitucionais e aos pilares da estrutura ética, motivo pelo qual o juiz deverá levar em consideração apenas a escolha do legislador. Atualmente, o juiz deverá observar se a decisão fere direitos fundamentais garantidos na Constituição, nos tratados da União Europeia e na Convenção europeia de direitos dos homens.

Em justificativa, a Corte italiana concluiu que, no presente caso, as crianças têm o direito de conservar o *status* de filhos de seus pais, como o são e como lhes foi reconhecido pela Corte de Ontário[136].

### 2.2.4 Caso do Baby Gammy

Um caso envolvendo Tailândia e Austrália, no âmbito de uma gestação de substituição, recebeu destaque internacional. Um bebê com síndrome de Down foi o centro de uma disputa internacional, de uma gestação de substituição ocorrida em 2014. De acordo com o julgamento da Corte Australiana, o bebê não foi abandonado na Tailândia, como se pensou desde o início, mediante o relato dos fatos da gestante substituta tailandesa.

O bebê Gammy[137] – como ficou internacionalmente conhecido – e sua irmã gêmea, Pipah, nasceram na Tailândia em dezembro de 2013, de Pattaramon Chanbua, gestante substituta, utilizando técnica de fertilização *in vitro* do sêmen do australiano David Farnell e óvulos de uma doadora. David e sua esposa, Wendy, por muitas vezes tentaram até que se verificou medicamente que não poderiam ter filhos.

O casal retornou a Austrália com Pipah em fevereiro de 2014 enquanto Pattaramon, a gestante substituta, entrou com um pedido na Corte de Família da Austrália Ocidental para que Pipah pudesse ser devolvida a ela. Entretanto, no julgamento

---

[134] Art. 65 da Lei n, 218/1995. Disponível em: <http://www.esteri.it/mae/doc/l218_1995.pdf>. Acesso em 02 fev. 2019.

[135] CALZOLAIO, Ermmano. *La décision étrangère reconnaissant le statut de parent au conjoint du père biologique d'un enfant né d'une GPA est-elle conforme à l'ordre public italien?* ***Revue Juridique Personnes & Famille.*** 2018.

[136] Corte apelo Trento, sessão I. 23 fev. 2017.

[137] Disponível em: <https://www.abc.net.au/news/2016-04-14/baby-gammy-twin-must-remain-with-family-wa-court-rules/7326196> Acesso em: 13 fev. 2019.

realizado em 14 de abril de 2016, o juiz Stephen Thackray entendeu que a menina Pipah deveria continuar com o casal Farnells.

O caso deu origem a severas críticas quando veio à tona que o casal Farnells havia abandonado o bebê Gammy na Tailândia, dada sua condição de saúde. Porém, nesse julgamento, pode ser comprovado que o casal não havia abandonado Gammy e, contrariamente ao que foi dito, tinha intenção de ficar com ele. Para o magistrado ficou claro que, em algum momento da gravidez, Pattaramon se apaixonou pelos gêmeos que carregava e decidiu ficar com o menino.

Quando uma manifestação civil em prol da questão foi realizada em Bangkok, o casal Farnells foi aconselhado pela embaixada australiana a deixar o país. Com a recusa de Pattaramon em entregar o bebê ao casal, que ainda estava no hospital, os Farnells retornaram ao lar somente com Pipah, na cidade de Bunbury, Austrália. Embora estivessem em casa, o casal permaneceu apreensivo, com receio de que as autoridades pudessem ir até eles, cumprindo um possível mandado em relação à menina. Ainda, o casal estava traumatizado por ter saído da Tailândia sem Gammy.

O juízo também refutou as alegações de que os Farnells teriam entrado com um pedido de acesso ao fundo de arrecadação feito em prol de Gammy, para custear os tratamentos médicos. Comprovou-se, assim, que o casal doou o valor recebido por uma entrevista concedida ao fundo de arrecadação. Depois da publicidade dos detalhes do caso feita em 2014, foi revelado também que David Farnells já havia sido condenado pelo crime de abuso sexual infantil. Todavia, o juiz confirmou que, desde que havia saído da prisão em 1999, David não incorreu em reincidência do crime.

A Corte afirma que Pipah está bem acomodada em sua nova casa e convive em meio a amorosos cuidados da família e de amigos, incluindo a ex-esposa de David e seus filhos adultos, juntamente com suas respectivas famílias. Gammy, assim como Pipah, também conta com amor e suporte dos membros da família de Pattaramon.

De acordo com a decisão, Thackray entendeu que Pipah não deve ser retirada do convívio da única família que conheceu desde os primeiros dias para passar a ter convivência com pessoas completamente estranhas a ela, embora, certamente, ela também encontrasse amor e um ambiente sadio na Tailândia.

Interessante, na decisão, observar que o juiz destacou o fato de que as gestantes de substituição não são máquinas de fazer bebês crescerem; ao contrário, são mulheres de carne e osso que podem desenvolver laços junto às crianças que carregam. O terrível fato da separação entre Gammy e Pipah deixou em evidência a gestação de substituição a

título comercial, sobretudo os dilemas pelos quais as capacidades reprodutivas de uma mulher são negociáveis como títulos monetários, além de desastrosas consequências que podem ocorrer quando o resultado não é o mesmo do incialmente planejado.

Mesmo sendo usualmente confidencial, por se tratar de uma vara de família, o caso foi publicado pelo alto grau de interesse público envolvido. É imprescindível notar que, em matéria de gestação de substituição, deve-se tentar encontrar um equilíbrio entre as circunstâncias apresentadas, que mudam frequentemente de caso a caso. No entanto, o ponto certo a ser respeitado é o do superior interesse da(s) criança(s) envolvida(s), através do qual busca-se proteger a criança e seus direitos fundamentais.

A decisão tramitou na Corte australiana por dezoito meses e compreendeu uma série de circunstâncias sociais e emocionais, de direitos humanos, da legalidade das técnicas de fertilização artificial e da gestação de substituição, em documento de cento e noventa páginas[138]. A Tailândia, como consequência, decidiu proibir a prática da gestação de substituição internacional.

Como demonstrado no relato dos fatos, o caso é foi de alta repercussão internacional, especialmente pela grande complexidade nos detalhes. Nesse sentido, nos parece interessante pensar nas possibilidades existentes no Direito Internacional Privado, em sede de discussão em sua Conferência da Haia com a participação de especialistas, dos Estados-membros, de relatórios, além da análise de casos já ocorridos e das decisões proferidas, que possam determinar práticas a seguir e delimitar os excessos, como um instrumento internacional de cooperação[139].

[138] Para a íntegra da decisão, ver: <https://assets.documentcloud.org/documents/2802498/Family-Court-of-WA-Judgment-Farnell-amp-Anor-and.pdf> Acesso em: 18 de fev. 2019.

[139] De acordo com os relatórios de 2011 e 2012 da Conferência da Haia sobre o tema, os países não tem a intenção de proibir a prática, pois as posições são muito divergentes. Logo, a cooperação internacional tem destaque nas negociações em busca de um instrumento multilateral que possa atrair o maior número de Estados para ratificação.

# CAPÍTULO III – GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO E O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO: DO CONFLITUALISMO AO (NOME DO PROJETO) DA CONFERÊNCIA DA HAIA DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

## 3.1 Resolução de situações jurídicas através do Conflitualismo do Direito Internacional Privado: possibilidade de uma cooperação internacional?

Não resta dúvidas que a situação mais complexa em sede de gestação de substituição é aquela relacionada aos contratos comerciais e, por consequência, ao turismo procriativo. Nas palavras de SIMÃO[140], o contrato é um negócio jurídico, realizado por duas ou mais pessoas, buscando criar, modificar ou extinguir direitos e deveres. Como todo contrato, as normas de gestação de substituição possibilitam a ocorrência de litígios, ainda mais complexos em razão dos envolvidos na questão.

Cabe pontuar que, para essa parte do trabalho, optou-se por utilizar a forte crítica na qual se inserem os contratos comerciais de gestação de substituição e suas implicações, como demonstraram LA HOUGUE e PUPPINCK, durante conferência junto ao Conselho da Europa em 2012 e, no ano seguinte, ao Parlamento Europeu.

No contrato de gestação de substituição, há uma obrigação de fazer – a de gestar a criança – e a de dar – entrega da criança no momento do nascimento. Portanto, segundo os autores[141], o objeto do contrato é a criança que, segundo o direito civil, não poderia ser tratada como uma mercadoria[142]. Já em relação à mulher, tem-se o tratamento próximo ao de uma máquina, como uma incubadora que servirá ao desenvolvimento do feto. No campo da psicologia, Lee Salk[143] explica que o projeto parental não recorre a uma mãe de substituição, mas sim a um útero de substituição.

Nesse sentido, pode-se concluir que, ao serem tratados como objetos, há verdadeiro ataque à dignidade da pessoa humana, princípio fundamental inerente a todo indivíduo. Ora, a gestação de substituição é usualmente conhecida por ter caráter benevolente e gratuito, porém, no momento de auferir lucro, o contrato merece atenção a fim de se evitar os abusos voluntários e a exploração. Ao longo do trabalho, não há que se

---

[140] SIMÃO, José Fernando; BELTRÃO, Silvio Romero**. Direito Civil**: estudos em homenagem a José de Oliveira Ascensão. Atlas: São Paulo, 2017, p.12.

[141] LA HOUGUES, Claire; PUPPINCK, Grégor. **La gestation pour autrui, une violation des droits de l'homme et de la dignité.** Conselho da Europa. Texto de Conferência. 2012. Disponível em : <https://www.ieb-eib.org/en/pdf/gestation-pour-autrui.pdf>. Acesso em: 26 de nov. 2018.

[142] Artigo 1.128 do Código Civil francês: *il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet de conventions*. Disponível em : <https://www.cjoint.com/doc/19_01/IAliYLtxabh_codecivil2019.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2019.

[143] Lee Salk apontou essa característica no caso *Baby M*, citado na nota de rodapé n. 57.

falar em juízo de valor, a intenção é apenas de mostrar as duras críticas direcionadas a essa modalidade de contrato e, por falta de disposições de direito internacional privado relativas à gestação de substituição, é possível imaginar o caso por analogia.

Como dito no capítulo anterior, a criança pode ser concebida pela gestante de substituição seja por inseminação artificial, com o sêmen do pai (autor do projeto parental) ou de um doador; seja por fertilização *in vitro*. As diferentes formas de criação desse embrião permitem que a criança possa ter até seis pais: a mãe genética (doadora do ovócito), o pai genético (doador do sêmen), a gestante substituta, o marido da gestante (por presunção de paternidade) e, por fim, o caso do projeto parental.

Segundo LA HOUGUE e PUPPINCK[144], a maioria dos países europeus – França, Alemanha, Itália, Espanha e Finlândia – proíbe expressamente essa prática, haja vista as disposições relativas à filiação e às terapias de reprodução assistida. Essa proibição não tem o cunho de distinguir países progressistas de países conservadores; apenas para exemplificar, a Alemanha não permite a fertilização *in* vitro com doador, mas a França sim. Apesar de muitos países não permitirem a prática, existe uma forte pressão em favor do projeto de lei que vem sendo discutido na Conferência da Haia.

De outro lado, tem-se países como Rússia, Ucrânia, Armênia, Geórgia e Azerbaijão que não somente autorizam a gestação de substituição gratuita, como também permitem a via comercial, mesmo que entre eles haja minúcias diferentes. A Ucrânia, por exemplo, exige, em princípio, que o casal do projeto parental (ou pelo menos um dos dois) possua uma ligação genética com a criança, fator que não se aplica à Rússia[145]. Na Rússia e na Ucrânia, o casal do projeto parental é inscrito diretamente no registro de nascimento.

Dentre as principais causas de litígio, provavelmente a que causará uma maior análise das consequências em todos os âmbitos é quando a gestão de substituição muda de ideia, ou seja, ela se recusa a entregar a criança aos responsáveis pelo projeto parental. No caso de uma gestante substituta, que firmou contrato comercial – portanto, que auferiu ou auferirá lucro pela prática – se recusar a entregar a criança, por afeição ou mesmo por outro motivo, como a situação seria resolvida? Qual a jurisdição competente? Existe uma lei aplicável? A gestante substituta tem seu direito resguardado? Importante frisar que,

---

[144] LA HOUGUES, Claire; PUPPINCK, Grégor. **La gestation pour autrui, une violation des droits de l'homme et de la dignité.** Conselho da Europa. Texto de Conferência. 2012. Disponível em: <https://www.ieb-eib.org/en/pdf/gestation-pour-autrui.pdf>. Acesso em: 26 de nov. 2018.

[145] SVITNEV, Konstantin. *Legal regulation of assisted reproduction treatment in Russia*. ***Reproductive BioMedicine***: 2010. v. 20. p. 892-894. Disponível em: <https://www.rbmojournal.com/article/S1472-6483(10)00174-4/pdf>. Acesso em: 24 out. 2018.

mesmo que a quantia não tenha sido paga, pesa-se a existência e entrega da criança, isto é, a concretização do sonho de um casal em ter a sua descendência. Tem-se, então, um conflito positivo de maternidade.

De outro lado, pode acontecer que, em sede de gestação, é descoberto que a criança possui uma doença incurável ou necessite de cuidados especiais (de ordem física, mental etc). Ademais, imagina-se que o casal autor do projeto parental se separe ainda durante a gravidez ou pouco antes do parto[146]. O que acontecerá com essa criança, nas duas hipóteses, se ninguém mais quiser permanecer com ela? A criança ficará no *vazio* da parentalidade? Tem-se, então, um conflito negativo de maternidade.

A princípio, há algumas possibilidades para a resolução da questão, porém nenhuma é inteiramente certa, em virtude da inexistência de uma norma internacional comum sobre o tema. Nesse sentido, pode-se imaginar que cada país poderia dar uma resposta, à luz de seu próprio entendimento ou ordenamento jurídico e, ainda, sob a égide dos princípios fundamentais, sobretudo para proteger a criança. Veja-se alguns exemplos a seguir.

Na Inglaterra, os contratos comerciais de gestação de substituição não são considerados executórios, permitindo, assim, que a gestante substituta possa permanecer com a criança, caso ela mude de ideia quanto à entrega. Inclusive, a Corte de Família inglesa determinou que, apesar de já ter recebido a quantia de sete mil libras, a gestante que mudou de ideia – há apenas dois meses antes do parto – receberia mensalmente um valor destinado à educação da criança, pago pelo casal. O juiz entendeu que a criança já havia criado laços com a gestante substituta e que seria do seu superior interesse que ela assim permanecesse. Aos pais do projeto parental foi concedido o direito de visita, que foi formalmente declinado[147].

Em alguns estados dos Estados Unidos que permitem a modalidade comercial da gestação de substituição, o contrato prevê praticamente todas as hipóteses, como no caso Baby M[148]. Na Ucrânia, como a criança é considerada de pertença dos autores do projeto

---

[146] Suprema Corte da Índia. Caso Baby Manji Yamada vs. Union of India and Another: um casal japonês firmou contrato de gestação de substituição junto à uma mulher indiana e, pouco tempo antes do parto, se divorciou. A mãe do pai do projeto parental foi quem decidiu se responsabilizar pela criança. Julgamento de 29 de setembro de 2008. Disponível em: <https://indiankanoon.org/doc/854968/>

[147] Caso descrito no periódico *Daily Mail online*, em 13 de abril de 2011. Disponível em: <http://www.dailymail.co.uk/femail/article-1376349/As-couple-ordered-pay-500-month-baby--Was-surrogatetook-baby-money.html> Acesso em: 12 fev. 2019.

[148] Sobre o caso Baby M, ver nota de rodapé n. 57. Para mais informações sobre o julgamento, ver: <http://www.gale.cengage.com/free_resources/whm/trials/babym.htm>. Acesso em 12 fev. 2019.

parental desde o momento de sua concepção, a gestante substituta não pode permanecer com a criança em nenhuma hipótese[149].

Na legislação russa, a gestação de substituição é regulada pelo Código de Família (art. 51, cláusula 4)[150]. Se a gestante substituta se recusar a entregar a criança ao casal do projeto parental, ela pode ser condenada à entrega e, possivelmente, à indenização por danos morais e materiais. A gestante substituta perde irrevogavelmente todos os direitos sobre a criança no momento da inscrição dos nomes dos pais no registro civil infantil.

Para ilustrar as perguntas feitas e tendo em vista a legislação brasileira, mais pertinente a este trabalho, usar-se-á um caso concreto ocorrido em 2017 envolvendo as legislações brasileira, mexicana, um casal homoafetivo e dois bebês. Jonas e Caio, irmãos gêmeos, nasceram no México por meio de gestação de substituição feita naquele país. Os pais são Armênio e Luis Claúdio, casal homoafetivo cuja união estável foi reconhecida em 2012 e cujo casamento foi formalizado em janeiro de 2016.

Após o nascimento, o casal procurou o consulado brasileiro na capital a fim de proceder ao registro civil das crianças. Entretanto, eles tiveram o pediram negado pela autoridade consular, com a justificativa de que, segundo o manual da instituição e pelo disposto na Convenção de Viena, o consulado deverá seguir a lei do local.

Ora, mesmo que a lei mexicana só permita o registro no nome do pai biológico, é obrigatório aos cartórios brasileiros o registro das crianças geradas mediante técnicas de reprodução assistida – a gestação de substituição nela incluída – pelo disposto no Provimento n.63 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)[151].

Em virtude do não seguimento da lei brasileira, a certidão de nascimento e o passaporte brasileiro das crianças, quando do retorno ao Rio de Janeiro, continha apenas o nome do seu pai biológico. Além disso, as crianças nasceram prematuramente e precisaram de internação na Unidade de Terapia Intensiva (UTI) do hospital, onde permaneceram por trinta dias. Como não puderam ter acesso ao plano de saúde de

---

[149] Sobre a gestação de substituição na Ucrânia, ver: "*Is surrogacy in Ukraine Legal?"*. Disponível em: <https://www.sensiblesurrogacy.com/surrogacy-in-ukraine/>. Sobre a legislação federal pertinente à matéria, ver: <http://www.familylaw.com.ua/index.php?option=com_content&view=article&id=68>. Acesso em: 12 fev. 2019.

[150] Art. 51, cláusula 4, Código de Família russo: *Persons who are married to each other and who have given their consent in written form to the implantation of an embryo in another woman for the purpose of bearing may be entered as parents of the child only with the consent of the woman who gave birth to the child (surrogate mother).* Disponível em: <http://www.jafbase.fr/docEstEurope/RussianFamilyCode1995.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2019.

[151] Provimento n.63, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), de 14 de novembro de 2017. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3380>. Acesso em 18 fev. 2019.

Armênio no México, já que o registro de nascimento previa apenas o nome de Luiz Claudio, a conta do hospital, de valor muito elevado, teve que ser paga pelo próprio casal.

Em dezembro de 2017, após acionar o cartório de registro civil por meio de processo administrativo, no Rio de Janeiro, o casal obteve decisão favorável da Justiça e procedeu ao registro dos bebês em definitivo como filhos. É importante ressaltar que o registro civil também garante às crianças o direito à nacionalidade, à herança, à pensão alimentícias, dentre outras medidas protetivas a seus direitos fundamentais.

Fica evidente, no caso em tela, o descompasso entre a legislação brasileira e o manual adotado no exterior, em sede de consulado. Por ser possível o registro em território brasileiro, deveria igualmente ser possível realizar o ato perante à autoridade consular, logo, a situação carece de providências por parte do Ministério das Relações Exteriores, sobretudo em conformidade com o já mencionado provimento do CNJ, garantindo a igualdade de direitos prevista.

Usando-se da mesma situação, porém modificando alguns detalhes, alguns comentários serão tecidos a fim de responder as indagações mais importantes em sede de Direito Internacional Privado, sob três vertentes: a) a gestante substituta se recusa a entregar um dos bebês e consegue sair do país de origem; b) o casal se divorcia e um deles viaja para outro local, com uma das crianças, sem a autorização do outro cônjuge; c) a gestante substituta decide impedir que o casal retorne ao seu domicílio habitual com as crianças, munida de uma convenção internacional.

Na primeira situação, de acordo com a legislação brasileira e pela legislação internacional, o caso poderia ser caracterizado como sequestro de criança, não nos ditames do previsto na Convenção da Haia de 1980 – já que a gestante substituta se enquadra no disposto do artigo 3 do mencionado instrumento[152], para configurar a abdução. Nesse panorama, seria o sequestro como tipo penal, cabendo à polícia internacional realizar a busca e apreensão dos envolvidos.

Já na segunda situação, é possível o recurso à Convenção da Haia de 1980, pois, nesse caso, aplica-se o artigo 3 ao cônjuge que abduz a criança sem autorização ou mantém a criança consigo por tempo superior àquele previamente acordado, uma vez que

[152] Art. 3: "A transferência ou a retenção de uma criança é considerada ilícita quando: a) tenha havido violação a direito de guarda atribuído a pessoa ou a instituição ou a qualquer outro organismo, individual ou conjuntamente, pela lei do Estado onde a criança tivesse sua residência habitual imediatamente antes de sua transferência ou da sua retenção; e b) esse direito estivesse sendo exercido de maneira efetiva, individual ou em conjuntamente, no momento da transferência ou da retenção, ou devesse está-lo sendo se tais acontecimentos não tivessem ocorrido". **Convenção sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3413.htm>. Acesso em 22 fev. 2019.

ambos os cônjuges detinham o direito de guarda do menor, descrito no artigo 5 do instrumento ora citado[153]. Dessa forma, o cônjuge que permaneceu em seu domicílio habitual deverá seguir os procedimentos descritos junto à autoridade central competente, no intuito de garantir o retorno de seu filho ao seu convívio.

Por fim, nos países onde a prática comercial de gestação de substituição é permitida, é comum constar nas devidas cláusulas que, após o nascimento da criança, a gestante substituta não possui nenhum direito sobre a criança, produto da técnica. Portanto, na terceira situação, não haveria legitimidade da gestante em tentar impedir o retorno da(s) criança(s) ao domicílio habitual do casal, pois é o casal quem detém os direitos de filiação.

Como dito anteriormente, as situações hipotéticas foram pensadas à luz da legislação brasileira e, a depender do país e de seu entendimento sobre as práticas de gestação de substituição, o resultado pode variar. Na legislação francesa, por exemplo, a proibição dessa técnica é justificada na ordem pública, implicando circunstâncias assaz restritivas ao projeto parental e à criança.

Em virtude das diferenças de regimes jurídicos, no caso de uma gestação de substituição internacional, várias questões se fazem presente, sobretudo em termos de filiação e nacionalidade, razão que motivou a Conferência da Haia de Direito Internacional Privado a se debruçar sobre o tema.

Segundo LA HOUGUES e PUPPINCK[154], em um país que aceita a gestação de substituição, a filiação não será estabelecida em favor da gestante substituta, mas sim dos responsáveis pelo projeto parental. Entretanto, eles poderão se deparar com algumas dificuldades em reconhecer essa filiação no seu país de origem: é o caso da gestação de substituição ser considerada contrária à ordem pública, como na França; ou, ainda, se a própria filiação for contrária, em algum jurisdição que não a aceite quando da união homoafetiva.

Como exposto, as implicações jurídicas que circundam a gestação de substituição são ricas em complexidade e detalhes que, por vezes, mudam por completo o panorama de análise tanto do legislador quanto do julgador. Certo é que não há uma resposta pronta

---

[153] Art. 5: "Nos termos da presente Convenção: a) o 'direito de guarda' compreenderá os direitos relativos aos cuidados com a pessoa da criança, e, em particular, o direito de decidir sobre o lugar da sua residência;" [...]. **Convenção sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3413.htm>. Acesso em 22 fev. 2019.

[154] LA HOUGUES, Claire; PUPPINCK, Grégor. **La gestation pour autrui, une violation des droits de l'homme et de la dignité.** Conselho da Europa. Texto de Conferência. 2012. Disponível em: <https://www.ieb-eib.org/en/pdf/gestation-pour-autrui.pdf>. Acesso em: 26 de nov. 2018.

à resolução dessas questões, dada à dependência das regulamentações internas dos Estados enquanto os estudos da Conferência da Haia não se concretizam acerca da concepção de um mecanismo eficaz de cooperação internacional.

### 3.2 Aspectos históricos da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado

Nas discussões sobre Direito Internacional Privado, é de extrema importância destacar a Conferência da Haia de Direito Internacional Privado[155], a mais antiga de todas as instituições legais naquela cidade. Porém, antes de sua criação, ainda no ano de 1861, já havia um jurista idealizador de regras uniformemente construídas para o Direito Internacional Privado: o italiano Pasquale Mancini. O propósito de Mancini era o de se criar mecanismos que pudessem convergir a um ponto em comum diante dos múltiplos sistemas jurídicos existentes e, assim, prevenir futuros conflitos. Esse ponto comum seria o elemento de conexão cabível quando de casos relativos à escolha da lei aplicável a pessoas, aos atos jurídicos e aos bens[156].

Por proximidade ao governo de seu país, Mancini se tornou o representante incumbido de contatar os governos belga, alemão e francês, no o intuito de elaborar conjuntamente essas normas de caráter uniforme. Entretanto, dada a instabilidade político-econômica pela qual a Europa passava na época, as tentativas de sistematização foram em vão e somente no ano de 1873 foi criado o Instituto de Direito Internacional, cuja reunião inicial resultou na criação de uma comissão de juristas responsável por estudar a questão do conflito de leis e de propor soluções em matéria de uniformização dos elementos de conexão[157].

Na reunião seguinte, realizada em Genebra, a comissão apresentou um relatório a Mancini e Asser – cujas competências eram, respectivamente, a apreciação da parte relativa ao conflito de leis e o estudo de situações processuais internacionais. Nesse relatório, a comissão sugeriu a redação, pelo próprio Instituto de Direito Internacional, de

---

[155] Sobre o assunto, conferir o estatuto da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado. Disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/c54c6d90-c653-4b9e-b936-2e0b8a80dced.pdf.>. Acesso em: 12 jan. 2019.

[156] Como se lê: "*De l'utilité de rendre obligatoires pour tous les États, sous la forme d'un ou de plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales de droit international privé pour assurer la décision uniforme des conflits entre les différentes législations civiles et criminelles*". MANCINI, Pasquale Stanislao. Relatório para o Instituto de Direito Internacional. **Journal du droit international privé et de la Jurisprudence comparée**, jul-ago., 1874, p. 221-239.

[157] GRANDINO RODAS, João; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **A Conferência da Haia de Direito Internacional Privado:** a participação do Brasil. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007. p. 100.

anteprojetos de instrumentos internacionais e subsequente convite aos Estados para negociá-los e discuti-los coletivamente.

Duas outras tentativas de reunião foram ventiladas sem sucesso por desconfiança dos Estados, que não estavam devidamente convencidos. Mancini assumiu o Ministério dos Negócios Estrangeiros da Itália em 1881 e, buscando discutir questões relacionadas à execução de sentença estrangeira, solicitou uma nova reunião diplomática. Dentre os Estados europeus, vinte e dois aderiram ao convite, juntamente com outros oito Estados latino-americanos, porém, mais uma vez, a tentativa foi frustrada[158].

Após a morte de Mancini em 1888, coube a Asser a responsabilidade, juntamente com o governo de seu país de origem – Holanda – de dar continuidade ao projeto. Dessa forma, a primeira conferência da história das Conferências da Haia de Direito Internacional Privado foi realizada em 1893, durante o período de quinze dias, contando com participação de treze Estados europeus. Durante essa reunião, duas frentes de organização se mostraram disponíveis: a primeira demandava uma solução mais abstrata em relação às normas uniformes, ou seja, preconizava apenas a determinação de princípios gerais acerca do conflito de leis; já a segunda, seguindo a linha francesa, almejava uma codificação, principalmente porque alguns países já regulavam suas próprias questões de Direito Internacional Privado. Como resultado dessa primeira reunião, houve a aprovação de normas em caráter uniforme para as questões relacionadas ao casamento, a sucessões, à comunicação de atos judiciais e extrajudiciais e às cartas rogatórias e, para o ano seguinte, a aprovação da segunda conferência[159].

A segunda conferência ocorreu em Haia no ano de 1894 e retomou temas como o casamento, a sucesso e o processo, além de incluir à pauta a questão da lei aplicável à tutela e à falência. A terceira conferência, também realizada em Haia, aconteceu no ano de 1900 e culminou com a elaboração de quatro projetos de convenções internacionais, dos quais três obtiveram sucesso: a Convenção para conflitos de lei em matéria de casamento; a Convenção para conflitos de lei em matéria de divórcio e de separação de corpos e a Convenção para regular a tutela de menores – todas datadas de 12 de junho de 1902.

---

[158] GRANDINO RODAS, João; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **A Conferência da Haia de Direito Internacional Privado:** a participação do Brasil. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007. p. 100-103.

[159] Para as primeiras conferências, ver GRANDINO RODAS, João; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **A Conferência da Haia de Direito Internacional Privado:** a participação do Brasil. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007. p. 103 e seguintes.

A quarta conferência, realizada em 1904, contou com a participação do Japão e também aprovou quatro dos cinco projetos elaborados, sendo apenas três de sucesso, na forma de convenções internacionais multilaterais: a Convenção relativa ao processo civil; a Convenção concernente aos conflitos de lei relativos ao casamento, em que pense direitos e deveres dos cônjuges nas relações pessoais e sobre os bens do casal; e a Convenção relativas às interdições e medidas análogas de proteção – todas datadas de 17 de julho de 1905, porém com diferentes datas para a entrada em vigor internacionalmente.

A princípio, pode-se imaginar a razão pela qual as conferências culminavam em tão boas convenções, sobretudo pelo fato de serem cada vez mais países, de origens e costumes distintos a ratificar os instrumentos e, posteriormente, os depositar. Segundo STEENHOFF[160], Asser possuía grandes habilidades diplomáticas, teórico-científicas e pragmáticas, elementos essenciais para a posição que ocupava. Ademais, o jurista acreditava na existência de princípios gerais comuns aos indivíduos, isto é, no internacionalismo.

Com o advento da Primeira Guerra Mundial, certos Estados passaram a denunciar algumas convenções, resultando no fim de alguns instrumentos multilaterais que contavam com algumas potências bélicas na época. Nesse sentido, entre os anos de 1913 até 1922, os projetos da conferência foram esquecidos e, somente após o surgimento dos Tratados de Paz (Versalhes, de Saint-Germain e de Trianon), novas conferências puderam ser pensadas[161].

A quinta conferência ocorreu em 1925 e contou com a maior quantidade de Estados desde a sua primeira reunião. Foram vinte e um representantes, divididos em quatro comissões e em cada comissão uma matéria seria apreciada: falências, reconhecimento e execução de decisões judiciais, sucessões e testamentos e, por fim, revisão das convenções anteriormente firmadas.

Em 1928 ocorreu a sexta conferência da Haia e, apesar de nenhuma convenção ter sido firmada nessa reunião, as comissões – no mesmo formato da conferência anterior – objetivavam a sistematização das matérias de sucessões e testamentos e, também, o término dos trabalhos inacabados na quinta conferência. Cabem, nesse contexto, os

---

[160] STEENHOFF, G. *Asser et la fondation de la Conferénce de la Haye de droit international privé.* ***Revue Critique de Droit International Privé*****.** Paris, v. 83, n. 2, p. 297-315, avr./juin., 1994, p. 315.

[161] GRANDINO RODAS, João; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **A Conferência da Haia de Direito Internacional Privado:** a participação do Brasil. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007. p. 110-111.

apontamentos de GRANDINO RODAS e MONACO[162], quando suscitam o paradoxo vivido no seio das conferências entre o universalismo desejado e o personalismo vivenciado.

Isso pode ser explicado pela existência da expressão "estados civilizados" que, inicialmente, foi pensada para definir os países europeus possuidores de um direito codificado. Exclui-se, portanto, a ideia de colônia e resguardava-se a ideia de metrópole, o que PÉREZ GIRALDA chamou de "clube aristocrático"[163]. Findada a Segunda Guerra Mundial (1939-1945), a sétima conferência aconteceu em 1951, quando também foi tomada a decisão de institucionalizar a Conferência[164].

Desde 1951, a Conferência adotou quarenta Convenções, incluindo protocolos e princípios[165], que podem ser organizados em três grandes áreas: i) Direito Internacional da Cooperação e do Litígio; ii) Comércio Internacional e Direito das Finanças; iii) Direito Internacional de Família e Relações de Propriedade. Em 2007, a Conferência adotou a última Convenção, a chamada Convenção da Haia sobre Cobrança Internacional de Alimentos para Crianças e Outros Membros da Família, juntamente com seu Protocolo sobre a lei aplicável às obrigações de prestação alimentícia.

Em 1926, no intuito de unificar as regras de direito privado, nasce o UNIDROIT[166] (Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado), organização internacional intergovernamental. No âmbito das Nações Unidas, já na segunda metade do século XX, face à nova ordem econômica mundial, criou-se em 1966 a UNCITRAL[167] (Comissão das Nações Unidas sobre o Direito do Comércio Internacional), visando à unificação progressiva de leis comerciais internacionais, através da adoção de tratados e de leis modelos.

A partir dos anos 2000, constata-se um crescimento na adesão dos países à Conferência da Haia (até 1999, 47 países-membros; no ano de 2001, 57 países-membros).

---

[162] GRANDINO RODAS, João; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **A Conferência da Haia de Direito Internacional Privado:** a participação do Brasil. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007. p. 119-120.

[163] PÉREZ GIRALDA, Aurélio. *La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado: indicios de una nueva orientación.* ***Revista Española de Derecho Internacional***. Madrid, v. XXXIV, n. 1, p. 139-152, enero/junio, 1982, p. 140

[164] GRANDINO RODAS, João; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **A Conferência da Haia de Direito Internacional Privado:** a participação do Brasil. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007. p. 119.

[165] Relação das Convenções, incluindo protocolos e princípios já realizados pela Conferência da Haia de Direito Internacional Privado. Disponível em: <https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions.>. Acesso em: 10 jan. 2019.

[166] UNIDROIT. Disponível em: <https://www.unidroit.org/about-unidroit/overview. >. Acesso em: 10 jan. 2019.

[167] UNCITRAL. Disponível em: <https://uncitral.un.org/en/about..>. Acesso em: 10 jan. 2019.

Atualmente, a Conferência da Haia conta com 81 Estados-membros e a União Europeia[168], dentre os quais estão, também, os cinco países que compõem o MERCOSUL – Brasil, Argentina, Uruguai, Paraguai e Venezuela.

O Brasil é parte do Estatuto da Conferência como membro pleno, através do Decreto n. 3.832 de 1º de junho de 2001. No âmbito de sua participação na Conferência, as Convenções ratificadas pelo Estado brasileiro são as seguintes:

| **Instrumento** | **Ratificação** | **Incorporação** |
|---|---|---|
| Convenção sobre a Eliminação da Exigência da Legalização de Documentos Públicos Estrangeiros - conhecida como "Convenção da Apostila" (1961) | 2 de dezembro de 2015 | Decreto n. 8.660, de 29 de janeiro de 2016. |
| Convenção Relativa à Citação, Intimação e Notificação no Estrangeiro de Documentos Judiciais e Extrajudiciais em Matéria Civil e Comercial (1965) | 19 de dezembro de 2016 | Decreto n. 9.734, de 20 de março de 2019. |
| Convenção da Haia sobre a Obtenção das Provas no Estrangeiro em matéria Civil ou Comercial (1972) | 9 de abril de 2014 | Decreto n. 9.039, de 27 de abril de 2017. |
| Convenção sobre o Acesso Internacional à Justiça (1980) | 15 de novembro de 2011 | Decreto n. 8.343, de 13 de novembro de 2014. |
| Convenção da Haia Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional (1980) | 10 de março de 1999 | Decreto n. 3.087, de 21 de junho de 1999. |
| Convenção sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional | 19 de outubro de 1999 | Decreto n. 3.413, de 14 de abril de 2000. |

[168] Relação do países-membros da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado. Disponível em: <https://www.hcch.net/pt/states/hcch-members..>. Acesso em: 10 jan. 2019.

| | | |
|---|---|---|
| de Crianças (1980) | | |
| Convenção sobre a Cobrança Internacional de Alimentos para Crianças e Outros Membros da Família e o Protocolo sobre a Lei Aplicável às Obrigações de Prestar Alimentos (2007) | 09 de dezembro de 2016 | Decreto n. 9.176, de 19 de outubro de 2017. |

De acordo com VAN LOON[169], por desempenhar um papel fundamental no desenvolvimento do Direito Internacional Privado, a Conferência da Haia possui uma esfera de operação diferente das demais instituições, como o Tribunal Permanente de Arbitragem (TPA) e a Corte Internacional de Justiça (CIJ). No entanto, as várias instituições legais da Haia estão interligadas entre si por várias maneiras. Frequentemente, a CIJ se vê diante de uma disputa entre Estados-membros sobre uma questão de Direito Internacional Privado ou mesmo sobre uma Convenção da Haia. Antigos participantes e mesmo funcionários ainda ativos da Conferência são convidados a ministrar aulas e/ou palestras na Academia de Direito Internacional regularmente.

Ademais, em virtude de seu amplo campo de atuação e de interesses, a Conferência da Haia de Direito Internacional Privado costuma trabalhar de forma próxima a muitas organizações de caráter regional, internacional, intergovernamental e não-governamental, a fim de criar uma sinergia em prol das pesquisas e da otimização de suas atividades. Com o aumento da globalização e das atividades regionais no âmbito do Direito Internacional Privado, a demanda pela Conferência da Haia nunca foi tão alta e continua crescendo exponencialmente. Importante salientar que o engajamento dos países-membros nas atividades conjuntas e nas reuniões sobre os futuros projetos, bem como a contínua cooperação com questionários e estudos, são fatores que dão vida à Conferência[170].

## 3.3 Filiação/Maternidade de Substituição, o Projeto da Conferência da Haia de Direito Internacional[171]

[169] VAN LOON, Hans. *The Hague Conference on Private International Law*. **Hague Justice Journal**, The Hague, v. 2, n. 2, 2007, p. 03-12.
[170] VAN LOON, Hans. *The Hague Conference on Private International Law*. **Hague Justice Journal**, The Hague, v. 2, n. 2, 2007, p. 03-12.
[171] Sobre o projeto, mandato e últimas atualizações, ver Projetos Legislativos da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado. Disponível em: <https://www.hcch.net/fr/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy> Acesso em 20 fev. 2019.

Na história da humanidade e, também, na dos Estados, o estabelecimento da filiação se dava de maneira simples. Entretanto, como já dito nos capítulos anteriores, os incontáveis avanços médicos e, sobretudo, a evolução dos modelos familiares criaram incertezas – especialmente nas últimas décadas – dos mecanismos jurídicos do direito da filiação. Os avanços, por vezes, se concretizam em dificuldades pela ausência de uma harmonia normativa a nível internacional.

Pela pluralidade de sistemas jurídicos, os mecanismos variam consideravelmente de um Estado para outro, tanto em matéria de determinação de paternidade (através dos testes de DNA) quanto em sede de terapias de reprodução assistida (TRA) e, também, das normas de gestação de substituição. É importante ressaltar que esses aspectos dependem do contexto sócio-político, cultural e econômico de cada país, já que não existe uma uniformização internacional sobre a melhor forma de estabelecer a filiação.

Dentro do panorama de forte globalização, além da facilidade promovida pelos avanços dos meios de comunicação e transporte, as famílias conseguem ser cada vez mais plurinacionais. Essa situação merece análise, sobretudo, quando há diferenças de legislação a serem aplicadas, o que pode ensejar questões complexas de direito internacional privado e, aqui, a contestação e o reconhecimento da filiação das crianças. É primordial, assim, a análise dessas questões e de suas possíveis implicações à luz dos direitos fundamentais das crianças, como descritos nos artigos 7 e 8 da Convenção das Nações Unidas relativas aos direitos da criança[172].

Um tema que suscita razoáveis questionamentos, em especial, à comunidade internacional é a utilização das técnicas de reprodução assistida (TRA). Mais ainda, a utilização em crescente expansão das técnicas criou um fenômeno preocupante: a gestação de substituição se tornou um mercado mundial e comercial, o que enseja certas

[172] **Artigo 7:** 1. A criança será registrada imediatamente após seu nascimento e terá direito, desde o momento em que nasce, a um nome, a uma nacionalidade e, na medida do possível, a conhecer seus pais e a ser cuidada por eles.
2. Os Estados Partes zelarão pela aplicação desses direitos de acordo com sua legislação nacional e com as obrigações que tenham assumido em virtude dos instrumentos internacionais pertinentes, sobretudo se, de outro modo, a criança se tornaria apátrida.
**Artigo 8:** 1. Os Estados Partes se comprometem a respeitar o direito da criança de preservar sua identidade, inclusive a nacionalidade, o nome e as relações familiares, de acordo com a lei, sem interferências ilícitas.
2. Quando uma criança se vir privada ilegalmente de algum ou de todos os elementos que configuram sua identidade, os Estados Partes deverão prestar assistência e proteção adequadas com vistas a restabelecer rapidamente sua identidade. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>, Acesso em 25 out. 2018.

dificuldades de gerência, especialmente porque as partes interessadas, normalmente, se encontram em países diferentes[173].

Várias situações dificultosas podem ocorrer para os participantes da técnica de gestação de substituição, sobretudo para a criança, como as implicações jurídicas de estabelecimento ou reconhecimento da filiação que, por vezes, pode não encontrar respaldo em nenhuma legislação e deixá-la apátrida. Há, ainda, os conflitos em relação à nacionalidade, às questões relacionadas à imigração, à responsabilidade parental ou mesmo às pessoas que serão responsáveis pela criança.

Se por um lado, essas consequências podem se apresentar, de outro lado existe a vulnerabilidade das partes implicadas no processo e também os riscos biopsicológicos aos quais elas estão expostas. Sendo assim, a Conferência da Haia de Direito Internacional Privado entendeu de suma importância reunir delegações dos Estados-Membros para o aprofundamento das questões, o intenso debate normativo, as implicações decorrentes da matéria, na tentativa de propor um mecanismo de solução comum à comunidade internacional.

Como resultado, o Escritório Permanente da Conferência da Haia de direito internacional privado se encarregou de aprofundar os estudos de direito internacional privado relativos à filiação das crianças, em especial no âmbito das regras de gestação de substituição. Para tal, o Conselho para tratar de assuntos gerais e de política da Conferência da Haia, em reunião ocorrida no ano de 2015, decidiu constituir um Grupo de especialistas, de diferentes países, regiões e sistemas jurídicos, com o objetivo de estudar a possibilidade de continuidade dos trabalhos na área.

Desde 2015, portanto, as reuniões acontecem sob os seguintes objetivos: a) aprofundar as discussões sobre as regras uniformes concernentes à escolha do direito aplicável em matéria de filiação, incluindo a maneira pela qual essas regras se aplicariam aos atos públicos estrangeiros compreendidos à filiação; b) analisar mais detalhadamente a possibilidade de reconhecimento ou de aceitação dos atos públicos estrangeiros compreendidos à filiação; c) aperfeiçoar eventuais disposições relativas ao reconhecimento de decisões judiciais estrangeiras.

A última reunião, ocorrida em fevereiro de 2019, concentrou-se particularmente nas regras de gestação de substituição de caráter internacional, a fim de examinar a possibilidade de aplicar nelas as regras gerais de direito internacional privado em matéria

[173] No item 2.2.3 deste trabalho, tratou-se de um fenômeno relacionado diretamente ao mercado gestacional, o chamado turismo procriativo.

de filiação, já discutidas na quarta reunião (2018) e a eventual necessidade de estabelecer regras e garantias complementares à matéria.

Faz-se necessária, portanto, a demonstração da cronologia do projeto, bem como dos atos e relatórios das reuniões ocorridas em sede da Conferência da Haia. Assim, o quadro abaixo tenta sistematizar as informações mais pertinentes à compreensão do andamento do projeto.

**Cronologia do Projeto Filiação/Maternidade de Substituição[174][175]**

| Ano | Descrição[176] | Documentação[177] |
|---|---|---|
| **2019** | No âmbito da reunião ocorrida entre os dias 29 e 01 de fevereiro de 2019, o Conselho de assuntos gerais e política da Conferência aceitou o Relatório do Grupo de especialistas sobre o Projeto intitulado Filiação/Maternidade de substituição e decidiu que uma sexta reunião será realizada no ano seguinte, destinada particularmente ao prosseguimento dos trabalhos e da análise normativa das regras da matéria em caráter internacional. | Relatório da reunião ocorrida em janeiro/fevereiro de 2019 do grupo de especialistas do Projeto (anexo 2). |
| **2018** | No âmbito da reunião ocorrida entre os dias 13 e 15 de março de 2018, o Conselho de assuntos gerais e política da Conferência aceitou o Relatório do Grupo de especialistas sobre o Projeto intitulado Filiação/Maternidade de substituição, além da recomendação segundo a qual o Projeto deverá:<br>a) Organizar, em setembro/outubro de 2018, uma quarta reunião destinada:<br>- ao aprofundamento das discussões sobre as regras uniformes concernentes ao direito aplicável em matéria de filiação, incluindo a maneira pela qual elas se aplicariam aos atos públicos que constituem a filiação;<br>à análise mais detalhada da possibilidade de reconhecer ou de aceitar os atos públicos estrangeiros que constituem a filiação;<br>- ao aperfeiçoamento das eventuais disposições concernentes ao reconhecimento das decisões judiciais estrangeiras.<br><br>b) organizar, em fevereiro de 2019, uma quinta | Conclusões e recomendações do Conselho de 2018.<br><br>Relatório da reunião de fevereiro de 2018 do Grupo de especialistas sobre o projeto de Filiação/Maternidade de Substituição. |

[174] Cronologia a partir de 2011. Disponível em <https://www.hcch.net/fr/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy/surrogacy-2011-2015>. Acesso em 04 dez. 2018.
[175] Cronologia até 2010. Disponível em < https://www.hcch.net/fr/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy/surrogacy-2010-and-prior>. Acesso em 04 dez. 2018.
[176] Textos traduzidos do original em língua francesa, tal como apresentado no site da própria Conferência da Haia, por isso a utilização da expressão maternidade de substituição.
[177] A parte documental pode ser acessada *online*: https://www.hcch.net/fr/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy

| | | |
|---|---|---|
| | reunião destinada particularmente às normativas de gestação de substituição em caráter internacional, no intuito de examinar a possibilidade de lhes aplicas regrais gerais e concertadas de direito internacional privado em matéria de filiação e da eventual necessidade de estabelecer regras e garantias complementares à matéria, incluindo a possibilidade de estabelecer um Protocolo específico.<br><br>O Grupo de especialistas atualizará sobre o andamento dos trabalhos durante a reunião do Conselho de 2019. | |
| **2017** | No âmbito da reunião ocorrida entre os dias 14 e 16 de março de 2017, o Conselho de assuntos gerais e política da Conferência aceitou o Relatório do Grupo de especialistas sobre o Projeto intitulado Filiação/Maternidade de substituição e constatou os progressos realizados em sede da segunda reunião do Grupo de especialistas, particularmente quanto à oportunidade de elaborar um instrumento multilateral que trate do reconhecimento das decisões judiciais estrangeiras destinadas à filiação.<br><br>O Conselho reforçou as conclusões do Grupo, segundo as quais as discussões complementares serão necessários quanto: a) ao eventual funcionamento de um instrumento que porte sobre o reconhecimento das decisões judiciais estrangerias destinadas à filiação jurídica; b) ao reconhecimento da filiação no momento de seu inscrição em ato público; c) à oportunidade de aplicar regras gerais e concretas de direito internacional privado em matéria de filiação às normativas de maternidade de substituição e à necessidade eventual de estabelecer regras de garantias complementares à matéria, bem como no caso de recurso às técnicas de reprodução assistida.<br><br>O Conselho convidou o Grupo a prosseguir com os trabalhos em conformidade ao mandato que lhe foi conferido em 2015. Em virtude da urgência constatada pelo Grupo, o Conselho incumbiu o Secretário geral a convocar uma terceira reunião do Grupo antes da próxima reunião do Conselho. No âmbito dessa reunião, o Grupo se concentrará sobre os pontos já expostos acima. O Grupo de especialistas atualizará sobre o andamento dos trabalhos durante a reunião do Conselho de 2018. | Conclusões e recomendações do Conselho de 2017.<br><br>Relatório da reunião de fevereiro de 2017 do Grupo de especialistas sobre o projeto de Filiação/Maternidade de Substituição. |
| **2016** | O Grupo de especialistas para tratar sobre o projeto Filiação/Maternidade de substituição se reunião pela primeira vez entre os dias 15 e 18 de fevereiro de 2016. | Conclusões e recomendações do Conselho de 2016. |

| | | |
|---|---|---|
| | O Conselho de assuntos gerais e política da Conferência requisitou ao Grupo considerar, em um primeiro momento, as regras de direito internacional privado relativas ao status jurídico das crianças em situação transfronteiriça, incluindo aquelas nascidas no seguimento de normativas de maternidade de substituição de caráter internacional. O Grupo concluiu que, em razão da complexidade do assunto e da diversidade de opiniões dos Estados nesse âmbito, os debates não conseguiram resultar em uma conclusão definitiva em relação à oportunidade de elaborar uma ferramenta nessa área, tampouco sobre suas eventuais implicações.<br>O Escritório Permanente publicou a "Nota de informação para a reunião do Grupo de especialistas relativos ao projeto Filiação/Maternidade de substituição". (janeiro de 2016) | Relatório da reunião de fevereiro de 2016 do Grupo de especialistas sobre o projeto de Filiação/Maternidade de Substituição. |
| **2015** | Em reunião realizada entre os dias 24 e 26 de março de 2015, o Conselho de assuntos gerais e política da Conferência e os Membros da Conferência da Haia decidiram constituir um Grupo de especialistas para estudar a possibilidade de dar seguimento aos trabalhos nessa esfera. | Nota de informação para a reunião do Grupo de especialistas participantes do projeto Filiação/Maternidade de substituição. |
| **2014** | O Escritório Permanente publicou "Oportunidade de possibilidade de desenvolvimento de trabalhos em seio do projeto filiação/maternidade de substutuição". (Documento prévio n. 3B de março de 2014) e "Estudo sobre a filiação jurídica e questões resultantes das normativas de maternidade de substituição em caráter internacional" (Documento prévio n. 3C de março de 2014). | Conclusões e recomendações do Conselho de 2015. |
| **2013** | Quatro questionários foram lançados online no âmbito dos trabalhos do projeto, destinados:<br>a) às agências de maternidade de substituição (Questionário n. 4");<br>b) aos profissionais da saúde ("Questionário n. 3");<br>c) aos operadores do Direito ("Questionário n. 2");<br>d) aos Membros da Conferência da Haia e a outros Estados interessados ("Questionário n.1");<br><br>Elaboração e difusão dos questionários online. | Documento prévio n. 3B<br><br>Estudo sobre a filiação<br><br>Questionário n. 4<br>Questionário n. 3<br>Questionário n. 2<br>Questionário n. 1<br><br>Conclusões e recomendações do Conselho de 2013.<br><br>Conclusões e recomendações do Conselho de 2012 e 2011. |
| **2012** | Em abril de 2012, após o exame do Documento preliminar n. 10, de março de 2012, o Conselho requisitou ao Escritório Permanente a "sequência ao trabalho tal qual o mandato determinado pelo Conselho | Documento prévio n. 10 (março de 2012) e glossário temático. |

| | | |
|---|---|---|
| | de 2011. Ainda, o Conselho convidou o Escritório Permanente a elaborar e distribuir um questionário a fim de obter informações mais detalhadas sobre a extensão e a natureza das questões de direito internacional privado encontradas, relativas as normativas de maternidade de substituição em caráter internacional, bem como em relação à filiação jurídica lato sensu. O Questionário deverá solicitar os diversos pontos de vista sobre as necessidades a abordar e os mecanismos a serem adotados".<br>O Escritório Permanente foi convidado a apresentar seu Relatório final na reunião do Conselho em 2014. | Conclusões e recomendações do Conselho de 2012. |
| **2011** | O documento preliminar n. 11, de março de 2011, foi bem aceito pelos Membros da Conferência da Haia e, em abril de 2011, o Conselho encarregou o Escritório Permanente de "intensificar os trabalhos, colocando em evidência as inúmeras questões resultantes das normativas de maternidade de substituição em caráter internacional".<br>Também foi requisitado ao Escritório Permanente que "continue a recolher informações sobre as necessidades práticas nesse campo, o panorama de comparação entre direito interno e direito internacional privado, bem como as perspectivas de se chegar a um consenso sobre uma aproximação mundial" e de "consultar os profissionais do Direito, os profissionais da saúde e outros profissionais concernentes às implicações da matéria".<br><br>Um relatório preliminar sobre o avanço do projeto foi requisitado ao Conselho em 2012. | Documento prévio n.11 de março de 2011. |
| **2010** | Em abril de 2010, o Conselho de assuntos gerais e política da Conferência (o "Conselho") convidou o Escritório Permanente a apresentar uma breve nota preliminar sobre o assunto, aos cuidados do Conselho de 2011.<br>Ademais, no que diz respeito às normativas de maternidade de substituição, o Conselho reconheceu "a complexidade das questões relativas ao direito internacional privado e à proteção das crianças originadas dessa técnica, além do número crescente de contratos internacionais de maternidade de substituição".<br>Nota-se, igualmente, que o impactos dos casos de maternidade de substituição sobre o funcionamento prático da Convenção da Haia de 29 de maio de 1993 sobre a proteção das crianças e a cooperação em matéria de adoção internacional ("Convenção de Adoção Internacional de 1993") seria inscrita na pauta do dia da reunião da Comissão especial, objetivando avaliar o funcionamento prático dessa Convenção (de | Conclusões e recomendações do Conselho de 2011.<br><br>Conclusões e recomendações do Conselho de 2010.<br><br>Conclusões e recomendações da Comissão especial de 2010 sobre o funcionamento prático da Convenção de Adoção internacional de 1993. |

| | | |
|---|---|---|
| | 17 a 25 de junho de 2010).<br>Considerou, também, a Convenção de Adoção Internacional de 1993 inadequada para tratar sobre maternidade de substituição.<br><br>O Conselho entendeu que o Escritório Permamente deveria continuar desenvolvendo as questões de direito itnernaiconal privado suscitadas pelos contratos internacionais de maternidade de substituição. | |
| **2001** | Em 2001, em sede de consultas informais relacionadas ao cronograma de trabalho da Conferência da Haia de Direito Internacional privado para os anos seguintes, foi sugerida a inclusão do tema "questões de direito internacional privado concernentes ao status das crianças e, em particular, o reconhecimento das relações parentais". | Observações concernentes à Estratégia da Conferência da Haia – observações de outras organizações internacionais e observações pessoais enviadas em resposta à carta feita pelo Secretário geral, na data de 30/31 de julho de 2001. (Documento prévio n. 20, aos cuidados da 19a sessão). |

### 3.4 Instrumento multilateral: necessidade de uma cooperação internacional?

Diante de todas as análises feitas e também das situações expostas no decorrer desse trabalho, a comunidade internacional espera por uma resposta. Não é correto pensar que a Conferência da Haia de Direito Internacional Privado tentará impedir que os Estados decidam acerca da matéria a sua maneira, porém é possível considerar um modelo de instrumento internacional que auxilie os Estados nos princípios de base relacionados às práticas e suas implicações jurídicas.

Segundo FULCHIRON[178], a ideia não parece absurda quando se toma como exemplo a Convenção da Haia de 1980[179] (Convenção sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças e a Convenção de 1993[180] (Convenção relativa à proteção das crianças e à cooperação em matéria de adoção internacional), já que são duas Convenções que uniram princípios e práticas comuns a seus signatários.

Em linhas gerais, o autor afirma que a construção de um instrumento internacional poderia abarcar duas visões: a primeira estaria relacionada ao combate ao turismo

[178] FULCHIRON, Hugues. *La lutte contre le tourisme procréatif: vers un instrument de coopération internationale?* **Journal du Droit International**, n. 2, abr.-maio-jun. 2014, p. 577.
[179] Decreto n. 3.413/2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3413.htm> Acesso em 21 jan. 2019.
[180] Decreto n. 3.087/1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3087.htm> Acesso em 21 jan. 2019.

procriativo e a segunda estaria relacionada à regulamentação das principais dificuldades postas pelas técnicas de reprodução assistida transfronteiriças.

Para tal, o autor lança dois questionamentos importantes à análise: o tipo de instrumento a ser considerado e o seu objeto. Quanto ao tipo de instrumento, na opinião do autor, uma Convenção a título universal seria indubitavelmente preferível do que um instrumento de caráter regional – como no caso da União Europeia ou da Organização dos Estados Americanos – não seria tão eficaz por se tratar de um fenômeno mundial.

Por outro lado, é interessante pensar que, mesmo havendo um instrumento de caráter internacional, ele poderia ser complementado por um outro a nível regional, que possa detalhar ainda mais as práticas e os mecanismos acordados. É o que ocorre no seio da União Europeia, quando as disposições do Regulamento Bruxelas 2 bis agem como reforço das estipulações da Convenção da Haia de 1980[181].

Quanto ao objeto, há vários caminhos a serem considerados. Nas palavras de FULCHIRON[182], a primeira forma seria a de uma convenção clássica, que contenha regras uniformes relacionadas à competência dos tribunais em decidir sobre a matéria. Essas disposições, inclusive, poderiam ser complementadas com regras de conflito de leis relativas à filiação *lato sensu* ou de restringir apenas para a aplicação apenas às crianças nascidas de técnicas de reprodução assistida e/ou de gestação de substituição.

Há alguns problemas acerca dessa opção. De um lado, os direitos nacionais em matéria de filiação são muito distintos, o que é perceptível tanto no campo do direito material como nas regras de conflito de leis. No direito de família, por exemplo, tem-se, em geral, a possibilidade de aplicação das convenções internacionais ou de normativas regionais. Por outro lado, faz-se o questionamento de ser oportuno considerar regras especiais em matéria de filiação relacionada às terapias de reprodução assistida ou à gestação de substituição, já que os Estados comumente se utilizam do direito comum.

Quanto à segunda forma, ela estaria relacionada mais especificamente às possibilidades de reconhecimento de um *status*, ou seja, o reconhecimento de decisões outorgadas por autoridades administrativas e judiciais do país onde a gestação de substituição foi realizada e reconhecida ou reconhecimento e aceite dos atos civis feitos no país de origem. A terceira forma seria através do viés de princípios jurisprudenciais.

---

[181] FULCHIRON, Hugues. *La lutte contre le tourisme procréatif: vers un instrument de coopération internationale?* **Journal du Droit International**, n. 2, abr.-maio-jun. 2014, p. 578.
[182] FULCHIRON, Hugues. *La lutte contre le tourisme procréatif: vers un instrument de coopération internationale?* **Journal du Droit International**, n. 2, abr.-maio-jun. 2014, p. 579.

Entretanto, diante da pluralidade de sistemas jurídicos, respeitando os aspectos internos de cada Estados, um texto em comum seria de difícil implementação[183].

Ainda sobre a forma, ao que parece razoável seria a possibilidade de construir um instrumento no mesmo modelo da Convenção da Haia de 1993 sobre adoção, uma vez que ela possui dois objetivos: a cooperação entre Estados e a proteção da criança. É essencial esclarecer que há grandes diferenças entre a gestação de substituição e a adoção e, já que não há regras uniformes internacionais em matéria de gestação de substituição, o primeiro passo seria o de sistematizar esses princípios comuns, como se verifica na continuidade dos trabalhos feitos pela Conferência da Haia.

Na hipótese de se chegar a um instrumento multilateral, faz-se necessária, também, a análise do possível conteúdo. Como explica FULCHIRON[184], é possível imaginar dois elementos: um conjunto de princípios gerais e um princípio de reconhecimento. Em sede de princípios gerais, destacam-se: a) o respeito ao interesse superior e aos direitos da criança, tal qual expostos na Convenção sobre os direitos da criança[185], em especial, o artigo 7.1, que discorre sobre o direito a conhecer suas origens; b) o respeito dos direitos e da dignidade das pessoas envolvidas, especialmente, nos casos de gestação de substituição; c) a recusa da comercialização da gestação de substituição; d) a exigência de uma autorização do Poder Público aos organismos que praticam as técnicas de reprodução assistida; e) a cooperação internacional entre os Estados signatários; f) o controle dos efeitos das técnicas de reprodução assistida e da gestação de substituição.

Do ponto de vista do autor, esse conjunto de princípios a serem seguidos poderia reduzir os conflitos e os excessos, porém, para a correta implementação, deve haver vontade por parte dos Estados. A partir dessas análises, entende FULCHIRON por reforçar o entendimento sobre a possibilidade da criação de princípios internacionais de base, preferencialmente através de um tratado multilateral, a fim de que os países possam se adequar ao formato futuramente escolhido, em prol do resguardo dos direitos fundamentais das crianças, da proteção das partes envolvidas em todo o processo e do alinhamento dos parâmetros ao reconhecimento da situação nos países signatários.

---

[183] FULCHIRON, Hugues. *La lutte contre le tourisme procréatif: vers un instrument de coopération internationale?* **Journal du Droit International**, n. 2, abr.-maio-jun. 2014, p. 580-581.

[184] FULCHIRON, Hugues. *La lutte contre le tourisme procréatif: vers un instrument de coopération internationale?* **Journal du Droit International**, n. 2, abr.-maio-jun. 2014, p. 581 e seguintes.

[185] Convenção da ONU sobre o direito das crianças. Disponível em: <https://www.unric.org/html/portuguese/humanrights/Crianca.pdf>. Acesso em: 23 fev. 2019.

## CONCLUSÃO

As diversas e constantes mudanças no Direito, tal como ciência, permitem novas análises em temas importantes, como o Direito de Família. Por ser parte das relações privadas, esse ramo do Direito vem passando por mudanças de paradigmas inerentes à nova composição da sociedade e das interações entre pessoas. Nesse sentido, o conceito de família evolui à medida em que, como primeira imagem do indivíduo, reflete a evolução das próprias escolhas individuais; dentre elas, destaca-se o acesso às técnicas de reprodução assistida (TRA), sobretudo a da gestação de substituição.

Como demonstrado neste trabalho, por ser um tema de grande complexidade e recente aparição no Direito Internacional Privado, ele demanda uma análise mais específica acerca das consequências oriundas de sua realização, sobretudo no momento em que se está diante de um problema cuja solução não está prevista em lei. Os países não podem ignorar o crescimento da procura por essa técnica e precisam dar mais atenção à forma com a qual seus nacionais decidem praticá-la.

Evidente concluir, então, que proibir terminantemente a prática promoveria ainda mais a opção de recorrer ao turismo procriativo, o que facilita a existência de conflitos futuros, seja em relação ao cumprimento do contrato ou à contrapartida financeira ou, mais grave, a situação da criança. Isto porque, em jurisdições diferentes, o reconhecimento à filiação, à nacionalidade, à relação parental, não se dá de forma única e pode causar grandes problemas, como no caso descrito do casal brasileiro que firmou contrato de gestação de substituição no México.

Há limites a serem respeitados, principalmente em relação ao direito da criança e à possibilidade de comercialização. Havendo conflito negativo ou positivo de maternidade, o juiz deverá privilegiar o superior interesse da criança, porém a forma com a qual ele é aplicado ainda é discutível, como no caso inglês descrito no último capítulo. Pelo relato, a decisão da referida Corte não foi acertada, pois não fez cumprir o acordo firmado entre as partes, deixando muito além de uma perda financeira ao casal do projeto parental.

Sobre a comercialização e o embate que a cerca, notadamente no campo do Biodireito e da ética, já que se está tratando de indivíduos e não de objetos, também merece atenção. Possivelmente, nos contratos, os deveres e direitos sejam mais claros e há a previsão de sanções para as partes que os descumprirem. Entretanto, não se pode olha-los friamente, ou seja, cada caso deverá ser alvo de uma fina análise, justamente por

seu objeto e pelas particularidades que se apresentam.

Pelo exposto neste trabalho, as situações são as mais variadas possíveis e ainda não há respostas internacionalmente coesas. Daí a importância fundamental da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, quando iniciou seus trabalhos em sede de reuniões a fim de se debruçar sobre o tema e entende-lo melhor, na tentativa de criar princípios de base a serem seguidos pelos Estados quando legislarem internamente sobre a matéria.

No Brasil, como mencionado em respectivo capítulo, a existência de uma previsão legal para se proceder ao registro civil da criança que nasceu em sede de gestação de substituição em nome do projeto parental é recente (2017), porém é uma enorme conquista, já que os casos levados ao Poder Judiciário, até então conhecidos, versavam exatamente sobre essa situação.

Enquanto não há um mecanismo internacional capaz de responder aos dilemas que se apresentam cotidianamente, os Estados tendem a seguir seus costumes e tradições. A Conferência da Haia de Direito Internacional Privado busca, assim, a criação de um instrumento de cooperação entre autoridades centrais, considerando princípios em comum à comunidade internacional.

Uma parte desse instrumento deverá ser dedicada à preocupação com a criança, no sentido de garantir a proteção que lhe é cabível, como o direito à filiação, à nacionalidade, a conhecer suas origens, dentre outros, de acordo com a Convenção da ONU sobre os direitos da criança. De toda forma, é natural que se busque o superior interesse da criança como resultado, evitando assim um conflito negativo de maternidade.

Os recentes relatórios das reuniões da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado indicam que o intuito de criação é o de privilegiar o direito material, ou seja, estabelecer regras uniformes para evitar futuros conflitos. No entanto, caso se opte por incluir o conflito de leis, esse instrumento também deverá destinar uma parte importante a possíveis problemas entre os direitos da gestante substituta e do projeto parental.

Por fim, como exposto ao longo da pesquisa, fica claro que ainda há muito trabalho pela frente, mas a necessidade de se prever uma solução de cunho internacional é pertinente e urgente. Não significa, todavia, que todas as questões acerca do tema poderiam ser resolvidas apenas com esse instrumento. Pode-se prever que, a partir dos princípios nele contidos, os Estados possam regulamentar ou limitar a matéria de acordo com cada direito interno e os costumes.

Esses pontos ajudam a prevenir abusos e ilegalidades, além de possibilitar não só a proteção aos direitos das partes envolvidas, como também a promoção da prática da gestação de substituição em caráter internacional através de regras uniformes. Enfim, se o que se busca é uma via justa, de respeito entre os princípios fundamentais e as preocupações causadas a partir dessa realidade, o desafio merece ser considerado e enfrentado.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS


ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, Geraldo Eulálio; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de direito internacional público**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 521-522.

ALBORNOZ, María Mercedes e GONZÁLEZ, Francisco López. *Marco normativo de la gestácion por sustitución en México: desafios internos y externos.* **Revista del instituto de ciencias jurídicas de Puebla**, v. 11, n. 39, jan-jun 2017, p. 9-23. Disponível em: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-inst-ciencias-juri-puebla/article/view/31741/28730> Acesso em 14 set. 2018.

***All families are equal Act*** *(Parentage and Related Registrations Statute Law Amendment). Section 10.* 2016. Disponível em: <https://www.ontario.ca/laws/statute/S16023>. Acesso em 20 fev. 2019.

ARAUJO, Nadia de., VARGAS, Daniela; MARTEL, Letícia. **Gestação de substituição**: Regramento no Direito Brasileiro e seus Aspectos de Direito Internacional Privado.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Bioética e direitos humanos: direitos constitucionais gerais e específicos. Teoria geral da família. Direito constitucional de família. Jurisprudência constitucional. Processualidade constitucional. *In*: GUERRA, Arthur Magno e Silva (Coord.). **Biodireito e bioética**: Uma introdução crítica. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

BATIFFOL, Henri. Existence et spécificité du droit de la famille. In **Réformes du droit de la famille, Archives de philosophie du droit.** Paris: Sirey, 1975.

BENABENT, A. **Droit de la famille**. 3. ed. Paris: LGDJ, 2014.

BOTTEGA, Clarissa. **Reflexos do Biodireito no Direito das Famílias.** p. 53-57. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/reflexos_do_biodireito.pdf>. Acesso em 10 fev. 2019.

CALEB, Marcel. **Essai sur le principe de l'autonomie de la volonté en droit international privé**. Paris: Sirey, 1927.

CALZOLAIO, Ermmano. *La décision étrangère reconnaissant le statut de parent au conjoint du père biologique d'un enfant né d'une GPA est-elle conforme à l'ordre public italien?* ***Revue Juridique Personnes & Famille.*** 2018.

CHEREM II, Gerson. Inseminação artificial heteróloga a matre: a determinação da maternidade em face da cessão de útero. **Revista da Academia Judicial**, Edição Comemorativa, Ano I, n. 0, dez. 2010, p.189-203;

Conferência da Haia de Direito Internacional Privado. **Estatuto.** Disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/c54c6d90-c653-4b9e-b936-2e0b8a80dced.pdf..>. Acesso em: 12 jan. 2019.

Conferência da Haia de Direito Internacional Privado. **Legislativos.** Disponível em: <https://www.hcch.net/fr/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy> Acesso em 20 fev. 2019.

DIAS, Maria Berenice. **A democratização do casamento**. 30 jun. 2011. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_620)a_democratizacao_do_casamento.pdf>. Acesso em: 22 dez. 2018, *online*.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed. São Paulo: RT, 2009.

DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado:** Parte Geral. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. **Direito Internacional Privado**. 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

FACHIN, Luiz Edson. Mudanças sociais no Direito de Família. *In*: ALVIM, Arruda; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira; ROSAS, Roberto (coord.). **Aspectos controvertidos do novo Código Civil**: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

FARMER, Karen. **International Surrogacy Choices**. Disponível em: <http://ezinearticles.com/?International-Surrogacy-Choices&id=2538590>. Acesso em: 12 nov. 2018.

Federação Russa. **Código de Família.** Disponível em: <http://www.jafbase.fr/docEstEurope/RussianFamilyCode1995.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2019.

FREEMAN, Michael. *Is Surrogacy Exploitative? In*: McLEAN Sheila (Ed.). ***Legal Issues in Human Reproduction.*** Dartmouth Publishing, 1989.

FRIEDRICH, Tatyana Scheila. Uma introdução contemporânea ao Direito Internacional Privado. *In* CARVALHO RAMOS, André de (Org**.). Direito Internacional Privado**: Questões Controvertidas. Belo Horizonte: Arraes, 2015.

FRISON-ROCHE, M. A. *Une famille à sa main, La Famille en mutation*. **Archives de Philosophie du Droit**, tome 57, 2014.

FULCHIRON, Hugues. *La lutte contre le tourisme procréatif: vers un instrument de coopération internationale?* **Journal du Droit International**, n. 2, abr.-maio-jun. 2014, p. 566-588.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais de acordo com o novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GOLDSCHMIDT, Werner. ***Derecho Internacional Privado****: derecho de la tolerancia basado em la teoria trialista del mundo jurídico*. 3. ed. atual. Buenos Aires: Depalma, 1977.

GRANDINO RODAS, João; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **A Conferência da Haia de Direito Internacional Privado:** a participação do Brasil. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007.

GUERRA, Arthur Magno e Silva. Humanismo Constitucional no Brasil: Os reflexos da bioética no contexto constitucional brasileiro, fundado no paradigma da dignidade humana, em questões de manipulação genética. *In*: GUERRA, Arthur Magno e Silva (Coord.). **Biodireito e bioética**: Uma introdução crítica. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana.** São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HILT, Patrice. **Le couple et la Convention européenne des droits de l'homme: analyse du droit français.** Aix-en-Provence: PUAM, 2004.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Famílias Paralelas. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 108, p. 199-219, jan./dez. 2013, p. 200.

HUBER, Ulrich. *De conflictu legum diversarum diversis imperiis* in HUBER, Ulrich; MENCKE, Lüderus; THOMASIUS, Christianus. **Praelectiones Juris Romani et Hodierni Pars II**. Lipsiae Gleditschius, 1735.

LA HOUGUES, Claire; PUPPINCK, Grégor. **La gestation pour autrui, une violation des droits de l'homme et de la dignité.** Conselho da Europa. Texto de Conferência. 2012. Disponível em : <https://www.ieb-eib.org/en/pdf/gestation-pour-autrui.pdf>. Acesso em: 26 de nov. 2018.

LAGARDE, V.P**.** *La gestation pour autrui: problèmes de droit interne et de DIP*. **Revue Hellénique de Droit International**, 2009.

**Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm.>. Acesso em: 25 nov. 2018.**

LÔBO, Paulo. **Código Civil Comentado XVI.** Direito de Família. Relações de Parentesco. Direito Patrimonial. Artigos 1.591 a 1.693. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Famílias.** São Paulo: Saraiva, 2010.

LOUSSOUARN, Yvon e BOUREL, Pierre. ***Droit International Privé*.** 2. ed. Paris: Dalloz, 1980.

MACHADO, João Baptista. **Lições de Direito Internacional Privado**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1985.

MANCINI, Pasquale Stanislao. Relatório para o Instituto de Direito Internacional. **Journal du droit international privé et de la Jurisprudence comparée**, jul-ago., 1874, p. 221-239.

MONACO, Gustavo Ferraz de Campo. **Conflitos de Lei no Espaço e Lacunas (Inter)Sistêmicas**. Tese de Titularidade. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FD-USP). 2018.

_____. **A declaração universal dos direitos da criança e seus sucedâneos internacionais**. Coimbra: 2004.

_____. **Guarda Internacional de Crianças**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

MURAT, P. **Les sources du droit de la famille.** 6. ed. Paris : Dalloz, 2013.

NEVARES, Ana Luiza Maia. Entidades Familiares na Constituição: críticas à concepção hierarquizada. *In*: RAMOS, Carmen Lucia Silveira (et al.). **Diálogos sobre Direito Civil:** Construindo a racionalidade contemporânea. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ONU. **Convenção sobre o direito das crianças.** Disponível em: <https://www.unric.org/html/portuguese/humanrights/Crianca.pdf

OTERO, Marcelo Truzzi. **Contratação de barriga de aluguel gratuita e onerosa**: legalidade, efeitos e o melhor interesse da criança. **Direito e Sociedade: Revista de Estudos Jurídicos Interdisciplinares**. Catanduva, v.5, n. 1, jan./dez. 2010.

PÉREZ GIRALDA, Aurélio. *La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado: indicios de una nueva orientación.* ***Revista Española de Derecho Internacional***. Madrid, v. XXXIV, n. 1, p. 139-152, enero/junio, 1982.

RENUCCI, J.-F. ***Droit européen des droits de l'homme, Traité de droit européen des droits de l'homme.*** 2. ed. Paris: LGDJ, 2012.

República Federativa do Brasil. **Código Civil (2002).** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 10 fev. 2019.

República Federativa do Brasil. **Constituição Federal de 1988.** Disponível em: **<**http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.>. Acesso em: 05 dez. 2018.

República Federativa do Brasil. **Decreto n. 3.087/1999.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3087.htm> Acesso em 21 jan. 2019.

República Federativa do Brasil. **Decreto n. 3.413/2000.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3413.htm> Acesso em 21 jan. 2019.

República Federativa do Brasil. **Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>, Acesso em 25 out. 2018.

República Federativa do Brasil. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado 104**. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/735>. Acesso em 10 fev. 2019.

República Federativa do Brasil. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado 105**. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/736> Acesso em 10 fev. 2019.

República Federativa do Brasil. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado 106**. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/737>. Acesso em 10 fev. 2019.

República Federativa do Brasil. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado 107.** Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/738>. Acesso em 10 fev. 2019.

República Federativa do Brasil. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado 257.** Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/505>. Acesso em 10 fev. 2019.

República Federativa do Brasil. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado 258**. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/506> Acesso em: 10 fev. 2019.

República Federativa do Brasil. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 17 jan. 2019.

República Federativa do Brasil. Conselho Nacional de Justiça. **Provimento n.63**. 14 de novembro de 2017. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3380>. Acesso em 18 fev. 2019.

República Francesa. **Código Civil.** Disponível em: <https://www.cjoint.com/doc/19_01/IAliYLtxabh_codecivil2019.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2019.

RODRÍGUEZ, Luis P. *Dimensión consular de la gestación por sustitución en derecho internacional privado.* **CDT**, v.10, n.2. Madri: 2018. Disponível em: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/4391>. Acesso em 23 nov. 2018.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SANCHÉZ LORENZO, Sixto A. *Postmodernismo y derecho internacional privado*. **Revista Española de Derecho Internacional.** Madrid, v. 46, n. 2, p. 557-585, 1994, p.581.

SAVIGNY, Friedrich Carl. **Sistema do Direito Romano Atual:** Volume VIII. Ijui: Editora Unijuí, 2004.

SCHWENZER, Ingeborg. **Model Family Code**: from a Global Perspective. Antwerpen: Intersentia, 2006.

SIEW-GUILLEMIN, Anne-Dophie. **La famille à l'épreuve des droits fondamentaux**. 2017. Tese (Doutorado em Direito) – Université Côte d'Azur, 2017. Disponível em: <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01730697/document.>. Acesso em: 22 nov. 2018.

SIMÃO, José Fernando; BELTRÃO, Silvio Romero**. Direito Civil**: estudos em homenagem a José de Oliveira Ascensão. Atlas: São Paulo, 2017.

STEENHOFF, G. *Asser et la fondation de la Conferénce de la Haye de droit international privé.* ***Revue Critique de Droit International Privé*****.** Paris, v. 83, n. 2, p. 297-315, avr./juin., 1994.

STEINER, Renata C. A autonomia (privada) no Direito Internacional das Famílias. In MONACO, Gustavo Ferraz; FULCHIRON, Hugues (Org.). **Famílias Internacionais**: Seus Direitos, Seus Deveres. São Paulo: Intelecto, 2016.

STORY, Joseph. ***Commentaries on the Conflict of Laws, Foreign and Domestic, in Regard to Contracts, Rights, and Remedies, and Especially in Regard to Marriages, Divorces, Wills, Successions, and Judgments.*** Boston: Hilliard, Gray and Company, 1834.

STRENGER, Irineu. **Autonomia da vontade em Direito Internacional Privado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

Supremo Tribunal Federal. **ADPF 132 e ADI 4.277**. 2011. Rel. Min. Ayres Britto. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 20 nov. 2018.

SVITNEV, Konstantin. *Legal regulation of assisted reproduction treatment in Russia*. ***Reproductive BioMedicine***: 2010. v. 20. p. 892-894. Disponível em: <https://www.rbmojournal.com/article/S1472-6483(10)00174-4/pdf>. Acesso em: 24 out. 2018.

The International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans And Intersex Association. **Sexual orientation laws in the world – recognition**. Geneve: [s.n.], 2017. Disponível em: <https://ilga.org/downloads/2017/ILGA_WorldMap_ENGLISH_Recognition_2017.pdf>. Acesso em: 09 dez. 2018.

***The Yogyakarta principles****: principles on the application of international human rights law in relation to sexual orientation and gender identity.* Yogyakarta: [s.n.], 2006. Disponível em: <www.yogyakartaprinciples.org/principles_en.pdf>. Acesso em: 04 dez. 2018, p. 27.

TRIMMINGS, Katarina e BEAUMONT, Paul. *International surrogacy arrangements: an urgent need for legal regulation at the International level*. **Journal of Private International Law**, v. 7, n. 3, 2011, p. 627-647.

UNCITRAL. Disponível em: <https://uncitral.un.org/en/about..>. Acesso em: 10 jan. 2019.

UNIDROIT. Disponível em: <https://www.unidroit.org/about-unidroit/overview. >. Acesso em: 10 jan. 2019.

VALLADÃO, Haroldo. **Direito Internacional Privado.** 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1974, p.85, v. 1.

VAN LOON, Hans. *The Hague Conference on Private International Law*. **Hague Justice Journal**, The Hague, v. 2, n. 2, 2007.

VICENTE, Dario Moura**. Direito Comparado**: introdução, sistemas jurídicos em geral. v. 1. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Almedina. 2018. p. 18.

VIEIRA, Hugo Otavio Tavares. As Ordenações Filipinas: O DNA do Brasil. **Revista dos Tribunais.** São Paulo, vol. 958, ano 104, p. 317-327, ago. 2015.

CFM
CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

# RESOLUÇÃO CFM nº 2.168/2017

Publicada no D.O.U. de 10 nov. 2017, Seção I, p. 73

Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida – sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudam a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos –, tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº 2.121, publicada no D.O.U. de 24 de setembro de 2015, Seção I, p. 117.

O **CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA**, no uso das atribuições conferidas pela Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, alterada pela Lei nº 11.000, de 15 de dezembro de 2004, regulamentada pelo Decreto nº 44.045, de 19 de julho de 1958, e pelo Decreto nº 6.821, de 14 de abril de 2009, e associada à Lei nº 12.842, de 10 de julho de 2013, e ao Decreto nº 8.516, de 10 de setembro de 2015,

**CONSIDERANDO** a infertilidade humana como um problema de saúde, com implicações médicas e psicológicas, e a legitimidade do anseio de superá-la;

**CONSIDERANDO** o aumento das taxas de sobrevida e cura após os tratamentos das neoplasias malignas, possibilitando às pessoas acometidas um planejamento reprodutivo antes de intervenção com risco de levar à infertilidade;

**CONSIDERANDO** que as mulheres estão postergando a maternidade e que existe diminuição da probabilidade de engravidarem com o avanço da idade;

**CONSIDERANDO** que o avanço do conhecimento científico já permite solucionar vários casos de problemas de reprodução humana;

**CONSIDERANDO** que o pleno do Supremo Tribunal Federal, na sessão de julgamento de 5 de maio de 2011, reconheceu e qualificou como entidade familiar a união estável homoafetiva;

**CONSIDERANDO** a necessidade de harmonizar o uso dessas técnicas com os princípios da ética médica; e

**CONSIDERANDO**, finalmente, o decidido na sessão plenária do Conselho Federal de Medicina realizada em 21 de setembro de 2017,

**RESOLVE:**

**Art. 1º** Adotar as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, anexas à presente resolução, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos.

**Art. 2º** Revogar a Resolução CFM nº 2.121, publicada no D.O.U. de 24 de setembro de 2015, Seção I, p. 117 e demais disposições em contrário.

**Art. 3º** Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 21 de setembro de 2017.

**CARLOS VITAL TAVARES CORRÊA LIMA**
Presidente

**HENRIQUE BATISTA E SILVA**
Secretário-Geral

CFM
CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

**NORMAS ÉTICAS PARA A UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA**

**I – PRINCÍPIOS GERAIS**

**1.** As técnicas de reprodução assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação.

**2.** As técnicas de RA podem ser utilizadas na preservação social e/ou oncológica de gametas, embriões e tecidos germinativos.

**3.** As técnicas de RA podem ser utilizadas desde que exista probabilidade de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para o(a) paciente ou o possível descendente.

**§ 1º** A idade máxima das candidatas à gestação por técnicas de RA é de 50 anos.

**§ 2º** As exceções a esse limite serão aceitas baseadas em critérios técnicos e científicos fundamentados pelo médico responsável quanto à ausência de comorbidades da mulher e após esclarecimento ao(s) candidato(s) quanto aos riscos envolvidos para a paciente e para os descendentes eventualmente gerados a partir da intervenção, respeitando-se a autonomia da paciente.

**4.** O consentimento livre e esclarecido será obrigatório para todos os pacientes submetidos às técnicas de RA. Os aspectos médicos envolvendo a totalidade das circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, bem como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico e ético. O documento de consentimento livre e esclarecido será elaborado em formulário especial e estará completo com a concordância, por escrito, obtida a partir de discussão bilateral entre as pessoas envolvidas nas técnicas de reprodução assistida.

**5.** As técnicas de RA não podem ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo (presença ou ausência de cromossomo Y) ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto para evitar doenças no possível descendente.

**6.** É proibida a fecundação de oócitos humanos com qualquer outra finalidade que não a procriação humana.

**7.** Quanto ao número de embriões a serem transferidos, fazem-se as seguintes determinações de acordo com a idade: a) mulheres até 35 anos: até 2 embriões; b) mulheres entre 36 e 39 anos: até 3 embriões; c) mulheres com 40 anos ou mais: até 4 embriões; d) nas situações de doação de oócitos e embriões, considera-se a idade da doadora no momento da coleta dos oócitos. O número de embriões a serem transferidos não pode ser superior a quatro.

**8.** Em caso de gravidez múltipla decorrente do uso de técnicas de RA, é proibida a utilização de procedimentos que visem a redução embrionária.

**II – PACIENTES DAS TÉCNICAS DE RA**

**1.** Todas as pessoas capazes, que tenham solicitado o procedimento e cuja indicação não se afaste dos limites desta resolução, podem ser receptoras das técnicas de RA, desde que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos, conforme legislação vigente.

**2.** É permitido o uso das técnicas de RA para relacionamentos homoafetivos e pessoas solteiras, respeitado o direito a objeção de consciência por parte do médico.

**3.** É permitida a gestação compartilhada em união homoafetiva feminina em que não exista infertilidade. Considera-se gestação compartilhada a situação em que o embrião obtido a partir da fecundação do(s) oócito(s) de uma mulher é transferido para o útero de sua parceira.

**III – REFERENTE ÀS CLÍNICAS, CENTROS OU SERVIÇOS QUE APLICAM TÉCNICAS DE RA**

As clínicas, centros ou serviços que aplicam técnicas de RA são responsáveis pelo controle de doenças infectocontagiosas, pela coleta, pelo manuseio, pela conservação, pela distribuição, pela transferência e pelo descarte de material biológico humano dos pacientes das técnicas de RA. Devem apresentar como requisitos mínimos:

**1.** Um diretor técnico (obrigatoriamente um médico registrado no Conselho Regional de Medicina de sua jurisdição) com registro de especialista em áreas de interface com a RA, que será responsável por todos os procedimentos médicos e laboratoriais executados;

**2.** Um registro permanente (obtido por meio de informações observadas ou relatadas por fonte competente) das gestações, dos nascimentos e das malformações de fetos ou recém-nascidos provenientes das diferentes técnicas de RA aplicadas na unidade em apreço, bem como dos procedimentos laboratoriais na manipulação de gametas e embriões;

**3.** Um registro permanente dos exames laboratoriais a que são submetidos os pacientes, com a finalidade precípua de evitar a transmissão de doenças;

**4.** Os registros deverão estar disponíveis para fiscalização dos Conselhos Regionais de Medicina.

**IV – DOAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES**

**1.** A doação não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.

**2.** Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa.

**3**. A idade limite para a doação de gametas é de 35 anos para a mulher e de 50 anos para o homem.

**4.** Será mantido, obrigatoriamente, sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores. Em situações especiais, informações sobre os doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do(a) doador(a).

**5.** As clínicas, centros ou serviços onde são feitas as doações devem manter, de forma permanente, um registro com dados clínicos de caráter geral, características fenotípicas e uma amostra de material celular dos doadores, de acordo com legislação vigente.

**6.** Na região de localização da unidade, o registro dos nascimentos evitará que um(a) doador(a) tenha produzido mais de duas gestações de crianças de sexos diferentes em uma área de um milhão de habitantes. Um(a) mesmo(a) doador(a) poderá contribuir com quantas gestações forem desejadas, desde que em uma mesma família receptora.

**7.** A escolha das doadoras de oócitos é de responsabilidade do médico assistente. Dentro do possível, deverá garantir que a doadora tenha a maior semelhança fenotípica com a receptora.

**8.** Não será permitido aos médicos, funcionários e demais integrantes da equipe multidisciplinar das clínicas, unidades ou serviços participar como doadores nos programas de RA.

**9**. É permitida a doação voluntária de gametas, bem como a situação identificada como doação compartilhada de oócitos em RA, em que doadora e receptora, participando como portadoras de problemas de reprodução, compartilham tanto do material biológico quanto dos custos financeiros que envolvem o procedimento de RA. A doadora tem preferência sobre o material biológico que será produzido.

**V – CRIOPRESERVAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES**

**1.** As clínicas, centros ou serviços podem criopreservar espermatozoides, oócitos, embriões e tecidos gonádicos.

**2.** O número total de embriões gerados em laboratório será comunicado aos pacientes para que decidam quantos embriões serão transferidos *a fresco*, conforme determina esta Resolução. Os excedentes, viáveis, devem ser criopreservados.

**3.** No momento da criopreservação, os pacientes devem manifestar sua vontade, por escrito, quanto ao destino a ser dado aos embriões criopreservados em caso de divórcio ou dissolução de união estável, doenças graves ou falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los.

**4.** Os embriões criopreservados com três anos ou mais poderão ser descartados se esta for a vontade expressa dos pacientes.

**5.** Os embriões criopreservados e abandonados por três anos ou mais poderão ser descartados.

**Parágrafo único:** Embrião abandonado é aquele em que os responsáveis descumpriram o contrato pré-estabelecido e não foram localizados pela clínica.

**VI – DIAGNÓSTICO GENÉTICO PRÉ-IMPLANTACIONAL DE EMBRIÕES**

**1**. As técnicas de RA podem ser aplicadas à seleção de embriões submetidos a diagnóstico de alterações genéticas causadoras de doenças – podendo nesses casos ser doados para pesquisa ou descartados, conforme a decisão do(s) paciente(s) devidamente documentada em consentimento informado livre e esclarecido específico.

**2**. As técnicas de RA também podem ser utilizadas para tipagem do sistema HLA do embrião, no intuito de selecionar embriões HLA-compatíveis com algum irmão já afetado

pela doença e cujo tratamento efetivo seja o transplante de células-tronco, de acordo com a legislação vigente.

**3**. O tempo máximo de desenvolvimento de embriões *in vitro* será de até 14 dias.

**VII – SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (CESSÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO)**

As clínicas, centros ou serviços de reprodução assistida podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética, em união homoafetiva ou pessoa solteira.

**1.** A cedente temporária do útero deve pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau (primeiro grau – mãe/filha; segundo grau – avó/irmã; terceiro grau – tia/sobrinha; quarto grau – prima). Demais casos estão sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina.

**2.** A cessão temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.

**3.** Nas clínicas de reprodução assistida, os seguintes documentos e observações deverão constar no prontuário da paciente:

**3.1.** Termo de consentimento livre e esclarecido assinado pelos pacientes e pela cedente temporária do útero, contemplando aspectos biopsicossociais e riscos envolvidos no ciclo gravídico-puerperal, bem como aspectos legais da filiação;

**3.2.** Relatório médico com o perfil psicológico, atestando adequação clínica e emocional de todos os envolvidos;

**3.3**. Termo de Compromisso entre o(s) paciente(s) e a cedente temporária do útero (que receberá o embrião em seu útero), estabelecendo claramente a questão da filiação da criança;

**3.4.** Compromisso, por parte do(s) paciente(s) contratante(s) de serviços de RA, de tratamento e acompanhamento médico, inclusive por equipes multidisciplinares, se necessário, à mãe que cederá temporariamente o útero, até o puerpério;

**3.5**. Compromisso do registro civil da criança pelos pacientes (pai, mãe ou pais genéticos), devendo esta documentação ser providenciada durante a gravidez;

**3.6**. Aprovação do cônjuge ou companheiro, apresentada por escrito, se a cedente temporária do útero for casada ou viver em união estável.

**VIII – REPRODUÇÃO ASSISTIDA *POST-MORTEM***

É permitida a reprodução assistida *post-mortem* desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente.

**IX – DISPOSIÇÃO FINAL**

Casos de exceção, não previstos nesta resolução, dependerão da autorização do Conselho Regional de Medicina da jurisdição e, em grau recursal, ao Conselho Federal de Medicina.

| | |
|---|---|
| **CARLOS VITAL TAVARES CORRÊA LIMA** | **HENRIQUE BATISTA E SILVA** |
| Presidente | Secretário-Geral |

CFM
CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

**EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DA RESOLUÇÃO CFM nº 2.168/2017**

No Brasil, até a presente data, não há legislação específica a respeito da reprodução assistida (RA). Tramitam no Congresso Nacional, há anos, diversos projetos a respeito do assunto, mas nenhum deles chegou a termo.

O Conselho Federal de Medicina (CFM) age sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da obediência aos princípios éticos e bioéticos, que ajudam a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos.

O uso das técnicas de reprodução assistida para preservação social e oncológica de gametas, embriões e tecidos germinativos amplia as oportunidades de aplicação no sentido de propiciar melhor planejamento reprodutivo.

A preservação social diz respeito a pessoas saudáveis, sem indicação médica para assistência à fertilidade, no sentido de promover congelamento dos seus gametas, possibilitando a condição reprodutiva posterior.

A permissão da doação de oócitos além dos casos compartilhados contempla a questão da isonomia de gêneros.

A Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005) permitiu a utilização para pesquisa de embriões congelados há três anos ou mais, na data da publicação da Lei (28.03.2005). Assim, por analogia, a alteração passa de cinco para três anos o período de descarte de embriões.

Os aspectos médicos envolvendo a totalidade das circunstâncias da aplicação da reprodução assistida foram detalhadamente expostos nesta revisão, realizada pela Comissão de Revisão da Resolução CFM nº 2.121/2015 em conjunto com representantes da Sociedade Brasileira de Reprodução Assistida, da Federação Brasileira das Sociedades de Ginecologia e Obstetrícia, da Sociedade Brasileira de Reprodução Humana e da Sociedade Brasileira de Genética Médica, sob a coordenação do conselheiro federal José Hiran da Silva Gallo.

Esta é a visão da comissão formada que trazemos à consideração do plenário do Conselho Federal de Medicina.

Brasília-DF, 21 de setembro de 2017.

**JOSÉ HIRAN DA SILVA GALLO**
Coordenador da Comissão para Revisão da Resolução CFM nº 2.121/2015

HCCH
HAGUE CONFERENCE ON
PRIVATE INTERNATIONAL LAW
CONFÉRENCE DE LA HAYE
DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ
1893 - 2018
125

**Conseil sur les affaires générales et la politique de la Conférence – mars 2019**

| | | |
|---|---|---|
| **Document** | Document préliminaire ☒<br>Document d'information ☐ | No 2 A d'octobre 2018 |
| **Titre** | Rapport du Groupe d'experts sur le projet Filiation / Maternité de substitution (réunion du 25 au 28 septembre 2018) | |
| **Auteur** | Groupe d'experts sur le projet Filiation / Maternité de substitution | |
| **Point de l'ordre du jour** | Point III.2 | |
| **Mandat** | C&R Nos 6 et 7 du Conseil sur les affaires générales et la politique de la Conférence de La Haye de mars 2018 | |
| **Objectif** | Présenter un rapport sur la quatrième réunion du Groupe d'experts, en particulier sur les progrès réalisés dans le cadre du projet Filiation / Maternité de substitution dans le domaine de la filiation en général | |
| **Mesure(s) à prendre** | Pour approbation ☐<br>Pour décision ☒<br>Pour information ☐ | |
| **Annexes** | Liste des participants à la quatrième réunion du Groupe d'experts sur la Filiation/ Maternité de substitution | |
| **Document(s) connexe(s)** | – Doc. prél. No 3A de février 2015, 3B et 3C de mars 2014 et C&R No 5 du Conseil sur les affaires générales et la politique de mars 2015<br>– Doc. prél. No 3 de février 2016 et C&R No 15 du Conseil sur les affaires générales et la politique de mars 2016<br>– Doc. prél. No 2 de février 2017 et C&R Nos 8 à 10 du Conseil sur les affaires générales et la politique de mars 2017 | |

Churchillplein 6b, 2517 JW The Hague - La Haye | The Netherlands - Pays-Bas
+31 (70) 363 3303 +31 (70) 360 4867 | secretariat@hcch.net | www.hcch.net

Regional Office for Asia and the Pacific (ROAP) - Bureau régional pour l'Asie et le Pacifique (BRAP)
S.A.R. of Hong Kong - R.A.S. de Hong Kong | People's Republic of China – République populaire de Chine | +852 2858 9912
Regional Office for Latin America and the Caribbean (ROLAC) - Bureau régional pour l'Amérique latine et les Caraïbes (BRALC)
Buenos Aires | Argentina – Argentine | +54 (11) 4371 1809

**RAPPORT DU GROUPE D'EXPERTS SUR LE PROJET FILIATION / MATERNITÉ DE SUBSTITUTION**

**(RÉUNION DU 25 AU 28 SEPTEMBRE 2018)**

## A. INTRODUCTION

1. Du 25 au 28 septembre 2018, le Groupe d'experts sur le projet Filiation /Maternité de substitution (ci-après, le « Groupe ») s'est réuni à La Haye ; 21 experts, un observateur et des membres du Bureau Permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé (ci-après, la « HCCH ») ont participé à cette quatrième réunion. Les experts représentaient 20 États de diverses régions. La liste des participants est présentée en annexe.

2. La réunion s'est tenue conformément aux Conclusions et Recommandations adoptées lors de la dernière réunion du Conseil sur les affaires générales et la politique de la Conférence (ci-après, le « Conseil ») en mars 2018. Lors de cette réunion, le Conseil s'est félicité du Rapport du Groupe et des recommandations que celui-ci a formulées à l'issue de sa troisième réunion en février 2018. De plus, le Conseil est convenu de la nécessité de convoquer une quatrième réunion consacrée aux questions de droit international privé relatives à la filiation en général et une cinquième réunion portant spécifiquement sur la filiation résultant de conventions de maternité de substitution à caractère international[1].

3. Le Groupe s'est penché, au cours de sa quatrième réunion, sur les questions suivantes :
   a) la possibilité d'accepter des actes publics étrangers sur la filiation ;
   b) la possibilité de reconnaître la filiation établie à l'étranger en l'absence de décision judiciaire ;
   c) la nécessité et, le cas échéant, la possibilité de parvenir à un accord sur des règles uniformes concernant la loi applicable en matière de filiation, y compris la manière dont celles-ci s'appliqueraient aux actes publics ; et
   d) le perfectionnement de dispositions concernant la reconnaissance transfrontière, de plein droit, des décisions judiciaires étrangères portant sur la filiation.

4. La réunion n'a pas couvert les questions relatives aux conventions de maternité de substitution à caractère international étant donné que celles-ci seront abordées lors de la prochaine cinquième réunion.

5. Le Groupe a évoqué les questions susmentionnées au vu des évolutions juridiques récentes en matière de filiation et de conventions de maternité de substitution aux niveaux national, régional et international.

## B. NÉCESSITÉ DE SOLUTIONS COMMUNES

6. Le Groupe a rappelé que l'absence de règles uniformes de droit international privé en matière de filiation peut mener à des filiations bancales d'un pays à l'autre dans un certain nombre de situations et peut créer des problèmes significatifs pour les enfants[2] et les familles. Le Groupe a en outre rappelé que des règles uniformes de droit international privé peuvent aider les États à résoudre ces conflits et peuvent introduire des garanties pour la prévention

---

Tous les documents de la HCCH sur le projet Filiation / Maternité de substitution mentionnés dans ce rapport sont disponibles sur le site web de la HCCH, à l'adresse :< www.hcch.net >, sous la rubrique « Filiation / Maternité de substitution ».

1 Voir « Conclusions et Recommandations du Conseil sur les affaires générales et la politique de la Conférence (du 13 au 15 mars 2018) », C&R Nos 6 et 7, disponibles sur le site web de la HCCH, à l'adresse :< www.hcch.net >, sous les rubriques « Gouvernance » puis « Conseil sur les affaires générales et la politique ».

2 Les experts sont convenus qu'un éventuel futur instrument devrait s'appliquer à toute personne (Rapport du Groupe d'experts sur le projet Filiation / Maternité de substitution (réunion du 6 au 9 février 2018), para. 7). Toutefois, afin d'éviter tout malentendu, le terme « enfant » est utilisé dans le présent rapport pour désigner la personne dont la filiation est en cours de détermination. Le terme « enfant », lorsqu'il désigne uniquement les enfants de moins de 18 ans, est précisé dans les cas où le contexte l'exige aux fins de clarté.

de la fraude en matière d'actes publics, tout en veillant à ce que les diverses règles matérielles des États en matière de filiation soient respectées. Il convient que tout nouvel instrument vise à assurer la prévisibilité, la sécurité et la continuité de la filiation dans les situations transfrontières pour toutes les personnes concernées, en tenant compte de leurs droits fondamentaux, de la *Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant* et en particulier de l'intérêt supérieur des enfants. Le Groupe a reconnu que tout instrument international devrait être élaboré en vue de compléter les Conventions de La Haye relatives au droit de la famille existantes et d'attirer autant d'États que possible.

7. Le Groupe a confirmé que les trois principales méthodes d'établissement de la filiation dans la plupart des États sont les suivantes : 1) de plein droit ; 2) à l'initiative d'une ou de plusieurs personnes[3] ; et 3) par décision d'une autorité étatique (généralement judiciaire)[4].

8. Comme dans la majorité des situations la filiation n'est pas établie par décision judiciaire, le Groupe a examiné des méthodes possibles afin de faciliter la continuité de la filiation lorsqu'elle survient de plein droit ou à l'initiative d'une ou de plusieurs personnes. Il convient que toute méthode envisagée dans un éventuel futur instrument soit aussi simple que possible afin d'apporter une valeur ajoutée aux familles et soit facile à mettre en œuvre par les États. Les experts sont également convenus qu'une combinaison de différentes méthodes pourrait être plus efficace.

## C. MÉTHODES ÉVENTUELLES POUR ASSURER LA CONTINUITÉ TRANSFRONTIÈRE DE LA FILIATION EN L'ABSENCE DE DÉCISION JUDICIAIRE

### 1. En l'absence de règles uniformes concernant la loi applicable dans un éventuel futur instrument

9. Le Groupe a examiné deux méthodes éventuelles pour assurer la continuité transfrontière de la filiation en l'absence de règles uniformes concernant la loi applicable dans un éventuel futur instrument et en l'absence de décision d'une autorité étatique (généralement judiciaire).

#### *a) Acceptation d'un acte public comme preuve réfragable de la filiation consignée dans cet acte (avec ou sans conditions d'acceptation)*

10. Le Groupe a indiqué la possibilité d'adopter une méthode dans un éventuel futur instrument international qui garantirait qu'un acte public (généralement un acte de naissance ou un acte de reconnaissance de filiation) consignant[5] la filiation d'un enfant, délivré par un État, soit accepté par tous les États contractants[6] à l'éventuel instrument comme *preuve* de la filiation. Cette preuve de la filiation pourrait être réfutée par la présentation de preuves contraires, et la procédure de contestation du contenu de l'acte serait régie par le droit de l'État contractant requis, c'est-à-dire le droit de cet État, y compris ses règles de droit international privé en matière d'établissement et de contestation de la filiation.

11. Cette méthode contribuerait à la réalisation d'un objectif général de simplification des formalités administratives afin de faciliter et d'améliorer l'acceptation d'actes publics. La simplification des conditions de présentation dans un État d'actes publics délivrés dans un autre État devrait apporter des avantages tangibles aux enfants. En outre, cela peut fournir un cadre plus structuré en cas de doute raisonnable, en particulier si des mécanismes de coopération sont inclus dans un éventuel futur instrument.

---

[3] Généralement, une reconnaissance de filiation.

[4] Rapport du Groupe d'experts sur le projet Filiation / Maternité de substitution (réunion du 15 au 18 février 2016), para. 8.

[5] Dans le cadre de ce projet, le terme « consigner » (en tant que verbe) signifie uniquement que le document contient une référence à l'identité des parents d'un enfant.

[6] La question de savoir s'il devrait s'agir d'un État contractant ou s'il pourrait également s'agir d'un État non contractant n'a pas été déterminée à ce stade par le Groupe. Ce système pourrait être limité aux relations entre États contractants ou pourrait fonctionner de manière universelle (*erga omnes*).

12. Le Groupe a estimé que cette méthode constituerait, pour de nombreux États, une codification de la pratique existante et, à cet égard, ne répondrait pas aux objectifs fondamentaux des travaux du Groupe déjà identifiés : en particulier, elle n'assurerait pas la continuité de la filiation d'un pays à l'autre et n'améliorerait pas sensiblement la situation actuelle.

13. Le Groupe a également indiqué la possibilité d'une alternative à la méthode de l'acceptation décrite ci-dessus, dans laquelle l'autorité compétente de l'État requis devrait vérifier que certaines conditions sont remplies avant que l'acte public étranger puisse être accepté comme preuve de la filiation. Le respect de ces conditions offrirait une plus grande sécurité pour l'État requis. Certains experts ont suggéré que le processus pourrait être facilité si ces conditions étaient formulées plutôt comme des motifs de non-acceptation. Le Groupe a toutefois souligné que cette alternative ne résoudrait pas les problèmes fondamentaux posés par la méthode de l'acceptation définie au paragraphe 12 susmentionné. En outre, sa mise en œuvre pourrait s'avérer fastidieuse.

14. Le Groupe est convenu que même si cette méthode (avec ou sans conditions d'acceptation) pouvait être mise en œuvre dans la pratique, elle n'atteindrait pas en soi les objectifs fixés. Certains experts étaient d'avis que cette méthode pourrait néanmoins être utile si elle est associée aux méthodes abordées ci-après.

*b) Reconnaissance transfrontière de la filiation établie de plein droit ou à l'initiative d'une ou de plusieurs personnes*

15. L'éventuelle reconnaissance transfrontière de la filiation établie de plein droit ou à l'initiative d'une ou de plusieurs personnes [7] a également fait l'objet de discussions au sein du Groupe.

16. Selon la « méthode de reconnaissance » proposée, l'État procédant à la reconnaissance ne déterminerait pas si la filiation existe selon ses propres règles concernant la loi applicable, mais déterminerait plutôt si la relation juridique valablement établie à l'étranger peut être reconnue de plein droit dans l'État requis sous réserve de garanties.

17. Afin de reconnaître la filiation, l'État requis aurait besoin de la confirmation selon laquelle la filiation a été valablement établie dans l'État d'origine. Un moyen de faciliter la reconnaissance pourrait être que l'établissement valable de la filiation soit confirmé et certifié par une autorité compétente de l'État d'origine, soit sous une forme choisie par cet État, soit par un tampon standard ou une autre forme de validation des documents existants convenus dans un éventuel futur instrument international. Par ailleurs, un nouveau type de document standard, tel qu'un certificat international de filiation, pourrait être élaboré pour confirmer que la filiation a été valablement établie dans l'État d'origine ; celui-ci pourrait empêcher toute confusion avec les actes publics existants et ne pas porter préjudice au poids actuellement accordé à ceux-ci. Cet acte pourrait être facultatif et disponible uniquement sur demande moyennant des frais appropriés. Certains experts ont suggéré que chaque État devrait avoir toute latitude afin de désigner ses autorités compétentes et décider de la procédure à suivre pour délivrer cet acte, pour autant que l'application par l'État respecte les exigences d'un instrument.

18. Certains experts ont souligné les avantages de cette méthode du point de vue de sa simplicité et en ce qu'elle permettrait d'atteindre les objectifs d'un éventuel futur instrument. Le Groupe a également précisé que cette méthode fournirait un mécanisme de reconnaissance de la filiation sans décision judiciaire ni règles uniformes concernant la loi applicable.

19. Certains experts ont identifié les difficultés liées à cette méthode :

- Il conviendrait de réfléchir aux règles de compétence (directe ou indirecte), de sorte qu'il y ait un accord sur l'État (ou les États) compétent(s) pour déterminer la filiation. Certains experts ont admis qu'il était plus facile de se mettre d'accord sur des chefs de compétence indirecte. D'autres experts ont toutefois souligné les avantages des chefs

[7] Sans l'intervention active d'une autorité compétente décisionnelle.

de compétence directe, éventuellement combinés avec des règles uniformes concernant la loi applicable, pour éviter que diverses déterminations ne créent des filiations bancales.

- Le Groupe a considéré qu'en vertu de cette méthode de reconnaissance, la filiation pourrait encore faire l'objet d'une contestation conformément à la loi applicable en matière de filiation de l'État requis.
- Certains experts étaient d'avis que cette méthode pourrait nécessiter des changements substantiels dans les pratiques actuelles de certains États.

20. Certains experts se sont inquiétés que la délivrance de ce certificat international n'entraîne de nouvelles exigences pour les autorités compétentes. La mise en œuvre de cette méthode a donc été examinée sans le recours à ce certificat.

21. Le Groupe a identifié un certain nombre de questions qui devraient faire l'objet d'une analyse plus approfondie, en particulier les critères de compétence appropriés et les motifs de refus de la reconnaissance. Certains experts ont suggéré qu'une règle de reconnaissance combinée à des règles uniformes concernant la loi applicable faciliterait plus efficacement la continuité de la filiation.

22. Certains experts ont estimé que cette méthode serait bénéfique, éventuellement en étant associée à une méthode d'acceptation concernant les actes publics (voir ci-dessus), à un nouveau certificat international de filiation, et / ou à des règles uniformes concernant la loi applicable. Toutefois, les avis étaient partagés quant à la faisabilité de cette méthode.

Validité formelle des actes publics

23. Le Groupe est convenu qu'il n'était pas possible de déterminer s'il fallait prévoir des règles concernant la validité formelle des actes publics dans un éventuel futur instrument avant de connaître plus en détail le contenu de cet instrument. Néanmoins, le Groupe a fait remarquer l'importance de la légalisation / Apostille dans la lutte contre la fraude et la falsification. Le Groupe a également examiné la possibilité d'avoir recours à des formulaires modèles multilingues pour faciliter la traduction des actes publics étrangers, et il a été généralement convenu que même si ces formulaires pourraient être utiles dans un éventuel futur instrument (selon la méthode qui sera finalement adoptée), il convient de ne pas les rendre obligatoires.

### 2. Avec des règles uniformes concernant la loi applicable dans un éventuel futur instrument

24. Avec une méthode uniforme concernant la loi applicable, les États qui sont amenés à se pencher sur la filiation appliqueraient la loi applicable convenu pour déterminer qui est / sont le(s) parent(s) légal(aux) de l'enfant. Le Groupe a estimé que cette méthode contribuerait à assurer la continuité de la filiation d'un pays à l'autre.

25. Le Groupe a débattu de la question de savoir si différentes règles concernant la loi applicable seraient nécessaires selon :

- la méthode utilisée pour établir la filiation, c'est-à-dire de plein droit ou par un acte de reconnaissance de filiation ; et
- le moment où la question de la filiation se pose dans la vie de l'enfant, à savoir au moment de la naissance ou ultérieurement.

26. En ce qui concerne la loi qui devrait s'appliquer à la question de la filiation découlant de plein droit, le Groupe est convenu que les éléments de rattachement suivants méritaient un examen plus approfondi :

a) L'État de naissance de l'enfant :
Le Groupe a estimé que l'avantage principal de cet élément de rattachement était que, dans la majorité des situations, il a un lien étroit à la fois avec l'enfant et avec le ou les parents légaux putatifs (car il s'agit généralement de l'État de la résidence habituelle de la famille et éventuellement de l'État de nationalité du ou des parents légaux putatifs et / ou de l'enfant). Par ailleurs, il a été noté que tous les États conviennent

d'enregistrer les enfants immédiatement après leur naissance et qu'il pourrait être utile d'établir une concordance entre cet État et la loi qui est appliqué pour établir la filiation[8]. Ainsi, l'application de la loi de l'État de naissance à la question de la filiation de l'enfant signifierait que les autorités de l'État pourraient appliquer leur propre loi (et non une loi étrangère) à la question de la filiation de l'enfant. En outre, le Groupe a constaté que cet élément de rattachement était certain, clair et immuable.
Le principal inconvénient de cet élément de rattachement a été identifié comme étant le fait que si une question de filiation se pose plus tard dans la vie d'une personne, elle peut ne plus avoir de lien étroit avec l'État de naissance. En outre, le Groupe a précisé que dans une minorité de situations, même au moment de la naissance de l'enfant, cet État peut ne pas avoir de lien étroit avec l'enfant et / ou le ou les parents légaux putatifs. Cela peut se produire, par exemple, en cas de *forum shopping* ou de naissance lors d'un séjour à l'étranger.

b) L'État de la résidence habituelle de l'enfant au moment de sa naissance :
Le Groupe a noté que cet élément de rattachement pourrait contribuer à assurer un lien suffisant entre l'enfant et l'État dont la loi sur la filiation est appliquée. Toutefois, il peut être difficile de déterminer la résidence habituelle d'un nouveau-né. Étant donné l'absence d'interprétation uniforme sur cette question, cela peut donner lieu à des incertitudes pour déterminer la loi applicable (si différents États dégagent des conclusions différentes sur la question de la résidence habituelle de l'enfant).

c) L'État avec lequel l'enfant a un lien réel et étroit :
Certains experts ont suggéré l'État avec lequel l'enfant avait un lien réel et étroit, avec l'utilisation possible de présomptions, comme élément de rattachement possible. Cet élément de rattachement pourrait être utile lorsque l'État de naissance ou de résidence habituelle de l'enfant est inconnu ou ne peut être déterminé ; ou si l'État de naissance est choisi comme principal élément de rattachement et que l'enfant est né dans cet État accidentellement ou dans d'autres circonstances exceptionnelles dans le cadre desquelles l'État de naissance ne semble pas être un lien suffisant. Certains experts ont évoqué le risque d'imprévisibilité dans l'application d'un tel élément de rattachement.

27. Le Groupe a souligné que, dans la grande majorité des situations, l'État de naissance de l'enfant est généralement l'État de sa résidence habituelle et qu'il n'est donc pas nécessaire d'attacher trop d'importance à la distinction entre ces deux éléments de rattachement. À cet égard, plusieurs experts ont fait observer qu'il pourrait être possible de combiner ces éléments de rattachement de manière que la loi de l'État de naissance de l'enfant puisse être appliquée à condition qu'elle soit également celle de l'État de la résidence habituelle de l'enfant[9] (pour assurer un lien suffisant et atténuer tout problème de *forum shopping*). Si ces deux éléments ne coïncidaient pas, un élément de rattachement différent (éventuellement subsidiaire) pourrait s'appliquer (par ex. la loi de l'État de la résidence habituelle de la personne qui a donné naissance à l'enfant ou la loi de l'État avec lequel l'enfant a un lien réel et étroit).

28. Il a été convenu qu'il faudrait examiner davantage la question de savoir si la même règle concernant la loi applicable s'appliquerait au moment de la naissance de l'enfant ainsi qu'à l'établissement ultérieur de la filiation.

29. En ce qui concerne la filiation découlant de l'initiative d'une ou de plusieurs personnes, les experts ont débattu de la nécessité éventuelle de règles uniformes concernant la loi applicable quant à la validité matérielle d'un acte et à sa validité formelle. Le Groupe a examiné les éléments de rattachement possibles, notamment l'État de résidence habituelle ou la nationalité de la personne ayant pris l'initiative. Plusieurs experts ont recommandé le

---

[8] Cela résulte de « l'obligation claire faite aux États parties à de multiples instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme d'enregistrer tous les enfants immédiatement après leur naissance » (voir l'« Étude sur la filiation juridique et questions découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international », Doc. prél. No 3 C de mars 2014 à l'attention du Conseil d'avril 2014 sur les affaires générales et la politique de la Conférence, para. 3 à 10 et 67 à 68). Cela peut également se produire par la suite dans l'État de nationalité des parents légaux putatifs et / ou de l'enfant.

[9] Ou peut-être sous réserve qu'il s'agisse également de la loi de l'État de la résidence habituelle de la personne qui a donné naissance (pour éviter les préoccupations concernant l'établissement de la résidence habituelle d'un enfant (nouveau-né)).

même élément de rattachement que celui qui est retenu pour la filiation établie de plein droit afin d'éviter l'application de lois différentes au même moment.

30. Les experts se sont penchés sur la nécessité d'ajouter des garanties et des réserves à toute règle uniforme concernant la loi applicable et ont considéré qu'un éventuel futur instrument comporterait une exception d'ordre public.

31. Le Groupe a identifié les difficultés suivantes liées à l'utilisation des règles concernant la loi applicable :

- Le fait que certains États n'ont pas l'habitude d'appliquer la loi étrangère à la question de la filiation (appliquant actuellement la *lex fori*). Le Groupe a estimé que cette contestation pourrait être atténuée dans une certaine mesure en choisissant un élément de rattachement qui aboutirait à l'application de la *lex fori* dans la grande majorité des situations (par ex. en utilisant la loi de l'État de naissance). Il a également été noté que d'autres Conventions de La Haye (par ex. la Convention de La Haye de 1996 sur la protection des enfants) avaient surmonté ces difficultés.
- Comment ces règles s'appliqueraient aux actes publics et si l'on peut se fier à ces actes en combinaison avec des règles uniformes concernant la loi applicable. Il a été fait référence ici à la Convention de La Haye de 1978 sur le mariage comme source d'inspiration.
- La question de savoir si l'exclusion du renvoi contribuerait à assurer la prévisibilité et la sécurité dans l'établissement de la filiation.
- Certains experts étaient d'avis que cette méthode nécessiterait des changements substantiels dans les pratiques actuelles de certains États.

32. Le Groupe a également relevé qu'il faudrait examiner davantage la question de savoir si la même règle concernant la loi applicable serait également appliquée en cas de contestation de la filiation.

33. Certains experts ont estimé que des règles uniformes concernant la loi applicable seraient bénéfiques, éventuellement si elles sont associées à une méthode d'acceptation concernant les actes publics (voir la section C.1.a) ci-dessus), un nouveau certificat international de filiation et / ou la reconnaissance de la filiation établie de plein droit ou à l'initiative d'une ou de plusieurs personnes (voir section C.1.b) ci-dessus). Néanmoins, les avis étaient partagés quant à la faisabilité de cette méthode.

## D. MÉTHODES ÉVENTUELLES POUR ASSURER LA CONTINUITÉ TRANSFRONTIÈRE DE LA FILIATION ÉTABLIE PAR DÉCISION JUDICIAIRE

### 1. Reconnaissance des décisions judiciaires étrangères portant sur la filiation : perfectionnement de dispositions

34. Le Groupe a rappelé ses discussions précédentes et a précisé qu'il y avait un accord général sur la faisabilité d'élaborer un instrument multilatéral contraignant traitant de la reconnaissance des décisions judiciaires étrangères portant sur la filiation[10]. Ce régime devrait être appliqué de plein droit, sous réserve de conformité à certains chefs de compétence indirecte dans l'État dans lequel la décision a été rendue.

#### *a) Critères de compétence*

35. Le Groupe est convenu que d'autres chefs de compétence indirecte seraient bénéfiques et réalisables.

---

[10] Les situations concernant les conventions de maternité de substitution à caractère international seront examinées lors de la cinquième réunion et n'ont pas fait l'objet d'un examen spécifique mais il est évident que cette méthode devra être examinée en tenant compte de ces situations.

36. Le Groupe a identifié les chefs de compétence éventuels suivants :

- l'enfant ou la personne faisant l'objet de la procédure avait sa résidence habituelle dans l'État dans lequel la décision a été rendue ; ou
- le défendeur avait sa résidence habituelle dans l'État dans lequel la décision a été rendue.

37. Ces deux chefs de compétence éventuels peuvent ne pas être suffisants pour traiter toutes les situations et un autre chef de compétence a donc été proposé : un « lien réel et étroit » entre le défendeur ou l'objet de la procédure et l'État dans lequel la décision a été rendue. Le Groupe a constaté que la nature discrétionnaire de ce chef de compétence pourrait éventuellement réduire la clarté et la sécurité requises.

38. Les experts ont examiné d'autres chefs éventuels de compétence indirecte : lorsqu'un défendeur s'est soumis à la compétence soit expressément, soit en défendant le fond de l'affaire sans contester la compétence lorsque l'occasion lui en a été offerte pour la première fois, et lorsqu'il y a eu accord écrit sur la compétence entre les parties. Certains experts ont estimé qu'à la lumière de l'objet de la procédure (filiation) qui porte sur une question essentielle de statut personnel et d'identité, ce chef de compétence pourrait ne pas convenir.

39. Le Groupe s'est ensuite demandé si les éléments de rattachement identifiés pouvaient être utilisés comme chefs de compétence directe. Certains experts ont indiqué que, si le Groupe consentait à avoir des règles uniformes concernant la loi applicable pour compléter un régime de reconnaissance, les chefs de compétence directe sembleraient plus appropriés. Il a également été souligné que les chefs de compétence directe empêcheraient la répétition des litiges et seraient particulièrement appropriés dans le contexte de la contestation de la filiation. Cette question devra être examinée davantage une fois que la structure générale, la forme et le champ d'application d'un éventuel futur instrument auront été arrêtés.

*b) Champ d'application matériel*

40. Le Groupe a réaffirmé son point de vue selon lequel diverses matières telles que les aliments, les questions successorales, la nationalité et d'autres questions couvertes par les Conventions de La Haye existantes devraient être exclues du champ d'application d'un éventuel futur instrument.

41. Un premier débat a eu lieu sur la possibilité d'inclure les adoptions nationales (lorsque l'enfant et les (futurs) parents adoptifs résident habituellement dans le même État),[11] y compris les adoptions par le deuxième parent. La plupart des experts sont convenus qu'il serait approprié de reconnaître ces adoptions dans le cadre d'un éventuel futur instrument sur la filiation. Par ailleurs, certains experts ont recommandé que si la reconnaissance des adoptions nationales était incluse, elle devrait être fondée sur des motifs de non-reconnaissance / conditions de reconnaissance correspondant aux garanties fondamentales de la procédure d'adoption.

42. Certains experts ont évoqué la possibilité d'inclure les adoptions internationales lorsqu'un ou les deux États ne sont pas Parties à la Convention de La Haye de 1993 sur l'adoption internationale, mais les experts ont exprimé des avis divergents quant à l'opportunité de traiter de cette question dans un éventuel futur instrument. Le Groupe a toutefois réaffirmé qu'il était crucial que la Convention de La Haye de 1993, et ses objectifs de veiller à ce que les adoptions aient lieu dans l'intérêt supérieur de l'enfant et de prévenir les pratiques illicites, ne soient en aucune manière entravés par un nouvel instrument. Il est crucial qu'un nouvel instrument ne puisse pas servir à contourner les garanties prévues par la Convention de La Haye de 1993 et qu'il ne décourage pas les États d'en devenir Parties. Il a

---

[11] Dans le présent rapport, les adoptions nationales doivent être comprises par rapport à l'adoption internationale telle qu'elle est définie à l'art. 2 de la Convention de La Haye de 1993 sur l'adoption internationale (« un enfant résidant habituellement dans un État contractant a été, est ou doit être [adopté] par des époux ou une personne résidant habituellement dans l'État d'accueil »). Pour plus d'informations à ce sujet, voir HCCH, *Résidence habituelle et champ d'application de la Convention de La Haye de 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale*, La Haye, 2018 et le *Rapport de la HCCH sur la reconnaissance transfrontière des adoptions nationales* qui sera publié, en principe, avant fin 2018 sur le site web de la HCCH.

été convenu que cette question fasse l'objet de discussions plus approfondies et d'un examen attentif.

*c) Motifs de refus de la reconnaissance*

43. En ce qui concerne l'exception d'ordre public, le Groupe a examiné comment celle-ci pourrait éventuellement fonctionner dans le cadre d'un éventuel futur instrument. Un accord général s'est dégagé sur la nécessité d'inclure une clause d'ordre public. Elle devrait être formulée conformément aux Conventions de La Haye antérieures relatives au droit de la famille en ce sens qu'elle devrait être exprimée de manière à tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant. Le Groupe a discuté du fait que l'application de l'exception d'ordre public peut avoir pour conséquence que l'enfant se retrouve sans parents dans certaines circonstances et a estimé que cette préoccupation pourrait être traitée dans un Rapport explicatif accompagnant un éventuel futur instrument plutôt que dans le libellé de l'exception d'ordre public d'un éventuel futur instrument. Un consensus s'est également dégagé sur le fait que l'ordre public comprend des principes d'équité procédurale. Certains experts ont suggéré que le fait de ne pas donner à l'enfant la possibilité d'être entendu devrait constituer un motif distinct. D'autres experts ont estimé que cette question serait couverte par l'exception générale d'ordre public et qu'en tant que telle, elle pourrait être traitée dans un Rapport explicatif accompagnant un éventuel futur instrument.

44. Il a été convenu que d'autres motifs de refus de la reconnaissance (tels que la fraude, les jugements incompatibles ou les procédures parallèles) devraient encore être examinés.

*d) Questions incidentes*

45. Il a généralement été convenu que les questions incidentes devraient être comprises dans le champ d'application d'un éventuel futur instrument que si :

- la décision sur la question incidente est une décision judiciaire portant sur la filiation ; et
- la décision judiciaire a un effet *erga omnes* en vertu de la loi de l'État contractant dans lequel la décision a été rendue.

*e) Dispositions éventuelles concernant la coopération*

46. Le Groupe a examiné d'éventuelles dispositions concernant la coopération visant à faciliter la reconnaissance de plein droit des décisions judiciaires portant sur la filiation. Certains experts ont constaté que les Profils d'État seraient utiles pour fournir des informations concernant la loi et les procédures d'un État sous réserve que les États tiennent ces profils à jour. Un certain nombre d'experts ont indiqué que les communications judiciaires directes pourraient également constituer un mécanisme utile pour appuyer le fonctionnement pratique de tout instrument multilatéral, en particulier dans les situations où il existe un recours qui pourrait conduire à la non-reconnaissance. Le Groupe a par ailleurs estimé qu'une fois le champ d'application global de tout éventuel futur instrument déterminé, il conviendrait, à ce moment-là, d'envisager d'éventuels types de coopération.

## E. CONCLUSIONS ET RECOMMENDATIONS

47. Le Groupe se réunira pour la cinquième fois du 29 janvier au premier février 2019 afin de discuter de la possibilité de travaux futurs relatifs à la filiation dans les situations concernant les conventions de maternité de substitution à caractère international et / ou de techniques de procréation assistée.

48. Le Groupe réserve ses conclusions et recommandations finales sur les travaux futurs en attendant l'issue de cette réunion.

PARENTAGE / SURROGACY PROJECT

(Provisional edition pending completion of the French version)

October 2018

HCCH
HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW
CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ
1893 - 2018 125

**FOURTH MEETING OF THE EXPERTS' GROUP ON THE PARENTAGE / SURROGACY PROJECT**

*From 25 to 28 September 2018*

**Final List of Participants**

***MEMBERS / MEMBRES***

**ARGENTINA**

Ms Nieve RUBAJA, Professor of Private International Family Law and Researcher, University of Buenos Aires, Buenos Aires

**AUSTRALIA**

The Honourable Mr John PASCOE, AC CVO, Chief Justice, Family Court of Australia, Canberra

**CANADA**

Ms Marie RIENDEAU, Counsel, Constitutional, Administrative and International Law Section, Department of Justice, Ottawa

**CHINA, PEOPLE'S REPUBLIC OF**

Ms Yingying WU, China University of Political Science and Law, Beijing

**FRANCE**

Ms Sophie MAITRE, *Bureau du droit des personnes et de la famille (C1), Direction des affaires civiles et du Sceau,* Ministry of Justice, Paris

**GERMANY**

Mr Rolf WAGNER, *Ministerialrat*, Head of Division for Private International Law, *Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz*, Berlin

**INDIA**

Ms K.C. SOWMYA, Senior Legal Officer, Legal & Treaties Division, Ministry of External Affairs, New Delhi

Dr. Luther RANGREJI, Counsellor (Legal), Embassy of India, The Hague

**ISRAEL**

*Excusé / unable to attend*

**ITALY**

Ms Laura CARPANETO, Associate Professor of European Law, University of Genoa, Genoa *(via videoconference)*

**JAPAN**

Ms Yuko NISHITANI, Professor of Private International Law, Kyoto University, Kyoto

**MEXICO**

Ms María Mercedes ALBORNOZ, External Adviser to the Office of the Legal Adviser, Ministry of Foreign Affairs; Professor, Department of Legal Studies, *Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE)*, Mexico City

**NETHERLANDS**

Ms Susan RUTTEN, Professor on Islamic Family Law in European context and Associate Professor of Private International Law, Faculty of Law, Maastricht University, Maastricht

**NEW ZEALAND**

Ms Margaret CASEY, Q.C., Auckland

**PHILIPPINES**

Ms Elizabeth AGUILING-PANGALANGAN, Professor of Private International Law; Director, Institute of Human Rights, University of the Philippines, College of Law, Quezon City

**RUSSIAN FEDERATION**

Prof. Olga A. KHAZOVA, Faculty of Law, The Moscow School of Social and Economic Sciences; Faculty of Law, National Research University "Higher School of Economics"; Vice-Chair of the Committee on the Rights of the Child, Moscow *(via videoconference – attending Wednesday 26 September)*

**SOUTH AFRICA**

*Excusé / unable to attend*

**SPAIN**

Ms Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS, Professor of Private International Law, Universidad de Barcelona, Barcelona

**SWEDEN**

Mr Michael HELLNER, Professor of Private International Law, Stockholm University, Faculty of Law, Stockholm (*attending Tuesday 25 and Wednesday 26 September*)

**SWITZERLAND**

Ms Joëlle SCHICKEL-KÜNG, Co-Head of the Private International Law Unit, Federal Office of Justice (OFJ), Berne **(Chair of the Fourth meeting of the Experts' Group)**

**UKRAINE**

Mrs Lyudmyla RUDA, Head of the Unit on the Conclusion of International Treaties on Legal Assistance, Deputy Head of Division on International Legal Assistance, Department of International Law, Ministry of Justice, Kyiv

**UNITED KINGDOM OF GREAT BRITAIN AND NORTHERN IRELAND**

Ms Natalie BERRY, Policy Advisor - International Law, British Embassy, The Hague (*attending Thursday 27 September*)

**UNITED STATES OF AMERICA**

Ms Lisa VOGEL, Attorney Adviser, US Department of State, Overseas Citizens Services, Office of Legal Affairs, Washington, DC

***INTERGOVERNMENTAL AND NON-GOVERNMENTAL ORGANISATIONS***

**COUNCIL OF EUROPE**

*Excusé / unable to attend*

**INTERNATIONAL ACADEMY OF FAMILY LAWYERS (IAFL)**

Ms Anne-Marie HUTCHINSON, OBE, QC (HON), Partner, Dawson Cornwell, Solicitors, London

**INTERNATIONAL SOCIAL SERVICE (ISS)**

*Excusé / unable to attend*

**PERMANENT BUREAU OF THE HCCH**

Hague Conference on Private International Law
Churchillplein 6 B
2517 JW THE HAGUE
The Netherlands
Tel: +31 (70) 363 3303
Fax: +31 (70) 360 4867

Mr Christophe BERNASCONI, Secretary General

Ms Laura MARTÍNEZ-MORA, Principal Legal Officer

Ms Capucine PAGE, Legal Officer

Ms Hannah BAKER, Consultant to the Permanent Bureau (remotely)

Mr Keith LOKEN, Secondment to the Permanent Bureau

Mr Michael WELLS-GRECO, Consultant to the Permanent Bureau

Ms Coline LOPEZ, Intern

Ms Mathilde PRÉNAS, Senior Administrative Assistant

Mr Willem VAN DER ENDT, General Services Officer

AFFAIRES GÉNÉRALES ET POLITIQUE
GENERAL AFFAIRS AND POLICY

Doc. prél. No 3
Prel. Doc. No 3

avril / April 2013

HccH
HAGUE CONFERENCE ON
PRIVATE INTERNATIONAL LAW
*CONFÉRENCE DE LA HAYE*
*DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ*

# QUESTIONNAIRE SUR LES QUESTIONS DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ RELATIVES AU STATUT DES ENFANTS, NOTAMMENT CELLES DÉCOULANT DES CONVENTIONS DE MATERNITÉ DE SUBSTITUTION À CARACTÈRE INTERNATIONAL

*établi par le Bureau Permanent*

* * *

# QUESTIONNAIRE ON THE PRIVATE INTERNATIONAL LAW ISSUES SURROUNDING THE STATUS OF CHILDREN, INCLUDING ISSUES ARISING FROM INTERNATIONAL SURROGACY ARRANGEMENTS

*drawn up by the Permanent Bureau*

*Document préliminaire No 3 d'avril 2013 à l'attention*
*du Conseil d'avril 2014 sur les affaires générales et la politique de la Conférence*

*Document préliminaire No 3 of April 2013 for the attention*
*of the Council of April 2014 on General Affairs and Policy of the Conference*

Permanent Bureau | *Bureau Permanent*
6, Scheveningseweg 2517 KT The Hague | *La Haye* The Netherlands | *Pays-Bas*
telephone | *téléphone* +31 (70) 363 3303 fax | *télécopieur* +31 (70) 360 4867
e-mail | *courriel* secretariat@hcch.net site Internet | *site internet* http ://www.hcch.net

**QUESTIONNAIRE SUR LES QUESTIONS DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ RELATIVES AU STATUT DES ENFANTS, NOTAMMENT CELLES DÉCOULANT DES CONVENTIONS DE MATERNITÉ DE SUBSTITUTION À CARACTÈRE INTERNATIONAL**

*établi par le Bureau Permanent*

* * *

**QUESTIONNAIRE ON THE PRIVATE INTERNATIONAL LAW ISSUES SURROUNDING THE STATUS OF CHILDREN, INCLUDING ISSUES ARISING FROM INTERNATIONAL SURROGACY ARRANGEMENTS**

*drawn up by the Permanent Bureau*

**INTRODUCTION**

Ce Questionnaire est adressé aux Membres de la Conférence de La Haye et aux autres États intéressés, conformément au mandat confié par le Conseil sur les affaires générales et la politique de la Conférence (« le Conseil ») en avril 2012 après étude du Document préliminaire No 10 de mars 2012[1]. Le Conseil a chargé le Bureau Permanent de « poursuivre le travail tel que mandaté par le Conseil de 2011. Il [l'a également invité] à préparer et distribuer un Questionnaire afin d'obtenir des informations plus détaillées sur l'étendue et la nature des questions de droit international privé rencontrées en ce qui concerne les accords de maternité de substitution à caractère international, ainsi que par rapport à la filiation juridique de manière plus large. Le Questionnaire devra solliciter les divers points de vue sur les besoins à aborder et sur les approches à adopter. Le Bureau Permanent est invité à présenter son Rapport final au Conseil en 2014[2]. »

La chronologie précise de la genèse de ce projet est disponible sur le site de la Conférence de La Haye, à l'adresse < www.hcch.net >, sous les rubriques « projet filiation /maternité de substitution », puis « Chronologie du projet (et documents correspondants). »

Ce Questionnaire est structuré en **cinq parties** :

- La **Partie I** regroupe les questions portant sur le droit interne en matière d'établissement et de contestation de la filiation juridique dans les États membres et les États intéressés ;
- La **Partie II** examine les règles de droit international privé (« DIP ») et de coopération relatives à l'enregistrement des naissances ainsi qu'à l'établissement, à la reconnaissance et à la contestation de la filiation juridique ;
- La **Partie III** aborde les difficultés propres aux conventions de maternité de substitution à caractère international[3] (« CMSI ») ;
- La **Partie IV** examine les instruments bilatéraux et multilatéraux qui existent dans ce domaine ; et
- La **Partie V** sollicite votre point de vue sur d'éventuels travaux dans ce domaine.

Veuillez noter que dans ce Questionnaire, le Bureau Permanent emploie la terminologie présentée dans le **Glossaire** annexé au Document préliminaire No 10 de mars 2012. Ce Glossaire est disponible sur la page web consacrée au projet sous les rubriques « projet filiation /maternité de substitution », puis « Chronologie du projet (et documents correspondants) » et « 2011 – 2013 ».

Le Bureau Permanent vous invite à répondre au Questionnaire (en anglais ou en français) au plus tard le **1er août 2013** afin de lui laisser suffisamment de temps pour étudier les réponses et établir le Rapport final demandé par les Membres pour le Conseil de 2014. Les réponses sont à envoyer par courrier électronique à < secretariat@hcch.net > en précisant l'objet suivant : « Questionnaire – Filiation / Maternité de substitution – [nom du Membre, de l'État ou, le cas échéant, de l'unité territoriale] ».

Le Bureau Permanent reconnaît que ce Questionnaire est détaillé et qu'en raison de leur situation juridique, certains Membres et États intéressés peuvent ne pas être en mesure de répondre à toutes les questions. Le Bureau Permanent vous remercie vivement de tous les éléments d'information que vous pourrez lui communiquer. Il espère également que les informations précises apportées dans les réponses seront utiles aux Membres au-

---

[1] Doc. prél. No 10 de mars 2012, « Rapport préliminaire sur les problèmes découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international », établi par le Bureau Permanent. Voir aussi Doc. prél. No 11 de mars 2011, « Questions de droit international privé concernant le statut des enfants, notamment celles résultant des accords de maternité de substitution à caractère international », également établi par le Bureau Permanent.

[2] Conclusions et Recommandations du Conseil sur les affaires générales et la politique de la Conférence, 17-20 avril 2012, para. 21. Le mandat mentionné ici figure aux para. 17 à 20 des Conclusions et Recommandations du Conseil sur les affaires générales et la politique de la Conférence, 5-7 avril 2011.

[3] Voir le **Glossaire** annexé au Doc. prél. No 10 de mars 2012 (voir note 1) pour la définition des termes employés ici.

delà de ce projet, par exemple si une législation interne est envisagée, maintenant ou ultérieurement dans un des domaines examinés ci-après.

*Nota bene* : sauf demande contraire expresse, le Bureau Permanent compte publier les réponses à ce Questionnaire sur le site de la Conférence de La Haye.

**Identification**

Nom de l'État (ou le cas échéant, de l'unité territoriale) : **BELGIQUE**

**Informations pour les besoins du suivi**

Nom et fonction de la personne à contacter : TACQ Alain, Conseiller
Nom de l'Autorité / du Bureau : SPF JUSTICE
Numéro de téléphone : 02/542.67.10
Adresse électronique : alain.tacq@just.fgov.be

**QUESTIONNAIRE**

**Note : dans la mesure du possible, nous vous prions de communiquer le texte des lois, des règlements et de la jurisprudence mentionnés dans vos réponses ou un lien vers un site sur lequel ils peuvent être consultés et une traduction anglaise ou française.**

**Partie I : Droit interne** en matière d'établissement et de contestation de la filiation juridique

## A. Enregistrement des naissances

1. Indiquez les autorités qui sont responsables, dans votre État, de l'enregistrement des naissances :

   L'officier de l'état civil de la commune où la naissance a eu lieu est habilité à recevoir la déclaration et à dresser l'acte (articles 55, 56, et 57 du Code civil).
   Conformément à l'article 57 du Code civil, l'acte de naissance énonce :
   1° le jour, l'heure, le lieu de la naissance, le sexe, le nom et les prénoms de l'enfant;
   Pour les enfants souffrant d'ambiguïté sexuelle, le sexe de l'enfant peut être déclaré par le père ou la mère ou par les deux auteurs dans un délai de trois mois, moyennant une attestation médicale.
   2° l'année, le jour, le lieu de la naissance, le nom, les prénoms et le domicile de la mère et du père, si la filiation paternelle est établie;
   3° le nom, les prénoms et le domicile du déclarant.
   Comme pour tout acte de l'état civil, il contient également les prénoms, nom, et qualité de l'officier de l'état civil qui signe l'acte ; l'année, le jour et l'heure de l'établissement de l'acte ; la mention de la lecture de l'acte, la signature du ou des comparants ou à défaut, la mention de la cause du défaut de signature (articles 34, 38 et 39 du Code civil).

2. Décrivez brièvement la procédure d'enregistrement des naissances prévue dans votre État en indiquant si l'enregistrement est obligatoire[4] et en précisant les règles particulières à suivre (par ex., délai dans lequel la naissance doit être déclarée, personne pouvant déclarer la naissance et lieu de la déclaration) :

   Conformément à l'article 55 précité, la déclaration doit être faite dans les quinze jours qui suivent celui de l'accouchement. L'article 56 du Code civil prévoit différents cas de figure pour la déclaration de naissance et l'avis d'accouchement.

   En cas d'accouchement dans des hôpitaux, cliniques, maternités ou autres établissements de soins, la naissance de l'enfant est déclarée par le père ou par la mère ou par les deux auteurs ou, lorsque ceux-ci s'abstiennent de faire la déclaration, par la personne qui assure la direction de l'établissement ou son délégué.
   La personne qui assure la direction de l'établissement ou son délégué sont tenus de donner à l'officier de l'état civil, avis de l'accouchement, au plus tard le premier jour ouvrable qui suit celui-ci.
   Dans les autres cas, la naissance de l'enfant est déclarée par le père ou par la mère ou par les deux auteurs, ou, lorsque ceux-ci s'abstiennent de faire la déclaration, par les médecins, accoucheuses ou autres personnes qui ont assisté à l'accouchement ou par la personne chez qui l'accouchement a eu lieu.

---

[4] Voir art. 7 de la *Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant* (« CNUDE ») du 20 novembre 1989, qui énonce 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. »

Le médecin ou, à défaut, l'accoucheuse ou, à défaut, les autres personnes qui ont assisté à l'accouchement ou chez qui l'accouchement a eu lieu sont tenus de donner à l'officier de l'état civil avis de l'accouchement, au plus tard le premier jour ouvrable qui suit celui-ci.
Lorsque la déclaration n'a pas été faite dans le délai prescrit par l'article 55, l'officier de l'état civil, dans les trois jours ouvrables qui suivent l'expiration du délai, en avise la personne qui l'a averti de l'accouchement. Celle-ci est tenue de faire la déclaration dans les trois jours qui suivent la réception de l'avis: si le troisième jour est un samedi, un dimanche ou un jour férié légal, la déclaration peut encore être faite le premier jour ouvrable qui suit.

L'officier de l'état civil s'assure de la naissance par une attestation d'un médecin ou d'une accoucheuse.
Dans tous les cas l'acte de naissance est dressé sans tarder.

Certaines communes offrent la possibilité de faire une déclaration de naissance à la maternité. L'officier de l'état civil qui souhaite permettre la déclaration de naissance dans une maternité est tenu d'entourer cette déclaration et l'établissement de l'acte de naissance des mêmes garanties que pour les déclarations de naissance faites à la maison communale. Par conséquent, en cas de déclaration de naissance à la maternité, il convient de vérifier si le ou les déclarants sont en mesure de produire les mêmes documents en appui que lorsqu'il s'agit d'une déclaration à la maison communale. Par documents en appui, on entend la carte d'identité et le bulletin complété par le médecin ou l'accoucheuse.
Comme pour les autres actes de l'état civil, l'officier de l'état civil est responsable de la tenue et de la conservation des registres. Les registres de naissance peuvent être déplacés pour autant que les mesures de précaution nécessaires soient prises au niveau de leur transport et que le procureur du Roi n'ait pas d'objection. Un acte de naissance dressé à la suite d'une déclaration à la maternité sera inscrit dans le registre des naissances réservé aux déclarations faites à la maternité tandis qu'un acte de naissance dressé à la suite d'une déclaration faite à la maison communale sera inscrit dans le registre des naissances réservé aux déclarations faites à la maison communale (circulaire du 3 novembre 2008 relative à la déclaration de naissance à la maternité, Moniteur belge du 2 décembre 2008).

Lorsqu'un enfant est décédé au moment de la constatation de sa naissance par l'officier de l'état civil, ou par le médecin ou l'accoucheuse, l'officier de l'état civil dresse un acte de déclaration d'enfant sans vie conformément à l'article 80 bis du Code civil. Cet acte est inscrit dans le registre des actes de décès.

L'article 58 du Code civil règle le cas particulier de l'enfant trouvé.
Lorsqu'un enfant est trouvé, la personne qui trouve cet enfant est tenue de le remettre avec ses vêtements et ses effets à l'officier de l'état civil et de déclarer les circonstances de temps et de lieu où il a été trouvé. L'officier de l'état civil dresse un procès-verbal détaillé comprenant l'âge apparent de l'enfant, son sexe, les noms qui lui sont donnés, l'autorité civile à laquelle il sera remis. Généralement, ce fait est porté à la connaissance de la police qui fait le rapport dont on extrait les données nécessaires pour établir le procès-verbal.
Le procès-verbal détaillé de l'article 58 transcrit sur les registres tient lieu provisoirement d'acte de naissance. Il pourra par décision de justice soit être rectifié plus tard si l'identité de l'enfant vient à être connue soit être annulé si un acte de naissance avait déjà été dressé.
L'article 362 du Code pénal prévoit que la personne qui a trouvé un enfant nouveau-né et ne le remet pas dans les trois jours à l'officier de l'état civil peut être punie d'une peine d'emprisonnement de huit jours à trois mois et d'une amende de 26 euros à 200 euros (multipliés par 6 en vertu de l'article 1er de la loi du 5 mars 1952 relative aux décimes additionnels sur les amendes pénales) ou d'une de ces peines seulement.

Lorsqu'un enfant nait pendant un voyage en mer, conformément aux articles 59 et 60 du Code civil, le commandant du navire se rend personnellement et sans tarder auprès du nouveau-né et reçoit la déclaration des père et mère ou de l'un d'eux ou à leur défaut de toute personne ayant assisté à l'accouchement. L'acte de naissance est inscrit à la suite du rôle d'équipage. Au premier port où il aborde, le commandant dépose deux copies littérales certifiées de sa main des actes de naissance. S'il s'agit d'un port belge, au bureau du Commissaire maritime ; s'il s'agit d'un port étranger, entre les mains du Consul. L'une des copies y reste, l'autre est envoyée au ministre des communications qui fait parvenir une copie par lui certifiée de chacun des actes, à l'officier de l'état civil du domicile de l'enfant. Une copie est inscrite de suite sur les registres.

Lorsqu'un enfant nait pendant un voyage aérien, le commandant de bord exerce la fonction d'officier de l'état civil pour les naissances survenues en cours de vol. La naissance est réputée survenue sur le territoire du Royaume (article 7 de la loi du 27 juin 1937 portant révision de la loi du 16 novembre 1919 relative à la réglementation de la navigation aérienne).
La déclaration de naissance est faite au commandant de bord par le père et/ou la mère ou, à défaut, par toute autre personne ayant assisté à l'accouchement.
Aussitôt que possible, et au plus tard lors du premier atterrissage, le commandant de bord en dresse acte par inscription sur le carnet de route en présence de deux témoins. L'acte est signé par le(s) déclarant(s) , le commandant de bord et les témoins. Cet acte comprend, outre les mentions figurant à l'article 57 du Code civil, le lieu de la naissance, à savoir la longitude et la latitude de la naissance.
Lors du premier atterrissage, le commandant de bord est tenu de transmettre deux copies littérales, signées et certifiées de sa main des actes de naissance à l'officier de l'état civil le plus proche du lieu d'atterrissage. Si l'atterrissage a lieu à l'étranger, il transmettra les copies à l'agent diplomatique ou consulaire belge le plus proche.
Une des copies est expédiée au ministre chargé des communications qui la transmet à l'officier de l'état civil du domicile du père ou de la mère si le père n'est pas connu. Cette copie est de suite inscrite sur les registres (article 7 ter de la loi précitée du 27 juin 1937).

Lorsqu'un enfant nait à l'étranger, une déclaration de naissance peut être faite auprès des agents diplomatiques chefs de poste, de plein droit ou auprès des consuls généraux, consuls, vices consuls, si la fonction d'officier de l'état civil leur a été confiée par le Ministre des Affaires étrangères (article 1er de la loi du 12 juillet 1931 relative à certains actes de l'état civil et à la compétence des agents diplomatiques et consulaires en matière d'état civil).

3. Indiquez les preuves de la *maternité* juridique éventuellement requises par les autorités de votre État pour enregistrer une mère juridique putative[5] :

Cochez toutes les réponses applicables :
a) ☐ Registre des naissances de l'hôpital (indiquant le nom de la femme qui a accouché de l'enfant)
b) ☐ Déclaration sous serment de la mère juridique putative affirmant qu'elle a accouché de l'enfant
c) ☐ Déclaration signée de la mère juridique putative affirmant qu'elle a accouché de l'enfant
d) ☐ Test d'ADN établissant un lien génétique entre la mère juridique putative et l'enfant
e) ☒ Autres preuves : précisez
Conformément à l'article 312, § 1er, du Code civil, l'enfant a pour mère la personne qui est désignée comme telle dans l'acte de naissance et l'article 57, 2°, du

[5] « Putatif » signifie « généralement considéré comme étant ou réputé être » et dans ce document, cet adjectif qualifie la femme ou l'homme *prétendant ou prétendu* (lorsque ce n'est pas l'individu lui-même qui se déclare comme tel) être la mère ou le père juridique de l'enfant.

Code civil, précise que le nom et les prénoms de la mère sont énoncés dans l'acte de naissance.

L'officier de l'état civil reçoit donc un « avis de l'accouchement » conformément à l'article 56 du Code civil au plus tard le 1er jour ouvrable qui suit celui de l'accouchement, selon le cas, de la personne qui assure la direction de l'établissement, ou son délégué, du médecin ou à défaut de l'accoucheuse, ou à défaut des autres personnes qui ont assisté à l'accouchement ou chez qui l'accouchement a eu lieu. Le Code civil ne règle pas la manière dont l'avis doit être donné.

L'arrêté royal du 14 juin 1999 (Moniteur belge du 5 octobre 1999) prescrit par ailleurs une statistique annuelle des naissances par l'Institut national des statistiques (article 1er). Cette statistique est élaborée au moyen de renseignements recueillis à l'aide du bulletin de naissance d'un enfant né vivant comprenant plusieurs volets (A, B, C, D) dont un modèle (modèle I) est annexé à l'arrêté royal précité. Le volet A est la déclaration de naissance à remplir par le médecin ou l'accoucheuse et à conserver par l'administration communale.

Les administrations communales délivrent le bulletin de naissance d'un enfant né vivant à toute personne qui se présente en vue de déclarer la naissance d'un enfant vivant survenu sur leur territoire. Le médecin ou l'accoucheuse sont tenus de remplir les volets A, B, C, D, et de glisser le volet C sous enveloppe scellée. L'administration communale remplit le volet D et conserve le volet A relatif à la déclaration. Elle transmet les volets B, C, D, au fonctionnaire responsable, en vue de la statistique annuelle.

En conséquence, l'administration communale est avisée dans les 24 heures de l'accouchement par un avis d'accouchement. Ensuite, le déclarant muni des documents d'identité (éventuellement du livret de mariage et, le cas échéant, de la copie de l'acte de reconnaissance prénatale), se présente à l'administration communale pour la déclaration de naissance, avec le modèle I (s'il s'agit d'un enfant né vivant).

Dans un petit nombre de cas, il arrive que la femme accouche à la maison sans médecin ou accoucheuse. L'avis peut être donné par les personnes présentes mais le modèle I sera alors complété a postériori par un médecin ou une accoucheuse.

4. Indiquez les preuves de la *paternité* juridique éventuellement requises par les autorités de votre État pour enregistrer un père juridique putatif :

Cochez toutes les réponses applicables :

a) ☐ Reconnaissance officielle[6] du père juridique putatif
b) ☐ Reconnaissance officielle du père juridique putatif avec preuve du consentement de la mère juridique ou de l'enfant : précisez
c) ☐ Décision de justice établissant ou confirmant la paternité juridique
d) ☐ Déclaration sous serment du père juridique putatif affirmant qu'il est le père génétique
e) ☐ Déclaration signée du père juridique putatif affirmant qu'il est le père génétique
f) ☐ Accord signé entre la mère juridique et le père juridique putatif
g) ☐ Test d'ADN établissant un lien génétique entre le père juridique putatif et l'enfant

[6] Dans certains États anglophones, cette procédure est appelée « *recognition of paternity* » : la version anglaise de ce document emploie le terme « *acknowledgment* » pour éviter toute confusion avec le concept de droit international privé de « *recognition* ». Cette distinction n'a pas été possible en français. Voir plus loin les **questions 11** et s..

h) ☒ Autres preuves : précisez Il y a lieu de présenter les règles du droit belge relatives à l'établissement de la filiation paternelle (présomption de paternité, contestation de paternité et reconnaissance de paternité).

La législation belge connait la présomption de paternité du mari de la mère. L'enfant né pendant le mariage ou dans les 300 jours qui suivent la dissolution ou l'annulation du mariage a pour père le mari (article 315 du Code civil). Toutefois l'article 315 n'est pas applicable en cas de mariage contracté entre personnes de même sexe (article 143 du Code civil). L'enfant né dans les 300 jours après la dissolution ou l'annulation du maraige de sa mère et après le remariage de celle-ci, a pour père le nouveau mari. Si cette paternité est contestée, le précédent mari est tenu pour le père à moins que sa paternité ne soit également contestée ou que la paternité d'un tiers ne viennent à être établie (article 317 du Code civil); ces règles ne peuvent pas non plus trouver application en cas de mariage entre personnes de même sexe.

La présomption de paternité est écartée lorsqu'il ressort d'un jugement constatant la présomption d'absence que l'enfant est né plus de 300 jours après la disparition du mari (article 317 du Code civil).

Elle n'est pas applicable non plus à l'égard du précédent mari de la mère si l'enfant est né plus de 300 jours après la dissolution ou l'annulation du mariage et si la mère était déjà remariée au moment de la naissance (article 317,alinéa 1er, du Code civil), sauf hypothèse de contestation de paternité visées ci-dessus.

Enfin, sauf déclaration conjointe des parties au moment de la déclaration de naissance, la présomption de paternité n'est plus applicable, alors que les parents sont encore mariés:

- lorsque l'enfant est né plus de 300 jours après que le juge a entériné l'accord des parties concernant l'autorisation de résider séparément dans le cadre d'une procédure de divorce pour désunion irrémédiable ou après l'ordonnance du président, siégeant en référé, autorisant les époux à résider séparément, ou après le dépôt de la requête demandant le divorce par consentement mutuel (article 316 bis, 1°, du Code civil);
- lorsque l'enfant est né plus de 300 jours après la date d'inscription des époux à des adresses différentes, selon le registre de la population, le registre des étrangers ou le registre d'attente, pour autant qu'ils n'aient pas été réinscrits à la même adresse par la suite (article 316 bis, 2 °, du Code civil);
- lorsque l'enfant est né plus de 300 jours après un jugement du juge de paix prononcé en vertu de l'article 223 (mesures urgentes et provisoires lorsqu'un des époux manque gravement à ses devoirs ou lorsque l'entente entre eux est sérieusement perturbée) et autorisant les époux à résider séparément et moins de 180 jours après que cette mesure a pris fin, ou après la réunion de fait des époux (article 316 bis, 3 °, du Code civil).

A moins que l'enfant ait la possession d'état à l'égard du mari, la présomption de paternité peut être contestée (voir E.) par la mère, l'enfant, l'homme à l'égard duquel la filiation est établie et par la personne qui revendique la paternité de l'enfant (article 318, § 1er, du Code civil).

La présomption de paternité du mari est mise à néant s'il est prouvé par toutes voies de droit que l'intéressé n'est pas le père. La contestation de la présomption de paternité du mari est en outre déclarée fondée, sauf preuve contraire:

- dans les cas visés à l'article 316 bis du Code civil (différents cas où la présomption de paternité est désactivée);
- lorsque la filiation maternelle est établie par reconnaissance ou par décision judiciaire;
- lorsque l'action est introduite avant que la filiation maternelle ne soit établie (article 318, § 3, du Code civil).

La demande en contestation de la présomption de paternité n'est pas recevable si le mari a consenti à l'insémination artificielle ou à un autre acte ayant la

procréation pour but, sauf si la conception de l'enfant ne peut en être la conséquence (article 318, § 4, du Code civil).

La demande en contestation introduite par la personne qui se prétend le père biologique de l'enfant n'est fondée que si sa paternité est établie par toutes voies de droit. La décision faisant droit à cette action en contestation entraîne de plein droit l'établissement de la filiation du demandeur. Le tribunal vérifie que les conditions de l'article 332 quinquies sont respectées (action en contestation de paternité). A défaut, l'action est rejetée (article 318, §5).

La loi du 1er juillet 2006 modifiant diverses dispositions du Code civil relatives à l'établissement de la filiation et aux effets de celle-ci, établit un régime uniforme pour les reconnaissances, tant maternelles que paternelles (voir B.).

Seront exigés les consentements :

- de l'enfant majeur, du mineur émancipé, ou du mineur non émancipé s'il est âgé de plus de douze ans. Le consentement n'est pas requis de l'enfant interdit, en état de minorité prolongée ou dont le tribunal estime, en raison d'éléments de fait constatés par procès-verbal motivé, qu'il est privé de discernement ;
- du parent à l'égard duquel la filiation est établie, si l'enfant est mineur non émancipé ;
- de la mère si la reconnaissance est faite avant la naissance de l'enfant ;
- du représentant légal du mineur non émancipé si ce dernier n'a pas d'auteur connu ou lorsque celui de ses auteurs à l'égard duquel la filiation est établie est décédé ou dans l'impossibilité de manifester sa volonté (art. 329 bis du Code civil).

Si le candidat à la reconnaissance n'obtient pas les consentements exigés, il peut citer les personnes dont le consentement est requis devant le tribunal de première instance qui tentera de les concilier.

A défaut de conciliation, c'est la vérité biologique qui prime : la demande est rejetée s'il est prouvé que le demandeur n'est pas le père biologique de l'enfant.

En outre, si la demande concerne un enfant âgé de plus d'un an, le tribunal peut, en dépit de la réalité biologique, refuser la reconnaissance si elle est manifestement contraire à l'intérêt de l'enfant.

5. Quelles sont les conséquences juridiques dans le droit interne de votre État de l'inscription de personnes dans les registres de l'état civil[7] en tant que parents d'un enfant ?

a) ☐ Ces personnes sont les parents juridiques de l'enfant à toutes fins, sauf contestation du registre, et toutes les conséquences juridiques de la filiation juridique dans votre État s'ensuivront par effet de la loi (par ex. obligations alimentaires, règles de succession, règles applicables au nom de famille, etc.) :

b) ☒ Autres conséquences : précisez

Ces personnes sont les parents juridiques sauf contestation juridique de la paternité, de la maternité.

6. Des sanctions sont-elles prévues en cas de non-respect des règles relatives à l'enregistrement des naissances dans votre État : par exemple, déclaration trompeuse aux autorités sur l'identité du ou des parent(s) juridique(s) de l'enfant ?

[7] Il est reconnu qu'il existe différentes méthodes d'enregistrement des naissances (et donc de la filiation juridique) d'un État à l'autre et différentes règles applicables aux questions telles que le moment auquel l'extrait d'acte de naissance est délivré, les informations qu'il doit contenir et sa valeur probante. Veuillez donner les informations concernant les règles en vigueur dans votre État.

Les actes de l'état civil sont des actes authentiques, couverts par la force probante qui s'attache à tout acte authentique. Ils valent donc jusqu'à inscription de faux.

La législation relative à l'acte de naissance est prévue par le Code civil (articles 55 à 62 ter du Code civil et article 312 du Code civil). Les articles 361 à 363 du Code pénal sont relatifs aux crimes et délits tendant à empêcher ou à détruire la preuve de l'état civil de l'enfant. Enfin, l'article 361 du Code pénal punit d'un emprisonnement de huit jours à trois mois, et d'une amende de 26 euros à 200 euros (multipliés par 6 en vertu de l'article 1er de la loi du 5 mars 1952 relative aux décimes additionnels sur les amendes pénales) ou de l'une de ces peines seulement, toute personne qui tenue de déclarer la naissance d'un enfant ne l'aura pas fait et toute personne qui tenue d'informer l'officier de l'état civil n'aura pas donné l'avis conformément aux articles 55 et 56 du Code civil.

La rédaction et la communication de l'acte sont soumises à un régime de publicité propre, et sont strictement réglementées. Il en est de même du contrôle et de la vérification des registres.

Ainsi, les registres qui contiennent les actes font l'objet de vérification.
Conformément à l'article 125 de la Nouvelle loi communale, il appartient au bourgmestre ou à l'échevin délégué à cet effet, de remplir les fonctions d'officier de l'état civil et de faire observer les règles concernant les actes et la tenue des registres.
Le collège échevinal peut vérifier les registres chaque fois qu'il le souhaite (article 125 de la loi précitée) et veille à la garde des registres de l'état civil (article 132 de la loi précitée).
Le commissaire d'arrondissement est tenu de prendre inspection dans la commune des registres de l'état civil au moins une fois par an.
Le contrôle effectué par le procureur du Roi est le plus efficace (article 53 du Code civil).
Le procureur du Roi près le tribunal de première instance vérifie l'état des registres lors du dépôt qui en est fait au greffe. Il dénonce les délits et contraventions commis par les officiers de l'état civil et requiert contre eux la condamnation aux amendes. S'il n'y a pas de poursuites, les observations sont adressées au Procureur Général qui les notifie aux gouverneurs de la province et au Ministre de la Justice.
En dehors de ces contrôles, les organes de l'autorité sont habilités en vertu de leur pouvoir hiérarchique à donner aux fonctionnaires subalternes de leurs services des instructions sur la manière dont les lois et arrêtés doivent selon eux être appliqués et interprétés. L'autorité peut également donner une ligne de conduite ou des indications. Elle peut prendre des circulaires interprétatives ou indicatives.
Dans le cadre de l'organisation de l'état civil, le Ministre de la Justice adresse de telles circulaires aux procureurs généraux en les priant de bien vouloir porter le contenu de ces circulaires à la connaissance des procureurs du Roi et des officiers de l'état civil de leur ressort. Il faut préciser que, sur le territoire de sa commune, l'officier de l'état civil agit en toute liberté dans l'exercice de ses fonctions, sous sa responsabilité personnelle. L'article 164 de la Constitution prévoit en effet que « la rédaction des actes de l'état civil et la tenue des registres sont exclusivement dans les attributions des autorités communales». L'officier de l'état civil ne relève que de la loi ou, en cas de conflit, des tribunaux.

Déclarations frauduleuses
Quand la naissance survient conformément à l'article 56 du Code civil, l'officier de l'état civil est avisé du nom de la mère qui a accouché de l'enfant et de la naissance de l'enfant dans la commune. L'indication du nom de la mère dans l'acte de naissance est obligatoire et elle suffit à établir la filiation maternelle. La déclaration de naissance doit alors être effectuée par le déclarant conformément à l'article 56 du Code civil. Les documents en appui sont l'avis de l'accouchement, le modèle I et la carte d'identité.

Lors de la déclaration, cependant, l'officier de l'état civil va identifier les parents sur base des documents d'identité et il n'y a jamais d'absolue certitude que les parents qui viennent faire la déclaration et sont identifiés sur base de leur carte d'identité ou de leur passeport sont bien les parents de l'enfant qui est né. Si les données ne correspondent pas à celles du modèle I, les différences pourraient passer inaperçues.

Le personnel médical doit faire preuve d'une prudence particulière et être attentif. L'officier de l'état civil peut dépêcher un médecin en cas de doute, par exemple si aucun professionnel médical n'était présent lors d'un accouchement. Dans certains cas, il peut être fait appel au parquet (par exemple pour prise d'empreinte digitale en cas de doute), ou l'officier de l'état civil peut demander des informations complémentaires à l'Office des étrangers.
Il y a eu des cas de fraude à la carte SIS, en milieu hospitalier, notamment dans un cas de gestation pour autrui. Cette carte strictement personnelle est attribuée en Belgique à tout assuré social pour bénéficier de l'assurance maladie invalidité. Il s'agit plus précisément d'une carte à puce du système d'information sociale qui permet de justifier des droits du titulaire de la carte à la couverture par un organisme de sécurité sociale des dépenses de santé. Cette carte nominative reprend le numéro du registre national de l'intéressé mais ne comprend pas de photo. Dans un cas d'espèce, la mère porteuse avait fourni la carte SIS de la mère qui voulait l'enfant et l'hôpital s'en était contenté sans réclamer la carte d'identité de la mère. Or, les hôpitaux sont tenus de réclamer la carte d'identité (rapport au Roi – point 2.3.1.d - de l'arrêté royal du 22 février 1998 portant des mesures d'exécution de la carte d'identité sociale – Moniteur belge du 13 mars 1998), dans le sens où ils sont implicitement tenus d'utiliser les données d'identification telles que figurant sur la carte d'un assuré social qu'ils doivent identifier. Des sanctions pénales étaient également prévues par l'arrêté royal précité, article 8 et les articles 38, 40, 41 et 49 de la loi du 26 juillet 1996 portant modernisation de la sécurité sociale et assurant la viabilité des régimes légaux des pensions.
Actuellement, la réglementation relative à la carte SIS est en phase de modification et l'on se dirige vers une suppression progressive de la carte SIS en ce qui concerne l'identification. A partir du 1er janvier 2014, l'identification du patient, assuré social, sera exclusivement réalisée par le biais de la carte d'identité électronique en lieu et place de la carte SIS. Dans la mesure où la carte d'identité contient une photo, l'identification visuelle de l'assuré social en sera facilitée. Des mesures particulières seront également prévues pour les personnes qui ne peuvent disposer d'un titre d'identité électronique et qui disposent d'une couverture sociale pour se faire soigner en Belgique.
Pour de plus amples informations à ce sujet, il y a lieu de s'adresser au Département compétent
(http://www.kszbcss.fgov.be/fr/bcss/page/content/websites/belgium/services/service_citizen/sis/sisproject/sisproject_10.html).

7. Une femme peut-elle accoucher sous couvert d'anonymat dans votre État ?

☐ Oui
☒ Non

Si oui, expliquez les règles applicables dans cette situation et indiquez ce qui figurera sur l'acte de naissance ou l'extrait d'acte de naissance de l'enfant[8] :

[8] Dans ce document, l'« acte de naissance » désigne les informations relatives à la naissance de l'enfant (y compris la filiation juridique) qui sont conservées dans les registres de l'autorité d'État compétente (habituellement un registre de l'état civil). Le terme « extrait d'acte de naissance » désigne *l'extrait* d'acte de naissance qui est habituellement délivré au(x) parent(s) juridique(s). Dans certains États, les informations portées dans l'acte de naissance sont complètes (par ex., si l'enfant a été adopté, l'acte de naissance identifie

**B. <u>Établissement de la filiation juridique</u>**

8. Qui, à la naissance d'un enfant, est la mère juridique *par effet de la loi* dans votre État (c-à-d. sans qu'une femme ait à accomplir de formalités pour établir sa maternité juridique) ?

   a) ☒ La femme qui accouche de l'enfant
   b) ☐ La mère génétique (c-à-d., la femme dont les gamètes (ovocytes) ont créé l'enfant)
   c) ☐ Il n'y a pas de mère juridique *par effet de la loi* : expliquez
   d) ☐ Autres cas : précisez

9. Qui, à la naissance d'un enfant, est le père juridique *par effet de la loi* dans votre État (c-à-d., sans qu'un homme ait à accomplir de formalités pour établir sa paternité juridique) ?

   a) ☒ Le mari de la femme qui a accouché est *présumé* être le père juridique
   b) ☐ Le partenaire masculin de la femme qui a accouché est *présumé* être le père juridique – indiquez les conditions éventuelles (par ex. le couple doit cohabiter, etc.) :
   c) ☐ Le père génétique (c-à-d. l'homme dont les gamètes (spermatozoïdes) ont créé l'enfant)
   d) ☐ Il n'y a pas de père juridique *par effet de la loi* : expliquez
   e) ☒ Autres cas : précisez Il y a lieu de se reporter au point 4.h. pour les informations relatives à la présomption de paternité.

   Si des présomptions légales opèrent dans votre État, indiquez s'il est possible de les combattre et dans quelles circonstances : Il y a lieu de se reporter au point 4.h. pour les développements à ce sujet.

10. a) Est-il possible de présenter aux autorités compétentes de votre État une demande non contentieuse (c-à-d. non contestée) de décision (parfois appelée « déclaration ») établissant ou confirmant la filiation juridique d'un enfant ?

   ☒ Oui – passez à la **question 10 b)**.
   ☐ Non – passez à la **question 11**.

   b) À quelles autorités publiques cette demande doit-elle être adressée ?

      i. ☒ L'autorité chargée de l'enregistrement des naissances (voir **question 1** ci-dessus)
      ii. ☐ Les autorités judiciaires (les tribunaux) : précisez
      iii. ☐ D'autres autorités administratives : précisez
      iv. ☒ Autres : précisez L'article 327 du Code civil dispose que la reconnaissance peut être faite par un acte authentique, à l'exclusion du testament lorsqu'elle n'a pas été faite dans l'acte de naissance. La demande peut donc également être adressée à un notaire et la reconnaissance peut être faite par acte notarié.

   c) Qui peut présenter cette demande ?

      i. ☐ Seules les personnes actuellement considérées comme la mère ou le père juridique, ou bien l'enfant
      ii. ☐ Toute personne qui prétend être la mère ou le père juridique d'un enfant

---

le(s) parent(s) biologique(s)), tandis que l'extrait d'acte de naissance ne contiendra qu'une partie de ces informations. Voir aussi *ibid.*

iii. ☐ Toute personne à laquelle les autorités publiques reconnaissent un intérêt suffisant pour agir : expliquez sur quels critères se fondent les autorités :
iv. ☐ Toute personne
v. ☒ Autres situations : précisez Il y a lieu de se reporter à la question 4.h. pour les développements à ce sujet.

d) Y a-t-il un délai pour présenter cette demande ?

☐ Oui, précisez :
☐ Non
☒ Dans certains cas : expliquez En ce qui concerne la reconnaissance de paternité, la reconnaissance n'étant pas un acte judiciaire, elle n'est soumise à aucun délai. Il y a lieu de se reporter aux développements relatifs à la reconnaissance de paternité.

11. Dans votre État, un père juridique putatif peut-il « reconnaître volontairement »[9] sa paternité juridique (si elle n'est pas acquise par effet de la loi – voir **question 9** ci-dessus) ?

☒ Oui
☐ Non

[9] Voir note 6 ci-dessus.

Si oui, expliquez (1) s'il existe des restrictions applicables à l'individu susceptible d'effectuer cette reconnaissance (l'homme doit être le père génétique, il doit avoir un âge minimum, etc.), (2) la procédure à suivre pour effectuer cette reconnaissance et (3) si le consentement de la mère ou celui de l'enfant sont nécessaires :

Lorsque la paternité n'est pas établie en vertu des articles 315 ou 317, le père peut reconnaître l'enfant aux conditions fixées à l'article 329bis (article 319 du code civil et développements sous la question 4.h.).

Si le père est marié et reconnaît un enfant conçu par une femme autre que son épouse, la reconnaissance doit être portée à la connaissance de l'époux ou de l'épouse (article 319 bis du Code civil).
A cet effet, si l'acte de reconnaissance est reçu par un officier de l'état civil belge ou par un notaire belge, une copie de l'acte est envoyée par lettre recommandée à la poste par celui-ci. Si l'acte n'est pas reçu par un officier de l'état civil belge ou par un notaire belge, il est signifié par exploit d'huissier à la requête du père, de l'enfant ou du représentant légal de ce dernier.
Jusqu'à cette communication, la reconnaissance est inopposable à l'époux ou à l'épouse, aux enfants nés de son mariage avec l'auteur de la reconnaissance et aux enfants adoptés par les deux époux.

Le père ne peut reconnaître l'enfant lorsque la reconnaissance ferait apparaître entre lui et la mère un empêchement à mariage dont le Roi ne peut dispenser à moins que le mariage qui a fait naître cet empêchement ait été annulé ou dissous par décès ou divorce (article 321 du Code civil).

Indiquez en particulier si un individu peut reconnaître sa paternité juridique auprès de représentants des autorités de votre État dans un autre pays (habituellement au consulat ou à l'ambassade dans cet État). Expliquez la procédure et indiquez si des conditions sont prévues :

L'article 2 de la loi du 12 juillet 1931 relative à certains actes de l'état civil et à la compétence des agents diplomatiques et consulaires en matière d'état civil précise que les consuls généraux , consuls et vice-consuls chefs de poste exercent, en ce qui concernent les citoyens belges, les fonctions d'officier de l'état civil, conformément aux lois belges sur la matière:
[A Dans les pays de capitulations;]
B Dans tout autre pays, si ces fonctions leur ont été spécialement conférées par le Ministre des Affaires étrangères.

En ce qui concerne les actes de reconnaissance d'enfants, l'article 6 de la loi précitée du 12 juillet 1931 (tel que modifié par la loi du 31 mars 1987) dispose que les actes de reconnaissance d'enfants pourront être reçus par les agents diplomatiques chefs de poste, ainsi que par les agents du corps consulaire auxquels les fonctions d'officier de l'état civil sont conférées conformément à l'article 2 de la loi précitée, quels que soient la nationalité et l'âge des enfants, à la condition qu'ils soient souscrits par des citoyens belges.

12. Dans votre État, une mère juridique putative peut-elle « reconnaître volontairement » sa maternité juridique ?

☒ Oui
☐ Non
☐ Sans objet – la maternité juridique est toujours acquise par effet de la loi (voir **question 8** ci-dessus).

Si oui, expliquez (1) s'il existe des restrictions applicables à la personne susceptible d'effectuer cette reconnaissance (c-à-d., la femme doit être la mère génétique, elle

doit avoir un âge minimum, etc.), (2) la procédure à suivre pour effectuer cette reconnaissance et (3) si le consentement d'autres personnes est nécessaire :

Conformément à l'article 312 du Code civil, l'enfant a pour mère la personne qui est désignée comme telle dans l'acte de naissance. Sauf si l'enfant a la possession d'état à l'égard de la mère, la filiation maternelle peut être contestée par toutes voies de droit, dans l'année de la découverte du caractère mensonger de la filiation maternelle, par le père, l'enfant, la femme à l'égard de laquelle la filiation est établie et par la personne qui revendique la maternité de l'enfant.

Si le nom de la mère n'est pas mentionné dans l'acte de naissance ou à défaut de cet acte, elle peut reconnaître l'enfant aux conditions fixées par l'article 329 bis du Code civil (article 313, § 1er, du Code civil).

L'article 329 bis du Code civil dispose ce qui suit.
§1er. La reconnaissance de l'enfant majeur ou mineur émancipé n'est recevable que moyennant son consentement préalable.
§2. Si l'enfant est mineur non émancipé, la reconnaissance n'est recevable que moyennant le consentement préalable du parent à l'égard duquel la filiation est établie, ou de la mère si la reconnaissance est faite avant la naissance de l'enfant.
Est en outre requis, le consentement préalable de l'enfant s'il a douze ans accomplis. Ce consentement n'est pas requis de l'enfant interdit, en état de minorité prolongée ou dont le tribunal estime, en raison d'éléments de fait constatés par procès-verbal motivé, qu'il est privé de discernement.
A défaut de ces consentements, le candidat à la reconnaissance cite les personnes dont le consentement est requis devant le tribunal. Les parties sont entendues en chambre du conseil. Le tribunal tente de les concilier. S'il concilie les parties, le tribunal reçoit les consentements nécessaires. A défaut de conciliation, la demande est rejetée s'il est prouvé que le demandeur n'est pas le père ou la mère biologique. Lorsque la demande concerne un enfant âgé d'un an ou plus au moment de l'introduction de la demande, le tribunal peut en outre refuser la reconnaissance si elle est manifestement contraire à l'intérêt de l'enfant.
Si une action publique est intentée contre le candidat à la reconnaissance, du chef d'un fait visé à l'article 375 du Code pénal, commis sur la personne de la mère pendant la période légale de conception, la reconnaissance ne peut avoir lieu et le délai d'un an visé à l'alinéa 4 est suspendu jusqu'à ce que la décision sur l'action publique soit coulée en force de chose jugée. Si le candidat à la reconnaissance est reconnu coupable de ce chef, la reconnaissance ne peut avoir lieu et la demande d'autorisation de reconnaissance est rejetée.
§ 3. Si l'enfant est mineur non émancipé et n'a pas d'auteur connu, ou que celui de ses auteurs à l'égard duquel la filiation est établie est décédé ou dans l'impossibilité de manifester sa volonté, l'officier de l'état civil doit notifier une copie littérale de la reconnaissance au représentant légal de l'enfant et à l'enfant lui-même, s'il a douze ans accomplis, à moins que ceux-ci n'aient préalablement consenti à la reconnaissance.
Si la reconnaissance n'a pas été reçue par un officier de l'état civil belge, elle doit, à la requête de son auteur, être signifiée aux personnes désignées à l'alinéa 1er.
Dans les six mois de la signification ou de la notification, les personnes auxquelles elle a été faite peuvent, par citation, demander au tribunal du domicile de l'enfant d'annuler la reconnaissance.
Le greffier informe immédiatement de cette demande l'officier de l'état civil ou l'officier ministériel qui a établi l'acte de reconnaissance.
Les parties entendues, le tribunal statue sur l'action en nullité. II annule la reconnaissance s'il est prouvé que la partie défenderesse n'est pas le père ou la mère biologique. En outre, il annule la reconnaissance si elle est manifestement contraire à l'intérêt de l'enfant lorsque celui-ci est âgé d'un an ou plus au moment de l'introduction de la demande.

L'alinéa 4 du § 2 (cfr. ci-dessus) est applicable par analogie. Jusqu'à l'expiration du délai de six mois ou jusqu'à ce que la décision de débouté soit passée en force de chose jugée, la reconnaissance est inopposable à l'enfant et à son représentant légal, lesquels pourront néanmoins s'en prévaloir.

Indiquez en particulier si une personne peut reconnaître sa maternité juridique auprès des représentants de votre État dans un autre pays (habituellement au consulat ou à l'ambassade dans cet État). Expliquez la procédure et indiquez si des conditions sont prévues :

L'article 2 de la loi du 12 juillet 1931 relative à certains actes de l'état civil et à la compétence des agents diplomatiques et consulaires en matière d'état civil précise que les consuls généraux , consuls et vice-consuls chefs de poste exercent, en ce qui concernent les citoyens belges, les fonctions d'officier de l'état civil, conformément aux lois belges sur la matière:
[A Dans les pays de capitulations;]
B Dans tout autre pays, si ces fonctions leur ont été spécialement conférées par le Ministre des Affaires étrangères.

En ce qui concerne les actes de reconnaissance d'enfants, l'article 6 de la loi précitée du 12 juillet 1931 (tel que modifié par la loi du 31 mars 1987) dispose que les actes de reconnaissance d'enfants pourront être reçus par les agents diplomatiques chefs de poste, ainsi que par les agents du corps consulaire auxquels les fonctions d'officier de l'état civil sont conférées conformément à l'article 2 de la loi précitée, quels que soient la nationalité et l'âge des enfants, à la condition qu'ils soient souscrits par des citoyens belges.

Les dispositions légales belges précitées relatives à la reconnaissance sont applicables.

13. Indiquez les conséquences juridiques dans votre État d'une « reconnaissance volontaire » de la filiation juridique :

a) ☒ Une fois la reconnaissance authentifiée par les autorités publiques, l'auteur de la reconnaissance est considéré comme le père ou la mère juridique de l'enfant à toutes fins
b) ☐ La reconnaissance n'est qu'une déclaration de l'auteur quant à sa parenté juridique et ne dit pas si l'État l'accepte ou non
c) ☐ Autre situation : précisez

14. La filiation juridique peut-elle être établie par convention entre les parents putatifs ?

☐ Oui
☒ Non

Si oui, expliquez la procédure à suivre et précisez les restrictions éventuellement applicables :

15. Dans votre État, deux personnes de même sexe peuvent-elles être les parents juridiques d'un enfant ?

☒ Oui
☐ Non

Si oui, indiquez les mécanismes juridiques qui le permettent. Cochez toutes les réponses applicables et expliquez brièvement les règles et la procédure. Cette situation peut naître :

a) ☐ Par effet de la loi :
b) ☐ Par décision d'un tribunal ou d'une autre autorité publique :
c) ☒ Par adoption : L'adoption est réglée par les articles 343 à 368-8 du Code civil.
d) ☐ Autres cas :

## C. Établissement de la filiation juridique dans le contexte de la procréation médicalement assistée (« PMA »)[10] [11]

16. La PMA est-elle autorisée dans votre État ?

☐ Oui, toutes les formes de PMA sont autorisées
☒ Oui, mais il existe des restrictions aux services qui peuvent être proposés et aux personnes qui peuvent en bénéficier : précisez

La loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement (Moniteur belge du 17 juillet 2007) définit ce que l'on entend par procréation médicalement assistée.

Il s'agit d'un ensemble de modalités et conditions d'application des nouvelles techniques médicales d'assistance à la reproduction dans lesquelles est réalisée :

1° soit une insémination artificielle,

2° soit une des techniques de fécondation in vitro, c'est-à-dire des techniques dans lesquelles il est, à un moment du processus, donné accès à l'ovocyte et/ou à l'embryon.

L'article 3 de la loi précitée précise que (sans préjudice de l'application de l'arrêté royal du 15 février 1999 fixant les normes auxquelles les programmes de soins " médecine de la reproduction " doivent répondre pour être agréés) les activités de fécondation in vitro et de cryoconservation d'embryons, de gamètes, de gonades et fragments de gonades ne peuvent être réalisées que dans les centres de fécondation.

En ce qui concerne les restrictions, l'article 4 de la loi du 6 juillet 2007 précise que le prélèvement de gamètes est ouvert aux femmes majeures, âgées de 45 ans maximum.

La demande d'implantation d'embryons ou d'insémination de gamètes est ouverte aux femmes majeures, âgées de 45 ans maximum.

L'implantation d'embryons ou l'insémination de gamètes ne peut être effectuée chez la femme majeure, âgée de plus de 47 ans.

Par dérogation à l'alinéa 1er, le prélèvement pour cryoconservation de gamètes, d'embryons surnuméraires, de gonades ou fragments de gonades peut être effectué, sur indication médicale, chez un mineur.

Enfin, l'article 5 de la loi précitée dispose que les centres de fécondation font preuve de la plus grande transparence quant à leurs options en ce qui concerne l'accessibilité au traitement; ils ont la liberté d'invoquer la clause de conscience à l'égard des demandes qui leur sont adressées.

Les centres de fécondation doivent avertir le ou les demandeurs de leur refus de donner suite à la demande, et ce dans le mois qui suit la décision du médecin consulté.

Ce refus est formulé par écrit et indique obligatoirement :

1° soit les raisons médicales du refus;

2° soit l'invocation de la clause de conscience prévue;

3° dans le cas où le ou les demandeurs en ont exprimé le souhait, les coordonnées d'un autre centre de fécondation auquel ils peuvent s'adresser.

---

[10] Dans ce document, le terme « procréation médicalement assistée » (« PMA ») est employé au sens large pour désigner toute technique de conception impliquant des moyens en tout ou partie artificiels pratiquée par une clinique ou un établissement médical / de santé ; deux des méthodes les plus courantes sont l'insémination artificielle et la fécondation *in vitro*. Des gamètes (ovocytes et spermatozoïdes) donnés peuvent être utilisés mais ce n'est pas toujours nécessaire. Dans ce document, le terme « PMA » ne désigne pas les méthodes de conception « maison » sans rapports sexuels, c-à-d. les procédures ne faisant pas appel à des tiers.

[11] NB : les conventions de maternité de substitution sont traitées plus loin à la **section D**.

☐ Non, toutes les formes de PMA sont totalement interdites – **passez à la Section D.**
☐ Autres : précisez

17. Le recours à la PMA est-il encadré dans votre État ?

☒ Oui, la loi encadre le recours à la PMA : expliquez brièvement

Le centre consulté doit donner une information préalable aux parties intéressées et leur fournir un accompagnement psychologique. Ils signent ensemble une convention.

Si le centre de fécondation consulté décide de donner suite à la demande de procréation médicalement assistée, il vérifie pour les cas où cela s'indique, préalablement à la signature de la convention, que les causes de la stérilité, de l'infertilité ou de l'hypofertilité de la demandeuse ou du couple demandeur ont été déterminées et traitées conformément aux données acquises de la science et aux usages de la profession.
Cette vérification effectuée, le centre de fécondation consulté doit obligatoirement :
1° fournir aux parties intéressées une information loyale sur la procréation médicalement assistée;
2° fournir aux parties intéressées un accompagnement psychologique avant et au cours du processus de procréation médicalement assistée (article 6 de la loi du 6 juillet 2007).

Préalablement à toute démarche médicale relative à la procréation médicalement assistée, le ou les auteurs du projet parental et le centre de fécondation consulté établissent une convention.
La convention mentionne les informations relatives à l'identité, l'âge et l'adresse du ou des auteurs du projet parental et les coordonnées du centre de fécondation consulté.
Lorsqu'il s'agit d'un couple, la convention est signée par les deux auteurs du projet parental.
La convention est rédigée en deux exemplaires, l'un destiné au centre de fécondation, l'autre à l'auteur ou aux auteurs du projet parental (article 7 de la loi du 6 juillet 2007).

Les instructions du ou des auteurs du projet parental peuvent être modifiées jusqu'à l'accomplissement de la dernière instruction donnée, sous réserve de l'expiration du délai de conservation des gamètes ou des embryons surnuméraires.
Ces modifications font l'objet d'un document écrit, signé par toutes les parties signataires à la convention précitée.
Lorsqu'il s'agit d'un couple, ces modifications doivent être faites de commun accord et le document écrit visé à l'alinéa précédent est signé par les deux auteurs du projet parental (article 8 de la loi du 6 juillet 2007).

☐ Oui, il existe des règles ou des « codes de pratiques » concernant le recours à la PMA qui émanent des organismes de réglementation médicale :
expliquez brièvement
☐ Non, il n'existe aucune règle – **passez à la question 19**
☐ Autres : précisez

18. Si le recours à la PMA est encadré dans votre État, indiquez si la loi ou les règles visent les aspects suivants (cochez toutes les réponses applicables et donnez une brève explication) :

a) ☐ Qui peut recourir à la PMA (situation de famille ; conditions d'âge ou de santé ; conditions de nationalité / de résidence, etc.) :
b) ☒ Qui peut proposer des prestations de PMA : Les centres agréés de fécondation.

c) ☒ La réglementation des établissements, médicaux ou non, qui proposent des prestations de PMA (c-à-d., l'agrément des cliniques ou des hôpitaux) : Pour être agréés, les centres de fécondation doivent répondre aux normes des programmes de soins "médecine de la reproduction".
d) ☒ Les prestations de PMA qui peuvent être fournies : Cfr. réponse à la question 16
e) ☐ Si le don d'ovocytes est autorisé et si oui, sous quelles conditions :
f) ☐ Si le don de spermatozoïdes est autorisé et si oui, sous quelles conditions :
g) ☐ Le coût de la PMA (y compris le montant payé aux donneurs de gamètes) :
h) ☒ L'anonymat des donneurs de gamètes : Lorsque les gamètes sont affectés à un programme de don, le centre de fécondation consulté est tenu de rendre inaccessible toute donnée permettant l'identification du donneur. Le don non anonyme résultant d'un accord entre le donneur et le ou les receveurs est autorisé.
Toute personne travaillant pour ou dans un centre de fécondation, qui prend connaissance, de quelque manière que ce soit, d'informations permettant d'identifier des donneurs de gamètes est tenue au secret professionnel et est passible de sanctions conformément à l'article 458 du Code pénal (art. 57 de la loi du 6 juillet 2007).

i) ☐ Le droit de l'enfant de connaître ses origines génétiques ou celles de sa naissance :
j) ☐ La filiation juridique des enfants nés par suite d'une PMA (voir aussi les **questions 19 à 22** ci-dessous)
k) ☐ Autres aspects : précisez

19. Expliquez les conséquences de la PMA pour la *maternité* juridique acquise *par effet de la loi* :

a) ☒ La femme qui accouche de l'enfant sera toujours considérée comme sa mère juridique, qu'une PMA soit ou non à l'origine de la naissance
b) ☐ Autres conséquences : précisez

Indiquez si la situation ci-dessus résulte de la législation, de la réglementation, de la jurisprudence ou d'autres sources du droit : En Belgique, la maternité est fondée sur l'accouchement en vertu de principe "Mater semper certa est". L'article 312, § 1er, du Code civil dispose que l'enfant a pour mère, la personne qui est désignée comme telle dans l'acte de naissance.

20. Expliquez les conséquences de la PMA pour la *paternité* juridique acquise *par effet de la loi* :

Cochez toutes les cases applicables :
a) ☒ Le mari de la femme qui a accouché par suite d'une PMA est le père juridique de l'enfant : indiquez s'il doit avoir formellement consenti au traitement
L'enfant né pendant le mariage ou dans les 300 jours qui suivent la dissolution ou l'annulation du mariage a pour père le mari (présomption de paternité du mari de la mère inscrite à l'article 315 du Code civil). La loi du 7 juillet 2007 prévoit que lorsqu'il s'agit d'un couple, la convention est signée par les deux auteurs du projet parental. Par auteur du projet parental, elle entend "toute personne ayant pris la décision de devenir parent par le biais d'une procréation médicalement asistée, qu'elle soit effectuée ou non au départ de ses propres gamètes ou embryons. Elle n'assimile donc pas parent (personne qui a établi ou établira un lien de filiation avec l'enfant) avec "auteur de projet parental".
En ce qui concerne la filiation, ce sont les règles du Code civil qui s'appliquent.
Le Code civil ne précise pas davantage si le "mari" doit avoir formellement consenti à l'insémination artificielle. Cependant, l'article 318, § 4, du Code civil prévoit

que la demande en contestation de la présomption de paternité n'est pas recevable si le mari a consenti à l'insemination articifielle ou à un autre acte ayant la procréation pour but, sauf si la conception de l'enfant ne peut en être la conséquence.

b) ☒ Le partenaire masculin de la femme qui a accouché à la suite d'une PMA est le père juridique de l'enfant : indiquez s'il doit avoir formellement consenti au traitement cfr. point a) ci-dessus.

c) ☐ Le père génétique sera toujours le père juridique :

d) ☒ Autres conséquences : précisez Conformément à ce qui a été précisé au point a) et supra, les règles normales de la filiation s'appliquent (présomption de paternité, reconnaissance, contestation de paternité).

Indiquez si la situation ci-dessus résulte de la législation, de la réglementation, de la jurisprudence ou d'autres sources du droit : La situation résulte des dispositions légales évoquées.

21. Indiquez si les donneurs de gamètes sont toujours considérés comme les parents juridiques d'un enfant né par suite d'une PMA :

Non. Pour la mère, la mère est la personne qui est désignée comme telle dans l'acte de naissance. Le père est le mari de la mère (sauf si la présomption de paternité tombe) ou la personne qui reconnait l'enfant. Les dispositions légales relatives à la filiation paternelle s'appliquent.

22. Si votre État autorise les couples homosexuels à recourir à la PMA, indiquez les conséquences pour la filiation juridique d'un enfant né d'un couple homosexuel qui a recouru à la PMA pour concevoir un enfant :

Si le mariage a été contracté entre des personnes de même sexe, la présomption de paternité de l'article 315 du Code civil tombe. L'enfant né d'une femme aura pour mère la personne qui est désignée comme telle dans l'acte de naissance. Seule l'adoption est ouverte aux couples homosexuels.

23. Des informations sont-elles disponibles sur le nombre de procédures de PMA entreprises chaque année dans votre État et sur le nombre d'enfants nés par suite de ces procédures ?

☐ Oui : joignez les informations ou indiquez le lien vers le site sur lequel elles sont disponibles
☒ Non
☒ Autres : précisez Pas à notre connaissance

## D. <u>Conventions de maternité de substitution</u>

***Encadrement de la maternité de substitution***

24. Votre État autorise-t-il les conventions de maternité de substitution ?

a) ☐ Oui, *toutes* les conventions de maternité de substitution sont autorisées :
   i ☐ Expressément par une loi ou un règlement : précisez
   ii ☐ Par défaut, parce que la maternité de substitution n'est pas encadrée par le droit interne. Passez à la **question 26**.

b) ☐ Non, la loi interdit expressément toutes les formes de maternité de substitution : précisez, en indiquant les sanctions éventuelles en cas de violation de cette interdiction :
Passez à la **question 26**.

c) ☐ Cela dépend de la nature de la convention de maternité de substitution (par ex. : les conventions à caractère commercial sont interdites) :
précisez

d) ☒ Autres : précisez

En Belgique, la loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes autorise le projet parental d'un couple ou de « toute personne ayant pris la décision de devenir parent par le biais d'une procréation médicalement assistée, qu'elle soit effectuée ou non au départ de ses propres gamètes ou embryons ».

La loi belge ne vise pas les maternités de substitution, de sorte qu'il n'y a pas de prohibition expresse. Cependant, selon une nette majorité de la doctrine, un contrat de gestation pour le compte d'autrui serait contraire aux articles 6 et 1128 du Code civil. L'article 6 interdit de déroger par convention privée aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs, et l'article 1128 prévoit que seules les choses qui sont dans le commerce peuvent faire l'objet de conventions, ce qui n'est pas le cas des gamètes, des embryons ou des fonctions reproductrices d'une femme.

L'illicéité des contrats de mère porteuse pourrait reposer sur plusieurs considérations : le défaut de consentement éclairé de la gestatrice et la contrariété aux principes d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes. En conséquence, le contrat serait entaché d'une cause de nullité absolue et corrélativement, il ne pourrait pas donner lieu à exécution forcée, ni pour ce qui touche à la remise de l'enfant au couple commanditaire, ni pour ce qui tient au paiement de la rémunération promise à la mère porteuse.

Pourtant, en l'absence de loi, la jurisprudence est nuancée. Parmi les décisions rendues par des juridictions du fond, on peut distinguer deux tendances et elles répondent à des préoccupations opposées: d'une part, veiller au respect des articles 6, 1128 et 1131 du Code civil; d'autre part, préserver l'intérêt de l'enfant conçu et né en de telles circonstances.

Donnez ici toute autre précision nécessaire : /

25. Si votre État s'est doté de lois ou de règlements autorisant certaines conventions de maternité de substitution :

a) Les parties à une convention de maternité de substitution doivent-elles faire autoriser la convention par l'État *avant* la conception ?

☐ Oui, l'autorisation préalable des autorités compétentes est nécessaire. Expliquez la procédure :
☐ Non, aucune autorisation préalable n'est nécessaire – les règlements n'encadrent que la filiation juridique après la naissance de l'enfant. Expliquez la procédure :
☐ Autres cas : précisez

b) Indiquez si les règlements ou les lois visent les aspects suivants de la convention de maternité de substitution :

Cochez toutes les réponses applicables :

i. ☐ Les personnes qui peuvent être des parents d'intention[12] dans le cadre d'une convention, notamment :
   a. ☐ Conditions de nationalité, de domicile ou de résidence[13] : précisez
   b. ☐ Situation maritale ou autre situation familiale :

[12] Veuillez noter que dans un objectif de simplicité, ce document fait systématiquement référence aux parents d'intention au pluriel. Il est toutefois entendu que dans certains États et dans certaines circonstances, des personnes célibataires peuvent conclure une convention de maternité de substitution. Nous vous remercions de préciser ce qu'il en est dans vos réponses.

[13] Voir les **Parties II** et **III** ci-dessous pour les questions portant respectivement sur les règles de droit international privé concernant la filiation juridique et sur les conventions de maternité de substitution à caractère international.

c. ☐ Conditions d'âge :
d. ☐ Conditions de santé :
e. ☐ Conditions psychosociales :
f. ☐ Autres aspects :

ii. ☐ Les personnes qui peuvent être mère porteuse :
a. ☐ Conditions de nationalité, de domicile ou de résidence[14] : précisez
b. ☐ Situation maritale ou autre situation familiale :
c. ☐ Conditions d'âge :
d. ☐ Conditions de santé :
e. ☐ Conditions psychosociales :
f. ☐ La mère porteuse doit déjà avoir ses propres enfants :
g. ☐ Autres aspects :

iii. ☐ Les types de conventions de maternité de substitution autorisés, par exemple, conventions de procréation pour autrui ou de gestation pour autrui[15], etc. : précisez

iv. ☐ Le type de clinique ou d'établissement médical pouvant faciliter une convention de maternité de substitution (lorsqu'une intervention médicale est nécessaire pour le type de convention de maternité de substitution visé) et le niveau de rémunération financière qui peut être accordé pour ces services : précisez

v. ☐ Les autres organismes ou personnes pouvant faciliter une convention de maternité de substitution (par ex. en jouant un rôle d'intermédiaire et en s'acquittant de tâches telles que l'insertion de publicités pour des mères porteuses, l'« appariement » des mères porteuses avec les parents d'intention, l'organisation de certains aspects des conventions pour les parents d'intention, etc.) et si ces organismes ou personnes peuvent être financièrement rémunérés pour leurs services : précisez

vi. ☐ La rémunération financière de la mère porteuse :
a. ☐ Aucune rémunération financière n'est autorisée
b. ☐ Seuls des frais raisonnables peuvent être payés ; dans ce cas, indiquez si les lois ou les règlements définissent ce qui constitue des « frais raisonnables »
c. ☐ Une rémunération supérieure aux frais raisonnables est autorisée : précisez ce qui est autorisé exactement

vii. ☐ La possibilité de procéder à l'exécution forcée d'une convention de maternité de substitution : précisez

viii. ☐ Les personnes qui peuvent prendre des décisions concernant la grossesse (par ex. s'il y a lieu de pratiquer un avortement dans certains cas, le traitement médical à suivre en cas de problème, etc.) : précisez

ix. ☐ La filiation juridique de l'enfant après sa naissance (voir aussi plus loin les **questions 26 à 30**) :

x. ☐ Autres aspects : précisez

---

[14] Voir les **Parties II** et **III** ci-dessous pour les questions portant respectivement sur les règles de droit international privé concernant la filiation juridique et sur les conventions de maternité de substitution à caractère international.
[15] Voir le **Glossaire** pour la définition des termes employés dans ce document.

c) Indiquez les conséquences juridiques, tant pénales (sanctions pénales par ex.) que civiles (par ex. pour la filiation juridique de l'enfant), du non-respect des obligations légales ou réglementaires :

d) Ajoutez ici toute autre information qui vous paraît utile concernant la nature de l'encadrement de la maternité de substitution dans votre État :

***Maternité de substitution et filiation juridique***

26. À la naissance d'un enfant issu d'une convention de maternité de substitution, qui est le parent juridique (ou qui sont les parents juridiques) *par effet de la loi* (c-à-d. sans que ces personnes aient d'autres formalités à accomplir) en vertu du droit interne de votre État ?

Expliquez, en précisant si cette situation résulte de la législation, de la jurisprudence ou d'autres sources du droit : En Belgique, si le droit belge s'applique, la femme qui a accouché de l'enfant est la mère de l'enfant. Le père est le mari de la mère ou la personne qui reconnaît l'enfant, dans les conditions légales (voir questions 19 et 20).

27. Dans votre État, des mécanismes juridiques permettent-ils aux parents d'intention d'établir leur parenté juridique lorsque c'est nécessaire ?

Cochez toutes les réponses applicables :

a) ☐ Oui, avant la naissance, les parents d'intention peuvent solliciter une décision de justice déclarant qu'ils seront les parents de l'enfant né par suite d'une convention de maternité de substitution (« décision de justice anténatale »).

Indiquez les conditions légales de l'obtention de ce type de décision (y compris les conditions de nationalité, de domicile ou de résidence) et précisez si cette situation découle de la législation, de la jurisprudence ou d'autres sources du droit :

b) ☐ Oui, *après* la naissance, les parents d'intention peuvent solliciter une décision de justice leur transférant la filiation juridique (appelée « *parental order* » ou « *parentage order* » dans certains États anglophones).

Indiquez les conditions légales de l'obtention de ce transfert (y compris les conditions éventuelles de nationalité, de domicile ou de résidence) et précisez si cette situation découle de la législation, de la jurisprudence ou d'autres sources du droit :

c) ☐ Non

d) ☒ Autres : précisez en Belgique, la maternité de subsitution n'est pas réglementée et conformément à ce qui a été précisé, selon une nette majorité de la doctrine, un contrat de gestation pour le compte d'autrui serait contraire aux articles 6 et 1128 du Code civil. L'article 6 interdit de déroger par convention privée aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs, et l'article 1128 prévoit que seules les choses qui sont dans le commerce juridique peuvent faire l'objet de conventions, ce qui n'est pas le cas des gamètes, des embryons ou des fonctions reproductrices d'une femme. Cependant, des situations d'enfant nés de mères porteuses ont été portées devant les tribunaux et il est alors demandé aux autorités judiciaires de reconnaître des situations intervenues à l'étranger ou de permettre l'adoption, la reconnaissance d'enfant (…).

Dans un arrêt du 16 janvier 1989 (T.G.R. 1989, p. 52), la Cour d'appel de Gand a jugé qu'au travers des règles existantes, le législateur n'entendait pas permettre la commande d'un enfant à une mère porteuse.

La Cour d'appel de Gand a aussi refusé, en date du 30 avril 2012, l'adoption d'un enfant né dans le cadre d'un contrat de gestation pour autrui à titre onéreux, par la femme du père biologique (la mère biologique étant la mère porteuse).

En revanche, plusieurs jugements ont été favorables à l'adoption d'un enfant. Dans le cas d'un enfant conçu avec les gamètes des parents adoptifs mariés ensemble, puis porté et mis au monde par la sœur d'un des époux sans aucune rémunération versée à celle-ci, le Tribunal de première instance de Turnhout a jugé, en date du 4 octobre 2000, que si la mère porteuse ne perçoit aucun gain, la convention n'est pas contraire à l'ordre public et que l'adoption par le couple commanditaire est conforme à l'intérêt de l'enfant conçu par fécondation in vitro avec les gamètes des deux adoptants, ainsi parents « sociaux-génétiques », seuls la gestation et l'accouchement ayant été assumés par une tierce personne proche d'eux (Tribunal de la jeunesse de Turnhout, 4 oct. 2001, R.W. 2001, n° 6 du 6 oct.2001). La Cour d'appel d'Anvers s'est prononcée dans le même sens le 14 janvier 2008 (Anvers, 14 janvier 2008, R.W., 2007-2008, n°42, p. 1774 [la mère porteuse est la grand-mère biologique de l'enfant]).

Un jugement du Tribunal de la jeunesse de Bruxelles, du 4 juin 1996, a aussi homologué l'adoption plénière par des époux d'un enfant conçu par fécondation in vitro réalisée avec les gamètes du mari et de son épouse et porté par la sœur de celle-ci, tel étant l'intérêt de l'enfant (Tribunal de la jeunesse de Bruxelles, 4 juin 1996, J.L.M.B. 1996, p.1182 et Revue du Droit de la santé 1997, p.124).

Le même tribunal a rendu une décision identique le 6 mai 2009 dans un cas similaire (l'enfant, porté par une femme tierce, est génétiquement le fils de la requérante et de son époux, qui l'a reconnu). Le tribunal constate qu'aucune autre procédure légale belge, en ce compris l'action en contestation de maternité, ne permet de conférer à l'enfant la filiation maternelle qui correspond à sa filiation biologique, alors même que les progrès de la science impliquent parfois de distinguer la mère génétique de la mère porteuse. «Dans ces circonstances, la procédure d'adoption est en quelque sorte utilisée pour combler une lacune de la loi ou, à tout le moins, pour rencontrer une hypothèse qu'elle n'a pas envisagée». Le tribunal a estimé que l'adoption était fondée sur de justes motifs et répondait à l'intérêt supérieur de l'enfant (Trib. jeunesse Bruxelles, 6 mai 2009, J.L.M.B., 2009/23, p. 1083). Le tribunal de la jeunesse de Bruxelles a abouti à la même conclusion dans un jugement du 23 août 2012 concernant l'adoption par une femme de l'enfant de son mari, conçu avec une personne tierce, soupçonnée d'être intervenue comme mère porteuse (Act. Dr. Fam., 2013/5, p. 99).

Par jugement du 7 janvier 2011, le tribunal de la jeunesse de Namur a déclaré fondée sur de justes motifs et conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant l'adoption par un couple homosexuel marié d'un enfant né dans le cadre d'une gestation pour autrui (la mère porteuse, sœur d'une des requérantes, est la mère génétique de l'enfant – le sperme provient d'un donneur anonyme), alors même qu'il considère la pratique de la gestation pour autrui comme étant illicite tant du point de vue de son objet que de sa cause. « Il appartient au tribunal non pas de se prononcer sur la licéité ou non de la pratique de la gestation pour autrui mais bien de statuer en fonction de l'intérêt supérieur de l'enfant à être adopté (…). La question de l'adoption doit se distinguer de celle de la validité de la gestation pour autrui. » (Act. Dr. Fam., 2013/5, p. 96).

e) ☐ Ces mécanismes ne sont pas nécessaires – le contrat de maternité de substitution est suffisant pour établir la filiation juridique des parents d'intention.

f) ☐ Ces mécanismes ne sont pas nécessaires – les parents d'intention seront les parents juridiques par effet de la loi à la naissance de l'enfant : voir la réponse à la **question 26** ci-dessus.

28. Lorsqu'une convention de maternité de substitution a été conclue dans votre État, l'existence de cette convention sera-t-elle visible sur l'acte de naissance ou l'extrait d'acte de naissance de l'enfant ?

☐ Oui : indiquez exactement ce qui sera inscrit sur l'acte de naissance ou l'extrait d'acte de naissance
☒ Non : expliquez Il y a lieu de se reporter à ce qui a été répondu à la question 27.d..

29. Des informations sont-elles disponibles concernant le nombre de conventions de maternité de substitution conclues chaque année dans votre État et le nombre d'enfants nés par suite de ces conventions ?

☐ Oui : joignez les documents ou indiquez un lien vers un site
☒ Non
☐ Autres : précisez

30. Avez-vous connaissance de pratiques illicites dans votre État en matière de conventions de maternité de substitution ?

☐ Oui – indiquez les pratiques dont vous avez connaissance et si possible leur fréquence :
☐ Non
☒ Autres : précisez Il y a lieu de se reporter à ce qui a été dit à la question 27.d..

## E. Contestation de la filiation juridique

31. Dans votre État, quelles autorités peuvent trancher un différend en matière de filiation juridique ?

a) ☐ L'autorité responsable de l'enregistrement des naissances (voir **question 1** ci-dessus)
b) ☒ Les autorités judiciaires (c-à-d. les tribunaux) : précisez
Conformément à l'article 331, § 1er, du Code civil, le tribunal de première instance du domicile de l'enfant est seul compétent pour connaître des actions relatives à la filiation. L'article précité dispose au § 2 que chaque fois qu'il existe une contestation relative à la filiation, les tribunaux répressifs comme toutes les autres juridictions ne peuvent statuer qu'après que la décision du tribunal de première instance sur la question d'état est passée en force de chose jugée.
c) ☐ D'autres autorités administratives de l'État : précisez
d) ☐ Autres : précisez

32. Qui peut intenter une action en contestation de la filiation juridique ?

a) ☐ Seules les personnes actuellement considérées comme la mère ou le père juridique, ou l'enfant
b) ☐ Toute personne qui prétend être la mère ou le père juridique d'un enfant
c) ☐ Toute personne à laquelle les autorités publiques reconnaissent un intérêt suffisant pour agir : expliquez comment les autorités tranchent la question
d) ☐ Toute personne
e) ☒ Autres : précisez
A moins que l'enfant n'ait la possession d'état à l'égard de la mère, la filiation maternelle peut être contestée par le père, l'enfant, la femme à l'égard de

laquelle la filiation maternelle est établie, et par la personne qui revendique la maternité de l'enfant (article 312, § 2, du Code civil).

En ce qui concerne la filiation paternelle, à moins que l'enfant ait la possession d'état à l'égard du mari, la présomption de paternité peut être contestée par la mère, l'enfant, l'homme à l'égard duquel la filiation est établie et par la personne qui revendique la paternité de l'enfant (article 318, § 1er, du Code civil).

L'enfant né dans les 300 jours après la dissolution ou l'annulation du mariage de sa mère et après le remariage de celle-ci, a pour père le nouveau mari. Si cette paternité est constestée, le précédent mari est tenu pour le père à moins que sa paternité ne soit également contestée ou que la paternité d'un tiers ne vienne à être établie (article 317 du Code civil).

Outre ce qui précède, la présomption de paternité du mari est mise à néant s'il est prouvé par toutes voies de droit que l'intéressé n'est pas le père.

La contestation de la présomption de paternité du mari est, en outre, déclarée fondée 1° dans les cas visés à l'article 316 bis du Code civil (voir ci-après) ; 2° lorsque la filiation maternelle est établie par reconnaissance ou par décision judiciaire; 3° lorsque l'action est introduite avant que la filiation maternelle ne soit établie (article 318, §3 du Code civil).

L'article 316 bis précité du Code civil dispose que sauf déclaration conjointe des époux au moment de la déclaration de naissance, la présomption de paternité visée a l'article 315 n'est pas applicable :

1° lorsque l'enfant est né plus de 300 jours après que le juge a entériné l'accord des parties concernant l'autorisation donnée aux époux de résider séparément (conformément à l'article 1256 du Code judiciaire), ou après l'ordonnance du président, siégeant en référé, autorisant les époux à résider séparément, ou après le dépôt de la requête en divorce par consentement mutuel (visée à l'article 1288 bis du même Code);

2° lorsque l'enfant est né plus de 300 jours après la date d'inscription des époux à des adresses différentes, selon le registre de la population, le registre des étrangers ou le registre d'attente, pour autant qu'ils n'aient pas été réinscrits à la même adresse par la suite;

3° lorsque l'enfant est né plus de 300 jours après un jugement du juge de paix prononcé en vertu de l'article 223 et autorisant les époux à résider séparément, et moins de 180 jours après que cette mesure a pris fin, ou après la réunion de fait des époux.

33. Existe-t-il un délai pour contester une filiation juridique (à l'issue duquel l'action en contestation de filiation juridique est prescrite) ?

☒ Oui, précisez : En ce qui concerne la contestation de la filiation paternelle, l'action de la mère doit être intentée dans l'année de la naissance. L'action du mari doit être intentée dans l'année de la découverte du fait qu'il n'est pas le père de l'enfant, celle de celui qui revendique la paternité de l'enfant doit être intentée dans l'année de la découverte qu'il est le père de l'enfant et celle de l'enfant doit être intentée au plus tôt le jour où il a atteint l'âge de douze ans et au plus tard le jour où il a atteint l'âge de vingt-deux ans ou dans l'année de la découverte du fait que le mari de sa mère n'est pas son père.

En ce qui concerne la contestation de la filiation maternelle, l'action doit être introduite par le père, l'enfant, la femme à l'égard de laquelle la filiation est établie, la personne qui revendique la maternité de l'enfant, dans l'année de la découverte du caractère mensonger de la filiation (article 312, § 2, du Code civil).

☐ Non

☐ Dans certaines situations : expliquez

34. Pour quel motif la *maternité* juridique peut-elle être contestée devant les autorités de votre État ?

a) ☐ Au seul motif que la « mère » n'a pas, en fait, accouché de l'enfant
b) ☐ Au seul motif que la « mère » n'est pas en fait la mère génétique de l'enfant (c-à-d. la mère dont provenaient les gamètes (ovocytes))
c) ☒ Autres motifs : précisez La loi prévoit le "caractère mensonger de la filiation".

35. Pour quel motif la *paternité* juridique peut-elle être contestée devant les autorités de votre État ?

a) ☐ Au seul motif que le « père » n'est pas, en fait, le père génétique de l'enfant (c-à-d., l'homme dont provenaient les gamètes (spermatozoïdes))
b) ☒ Autres motifs : précisez La loi prévoit que le mari n'est pas le père de l'enfant, que celui qui revendique la paternité découvre qu'il est le père de l'enfant.

36. Quelles sont les conséquences juridiques de l'aboutissement d'une contestation de la filiation juridique ?

a) ☒ La décision des autorités de l'État concernant la filiation juridique est opposable *erga omnes* (c-à-d., à toutes les personnes, à toutes fins)
b) ☐ La décision des autorités de l'État n'est opposable qu'à des fins limitées, particulières : expliquez
c) ☐ Cela dépend du contexte de la contestation (par ex., si le contexte est une demande d'aliments, elle ne sera opposable qu'en ce qui concerne le paiement d'aliments) : expliquez
d) ☒ Autres : précisez Après les formalités visées à l'article 333 du Code civil (voir la question 37), la décision est opposable erga omnes.

37. Qu'arrive-t-il à l'acte de naissance et à l'extrait d'acte de naissance de l'enfant lorsque la contestation de la filiation juridique aboutit ?

a) ☐ L'acte de naissance ou l'extrait d'acte de naissance est révisé et l'ancien acte ou extrait sera supprimé définitivement
b) ☐ L'acte de naissance ou l'extrait d'acte de naissance est modifié mais l'acte ou l'extrait d'acte original est conservé
c) ☒ Autres cas : précisez

Tout exploit de signification d'un jugement ou arrêt faisant droit à une une demande relative à la filiation doit être communiqué, en copie, au Ministère public.

Après l'expiration du délai d'appel ou de pourvoi en cassation ou, le cas échéant, après le prononcé de l'arrêt rejetant le pourvoi, le ministère public transmet, sans tarder le dispositif de tout jugement ou arrêt faisant droit à une demande relative à la filiation à l'officier de l'état civil du lieu où l'acte de naissance de l'enfant a été dressé ou transcrit.

Si l'acte de naissance n'est pas inscrit en Belgique, le dispositif est transmis à l'officier de l'état civil de la résidence de l'enfant ou, à défaut, à celui du premier district de Bruxelles.

L'officier de l'état civil transcrit, dans le mois, le dispositif sur ses registres ; mention en est faite en marge des actes concernant l'état civil de l'enfant et de ses descendants (article 333 du Code civil).

**F. Acquisition de la nationalité par les enfants**

38. Comment un enfant peut-il acquérir la nationalité de votre État ?

Cochez toutes les réponses applicables :
a) ☐ En naissant sur le territoire de l'État
b) ☐ Par « filiation », lorsqu'au moins un de ses parents *juridiques* est ressortissant de l'État : expliquez quelle loi, dans ce contexte, établira qui sont les parents *juridiques* de l'enfant aux fins de la détermination de sa nationalité :
c) ☐ Par « filiation », lorsqu'au moins un de ses parents *génétiques* est ressortissant de l'État : expliquez comment le lien génétique doit être prouvé :
d) ☐ Lorsqu'à défaut, l'enfant serait « apatride » (c-à-d. qu'il n'aurait la nationalité d'aucun autre État)[16] : précisez
e) ☐ Autres : précisez

**G. Évolutions de la législation**

39. Indiquez si la loi de votre État concernant les matières couvertes dans la **Partie I** ci-dessus (c-à-d., enregistrement des naissances, établissement et contestation de la filiation juridique, PMA, maternité de substitution et nationalité des enfants) a changé au cours des cinq dernières années ou si des initiatives sont en cours (par ex. au sein du gouvernement, devant le parlement ou devant les tribunaux) en vue de modifier la loi :

Il n'y a pas eu de modifications.

40. Indiquez ici toute information qui vous semble utile concernant des décisions (publiées ou non) ou d'autres développements intervenus dans votre État quant aux questions évoquées dans la **Partie I** ci-dessus.

/

**Partie II : Règles de droit international privé (DIP) et de coopération** en matière d'enregistrement des naissances et d'établissement, de reconnaissance et de contestation de la filiation juridique

**A. Règles de DIP et de coopération en matière d'enregistrement des naissances**

41. Expliquez dans quelles circonstances les autorités de votre État se déclarent compétentes (à l'échelle internationale) pour enregistrer la naissance d'un enfant :

a) ☐ Seulement lorsque l'enfant est né sur le territoire de l'État
b) ☐ Lorsqu'au moins un des parents *juridiques* putatifs est ressortissant de l'État, indépendamment du lieu de naissance de l'enfant
c) ☐ Lorsqu'au moins un des parents *génétiques* putatifs est ressortissant de l'État, indépendamment du lieu de naissance de l'enfant
d) ☐ Lorsque l'enfant est considéré comme un ressortissant de l'État[17], indépendamment de son lieu de naissance
e) ☒ Autre cas, précisez :

Conformément à l'article 55 du Code civil, la déclaration de naissance est faite en Belgique à l'officier de l'état civil du lieu de naissance dans les quinze jours qui suivent celui de l'accouchement. Si un enfant nait en Belgique, la déclaration

[16] Sur ce point, voir plus haut la note 4, citant l'art. 7 de la CNUDE.
[17] Sur ce point, voir plus haut la **question 38**.

doit être faite devant l'officier de l'état civil que l'enfant ait la nationalité belge ou une nationalité étrangère.

Lorsqu'un enfant belge nait à l'étranger, une déclaration de naissance peut être faite auprès des agents diplomatiques ou chefs de poste , de plein droit ou auprès des consuls généraux, consuls, vices consuls, si la fonction d'officier de l'état civil leur a été confiée par le Ministre des Affaires étrangères (article 1er de la loi du 12 juillet 1931 relative à certains actes de l'état civil et à la compétence des agents diplomatiques et consulaires en matière d'état civil qui dispose que les agents diplomatiques chefs de poste exercent de plein droit, en ce qui concerne les citoyens belges, les fonctions d'officier de l'état civil dans tous les pays conformément aux lois belges sur la matière).

L'article 48, § 1er , du Code civil prévoit que tout Belge ou son représentant légal, peut demander qu'un acte de l'état civil le concernant et fait en pays étranger soit transcrit sur les registres de l'état civil de la commune de son domicile ou de son premier lieu d'établissement après son retour sur le territoire du Royaume. Mention est faite en marge des registres courants à la date du fait auquel l'acte se rapporte. En l'absence de domicile ou de résidence en Belgique, la transcription d'un acte peut se faire sur les registres de l'état civil de la commune du dernier domicile en Belgique de l'intéressé ou de l'un de ses ascendants ou de la commune de son lieu de naissance ou encore, à défaut, sur les registres de l'état civil de Bruxelles.

Le procureur du Roi peut demander qu'un acte de l'état civil relatif à un Belge dressé en pays étranger soit transcrit sur les registres de l'état civil (article 48, §2, du Code civil).

42. Lorsqu'elles enregistrent la naissance d'un enfant, quelle loi les autorités compétentes appliquent-elles à la question de l'identité du ou des parent(s) juridique(s) de l'enfant *par effet de la loi*[18] ?

a) ☐ La *lex fori* (c-à-d., la loi interne de votre État) est toujours appliquée par les autorités compétentes

b) ☒ Si la situation présente des éléments d'extranéité (par ex., si le(s) parent(s) putatifs ou l'enfant sont des ressortissants étrangers ou si l'enfant est né à l'étranger, etc.), le droit étranger peut, ou doit, être appliqué à cette question. Indiquez les règles de droit applicables : En ce qui concerne le lien de filiation, l'établissement et la contestation de paternité ou de maternité d'une personne sont régis par le droit de l'Etat dont elle a la nationalité au moment de la naissance de l'enfant ou, si cet établissement résulte d'un acte volontaire, au moment de cet acte (il est donc renvoyé au droit du parent pour ces questions). Lorsque le droit désigné par le présent article ne prévoit pas l'exigence d'un tel consentement, l'exigence et les conditions du consentement de l'enfant, ainsi que le mode d'expression de ce consentement, sont régis par le droit de l'Etat sur le territoire duquel il a sa résidence habituelle au moment de ce consentement (article 62, § 1er, du Code de droit international privé).

Lorsqu'un lien de filiation est établi valablement selon le droit applicable en vertu de la présente loi à l'égard de plusieurs personnes du même sexe, le droit qui régit la filiation résultant de plein droit de la loi détermine l'effet sur celle-ci d'un acte de reconnaissance. En cas de conflit entre plusieurs filiations résultant de plein droit de la loi, il est fait application, parmi les droits désignés, de celui de l'Etat avec lequel la situation présente les liens les plus étroits. En ce qui concerne la reconnaisance, lorsque l'enfant est reconnu valablement selon le droit applicable en vertu de la présente loi par plusieurs personnes du même sexe, le droit qui régit la première reconnaissance détermine l'effet sur celle-ci d'une reconnaissance ultérieure (article 62, § 2 , du Code de droit international privé).

c) ☐ Autre cas : précisez

43. Les autorités de votre État ont-elles rencontré des difficultés résultant de l'enregistrement de la naissance d'un enfant dans deux États (ou plus) (par ex, l'enfant est enregistré dans votre État, qui est l'État de naissance, et dans l'État de la nationalité des parents, et les registres sont en conflit) ?

☒ Oui : expliquez les circonstances de l'affaire et les difficultés qui se sont posées : Il peut arriver qu'un enfant soit déclaré dans des pays différents. Si l'enfant est né en Belgique, il doit être déclaré en Belgique et il sera fait application des dispositions légales applicables en fonction de la situation.

☐ Non

44. Des conventions bilatérales ou multilatérales[19] sont-elles en vigueur entre votre État et un autre État si bien que :

a. Lorsque la naissance d'un enfant est enregistrée et comporte des éléments d'extranéité (c-à-d. qu'au moins un des parents est ressortissant étranger), cette information est communiquée aux autorités de l'autre État concerné ?

☒ Oui : précisez Outre ce qui est dit en Partie II en ce qui concerne la reconnaissance des décisions judicaires et des actes authentiques étrangers et la transcription d'actes de l'état civil étrangers en Belgique, on peut signaler

[18] NB : les règles de droit applicables indiquées dans votre réponse à cette question peuvent être les mêmes que les règles énumérées plus loin en réponse à la **question 45**.

[19] Par ex., les *Conventions concernant l'échange international d'informations en matière d'état civil* du 4 septembre 1958 et du 12 septembre 1997 ou la *Convention relative à la reconnaissance et à la mise à jour des livrets d'état civil* du 5 septembre 1990, toutes adoptées sous l'égide de la Commission internationale de l'état civil (< www.ciec1.org >).

que la Belgique a signé des conventions relatives à la délivrance gratuite et a conclu des accords pour supprimer les formalités de légalisation. En ce qui concerne les accords sur la transmission de documents de manière générale, on signalera les accords bilatéraux de transmission automatique de documents avec le Grand-Duché de Luxembourg (25 février 1949), avec l'Italie (circulaire du Ministre des Affaires étrangères du 26 avril 1954); la déclaration avec la Suisse (2 février 1882) et avec la Bulgarie (26 octobre 1934) prévoyant la transmission automatique de certains actes de l'état civil.

☐ Il n'y a pas de convention officielle mais cela peut arriver en pratique : expliquez

☐ Non

b. Lorsque des modifications sont apportées à la filiation juridique d'un enfant *après* l'enregistrement de la naissance du fait de mesures prises dans votre État (par ex. par suite d'une reconnaissance volontaire de paternité intervenant postérieurement dans votre État ou d'une contestation de la filiation juridique, etc.), cette information est communiquée aux autorités de l'État de naissance de l'enfant (lorsque ce n'est pas votre État) ?

☒ Oui : précisez Il y a lieu de se reporter à ce qui a été dit à la question 44, a..

☐ Il n'y a pas de convention officielle mais cela peut arriver en pratique : expliquez

☐ Non

**B. <u>Règles de DIP concernant l'établissement de la filiation juridique</u>**

***Par effet de la loi ou par convention***

45. Votre État dispose-t-il de règles stipulant la loi applicable à l'établissement de la filiation juridique par effet de la loi[20] ?

☒ Oui : précisez En ce qui concerne le lien de filiation, l'établissement et la contestation de paternité ou de maternité d'une personne sont régis par le droit de l'Etat dont elle a la nationalité au moment de la naissance de l'enfant ou, si cet établissement résulte d'un acte volontaire, au moment de cet acte (il est donc renvoyé au droit du parent pour ces questions).

Lorsque le droit désigné par le présent article ne prévoit pas l'exigence d'un tel consentement, l'exigence et les conditions du consentement de l'enfant, ainsi que le mode d'expression de ce consentement, sont régis par le droit de l'Etat sur le territoire duquel il a sa résidence habituelle au moment de ce consentement (article 62, § 1er, du Code de droit international privé).

Lorsqu'un lien de filiation est établi valablement selon le droit applicable en vertu de la présente loi à l'égard de plusieurs personnes du même sexe, le droit qui régit la filiation résultant de plein droit de la loi détermine l'effet sur celle-ci d'un acte de reconnaissance. En cas de conflit entre plusieurs filiations résultant de plein droit de la loi, il est fait application, parmi les droits désignés, de celui de l'Etat avec lequel la situation présente les liens les plus étroits.

En ce qui concerne la reconnaisance, lorsque l'enfant est reconnu valablement selon le droit applicable en vertu de la présente loi par plusieurs personnes du même sexe, le droit qui régit la première reconnaissance détermine l'effet sur celle-ci d'une reconnaissance ultérieure (article 62, § 2 , du Code de droit international privé).

Le droit déclaré applicable détermine notamment (article 63 du Code de droit international privé) :

1° qui est admis à rechercher ou à contester un lien de filiation;

---

[20] NB : les règles de droit applicables indiquées dans votre réponse à cette question peuvent être celles que vous avez indiquées plus haut à la **question 42**.

2° la charge et l'objet de la preuve du lien de filiation, ainsi que la détermination des modes de preuve;
3° les conditions et les effets de la possession d'état;
4° les délais d'intentement de l'action.

L'acte de reconnaissance est établi selon les formalités prévues, soit par le droit applicable à la filiation en vertu de l'article 62, § 1er, alinéa 1er, soit par le droit de l'Etat sur le territoire duquel il est établi (article 64 du Code de droit international pirvé).

Un acte de reconnaissance peut être établi en Belgique si (article 65 du Code de droit international privé):
1° l'auteur est belge, est domicilié ou a sa résidence habituelle en Belgique lors de l'établissement de l'acte;
2° l'enfant est né en Belgique; ou
3° l'enfant a sa résidence habituelle en Belgique lors de l'établissement de l'acte .

☐ Non : la *lex fori* (c-à-d. la loi interne de l'État) est toujours appliquée aux questions de filiation juridique

46. Votre État dispose-t-il de règles stipulant la loi applicable à l'établissement de la filiation juridique par convention ?

☐ Oui : précisez
☐ Non : la *lex fori* (c-à-d. la loi interne de l'État) est toujours appliquée aux questions de filiation juridique
☒ Sans objet : il n'est pas possible d'établir la filiation juridique par convention

***Par reconnaissance volontaire***

47. Expliquez dans quelles circonstances les autorités de votre État s'estiment compétentes (à l'échelle internationale) pour accepter une reconnaissance volontaire de parenté juridique par un parent putatif :

Cochez toutes les réponses applicables :
a) ☐ Lorsque l'enfant réside (à titre habituel) dans votre État : précisez
b) ☐ Lorsque l'enfant est ressortissant de votre État
c) ☐ Lorsque la personne qui reconnaît l'enfant réside (à titre habituel) dans votre État : précisez
d) ☐ Lorsque la personne qui reconnaît l'enfant est ressortissante de votre État
e) ☒ Autre cas : précisez Un acte de reconnaissance peut être établi en Belgique si :
1° l'auteur est belge, est domicilié ou a sa résidence habituelle en Belgique lors de l'établissement de l'acte;
2° l'enfant est né en Belgique; ou
3° l'enfant a sa résidence habituelle en Belgique lors de l'établissement de l'acte (article 65 du Code de droit international privé).

Indiquez si ces critères (c-à-d., la résidence (habituelle) / la nationalité des personnes – selon les cases cochées plus haut) doivent être remplis :
i. ☐ Au moment de la naissance de l'enfant
ii. ☒ Au moment de la reconnaissance, ou
iii. ☐ À un autre moment : précisez

48. Quelle loi sera appliquée pour déterminer : (a) la validité formelle de la reconnaissance et (b) la validité matérielle de la reconnaissance, c.-à-d. pour déterminer si elle établit valablement la filiation juridique ?

Cochez toutes les réponses applicables :

a) Pour la validité formelle de la reconnaissance :
   i. ☐ La *lex fori* (c-à-d. la loi interne de votre État)
   ii. ☐ La loi de l'État de la nationalité de l'enfant
   iii. ☐ La loi de l'État de la résidence (habituelle) de l'enfant : précisez
   iv. ☐ La loi de l'État de la nationalité du parent putatif
   v. ☐ La loi de l'État de la résidence (habituelle) du parent putatif : précisez
   vi. ☒ Autre : précisez En ce qui concerne les conditions de forme, l'acte de reconnaissance doit réunir les conditions nécessaires à son authenticité selon le droit de l'Etat dans lequel il a été établi (article 27, § 1er, alinéa 2, du Code de droit international privé).

b) Pour la validité matérielle de la reconnaissance :
   i. ☐ La *lex fori* (c-à-d. la loi interne de votre État)
   ii. ☐ La loi de l'État de la nationalité de l'enfant
   iii. ☐ La loi de l'État de la résidence (habituelle) de l'enfant : précisez
   iv. ☐ La loi de l'État de la nationalité du parent putatif
   v. ☐ La loi de l'État de la résidence (habituelle) du parent putatif : précisez
   vi. ☒ Autre : précisez Il y a lieu de se reporter à ce qui a été dit à la question 45 sur le droit applicable à l'établissement de la filiation par reconnaissance (voir l'article 62 du Code de droit international privé).

Indiquez, pour les points a) et b), si une ou plusieurs de ces lois seront appliquées (éventuellement « en cascade ») afin de favoriser l'établissement de la filiation juridique : Il y a lieu de se reporter à ce qui a été dit sous la question 45 (voir l'article 62 du Code de droit international privé).

Indiquez, pour les points a) et b), si ces critères (c-à-d., la résidence (habituelle) / la nationalité des personnes – en fonction des cases cochées ci-dessus) doivent être remplis : (1) au moment de la naissance de l'enfant ; (2) au moment de la reconnaissance ou (3) à un autre moment (auquel cas, précisez) :
a) (2).
b) (2).

## C. <u>Règles de DIP concernant la reconnaissance de la filiation juridique établie à l'étranger</u>

### *Extraits d'acte de naissance*

49. Indiquez dans quelles circonstances un extrait d'acte de naissance établi dans un autre État peut être reconnu dans votre État *comme établissant valablement la parenté juridique des personnes qui y sont inscrites* (reconnaissance du contenu de l'acte)[21].
   Expliquez dans votre réponse :
   a) À quelles autorités il revient de décider si l'extrait d'acte de naissance étranger sera reconnu ;
   b) La procédure à engager aux fins de la reconnaissance ;
   c) Les conditions éventuelles de la reconnaissance (par ex., si l'extrait d'acte de naissance doit être authentifié par légalisation ou apostille[22]) ; et
   d) Les motifs de non-reconnaissance.

   L'article 31 du Code de droit international privé prévoit qu'un acte authentique étranger concernant l'état civil ne peut faire l'objet d'une mention en marge d'un acte

[21] Étant entendu que cette question peut se poser dans le cadre d'autres procédures (concernant par exemple une succession ou des aliments).
[22] Voir, à cet égard, la *Convention de La Haye du 5 octobre 1961 supprimant l'exigence de la légalisation des actes publics étrangers*, disponible sur le site de la Conférence de La Haye, à l'adresse : < www.hcch.net >, dans l'« Espace Apostille ».

de l'état civil ou être transcrit dans un registre de l'état civil ou servir de base à une inscription dans un registre de la population, un registre des étrangers ou un registre d'attente qu'après vérification des conditions visées à l'article 27, § 1er, du Code de droit international privé.

Lorsque le dépositaire refuse de procéder à la mention ou à la transcription, un recours peut être introduit devant le tribunal de première instance de l'arrondissement dans lequel le registre est tenu.
La vérification est réalisée par le dépositaire de l'acte ou du registre.
Le Ministre de la Justice peut établir des directives visant à assurer une application uniforme des conditions visées.
Le dépositaire de l'acte ou du registre peut, en cas de doute sérieux lors de l'appréciation des conditions visées, transmettre l'acte ou la décision pour avis au ministère public qui procède si nécessaire à des vérifications complémentaires.
Le Roi peut créer et fixer les modalités de la tenue d'un registre des décisions et des actes qui satisfont aux conditions visées, lorsqu'ils concernent un Belge ou un étranger résidant en Belgique.

En ce qui concerne la vérification des conditions, l'article 27 , § 1er, du Code de droit international privé prévoit qu'un acte authentique étranger est reconnu en Belgique par toute autorité sans qu'il faille recourir à aucune procédure si sa validité est établie conformément au droit applicable en vertu de la présente loi, en tenant spécialement compte des articles 18 (fraude à la loi) et 21 (exception d'ordre public).
L'acte doit, notamment, réunir les conditions nécessaires à son authenticité selon le droit de l'Etat dans lequel il a été établi.
Lorsque l'autorité refuse de reconnaître la validité de l'acte, un recours peut être introduit devant le tribunal de première instance.

En ce qui concerne la fraude à la loi, pour la détermination du droit applicable en une matière où les personnes ne disposent pas librement de leurs droits, il n'est pas tenu compte des faits et des actes constitués dans le seul but d'échapper à l'application du droit désigné par la présente loi (article 18 du Code de droit international privé).

En ce qui concerne l'exception d'ordre public, l'application d'une disposition du droit étranger désigné par le Code de droit international privé est écartée dans la mesure où elle produirait un effet manifestement incompatible avec l'ordre public (article 21, alinéa 1er, du Code de droit international privé).

Une décision judiciaire étrangère ou un acte authentique étranger doit être légalisé pour être produit en Belgique en intégralité ou en extrait, en original ou en copie.
La légalisation n'atteste que la véracité de la signature, la qualité en laquelle le signataire de l'acte a agi et, le cas échéant, l'identité du sceau ou timbre dont l'acte est revêtu.
La légalisation est faite :
1° par un agent diplomatique ou consulaire belge accrédité dans l'Etat où la décision ou l'acte a été rendu ou établi;
2° à défaut, par un agent diplomatique ou consulaire de l'Etat étranger qui représente les intérêts de la Belgique dans cet Etat;
3° à défaut, par le Ministre des Affaires étrangères.
Le Roi détermine les modalités de la légalisation (article 30 du Code de droit international privé; cfr. arrêté royal du 12 juillet 2006 relatif à la légalisation de décisions judiciaires ou actes authentiques étrangers).

Par ailleurs, comme cela a été précisé sous la question 41, tout Belge ou son représentant légal (ou le Procureur du Roi), peut demander qu'un acte de l'état civil le concernant et fait en pays étranger soit transcrit sur les registres de l'état civil.

Si l'ordre public est un motif de non-reconnaissance d'un extrait d'acte de naissance étranger, expliquez, le cas échéant en citant la jurisprudence, comment votre État interprète ce concept dans ce contexte :

Cette incompatibilité s'apprécie en tenant compte, notamment, de l'intensité du rattachement de la situation avec l'ordre juridique belge et de la gravité de l'effet que produirait l'application de ce droit étranger. Lorsqu'une disposition du droit étranger n'est pas appliquée en raison de cette incompatibilité, une autre disposition pertinente de ce droit ou, au besoin, du droit belge, est appliquée (article 21, alinéas 2 et 3 du Code de droit international privé).

***Reconnaissance volontaire***

50. Indiquez, le cas échéant, dans quelles circonstances une reconnaissance volontaire effectuée dans un autre État sera reconnue dans votre État *comme établissant valablement la parenté juridique de l'auteur de la reconnaissance* (reconnaissance du contenu de la reconnaissance)[23].
Expliquez dans votre réponse :
a) À quelles autorités il revient de décider si la reconnaissance étrangère sera reconnue ;
b) La procédure à suivre pour la reconnaissance ;
c) Les conditions qui s'appliquent éventuellement à la reconnaissance ; et
d) Les motifs de *non*-reconnaissance.

Il y a lieu de se référer à la question 49 et à ce qui a été dit en ce qui concerne la reconnaissance d'un acte authentique étranger.

Si l'ordre public est un motif de non-reconnaissance d'une reconnaissance de filiation étrangère, expliquez, le cas échéant en citant la jurisprudence, comment votre État interprète ce concept dans ce contexte :

L'incompatibilité avec l'ordre public s'apprécie en tenant compte, notamment, de l'intensité du rattachement de la situation avec l'ordre juridique belge et de la gravité de l'effet que produirait l'application de ce droit étranger.
Lorsqu'une disposition du droit étranger n'est pas appliquée en raison de cette incompatibilité, une autre disposition pertinente de ce droit ou, au besoin, du droit belge, est appliquée (article 21, alinéas 2 et 3 du Code de droit international privé).

***Décisions d'autorités judiciaires***

51. Expliquez dans quelles circonstances une décision de l'autorité judiciaire compétente d'un autre État établissant la filiation juridique d'un enfant (c-à-d., un jugement ou un arrêt) sera reconnue dans votre État comme établissant valablement sa filiation juridique[24].

Expliquez dans votre réponse :
a) À quelles autorités il revient de décider si une décision étrangère sera reconnue ;
b) La procédure à suivre aux fins de la reconnaissance ;
c) Les conditions qui s'appliquent éventuellement à la reconnaissance ; et
d) Les motifs de *non*-reconnaissance.

L'article 31 du Code de droit international privé est applicable en ce qui concerne la mention et la transcription des décisions judiciaires étrangères.

---

[23] Étant entendu que cette question peut parfois se poser dans le cadre d'autres procédures (par ex. en matière de succession ou d'aliments).
[24] *Ibid.*

L'article 31, § 1er, alinéa 2, du Code de droit international privé ajoute en ce qui concerne les décisions judiciaires en matière d'état et de capacité que la mention ou la transcription d'une décision judiciaire étrangère ne peut avoir lieu qu'après vérification des conditions visées au articles 24 et 25 (voir ci-après) selon les cas et 39 (concerne les conditions de reconnaissance d'une décision de détermination de nom ou de prénom), 57 (concerne la situation de dissolution du mariage à l'étranger fondé sur la volonté du mari), 72 (concerne la situation de reconnaissance d'une adoption réalisée à l'étranger).

Les articles 22 à 29 du Code de droit international privé sont relatifs à la reconnaissance, la procédure, la force probante des décisions judiciaires étrangères en général.
La partie qui invoque la reconnaissance ou demande la déclaration de la force exécutoire d'une décision judiciaire étrangère doit produire (article 24 du Code de droit international privé) :
1° une expédition de la décision, réunissant les conditions nécessaires à son authenticité selon le droit de l'Etat dans lequel elle a été rendue;
2° s'il s'agit d'une décision par défaut, l'original ou une copie certifiée conforme du document établissant que l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent a été signifié ou notifié à la partie défaillante selon le droit de l'Etat dans lequel la décision a été rendue;
3° tout document de nature à établir que, selon le droit de l'Etat dans lequel la décision a été rendue, celle-ci est exécutoire et a été signifiée ou notifiée.
A défaut de production des documents mentionnés, le juge peut impartir un délai pour les produire ou accepter des documents équivalents ou, s'il s'estime suffisamment éclairé, en dispenser.
Conformément à l'article 22 du Code de droit international privé, une décision judiciaire étrangère exécutoire dans l'Etat où elle a été rendue est déclarée exécutoire en Belgique, en tout ou en partie (conformément à la procédure visée à l'article 23).
Une décision judiciaire étrangère est reconnue en Belgique, en tout ou en partie, (sans qu'il faille recourir à la procédure visée à l'article 23).
Si la reconnaissance est invoquée de façon incidente devant une juridiction belge, celle-ci est compétente pour en connaître.
La décision ne peut être reconnue ou déclarée exécutoire que si elle ne contrevient pas aux conditions de l'article 25 visé ci-après.
Toute personne qui y a intérêt ainsi que, en matière d'état d'une personne, le ministère public, peut faire constater, conformément à la procédure visée à l'article 23, que la décision doit être reconnue ou déclarée exécutoire, en tout ou en partie, ou ne peut l'être.
Au sens de la présente loi :
1° le terme décision judiciaire vise toute décision rendue par une autorité exerçant un pouvoir de juridiction;
2° la reconnaissance établit pour droit ce qui a été décidé à l'étranger.

Une décision judiciaire étrangère n'est ni reconnue ni déclarée exécutoire (article 25 du Code de droit international privé) si :
1° l'effet de la reconnaissance ou de la déclaration de la force exécutoire serait manifestement incompatible avec l'ordre public; cette incompatibilité s'apprécie en tenant compte, notamment, de l'intensité du rattachement de la situation avec l'ordre juridique belge et de la gravité de l'effet ainsi produit;
2° les droits de la défense ont été violés;
3° la décision a été obtenue, en une matière où les personnes ne disposent pas librement de leurs droits, dans le seul but d'échapper à l'application du droit désigné par la présente loi;
4° sans préjudice de l'article 23 précité, elle peut encore faire l'objet d'un recours ordinaire selon le droit de l'Etat dans lequel elle a été rendue;
5° elle est inconciliable avec une décision rendue en Belgique ou avec une décision rendue antérieurement à l'étranger et susceptible d'être reconnue en Belgique;

6° la demande a été introduite à l'étranger après l'introduction en Belgique d'une demande, encore pendante, entre les mêmes parties et sur le même objet;
7° les juridictions belges étaient seules compétentes pour connaître de la demande;
8° la compétence de la juridiction étrangère était fondée uniquement sur la présence du défendeur ou de biens sans relation directe avec le litige dans l'Etat dont relève cette juridiction; ou
9° la reconnaissance ou la déclaration de la force exécutoire se heurte à l'un des motifs de refus (visés aux articles 39, 57, 72, 95, 115 et 121 du Code de droit international privé).
En aucun cas, la décision judiciaire étrangère ne peut faire l'objet d'une révision au fond.

Si l'ordre public est un motif de non-reconnaissance d'une décision étrangère, expliquez, le cas échéant en citant la jurisprudence, comment votre État interprète ce concept dans ce contexte :

Il y a lieu de se reporter aux développements de la question 50.

52. Indiquez les *effets* de la reconnaissance de la filiation juridique établie à l'étranger (voir **questions 49 à 51** ci-dessus) et quelles lois gouvernent ces effets :

Il y a lieu de se reporter au point d).

**D. <u>Règles de DIP concernant la contestation de la filiation juridique</u>**

53. Indiquez dans quelles circonstances les autorités compétentes de l'État (que vous avez indiquées plus haut à la **question 31**) sont compétentes (à l'échelle internationale) pour trancher un différend relatif à la filiation juridique d'un enfant :

a) ☐ Lorsque l'enfant dont la filiation est contestée réside (à titre habituel) dans votre État : précisez
b) ☐ Lorsque l'enfant dont la filiation est contestée est ressortissant de votre État
c) ☐ Lorsqu'un parent putatif contestant la parenté juridique réside (à titre habituel) dans votre État : précisez
d) ☐ Lorsqu'un parent putatif contestant la parenté juridique est ressortissant de votre État
e) ☒ Autres cas : précisez

conformément à l'article 61 du Code de droit international privé, les juridictions belges sont compétentes pour connaître de toute demande concernant l'établissement ou la contestation de paternité ou de maternité, outre dans les cas prévus par les dispositions générales de la présente loi, si :
1° l'enfant a sa résidence habituelle en Belgique lors de l'introduction de la demande;
2° la personne dont la paternité ou la maternité est invoquée ou contestée a sa résidence habituelle en Belgique lors de l'introduction de la demande; ou
3° l'enfant et la personne dont la paternité ou la maternité est invoquée ou contestée sont belges lors de l'introduction de la demande.

Indiquez si ces critères (c-à-d. la résidence (habituelle) / la nationalité des personnes – selon les cases cochées plus haut) doivent être remplis :

i. ☒ Au moment de la naissance de l'enfant
ii. ☐ Au moment où les autorités compétentes de l'État sont saisies du différend ; ou
iii. ☒ À un autre moment : précisez En cas d'établissement de la filiation par acte volontaire, au moment de cet acte.

54. Dans le contexte d'une contestation de la filiation juridique, quelle loi les autorités appliqueront-elles pour déterminer qui est le parent juridique (ou qui sont les parents juridiques) d'un enfant ?

Cochez toutes les réponses applicables :
a) ☐ La *lex fori* (c-à-d. la loi interne de votre État)
b) ☐ La loi de l'État de la nationalité de l'enfant
c) ☐ La loi de l'État de la résidence (habituelle) de l'enfant : précisez
d) ☒ La loi de l'État de la nationalité du parent putatif
e) ☐ La loi de l'État de la résidence (habituelle) du parent putatif : précisez
f) ☐ Autre : précisez

Indiquez si une ou plusieurs de ces lois seront appliquées (éventuellement « en cascade ») en vue de favoriser l'établissement de la filiation juridique : Conformément à ce qui a déjà été précisé supra, l'établissement et la contestation de paternité ou de maternité d'une personne sont régis par le droit de l'Etat dont elle a la nationalité au moment de la naissance de l'enfant ou, si cet établissement résulte d'un acte volontaire, au moment de cet acte.
Lorsque le droit désigné par le présent article ne prévoit pas l'exigence d'un tel consentement, l'exigence et les conditions du consentement de l'enfant, ainsi que le mode d'expression de ce consentement, sont régis par le droit de l'Etat sur le territoire duquel il a sa résidence habituelle au moment de ce consentement (article 62, § 1er , du Code de droit international privé).

## E. « Soins génésiques transfrontaliers »[25] et conséquences pour la filiation juridique

55. Si des personnes qui résident dans votre État ont accès à des services de PMA dans un autre État, existe-t-il des règles de DIP spécifiques concernant l'établissement de la filiation juridique de l'enfant né par suite de la PMA (par ex., la loi de l'État dans lequel le service de PMA a été obtenu s'appliquera à la question de la filiation juridique de l'enfant) ?

☐ Oui : expliquez
☒ Non
☐ Autres : précisez

56. Avez-vous connaissance de cas, en dehors des affaires de maternité de substitution à caractère international (voir plus loin la **Partie III**), dans lesquels des difficultés relatives à l'établissement ou à la reconnaissance de la filiation juridique d'un enfant se sont posées parce que des personnes résidant dans votre État ont eu accès à des services de PMA dans un autre pays ou que des personnes résidant à l'étranger ont eu accès à des services de PMA dans votre État ?

☒ Oui : précisez La situation qui pose problème est en général présentée aux autorités judiciaires qui règlent la situation sur base des dispositions légales belges. Il y a lieu de se référer à ce qui a été dit dans la Partie I.C..
☐ Non

[25] Dans ce document, le terme « soins génésiques transfrontaliers » désigne la situation dans laquelle des personnes qui souhaitent recourir à la PMA traversent une frontière pour le faire, quelle qu'en soit la raison (souvent liée aux règles restrictives de leur État d'origine, à des coûts plus faibles ou à de meilleurs taux de réussite à l'étranger).

## F. Évolutions de la législation et difficultés pratiques

57. Indiquez si la loi de votre État concernant les aspects couverts plus haut dans la **Partie II** (c-à-d., les règles de DIP et de coopération concernant l'enregistrement de la naissance et l'établissement, la reconnaissance et la contestation de la filiation juridique) a changé au cours des cinq dernières années ou si des initiatives sont en cours (par ex., au sein du gouvernement, devant le Parlement ou devant les tribunaux) en vue de modifier la loi :

    Il n'y a pas eu de modifications majeures.

58. Hormis les cas impliquant des conventions de maternité de substitution à caractère international (sur ce point, voir plus loin la **Partie III**), avez-vous connaissance d'autres cas dans lesquels des difficultés relatives à l'établissement, à la contestation ou à la reconnaissance de la filiation juridique d'un enfant se sont posées du fait du mouvement transfrontalier de l'enfant ou de ses parents putatifs ?

    (Des exemples possibles sont présentés dans la Partie IV (b) du Doc. prél. No 11 de mars 2011.)

    Veuillez donner le plus de détails possible sur les circonstances et les difficultés rencontrées : A partir du moment où la situation présente des éléments d'extranéité, il est possible que des difficultés se posent. En Belgique, il est fait application du Code de droit international privé conformément à ce qui est précisé dans la Partie II.

**Partie III :** Difficultés propres aux **conventions de maternité de substitution à caractère international**[26] **(« CMSI »)**

*Cette partie sollicite des informations concernant l'expérience des autorités de l'État en matière de CMSI. Elle comprend deux sections*[27] *:*

- ***La section A** pose plusieurs questions concernant les « **Affaires entrantes** » de CMSI, c-à-d. les affaires dans lesquelles votre État était l'État de résidence des parents d'intention et celui dans lequel on voulait faire entrer un enfant né à l'étranger d'une mère porteuse pour y résider.*

- ***La section B** pose des questions concernant les « **Affaires sortantes** » de CMSI, c-à-d. les affaires dans lesquelles votre État était celui dans lequel la mère porteuse a accouché et que l'enfant devait quitter pour se rendre dans l'État de résidence des parents d'intention et y vivre avec eux.*

**A. <u>Affaires entrantes</u>**[28]

☒ **Cette section est sans objet – il n'y a pas eu d'« Affaires entrantes » de CMSI dans cet État. Passez à la section B.**

***Données empiriques de base***

59. Avez-vous des informations concernant :

a) Le nombre d'**Affaires entrantes** de CMSI qui ont nécessité l'assistance des autorités de votre État ces dernières années ?

☐ Oui – indiquez les chiffres disponibles :
Avant 2009
2009
2010
2011
2012
2013 (à ce jour)
☐ Nous n'avons pas ces informations

b) Le nombre d'enfants nés de mères porteuses dans un autre État par suite de CMSI auxquelles des parents d'intention résidant dans votre État étaient parties ?

☐ Oui – indiquez les chiffres disponibles :
Avant 2009
2009
2010
2011
2012
2013 (à ce jour)
☐ Nous n'avons pas ces informations

---

[26] Voir le **Glossaire** pour la définition des termes employés dans ce document.
[27] NB : il est entendu qu'en ce qui concerne les affaires « entrantes » et les affaires « sortantes », plus de deux États peuvent être concernés ; la mère porteuse, par exemple, peut résider dans un autre État que celui dans lequel elle s'est rendue (ou dans lequel elle a été emmenée si elle est victime de traite) pour accoucher ; dans d'autres cas, un donneur de gamètes peut être résident d'un troisième État, etc. Nous vous prions d'expliquer ces éléments éventuels dans vos réponses aux questions de cette partie.
[28] C-à-d. les affaires dans lesquelles votre État était l'État de résidence des parents d'intention et celui dans lequel on voulait emmener l'enfant, né d'une mère porteuse à l'étranger, pour y vivre.

Si vous avez indiqué des chiffres ci-dessus, pensez-vous qu'ils sont représentatifs du nombre réel d'Affaires entrantes de CMSI concernant votre État[29] ? D'autre part, quelle est votre impression générale sur la fréquence des Affaires entrantes de CMSI et pensez-vous que ces affaires ont augmenté au cours des cinq dernières années ?

Si vous n'avez pas indiqué de chiffre ci-dessus, avez-vous des commentaires sur la fréquence des Affaires entrantes de CMSI concernant votre État et pensez-vous que celle-ci a augmenté au cours des cinq dernières années ?

60. Indiquez tous les États dans lesquels des parents d'intention résidant dans votre État ont, à votre connaissance, fait appel à une mère porteuse (c-à-d., ont conclu une CMSI) :

***Procédure pour les Affaires entrantes de CMSI***

61. Expliquez la procédure, y compris les formalités d'immigration et les formalités légales que doivent accomplir les parents d'intention résidant dans votre État (avant de quitter votre État, avant de retourner dans votre État ou une fois rentrés dans votre État) pour :

    a) Entrer sur le territoire de votre État avec un enfant né à l'étranger par suite d'une CMSI :

    b) Résider à titre permanent dans votre État avec l'enfant :

    c) Faire reconnaître (ou établir) leur parenté juridique en vertu de la loi de votre État (*si* c'est possible) :

    Donnez une estimation du délai nécessaire pour chaque étape de cette procédure :
    a)
    b)
    c)

    Si la réponse à cette question varie en fonction des facteurs indiqués ci-dessous, donnez une brève explication, y compris concernant l'impact d'un facteur particulier sur la procédure à suivre et les délais éventuels.

    Cochez toutes les réponses applicables :
    i. ☐ Pays de naissance de l'enfant : expliquez
    ii. ☐ Documents produits par les parents d'intention pour établir leur parenté juridique (extrait d'acte de naissance, reconnaissance volontaire, décision de justice, etc.) : expliquez
    iii. ☐ Lien de parenté génétique entre l'enfant et l'un des parents d'intention ou les deux : expliquez
    iv. ☐ Nationalité des parents d'intention : expliquez
    v. ☐ Autre facteur : expliquez

62. Les autorités de votre État ont-elles coopéré sur le plan administratif ou judiciaire avec les autorités d'un autre État pour résoudre une affaire de CMSI ?

    ☐ Oui – précisez :
    a) Quelles autorités sont intervenues dans chaque État :
    b) La nature de la coopération :

---

[29] Puisqu'il est reconnu que de nombreux cas ne sont sans doute pas portés à l'attention des autorités de l'État.

c) Si la coopération était le résultat de la législation, de lignes directrices ou de la pratique :
d) Le résultat :

☐ Non

63. D'après votre expérience, quels sont les documents généralement présentés aux autorités de votre État à l'appui de la revendication de parenté juridique des parents d'intention parties à une CMSI ?

Cochez toutes les réponses applicables :

a) ☐ Extrait d'acte de naissance établi dans l'État de naissance indiquant le nom des parents d'intention : indiquez l'État d'origine de ces extraits d'acte de naissance et tout autre détail nécessaire
b) ☐ Extrait d'acte de naissance modifié établi dans l'État de naissance, indiquant le nom des parents d'intention : indiquez l'État d'origine de ces extraits d'acte de naissance modifiés et tout autre détail nécessaire
c) ☐ Décision de justice anténatale rendue dans l'État de naissance : indiquez l'État d'origine de ces décisions et tout autre détail nécessaire
d) ☐ Décision de justice postnatale rendue dans l'État de naissance (c-à-d., transfert de filiation) : indiquez l'État d'origine de ces décisions et tout autre détail nécessaire
e) ☐ Jugement d'adoption rendu dans l'État de naissance : indiquez l'État d'origine de ces jugements et tout autre détail nécessaire, en précisant si un recours à la Convention de 1993[30] a été tenté par l'un ou l'autre de ces États[31] :
f) ☐ Autre document : précisez

Indiquez si possible (au moyen de la lettre correspondante) les documents les plus souvent présentés à vos autorités dans ces affaires :

64. En général, quelle est l'issue de ces affaires dans votre État pour l'enfant :

Cochez toutes les réponses applicables et donnez le plus de détails possible :

a) ☐ L'enfant peut se rendre dans votre État et y résider avec les parents d'intention *et* ceux-ci sont reconnus comme les parents juridiques de l'enfant. Expliquez comment ce résultat est obtenu :
b) ☐ L'enfant peut se rendre dans votre État et y résider avec les parents d'intention *mais* l'un des deux au moins n'est pas reconnu comme le parent juridique de l'enfant : expliquez
c) ☐ L'enfant ne peut pas se rendre dans votre État et doit rester dans son État de naissance : expliquez pourquoi et ce qu'il est advenu de l'enfant dans ces circonstances
d) ☐ Autre issue : précisez

Indiquez si possible laquelle des quatre issues énumérées ci-dessus est la plus fréquente dans votre État :

***Difficultés rencontrées***

65. En règle générale, quelles sont les autorités de votre État qui interviennent pour aider les personnes qui rencontrent des difficultés dans le cadre d'Affaires entrantes de CMSI ?

Cochez toutes les réponses applicables et précisez le rôle des différentes autorités :

a) ☐ Les ambassades / consulats dans l'État de naissance de l'enfant

---

[30] Titre complet : *Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale* (ci-après la « Convention de 1993 »). Pour plus d'informations, voir le site < www.hcch.net >, « Espace Adoption internationale ».

[31] Voir les Conclusions et Recommandations de la réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement pratique de la Convention de 1993 (17-25 juin 2010), qualifiant l'utilisation de la Convention de 1993 d'« inappropriée » dans les cas de maternité de substitution à caractère international, para. 25 et 26.

b) ☐ Les autorités d'immigration
c) ☐ Les autorités judiciaires (c-à-d., les tribunaux) : précisez lesquelles
d) ☐ Le Ministère de la Justice (ou équivalent)
e) ☐ Le Ministère des Affaires étrangères (ou équivalent)
f) ☐ Le Ministère de la Santé (ou équivalent)
g) ☐ Le Ministère des Affaires sociales (ou équivalent)
h) ☐ Autres autorités : précisez

66. Exposez les problèmes juridiques rencontrés par votre État dans le cadre d'Affaires entrantes de CMSI.

*Cochez toutes les cases applicables et donnez une explication, en mentionnant le(s) pays concerné(s) par la CMSI. Lorsque vous citez une jurisprudence, donnez le texte complet de la décision, accompagné d'une traduction anglaise ou française si possible.*

Problèmes concernant :
a) ☐ La possibilité pour l'enfant de quitter son État de naissance :
b) ☐ La possibilité pour l'enfant d'entrer sur le territoire de votre État :
c) ☐ La possibilité pour l'enfant de résider dans votre État :
d) ☐ La nationalité de l'enfant :
e) ☐ La filiation juridique de l'enfant :
f) ☐ Le comportement de certaines parties jugé criminel en vertu des normes juridiques internationales ou des règles internes des pays concernés (traite, vente d'enfants, exploitation des femmes, etc.) :
g) ☐ Le traitement de la mère porteuse dans un État quel qu'il soit (par ex. si son consentement a été libre et éclairé, concernant les paiements financiers qui lui ont été faits, les soins médicaux qui lui ont été dispensés, etc.) : précisez
h) ☐ La rupture de la CMSI, par exemple parce qu'une des parties revient sur ses engagements en raison d'un handicap de l'enfant ou de son état de santé, du souhait de la mère porteuse de garder l'enfant, de la séparation des parents d'intention ou d'une erreur de gamètes commise par la clinique, ou pour un autre motif, etc. : expliquez
i) ☐ Autres : précisez

Indiquez ici toute autre information qui vous semble utile en ce qui concerne les problèmes ci-dessus :

67. À l'aide des catégories ci-dessous, donnez toute information dont vous disposez sur les frais que des parents d'intention résidant dans votre État ont payés pour une CMSI. Si, d'après votre expérience, les frais sont très variables en fonction du pays où la mère porteuse résidait ou a accouché, précisez pays par pays.

Cochez toutes les réponses applicables et donnez les chiffres dont vous disposez en indiquant le bénéficiaire des sommes payées et les services correspondants :
a) ☐ Frais médicaux :
b) ☐ Frais juridiques :
c) ☐ Honoraires et autres frais payés à un intermédiaire : par exemple, une agence de mères porteuses :
d) ☐ Dépenses et autres frais payés à la mère porteuse :
e) ☐ Autres : précisez

***Sujets de préoccupation***

68. Les aspects suivants suscitent-ils des préoccupations pour les autorités de votre État dans ces affaires ?

Pour chaque réponse, précisez si possible vos préoccupations particulières dans le champ prévu à cet effet :

a) ☐ Incertitude quant au statut juridique des enfants nés par suite d'une CMSI, en particulier eu égard à leur filiation juridique :
b) ☐ Nationalité des enfants nés par suite d'une CMSI :
c) ☐ Droit des enfants nés par suite d'une CMSI de connaître leurs origines (origines génétiques et celles de leur naissance) :
d) ☐ Consentement libre et éclairé de la mère porteuse à la convention de maternité de substitution :
e) ☐ Impact psychologique d'une CMSI sur la mère porteuse :
f) ☐ Soins médicaux et autres soins dispensés à la mère porteuse :
g) ☐ Aspects financiers des CMSI :
h) ☐ Compétence ou conduite des intermédiaires concernés (avocats, agences, etc.) :
i) ☐ Informations (éventuellement trompeuses) données aux parents d'intention ou aux mères porteuses :
j) ☐ Qualifications des parents d'intention et aptitudes à s'occuper de l'enfant (par ex. du point de vue de l'âge, du casier judiciaire, du profil psychosocial, etc.) :
k) ☐ Aspects contractuels : par exemple problèmes concernant l'applicabilité de la convention de maternité de substitution ou la capacité d'une partie à conclure la convention :
l) ☐ Autres préoccupations :

Indiquez (à l'aide des lettres correspondantes ci-dessus) les préoccupations les plus graves parmi celles que vous avez signalées :

***Évolutions juridiques***

69. Votre État a-t-il légiféré ou institué des règlements ou des directives visant expressément les parents d'intention qui résident dans votre État et concluent des CMSI ?

☐ Oui : expliquez
☐ Non

Si votre État envisage de légiférer ou d'instituer des règlements ou directives, donnez des informations complémentaires :

70. Indiquez ici toute autre information qui vous paraît utile concernant l'expérience de votre État des Affaires entrantes de CMSI :

**B. <u>Affaires sortantes</u>**[32]

☒ **Cette section est sans objet – il n'y a pas eu d'« Affaires sortantes » de CMSI dans cet État. Passez à la Partie IV.**

***Données empiriques de base***

71. Avez-vous des informations concernant :

a) Le nombre d'**Affaires sortantes** de CMSI qui ont nécessité l'assistance des autorités de votre État ces dernières années ?

☐ Oui – indiquez les chiffres disponibles :
Avant 2009

[32] C-à-d., les cas dans lesquels votre État est celui dans lequel la mère porteuse accouche et que l'enfant doit quitter pour se rendre dans le lieu de résidence de ses parents d'intention.

2009
2010
2011
2012
2013 (à ce jour)

☐ Nous n'avons pas ces informations.

b) Le nombre d'enfants nés de mères porteuses dans votre État par suite de CMSI conclues avec des parents d'intention résidant dans un autre État ?

Avant 2009
2009
2010
2011
2012
2013 (à ce jour)

☐ Nous n'avons pas ces informations.

Si vous avez indiqué des chiffres ci-dessus, pensez-vous qu'ils sont représentatifs du nombre réel d'Affaires sortantes de CMSI concernant votre État[33] ? D'autre part, quelle est votre impression générale sur la fréquence des Affaires sortantes de CMSI et pensez-vous que ces affaires ont augmenté au cours des cinq dernières années :

Si vous n'avez pas indiqué de chiffre ci-dessus, avez-vous des commentaires sur la fréquence des Affaires sortantes de CMSI concernant votre État et pensez-vous que celle-ci a augmenté au cours des cinq dernières années ?

72. Indiquez tous les États dans lesquels résidaient des parents d'intention ayant fait appel à une mère porteuse au moyen d'une CMSI dans votre État :

***Procédure pour les Affaires sortantes de CMSI***

73. En général, quelles sont les autorités de votre État qui interviennent pour aider les personnes qui concluent une CMSI avec une mère porteuse dans votre État ?

Cochez toutes les réponses applicables en décrivant le rôle des autorités :
a) ☐ Les autorités d'immigration : précisez
b) ☐ Les autorités judiciaires (c-à-d., les tribunaux) : précisez lesquelles
c) ☐ Le Ministère de la Justice (ou équivalent)
d) ☐ Le Ministère des Affaires étrangères (ou équivalent)
e) ☐ Le Ministère de la Santé (ou équivalent)
f) ☐ Le Ministère des Affaires sociales (ou équivalent)
g) ☐ Autres autorités : précisez

74. Les parents d'intention résidant à l'étranger ont-ils besoin d'un visa ou d'autres documents d'immigration ou doivent-ils remplir d'autres conditions pour *entrer* sur le territoire de votre État pour les rendez-vous et les procédures médicales nécessaires à la conclusion d'une CMSI dans votre État ?

Cochez toutes les réponses applicables :
☐ Oui, ils doivent remplir les conditions suivantes – précisez :
☐ Oui, ils doivent obtenir un visa ou d'autres documents d'immigration – précisez le type de document requis, les conditions d'obtention et la procédure :

[33] Puisqu'il est reconnu que de nombreux cas ne sont dans doute pas portés à l'attention des autorités de l'État.

☐ Non
☐ Cela dépend de l'État de résidence ou de la nationalité des parents d'intention : précisez

75. La loi de l'État de résidence habituelle des parents d'intention est-elle prise en compte pour déterminer s'ils sont autorisés à conclure une CMSI dans votre État (par ex. lorsque cette loi interdit les conventions de maternité de substitution)[34] ?

☐ Oui – expliquez comment cette loi est prise en compte :
☐ Non
☐ Cela dépend de l'État de résidence ou de la nationalité des parents d'intention : expliquez

76. Comment les parents d'intention résidant à l'étranger qui sont parties à une CMSI obtiennent-ils la parenté juridique d'un enfant né par suite d'une convention de maternité de substitution dans votre État ?

*Votre réponse à cette question dépendra probablement des réponses que vous avez données plus haut aux* ***questions 26*** *à* ***27****.*

Cochez toutes les réponses applicables :
a) ☐ Ils seront les parents juridiques de l'enfant par effet de la loi et leurs noms seront donc inscrits immédiatement sur l'extrait d'acte de naissance de l'enfant : expliquez
b) ☐ Ils peuvent obtenir un extrait d'acte de naissance modifié : expliquez
c) ☐ Ils peuvent obtenir une décision de justice anténatale confirmant leur parenté juridique : expliquez les conditions d'obtention de cette décision
d) ☐ Ils peuvent obtenir une décision de justice postnatale (c-à-d., un transfert de filiation) : expliquez les conditions d'obtention de cette décision
e) ☐ Ils peuvent adopter l'enfant : expliquez, en précisant si l'application de la Convention de 1993 a été tentée à cet égard[35] :
f) ☐ Autre moyen : précisez

Expliquez la procédure applicable pour les options cochées ci-dessus et le cas échéant, les conditions particulières qui s'appliquent aux parents d'intention résidant *à l'étranger* :

Indiquez en outre si le consentement de la mère porteuse, et éventuellement celui de son mari ou de son partenaire, est nécessaire pour ces procédures et les conséquences si ce consentement n'est pas disponible au moment opportun :

77. Décrivez la procédure, y compris les formalités d'immigration et les formalités légales, que doivent accomplir les parents d'intention résidant à l'étranger pour *quitter* votre État avec un enfant né par suite d'une convention de maternité de substitution :

Indiquez le délai nécessaire pour accomplir ces formalités :

---

[34] Par ex. voir clause 34(19) de l'*Indian Assisted Reproductive Technologies (Regulation) Bill 2010*, non encore voté, expliqué dans le Doc. prél. No 10 de mars 2012 (note 1) au para. 45. De plus, les conditions d'obtention d'un visa en Inde imposent désormais une condition d'effet similaire aux ressortissants étrangers qui se rendent en Inde pour conclure une convention de maternité de substitution : les parents d'intention doivent avoir un courrier de l'ambassade de leur État de résidence indiquant que l'État reconnaît la maternité de substitution et que l'enfant sera autorisé à entrer sur le territoire de cet État. Voir aussi le projet de loi ukrainien No 0989 (anciennement No 8282) sur les restrictions relatives au recours à la procréation médicalement assistée (rejeté par le Parlement ukrainien le 21 mars 2013). Ce projet envisageait également des restrictions aux conventions de maternité de substitution pour les ressortissants des États dont la loi interdit la maternité de substitution.
[35] Voir plus haut la note 31 concernant la réunion de la Commission spéciale de 2010 sur le fonctionnement pratique de la Convention de 1993 qui concluait que l'utilisation de la Convention de 1993 dans le cadre de conventions de maternité de substitution à caractère international était « inappropriée ».

Si la réponse à cette question dépend des facteurs indiqués ci-dessous, donnez une brève explication, en expliquant l'impact d'un facteur précis sur la procédure à suivre et sur les délais.

Cochez toutes les réponses applicables :
a) ☐ Pays dans lequel vivent les parents d'intention : expliquez
b) ☐ Documents produits par les parents d'intention pour établir leur parenté juridique (extrait d'acte de naissance, reconnaissance volontaire, décision de justice, etc.) : expliquez
c) ☐ Lien de parenté génétique entre l'enfant et l'un des parents d'intention ou les deux : expliquez
d) ☐ Nationalité des parents d'intention : expliquez
e) ☐ Autre facteur : expliquez

78. Les autorités de votre État ont-elles coopéré au plan administratif ou judiciaire avec les autorités d'un autre État pour résoudre une affaire de CMSI ?

☐ Oui – précisez :
a) Les autorités qui sont intervenues dans chaque État :
b) La nature de la coopération :
c) Si la coopération était le résultat de la législation, de lignes directrices ou de la pratique :
d) Le résultat :

☐ Non

79. En général, quelle est l'issue de ces affaires dans votre État pour l'enfant ?

Cochez toutes les réponses applicables :
a) ☐ L'enfant peut quitter le territoire de votre État, se rendre dans l'État de résidence des parents d'intention, y résider avec eux *et* ceux-ci sont reconnus comme ses parents juridiques.
Expliquez comment ce résultat est obtenu :
b) ☐ L'enfant peut quitter votre État, se rendre dans l'État de résidence des parents d'intention, y résider avec eux *mais* au moins un des parents d'intention n'est pas reconnu comme le parent juridique de l'enfant : expliquez
c) ☐ L'enfant peut quitter votre État mais il ne peut pas se rendre dans l'État de résidence des parents d'intention et doit rester dans votre État : expliquez ce qu'il est advenu de l'enfant dans ces situations
d) ☐ L'enfant ne peut pas quitter votre État : expliquez pourquoi et ce qu'il est advenu de l'enfant dans ces situations
e) ☐ Autres : précisez

Indiquez si possible laquelle des cinq issues ci-dessus est la plus fréquente dans votre État :

***Difficultés rencontrées***

80. Expliquez les problèmes juridiques rencontrés par votre État dans le cadre d'Affaires sortantes de CMSI.

*Cochez toutes les cases applicables et donnez une explication en précisant le(s) pays concerné(s). Lorsque vous citez une jurisprudence, donnez le texte complet de la décision, accompagné si possible d'une traduction française ou anglaise.*

Problèmes concernant :
a) ☐ La possibilité pour l'enfant de quitter votre État :

b) ☐ La possibilité pour l'enfant d'entrer sur le territoire de l'État de résidence de ses parents d'intention :
c) ☐ La possibilité pour l'enfant de résider dans l'État de résidence de ses parents d'intention :
d) ☐ La nationalité de l'enfant :
e) ☐ La filiation juridique de l'enfant :
f) ☐ Le comportement de certaines parties jugé criminel en vertu des normes juridiques internationales ou des règles internes des pays concernés (traite, vente d'enfants, exploitation des femmes, etc.) :
g) ☐ Le traitement de la mère porteuse dans un État quel qu'il soit (par ex. si son consentement a été libre et éclairé, concernant les paiements financiers qui lui ont été faits, les soins médicaux dispensés, etc.) : précisez
h) ☐ La rupture de la CMSI, par exemple parce qu'une des parties revient sur ses engagements en raison du handicap de l'enfant ou de son état de santé, du souhait de la mère porteuse de garder l'enfant, de la séparation des parents d'intention ou d'une erreur de gamètes commise par la clinique ou pour un autre motif, etc. : expliquez
i) ☐ Autres : précisez

Indiquez ici toute autre information qui vous semble utile en ce qui concerne les problèmes ci-dessus :

81. À l'aide des catégories ci-dessous, donnez toute information dont vous disposez concernant les frais que des parents d'intention résidant à l'étranger ont payés pour une CMSI dans votre État. Si, d'après votre expérience, les frais sont très variables en fonction du pays dont les parents d'intention étaient résidents, précisez pays par pays.

Cochez toutes les réponses applicables et donnez les chiffres dont vous disposez en indiquant le bénéficiaire des sommes payées et les services correspondants :
a) ☐ Frais médicaux :
b) ☐ Frais juridiques :
c) ☐ Honoraires et autres frais payés à un intermédiaire, par exemple une agence de mères porteuses :
d) ☐ Dépenses et autres frais payés à la mère porteuse :
e) ☐ Autres : précisez

***Préoccupations***

82. Les aspects suivants suscitent-ils des préoccupations pour les autorités de votre État dans ces affaires ?

Pour chaque réponse, précisez si possible vos préoccupations particulières dans le champ prévu à cet effet :

a) ☐ Incertitude quant au statut juridique des enfants nés par suite d'une CMSI, en particulier eu égard à leur filiation juridique :
b) ☐ Nationalité des enfants nés par suite d'une CMSI :
c) ☐ Droit des enfants nés par suite d'une CMSI de connaître leurs origines (origines génétiques et celles de leur naissance) :
d) ☐ Consentement libre et éclairé de la mère porteuse à la convention de maternité de substitution :
e) ☐ Impact psychologique d'une CMSI sur la mère porteuse :
f) ☐ Soins médicaux et autres soins dispensés à la mère porteuse :
g) ☐ Aspects financiers des CMSI :
h) ☐ Compétence ou conduite des intermédiaires (avocats, agences, etc.) :
i) ☐ Informations (éventuellement trompeuses) données aux parents d'intention ou aux mères porteuses :

j) ☐ Qualifications des parents d'intention et aptitudes à s'occuper de l'enfant (par ex. du point de vue de l'âge, du casier judiciaire, du profil psychosocial, etc.) :
k) ☐ Aspects contractuels, par exemple problèmes concernant l'applicabilité de la convention de maternité de substitution ou la capacité d'une partie à conclure la convention :
l) ☐ Autre aspect :

Indiquez (à l'aide des lettres correspondantes ci-dessus) les préoccupations les plus graves parmi celles que vous avez signalées :

***Évolutions juridiques***

83. Votre État a-t-il légiféré ou institué des règlements ou des directives visant expressément les parents d'intention ou les mères porteuses concluant des CMSI dans votre État ?

☐ Oui : expliquez
☐ Non

Si votre État envisage de légiférer ou d'instituer des règlements ou directives, donnez des informations complémentaires :

84. Indiquez ici toute autre information qui vous paraît utile concernant l'expérience de votre État des Affaires sortantes de CMSI :

**Partie IV : Instruments bilatéraux ou multilatéraux existants** dans le domaine

85. Indiquez les instruments bilatéraux, régionaux ou multilatéraux qui lient ou pourraient lier à l'avenir votre État concernant :

a) Les questions relatives à l'établissement, à la reconnaissance ou à la contestation de la filiation juridique des enfants ;

La Belgique a ratifié la Convention (n° 5) de la Commission Internationale de l'Etat civil portant extension de la compétence des autorités qualifiées pour recevoir les reconnaissances d'enfants naturels, signée à Rome le 14 septembre 1961. Cette Convention est entrée en vigueur en Belgique le 16 septembre 1967.

En outre, la Belgique a ratifié la Convention (n° 1) de la Commission Internationale de l'Etat civil relative à la délivrance de certains actes de l'état civil destinés à l'étranger, signée à Paris le 27 septembre 1956. Cette Convention est entrée en vigueur en Belgique le 8 mars 1975. Elle prévoit que les extraits des actes de l'état civil constatant la naissance, le mariage ou le décès pourront, lorsque leur utilisation dans le pays où ils sont réclamés nécessite une traduction, être établis conformément aux énonciations contenues dans la Convention et aux formules annexées à la Convention. Ces énonciations et formules mentionnent la filiation pour l'extrait de l'acte de naissance. La Belgique a également ratifié la Convention (n° 16) de la Commission Internationale de l'Etat civil relative à la délivrance d'extraits plurilingues d'actes de l'état civil, signée à Vienne le 8 septembre 1976. Cette Convention est entrée en vigueur en Belgique le 2 septembre 1997. Elle prévoit que les extraits des actes de l'état civil constatant la naissance, le mariage ou le décès sont, lorsqu'une partie intéressée le demande ou lorsque leur utilisation nécessite une traduction, établis conformément aux formules annexées à la Convention. Dans ces formules, la filiation apparaît pour l'extrait de l'acte de naissance.

La Belgique a également ratifié la Convention (n° 3) de la Commission Internationale de l'Etat civil concernant l'échange international d'informations en matière d'état civil, signée à Istanboul le 4 septembre 1958 - cette Convention est entrée en vigueur en Belgique le 8 mars 1975 - et le Protocole additionnel (n° 23) à la Convention précitée signé à Patras le 6 septembre 1989 - cette Convention est entrée en vigueur en Belgique le 1er septembre 1997.

En ce qui concerne l'adoption, la Belgique a ratifié la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale. Cette Convention est entrée en vigueur en Belgique le 1er septembre 2005.

b) Les questions spécifiquement liées aux conventions de maternité de substitution ;

A ce jour, il n'y a pas d'instrument.

Donnez ici toutes les précisions qui vous semblent utiles :

**Partie V :** Avis sur **d'éventuels travaux**

86. À votre avis, si des travaux devaient être menés sur le plan international dans ce domaine, à quels **besoins** devraient-ils répondre ?

Décrivez ici ces besoins : La réponse aux questions développées dans la partie V ne font pas l'objet d'un consensus au niveau politique belge.

87. À votre avis, quelle **approche** faudrait-il adopter concernant l'encadrement des questions mentionnées dans ce Questionnaire.

*Dans cette réponse, vous voudrez peut-être considérer et commenter les réflexions exposées à la Section VIII du Document préliminaire No 11 de mars 2011 et à la Section IV du Document préliminaire No 10 de mars 2012.*

*Vous voudrez peut-être aussi vous exprimer sur la **nature** d'un futur encadrement :* c-à-d.*, s'il faut envisager un instrument contraignant ou si des approches comme une loi-type, des principes ou directives non contraignants, etc. répondraient aux besoins que vous avez cernés plus haut à la **question 0**.*

88. Si la Conférence de La Haye devait élaborer un instrument mondial sur les questions de droit international privé relatives au statut des enfants (en particulier la reconnaissance transfrontière de la filiation juridique), quels aspects généraux serait-il *souhaitable* d'incorporer à cet instrument ?

Cochez toutes les réponses applicables (et veuillez noter que ces caractéristiques ne s'excluent pas mutuellement et peuvent se recouper partiellement) :

***Statut juridique de l'enfant***

a) ☐ Harmonisation des règles de droit international privé relatives à l'établissement, à la reconnaissance et à la contestation de la filiation juridique : précisez
b) ☐ Reconnaissance *par effet de la loi* dans tous les États parties de la filiation juridique des enfants établie dans un État partie conformément aux règles de l'instrument : précisez

***Garanties***

c) ☐ Instauration de garanties (règles minimum) pour que les procédures d'établissement, de reconnaissance et de contestation de la filiation juridique respectent les droits fondamentaux et le bien-être de toutes les parties concernées, en particulier des enfants : précisez

***Coopération***

d) ☐ La mise en place d'un système de coordination, de communication et de coopération entre les États en ce qui concerne l'établissement, la reconnaissance et la contestation de la filiation juridique. Ce système pourrait prévoir une répartition claire des responsabilités entre les États et la création de circuits de communication entre les autorités concernées.

Précisez. Indiquez notamment s'il vous semble nécessaire d'instituer des « autorités centrales » dans ce système :

***Autre aspects***

e) ☐ Autre : précisez

89. Si la Conférence de La Haye devait élaborer un instrument mondial consacré aux conventions de maternité de substitution à caractère international[36], quels aspects généraux, parmi ceux qui sont indiqués ci-dessous, serait-il *souhaitable* d'incorporer à cet instrument ?

Cochez toutes les réponses applicables (et veuillez noter que ces éléments ne s'excluent pas mutuellement et peuvent se recouper partiellement) :

***Statut juridique de l'enfant***

a) ☐ Harmonisation des règles de droit international privé relatives à l'établissement, à la reconnaissance et à la contestation de la filiation juridique, limitée à la filiation juridique résultant d'une convention de maternité de substitution : précisez
b) ☐ Reconnaissance *par effet de la loi* dans tous les autres États parties de la filiation juridique des enfants établie dans un État partie à la suite d'une convention de maternité de substitution conformément aux règles de l'instrument : précisez
c) ☐ Dispositions concernant la nationalité des enfants : précisez

***Garanties***

d) ☐ Instauration de garanties (règles minimum) garantissant que ces conventions respectent les droits fondamentaux et le bien-être de toutes les parties concernées, c-à-d., l'enfant à naître, la mère porteuse et les parents d'intention : précisez, notamment en ce qui concerne les éléments pour lesquels des règles minimum vous semblent nécessaires (par ex., le consentement libre et éclairé de la mère porteuse, le droit de l'enfant de connaître ses origines, etc.)
e) ☐ Garanties (règles minimum) visant spécifiquement les intermédiaires intervenant dans ces conventions (par ex., agences de mères porteuses, avocats, etc.). Ces règles peuvent être associées à un système d'agrément et de surveillance pour garantir la conformité : précisez

---

[36] Voir plus haut la **Partie III** du Questionnaire.

f) ☐ Garanties (règles minimum) visant expressément les établissements médicaux accomplissant les procédures liées aux conventions de maternité de substitution à caractère international : précisez

***Coopération***

g) ☐ Instauration d'un système de coordination, de communication et de coopération entre les États concernant ces conventions. Ce système pourrait opérer une répartition claire des responsabilités entre les États prévoyant par exemple : (a) qu'il reviendrait aux autorités compétentes de l'État de résidence habituelle des parents d'intention de décider si ceux-ci sont qualifiés pour conclure une convention et que tout enfant né par suite de cette convention sera autorisé à entrer sur le territoire de leur État et à y résider[37] ; et (b) qu'il reviendrait aux autorités compétentes de l'État de résidence habituelle de la mère porteuse de décider que celle-ci est qualifiée et apte à conclure cette convention et que l'enfant sera autorisé à quitter cet État après sa naissance. Le système de coopération pourrait aussi prévoir des procédures précises à suivre par les parties à ces conventions.

Précisez. Indiquez notamment s'il vous semble nécessaire d'instituer des « autorités centrales » dans ce système :

***Autres***

h) ☐ Dispositions concernant les aspects financiers des conventions de maternité de substitution à caractère international : précisez
i) ☐ Autres : précisez

[37] Suivant la tendance observée dans certains États où des conventions de maternité de substitution sont régulièrement conclues, consistant à tenir compte de la situation juridique dans l'État de résidence habituelle des parents d'intention avant d'autoriser la convention de maternité de substitution : voir plus haut note 34.

90. Quelle priorité accorderiez-vous aux travaux préparatoires à un futur instrument sur les questions de droit international privé relatives au statut des enfants (en particulier, la reconnaissance transfrontière de la filiation juridique) en général ?

a) ☐ Priorité élevée / urgent
b) ☐ Priorité moyenne – souhaitable mais non urgent
c) ☐ Priorité faible – sans doute souhaitable mais d'autres projets sont prioritaires
d) ☐ Non prioritaire – ce domaine ne devrait pas donner lieu à d'autres travaux
e) ☐ Autre : précisez

91. Quelle priorité accorderiez-vous aux travaux préparatoires à un futur instrument expressément consacré aux difficultés résultant des conventions de maternité de substitution à caractère international ?

a) ☐ Priorité élevée / urgent
b) ☐ Priorité moyenne – souhaitable mais non urgent
c) ☐ Priorité faible – sans doute souhaitable mais d'autres projets sont prioritaires
d) ☐ Non prioritaire – ce domaine ne devrait pas donner lieu à d'autres travaux
e) ☐ Autre : précisez

92. Indiquez ci-après tout autre commentaire sur un possible encadrement des aspects abordés dans ce Questionnaire :

**Le Bureau Permanent vous remercie du temps que vous avez consacré à ce Questionnaire ; ces informations lui seront extrêmement utiles pour ses travaux.**