

Le droit face à un don de vie ? Réflexions sur le fœtus et l'enfant dans la gestation pour autrui.

Mémoire réalisé par
Manon Knockaert

Promoteur(s)
Geneviève Schamps

Année académique 2014-2015
Master en droit

Le plagiat entraîne l'application des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens de l'UCL.

Il y a lieu d'entendre par « plagiat », l'utilisation des idées et énonciations d'un tiers, fussent-elles paraphrasées et quelle qu'en soit l'ampleur, sans que leur source ne soit mentionnée explicitement et distinctement à l'endroit exact de l'utilisation.

La reproduction littérale du passage d'une oeuvre, même non soumise à droit d'auteur, requiert que l'extrait soit placé entre guillemets et que la citation soit immédiatement suivie de la référence exacte à la source consultée.*.

En outre, la reproduction littérale de passages d'une oeuvre sans les placer entre guillemets, quand bien même l'auteur et la source de cette oeuvre seraient mentionnés, constitue une erreur méthodologique grave pouvant entraîner l'échec.

* A ce sujet, voy. notamment <http://www.uclouvain.be/plagiat>.

Remerciements

Je tiens à remercier en premier lieu Madame Schamps, ma promotrice, pour ses conseils, sa bonne humeur, son expertise et pour l'intérêt qu'elle a pu me transmettre pour le droit biomédical.

Je remercie également mes parents, ma soeur et ma belle-soeur pour leur soutien inconditionnel dans la rédaction de ce mémoire ainsi que tout au long de ces cinq dernières années.

Merci également à Virginie E. pour son aide précieuse.

Et enfin, merci à ma grand-mère qui a surveillé de très près mon travail depuis Là-Haut.

Le droit face à un don de vie ?
Réflexions sur le fœtus et l'enfant dans
la gestation pour autrui.

Table des matières

Introduction.....	8
CHAPITRE I : Remarques préliminaires	10
Section 1 : La gestation pour autrui en Belgique.....	10
Section 2 : Les procréations médicalement assistées et la gestation pour autrui.....	11
CHAPITRE II : Avant la gestation	12
Section 1 : Le contrat	12
§1. En droit belge.....	12
a) Définition.....	12
b) Appréciations.....	13
§2. Regard sur le droit étranger	15
Section 2 : L'accès à la gestation pour autrui.....	18
§1. La situation belge.....	18
§2. Regard sur le droit étranger	19
Section 3 : Le lien entre le couple d'intention et la mère porteuse.....	20
§1: Enjeu de la problématique	20
§2. En Belgique.....	21
§3. Regard sur le droit étranger	21
CHAPITRE III : Pendant la gestation.....	23
Section 1 : L'interruption volontaire de grossesse	23
§1. La position de la Cour européenne des droits de l'homme.....	23
§2. La législation belge en matière d'interruption volontaire de grossesse.....	24
§3. Regard sur le droit étranger	25
Section 2 : Le refus de traitements médicaux par la mère portant atteinte au fœtus.....	27
Section 3 : Le comportement de la mère porteuse pendant la grossesse	29
§1. Témoignages.....	29
§2. Approche juridique de droit comparé	31
Section 4 : Réflexions sur la possibilité d'un contrat au regard du respect de la vie privée et familiale de la mère porteuse	32
§1. La vie privée	33
§2. La dignité humaine	35
CHAPITRE IV : À la naissance	37
Section 1 : Établissement du lien de filiation avec le couple d'intention	37
§1. La situation en Belgique	37
a) L'intérêt de l'enfant	37
b) La filiation maternelle	37

c) La filiation paternelle.....	39
§2. Regard sur le droit étranger	41
Section 2 : Les couples homosexuels	44
§1. Positionnement du débat.....	44
§2. La position de la Cour européenne des droits de l’homme.....	45
§3. Le droit belge	46
Section 3 : Le délai laissé à la mère porteuse pour donner son consentement	49
Section 4 : La naissance d'un enfant handicapé	52
Section 5 : La reconnaissance de GPA faite à l'étranger.....	57
Section 6 : La parentalité, une idée nouvelle en droit belge	60
CHAPITRE V : L'enfant et la connaissance des origines	63
Section 1 : Enjeux de la question.....	63
Section 2 : Anonymat et secret	64
Section 3 : Avis du Comité consultatif de Bioéthique.....	66
Section 4 : Droit européen et international	66
§1. La Convention européenne des droits de l’homme	66
§2. La Convention des droits de l’enfant.....	68
Section 5 : Connaissance des origines et gestation pour autrui : les législations étrangères	69
CHAPITRE VI : Les derniers bouleversements en France	70
Section 1 : La gestation pour autrui en droit interne.....	70
Section 2 : La reconnaissance en France des gestations pour autrui faites à l'étranger	71
Conclusion	76

Introduction

La gestation pour autrui, aussi appelée maternité de substitution, ou mère porteuse, est une situation que rencontrent certains couples provenant de pays divers et qui soulève de nombreux débats. Pointée du doigt ou vue comme un geste de solidarité et comme un don unique, la gestation pour autrui n'a pas une existence paisible.

Certains voient dans la maternité de substitution, un « marchandage » du corps et une « vente » de bébés. D'autres sont plus sensibles au désir d'enfant et à la tristesse profonde des couples qui ne peuvent en avoir de façon « naturelle » pour des raisons médicales douloureuses. Ces dernières années, la question de la gestation pour autrui a ressurgi de manière importante, parfois virulente. C'est oublier que les mères porteuses ont toujours existé. Dans la Rome antique, déjà, on parle de « *ventrem locare* » et certains textes religieux évoquent notamment Sarah, Rachel et Léa qui firent appel à leur servante pour avoir un enfant. Ce qui a changé, c'est l'intervention extérieure de la science, avec l'apparition de nouvelles techniques de procréation. Désormais, il n'est plus nécessaire que la mère porteuse ait un rapport sexuel avec l'homme du couple commanditaire pour qu'il y ait grossesse¹.

Au travers de divers cheminements, nous suivrons l'enfant de sa conception à sa première respiration, et jusqu'au moment où il sera en âge de poser des questions.

En premier lieu, nous nous intéresserons à la conception de l'enfant et aux conditions d'accès à la gestation pour autrui. Le bébé doit-il être né des gamètes de ses deux parents d'intention ? Qu'en est-il des couples de même sexe ? Peut-on imaginer l'intervention d'un contrat dans ce domaine ? L'intérêt futur de l'enfant implique également de réfléchir, avant de mettre en œuvre le processus, à l'identité de la mère porteuse. Sera-t-elle un membre de la famille, une amie du couple d'intention ou non ?

¹ N. MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 819.

S'en suivront ensuite la grossesse et les interrogations soulevées par l'avortement par la mère porteuse, son comportement pendant les neuf mois, son éventuel refus de traitements médicaux portant atteinte au fœtus. Nous nous poserons également la question des clauses contractuelles possibles et de leur impact sur sa vie privée et sa dignité.

Puis, un petit bébé voit le jour. Comment déterminer sa filiation ? Par un contrat ? Par un juge ? Par les règles du droit commun ou par une modification des règles de la filiation pour s'adapter à ce processus original ? Le consentement de la mère porteuse à « passer le titre » de maman à la mère d'intention doit-il être requis ? Et si l'enfant naît handicapé ? Nous verrons qu'une piste intéressante se dégage en droit belge à travers la notion de parentalité.

Et plus tard, que faire si l'enfant veut connaître ses origines ? Faut-il instaurer le secret quant à son mode de conception ?

Nous terminerons en exposant le droit français qui a connu, au mois de juillet 2014, un bouleversement dans le domaine de la gestation pour autrui et qui en dit long, sans le dire explicitement, sur l'avenir de celle-ci.

Si la Cour européenne des droits de l'homme reconnaît l'existence d'un véritable droit au recours aux procréations médicalement assistées pour avoir un enfant², elle n'admet toutefois pas que ce droit implique nécessairement une obligation pour les États d'autoriser, dans leur propre système juridique interne, l'accès à la gestation pour autrui³. Les États disposent encore à l'heure actuelle d'une large marge de manœuvre. Voilà pourquoi il est intéressant de faire du droit comparé et d'explorer les diverses solutions apportées par différents pays à toutes ces questions.

² Voyez notamment, Cour eur. D.H., arrêt *Evans c. Royaume-Uni* du 10 avril 2007, req. n° 6339/05 et Cour eur. D.H., arrêt *Dickson v. Royaume-Uni* du 4 décembre 2007, req. n° 44362/04.

³ G. WILLEMS, « La gestation pour autrui : brève synthèse des réflexions relatives à un éventuel encadrement législatif », *Annales de Droit de Louvain*, vol. 74, 2014, n° 1, pp. 118-119.

Si l'embryon et le fœtus ne sont pas considérés comme des personnes en droit belge⁴, il reste que dans la gestation pour autrui, ils sont destinés à devenir le plus beau cadeau qu'un couple en mal de fonder une famille puisse espérer. Et un cadeau, il faut en prendre soin, du début à la fin.

CHAPITRE I: Remarques préliminaires

Section 1 : La gestation pour autrui en Belgique

Nous trouvons utile de rappeler en quelques mots la position de la Belgique en matière de gestation pour autrui. À l'heure actuelle, aucune loi ne l'autorise. Bien qu'elle ne soit pas expressément autorisée, la gestation pour autrui n'en est pas pour autant interdite⁵. Dès lors, le flou juridique a permis l'appel aux mères porteuses dans notre pays. Certains centres médicaux (Saint-Pierre à Bruxelles, La Citadelle à Liège ainsi que les hôpitaux universitaires de Gand et Anvers⁶) acceptent, sous des conditions médicales très strictes et après un examen approfondi du dossier, d'avoir recours à cette technique de procréation. En l'absence de cadre légal, ils ont pris les choses en mains. Le recours à une mère porteuse pour des raisons de pure convenance est rejeté⁷. En effet, l'acceptation d'intervention par le corps médical dépend de la démonstration d'une absence d'utérus ou d'une anomalie grave qui rendrait la grossesse dangereuse pour la femme ou pour la santé de son bébé⁸.

Ainsi, à l'hôpital Saint-Pierre à Bruxelles, la mère porteuse ne peut être âgée de plus de 40 ans et ne doit pas présenter de risques particuliers. Aucun projet de gestation pour autrui n'est accepté lorsque la mère d'intention est âgée de 43 ans ou plus. Il revient également à l'hôpital de s'assurer que la gestation pour autrui soit faite

⁴ Y.-H. LELEU et G. GENICOT, "La maîtrise de son corps par la personne", *J.T.*, 1999, p. 597.

⁵ G. VERSCHULDEN ET J. VERHELLEN, « Belgium », in *International Surrogacy Arrangements. Legal Regulation at the International Level*, sous la dir. de K. TRIMMINGS et P. BEAUMONT, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2013, p. 49.

⁶ Site internet: <http://www.lalibre.be/actu/belgique/l-ampleur-du-cadre-legal-pour-la-gestation-pour-autrui-fait-debat-au-senat-54eb65a435701001a1e498efv> (consulté le 8 mars 2015)

⁷ C. AUTIN, « Gestation pour autrui : expérience d'un centre belge de procréation médicalement assistée », in *La gestation pour autrui : vers un encadrement?*, sous la coord. de G. SCHAMPS et J. SOSSON, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 9-21.

⁸ N. MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître*, loc. cit., p. 814.

de manière altruiste et non par nécessité commerciale pour la mère porteuse. Dans 80% des cas, la femme qui portera l'enfant est le plus souvent une sœur ou une amie très proche. Le couple d'intention ainsi que la mère porteuse et son éventuel conjoint bénéficient d'une consultation avec un avocat, un gynécologue et un psychologue ou psychiatre. Chacune des parties est consultée séparément. Les difficultés qui peuvent survenir lors de toute grossesse et la dimension d'un projet parental mené à plusieurs sont également discutées avec le gynécologue. Celui-ci prend soin aussi d'expliquer à la mère porteuse les éventuelles implications de sa grossesse pour autrui sur ses propres enfants⁹, à qui il faudra expliquer que maman porte un bébé qui ne sera pas leur frère ou leur sœur et qu'ils ne verront pas grandir¹⁰.

Enfin, lors d'une ultime consultation avec le psychologue ou le psychiatre, sont discutés notamment les sujets relatifs au comportement de la mère porteuse pendant la grossesse et à sa libre acceptation des restrictions de son autonomie (mode de vie, vie professionnelle, etc.). Cela permet au centre hospitalier de s'assurer que toutes les parties sont pleinement conscientes, tant au niveau juridique, médical que psychologique des risques que suppose le recours à une telle pratique. Un accompagnement de la mère porteuse et du couple d'intention est prévu tout au long du processus et au-delà, pendant la période du *post-partum* (période allant de l'accouchement au retour des premières règles)¹¹.

Section 2 : Les procréations médicalement assistées et la gestation pour autrui

La gestation pour autrui et les méthodes de procréation médicalement assistées ont toutes pour point de départ des problèmes de fertilité. Leur finalité est d'apporter une réponse médicale aux couples souffrant de stérilité¹².

⁹ C. AUTIN "Gestation pour autrui: expérience d'un centre belge de procréation médicalement assistée", in *La gestation pour autrui : vers un encadrement?*, sous la coord. de G. SHAMPS et J. SOSSON, *loc. cit.*, pp. 9-21.

¹⁰ L. ROEGIER, "Gestation pour autrui: essai sur le point de vue de l'enfant", in *La gestation pour autrui: vers un encadrement?*, sous la coord. de G. SCHAMPS et J. SOSSON, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 51-52.

¹¹ C. AUTIN "Gestation pour autrui: expérience d'un centre belge de procréation médicalement assistée", in *La gestation pour autrui : vers un encadrement?*, sous la coord. de G. SHAMPS et J. SOSSON, *loc. cit.*, pp. 9-21.

¹² N. MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître*, *loc. cit.*, p. 813.

Si ces différentes méthodes ont des points communs, elles n'en sont pas pour autant identiques. Il existe en effet une différence fondamentale entre la gestation pour autrui et la procréation médicalement assistée. La gestation pour autrui est le seul cas où la mère d'intention n'est pas, en même temps, la femme qui porte l'enfant. Dans ce cas, la mère d'intention ne fait pas l'expérience physique de la grossesse et ne construit pas de liens prénataux avec l'enfant¹³. Nous verrons que cela a des conséquences importantes au niveau de la filiation. Dans les procréations médicalement assistées par fécondation *in vitro* ou par insémination artificielle, le rattachement de l'enfant à sa mère est facilité par l'application de l'article 312 du Code civil¹⁴. Celui-ci prévoit que l'enfant a pour mère celle dont le nom est inscrit dans l'acte de naissance, qui est nécessairement la femme qui en a accouché. Nous verrons que cette règle, également applicable dans la gestation pour autrui, ne permet pas de rattacher juridiquement l'enfant à la mère d'intention.

Précisons que la loi du 6 juillet 2007¹⁵ pourrait s'appliquer dans la gestation pour autrui dans les cas de prélèvement de gamètes chez le couple demandeur et de fécondation *in vitro*¹⁶.

CHAPITRE II : Avant la gestation

Section 1 : Le contrat

§1. En droit belge

a) Définition

Le contrat de gestation pour autrui peut se définir comme étant « *un contrat synallagmatique qui contient l'accord d'une femme, la gestatrice, qui s'engage à se faire féconder par insémination artificielle ou par fécondation in vitro avec le sperme du mari ou du compagnon d'une femme stérile ou à se faire implanter un embryon conçu avec les gamètes d'un couple stérile, à porter l'enfant ainsi conçu durant toute*

¹³ Avis du Comité Consultatif de Bioéthique n° 30 du 5 juillet 2004 relatif à la gestation pour autrui, p. 5.

¹⁴ N. GALLUS, *Le droit de la filiation. Rôle de la vérité socio-affective et de la volonté en droit belge*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 377.

¹⁵ Loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes, *M.B.*, 17 juillet 2007, p. 38575.

¹⁶ N. GALLUS, *Le droit de la filiation. Rôle de la vérité socio-affective et de la volonté en droit belge*, loc. cit., p. 356.

la période de gestation, à en accoucher et à le céder, après la naissance, au couple stérile, le couple commanditaire. De son côté, le couple stérile s'engage à accueillir l'enfant et, le cas échéant, à rémunérer la gestatrice »¹⁷.

b) Appréciations

Ce contrat est illicite en Belgique au motif qu'il porte atteinte au principe de l'indisponibilité du corps qui est hors commerce et de l'indisponibilité de l'état des personnes¹⁸. Toutefois, certains contestent cette approche : si on ne peut disposer du corps d'autrui, l'autonomie individuelle permettrait de disposer soi-même de son propre corps. La seule balise à l'autonomie et à l'utilisation de son corps serait le consentement personnel, donné en pleine connaissance de cause et qui serait à tout moment révocable¹⁹. La personne devrait également avoir la capacité de discernement, indispensable pour prendre ce genre de décision. Suivant cette approche, l'idée même d'un contrat de gestation pour autrui serait *en soi* licite pour autant que la mère porteuse, capable, ait donné son consentement et que cela se fasse de manière gratuite²⁰. Nous reviendrons sur cette question.

Un autre argument s'oppose à la conclusion d'une telle convention : celle-ci est contraire au droit fondamental que possède toute femme d'établir sa maternité. Un contrat ayant pour conséquence que, de manière anticipée, la mère porteuse s'engage définitivement et pour l'avenir à ne pas revendiquer ses droits sur l'enfant qu'elle a porté n'aurait dès lors pas sa place dans l'ordre juridique belge²¹.

Dans la pratique, cependant, les centres médicaux concluent avec tous les protagonistes ce qui peut être qualifié de « contrat d'honneur », car il n'a, pour le moment, aucune valeur juridique²². Étant invalide, et n'ayant pas force exécutoire, il

¹⁷ N. MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître*, loc. cit., p. 848.

¹⁸ G. SCHAMPS et G. WILLEMS, "La convention de gestation pour autrui entre autonomie de la volonté, ordre public et droits fondamentaux: quelles garanties formelles et substantielles?", in *La gestation pour autrui: vers un encadrement?*, sous la coord. de G. SCHAMPS et J. SOSSON, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 326.

¹⁹ Voyez l'arrêt *Johnson v. Calbert* rendu aux USA qui reconnu la validité du contrat de gestation pour autrui. Le juge souleva que celui-ci avait été conclu avant le commencement du processus de fécondation et qu'une clause de rétractation était prévue ; 5 Cal. 4th 84 (1993).

²⁰ Y.-H. LELEU et G. GENICOT "La maîtrise de son corps par la personne", loc. cit., pp. 589 et s.

²¹ N. MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître*, loc. cit., pp. 868-869.

²² Avis du Comité Consultatif de Bioéthique n° 30 du 5 juillet 2004 relatif à la gestation pour autrui, p.

exclut toute possibilité de contestation devant un tribunal²³.

Toutefois, des propositions de lois ont été déposées devant la Chambre et le Sénat et il est intéressant de constater que certaines d'entre elles²⁴ prévoient la rédaction d'une convention préalablement à toute insémination. Un pas supplémentaire vers l'autonomie individuelle, la disponibilité du corps et la contractualisation dans tous les domaines de la vie serait dès lors franchi. Ces propositions se rapprochent également de l'avis exprimé par certains membres du Comité Consultatif de Bioéthique en 2004, qui considèrent que le contrat et son caractère opposable ont des conséquences positives, notamment pour la mère porteuse. Savoir qu'elle ne peut pas garder l'enfant à l'issue de la grossesse diminuerait les pressions et la culpabilité dont elle pourrait souffrir. Autre sécurité pour la mère porteuse, consciente d'être dans un processus de gestation pour autrui et ne souhaitant pas garder l'enfant : celle de ne pas se retrouver face au refus des parents d'intention en cas de naissance de jumeaux, de triplés, d'enfant handicapé.

Le caractère opposable donne également une sécurité au couple d'intention qui est assuré de voir la mère porteuse se conformer à ses obligations²⁵.

Si le droit belge évolue dans le sens d'une contractualisation, se posera alors nécessairement la question de savoir si ce contrat, quoique licite, est susceptible d'exécution forcée.

En présence d'une convention licite mais dont l'exécution forcée n'est pas possible, seuls des dommages et intérêts pourraient être réclamés par la mère porteuse ou par le couple d'intention en cas d'inexécution de ses obligations par l'autre partie²⁶.

²³ N. GALLUS, *Le droit de la filiation. Rôle de la vérité socio-affective et de la volonté en droit belge*, loc. cit., p. 366.

²⁴ Voyez le tableau synthétique de différentes propositions de lois in G. SCHAMPS et J. SOSSON, *La gestation pour autrui : vers un encadrement?*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 287 et s.

²⁵ Avis du Comité Consultatif de Bioéthique n° 30 du 5 juillet 2004 relatif à la gestation pour autrui, p. 28.

²⁶ G. SCHAMPS et G. WILLEMS, "La convention de gestation pour autrui entre autonomie de la volonté, ordre public et droits fondamentaux : quelles garanties formelles et substantielles ?", in *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, sous la dir. de G. SCHAMPS et J. SOSSON, loc. cit., p. 366.

§2. Regard sur le droit étranger

L'Angleterre, contrairement à la Belgique, s'est dotée d'une législation en matière de G.P.A.²⁷. Ce pays vient de loin. En 1985, dans l'affaire *A v C*²⁸, le juge de la Cour d'appel qualifie la gestation pour autrui de « *sordide affaire commerciale* » et indique qu'un « *tel arrangement créait une situation totalement artificielle qui n'aurait jamais dû exister et dont tout adulte responsable aurait dû empêcher la survenance* »²⁹. Mais plus tard sont adoptés le *Surrogacy Arrangements Act* de 1985 et le *Human Fertilisation and Embryology Act* de 2008³⁰. Cette législation est complète car elle traite tant des aspects médicaux de la procréation que de ses conséquences sur le plan de la filiation³¹. Ce pays ne considère pas le contrat comme illégal en soi, mais ne lui reconnaît aucune force contraignante³².

Aux **États-Unis**, il n'existe pas de législation fédérale qui s'appliquerait à tous les États. Selon le dixième amendement, les pouvoirs qui ne relèvent pas de la compétence fédérale sont laissés à l'appréciation souveraine de chaque État. En conséquence, il revient à chacun d'entre eux individuellement de se positionner quant à l'autorisation ou la prohibition du recours à la pratique des mères porteuses³³. Dans les années 1990, la Californie a connu de la gestation pour autrui dans l'affaire *Johnson v. Calvert*³⁴. Monsieur et Madame Calvert, couple d'Américains mariés, concluent avec Anna Johnson une convention de gestation pour autrui. Cette dernière s'engage contractuellement à porter l'enfant jusqu'au terme de la grossesse et à ne pas revendiquer un quelconque droit parental, moyennant le versement d'une somme de 10.000 dollars. La mère porteuse n'a aucun lien génétique avec l'enfant. En septembre 1990, Anna Johnson accouche d'un petit garçon dont les tests génétiques

²⁷ E. STEINER, "Angleterre. Maternité pour le compte d'autrui: entre prohibition et permission", in *Gestation pour autrui: surrogate motherhood*, sous la dir. de F. MONÉGER, Paris, SLC, 2011, p. 39.

²⁸ *A v C* [1985] *FLR* 453.

²⁹ E. STEINER, "Angleterre. Maternité pour le compte d'autrui: entre prohibition et permission", in *Gestation pour autrui: surrogate motherhood* sous la dir. de F. MONÉGER, *loc. cit.*, p. 40.

³⁰ G. WILLEMS et J. SOSSON, "Légiférer en matière de gestation pour autrui: quelques repères de droit comparé et de droit international", in *La gestation pour autrui: vers un encadrement?*, sous la coord. de G. SCHAMPS et J. SOSSON, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 253.

³¹ E. DOS REIS, G. RUFFIEUX, J. TEREL et G. WILLEMS, "La maternité de substitution", in *Parenté, filiation, origines*, sous la dir. de H. FULCHIRON et J. SOSSON, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 197.

³² E. STEINER, "Angleterre. Maternité pour le compte d'autrui: entre prohibition et permission", in *Gestation pour autrui: surrogate motherhood* sous la dir. de F. MONÉGER, *loc. cit.*, p. 41.

³³ S. H. SNYDER, "United States of America", in *International Surrogacy Arrangements. Legal Regulation at the International Level*, sous la dir. de K. TRIMMINGS et P. BEAUMONT, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, p. 388 (traduction libre).

³⁴ 5 Cal. 4th 84 (1993).

révèlent qu'il y a 99,999% de chance que Monsieur et Madame Calvert soient, outre les parents d'intention, également les parents génétiques de l'enfant. La Californie ne dispose pas encore à cette époque d'une législation sur la gestation pour autrui. Le juge décide que ce contrat n'est pas contraire à l'ordre public, qu'ayant été conclu avant l'insémination de l'embryon conçu *in vitro* et donnant la possibilité d'une renonciation, il est tout à fait valable et exécutoire. Le juge souligne que la mère porteuse sait, par les termes de l'accord, qu'elle va devoir se séparer de l'enfant à sa naissance et n'ayant pas utilisé sa faculté de renonciation, qu'elle doit s'exécuter. Pour appuyer la validité du contrat, le juge relève l'existence de plusieurs droits fondamentaux, à savoir le respect de la vie privée qui inclut le droit d'un choix de la procréation, la liberté dans les matières familiales et la liberté d'association.

Lors du procès, un expert atteste qu'il n'y a aucune preuve d'un quelconque attachement qui se créerait pendant la grossesse entre l'enfant et la femme qui le porte. Il explique également à l'audience qu'il est peu probable que la mère porteuse se lie psychologiquement à l'enfant lorsqu'aucun lien génétique n'existe entre eux.

Le juge conclut qu'il est dans l'intérêt de l'enfant de ne pas avoir trois parents (la mère porteuse et les parents d'intention) et que la vérité génétique doit primer sur la réalité biologique (la grossesse). Monsieur et Madame Calvert deviennent ainsi les parents légaux d'un petit garçon grâce à un contrat de gestation pour autrui jugé valable et licite³⁵.

Le 1er janvier 2013 sont entrées en vigueur dans le *Family Code* de droit californien les dispositions relatives à la gestation pour autrui³⁶. La récente législation en **Californie** permet de porter un autre regard sur la gestation pour autrui, notamment parce qu'elle autorise une contractualisation poussée de la pratique, ce qui est de nature à nourrir la réflexion. En effet, chacune des parties, à savoir le couple d'intention, la mère porteuse et son mari le cas échéant, doit être représentée par un

³⁵ DALE E. LAWRENCE, *Surrogacy in California: Genetic and Gestational Rights*, 21 Golden Gate U. L. Rev. (1991). (Disponible sur internet: <http://digitalcommons.law.ggu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1522&context=ggulrev>) (traduction libre).

³⁶ G. WILLEMS et J. SOSSON, "Légiférer en matière de gestation pour autrui: quelques repères de droit comparé et de droit international", in *La gestation pour autrui: vers un encadrement?*, sous la coord. de G. SCHAMPS et J. SOSSON, *loc. cit.*, p. 260.

conseil lors de la conclusion de la convention, passée devant un notaire ou authentifiée par des témoins. Le législateur n'impose pas de limites quant aux clauses pouvant être insérées dans le contrat. Certaines d'entre elles imposent à la mère porteuse de mener une vie saine et de s'abstenir de fumer ou de boire de l'alcool, ou encore de ne pas pratiquer d'activité à risque. La contractualisation va parfois jusqu'à prévoir la possibilité pour le couple d'intention de demander l'avortement³⁷.

A priori, il semble que la perception californienne de la gestation pour autrui soit bien différente de la nôtre. Une explication a été apportée par Kristina Orfali dans une étude sur la biomédecine et sur la vision du corps de la femme aux États-Unis³⁸. Ce pays semble avoir abandonné la vision péjorative de location d'utérus et d'instrumentalisation du corps de la femme, pour adopter une perception plus humaniste et solidaire de don de vie et de possibilité de création d'une famille. Malgré une éventuelle rémunération de la mère porteuse, les États-Unis considèrent qu'au-delà de l'argent, c'est l'altruisme qui guide les protagonistes, et que la liberté individuelle en matière de procréation est un principe important³⁹.

La Californie n'est pas la seule à privilégier une contractualisation de la pratique des mères porteuses. Les législations **sud-africaine et grecque** donnent elles aussi une place centrale au contrat. Celui-ci doit être homologué par un tribunal. Il acquiert alors une force exécutoire et les parents d'intention seront immédiatement les parents légaux de l'enfant dès sa naissance⁴⁰. Par cette approbation, le juge a vérifié que les intérêts de toutes les parties, en ce compris l'enfant, ont été respectés. Cette convention doit dès lors être exécutée.⁴¹ Aucun consentement de la mère porteuse n'est requis à la naissance pour remettre l'enfant au couple d'intention et pour que leur parenté soit établie⁴².

³⁷ *Ibidem*, p. 261.

³⁸ KR. ORFALI, "Biomédecine, corps de femme et corps social aux Etats-Unis", in *Corps de la femme et biomédecine. Approche internationale*, sous la dir. de B. FEUILLET-LIGER et A. AOUIJ-MRAD, Bruxelles, Bruylant, 2013.

³⁹ *Ibidem*, pp. 311-312.

⁴⁰ E. DOS REIS, G. RUFFIEUX, J. TEREL et G. WILLEMS, "La maternité de substitution", in *Parenté, filiation, origines*, sous la dir. de H. FULCHIRON et J. SOSSON, *loc. cit.*, pp. 205-206.

⁴¹ G. WILLEMS et J. SOSSON, "Légiférer en matière de gestation pour autrui: quelques repères de droit comparé et de droit international", in *La gestation pour autrui: vers un encadrement?*, sous la coord. de G. SCHAMPS et J. SOSSON, *loc. cit.*, pp. 271-272.

⁴² E. DOS REIS, G. RUFFIEUX, J. TEREL ET G. WILLEMS, "La maternité de substitution", in *Parenté, filiation, origines*, sous la dir. de H. FULCHIRON ET J. SOSSON, *loc. cit.*, p. 211.

Au-delà de la multiplicité des positions en droit comparé, ce sont les questions mêmes des droits fondamentaux et d'évolution de la société qui sont au cœur de la contractualisation. Ces dernières années ont été marquées par la montée en flèche de l'individualisme et de la revendication d'autonomie de soi, de son propre corps et de son choix de vie. D'où l'importance du consentement. Si autrui donne son accord pour que je puisse accomplir mon désir, personne n'a altéré la liberté de l'autre. Il faut encore s'assurer que ce consentement soit réel, libre et pris en toute connaissance de cause. Une mère porteuse maîtrise-t-elle réellement toutes les données pour s'engager ?⁴³ Le contrat a néanmoins le mérite de *mettre les choses au clair*.

En se positionnant vis-à-vis de la gestation pour autrui, l'État redéfinit également sa mission. Doit-il s'écarter pour laisser place à l'individualisme ? Doit-il aider et permettre la réalisation des désirs individuels en légiférant, ou y mettre des limites ?⁴⁴

Section 2 : L'accès à la gestation pour autrui

§1. La situation belge

La question se pose de savoir qui, concrètement, pourrait entrer dans un processus de gestation pour autrui et éventuellement conclure un contrat si la voie de la contractualisation était choisie par le législateur.

En Belgique, le Comité Consultatif de Bioéthique émet quelques recommandations. La première consiste en la fixation d'une limite d'âge maximale dans le chef de la mère porteuse. Celle-ci ne pourrait être âgée de plus de 40 ans en raison des risques accrus liés à la fécondation *in vitro* et au déroulement d'une grossesse. La seconde prévoit que la gestation pour autrui ne pourrait être acceptée que pour des raisons médicales touchant la mère d'intention. Le recours à une mère porteuse par souci de carrière ou par convenance esthétique devrait être interdit.

⁴³ D. LE BRETON, "La question anthropologique de la gestation pour autrui", in *Les incidences de la biomédecine sur la parenté: approche internationale*, sous la dir. de B. FEUILLET-LIGER et M.-C. CRESPO-BRAUNER, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 345-346.

⁴⁴ *Ibidem*, pp. 345-346.

Les membres du Comité sont en revanche partagés sur le sujet d'une gestation pour autrui entre personnes inconnues ou entre une mère d'intention et une mère porteuse qui se connaissent (amies ou famille). Alors que certains préconisent de laisser le choix aux protagonistes, d'autres craignent un risque d'instrumentalisation et de commercialisation si la mère porteuse est une personne étrangère⁴⁵.

L'option d'une mère porteuse relationnelle telle qu'une amie proche, une sœur, une cousine ou une belle-sœur semble être privilégiée dans la pratique médicale belge⁴⁶.

§2. Regard sur le droit étranger

En **Angleterre**, il suffit qu'une personne du couple d'intention fournisse ses gamètes. Ainsi, la gestation pour autrui peut se faire à partir du sperme de l'homme et de l'ovule de la femme ou de l'un des deux uniquement⁴⁷. C'est un des seuls pays à autoriser expressément que la mère porteuse fasse usage de son propre ovule et soit ainsi également la mère génétique de l'enfant⁴⁸.

Cette pratique est ouverte aux couples homosexuels (voyez *infra*), elle ne l'est pas aux personnes seules.

L'Angleterre impose une condition supplémentaire: au moins un des membres du couple d'intention doit être domicilié en Angleterre.

En revanche, en **Californie**, les personnes seules et les couples homosexuels peuvent avoir recours à une mère porteuse. La seule limitation semble être que celle-ci ne puisse pas être également la mère génétique de l'enfant. Aucune condition de nationalité ou de résidence, pour la mère porteuse ou le couple d'intention, n'est imposée.

⁴⁵ Avis du Comité Consultatif de Bioéthique n°30 du 5 juillet 2004 relatif à la gestation pour autrui, p. 18 et 24.

⁴⁶ C. AUTIN, "Gestation pour autrui: expérience d'un centre belge de procréation médicalement assistée", in *La gestation pour autrui: vers un encadrement?*, sous la coord. de G. SCHAMPS et J. SOSSON, *loc. cit.*, p. 17.

⁴⁷ E. STEINER, "Angleterre. Maternité pour le compte d'autrui: entre prohibition et permission", in *Gestation pour autrui: surrogate motherhood*, sous la dir. de F. MONÉGER, *loc. cit.*, p. 43.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 39.

Il est intéressant de noter que certains pays ont une méthode particulière pour autoriser le recours à la gestation pour autrui. En **Nouvelle-Zélande** par exemple, les parents d'intention doivent introduire une demande préalable auprès d'un Comité d'éthique. Celui-ci vérifie qu'il ne s'agit pas d'une gestation pour autrui de pure convenance et qu'au moins un des parents d'intention ait fourni ses propres gamètes. Un processus similaire est institué en **Israël**. Il s'agit toutefois d'un contrôle par une instance pluridisciplinaire comprenant médecins, psychologues, un membre ayant des connaissances juridiques et un membre ecclésiastique du même culte que les parties.

D'autres pays recourent également à l'approbation préalable d'une autorité. La **Grèce et l'Afrique du Sud** prévoient l'intervention d'un tribunal (et non d'un comité d'éthique) qui donnera son feu vert, en appréciant l'intérêt de toutes les parties en cause et en vérifiant également que toutes les prescriptions légales ont été respectées. Le droit sud-africain impose même un délai de dix-huit mois entre le moment où le tribunal entérine le recours à la gestation pour autrui et l'insémination de la mère porteuse⁴⁹.

Section 3 : Le lien entre le couple d'intention et la mère porteuse

§1: Enjeu de la problématique

Recourir à une tierce personne pour avoir un enfant peut constituer une expérience unique et enrichissante pour chacun des protagonistes, mais peut tourner au cauchemar si la mère porteuse ne s'investit pas assez dans le bon déroulement de la grossesse ou si, au contraire, son engagement semble trop intrusif.

Si le couple d'intention choisit de faire appel à une mère porteuse inconnue, il ne peut présager de son comportement futur. *A priori*, il semblerait préférable de faire appel à une gestatrice relationnelle, proche du couple commanditaire. Bien que la confiance se trouve accrue dans une telle situation, elle n'en est pas pour autant la panacée. Des difficultés peuvent surgir, notamment lorsque la mère porteuse, étant

⁴⁹ G. WILLEMS et J. SOSSON, "Légiférer en matière de gestation pour autrui: quelques repères de droit comparé et de droit international, in *La gestation pour autrui: vers un encadrement?*, sous la coord. de G. SCHAMPS et J. SOSSON, *loc. cit.*, pp. 251-261.

une sœur ou une amie, aura des contacts avec l'enfant. Ce choix est d'autant plus crucial dans des pays où la législation ne considère pas le contrat de gestation pour autrui comme étant susceptible d'exécution forcée. L'identité de la mère porteuse semble alors être le point d'ancrage à ce qu'une telle expérience se passe bien pour toutes les parties, tant pendant la grossesse qu'à l'issue de celle-ci⁵⁰.

Selon Luc Roegiers, pédopsychiatre, privilégier une femme proche du couple d'intention rencontre ce qu'il y a de mieux pour l'enfant. En effet, celui-ci a déjà établi un lien avec sa gestatrice pendant la grossesse. Pour assurer son bon développement, il s'avère nécessaire de respecter une certaine continuité, surtout pendant les premiers mois suivant la naissance. Une rupture trop brutale peut être néfaste au bébé. Une mère porteuse membre de la famille ou amie va ainsi pouvoir être présente plus facilement dans le quotidien de l'enfant, même si une telle perspective peut paraître effrayante pour les parents d'intention⁵¹.

§2. En Belgique

Dans la pratique, les parents demandeurs choisissent eux-mêmes la femme qui participera à leur projet parental. Elle est, la plupart du temps, une amie ou une sœur⁵².

Soulignons l'existence de l'article 375bis du Code civil. La mère porteuse ayant un lien particulier avec l'enfant qu'elle a mis au monde pour un autre couple peut fonder sa demande de relations personnelles avec lui sur base de cet article. Elle doit pour cela faire preuve d'un lien d'affection particulier avec l'enfant⁵³.

§3. Regard sur le droit étranger

En **Angleterre** et en **Californie**, la mère porteuse peut être une proche du couple d'intention ou une parfaite inconnue⁵⁴.

⁵⁰ Avis du Comité Consultatif de Bioéthique n° 30 du 5 juillet 2004 relatif à la gestation pour autrui, pp. 19-20.

⁵¹ L. ROEGIERS, "Gestation pour autrui: essai sur le point de vue de l'enfant", in *La gestation pour autrui: vers un encadrement?*, sous la coord. de G. SCHAMPS et J. SOSSON, *loc. cit.*, p. 52.

⁵² Avis du Comité Consultatif de Bioéthique n° 30 du 5 juillet 2004 relatif à la gestation pour autrui, p. 6.

⁵³ E. DOS REIS, G. RUFFIEUX, J. TEREL et G. WILLEMS, "La maternité de substitution", in *Parenté, filiation, origines*, sous la dir. de H. FULCHIRON et J. SOSSON, *loc. cit.*, pp. 190-191.

⁵⁴ Avis du Comité Consultatif de Bioéthique n° 30 du 5 juillet 2004 relatif à la gestation pour autrui, p. 8.

Au Brésil, il faut que la mère d'intention soit un membre de la famille de la mère porteuse ou un membre de la famille d'une personne homosexuelle en couple. La mère porteuse peut ainsi être la maman de la mère d'intention, sa sœur, sa grand-mère, sa tante ou sa cousine. En aucun cas, elle ne peut fournir son propre ovule. Un couple homosexuel doit avoir recours à une gestatrice et à une donneuse. Cette obligation a été mise en place pour éviter « *les contrats de location d'utérus* »⁵⁵ et faciliter l'établissement de la filiation à l'égard du couple d'intention par le fait que tout se passe dans un cadre familial et que la mère porteuse est proche de la mère d'intention⁵⁶.

A travers ce chapitre, nous constatons que la mise en œuvre effective de la gestation pour autrui pose d'épineuses questions.

Premièrement, la conclusion d'un contrat est-elle envisageable ? A l'heure actuelle, celui-ci reste illicite dans notre pays aux motifs qu'il porte atteinte à l'indisponibilité du corps et de l'état des personnes⁵⁷. De plus, toute femme devrait pouvoir établir sa maternité⁵⁸.

Néanmoins, certains utilisent l'argument de l'autonomie de l'individu pour permettre une contractualisation de la pratique. Selon cette approche, chaque femme capable peut décider seule de ce qu'elle fait de son propre corps et, par conséquent, moyennant un consentement libre et éclairé, pouvoir valablement conclure un contrat de mère porteuse avec autrui⁵⁹. Des pays comme l'Afrique du Sud et la Grèce ont franchi le pas. La validité du consentement et le respect des intérêts de toutes les parties sont vérifiés par une instance indépendante⁶⁰.

⁵⁵ M.-C. CRESPO BRAUNER et A. LOBATO, "La biomédecine, source de pluralisme au Brésil", in *Les incidences de la biomédecine sur la parenté: approche internationale*, sous la dir. de B. FEUILLET-LIGER et M.-C. CRESPO-BRAUNER, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 260.

⁵⁶ *Ibidem*, pp. 259-260.

⁵⁷ G. SCHAMPS et G. WILLEMS, "La convention de gestation pour autrui entre autonomie de la volonté, ordre public et droits fondamentaux: quelles garanties formelles et substantielles?", in *La gestation pour autrui: vers un encadrement?*, sous la coord. de G. SCHAMPS et J. SOSSON, *loc. cit.*, p. 326.

⁵⁸ N. MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître*, *loc. cit.*, pp. 868-869.

⁵⁹ Y.-H. LELEU et G. GENICOT "La maîtrise de son corps par la personne", *loc. cit.*, pp. 589 et s.

⁶⁰ G. WILLEMS et J. SOSSON, "Légiférer en matière de gestation pour autrui: quelques repères de droit comparé et de droit international, in *La gestation pour autrui: vers un encadrement?*, sous la coord. de G. SCHAMPS et J. SOSSON, *loc. cit.*, pp. 254-257.

CHAPITRE III : Pendant la gestation

Section 1 : L'interruption volontaire de grossesse

Le sujet est sensible dans un contexte où la femme qui porte et la femme qui attend l'enfant sont différentes. Nous pouvons penser que la mère porteuse a le droit de décider d'interrompre la grossesse, car c'est son corps. Mais si nous nous mettons dans la situation du couple d'intention confronté au désir de la mère porteuse de mettre fin à cette grossesse, on peut estimer que le consentement du couple d'intention doit être requis. Il faut également déterminer si la possibilité d'avorter, dans un contexte de gestation pour autrui, se limiterait uniquement à des raisons médicales.

§1. La position de la Cour européenne des droits de l'homme

La Cour européenne des droits de l'homme ne s'est pas encore prononcée sur l'existence même d'un droit à l'avortement⁶¹. La mère porteuse ne disposerait pas ainsi d'un droit à l'avortement de manière absolue. En revanche, la Cour a déjà rendu certains arrêts en la matière.

C'est dans l'arrêt *Tysiac c. Pologne*⁶² que la Cour souligne que l'interruption volontaire de grossesse est du domaine de la vie privée⁶³.

Dans une autre affaire⁶⁴, la Cour accepte qu'on tienne compte avant tout des droits de la femme qui désire avorter, quand bien même son mari s'y opposerait et saisirait un tribunal⁶⁵.

⁶¹ J.-M. LARRALDE, "La Cour européenne des droits de l'homme et le droit à l'avortement : entre avancées prudentes et conservatisme assumé", *Rev. trim. dr. h.*, 2012, p. 609.

⁶² Cour eur. D.H., arrêt *Tysiac c. Pologne* du 20 mars 2007, req. n° 5410/03.

⁶³ A. MARICEAU, "La Cour européenne des droits de l'Homme et la garantie de l'avortement thérapeutique", *Rev. Int. Dr. Comp.*, 2007, pp. 496-505.

⁶⁴ Cour eur. D.H., arrêt *Boso c/ Italie* du 5 septembre 2002, req. n° 50490/99.

⁶⁵ N. GALLUS, *Le droit de la filiation. Rôle de la vérité socio-affective et de la volonté en droit belge*, *loc. cit.*, p. 489.

Dans un troisième arrêt, *Vo c. France*⁶⁶, la Cour européenne des droits de l'homme confirme que le droit à la vie du fœtus peut être limité par les droits et intérêts de la mère⁶⁷.

Il nous semble donc que l'interruption volontaire de grossesse relève de la vie privée de la mère porteuse et que la décision finale doit lui appartenir. Une consultation avec le couple d'intention pourrait être prévue mais celui-ci ne pourrait disposer d'un droit de veto.

§2. La législation belge en matière d'interruption volontaire de grossesse

La matière est régie par l'article 350 du Code pénal. Celui-ci prévoit qu'il n'y a pas infraction lorsque l'interruption de grossesse est faite dans les conditions légales. Elle ne peut intervenir que pendant les 12 premières semaines de grossesse et la mère doit être dans une situation de détresse (cette appréciation est laissée au médecin)⁶⁸. Les travaux préparatoires de la loi du 3 avril 1990⁶⁹ qui a dépénalisé l'avortement moyennant le respect de conditions, stipulent que l'état de détresse est le « *résultat d'un conflit moral aigu lié au profond refus de la femme de laisser se poursuivre sa grossesse* »⁷⁰⁻⁷¹.

La femme, mineure (dans ce cas, le consentement des parents n'est pas requis⁷²) ou majeure, doit recevoir au préalable toute une série d'informations, notamment sur les droits et aides accordés aux familles, sur la possibilité d'une adoption de l'enfant dont elle accouchera ainsi que sur les éventuels risques médicaux encourus lors d'une interruption de grossesse. Avant l'intervention, il revient au médecin d'apprécier si la femme désire toujours procéder à l'avortement et de lui

⁶⁶ Cour. eur. D.H., arrêt *Vo c. France* du 8 juillet 2004, req. n° 53924/00.

⁶⁷ J.-M. LARRALDE, "La cour européenne des droits de l'homme et la promotion des droits des femmes", *Rev. trim. dr. h.*, 2007, p. 861.

⁶⁸ G. SCHAMPS, "L'autonomie de la femme et les interventions biomédicales sur son corps en droit belge", in *Corps de la femme et la biomédecine*, sous la dir. de B. FEUILLET-LIGER et A. AOUIJ-MRAD, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 43-46.

⁶⁹ Loi du 3 avril 1990 relative à l'interruption de grossesse, modifiant les articles 348, 350, 351 et 352 du Code pénal et abrogeant l'article 353 du même Code, *M.B.*, 5 avril 1990, p. 6379.

⁷⁰ Doc.parl., Sénat, SE, 1988, n°247/1, p 9.

⁷¹ G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 549.

⁷² C. Arb., 19 décembre 1991, arrêt n° 39/91, n° 6.B.1.8, la Cour d'Arbitrage a jugé que la femme mineure ne doit pas obtenir le consentement des parents lorsqu'elle souhaite une interruption volontaire de grossesse. Cela ne viole pas le principe d'égalité selon la Cour.

laisser un délai de réflexion (qui doit être au minimum de six jours après la première consultation). Le jour de l'acte médical, la femme doit faire une déclaration écrite qui sera jointe au dossier médical attestant du maintien de sa volonté⁷³.

Précisons qu'une interruption de grossesse au-delà des 12 premières semaines est encore possible, sans que cela soit une infraction pénale. Il faut, outre le respect des conditions expliquées ci-dessus, que « *la poursuite de la grossesse mette en péril grave la santé de la femme ou lorsqu'il est certain que l'enfant à naître sera atteint d'une affection d'une particulière gravité et reconnue comme incurable au moment du diagnostic* » (article 350 du Code pénal)⁷⁴. Dans ce cas-ci, nous parlons de l'interruption médicale ou thérapeutique de grossesse (et non plus d'interruption volontaire) qui peut se faire à tout stade de la grossesse⁷⁵.

Le droit belge n'apporte pas de réponse quant à la possibilité d'avorter pour la mère porteuse. Il nous paraît toutefois que, par application des règles de droit commun exposées ci-dessus, les conditions à respecter doivent être remplies dans le chef de cette dernière. Nous pensons que, sous peine de priver la législation de son efficacité, la décision doit revenir à la femme qui porte l'enfant, car sont en jeu sa vie privée, son corps et sa santé, tant physique que psychologique. Toutefois, une question méritera d'attirer l'attention du législateur. Faudra-t-il limiter ce droit à des raisons médicales et exclure la possibilité d'avorter en cas de situation de détresse pour la mère porteuse (exemples : pressions extérieures, mésentente au sein de son ménage, problème d'attachement avec le fœtus, dépression, etc) ? Si celle-ci a la possibilité de garder l'enfant, pourra-t-elle invoquer un *conflit moral aigu* ?

§3. Regard sur le droit étranger

Dans les contrats de gestation pour autrui en **Californie**, figure parfois la question de l'avortement. Or, selon la jurisprudence américaine, la décision d'avorter ou non appartient uniquement à la femme enceinte⁷⁶. Les clauses relatives à

⁷³ G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, loc. cit., pp. 550-552.

⁷⁴ G. SCHAMPS, "L'autonomie de la femme et les interventions biomédicales sur son corps en droit belge", in *Corps de la femme et la biomédecine*, sous la dir. de B. FEUILLET-LIGER et A. AOUIJ-MRAD, loc. cit., pp. 43-46.

⁷⁵ G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, loc. cit., pp. 552-553.

⁷⁶ Voyez notamment *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).

l'avortement sont-elles dès lors nécessairement nulles ? Rien ne permet de l'affirmer, et ce pour deux raisons.

Premièrement, aucun tribunal américain n'a encore eu à se prononcer sur la question. Deuxièmement, la mère porteuse a signé le contrat de gestation pour autrui et s'engage dès lors à le respecter dans toutes ses lignes⁷⁷.

Peut-on accepter qu'une clause contractuelle oblige ou, au contraire, interdise à la mère porteuse de procéder à une interruption volontaire de grossesse ? Dans quelles conditions celle-ci peut-elle renoncer (au sens de « *consentir à l'avance d'une atteinte à un droit, soit par la conclusion d'une convention prévoyant la possibilité d'une telle atteinte, soit par un engagement unilatéral* »⁷⁸) à ce droit ? Dans un ouvrage sur la renonciation aux droits fondamentaux⁷⁹, Olivier De Schutter et Julie Ringelheim soulignent l'avantage d'une renonciation à l'avance. Celle-ci serait en effet plus libre, car entièrement dégagée du contexte et de toute pression qu'une situation difficile pourrait entraîner. Cependant, elle serait également moins informée⁸⁰. Cette remarque est particulièrement interpellante en matière de gestation pour autrui, car aucune femme ne peut présager du déroulement de sa grossesse. Les auteurs invitent à ce que la renonciation à un droit fondamental ne puisse se faire que moyennant un consentement libre (la personne ne doit pas être dans des conditions difficiles, l'abandon de ses droits ne serait alors que la contrepartie d'une rémunération ou tout autre avantage). Ce consentement doit également être éclairé (information sur les conséquences du choix et délai de réflexion). Un arrêt de la Cour Suprême des États-Unis est particulièrement intéressant à cet égard. Dans l'arrêt *Planned Parenthood v. Casey*⁸¹, la Cour Suprême souligne que même s'il existe un droit à l'avortement, cela n'interdit pas à l'État de prendre des mesures pour s'assurer

⁷⁷ M. GARRISSON, "La procréation médicalement assistée (pma) aux états-unis : un far west de la filiation", in *Les incidences de la biomédecine sur la parenté*, sous la dir. de B. FEUILLET-LIGER et M.-C. CRESPO-BRAUNER, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 253-254.

⁷⁸ O. DE SCHUTTER et J. RINGELHEIM "La renonciation aux droits fondamentaux. La libre disposition du soi et le règne de l'échange", *CRIDHO Working Papers Series*, 1/2005, p. 7.

Voyez également dans cet ouvrage l'intéressante distinction entre la conception de la renonciation comme étant un *droit* ou comme étant l'exercice d'une simple liberté laissée à chaque individu.

⁸⁰ *Ibidem*, pp. 9-10.

⁸¹ 505 U.S 833, 112 S. Ct. 2791 (1992).

que ce choix est *réfléchi et éclairé*. Enfin, des conditions procédurales strictes doivent être mises en place pour garantir la validité du consentement⁸².

En **Angleterre**, les conventions de gestation pour autrui ne sont pas interdites. On pourrait donc envisager qu'une clause relative à la question de l'avortement par la mère porteuse soit prévue. Néanmoins, ces conventions n'ont pas de force contraignante⁸³. Il nous semble dès lors que la mère n'est en aucun cas liée par les dispositions contractuelles et que la décision finale d'avorter ou non relève de son unique volonté. Ainsi, une mère porteuse anglaise désirant avorter pourrait le faire dans les 24 semaines de la conception de l'enfant ou à tout moment, sans limite de temps, s'il existe un risque important pour sa vie ou en cas d'anomalies chez le fœtus⁸⁴.

Certains pays ont expressément légiféré sur le sujet. C'est notamment le cas de l'**Afrique du Sud** où la gestation pour autrui est autorisée, mais où la mère porteuse reste libre de mettre fin à la grossesse, après s'être concertée avec les parents d'intention⁸⁵.

Section 2 : Le refus de traitements médicaux par la femme portant atteinte au fœtus

Le Comité Consultatif de Bioéthique de Belgique observe qu'en raison de l'absence de qualification juridique de l'embryon et du fœtus, le droit reconnaît un certain « pouvoir » aux femmes sur ceux-ci. Le Comité est lui-même divisé sur cette question. Deux courants se distinguent. Premièrement, certains membres considèrent que ce « pouvoir » n'est pas illimité et peut éventuellement être confronté à d'autres valeurs. L'autonomie de la femme est limitée par une « *obligation raisonnable de*

⁸² O. DE SCHUTTER et J. RINGELHEIM "La renonciation aux droits fondamentaux. La libre disposition du soi et le règne de l'échange", *loc. cit.*, pp. 17-30.

⁸³ G. WILLEMS et J. SOSSON, "Légiférer en matière de gestation pour autrui: quelques repères de droit comparé et de droit international, in *La gestation pour autrui: vers un encadrement?*, sous la coord. de G. SCHAMPS et J. SOSSON, *loc. cit.*, p. 253.

⁸⁴ Article internet: "What is the UK law on abortion?" ; <http://www.mariestopes.org.uk/women/abortion/abortion-facts/what-uk-law-abortion> (consulté le 14 février 2015) (traduction libre)

⁸⁵ E. DOS REIS, G. RUFFIEUX, J. TEREL et G. WILLEMS, "La maternité de substitution", in *Parenté, filiation, origines*, sous la dir. de H. FULCHIRON et J. SOSSON, *loc. cit.*, pp. 207-208.

protection du fœtus »⁸⁶. Ils souhaitent donner une marge de liberté d'action au médecin qui serait face à un refus déraisonnable de traitement de la femme enceinte, le fœtus devant pouvoir être soigné en tant que tel. L'équipe médicale doit alors tout mettre en œuvre pour lui donner une chance de survie. Une telle limitation devrait être évolutive en fonction des différents stades de développement du fœtus, l'obligation de protection de ce dernier serait alors plus importante selon l'avancement du stade de la grossesse.

D'autres, en revanche, plus sensibles au respect de l'intégrité physique de la femme enceinte, adoptent une position inverse. Le refus de la femme de toute intervention sur son corps doit primer.

Un consensus existe au sein du Comité consultatif de Bioéthique sur la nécessité, pour la femme enceinte, de recevoir toutes les informations nécessaires avant de prendre sa décision finale⁸⁷. Cela renvoie au principe posé par la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient⁸⁸.

Le législateur belge donne la possibilité au patient de refuser toute intervention du praticien professionnel, pour autant que ce refus soit libre et éclairé⁸⁹. Si la femme est capable en droit et que ce refus est valable, le médecin, qui l'a informée des conséquences de sa décision (article 8 §2 de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient) ne peut passer outre ce refus. Il peut toutefois essayer de la convaincre ou de lui proposer une solution alternative, mais si la femme maintient sa décision, le médecin n'a en principe pas le choix⁹⁰. Ainsi, la mère porteuse qui s'oppose aux traitements médicaux doit le faire en toute responsabilité, consciente des conséquences pour l'enfant et de la souffrance psychologique que cela provoquerait chez le couple d'intention.

⁸⁶ Avis du Comité Consultatif de Bioéthique n° 53 du 14 mai 2002 relatif au refus de soins médicaux par une femme enceinte ayant une incidence sur le fœtus, p. 34.

⁸⁷ *Ibidem*, pp. 34-39.

⁸⁸ Loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient, *M.B.*, 26 septembre 2002, p. 43719.

⁸⁹ G. SCHAMPS, "L'autonomie de la femme et les interventions biomédicales sur son corps en droit belge", in *Corps de la femme et la biomédecine*, sous la dir. de B. FEUILLET-LIGER et A. AOUII-MRAD, *loc. cit.*, p. 52.

⁹⁰ Avis du Comité Consultatif de Bioéthique n° 53 du 14 mai 2002 relatif au refus de soins médicaux par une femme enceinte ayant une incidence sur le fœtus, pp. 7-9.

Dans l'affaire *Re MB*⁹¹, le juge anglais reconnaît le droit à la future mère de refuser toute intervention médicale ou chirurgicale dont le fœtus aurait besoin, indépendamment des éventuelles conséquences pour celui-ci⁹². Si cet arrêt ne concerne pas une affaire de gestation pour autrui, il a néanmoins le mérite de susciter la réflexion.

Relevons que l'État de l'**Illinois** prévoit dans le *Gestational Surrogacy Act* de 2005 que la mère porteuse peut se voir obligée de suivre les traitements et examens médicaux prescrits par un médecin afin d'assurer le succès de la grossesse⁹³. La mère porteuse a toutefois le choix du médecin qui la suivra pendant la grossesse⁹⁴.

Section 3 : Le comportement de la mère porteuse pendant la grossesse

§1. Témoignages

C'est l'attachement qui peut se créer entre la mère porteuse et l'enfant qu'elle porte qui engendre la méfiance envers la G.P.A. Si cette crainte est légitime, certaines mères porteuses disent pourtant vivre cette grossesse différemment, une distanciation arrivant à s'opérer.

Lors d'une interview, Jane, nous explique qu'elle a vécu sa grossesse en tant que mère porteuse tout à fait différemment que pour ses propres enfants. Elle se qualifie de « *gardienne* »⁹⁵ et ne dit pas qu'elle est enceinte, mais « *We are pregnant* »⁹⁶. Une seconde mère porteuse américaine confirme que le vécu intérieur de la grossesse est différent lorsqu'on porte un enfant pour le compte d'autrui. Pendant neuf mois, cette femme imagine le bébé avec ses parents et non pas avec elle. Le vécu est différent aussi parce qu'elle n'anticipe pas sa venue en ne préparant pas la

⁹¹ *Re MB (Caesarean Section)* [1997] 2 FLR 426.

⁹² M. WELLS-GRECO, "United Kingdom", in *International Surrogacy Arrangements. Legal Regulation at the International Level*, sous la dir. de K. TRIMMINGS et P. BEAUMONT, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2013, p. 384 (traduction libre).

⁹³ G. WILLEMS et J. SOSSON, "Légiférer en matière de gestation pour autrui: quelques repères de droit comparé et de droit international, in *La gestation pour autrui: vers un encadrement?*, sous la coord. de G. SCHAMPS et J. SOSSON, *loc. cit.*, p. 263.

⁹⁴ Voyez. Sec. 25, c, (3) et d du *Gestational Surrogacy Act* de 2005.

⁹⁵ G. DELAISI DE PARSEVAL et C. COLLARD, *La gestation pour autrui. Un bricolage des représentations de la paternité et de la maternité euro-américaines*, Paris, éd de l'EHESS, 2007/3, p. 36.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 35.

chambre du bébé, et en ne lui cherchant pas un prénom⁹⁷. Dans leur ouvrage sur la gestation pour autrui⁹⁸, Geneviève Delaisi de Parseval et Chantal Collard font le constat suivant : « *Toutes les gestatrices insistent sur le fait que ces grossesses sont plus légères au niveau mental, car elles n'impliquent pas de projet parental* »⁹⁹.

L'expérience de Jane permet de réfléchir sur les liens qui se tissent entre tous les protagonistes et les conséquences d'une bonne ou mauvaise relation. Jane a vécu deux grossesses pour autrui. Elle garde un mauvais souvenir de sa première expérience. Elle y a été perçue comme une employée devant exécuter un contrat, plutôt que comme quelqu'un qui aide et participe d'une certaine manière au projet parental. Traumatisée, elle a suivi une thérapie pendant plusieurs mois après la naissance.

Fort heureusement, ce ne fut pas le cas avec le second couple pour lequel elle accepta de retenter l'expérience, touchée par son vécu. Leur relation fut agréable, et elle bénéficia du soutien et de la bienveillance des parents d'intention. Tous sont restés en contact après la naissance¹⁰⁰.

Ce témoignage fait sens à une relation étroite entre la mère porteuse et le couple d'intention.

L'équilibre est délicat. La mère porteuse doit éviter d'attiser la jalousie de la mère d'intention qui souffre de ne pas pouvoir profiter de l'expérience de porter son propre enfant¹⁰¹ et qui éprouve également un sentiment de peur et d'impuissance face à l'éventuel refus de la mère porteuse de le lui remettre¹⁰². Quant à la mère d'intention, elle doit être attentive au bien-être de la mère porteuse. Une façon intéressante de parvenir à un tel équilibre est de permettre que les futurs parents accompagnent la mère porteuse tout au long du processus, notamment en se rendant avec elle aux

⁹⁷ *Ibidem*, p. 46.

⁹⁸ G. DELAISI DE PARSEVAL et C. COLLARD, *La gestation pour autrui. Un bricolage des représentations de la paternité et de la maternité euro-américaines*, Paris, éd de l'EHESS, 2007/3.

⁹⁹ G. DELAISI DE PARSEVAL et C. COLLARD, *La gestation pour autrui. Un bricolage des représentations de la paternité et de la maternité euro-américaines*, loc. cit., p. 47.

¹⁰⁰ *Ibidem*, pp. 34-36.

¹⁰¹ *Ibidem*, pp. 45-47.

¹⁰² F. CAILLEAU, "Penser autrement la gestation pour autrui: contribution d'une recherche en psychologie clinique", in *La gestation pour autrui: vers un encadrement?*, sous la coord. de G. SCHAMPS et J. SOSSON, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 29.

consultations chez le médecin. La grossesse est ainsi partagée, vécue ensemble¹⁰³. La mère porteuse doit également prendre conscience qu'elle permet le lien entre le fœtus et les parents d'intention. S'exprimer sur la grossesse, quand bouge le fœtus, etc., peut également participer à l'harmonie entre tous les protagonistes¹⁰⁴. Une telle relation permet à la mère porteuse de garder conscience qu'elle agit et qu'elle porte un enfant pour quelqu'un d'autre. La remise de l'enfant semble ainsi facilitée¹⁰⁵.

Un couple de français, Monsieur et Madame Mennesson, qui a fait appel à une mère porteuse californienne, retrace en des termes simples comment se vit une grossesse partagée entre deux femmes. Sylvie Mennesson suit de très près la grossesse et l'évolution de l'embryon. Lors de conversations téléphoniques avec la mère porteuse, celle-ci pose le téléphone sur son ventre afin que la voix de Madame Mennesson parvienne à l'enfant. Pendant ce temps, le père d'intention fait le choix des prénoms de ses futures jumelles. Pour reprendre leurs termes : « *Tous les jours nous cheminons, lentement, mais sûrement, vers la parenté* »¹⁰⁶. À la naissance, la mère porteuse offre même des cadeaux de naissance au couple d'intention, devenu parents¹⁰⁷.

§2. Approche juridique de droit comparé

Nous connaissons déjà la Californie et ses clauses prévoyant parfois de manière très précise le mode de vie à mener par la mère porteuse pendant cette tranche de vie (voyez *supra*).

Aux **Pays-Bas**, la convention de gestation pour autrui traite parfois des questions de la consommation d'alcool ou de tabac pendant la grossesse¹⁰⁸. Toutefois, ce contrat n'est pas susceptible d'exécution forcée¹⁰⁹.

¹⁰³ G. DELAISI DE PARSEVAL et C. COLLARD, *La gestation pour autrui. Un bricolage des représentations de la paternité et de la maternité euro-américaines*, loc. cit., pp. 45-47.

¹⁰⁴ F. CAILLEAU, "Penser autrement la gestation pour autrui: contribution d'une recherche en psychologie clinique", in *La gestation pour autrui: vers un encadrement?*, sous la coord. de G. SCHAMPS et J. SOSSON, loc. cit., p. 30.

¹⁰⁵ Avis du Comité Consultatif de Bioéthique n° 30 du 5 juillet 2004 relatif à la gestation pour autrui, p. 24.

¹⁰⁶ S. MENNESSON et D. MENNESSON, *Interdits d'enfants*, Paris, Michalon, 2008, p. 53 et p. 59.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 57.

¹⁰⁸ E. DOS REIS, G. RUFFIEUX, J. TEREL et G. WILLEMS, "La maternité de substitution", in *Parenté, filiation, origines*, sous la dir. de H. FULCHIRON et J. SOSSON, loc. cit., p. 198.

La législation de l'État de l'**Illinois**¹¹⁰ prévoit expressément que le contrat est valide et exécutoire et peut inclure des clauses relatives au comportement de la mère porteuse, notamment de s'abstenir de toute activité dangereuse et de ne consommer ni alcool ni drogue.¹¹¹

Le refus de traitements médicaux par la mère porteuse et son comportement pendant la grossesse invitent à réfléchir à une éventuelle exécution forcée du contrat.

En effet, si le contrat est valide et a force obligatoire pour les parties, il semble que la mère porteuse puisse être contrainte de prendre les traitements médicaux nécessaires et d'adopter le comportement imposé par le couple d'intention dès la signature du contrat.

Une telle situation ne serait en revanche pas rencontrée dans des pays comme l'**Angleterre** où le contrat n'est pas susceptible d'exécution forcée¹¹². Le couple d'intention pourrait ainsi n'émettre que des souhaits à la mère porteuse, plutôt que des obligations.

Section 4 : Réflexions sur la possibilité d'un contrat au regard du respect de la vie privée et familiale de la mère porteuse

Les contrats de gestation pour autrui s'ingèrent parfois très intrusivement dans la vie quotidienne de la femme et de sa famille. On retrouve ainsi des clauses qui interdisent à la mère porteuse de pratiquer certains sports, de fumer, de boire du café et de l'alcool, d'avoir des relations sexuelles, de se colorer les cheveux, de prendre des bains à haute température, d'effectuer certaines tâches ménagères, de prendre

¹⁰⁹ G. WILLEMS et J. SOSSON, "Légiférer en matière de gestation pour autrui: quelques repères de droit comparé et de droit international", in *La gestation pour autrui: vers un encadrement?*, sous la coord. de G. SCHAMPS et J. SOSSON, *loc. cit.*, p. 250.

¹¹⁰ La pratique de la gestation pour autrui est règlementée par le *Gestational Surrogacy Act* de 2005.

¹¹¹ G. WILLEMS et J. SOSSON, "Légiférer en matière de gestation pour autrui: quelques repères de droit comparé et de droit international", in *La gestation pour autrui: vers un encadrement?*, sous la coord. de G. SCHAMPS et J. SOSSON, *loc. cit.*, p. 263.

¹¹² E. STEINER, "Angleterre. Maternité pour le compte d'autrui: entre prohibition et permission", in *Gestation pour autrui: surrogate motherhood* sous la dir. de F. MONÉGER, *loc. cit.*, p. 41.

l'avion, etc.¹¹³ Certaines de ces restrictions peuvent se justifier par les préoccupations des parents d'intention pour le futur bébé. Mais une telle immixtion pose des questions au regard de certains droits reconnus par la Cour européenne des droits de l'homme, comme le respect de la vie privée et familiale et le respect de la dignité humaine.

§1. La vie privée

La notion de *vie privée* a des contours qui ne sont pas toujours aisés à définir. Rentrent dans ce concept la santé physique de la personne¹¹⁴, l'intégrité physique du corps¹¹⁵ ainsi que la vie sexuelle entre personnes majeures consentantes¹¹⁶. Les interventions médicales relèvent également du champ de la vie privée de la personne qui est amenée à les subir¹¹⁷.

La Cour européenne des droits de l'homme ne définit pas ce qui est de la vie privée et ce qui n'en relève pas. Dans un arrêt de 2009¹¹⁸, elle précise que cette notion recouvre la protection de l'intégrité physique et morale de la personne, les aspects identitaires de celle-ci tels que l'orientation sexuelle ou la vie sexuelle ainsi que le droit à un développement personnel et celui d'entretenir des contacts avec le monde extérieur¹¹⁹.

Il nous semble donc possible d'affirmer que la prise ou non de médicaments, les rapports sexuels que peut entretenir la mère porteuse avec son conjoint, les activités qu'elle peut mener, etc. sont tous des éléments qui relèvent de sa vie privée

¹¹³ F. BELLIVIER, "Le contrat de mère porteuse: émancipation ou aliénation?", *Revue des contrats*, 2008/2, p. 549.

¹¹⁴ Bruxelles, 17 janvier 1990, inédit, confirmée par la suite par un arrêt de la Cour de Cassation; Cass., 20 juin 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 1189.

¹¹⁵ Cour eur. D.H., arrêt *Y.F. c. Turquie* du 22 juillet 2003, req. n° 24209/94.

¹¹⁶ Cass., 6 janvier 1998, *Pas.*, 1998, p. 11.

¹¹⁷ M. VAN OVERSTRAETEN, "Le droit au respect de la vie privée et le corps humain", in *Les droits constitutionnels en Belgique. Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, sous la dir. de M. VERDUSSEN et N. BONBLED, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 933-942.

¹¹⁸ Cour eur. D.H., arrêt *Schlumpf c. Suisse* du 8 janvier 2009, req. n° 29002/06, §100.

¹¹⁹ K. LEMMENS, "Le droit au respect de la vie privée et de la personnalité", in *Les droits constitutionnels en Belgique. Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, sous la dir. de M. VERDUSSEN et N. BONBLED, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 906.

et qui doivent, en principe, être protégés¹²⁰.

Un contrat est-il dès lors impossible ? Un engagement écrit a pour lui d'exprimer des règles auxquelles l'individu choisit de se conformer. La mère porteuse, par la conclusion d'un contrat avec le couple d'intention, peut y exprimer d'une certaine façon sa liberté, sa liberté de s'obliger elle-même. Elle s'engage ainsi à réaliser un but : donner un enfant en menant une grossesse à son terme tout en délimitant les moyens qu'elle consent à mettre en œuvre pour y parvenir¹²¹.

L'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui protège le respect de la vie privée et familiale prévoit, en son paragraphe 2, une possibilité d'ingérence de l'État dans la vie privée. Cette ingérence doit être prévue par la loi et être nécessaire dans une société démocratique pour protéger des intérêts jugés supérieurs listés dans ce paragraphe 2¹²².

Ensuite, la Cour européenne des droits de l'homme ne s'oppose pas à ce que la personne titulaire du droit à la vie privée y renonce, à tout le moins en partie. La mère porteuse pourrait donc renoncer à son droit fondamental pour en faire profiter le couple d'intention et la santé du futur bébé.

Si la Cour permet une renonciation, elle impose toutefois des conditions. Elle doit être claire, explicite et non équivoque. La mère porteuse doit dès lors recevoir toutes les informations nécessaires de la part d'un médecin, d'un psychologue et d'un avocat pour connaître, comprendre et accepter toutes les conséquences de sa renonciation au respect de sa vie privée¹²³. Un entretien avec d'autres mères porteuses pourrait, selon nous, également renforcer la validité du consentement.

Ainsi, le droit consacré par l'article 8 de la Convention serait le droit, pour

¹²⁰ G. SCHAMPS et G. WILLEMS, "La convention de gestation pour autrui entre autonomie de la volonté, ordre public et droits fondamentaux : quelles garanties formelles et substantielles ?", in *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, sous la coord. de G. SCHAMPS et J. SOSSON, *loc. cit.*, p. 354.

¹²¹ E. PICARD, "Droits fondamentaux et notion du contrat", in *Contrats et Droits fondamentaux*, sous la dir. de D. COSTA et A. PÉLISSIER, Aix-en-Provence, PUAM, 2011, pp. 134-135.

¹²² K. LEMMENS, "Le droit au respect de la vie privée et de la personnalité", in *Les droits constitutionnels en Belgique*, sous la dir. de M. VERDUSSEN et N. BONBLED, *loc. cit.*, p. 913.

¹²³ PH. FRUMER, "La renonciation aux droits constitutionnels", in *Les droits constitutionnels en Belgique. Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, sous la dir. de M. VERDUSSEN et N. BONBLED, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 381-394.

chacun, de mener sa vie privée et familiale comme il le souhaite¹²⁴. Toutefois, une place de plus en plus grande est laissée à l'autonomie, à l'individualisme et à la liberté contractuelle. Comme l'expose Pascal Puig dans son étude sur la relation entre le contrat et les droits fondamentaux : « *Le contrat peut (...) justifier l'atteinte à un droit fondamental par le seul pouvoir des volontés individuelles de renoncer partiellement et ponctuellement à sa protection* »¹²⁵.

Le législateur et le juge civil, qui seront éventuellement amenés à se prononcer sur la validité du contrat, veilleront à ce que le principe de proportionnalité soit respecté. Ce principe tend à trouver un équilibre entre les intérêts de chacun des protagonistes. Le contrat ne pourrait donc pas imposer des conditions trop contraignantes uniquement à la mère porteuse sous peine de basculer dans une certaine instrumentalisation de celle-ci¹²⁶.

§2. La dignité humaine

Le législateur belge pourrait ainsi, selon nous, autoriser les parties à inclure dans leur contrat diverses clauses qui préciseraient le comportement de la mère porteuse. Toutefois, il nous semble que la dignité humaine de cette dernière serait en jeu. Cette notion renvoie à l'idée de respect que chacun est en droit de recevoir¹²⁷. Kant nous enseigne que l'être humain ne peut pas être vu comme *uniquement* un moyen et doit toujours être considéré comme étant *aussi* une fin¹²⁸. Nous pensons que la vérification du contrat avant la fécondation de la mère porteuse permet à l'instance de contrôle de s'assurer que la femme n'est pas traitée uniquement comme un moyen pour le couple d'intention de réaliser leur projet parental. Cette analyse doit se faire *in concreto*. À défaut, nous ne serions pas à l'abri d'une éventuelle condamnation de la Cour européenne des droits de l'homme qui a considéré, dans son arrêt *Tyrer c. Royaume-Uni*¹²⁹, que le respect de la dignité doit être surveillé par elle au titre de

¹²⁴ F. TULKENS, "Le droit au respect de la vie familiale. Égalité et non-discrimination", *Rev. trim. dr. fam.*, 2008/3, p. 634.

¹²⁵ P. PUIG, "Droits fondamentaux et formation du contrat", *Revue juridique de l'USEK*, 2009, p. 178.

¹²⁶ J.B. SEUBE, "Formation du contrat et droits fondamentaux", in *Contrats et Droits fondamentaux*, sous la dir. de D. COSTA et A. PÉLISSIER, Aix-en-Provence, PUAM, 2011, p. 50.

¹²⁷ K. NERI, "La notion de dignité humaine, fondement de l'émergence de nouveaux droits de l'homme ou nouveaux droits substantiels?" in *Nouveaux droits de l'homme et internationalisation du droit, Les nouvelles dimensions de l'affirmation*, sous la dir. de S. DOUMBE-BILLE, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 55.

¹²⁸ J. FIERENS, "La dignité humaine comme concept juridique", *J.T.*, 2002, p. 578.

¹²⁹ Cour. eur. D.H., *Tyrer c. Royaume-Uni* du 25 avril 1978, req. n° 5856/72.

l'article 3 de la Convention. Le respect de la dignité est regardé selon les évolutions de la société et des conditions au jour où la Cour statue¹³⁰. Pour l'Etat, la difficulté d'élaborer une législation est de trouver un équilibre entre une attitude paternaliste vis-à-vis de la mère porteuse et le respect de sa liberté. A ce titre, Ruwen Ogien, directeur de recherche au CNRS, propose d'appréhender le concept de dignité humaine différemment. Interdire la pratique des mères porteuses sous prétexte de protéger un tel principe serait une atteinte à leur dignité en les jugeant irresponsables et prenant des engagements inconsidérés¹³¹.

La période de la grossesse est un moment partagé entre deux femmes mais relevant toutefois de la vie privée de la mère porteuse. Les questions de l'interruption volontaire de grossesse, du refus de traitements médicaux et du comportement à mener pendant la gestation sont des questions intimement liées à la femme qui porte l'enfant¹³². C'est précisément pour ces problématiques que le contrat a un aspect utile. En effet, la femme enceinte pourrait, selon certains, renoncer librement et en toute connaissance de cause à certains aspects de sa vie privée par un contrat, jugé valable et ayant force obligatoire. Cette renonciation doit présenter un caractère clair, explicite et non équivoque, selon la Cour européenne des droits de l'homme¹³³. Toutefois, certains auteurs relèvent l'existence d'un consensus pour ne pas permettre à la mère porteuse d'abandonner son droit à l'interruption volontaire de grossesse dans les conditions légales en raison de son aspect intimement privé¹³⁴. Imposer un avortement ou, au contraire, l'interdire à la femme qui supporte la grossesse peut avoir de graves conséquences sur le plan de sa santé, tant physique que psychique.

¹³⁰ J. FIERENS, "La dignité humaine comme concept juridique", *loc. cit.*, pp. 579-582.

¹³¹ R. OGIEN, "«Mon corps est à moi », «Non, c'est non». Que reste-t-il de ces principes?", in *Corps de la femme et Biomédecine*, sous la dir. de A. AOUIJ-MRAD et B. FEUILLET-LIGER, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 353-358.

¹³² G. SCHAMPS et G. WILLEMS, "La convention de gestation pour autrui entre autonomie de la volonté, ordre public et droits fondamentaux : quelles garanties formelles et substantielles ?", in *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, sous la coord. de G. SCHAMPS et J. SOSSON, *loc. cit.*, p. 354.

¹³³ PH. FRUMER, "La renonciation aux droits constitutionnels", in *Les droits constitutionnels en Belgique. Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, sous la dir. de M. VERDUSSEN et N. BONBLED, *loc. cit.*, pp. 381-394.

¹³⁴ G. SCHAMPS et G. WILLEMS, "La convention de gestation pour autrui entre autonomie de la volonté, ordre public et droits fondamentaux : quelles garanties formelles et substantielles ?", in *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, sous la coord. de G. SCHAMPS et J. SOSSON, *loc. cit.*, p. 351.

CHAPITRE IV : À la naissance

Section 1 : Établissement du lien de filiation avec le couple d'intention

§1. La situation en Belgique

a) L'intérêt de l'enfant

Les tribunaux belges font une distinction entre le caractère illicite de la convention de mère porteuse et l'établissement du lien de filiation de l'enfant né par gestation pour autrui¹³⁵. Quand bien même la gestation pour autrui pose question, l'enfant ne peut pas pâtir du choix de ses parents. Dès lors que l'enfant est né, le laisser dans une insécurité juridique semble une attitude irrespectueuse de ses droits, et de son intérêt, quelles que soient les préoccupations légitimes du législateur¹³⁶.

Mais que requiert concrètement l'intérêt supérieur de l'enfant ? D'après Nicole Gallus, lorsque l'enfant est remis au couple d'intention, son intérêt nécessite de faire coïncider la réalité affective vécue avec le droit. Celui-ci doit protéger juridiquement cette relation et permettre aux parents d'intention d'exercer leur responsabilité parentale¹³⁷.

b) La filiation maternelle

À la naissance de l'enfant, le lien de filiation est établi par application des règles de droit commun. En vertu de l'article 312 du Code civil, la mère porteuse est, au départ, toujours la mère légale de l'enfant (quand bien même elle ne serait pas liée génétiquement à celui-ci). Dans l'acte de naissance, c'est uniquement le nom de la mère *porteuse* qui peut figurer. L'article 363 du Code pénal prévoit par ailleurs que

¹³⁵ C. HENRICOT, S. SAROLÉA et J. SOSSON, "La filiation d'enfants nés d'une gestation pour autrui à l'étranger", note sous Cour d'appel de Liège du 6 septembre 2010, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, pp. 1148-1149.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 1161.

¹³⁷ N. GALLUS, "L'adoption par les parents intentionnels de l'enfant né d'une mère porteuse", note sous Trib. jeun. Bruxelles, 23 août 2012, *Act. dr. fam.*, 2013/5, p. 101.

« Sera puni de la réclusion de cinq ans à dix ans celui qui substitue un enfant à un autre ou qui attribue à une femme un enfant dont elle n'a pas accouché ». ¹³⁸

Pour que la mère d'intention puisse être reconnue comme étant *juridiquement* la mère, deux possibilités s'offrent à elle : la voie de l'adoption ¹³⁹ ou l'introduction devant le tribunal de la famille ¹⁴⁰ d'une action en contestation de la filiation de la mère porteuse. Elle doit alors démontrer « *le caractère mensonger de la filiation maternelle* » (article 312, §2 du Code civil). Chaque tribunal apprécie s'il préfère faire primer la maternité génétique (lorsque la mère d'intention qui revendique la maternité est aussi la mère génétique) ou la maternité gestatrice ¹⁴¹.

L'adoption semble la voie la plus utilisée en Belgique. Le tribunal de la jeunesse de Bruxelles ¹⁴² a accepté l'adoption plénière par la mère d'intention lors d'une gestation pour autrui où la mère porteuse était la sœur de la mère d'intention ¹⁴³.

Autre cas : la Cour d'appel d'Anvers ¹⁴⁴ a connu d'une gestatrice qui était, dans les faits, la maman de la mère d'intention. D'abord refusée en première instance, c'est la Cour d'appel d'Anvers qui a accepté de prononcer l'adoption plénière de l'enfant par la mère d'intention. Elle a jugé que l'adoption reposait sur de justes motifs étant donné le caractère altruiste du geste et que la mère porteuse n'avait aucunement le désir de devenir la maman de l'enfant, mais de rester sa grand-mère ¹⁴⁵.

¹³⁸ J. SOSSON, "La création d'un lien légal avec la mère génétique d'un enfant conçu par gestation pour autrui: une question de filiation ou d'adoption?", note sous Trib. Jeun. Bruxelles (12° ch.), 6 mai 2009, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 177.

¹³⁹ Voyez Anvers (16° ch.bis), 14 janvier 2008, *R.W.*, 2007-2008, p. 1774 où le juge de la Cour d'appel d'Anvers a fait usage de l'adoption pour rattacher juridiquement la mère d'intention à l'enfant.

¹⁴⁰ Loi du 30 juillet 2013 portant création d'un tribunal de la famille et de la jeunesse, *M.B.*, 27 septembre 2013, p. 68429.

¹⁴¹ J. SOSSON, "La création d'un lien légal avec la mère génétique d'un enfant conçu par gestation pour autrui: une question de filiation ou d'adoption?", note sous Trib. Jeun. Bruxelles (12° ch.), 6 mai 2009, *loc. cit.*, pp. 176-179.

¹⁴² Trib. jeun. Bruxelles, 4 juin, 1996, *T. Gez.*, 1997-1998, p. 124.

¹⁴³ G. VERSCHelden et L. PLUYM, "Chronique de jurisprudence belge concernant la gestation pour autrui (Droit interne)", in *La gestation pour autrui: vers un encadrement?*, sous la coord. de G. SCHAMPS et J. SOSSON, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 203.

¹⁴⁴ Anvers (16°bis ch.), 14 janvier 2008, *R.W.*, 2007-2008, p. 1774.

¹⁴⁵ G. VERSCHelden et L. PLUYM, "Chronique de jurisprudence belge concernant la gestation pour autrui (Droit interne)", in *La gestation pour autrui: vers un encadrement?*, sous la coord. de G. SCHAMPS et J. SOSSON, *loc. cit.*, p. 204.

Dans un arrêt du 6 mai 2009¹⁴⁶, le tribunal de la jeunesse de Bruxelles voit en l'adoption la seule manière de rattacher juridiquement l'enfant à la mère d'intention dès lors que le droit commun de la filiation fonde la maternité sur l'accouchement¹⁴⁷. Ce mécanisme est également la seule façon d'établir la maternité de la mère d'intention lorsque la mère porteuse est également la mère génétique de l'enfant. Le consentement à l'adoption par la mère porteuse ne peut être donné qu'après deux mois à partir de la naissance¹⁴⁸.

c) La filiation paternelle

Sur ce point, nous devons différencier selon que la mère porteuse est mariée ou ne l'est pas.

Si la mère porteuse est engagée maritalement, étant la mère légale, son mari est présumé être le père de l'enfant. Une possibilité d'établir le lien de filiation avec le père d'intention est de contester la paternité du mari de la mère porteuse, comme le prévoit l'article 318, §4 du Code civil. Cette contestation peut être faite par la mère porteuse (« *dans l'année de la naissance* »), son mari (« *dans l'année de la découverte du fait qu'il n'est pas le père de l'enfant* ») ou par le père d'intention (« *dans l'année de la découverte qu'il est le père de l'enfant* ») et doit être portée devant le tribunal de la famille.

Si l'action est intentée par le père d'intention, deux choses vont se produire. Si la contestation aboutit, le jugement va mettre à la fois la paternité du mari de la mère porteuse à néant tout en reconnaissant le père d'intention (le demandeur dans notre hypothèse) comme le parent légal. Pour cela, le père d'intention doit apporter à la fois la preuve que le mari de la mère porteuse n'est pas le père et que lui est le père *génétique* de l'enfant. Cela n'est pas possible s'il y a eu don de sperme, en plus du recours à une mère porteuse.

¹⁴⁶ Civ. Bruxelles, ch. jeun., 6 mai 2009, *J.L.M.B.*, 2009, p. 1083.

¹⁴⁷ N. GALLUS, "Gestation pour autrui et reconnaissance des actes de l'état civil étrangers", *J.T.*, 2010, p. 424.

¹⁴⁸ Avis Comité Consultatif de Bioéthique n°30 du 5 juillet 2004 relatif à la gestation pour autrui (mères porteuses), p. 9.

Une difficulté peut surgir : le paragraphe 4 de l'article 318 du Code civil déclare l'action irrecevable « *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* ». Prévu au départ uniquement dans les situations de procréation médicalement assistée afin d'éviter que le futur père puisse revenir sur sa position et ne pas honorer son engagement, cet article s'applique dans la gestation pour autrui. L'article 318, §4 constitue dès lors un obstacle à l'action en contestation de paternité (que cette action soit intentée par la mère porteuse, son mari ou le père d'intention).

Ainsi, il revient aux protagonistes de se ménager une preuve que le mari de la mère porteuse n'a pas consenti à l'insémination de sa femme¹⁴⁹. Le tribunal de Gand¹⁵⁰ a retenu un acte notarié dans lequel le mari de la mère porteuse faisait savoir qu'il ne souhaitait pas être le père juridique de l'enfant¹⁵¹. Une autre décision du Tribunal de première instance de Gand¹⁵², en 2001, a déclaré recevable l'action en contestation de paternité lorsque la mère porteuse a été fécondée par insémination artificielle et que les faits ne montrent pas que son mari ait donné son accord à cette insémination¹⁵³.

La seconde manière d'établir la paternité pour le père d'intention en cas de mère porteuse mariée est d'utiliser la voie de l'adoption, moyennant le consentement du couple formé par la mère porteuse et son mari¹⁵⁴.

La filiation paternelle est plus facile à établir lorsque la mère porteuse n'est pas mariée. Le père d'intention peut reconnaître l'enfant, en vertu de l'article 319 du Code civil¹⁵⁵. Le consentement de la mère porteuse est requis, de même que celui du mineur émancipé ou lorsque l'enfant a atteint l'âge de 12 ans accomplis. La reconnaissance d'un enfant majeur est soumise à son seul consentement¹⁵⁶. Un arrêt

¹⁴⁹ J. SOSSON, "Mère porteuse mariée: danger?", note sous Civ. Dinant (1ère ch.), 6 février 2014, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014/3, pp. 631-634.

¹⁵⁰ Civ. Gand, 31 mai 2001, *R.G.D.C.*, 2002.

¹⁵¹ J. SOSSON, "Mère porteuse mariée: danger?", note sous Civ. Dinant (1ère ch.), 6 février 2014, *loc. cit.*, pp. 631-636.

¹⁵² Civ. Gand, 31 mai 2001, *R. G. D. C.*, 2002, p. 27.

¹⁵³ Avis du Comité Consultatif de Bioéthique n° 30 du 5 juillet 2004 relatif à la gestation pour autrui, p. 12.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 10.

¹⁵⁵ *Ibidem*, pp. 9-10.

¹⁵⁶ Article 329bis du Code civil.

de la Cour d'appel de Bruxelles¹⁵⁷ a fait usage de ce mécanisme pour rattacher juridiquement le père d'intention à l'enfant né par mère porteuse¹⁵⁸.

Si la mère porteuse refuse de donner son consentement, le père d'intention peut introduire un recours devant le tribunal de la famille. Cette hypothèse n'est possible que s'il est également le père génétique¹⁵⁹.

Le père d'intention peut aussi décider de passer par l'adoption. Le consentement de la mère porteuse et de son mari le cas échéant ne peut être donné avant deux mois à partir de la naissance de l'enfant¹⁶⁰. Ce délai de deux mois ne prive pas le couple d'intention de prendre l'enfant chez eux et de s'en occuper dès sa naissance¹⁶¹.

§2. Regard sur le droit étranger

Le **droit anglais** connaît une méthode particulière pour établir le lien de filiation entre l'enfant et le couple d'intention: le *parental order*. Les règles classiques de la filiation reconnaissent la mère porteuse comme étant la mère légale de l'enfant¹⁶². Pour l'établissement de la paternité, si la mère porteuse est mariée, la présomption de paternité s'applique. Son mari est ainsi considéré comme étant le père légal de l'enfant¹⁶³. Il en est de même si la mère porteuse est dans un *civil partnership* avec une autre femme, cette dernière sera considérée comme le second lien de filiation de l'enfant¹⁶⁴.

En revanche, si la mère porteuse n'est pas mariée, le père d'intention pourra procéder à la reconnaissance de l'enfant à la condition que la fécondation se soit faite

¹⁵⁷ Bruxelles (3è ch.), 1er mars 2007, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 754.

¹⁵⁸ E. DOS REIS, G. RUFFIEUX, J. TEREL et G. WILLEMS, "La maternité de substitution", in *Parenté, filiation, origines*, sous la dir. de H. FULCHIRON et J. SOSSON, *loc. cit.*, p. 188.

¹⁵⁹ Voyez l'article 329bis du Code civil.

¹⁶⁰ Avis du Comité Consultatif de Bioéthique n° 30 du 5 juillet 2004 relatif à la gestation pour autrui, p. 10. (Voyez art. 348-4 du Code civil)

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 12.

¹⁶² E. STEINER, "Angleterre. Maternité pour le compte d'autrui: entre prohibition et permission", in *Gestation pour autrui: surrogate motherhood*, sous la dir. de F. MONÉGER, *loc. cit.*, p. 44.

¹⁶³ M. WELLS-GRECO, "United Kingdom", in *International Surrogacy Arrangements. Legal Regulation at the International Level*, sous la dir. de K. TRIMMINGS et P. BEAUMONT, *loc. cit.*, p. 369 (traduction libre).

¹⁶⁴ Article à propos de la gestation pour autrui en Angleterre et Pays de Galles; http://www.lester-aldridge.co.uk/_uploads/documents/fertility/surrogacy.pdf (consulté le 10 février 2014)

avec son sperme. S'il y a eu don de sperme, le père d'intention ne peut pas reconnaître l'enfant à défaut d'être le père biologique, tandis que le donneur de sperme, lui, ne peut pas établir sa paternité (article 41 HFEA 2008). Dans une telle situation, la mère porteuse serait le seul parent légal de l'enfant¹⁶⁵.

Le *parental order* va permettre de traiter les parents d'intention comme s'ils étaient les parents légaux et faire cesser tout lien de filiation avec la mère porteuse et son éventuel mari. Pour pouvoir bénéficier de ce mécanisme, le couple d'intention doit introduire une procédure devant le juge dans les six premiers mois de la naissance et obtenir l'accord de la mère porteuse et de son éventuel mari¹⁶⁶. Ce consentement ne peut pas être donné avant que l'enfant ait atteint l'âge de six semaines¹⁶⁷.

The UK Department of Health évalue qu'entre 50 et 70 *parental order* sont accordés chaque année au Royaume-Uni¹⁶⁸.

En **droit californien**, la clé de voûte de l'établissement du lien de filiation est l'existence du contrat. Une convention respectant les prescriptions légales va avoir pour effet d'appliquer un autre régime que le régime de droit commun de la filiation. Sur base du nom des parents d'intention mentionné dans le contrat, le juge va désigner ceux-ci comme étant les parents légaux de l'enfant né ou à naître puisque ce jugement peut intervenir avant ou après la naissance. La mère porteuse et son mari éventuel n'ont aucun droit vis-à-vis de l'enfant¹⁶⁹.

¹⁶⁵ M. WELLS-GRECO, "United Kingdom", in *International Surrogacy Arrangements. Legal Regulation at the International Level*, sous la dir. de K. TRIMMINGS et P. BEAUMONT, *loc. cit.*, pp. 369-370 (traduction libre).

¹⁶⁶ E. STEINER, "Angleterre. Maternité pour le compte d'autrui: entre prohibition et permission", in *Gestation pour autrui: surrogate motherhood*, sous la dir. de F. MONÉGER, *loc. cit.*, pp. 42-45

¹⁶⁷ G. WILLEMS ET J. SOSSON, "Légiférer en matière de gestation pour autrui: quelques repères de droit comparé et de droit international", in *La gestation pour autrui: vers un encadrement?*, sous la coord. de G. SCHAMPS et J. SOSSON, *loc. cit.*, p. 254.

¹⁶⁸ M. WELLS-GRECO, "United Kingdom", in *International Surrogacy Arrangements. Legal Regulation at the International Level*, sous la dir. de K. TRIMMINGS et P. BEAUMONT, *loc. cit.*, p. 376 (traduction libre).

¹⁶⁹ G. WILLEMS ET J. SOSSON, "Légiférer en matière de gestation pour autrui: quelques repères de droit comparé et de droit international", in *La gestation pour autrui: vers un encadrement?* sous la coord. de G. SCHAMPS et J. SOSSON, *loc. cit.*, pp. 261-262.

Une fois le délai d'appel écoulé, le jugement est effectif sur tout le territoire américain C'est ainsi qu'un couple de New-Yorkais a pu faire reconnaître à New York un jugement établissant son lien de filiation envers un enfant né par gestation pour autrui réalisée en Californie¹⁷⁰.

Nous pouvons constater que le droit californien donne un poids important à l'intention pour établir un lien de filiation. Le couple qui a eu l'intention d'être les parents de l'enfant et d'en prendre soin est reconnu comme parents légaux.

Dans l'affaire *In Re Marriage of Buzzanca*¹⁷¹, un couple a recours à une mère porteuse. Il entame ensuite une procédure en divorce et le père d'intention déclare ne pas être le père de l'enfant puisque le contrat de gestation pour autrui n'est pas encore signé au moment de l'implantation de l'embryon conçu *in vitro* par don de sperme et don d'ovule. Le tribunal californien décide que l'intention d'avoir un enfant et de devenir papa par le biais d'une mère porteuse existe. Cela suffit pour obliger le versement d'une pension alimentaire à l'enfant¹⁷².

Une précision importante s'impose toutefois. La législation californienne ne concerne que le cas où la mère porteuse n'utilise pas son propre ovule. L'issue de la filiation dans un cas où la mère porteuse a également fourni son propre ovule reste incertaine¹⁷³.

Le droit de l'**Illinois** a cela de particulier qu'il établit le lien de filiation des parents d'intention dès la signature du contrat de gestation pour autrui, sans que ce contrat fasse l'objet d'un contrôle d'un Comité d'éthique ou d'un tribunal, avant ou après la naissance¹⁷⁴.

La filiation en **droit grec** est également simplifiée par le mécanisme de

¹⁷⁰ S. H. SNYDER, "United States of America", in *International Surrogacy Arrangements. Legal Regulation at the International Level*, sous la dir. de K. TRIMMINGS et P. BEAUMONT, *loc. cit.*, pp. 392-395 (traduction libre).

¹⁷¹ 61 Cal.App.4th 1410, 72 Cal.Rptr.2d 280 (Ct. App. 1998).

¹⁷² M. GARRISSON, "La procréation médicalement assistée (pma) aux états-unis : un far west de la filiation", in *Les incidences de la biomédecine sur la parenté*, sous la dir. de B. FEUILLET-LIGER et M.-C. CRESPO-BRAUNER, *loc. cit.*, p. 251.

¹⁷³ G. WILLEMS et J. SOSSON, "Légiférer en matière de gestation pour autrui: quelques repères de droit comparé et de droit international", in *La gestation pour autrui: vers un encadrement?*, sous la coord. de G. SCHAMPS et J. SOSSON, *loc. cit.*, pp. 261-262.

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 263.

l'instauration d'une nouvelle présomption basée sur l'intention. La mère d'intention, pour autant qu'elle soit également la mère génétique, est présumée être la mère juridique.

Et s'il s'agit d'un homme seul qui a fait appel à une mère porteuse, la présomption joue en sa faveur. Sur l'acte de naissance de l'enfant, il est indiqué le nom du père d'intention et sans aucune mention de maternité¹⁷⁵.

Pour conclure cette partie sur la filiation en droit belge et en droit comparé, une première question s'impose. Qu'est-ce qu'être un père et une mère aujourd'hui, en 2015, avec toutes les techniques médicales qui viennent aider et permettre une procréation ? Est-ce *forcément* la personne qui a donné son matériel génétique ? Est-ce *uniquement* les personnes qui ont voulu cet enfant ? Il est intéressant de noter qu'au Brésil, c'est le lien socio-affectif qui prime. Les questions relatives à la filiation sont souvent tranchées par l'apparence et les sentiments¹⁷⁶.

Ceci appelle maintenant une seconde question : n'a-t-on *nécessairement* qu'un père et une mère ? Pour reprendre l'exemple du Brésil, celui-ci accepte qu'un même enfant ait plusieurs papas et plusieurs mamans, l'un au titre de la réalité biologique, l'autre en raison de la relation affective. Tous figurent sur l'acte de naissance¹⁷⁷.

La Californie a tout récemment adopté la même démarche en permettant qu'un enfant ait plusieurs parents si cela est dans son intérêt¹⁷⁸.

Section 2 : Les couples homosexuels

§1. Positionnement du débat

La question de savoir si le droit doit autoriser l'accès à la gestation pour autrui aux couples homosexuels est source de controverse. Différents points de vue peuvent être rencontrés. Un premier courant s'y oppose, car ces situations ne répondent pas à une incapacité pathologique, mais à une incapacité due à un choix de vie. La question

¹⁷⁵ P. AGALLOPOULOU, "La procréation médicalement assistée, source de bouleversement de la parenté en droit hellénique", in *Les incidences de la biomédecine sur la parenté: approche internationale*, sous la dir. de B. FEUILLET-LIGER et M.-C. CRESPO-BRAUNER, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 139-140.

¹⁷⁶ M.-C. CRESPO BRAUNER et A. LOBATO, "La biomédecine, source de pluralisme au Brésil", in *Les incidences de la biomédecine sur la parenté: approche internationale*, sous la dir. de B. FEUILLET-LIGER et M.-C. CRESPO-BRAUNER, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 258-259.

¹⁷⁷ *Ibidem*, pp. 258-259.

¹⁷⁸ http://leginfo.ca.gov/faces/billNavClient.xhtml?bill_id=201320140SB274 (consulté le 2 avril 2015)

de savoir si l'on choisit vraiment d'être homosexuel est discutable, mais cette question ne relève pas du domaine juridique.

Un autre mouvement semble, au contraire, vouloir autoriser la GPA aux couples homosexuels. Et ce afin d'éviter que ces personnes aillent à l'étranger pour réaliser leur rêve de famille, où la gestation pour autrui peut parfois être effectuée dans des conditions douteuses. Un autre argument consiste à souligner que le droit doit reconnaître toute forme de parenté. Cela répond à l'intérêt de l'enfant et évite de le mettre dans une situation juridique incertaine quant à sa filiation et ses effets en droit. Un troisième argument s'ajoute : si la nature impose nécessairement la rencontre des gamètes mâles et femelles pour faire un enfant, il n'en va pas de même pour l'éduquer. Dès lors, il n'y a aucune légitimité à les empêcher d'avoir un bébé, car c'est à eux qu'il revient de l'élever et de l'aimer. Certes, le raisonnement est correct, mais il confond la notion de parenté (être les parents au sens juridique du terme avec tous les effets que le droit attribue à la filiation) avec celle de parentalité qui correspond à la tâche d'éducation et d'exercice des fonctions parentales¹⁷⁹.

§2. La position de la Cour européenne des droits de l'homme

La Cour européenne des droits de l'homme ne s'est pas encore prononcée sur la question¹⁸⁰. Elle s'est par contre déjà exprimée sur les relations parentales au sein d'un couple homosexuel et sur l'accès à un enfant par ceux-ci. Le respect de la vie familiale protégé par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme s'applique dans le cadre d'une relation d'une personne homosexuelle avec l'enfant de son partenaire¹⁸¹. Nous pouvons ainsi envisager l'hypothèse où la législation autoriserait la gestation pour autrui à une personne seule, mais pas aux couples homosexuels. Un homme aurait alors recours à la gestation pour autrui à titre individuel, sans laisser paraître une situation de couple. Nous pensons que la relation qui naîtrait par la suite entre l'enfant issu de ce mécanisme de mère porteuse et le partenaire homosexuel du protagoniste serait alors couverte par l'article 8 de la

¹⁷⁹ N. GALLUS, *Le droit de la filiation. Rôle de la vérité socio-affective et de la volonté en droit belge*, *loc. cit.*, p. 382-383.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 507.

¹⁸¹ G. WILLEMS, "La vie familiale des homosexuels au prisme des articles 8, 12 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme: mariage et conjugalité, parenté et parentalité", *Rev. trim. dr. h.*, 2013, p. 87.

Convention européenne des droits de l'homme. La vie familiale ainsi créée au sein de ce couple homosexuel serait protégée.

Mais pour autant la Cour n'impose pas aux États de permettre l'établissement d'un lien de filiation par le biais de l'adoption aux couples homosexuels¹⁸². En effet, la Cour ne reconnaît pas l'existence d'un droit à l'adoption en soi, que ce soit pour les couples homosexuels ou hétérosexuels. Elle estime que le refus de l'adoption à un couple homosexuel en raison de son orientation sexuelle n'est pas contraire à l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme¹⁸³. Elle fonde sa position sur le débat qui anime psychologues et psychiatres quant à l'établissement d'un lien de filiation d'un enfant envers un couple de même sexe, le critère de proportionnalité étant rempli¹⁸⁴.

Un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme sur l'éventuelle discrimination d'une ouverture à la gestation pour autrui pour les couples homosexuels se fait, à l'heure où nous écrivons ces lignes, toujours attendre.

§3. Le droit belge

La situation actuelle en Belgique quant à l'accès à la gestation pour autrui pour un couple de même sexe dépend des hôpitaux. En exigeant que les gamètes proviennent de l'homme et de la femme du couple d'intention¹⁸⁵, l'hôpital Saint-Pierre à Bruxelles ferme inévitablement l'accès aux couples homosexuels. En revanche, la Citadelle à Liège¹⁸⁶ et l'hôpital universitaire de Gand¹⁸⁷ permettent à un couple homosexuel d'obtenir un don d'ovule.

¹⁸² *Ibidem*, p. 89.

¹⁸³ "Article 14: Interdiction de discrimination: La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation."

¹⁸⁴ N. GALLUS, "Les relations parentales et la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'Homme", *Rev. dr. U.L.B.*, 2005, pp. 48-50.

¹⁸⁵ C. AUTIN, "Gestation pour autrui: expérience d'un centre belge de procréation médicalement assistée", in *La gestation pour autrui: vers un encadrement?*, sous la coord. de G. SCHAMPS et J. SOSSON, *loc. cit.*, p. 11.

¹⁸⁶ <http://archives.lesoir.be/-amorce-chaque-annee-amorce-en-belgique-une-cinquantaine-t-20111004-01LTEX.html> (consulté le 8 mars 2015)

¹⁸⁷ <http://deredactie.be/cm/vrtnieuws.francais/infos/1.1037404> (consulté le 8 mars 2015).

Le lien de filiation s'établit par le mécanisme de l'adoption depuis l'ouverture du droit à l'adoption aux couples de même sexe par le législateur belge¹⁸⁸.

C'est en 2010 qu'une Cour d'appel belge¹⁸⁹ a connu, pour la première fois, du recours à une mère porteuse par un couple belge de même sexe en Californie. Un jugement de la Cour Suprême établit la paternité des deux hommes à l'égard des jumelles qui viendront à naître et déclare par la même occasion une absence de tout lien de parenté de la mère porteuse et de son mari. À la naissance des jumelles, l'acte de naissance est dressé en conformité avec le jugement de la Cour Suprême. De retour en Belgique, le couple de même sexe procède à la transcription de cet acte de naissance et à la reconnaissance de leur parenté établie aux États-Unis. L'officier de l'état civil s'y oppose et le couple introduit un recours devant le tribunal de première instance de Huy qui confirme le refus au motif qu'il y a eu conclusion d'un contrat de gestation pour autrui. La Cour d'appel de Liège ne suit pas ce jugement¹⁹⁰. Elle déclare que bien qu'il y ait eu une convention de gestation pour autrui, cela ne peut porter préjudice à l'intérêt de l'enfant, intérêt supérieur à toute autre considération. Toutefois, la Cour ne reconnaît le lien de filiation qu'à l'égard du parent biologique, celui qui a fourni son sperme. Le partenaire du père légal devant alors passer par l'adoption¹⁹¹.

De manière plus novatrice, le tribunal de première instance de Liège a, dans un arrêt du 15 mars 2013¹⁹², reconnu le double lien de filiation monosexuée, à l'égard de deux hommes ayant fait appel à une mère porteuse californienne. Ceci a permis à ce couple homosexuel de faire fi de la procédure d'adoption¹⁹³.

Une idée s'inspirant du Danemark, voit le jour en Belgique. Certains auteurs de doctrine envisagent la possibilité de prononcer une adoption avant la naissance de

¹⁸⁸ Loi du 18 mai 2006 modifiant certaines dispositions du Code civil en vue de permettre l'adoption par des personnes de même sexe, *M.B.*, 20 juin 2006, p. 31128.

¹⁸⁹ Liège (1^{re} ch.), 6 septembre 2010, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 1125.

¹⁹⁰ C. HENRICOT, S. SAROLÉA et J. SOSSON, "La filiation d'enfants nés d'une gestation pour autrui à l'étranger", note sous Liège (1^o ch.), 6 septembre 2010, *loc. cit.*, pp. 1139-1140.

¹⁹¹ *Ibidem*, pp. 1151-1152.

¹⁹² Civ. Liège (3^{ème} Ch.), 15 mars 2013, *Rev. trim. dr. fam.*, 3/2013, p. 714.

¹⁹³ C. HENRICOT, "Gestation pour autrui transfrontière. Reconnaissance d'un double lien de filiation monosexuée : une première en Belgique !", note sous Civ. Liège (3^o ch.), 15 mars 2013, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 721.

l'enfant. Le droit hollandais offre également une possibilité intéressante : celle de pouvoir introduire la demande d'adoption avant la naissance, le jugement n'étant effectivement prononcé qu'au moment où l'enfant voit le jour.

Ces deux systèmes permettent ainsi au couple d'intention de même sexe de devenir directement les parents juridiques de l'enfant dès sa naissance, la filiation se fondant ainsi sur l'intention de devenir parents¹⁹⁴.

Certains pays comme l'Angleterre, la Californie, l'Illinois et encore l'Ukraine¹⁹⁵ accordent l'accès à la gestation pour autrui aux couples de même sexe.

Si une législation sur la gestation pour autrui devait voir le jour en Belgique, le législateur aurait à choisir soit de suivre ces différents pays et d'autoriser son accès aux couples homosexuels, soit de les exclure. Si c'était la deuxième option qui était choisie, le législateur belge ne serait pas à l'abri de devoir justifier cette différence de traitement¹⁹⁶.

Et si nous n'étions pas encore convaincus que la médecine peut faire des choses auxquelles nous n'aurions jamais pensé, voici que des chercheurs de l'université de Cambridge sont parvenus à démontrer qu'il est possible qu'un enfant soit génétiquement celui de deux personnes de même sexe. Ces chercheurs sont en effet parvenus à réaliser des cellules d'ovocytes et de sperme à partir de cellules de peau. Cette technique pourrait être mise en place d'ici deux ans. Nul doute que cela créera de vifs débats éthiques et d'incroyables questionnements sur le rôle du biologique dans la filiation¹⁹⁷.

¹⁹⁴ *Ibidem*, pp. 110-112.

¹⁹⁵ G. WILLEMS et J. SOSSON, "Légiférer en matière de gestation pour autrui: quelques repères de droit comparé et de droit international", in *La gestation pour autrui: vers un encadrement?*, sous la coord. de G. SCHAMPS et J. SOSSON, *loc. cit.*, pp. 260-267.

¹⁹⁶ N. GALLUS, "Les relations parentales et la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'Homme", *loc. cit.*, p. 28.

¹⁹⁷ Article internet : " <http://www.slate.fr/story/98377/bebes-cellules-deux-adultes-meme-sexe>" (consulté le 5 mars 2013).

Voyez également : <http://www.cambridge-news.co.uk/Cambridge-university-researchers-breakthrough/story-26065812-detail/story.html>

Section 3 : Le délai laissé à la mère porteuse pour donner son consentement

Il peut arriver que la mère porteuse refuse de remettre l'enfant au couple d'intention, soit parce qu'elle s'y est attachée pendant la grossesse et ressent cet enfant comme étant le sien, soit pour un motif purement commercial.

À ce propos, la Belgique a fait l'expérience d'une bien triste situation : l'affaire « *Baby D.* »¹⁹⁸ Un couple belge fait appel à une mère porteuse qui, dans un premier temps, leur fait croire qu'après 7 mois de grossesse que le bébé est mort. En réalité, elle a « revendu » cet enfant à un homme et une femme néerlandais plus offrants¹⁹⁹. Le tribunal correctionnel d'Audenarde les condamne ainsi que la mère porteuse et son mari pour traitement inhumain et dégradant²⁰⁰.

Le contrat de gestation pour autrui n'ayant aucune force juridique en Belgique²⁰¹, on ne peut imposer à la femme qui porte l'enfant de s'en séparer. Certains membres du Comité Consultatif de Bioéthique sont favorables à cette position, reconnaissant un droit fondamental à la femme qui a porté l'enfant et qui a un certain vécu avec celui-ci de pouvoir garder cet enfant. Ces membres soulignent qu'on ne peut prédire l'impact, sur le plan psychique, qu'entraîne une grossesse²⁰².

On peut également considérer que la mère porteuse dispose d'un *droit inaliénable* d'établir son lien de filiation à l'égard de l'enfant. La reconnaissance d'un tel droit a pour conséquence que la mère porteuse peut garder le petit être dont elle a accouché²⁰³.

¹⁹⁸ Corr. Audenaerde (3ème ch.), 12 octobre 2012, *inédit*.

¹⁹⁹ Article du Libération: http://www.liberation.fr/grand-angle/2005/06/07/donna-un-bebe-vendu-aux-encheres_522563 (consulté le 26 février 2014)

²⁰⁰ G. VERSCHOLDEN et L. PLUYM, "Chronique de jurisprudence belge concernant la gestation pour autrui (droit interne)", in *La gestation pour autrui: vers un encadrement?*, sous la coord. de G. SCHAMPS et J. SOSSON, *loc. cit.*, pp. 211-212.

²⁰¹ G. SCHAMPS et G. WILLEMS, "La convention de gestation pour autrui entre autonomie de la volonté, ordre public et droits fondamentaux : quelles garanties formelles et substantielles ?", in *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, sous la coord. de G. SCHAMPS et J. SOSSON, *loc. cit.*, p. 326.

²⁰² Avis du Comité Consultatif de Bioéthique n° 30 du 5 juillet 2004 relatif à la gestation pour autrui, p. 15.

²⁰³ N. GALLUS, *Le droit de la filiation. Rôle de la vérité socio-affective et de la volonté en droit belge*, *loc. cit.*, p. 394.

Nous pensons aussi à l'affaire *Baby M*²⁰⁴, aux U.S.A. La mère porteuse, s'étant trop attachée à l'enfant qu'elle a porté, refuse de s'en séparer. Selon elle, il est le sien. Relevons qu'elle est également la mère génétique de l'enfant (avec utilisation du sperme du père d'intention), ce qui peut accroître le risque d'attachement²⁰⁵. Le contrat prévoit classiquement de mener à terme la grossesse et la renonciation de ses droits parentaux par la femme. Le 27 mars 1986, une petite fille voit le jour et est remise aux parents d'intention. Néanmoins, la mère porteuse souffre de cette situation et vit très mal cette séparation. Le couple d'intention, soucieux de la mère porteuse et craignant son suicide, lui permet de s'occuper de l'enfant. Il leur a fallu aller devant les tribunaux de l'État du New Jersey pour pouvoir le récupérer. En première instance, le couple d'intention gagne le procès. Mais la Cour Suprême du New Jersey, à l'inverse, déclare le contrat de gestation pour autrui invalide, car contraire à l'ordre public. Néanmoins, dans l'intérêt de l'enfant, la Cour Suprême donne la garde de celui-ci au couple demandeur, tout en accordant un droit de visite à la mère porteuse²⁰⁶.

Certains membres du Comité Consultatif de Bioéthique considèrent toutefois que la convention de gestation pour autrui doit être respectée, car la mère porteuse est apte, lors de sa conclusion, à juger des implications d'une telle situation. On en revient alors à la nécessité d'un consentement libre et éclairé de la mère porteuse tel qu'établi par Olivier De Shutter et Julie Ringelheim permettant à une personne de renoncer à des droits fondamentaux²⁰⁷ (voyez *supra*). Ces membres sont plus sensibles au désir des parents demandeurs d'avoir un enfant et fondent la parenté sur l'intention²⁰⁸.

L'Angleterre a été confrontée à un cas de refus de la mère porteuse de consentir à la procédure de *parental order* (voyez *supra*) dans l'affaire *In the Matter of N (a Child)*²⁰⁹. Bien que les règles du *parental order* autorisent effectivement la

²⁰⁴ *In the Matter of Baby M.*, 537 A.éd 1227 (N.J. 1987).

²⁰⁵ Avis du Comité Consultatif de Bioéthique n° 30 du 5 juillet 2004 relatif à la gestation pour autrui, p. 18.

²⁰⁶ C. SPIVACK, "U.S.A", in *Gestation pour autrui; surrogate motherhood*, sous la dir. de F. MONÉGER, Paris, S.L.C., 2011, pp. 259-261 (traduction libre).

²⁰⁷ O. DE SCHUTTER ET J. RINGELHEIM "La renonciation aux droits fondamentaux. La libre disposition du soi et le règne de l'échange", *CRIDHO Working Papers Series*, 1/2005.

²⁰⁸ Avis du Comité Consultatif de Bioéthique n° 30 du 5 juillet 2004 relatif à la gestation pour autrui, p. 15.

²⁰⁹ [2007] EWCA Civ. 1053

mère porteuse à s'opposer au transfert de parenté à l'égard des parents d'intention, c'est la notion d'intérêt de l'enfant que le juge a retenue pour passer outre cette obligation légale, et ce bien que la mère porteuse ait gardé l'enfant pendant dix-huit mois. Le juge a, en outre, retenu à l'égard de celle-ci un dol en ce qu'elle avait conclu un contrat de gestation pour autrui en n'ayant aucunement l'intention de remettre l'enfant à l'issue de la grossesse²¹⁰. Précisons toutefois que cette solution jurisprudentielle ne s'inscrit pas dans le courant majoritaire qui reconnaît en principe un droit de veto absolu à la femme qui a porté l'enfant²¹¹.

Il existe encore d'autres situations²¹² où l'enfant est resté avec la mère porteuse qui a refusé de donner son consentement²¹³.

Comme l'explique G. Willems : *"Cette option de principe s'inscrit vraisemblablement dans une perspective éthique suivant laquelle ce n'est qu'au terme de la grossesse et à la lumière des sentiments qu'elle ressentira à l'égard de l'enfant effectivement né que la gestatrice sera en mesure de consentir de manière tout à fait libre et éclairée à la pleine réalisation du contrat passé avec les parents d'intention"*.²¹⁴

Par opposition, **l'Afrique du Sud et la Grèce** prévoient que la mère porteuse n'a pas le droit de garder l'enfant à sa naissance. La convention conclue entre les partenaires, convention sur laquelle le juge a exercé un droit de regard, prévoit la remise de l'enfant et doit être respectée. Toutefois, ce principe connaît une exception lorsque la femme qui porte l'enfant a fourni ses propres gamètes. Elle dispose alors de soixante jours en droit sud-africain et de six mois en droit grec après la naissance pour changer d'avis et revendiquer son lien de filiation.

Hormis ce cas particulier, la gestatrice n'est jamais la mère légale de l'enfant. Le droit

²¹⁰ E. STEINER, "Angleterre. Maternité pour le compte d'autrui: entre prohibition et permission", in *Gestation pour autrui: surrogate motherhood*, sous la dir. DE F. MONÉGER, Paris, SLC, 2011, p. 46.

²¹¹ E. DOS REIS, G. RUFFIEUX, J. TEREL et G. WILLEMS, "La maternité de substitution", in *Parenté, filiation, origines*, sous la dir. de H. FULCHIRON et J. SOSSON, *loc. cit.*, p. 201.

²¹² Il s'agit de l'affaire *Re T* [2011] EWHC 33 (Fam)

²¹³ Article internet de J. Herbert "Surrogacy Agreements are based on Trust not law"; <http://mackrell.net/content/uploads/2012/09/Surrogacy-Agreements-are-based-on-Trust-not-Law-international.pdf> (consulté le 10 février 2014).

²¹⁴ E. DOS REIS, G. RUFFIEUX, J. TEREL et G. WILLEMS, "La maternité de substitution", in *Parenté, filiation, origines*, sous la dir. de H. FULCHIRON et J. SOSSON, *loc. cit.*, p. 204.

sud-africain va même plus loin en interdisant à la mère porteuse et à sa famille d'avoir un droit de contact ou une certaine présence dans la vie quotidienne de l'enfant au titre de la parentalité (sur cette notion, voyez *infra*). Les parties peuvent toutefois y déroger par convention, pour autant que le juge ait homologué cet accord²¹⁵.

La **Californie** adopte la même position. Le contrat doit être exécuté et les règles de la filiation ont pour conséquence que la mère porteuse n'est jamais la mère légale. L'enfant doit revenir au couple qui a fait appel à son aide. Une incertitude subsiste néanmoins lorsque la mère porteuse a également fourni son propre ovule. Dans l'affaire *In re Marriage of Moschetta*²¹⁶, le juge californien accorde l'enfant à la mère porteuse qui était aussi liée à l'enfant par les gènes et qui ne souhaitait plus s'en séparer²¹⁷.

Nous observons que la reconnaissance de l'implication de la mère porteuse diffère selon qu'elle soit également la mère génétique de l'enfant ou non. Si la mère d'intention a fourni ses propres ovules ou si elle a fait appel à une tierce donneuse autre que la mère porteuse, l'intention de devenir maman prime. La mère légale est la femme commanditaire. Tel n'est pas le cas lorsque la femme peut se prévaloir de la grossesse et d'un apport génétique, la mère porteuse a alors la possibilité de revendiquer son lien de filiation²¹⁸.

Section 4 : La naissance d'un enfant handicapé

Récemment, dans l'État du Connecticut, lors d'une échographie, le couple apprend que le fœtus présente certaines anomalies, notamment un bec de lièvre et un problème cardiaque. Il demande à la mère porteuse d'avorter, pour une somme supplémentaire de 10.000 dollars, ce que cette dernière refuse, leur disant qu'elle est payée pour porter et protéger l'enfant et que c'est précisément ce qu'elle fait, malgré la dénonciation par les avocats de la violation de ses obligations contractuelles. La

²¹⁵ E. DOS REIS, G. RUFFIEUX, J. TEREL et G. WILLEMS, "La maternité de substitution", in *Parenté, filiation, origines*, sous la dir. de H. FULCHIRON et J. SOSSON, *loc. cit.* pp. 205-211.

²¹⁶ *In re Marriage of Moschetta*, 30 Cal. Rptr. 2d. 893 [Cal. Ct. App. 1994].

²¹⁷ E. DOS REIS, G. RUFFIEUX, J. TEREL et G. WILLEMS, "La maternité de substitution", in *Parenté, filiation, origines*, sous la dir. de H. FULCHIRON et J. SOSSON, *loc. cit.*, pp. 208-211.

²¹⁸ *Ibidem*, pp. 52-54.

mère porteuse quitte le Connecticut pour un autre État des États-Unis où la gestation pour autrui n'est pas autorisée et où les soins médicaux seraient les plus appropriés pour une telle grossesse. Aux yeux de l'État qui ne reconnaît pas la gestation pour autrui, elle devient la mère de l'enfant. Ce dernier est actuellement en vie, mais en mauvaise santé et au sein d'une famille adoptive. En effet, les parents d'intention ont renoncé à leurs droits légaux sur l'enfant (tout en conservant un droit de visite), et la mère porteuse n'a pas pu garder l'enfant elle-même en raison de sa situation précaire²¹⁹.

Lorsque le législateur prévoit que le contrat de gestation pour autrui n'est pas susceptible d'exécution forcée, il doit être conscient que cela implique que chacune des parties, contractuellement, reste libre. Le couple d'intention peut alors se retirer et dire qu'il ne désire plus l'enfant. Le juge ne peut pas se fonder sur les termes de l'accord pour obliger une partie à s'exécuter²²⁰. Récemment, cette question a bouleversé l'Angleterre. Il s'agit d'une femme qui a donné naissance à des jumeaux dont l'un est né avec un handicap sévère. Les parents d'intention ont alors décidé de « prendre » avec eux l'enfant qui n'a pas de handicap et refusé de s'occuper du second. Ce dernier vit désormais avec sa mère porteuse et ses autres enfants²²¹.

En **Californie**, le contrat de gestation pour autrui, qui prévoit au minimum la remise de l'enfant, est juridiquement contraignant pour toutes les parties. Il nous semble dès lors que les parents d'intention ne peuvent refuser de l'accueillir²²².

Actuellement, le droit belge apporte une certaine réponse à cette problématique. Si un des parents ou les deux ont un lien génétique avec l'enfant, la

²¹⁹ Voyez <http://www.lefigaro.fr/international/2013/03/18/01003-20130318ARTFIG00601-aux-etats-unis-une-mere-porteuse-a-refuse-d-avorter.php> (consulté le 28 octobre 2014).

²²⁰ E. DOS REIS, G. RUFFIEUX, J. TEREL et G. WILLEMS, "La maternité de substitution", in *Parenté, filiation, origines*, sous la dir. de H. FULCHIRON et J. SOSSON, *loc. cit.*, p. 178.

²²¹ Articles en ligne: <http://www.lifenews.com/2014/08/26/parents-abandon-mentally-disabled-baby-tell-surrogate-mom-we-dont-want-a-dribbling-cabbage/> (consulté le 2 mars 2015, traduction libre). Voyez également sur le même sujet:

<http://www.telegraph.co.uk/news/health/children/11055643/British-mother-rejected-disabled-twin-because-she-was-a-dribbling-cabbage-says-surrogate.html>

²²² E. DOS REIS, G. RUFFIEUX, J. TEREL et G. WILLEMS, "La maternité de substitution", in *Parenté, filiation, origines*, sous la dir. de H. FULCHIRON et J. SOSSON, *loc. cit.*, pp. 210-211.

mère porteuse peut alors demander l'application des règles du droit commun pour obliger celui-ci ou ceux-ci à payer une pension alimentaire²²³.

La naissance d'un enfant handicapé pose une autre question, celle d'un éventuel recours par les parents d'intention, en leur nom propre, contre le médecin qui n'a pas décelé ou n'a pas informé du handicap du bébé (action communément appelée *wrongful birth*) et la possibilité du recours, toujours des parents d'intention, mais au nom de leur enfant cette fois qui doit vivre et supporter ce handicap (action appelée *wrongful life*)²²⁴.

Dans ce domaine, un important et attendu arrêt de la Cour de Cassation vient de tomber, le 14 novembre 2014²²⁵. Notre haute juridiction condamne l'action en *wrongful life*, les parents ne peuvent plus agir au nom de leur enfant, mais uniquement en leur nom propre.

Dans l'affaire qui nous concerne, il est question de la responsabilité d'un gynécologue qui n'a pas, lors du suivi de la grossesse, remarqué et informé les parents du risque important que l'enfant naisse handicapé (absence du tube neural). Par sa faute, la mère n'a pas pu exercer son droit à l'interruption thérapeutique de grossesse, qui est possible à tout moment « *lorsque la poursuite de la grossesse met en péril grave la santé de la femme ou lorsqu'il est certain que l'enfant à naître sera atteint d'une affection d'une particulière gravité et reconnue comme incurable au moment du diagnostic* » (article 350, alinéa 2, 4° du Code pénal). En première instance, les parents intentent tout d'abord une action en leur nom propre pour obtenir réparation du préjudice qu'ils subissent, eux, personnellement dans leur quotidien. Le juge établit qu'en raison de la gravité du handicap, il y a une probabilité de 80% que la mère ait avorté si le handicap lui avait été communiqué. Le juge indemnise dès lors les parents à un taux de 80% des dommages économiques et moraux subis. La Cour d'appel suit le même raisonnement. Se pose ensuite la question du recours des parents à titre de représentants légaux de leur enfant souffrant du handicap. Pour déterminer le préjudice subi par l'enfant, il faut établir un parallèle entre la situation actuelle

²²³ N. GALLUS, *Le droit de la filiation. Rôle de la vérité socio-affective et de la volonté en droit belge*, *loc. cit.*, p. 391.

²²⁴ G. GENICOT, "Comparaison sans raison n'est pas solution", *J.L.M.B.*, 2015, p. 269.

²²⁵ Cass. (aud. plen.), 14 novembre 2014, *J.T.*, 2015/9, n° 6595, p. 221.

après le préjudice et la situation telle qu'elle aurait été s'il n'y avait pas eu de faute du gynécologue. Dans cette action, nous sommes face à une difficulté importante. Comment comparer puisqu'il est établi que l'enfant n'aurait jamais vu le jour si le médecin avait diagnostiqué l'anomalie et en avait informé les parents ? Cet obstacle n'empêche toutefois pas la Cour d'appel de reconnaître un certain dommage moral pour l'enfant qui porte sur les souffrances éprouvées lors des périodes d'hospitalisation et les séances de rééducation. Selon un calcul détaillé, la Cour accorde une somme de 8.480 euros²²⁶.

La Cour de Cassation, en 2014, condamne la théorie du *wrongful life* (c'est-à-dire l'action des parents au nom de leur enfant).

Les parents agissent sur base des articles 1382 et 1383 du Code civil, qui nécessitent une faute en lien causal avec le dommage. La Cour reconnaît la faute du gynécologue. Il s'agit d'une faute contractuelle dans la relation médecin-parent, qui devient une faute extracontractuelle dans le chef de l'enfant qui est tiers au contrat liant ses parents avec le gynécologue.

La Cour de Cassation ne remet pas non plus en cause le lien causal.

En revanche, elle critique l'existence du dommage²²⁷ et considère qu'« *il n'existe pas de dommage réparable (...) lorsque la comparaison doit être faite entre l'état d'existence handicapée d'une personne et sa non-existence* »²²⁸. Selon ces propos, la Cour semble indiquer que si l'on ne parvient pas à remettre la personne dans l'état qui aurait été celui sans la faute (ce qui est le cas en l'espèce puisque cela reviendrait à remettre l'enfant dans le néant en raison de la très forte probabilité de la mère d'avorter), alors, il n'y a pas d'indemnisation possible²²⁹.

Précisons toutefois que la Cour de Cassation ne remet pas en cause la possibilité d'une action par les parents en leurs noms personnels pour obtenir l'indemnisation des préjudices économiques et moraux qu'ils subissent suite au

²²⁶ Rappel des faits dans la décision de la Cour de Cassation; Cass. (aud. plen.), 14 novembre 2014, *J.T.*, 2015/9, n° 6595, p. 221.

²²⁷ B. DUBUISSON, "L'arrêt de la Cour de cassation du 14 novembre 2014 sur la vie préjudiciable. L'être ou le néant : l'alternative illégitime", *J.T.*, 2015, pp. 210-213.

²²⁸ Cass. (aud. plen.), 14 novembre 2014, *J.T.*, 2015/9, n° 6595, p. 223.

²²⁹ B. DUBUISSON, "L'arrêt de la Cour de cassation du 14 novembre 2014 sur la vie préjudiciable. L'être ou le néant : l'alternative illégitime", *loc. cit.*, p. 213

handicap de leur enfant. Cette réparation intégrale permet aux parents de subvenir aux besoins de leur enfant²³⁰.

La position de notre haute juridiction se rapproche de la solution retenue au Royaume-Uni, où dans l'arrêt *McKay c. Essex Area Health Authority*²³¹, la Cour d'appel exclut l'action en *wrongful life*²³².

À l'inverse, la Cour de Cassation de nos voisins français tranche la question dans un tout autre sens, dans le célèbre arrêt *Perruche* du 17 novembre 2000²³³. En effet, La Cour admet que l'enfant puisse demander la réparation du préjudice subi. L'action des parents en leurs noms propres est également acceptée.

Toutefois, le législateur français ne s'aligne pas sur cette jurisprudence. En 2002, il interdit l'indemnisation du préjudice de l'enfant lorsque le handicap n'a pas été décelé lors du suivi de la grossesse. Il faut dès lors que le handicap ait été provoqué par une intervention fautive du médecin pour être indemnisable dans le chef de l'enfant²³⁴. À plusieurs reprises²³⁵, la Cour européenne des droits de l'homme a eu l'occasion de dire que, par cette législation, la France ne viole pas l'article 8 de la Convention et ne porte pas atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale. La Cour ne reproche pas non plus à l'État français d'outrepasser la marge de manœuvre qui lui est reconnue²³⁶.

Une question se pose. Dans un contexte de gestation pour autrui, qui va

²³⁰ G. GENICOT, "Comparaison sans raison n'est pas solution", *loc. cit.*, p. 271.

²³¹ [1982] 2 ALL E R 771, (C A)

²³² G. GENICOT, "Comparaison sans raison n'est pas solution", *loc. cit.*, pp. 276-277.

²³³ Cass. fr., ass. plén., 17 novembre 2000, *J.C.P.*, 2000, II, 10438.

²³⁴ G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, *loc. cit.*, pp. 574-576.

Voyez l'article L.114-5 du Code de l'action sociale et des familles prévoit : « Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance. La personne née avec un handicap dû à une faute médicale peut obtenir la réparation de son préjudice lorsque l'acte fautif a provoqué directement le handicap ou l'a aggravé, ou n'a pas permis de prendre les mesures susceptibles de l'atténuer. Lorsque la responsabilité d'un professionnel ou d'un établissement de santé est engagée vis-à-vis d'un parent d'un enfant né avec un handicap non décelé pendant la grossesse à la suite d'une faute caractérisée, les parents peuvent demander une indemnité au titre de leur seul préjudice. Ce préjudice ne saurait inclure les charges particulières découlant, tout au long de la vie de l'enfant, de ce handicap. La compensation de ce dernier relève de la solidarité nationale ».

²³⁵ Voyez notamment les arrêts Cour eur. dr. hom., arrêt *Draon c. France* du 6 avril 2005, req. n° 1513/03 et arrêt *Maurice c. France* du 6 octobre 2005, req. n° 11810/03.

²³⁶ G. WILLEMS, "Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droit des personnes et des familles (2005-2008) — Première partie", *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, pp. 470-473.

pouvoir introduire l'action en *wrongful birth* ? La mère porteuse, dont on sait que l'avortement est une question qui relève de sa vie privée ? Ou alors les parents d'intention contraints d'assumer un enfant handicapé ? Il nous semble qu'un tel recours en justice appartient à ces derniers car ce sont eux qui assument le quotidien de l'enfant et subissent les difficultés financières et psychologiques que soulèvent son handicap.

Section 5 : La reconnaissance de GPA faite à l'étranger

Les règles applicables à la reconnaissance diffèrent selon que l'on soit face à une demande de reconnaissance d'un acte authentique étranger (acte de naissance notarié, par exemple) ou d'un jugement, établissant le couple d'intention comme parents légaux. Pour expliquer ces différentes règles, partons de l'exemple d'un couple de nationalité belge ayant eu recours à une GPA à l'extérieur de nos frontières.

Si ce couple obtient la qualité de parents légaux à l'étranger par l'établissement d'un *acte authentique*, ce sont les articles 27, 18 et 21 du Code de droit international privé qui s'appliquent²³⁷. Le processus comprend trois étapes. Il faut d'abord s'assurer que l'acte dressé à l'étranger est valable au regard du droit désigné par la règle de conflit de loi. L'article 27 dispose que : "*Un acte authentique étranger est reconnu en Belgique (...) si sa validité est établie conformément au droit applicable en vertu de la présente loi.*"

Dans notre exemple, cela nous renvoie à l'article 62 du Code de droit international privé²³⁸, c'est-à-dire au critère de la nationalité du couple d'intention. Il s'agit dès lors

²³⁷ C. HENRICOT, S. SAROLÉA et J. SOSSON, "La filiation d'enfants nés d'une gestation pour autrui à l'étranger", note sous Liège (1^o ch.), 6 septembre 2010, *loc. cit.*, pp. 1142-1145.

²³⁸ "Art. 62. § 1er. 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.

§ 2. 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.

d'apprécier la validité quant au fond de l'acte établissant la filiation au regard du droit belge, droit de la nationalité de chacun des époux²³⁹. Si le lien de filiation est établi conformément au droit du pays de leur nationalité, il est en principe reconnu en Belgique. Si le droit applicable est un droit étranger, il faut encore vérifier si cela n'est pas contraire à l'ordre public international belge (article 21 du Code de droit international privé). Il s'agit de la deuxième étape du raisonnement. Cette disposition permet d'écarter l'acte authentique étranger et de ne pas le reconnaître si la loi étrangère heurte des valeurs essentielles à l'ordre moral, politique ou économique de la Belgique²⁴⁰. La contrariété à l'ordre public dépend de deux critères cumulatifs : le critère de proximité et celui de gravité. Plus la situation présente des liens avec l'ordre juridique belge (c'est inévitablement le cas lorsque le couple d'intention est un couple de nationalité belge, le critère de proximité jouant alors à plein) et plus l'application de la disposition de droit étranger produit des effets en Belgique, plus le critère de contrariété à l'ordre public devra être examiné²⁴¹.

Enfin, la troisième étape consiste à vérifier qu'il n'y a pas fraude à la loi²⁴², en modifiant sa nationalité pour être soumis à une autre législation plus favorable par exemple²⁴³.

Si le droit désigné est le droit belge, il faut alors s'assurer que l'établissement du lien de filiation ne méconnaît pas l'ordre public interne²⁴⁴. Gardons à l'esprit que la gestation pour autrui n'est pas en soi interdite en Belgique et que les tribunaux opèrent une distinction entre la conclusion de convention de gestation pour autrui (qui est

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."

²³⁹ J. SOSSON et J. MARY, "Gestation pour autrui pratiquée à l'étranger : l'intérêt de l'enfant, sésame d'une reconnaissance en Belgique ?", note sous Civ. Bruxelles (12° ch.), 18 décembre 2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 554.

²⁴⁰ N. GALLUS, "Gestation pour autrui et reconnaissance des actes de l'état civil étrangers", *loc. cit.*, p. 423.

²⁴¹ J. SOSSON et J. MARY, "Gestation pour autrui pratiquée à l'étranger : l'intérêt de l'enfant, sésame d'une reconnaissance en Belgique ?", note sous Civ. Bruxelles (12° ch.), 18 décembre 2012, *loc. cit.*, p. 562.

²⁴² Article 18 du Code de droit international privé.

²⁴³ C. HENRICOT, S. SAROLÉA et J. SOSSON, "La filiation d'enfants nés d'une gestation pour autrui à l'étranger", note sous Liège (1° ch.), 6 septembre 2010, *loc. cit.*, p. 1144.

²⁴⁴ *Ibidem*, pp. 1144-1145.

contraire à l'ordre public) et la question de la filiation qui doit s'apprécier au regard de l'intérêt de l'enfant et des règles juridiques en la matière²⁴⁵.

En ce qui concerne la question de la reconnaissance *de jugements* étrangers, l'article 22 du Code de droit international privé impose un principe de reconnaissance de plein droit. À cela une nuance : il y a lieu de vérifier si aucun motif prévu à l'article 25 du Code de droit international privé ne pourrait empêcher la reconnaissance d'une décision étrangère notamment, la contrariété à l'ordre public (Article 25, 1°), la violation des droits de la défense (Article 25, 2°) ou encore la fraude à la loi (Article 25, 3°)²⁴⁶.

Lors de la reconnaissance d'une gestation pour autrui réalisée en Ukraine, le juge de la jeunesse d'Anvers²⁴⁷ rappelle que l'article 2.1 de la Convention des droits de l'enfant²⁴⁸ interdit la discrimination sur base des origines nationales et de la naissance. L'adoption par la mère d'intention a donc été autorisée, malgré le versement d'une somme d'argent de 30.000 euros à la mère porteuse ukrainienne²⁴⁹.

Par opposition, la Cour d'appel de Gand²⁵⁰ refuse l'adoption à une mère d'intention belge de l'enfant né par gestation pour autrui où la mère porteuse avait reçu une somme de 1600 euros par mois²⁵¹.

Précisons que depuis la réforme de la loi portant création du tribunal de la famille et de la jeunesse²⁵², la reconnaissance d'une gestation pour autrui relève désormais de la

²⁴⁵ N. GALLUS, "Gestation pour autrui et reconnaissance des actes de l'état civil étrangers", *loc. cit.*, pp. 423-424.

²⁴⁶ C. HENRICOT, S. SAROLÉA et J. SOSSON, "La filiation d'enfants nés d'une gestation pour autrui à l'étranger", note sous Liège (1° ch.), 6 septembre 2010, *loc. cit.*, pp. 1145-1148.

²⁴⁷ Trib. jeun. Anvers (7° ch.), 22 avril 2010, *T. Fam.*, 2012/2, p. 43.

²⁴⁸ Article 2.1: " *Les Etats parties s'engagent à respecter les droits qui sont énoncés dans la présente Convention et à les garantir à tout enfant relevant de leur juridiction, sans distinction aucune, indépendamment de toute considération de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou autre de l'enfant ou de ses parents ou représentants légaux, de leur origine nationale, ethnique ou sociale, de leur situation de fortune, de leur incapacité, de leur naissance ou de toute autre situation.*"

²⁴⁹ G. VERSCHelden et L. PLUYM, "Chronique de jurisprudence belge concernant la gestation pour autrui (Droit interne)", in *La gestation pour autrui: vers un encadrement?*, sous la coord. de G. SCHAMPS et J. SOSSON, *loc. cit.*, p. 206.

²⁵⁰ Gand (15° ch.), 30 avril 2012, *T.J.K.*, p. 261.

²⁵¹ G. WILLEMS, "La gestation pour autrui: brève synthèse des réflexions relatives à un éventuel encadrement législatif", *loc. cit.*, p. 115.

²⁵² Loi du 30 juillet 2013 portant création d'un tribunal de la famille et de la jeunesse, *M.B.*, 27 septembre 2013, p. 68429.

compétence du tribunal de la famille, nouvelle section du tribunal de première instance²⁵³.

Relevons que récemment, la Cour européenne des droits de l'homme a condamné la Belgique²⁵⁴ pour avoir refusé de délivrer les documents de voyage nécessaires pour que l'enfant issu d'une G.P.A faite en Ukraine puisse entrer sur le territoire belge. La Cour rappelle qu'il existe dès la naissance une vie familiale au sens de l'article 8 de la Convention qui doit être protégée. Le refus de la Belgique est une ingérence dans la vie familiale des parents d'intention qui dépasse la marge d'appréciation dont disposent les autorités nationales²⁵⁵.

Section 6 : La parentalité, une idée nouvelle en droit belge

L'idée de la parentalité repose sur le constat que désormais il y a ceux qui donnent la vie (procréation naturelle, don de gamètes, mère porteuse, etc.), les parents au sens juridique du terme et ceux qui s'occupent de l'enfant au quotidien, qui sont les *parents de fait*. Toutes ces qualités ne sont plus nécessairement aujourd'hui regroupées chez une seule et même personne²⁵⁶.

À l'heure actuelle, un constat s'impose : la mutation du modèle familial. Nous observons plusieurs types de modèles familiaux en fonction des choix de vie et orientations sexuelles de chacun : familles monoparentales, homosexuelles, recomposées ou encore formées grâce à l'intervention d'une mère porteuse. Le challenge du droit est dès lors de s'adapter à ces évolutions qui viennent bouleverser la vision classique de ce qu'est la famille et les règles relatives à la filiation.

Pour ne parler que de la gestation pour autrui, alors qu'auparavant, la femme qui accouchait était nécessairement la mère génétique, ce n'est plus vrai avec les mères porteuses. Désormais, dans le concept de maternité, l'intervention de trois

²⁵³ J.-P. MASSON, "La loi du 30 juillet 2013 portant création d'un tribunal de la famille et de la jeunesse", *J.T.*, 2014, pp. 183-184.

²⁵⁴ Cour. eur. D.H. (2e sect.), arrêt *D. et autres c. Belgique* du 8 juillet 2014, req. n° 29173/13.

²⁵⁵ J. SOSSON, "La jurisprudence européenne et la gestation pour autrui", *J.D.E.*, 2015, p. 54.

²⁵⁶ N. GALLUS, *Le droit de la filiation. Rôle de la vérité socio-affective et de la volonté en droit belge*, loc. cit., p. 412.

femmes est potentiellement possible : la femme qui donne son ovule, celle qui porte l'enfant et la femme du couple d'intention qui le désire et l'attend²⁵⁷. Toutes peuvent prétendre en être la mère, que ce soit au titre de la vérité biologique pour le don d'ovule, de la gestation ou de la vérité socio-affective pour la femme commanditaire²⁵⁸.

Pour déterminer la place de chacune, une idée naît dans la doctrine : celle de distinguer *parenté* (qui détermine le parent au sens du lien de filiation et de tous les devoirs et obligations qui en découlent) et *parentalité* (exercice des responsabilités parentales). Cette distinction permettrait de donner un rôle différent à chacune d'entre elles, il ne faudrait plus nécessairement être la mère légale de l'enfant pour exercer à son égard des responsabilités parentales, influencer dans son éducation et participer à son entretien²⁵⁹. La parentalité permettrait, en effet, d'intervenir dans la vie de tous les jours de l'enfant et de pouvoir valablement décider d'une sortie scolaire ou d'une intervention médicale²⁶⁰.

Lorsque la mère porteuse est également celle qui donne son ovule, le lien génétique incite les États à lui reconnaître la possibilité de revendiquer sa filiation à l'égard de l'enfant. Elle a ainsi un droit sur celui-ci au titre de la parenté.

Et pourquoi ne pas réfléchir au fait que porter un enfant pendant neuf mois avec toutes les conséquences sur la santé, la vie de couple, la vie professionnelle et le possible attachement envers le bébé, pourrait donner une certaine place, reconnue par le droit, à la mère porteuse dans la vie de l'enfant si elle le souhaite, ou si l'enfant en éprouve le besoin ?²⁶¹

Comme a pu l'écrire Nicole Gallus, « *Peut-être faudrait-il songer à des systèmes de plurimaternité impliquant l'indication dans l'acte de naissance du nom*

²⁵⁷ N. GALLUS, "Approche juridique nouvelle des parentés et parentalités en droit belge", *Rev. dr. ULB*, 2008, pp. 143-145.

²⁵⁸ G. DELAISI DE PARSEVAL et C. COLLARD, *La gestation pour autrui. Un bricolage des représentations de la paternité et de la maternité euro-américaines*, *loc. cit.*, p. 40.

²⁵⁹ N. GALLUS, "Approche juridique nouvelle des parentés et parentalités en droit belge", *loc. cit.*, pp. 143-150.

²⁶⁰ N. GALLUS, *Le droit de la filiation. Rôle de la vérité socio-affective et de la volonté en droit belge*, *loc. cit.*, p. 413.

²⁶¹ E. DOS REIS, G. RUFFIEUX, J. TEREL et G. WILLEMS, "La maternité de substitution", in *Parenté, filiation, origines*, sous la dir. de H. FULCHIRON et J. SOSSON, *loc. cit.*, pp. 214-215.

*des deux mères, génétique et gestatrice, étant entendu que la maternité légale n'existerait que dans le chef de celle qui assume le projet parental »*²⁶².

Toutefois, il se peut que la maternité génétique ne corresponde pas à la maternité d'intention lors d'un don d'ovule. Le don de gamètes peut être anonyme ou non²⁶³. En tous les cas, il nous semble qu'il s'agit bien de faire mention de la maternité d'intention et de la maternité gestatrice dans l'acte de naissance.

Et pour apporter un peu de simplicité à tout cela, reprenons les paroles du couple Mennesson. À la question qui leur avait été posée de savoir comment les deux petites filles appelaient leur mère porteuse, Monsieur et Madame Mennesson écrivaient : *«Il pense sans doute que nous allons répondre tata ou marraine ou qui sait, maman. Je réponds tout simplement: 'par son prénom' »*²⁶⁴.

Dans une récente interview, les deux petites filles Mennesson ont expliqué, à nouveau très simplement, les relations qu'elles entretiennent avec leur mère porteuse. Elles se voient tous les étés mais ne partagent pas énormément de choses. Elles s'entendent bien mais ne la considèrent pas comme un membre de la famille. A l'occasion de cet entretien, une des petites filles précise : *"Ma mère est ma mère, mon père est mon père. Je ne vois pas pourquoi on devrait le mettre en doute, tout ça parce que ce n'est pas ma mère qui m'a portée. Pour moi, une mère ce n'est pas celle qui porte, c'est celle qui désire et qui aime l'enfant. Beaucoup de gens utilisent le mot «mère porteuse» alors que ce n'est pas ça une mère. Moi je préfère dire «gestatrice»"*²⁶⁵.

²⁶² N. GALLUS, "Approche juridique nouvelle des parentés et parentalités en droit belge", *loc. cit.*, p. 150.

²⁶³ Article 57 de la loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes, *M.B.*, 17 juillet 2007, p. 38575.

²⁶⁴ L. RAVEZ, "La gestation pour autrui nous aide à mieux comprendre le métissage de la filiation humaine", in *La gestation pour autrui: vers un encadrement?*, sous la coord de G. SCHAMPS et J. SOSSON, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 120.

²⁶⁵ <http://www.lefigaro.fr/actualite-france/2015/06/25/01016-20150625ARTFIG00059-deux-ados-nees-par-gpa-temoignent-pour-la-premiere-fois.php> (consulté le 29 juin 2015).

CHAPITRE V : L'enfant et la connaissance des origines

Section 1 : Enjeux de la question

Plus fondamentalement, cette question porte sur l'influence de la grossesse dans le développement de l'enfant. Si tout ne se joue pas dans le ventre, il n'en faut pas pour autant oublier son importance. Le fœtus enregistre, dès le troisième trimestre des sons et des odeurs de sorte qu'à sa naissance, l'enfant se tourne vers la voix et l'odeur de celle qui l'a porté pendant neuf mois. Provoquer une rupture radicale lors de sa venue au monde en le remettant au couple d'intention peut avoir des effets dommageables sur son développement²⁶⁶.

Connaître ses origines, c'est savoir d'où l'on vient, de qui l'on vient. Connaître ses origines, c'est avoir un nom, un prénom, une nationalité, mais également connaître « *l'histoire d'une filiation* »²⁶⁷, pouvoir déterminer « *son ascendance paternelle et maternelle* »²⁶⁸. Toute personne se questionne à un moment donné de son existence sur ses origines, cela fait partie d'un processus de maturation personnelle. De nombreux psychologues et spécialistes de la petite enfance sont d'accord pour dire qu'une telle connaissance permet à l'enfant de grandir et de se développer de manière harmonieuse et sereine. Recevoir une réponse à ses interrogations rencontre dès lors l'intérêt supérieur de l'enfant²⁶⁹. Comme a pu l'écrire, Luc Roegiers, pédopsychiatre : « *Cette démarche maternelle (NDLR Mère porteuse) ne peut que questionner l'enfant et activer une dette de vie significative (...) la faille s'inscrit chez l'enfant comme un manque potentiellement pénible, comme une relation inachevée voire comme une rupture.* »²⁷⁰

Comment réagir lorsque le couple d'intention désire un second enfant et qu'un

²⁶⁶ L. ROEGIERS, "Gestation pour autrui: essai sur le point de vue de l'enfant", in *La gestation pour autrui: vers un encadrement?*, sous la coord. de G. SCHAMPS et J. SOSSON, *loc. cit.*, p. 45.

²⁶⁷ V. PROVOST, "Le droit de connaître ses origines personnelles: une évidence qui n'en est (peut-être) pas une", *J.D.J.*, n° 263, mars 2007, pp. 19-20.

²⁶⁸ C. BRUNETTI-PONS, "Existe-t-il un droit de connaître ses origines?", in *Le don de gamètes*, sous la dir. de A. MIRKOVIC, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 85.

²⁶⁹ V. PROVOST, "Le droit de connaître ses origines personnelles: une évidence qui n'en est (peut-être) pas une", *loc. cit.*, p. 19.

²⁷⁰ L. ROEGIERS, "Gestation pour autrui: essai sur le point de vue de l'enfant", in *La gestation pour autrui: vers un encadrement?*, sous la coord. de G. SCHAMPS et J. SOSSON, *loc. cit.*, p. 50.

nouveau recours à une mère porteuse est nécessaire ? Comment expliquer cela à son enfant ? Faut-il lui dévoiler le secret ?

Comment réagir lorsque l'enfant remarque qu'il ne ressemble pas vraiment à sa « maman », s'il a fallu également utiliser l'ovule de la mère porteuse ?

L'intérêt de l'enfant réclame-t-il obligatoirement l'ouverture d'un droit pour celui-ci à connaître ses origines et avoir accès à certaines informations ?

Dans son ouvrage sur le droit de connaître ses origines, Valérie Provost réfléchit à l'éventuelle reconnaissance d'un tel droit et les différents obstacles à une telle acceptation²⁷¹. Essayons d'appliquer ce raisonnement à la gestation pour autrui. Dans une telle méthode de procréation, il y a potentiellement six personnes : le couple d'intention, la mère porteuse et son éventuel conjoint, la donneuse d'ovule et le donneur de sperme le cas échéant. Certains sont plus sensibles au respect de la vie privée de la mère porteuse et à son éventuelle situation difficile (en cas de gestation pour autrui commerciale notamment) et ne sont alors pas favorables à ouvrir l'accès à toutes ou une partie des informations à l'enfant, parfois devenu adulte.

D'aucuns considèrent également que si la femme a la disponibilité de son corps, elle a le choix d'en disposer librement et de rester anonyme. D'autres encore estiment que la possible levée de la confidentialité relève du respect de la vie privée du couple d'intention²⁷².

Section 2 : Anonymat et secret

Déterminons désormais la portée de cet éventuel droit à connaître ses origines. Ne nous méprenons pas : que l'enfant puisse connaître son mode de conception et les personnes qui lui ont permis d'exister ne signifie pas nécessairement qu'un lien de

²⁷¹ V. PROVOST, "Le droit de connaître ses origines personnelles: une évidence qui n'en est (peut-être) pas une", *J.D.J.*, n° 263, mars 2007, pp. 18-29.

²⁷² V. PROVOST, "Le droit de connaître ses origines personnelles: une évidence qui n'en est (peut-être) pas une", *loc. cit.*, pp. 20-22.

filiation sera établi entre l'enfant et le donneur de sperme, la donneuse d'ovule ou la mère porteuse²⁷³.

Il existe une différence entre la règle de l'anonymat et le secret des origines. En effet, comme l'explique Nicole Gallus : « *Le secret consiste en une non-révélation à l'enfant tout à la fois de son mode de conception et de l'identité de la personne qui a permis l'engendrement* »²⁷⁴. Le Comité Consultatif de Bioéthique, dans son avis n°27 relatif au don de sperme et d'ovule²⁷⁵ reconnaît une liberté dans le chef des parents quant à la levée ou non du secret²⁷⁶.

L'anonymat n'est pas un secret. Il consiste, non pas à ne pas révéler le mode de conception, mais à ne pas divulguer l'identité du géniteur, de la génitrice ou de la mère porteuse. En matière de procréation médicalement assistée, le législateur belge²⁷⁷ a fait le choix de l'anonymat pour les dons d'embryons. Le don de gamète obéit à un autre régime, il est en principe anonyme, mais les parties à la procréation peuvent en décider autrement²⁷⁸. De plus, les règles de la filiation doivent jouer en faveur des auteurs du projet parental et aucune contestation en matière de filiation ne peut être introduite par le donneur ou contre celui-ci²⁷⁹. Cela est justifié par le fait que le donneur n'a aucun projet parental vis-à-vis de l'enfant et qu'il se voit ainsi être protégé. La vie privée du couple receveur est également respectée. Dans la gestation pour autrui, la question prend une tout autre ampleur en raison de l'investissement de la mère porteuse dans le processus de procréation et du lien particulier qui se noue avec l'enfant²⁸⁰.

²⁷³ N. GALLUS, *Le droit de la filiation. Rôle de la vérité socio-affective et de la volonté en droit belge*, loc. cit., p. 523.

²⁷⁴ *Ibidem*, p. 526.

²⁷⁵ Avis du Comité Consultatif de Bioéthique n° 27 du 8 mars 2004 relatif au don de sperme et d'ovule.

²⁷⁶ N. GALLUS, *Le droit de la filiation. Rôle de la vérité socio-affective et de la volonté en droit belge*, loc. cit., p. 526.

²⁷⁷ Loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes, *M.B.*, 17 juillet 2007, p. 38575.

²⁷⁸ M.-N. DERÈSE et G. WILLEMS, "La loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes", *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 337.

²⁷⁹ Voyez les articles 27 et 56 de la loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes, *M.B.*, 17 juillet 2007, p. 38575.

²⁸⁰ N. GALLUS, *Le droit de la filiation. Rôle de la vérité socio-affective et de la volonté en droit belge*, loc. cit., pp. 526-529.

Section 3 : Avis du Comité consultatif de Bioéthique

Le Comité Consultatif de Bioéthique fait une distinction entre une gestation pour autrui de haute et de basse technologie. Lorsque les parents d'intention sont également les parents génétiques de l'enfant, ce dernier ne rencontrerait pas de problème identitaire particulier. En revanche, la problématique est plus délicate lorsque la mère porteuse est également la mère génétique de l'enfant. En effet, un sentiment d'abandon au profit d'un autre couple pourrait naître dans le chef de l'enfant ce qui causerait d'importants traumatismes psychologiques.

Le Comité Consultatif de Bioéthique, prudent, informe toutefois qu'aucune étude sur l'impact d'une gestation pour autrui sur l'enfant n'a été faite²⁸¹.

Section 4 : Droit européen et international

Dans cette section, il est question de rechercher un éventuel droit à la connaissance des origines accordé par une norme de droit européen ou de droit international.

§1. La Convention européenne des droits de l'homme

Dans l'arrêt *Bensaid c. Royaume-Uni*²⁸², la Cour européenne des droits de l'homme estime que l'article 8 de la Convention entraîne un droit à l'identité et à l'épanouissement personnel. Dans un second arrêt, elle souligne l'importance pour chaque individu d'obtenir les informations nécessaires à l'établissement de son identité d'être humain²⁸³.

Mais tout en reconnaissant qu'il est essentiel pour tout individu de connaître les détails de son identité et que le respect de la vie privée visé à l'article 8 de la Convention exige que chacun puisse avoir accès à ces informations, la Cour laisse une marge d'appréciation aux États quant à ce qui peut être révélé et ce qui doit rester

²⁸¹ Avis du Comité Consultatif de Bioéthique n° 30 du 5 juillet 2004 relatif à la gestation pour autrui, pp. 20-21.

²⁸² Cour eur. D.H., arrêt *Bensaid c. Royaume-Uni* du 6 février 2001, req. n° 44599/98.

²⁸³ Y. BERNAND, "Accès aux origines personnelles", in *Vie privée et familiale*, sous la dir. de H. FULCHIRON, *J.E.D.H.*, 2013, p. 920.

confidentiel. Un équilibre est donc à trouver et il n'existe pas de droit inconditionnel et absolu à la connaissance de ses origines qui découlerait de la Convention²⁸⁴.

Dans l'arrêt *Odièvre c. France* de la Cour européenne des droits de l'homme²⁸⁵, celle-ci juge que l'accouchement sous X prévu en France ne viole pas l'article 8 protégeant le respect de la vie privée et la vie familiale, combiné à l'article 14 relatif à l'interdiction de la non-discrimination. Cette décision peut étonner, car l'article 8 relatif au respect de la vie privée protège le droit à l'épanouissement personnel et l'on peut croire que la connaissance de la vérité biologique en est une composante essentielle.

En réalité la Cour européenne des droits de l'homme se soucie également de l'intérêt pour la femme à conserver son anonymat et reconnaît une marge d'appréciation aux États dans le choix des mesures visant à garantir le respect de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme²⁸⁶. Si la Cour juge dans un tel sens, c'est également parce que la législation française permet dans une certaine mesure à la femme qui a accouché sous X de laisser certaines informations. Elle peut également, à tout moment, décider de lever l'anonymat et dévoiler ainsi son identité²⁸⁷.

La Cour, en outre, est attentive aux parents adoptifs et aux conséquences que la divulgation d'informations, sans leur consentement, peut engendrer²⁸⁸.

Dans un autre arrêt, *S.H. et autres c. Autriche*²⁸⁹, la Cour réaffirme que le droit d'avoir accès aux informations nécessaires pour découvrir la vérité sur certains aspects identitaires n'est pas un droit absolu²⁹⁰. Toutefois, dans l'arrêt *Godelli c.*

²⁸⁴ N. GALLUS, *Le droit de la filiation. Rôle de la vérité socio-affective et de la volonté en droit belge*, *loc. cit.*, pp. 530-531.

²⁸⁵ Cour. eur. D. H. (gr. ch.), arrêt *Odièvre c. France* du 13 février 2003, req. n° 42326/98.

²⁸⁶ C. HENRICOT, S. SAROLÉA et J. SOSSON "La filiation d'enfants nés d'une gestation pour autrui à l'étranger", note sous Liège (1^o ch.), 6 septembre 2010, *loc. cit.*, pp. 1159-1161.

²⁸⁷ Y. BERNAND, "Accès aux origines personnelles", in *Vie privée et familiale*, sous la dir. de H. FULCHIRON, *loc. cit.*, p. 920.

²⁸⁸ Voyez "Analyse de la législation internationale relative à la recherche des origines personnelles" faite par La Coordination des ONG pour les Droits de l'Enfant et disponible sur internet ; http://www.lacode.be/IMG/pdf/analyse_legislations_internationales_droit_origines.pdf.

²⁸⁹ Cour. eur. D. H., arrêt *S.H. Et autres c. Autriche* du 3 novembre 2011, req. n° 57813/00

²⁹⁰ C. HENRICOT, S. SAROLÉA et J. SOSSON, "La filiation d'enfants nés d'une gestation pour autrui à l'étranger", note sous Liège (1^o ch.), 6 septembre 2010, *loc. cit.*, pp. 1159-1161.

*Italie*²⁹¹, elle condamne la législation italienne pour ne donner aucune possibilité pour l'enfant d'obtenir des informations en situation d'accouchement sous X, l'Etat ayant ainsi excédé sa marge d'appréciation²⁹².

§2. La Convention des droits de l'enfant

Le droit d'accès aux informations relatives à ses origines n'est pas expressément reconnu comme tel dans cet instrument international²⁹³. Certains voient dans les articles 7 et 8 de la Convention²⁹⁴ un fondement. Néanmoins, une telle interprétation peut être critiquée. En effet, de par la mention « *dans la mesure du possible* » de l'article 7, les États peuvent ne pas assurer l'accès aux informations identitaires de l'enfant dans certaines situations, moyennant une justification objective et raisonnable.

De plus, dans le principe 28 du Livre blanc, les experts du Conseil de l'Europe reconnaissent l'intérêt pour l'enfant d'obtenir des renseignements sur ses origines, mais n'en font pas un droit absolu²⁹⁵.

L'article 7 de la Convention des droits de l'enfant dispose que l'enfant a le droit de « *connaître ses parents* ». L'incertitude quant au sens à donner au terme de « parent » demeure. S'agit-il de la parenté sociale ? Biologique ? Gestatrice ? Cette question a le mérite de nous repositionner quant à ce qui fonde un être humain. Un enfant né grâce à une mère porteuse est un peu de tout cela ; il a évidemment besoin d'un cadre familial affectif créé par le couple d'intention, il a besoin aussi de savoir

²⁹¹ Cour eur. D.H., arrêt *Godelli c. Italie* du 25 septembre 2012, req. n° 33783/09.

²⁹² Y. BERNAND, "Accès aux origines personnelles", in *Vie privée et familiale*, sous la dir. de H. FULCHIRON, *loc. cit.*, p. 920.

²⁹³ V. PROVOST, "Le droit de connaître ses origines personnelles: une évidence qui n'en est (peut-être) pas une", *loc. cit.*, p. 26.

²⁹⁴ Article 7, 1° : " *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*".

Article 8 : "1. *Les Etats parties s'engagent à respecter le droit de l'enfant de préserver son identité, y compris sa nationalité, son nom et ses relations familiales, tels qu'ils sont reconnus par la loi, sans ingérence illégale.*

2. *Si un enfant est illégalement privé des éléments constitutifs de son identité ou de certains d'entre eux, les Etats parties doivent lui accorder une assistance et une protection appropriées, pour que son identité soit rétablie aussi rapidement que possible*".

²⁹⁵ N. GALLUS, *Le droit de la filiation. Rôle de la vérité socio-affective et de la volonté en droit belge*, *loc. cit.*, pp. 532-536.

qu'un don de sperme ou d'ovule a été nécessaire et qu'une autre femme a permis sa venue au monde. Et c'est tout cela réuni qui définit l'enfant dans son authenticité.²⁹⁶

Certains sont d'avis que la notion « *parents* » reprise à l'article 7 vise le mot latin *Parens*, qui signifie « *qui a mis au monde* »²⁹⁷. Interprété dans ce sens, l'enfant aurait le droit de connaître sa mère porteuse.

Section 5 : Connaissance des origines et gestation pour autrui : les législations étrangères

Alors que l'accès à des données relatives à sa mère porteuse pour l'enfant n'a pas été prévu dans des pays où la filiation des parents d'intention est établie dès la naissance²⁹⁸ (l'identité de la mère porteuse ne figurant sur aucun document), d'autres pays ont choisi la voie du rattachement *a posteriori*, la mère légale étant alors d'abord la mère porteuse. Dans cette hypothèse, le législateur peut dès lors prévoir que l'enfant, s'il le souhaite, dispose de certaines informations²⁹⁹.

Au **Royaume-Uni**, l'enfant a accès à son certificat de naissance à sa majorité. Il peut ainsi connaître l'identité de la femme qui a accouché, la mère porteuse³⁰⁰.

Israël, qui dispose d'une législation autorisant la gestation pour autrui, prévoit que la décision du juge qui établit les parents d'intention comme étant les parents légaux de l'enfant soit reprise dans un registre qui contient, outre la décision

²⁹⁶ L. RAVEZ, "La gestation pour autrui nous aide à mieux comprendre le métissage de la filiation humaine", in *La gestation pour autrui: vers un encadrement?*, sous la coord. de G. SCHAMPS et J. SOSSON, *loc. cit.*, pp. 113-119.

²⁹⁷ C. BRUNETTI-PONS, "Existe-t-il un droit de connaître ses origines?", in *Le don de gamètes*, sous la dir. de A. MIRKOVIC, *loc. cit.*, p. 96.

²⁹⁸ Notamment, l'Ukraine, Afrique du Sud, Grèce, Etat de l'Illinois et la Californie. En Afrique du Sud et en Californie, toutefois, les parties peuvent prévoir un contact entre l'enfant et la mère porteuse.

²⁹⁹ G. MATHIEU, "La recherche des origines appliquée à la pratique de la gestation pour autrui", in *Maternité de substitution à caractère international et droits de l'enfant*, Centre International de Référence pour les droits de l'enfant privé de famille, *Bulletin mensuel du SSI/CIR*, n° 174, août 2013, p. 8. (La version de ce texte est disponible sur Internet : http://www.academia.edu/4394340/La_recherche_des_origines_appliquée_à_la_pratique_de_la_gestation_pour_autrui)

³⁰⁰ M. WELLS-GRECO, "United Kingdom", in *International Surrogacy Arrangements. Legal Regulation at the International Level*, sous la dir. de K. TRIMMINGS et P. BEAUMONT, *loc. cit.*, pp. 381-382 (traduction libre).

judiciaire, des informations à propos de la mère porteuse. Ce registre est accessible à l'enfant à sa majorité³⁰¹.

Par ces deux exemples, nous voyons que la possibilité pour l'enfant de connaître son mode de conception peut être mise en place. N'oublions pas que la Belgique est tenue de respecter l'intérêt supérieur de l'enfant, au titre de l'article 3 de la Convention des droits de l'enfant et de l'article 22 *bis* de la Constitution. L'intérêt de l'enfant n'est-il pas de pouvoir, s'il le souhaite, connaître la personne qui s'est occupée de lui pendant neuf mois et peut parfois même avoir participé génétiquement à son existence en utilisant son propre ovule, et ce au détriment, parfois, de l'intérêt des parents d'intention ou de la mère porteuse qui souhaiteraient conserver l'anonymat ?³⁰²

CHAPITRE VI : Les derniers bouleversements en France

Section 1 : La gestation pour autrui en droit interne

Jusqu'il y a quelques mois encore, traîner de la gestation pour autrui en France n'aurait pris que quelques lignes.

En 1984, le Comité consultatif national d'Éthique français s'oppose à la pratique des mères porteuses. En 1988, le Conseil d'Etat adopte la même position.

Et depuis 1994, la gestation pour autrui est expressément interdite par le législateur dans l'article 16-7 du Code civil français : « *Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle* ». Le législateur français précise que cet article est d'ordre public³⁰³. Il s'agit d'une nullité absolue qui peut être invoquée par toute personne intéressée et par le ministère public. Dans les

³⁰¹ G. WILLEMS et J. SOSSON, "Légiférer en matière de gestation pour autrui: quelques repères de droit comparé et de droit international", in *La gestation pour autrui: vers un encadrement?*, sous la coord. de G. SCHAMPS et J. SOSSON, *loc. cit.*, p. 259.

³⁰² J. SOSSON et G. MATHIEU, "L'enfant né d'une gestation pour autrui: quelle filiation?, quels liens avec la mère porteuse?", in *La gestation pour autrui: vers un encadrement?*, sous la coord. de G. SCHAMPS et J. SOSSON, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 405.

³⁰³ F. MONÉGER, "France", in *Gestation pour autrui: surrogate motherhood*, sous la dir. de F. MONÉGER, Paris, S.L.C., 2011, pp. 157-158.

domaines qui touchent à la filiation, le délai de prescription pour intenter l'action en justice pour dénoncer la nullité est de 10 ans.

Avoir recours à une mère porteuse en France est également puni pénalement. L'article 227-13 du Code pénal français condamne les protagonistes à une peine de trois ans d'emprisonnement et à une amende de 45.000 euros³⁰⁴.

Une possibilité de faire fi de cette interdiction en droit interne est de prévoir l'accouchement sous X par la mère porteuse. Son nom n'est alors pas inscrit sur les actes de l'état civil français et permet l'établissement du lien de filiation paternelle et maternelle³⁰⁵.

À défaut d'accouchement sous X, la mère d'intention peut tout au plus espérer bénéficier du mécanisme de la délégation-partage de l'autorité parentale et de permettre à un tiers (la mère d'intention étant un tiers par rapport à l'enfant aux yeux de la loi française) de se voir confier l'enfant. Cela ne lui confère aucun lien de filiation, mais lui permet de vivre aux côtés de l'enfant³⁰⁶.

Section 2 : La reconnaissance en France des gestations pour autrui faites à l'étranger

Face à de telles incertitudes dans leur législation nationale, certains couples français se rendent à l'étranger pour réaliser leur projet parental. Selon des statistiques, entre 150 et 200 enfants naissent chaque année par le biais d'une gestation pour autrui réalisée à l'étranger³⁰⁷. Oui, mais. Dans un arrêt de principe du 31 mai 1991, la Cour de Cassation française, réunie en assemblée plénière, s'oppose à une telle pratique et à sa reconnaissance lorsqu'elle a été faite à l'étranger au motif

³⁰⁴ F. MONÉGER, "France", in *Gestation pour autrui: surrogate motherhood*, sous la dir. de F. Monéger, *loc. cit.*, p. 164.

³⁰⁵ G. WILLEMS et J. SOSSON, "Légiférer en matière de gestation pour autrui: quelques repères de droit comparé et de droit international", in *La gestation pour autrui: vers un encadrement?*, sous la coord. de G. SCHAMPS et J. SOSSON, *loc. cit.*, p. 242.

³⁰⁶ E. DOS REIS, G. RUFFIEUX, J. TEREL et G. WILLEMS, "La maternité de substitution", in *Parenté, filiation, origines*, sous la dir. de H. FULCHIRON et J. SOSSON, *loc. cit.*, p. 180.

³⁰⁷ L. PERREAU-SAUSSINE et N. SAUVAGE, "France", in *International Surrogacy Arrangements. Legal Regulation at the International Level*, sous la dir. de K. TRIMMINGS et P. BEAUMONT, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2013, p. 119.

qu'il y a violation des principes tels que l'indisponibilité du corps humain, de l'état des personnes et de l'ordre public³⁰⁸.

Dès lors, les couples français sont dans l'impasse. Pas de gestation pour autrui, ni en France ni à l'étranger sous peine de ne pas se voir reconnaître un lien de filiation avec l'enfant.

Ceci n'entama pas la détermination des époux Mennesson. Cette affaire, qui ébranle la France depuis plusieurs années, vient de recevoir une décision de la Cour européenne des droits de l'homme en 2014.

Rappelons brièvement les faits. Madame Mennesson souffre d'infertilité et les diverses tentatives de fécondation *in vitro* ont toutes été un échec. Le couple décide alors d'avoir recours à une mère porteuse en Californie. Cette dernière est inséminée avec le sperme de Monsieur Mennesson et un don d'ovule. Le 14 juillet 2000, la Cour Suprême de Californie statue que Monsieur et Madame Mennesson sont les parents des jumelles qui vont naître dans les prochains mois. La Cour Suprême établit que le nom des deux personnes du couple d'intention doit figurer sur l'acte de naissance. Le 25 octobre 2000, ils deviennent les heureux parents de deux petites filles, au regard du droit californien.

C'est ici que les difficultés commencent. Après avoir déjà eu à surmonter bien des obstacles pour permettre l'arrivée des jumelles sur le territoire français, c'est la transcription des actes de naissance sur les registres de l'état civil qui ébranle les diverses juridictions du pays. En effet, le 16 mai 2003, Mr et Mme Mennesson sont assignés devant le tribunal de grande instance de Créteil par le Procureur de la République en vue d'annuler la transcription des actes de naissance. L'action du Procureur est déclarée irrecevable. Ce jugement est confirmé en degré d'appel. Conséquence : les actes de naissance des deux petites filles sont transcrits au registre de l'état civil, avec le nom du couple Mennesson comme parents.

Mais la Cour de Cassation française, le 17 décembre 2008, casse l'arrêt de la

³⁰⁸ F. MONÉGER, "France", in *Gestation pour autrui: surrogate motherhood*, sous la dir. de F. MONÉGER, *loc. cit.*, pp. 157-159.

Cour d'appel. Elle déclare que le Procureur de la République a intérêt à agir et peut le faire dès lors qu'il est question d'une convention de gestation pour autrui. Elle renvoie l'affaire devant la Cour d'appel de Paris qui annule la transcription des actes de naissance. Le 18 mars 2010, date de cet arrêt, Monsieur et Madame Mennesson ne sont plus parents, aux yeux du droit français³⁰⁹. Ce qui a pour conséquence notamment que n'ayant plus l'autorité parentale sur ces enfants, ils ne peuvent dès lors officiellement plus signer aucun papier pour l'école ou pour une quelconque intervention médicale³¹⁰.

En 2011, ils introduisent un recours devant la Cour de Cassation qui rejette le pourvoi³¹¹. *Statu quo*.

Ce refus obère le quotidien de cette famille, de ces enfants qui vivent avec des personnes qui ne sont pas, aux yeux du droit, leurs parents. Dans une interview, le couple expose les problèmes qui touchent leur vie familiale chaque jour : « *En France, pour toutes les administrations, un enfant est rattaché à ses parents. À l'école, à la sécu, à la caisse d'allocations familiales, on nous demande des papiers que nous n'avons pas. Nos filles sont en troisième. Elles doivent s'organiser pour faire un stage d'une semaine en entreprise : on leur demande une carte d'identité qu'elles n'ont pas. L'une doit se faire opérer des dents, une anesthésie générale est prévue, nous devons signer un consentement, mais notre filiation n'étant pas reconnue, que se passera-t-il si l'anesthésiste nous envoie bouler ?* »³¹²

C'est la Cour européenne des droits de l'homme qui vient à leur secours, par un arrêt du 26 juin 2014³¹³. La Cour examine la violation de l'article 8³¹⁴ de la CEDH

³⁰⁹ Cour. eur. D.H., arrêt *Mennesson c. France* du 26 juin 2014, req. n° 65192/11, pp. 3-5.

³¹⁰ Article internet: "GPA : les Mennesson veulent des papiers d'identité pour leurs jumelles" : <http://www.lefigaro.fr/actualite-france/2014/09/29/01016-20140929ARTFIG00109-gpa-les-menesson-veulent-des-papiers-d-identite-pour-leurs-jumelles.php> (consulté le 7 février 2014).

³¹¹ Cour. eur. D.H., arrêt *Mennesson c. France* du 26 juin 2014, req. n° 65192/11, pp. 5-7.

³¹² Propos recueillis dans une interview: http://www.liberation.fr/vous/2014/09/28/nous-appelons-a-un-vrai-debat-sur-la-gpa-pas-a-une-guerre-de-tranchees_1110435 (consulté le 9 mars 2015).

³¹³ Cour. eur. D.H., arrêt *Mennesson c. France* du 26 juin 2014, req. n° 65192/11.

³¹⁴ Article 8: "Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du

qui prévoit le droit au respect de la vie privée et familiale. Le respect de la vie privée et familiale n'est pas un droit absolu puisqu'une ingérence de l'État est autorisée pour autant qu'elle soit prévue par la loi, qu'elle poursuit un ou plusieurs buts prévus à l'article 8 et que cette ingérence soit nécessaire dans une société démocratique. La Cour de Strasbourg constate que l'ingérence par le droit français est prévue par la loi et poursuit deux buts légitimes, à savoir la protection de la santé et la protection des droits et libertés d'autrui. Il reste l'examen de la nécessité d'une telle ingérence dans une société démocratique. Si la Cour reconnaît que les États disposent d'un large pouvoir d'appréciation quant à l'autorisation ou non de la gestation pour autrui dans leur droit national, elle précise que cette appréciation est toutefois limitée lorsqu'est en jeu la filiation. L'intérêt de l'enfant est un intérêt supérieur qui prime sur les intérêts de l'État, aussi légitimes soient-ils. Et c'est bien l'intérêt supérieur des jumelles qui permet à la Cour européenne des droits de l'homme de condamner l'État français. L'incertitude juridique dans laquelle sont placées les deux filles Mennesson est contraire à leurs intérêts. De plus, Monsieur Mennesson est le père biologique des enfants, ce qui a une importance au niveau identitaire³¹⁵. La Cour décide que la France dépasse son pouvoir d'appréciation et précise au paragraphe 99 de sa décision qu'« *Il est concevable que la France puisse souhaiter décourager ses ressortissants de recourir à l'étranger à une méthode de procréation qu'elle prohibe sur son territoire. Il résulte toutefois de ce qui précède que les effets de la non-reconnaissance en droit français du lien de filiation entre les enfants ainsi conçus et les parents d'intention ne se limitent pas à la situation de ces derniers, qui seuls ont fait le choix des modalités de procréation que leur reprochent les autorités françaises : ils portent aussi sur celle des enfants eux-mêmes, dont le droit au respect de la vie privée, qui implique que chacun puisse établir la substance de son identité, y compris sa filiation, se trouve significativement affecté.* »³¹⁶

Concrètement, la Cour n'oblige pas la France à autoriser la gestation pour autrui dans son propre arsenal juridique. Mais elle est désormais dans l'obligation de

pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui".

³¹⁵ Communiqué de presse du Greffier de la Cour du 26 mai 2014; "Interdite totalement l'établissement du lien de filiation entre un père et ses enfants biologiques nés d'une gestation pour autrui à l'étranger est contraire à la Convention", pp. 1-4.

³¹⁶ Cour. eur. D.H., arrêt *Mennesson c. France* du 26 juin 2014, req. n° 65192/11, § 99, pp. 35-36.

reconnaître la filiation entre le couple d'intention français et l'enfant né par le biais d'une mère porteuse à l'étranger. La position de la Cour de Cassation française est ainsi mise à mal³¹⁷. Puisque désormais, il faut, mais il suffit qu'un couple français fasse appel à une mère porteuse à l'étranger pour ensuite se voir reconnaître un lien de filiation, ne peut-on pas conseiller à l'État français de revoir sa position et de légiférer en la matière pour encadrer le processus de gestation pour autrui. Cela éviterait que ses ressortissants se rendent dans des pays où une telle pratique pourrait se passer dans des conditions éthiques douteuses.

La Cour européenne des droits de l'homme développe exactement le même raisonnement dans une affaire similaire à celle des Mennesson : la famille Labassée. Souffrant d'infertilité, le couple Labassée se rend aux États-Unis, dans l'État du Minnesota pour assouvir leur désir d'enfant grâce à une mère porteuse américaine. En 2001, une petite fille naît et un acte de naissance est dressé, considérant le couple d'intention comme étant les parents légaux. Mais les juridictions françaises refusent la transcription dans les registres de l'état civil. Confirmant ainsi sa position, la Cour de Strasbourg, dans un arrêt du 26 juin 2014³¹⁸, oblige l'État français à reconnaître la filiation du couple d'intention et à procéder à la transcription dans les registres nationaux³¹⁹.

³¹⁷ Article internet: "Gestation pour autrui: la sanction de la cour européenne des droits de l'homme" : <http://www.legavox.fr/blog/yadan-pesah-caroline/gestation-pour-autrui-sanction-cour-15945.htm#.VNYwQoeiKt8> (consulté le 7 février 2014).

³¹⁸ Cour. eur. D.H, arrêt *Labassée c. France* du 26 juin 2014, req. n° 65941/11.

³¹⁹ Rappels des faits dans la décision de la Cour : Cour. eur. D.H, arrêt *Labassée c. France* du 26 juin 2014, req. n° 65941/11.

Conclusion

Dans la gestation pour autrui, le nœud du problème est que la femme qui s'occupe de l'enfant au quotidien et en assume les responsabilités parentales n'est pas celle qui en a accouché. Cela pose des difficultés en matière de filiation et de relations personnelles.

Mais cette pratique amène encore une multitude d'autres questions : qu'est-ce qu'être une maman aujourd'hui, en 2015, avec toutes les évolutions médicales en matière d'aide à la procréation ? Quel sens donner à la vie privée ? Respecter la vie privée d'une personne signifie-t-il de la laisser mener sa vie comme elle l'entend ? Une femme souhaitant porter un enfant pour une autre porte t'elle nécessairement atteinte à la dignité humaine ? L'État doit-il encore adopter une attitude paternaliste ? La gestation pour autrui nous invite également à réfléchir à la place du contrat dans les relations personnelles et sur sa compatibilité avec les droits fondamentaux.

Face à de telles incertitudes, la première solution qui semblerait s'imposer est d'interdire totalement cette pratique. Néanmoins, la tendance en Belgique ne va pas dans ce sens car le cas échéant, rien n'empêchera un couple de partir à l'étranger pour réaliser son rêve d'enfant. Nos voisins français en sont le parfait exemple avec des affaires comme celles des couples Mennesson ou Labassée. L'enjeu est alors aujourd'hui de réfléchir à la mise en place d'un cadre légal qui apporterait plus de sécurité juridique et qui serait soucieux des intérêts de tous.

Cette sécurité juridique peut-elle être rencontrée par la conclusion d'un contrat avant la mise en oeuvre effective de la gestation ? S'il est encore illicite en Belgique, d'autres pays le mettent au cœur du processus, comme en Californie. Où se positionner ? Sa conclusion semble subordonnée à un consentement libre et éclairé de toutes les parties, et plus particulièrement de celui de la mère porteuse.

Il sera de la responsabilité du législateur et du corps médical de s'assurer de la validité d'un tel consentement. Le Comité Consultatif de Bioéthique a relevé des conséquences positives à la conclusion d'un contrat, notamment la diminution de culpabilité dans le chef de la mère porteuse et le bénéfice de ne pas être confrontée à un refus des parents d'intention si l'enfant n'est pas comme ils le désiraient.

A cet égard, prévoir un droit de regard sur le contrat par une autorité indépendante

nous semble être une piste intéressante, comme c'est le cas en Israël, en Afrique du Sud ou en Grèce.

Qu'il y ait conclusion ou non d'une convention de gestation pour autrui, le législateur devra déterminer les conditions d'accès à cette méthode de procréation : limite d'âge, critères d'être mariés ou un couple stable depuis quelques années, de résidence, d'utilisation des gamètes du couple demandeur, etc.

Le choix d'ouvrir la gestation pour autrui aux couples homosexuels reviendra également au législateur. La Cour européenne des droits de l'homme ne l'impose toutefois pas.

Avant qu'un bébé ne voie le jour, il est important de se soucier des intérêts de la mère porteuse, qui s'engage corps et âme dans un processus qui dure plusieurs mois et qui aura des répercussions sur son entourage, dans sa vie familiale et professionnelle. La possibilité d'avorter est une question qui relève de la vie privée de la femme enceinte, selon la Cour européenne des droits de l'homme. Toutefois, celle-ci autorise également la renonciation à des aspects de la vie privée protégés par l'article 8 de la Convention pour autant qu'elle soit claire, explicite et faite en toute connaissance de cause. Ce raisonnement peut également, selon nous, s'appliquer à la question du comportement de la mère porteuse pendant la grossesse et aux clauses contractuelles éventuelles qui viendraient limiter sa liberté. N'oublions pas toutefois que la Cour insiste sur le caractère informé de la renonciation. La mère porteuse doit dès lors recevoir toutes les informations et données utiles de la part d'un médecin et d'autres spécialistes. Un entretien avec d'autres mères porteuses pourrait, selon nous, également renforcer la validité du consentement.

Cependant, certains auteurs relèvent l'existence d'un consensus pour ne pas permettre à la mère porteuse d'abandonner son droit à l'interruption volontaire de grossesse dans les conditions légales en raison de son aspect intimement privé³²⁰. Imposer un avortement ou, au contraire, l'interdire à la femme qui supporte la grossesse peut avoir de graves conséquences sur le plan de sa santé, tant physique que psychique.

³²⁰ G. SCHAMPS et G. WILLEMS, "La convention de gestation pour autrui entre autonomie de la volonté, ordre public et droits fondamentaux : quelles garanties formelles et substantielles ?", in *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, sous la coord. de G. SCHAMPS et J. SOSSON, *loc. cit.*, p. 351.

Et puis, neuf mois se sont écoulés. Il revient alors de se soucier de l'intérêt supérieur de l'enfant. Une diversité de solutions existe pour la filiation : adoption, adaptation des règles de droit commun, etc. Il nous semble que peu importe la méthode choisie, l'intérêt de l'enfant requiert son rattachement au couple d'intention, à ceux qui vivent avec lui. La Cour européenne des droits de l'homme nous l'a récemment rappelé dans l'arrêt *Mennesson c. France*.

Nous pensons également que dans une situation de refus des parents d'intention d'accueillir l'enfant en cas, par exemple, de handicap, il revient au juge d'apprécier *in concreto*, au cas par cas, ce qui est le mieux pour l'enfant. Certains auteurs envisagent la possibilité pour la mère porteuse de demander une pension alimentaire à l'homme d'intention, père génétique, qui n'accepte pas l'enfant à sa naissance.

Si l'enfant vit aux côtés du couple d'intention, il nous semble que ceux-ci pourraient intenter l'action en *wrongful birth*.

Enfin, sur la problématique de la connaissance des origines, c'est également l'intérêt supérieur de l'enfant qui doit être au cœur du débat. *A priori*, une mère porteuse relationnelle, proche et connue du couple d'intention est ce qu'il y a de mieux pour l'enfant afin d'éviter qu'une rupture trop traumatisante ne se produise à la naissance. L'idée de parentalité fait petit à petit son apparition. Il s'agit de donner une place dans la vie de l'enfant, tant à la mère d'intention (par la création d'un lien de filiation) qu'à la mère porteuse (en lui permettant de jouer un rôle dans le quotidien de celui qu'elle a porté). Toutefois, si ce choix n'est pas celui des parents d'intention, il paraît primordial que l'enfant puisse connaître l'identité de la femme qui lui a permis de voir le jour. L'intérêt de l'enfant est en effet un intérêt supérieur à celui du respect de la vie privée de la mère porteuse ou du couple d'intention. Par la lecture des arrêts *Odièvre c. France* et *Godelli c. Italie*, nous pouvons conseiller au législateur de mettre à disposition de l'enfant un minimum d'informations relatives à son identité.

Récemment, une société américaine est venue à Bruxelles proposer ses services de mères porteuses, permettant ainsi à des couples suffisamment riches

d'«acheter » un enfant et banalisant ainsi la gestation pour autrui commerciale³²¹. Cette démarche risque de devenir un brandon de discorde en exacerbant les antagonismes et fait poser un mauvais regard sur la gestation pour autrui. Dans tous les cas, cette manifestation ne place pas le débat là où il doit être. L'enjeu est d'encadrer une méthode de procréation. Car, la gestation pour autrui n'a-t-elle pas, finalement, pour but ultime de donner la vie ?

³²¹ <http://www.lalibre.be/debats/opinions/bebe-a-vendre-120-000-une-organisation-en-fait-la-pub-au-siege-du-gouvernement-bruxellois-55446b7035704bb01c13cb51> (consulté le 7 mai 2015).

Bibliographie :

Législation

- Conv. eur. D.H., art. 3 ; 8 ; 14.
- CDE, art. 2.1 ; 3 ; 7 ; 8.
- Const., art. 22bis.
- C. dr. int. priv., art. 18 ; 21 ; 22 ; 25 ; 27 ; 62.
- C. civ., art. 312 ; 318, §4 ; 319 ; 329bis ; 343 ; 348-4 ; 375 bis ; 1382 ; 1383.
- C. pen., art. 350 ; 363.
- Loi du 3 avril 1990 relative à l'interruption de grossesse, modifiant les articles 348, 350, 351 et 352 du Code pénal et abrogeant l'article 353 du même Code, *M.B.*, 5 avril 1990, p. 6379.
- Loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient, *M.B.*, 26 septembre 2002, p. 43719.
- Loi du 18 mai 2006 modifiant certaines dispositions du Code civil en vue de permettre l'adoption par des personnes de même sexe, *M.B.*, 20 juin 2006, p. 31128.
- Loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes, *M.B.*, 17 juillet 2007, p. 38575.
- Loi du 30 juillet 2013 portant création d'un tribunal de la famille et de la jeunesse, *M.B.*, 27 septembre 2013, p. 68429.

Législations étrangères

A. Angleterre :

- Abortion Act (1967).
- Surrogacy Arrangements Act (1985).
- Human Fertilisation and Embryology Act (2008).

B. Californie

- Family Code ; section 7960-7962.

C. Afrique du Sud : Children's Act 38 (2005).

D. Grèce :

- Loi 3089/2002.
- Loi 3305/2005.

E. Nouvelle-Zélande : Human Assisted Reproductive Technology Act (2004).

F. Israël : Surrogate Agreements (Approval of Agreements and Status of Newborn) Law (1996).

G. Illinois : Gestational Surrogacy Act (2005).

H. Espagne :

- Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida.
- C. pén. espagnol ; art. 220 ; 221.

I. France :

- C. civ., art. 16-7 ; 16-9.
- C. pén., art. 227-13.
- Code de l'action sociale et des familles, art. L. 114-5.

Jurisprudence

- C. Arb., 19 décembre 1991, arrêt n° 39/91.
- Cass., 20 juin 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 1189.
- Cass., 6 janvier 1998, *Pas.*, 1998, p. 11.
- Cass. (aud. plen.), 14 novembre 2014, *J.T.*, 2015/9, n° 6595, p. 221.
- Bruxelles, 17 janvier 1990, inédit.
- Trib. jeun. Bruxelles, 4 juin, 1996, *T. Gez.*, 1997-1998, p. 124.
- Civ. Gand, 31 mai 2001, *R.G.D.C.*, 2002, p. 27.
- Anvers (16° ch.*bis*), 14 janvier 2008, *R.W.*, 2007-2008, p. 1774.
- Bruxelles (3è ch.), 1er mars 2007, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 754.
- Trib. Jeun. Bruxelles (12° ch.), 6 mai 2009, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 177.
- Civ. Bruxelles, ch. jeun., 6 mai 2009, *J.L.M.B.*, 2009, p. 1083.
- Trib. jeun. Anvers (7° ch.), 22 avril 2010, *T. Fam.*, 2012/2, p. 43.
- Liège (1re ch.), 6 septembre 2010, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 1125.
- Gand (15° ch.), 30 avril 2012, *T.J.K.*, p. 261.
- Trib. jeun. Bruxelles, 23 août 2012, *Act. dr. fam.*, 2013/5, p. 99.

- Corr. Audenaerde (3ème ch.), 12 octobre 2012, *inédit*.
- Civ. Dinant (1ère ch.), 6 février 2014, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014/3, p. 626.
- Civ. Liège (3ème Ch.), 15 mars 2013, *Rev. trim. dr. fam.*, 3/2013, p. 714.
- Cour eur. D.H., arrêt *Tyrer c. Royaume-Uni* du 25 avril 1978, req. n° 5856/72.
- Cour eur. D.H., arrêt *Bensaid c. Royaume-Uni* du 6 février 2001, req. n° 44599/98.
- Cour eur. D.H., arrêt *Boso c. Italie* du 5 septembre 2002, req. n° 50490/99.
- Cour eur. D.H., arrêt *Odièvre c. France* du 13 février 2003, req. n° 42326/98.
- Cour eur. D.H., arrêt *Y.F. c. Turquie* du 22 juillet 2003, req. n° 24209/94.
- Cour eur. D.H., arrêt *Vo c. France* du 8 juillet 2004, req. n° 53924/00.
- Cour eur. D.H., arrêt *Draon c. France* du 6 avril 2005, req. n° 1513/03.
- Cour eur. D.H., arrêt *Maurice c. France* du 6 octobre 2005, req. n° 11810/03.
- Cour eur. D.H., arrêt *Tysiac c. Pologne* du 20 mars 2007, req. n° 5410/03.
- Cour eur. D.H., arrêt *Evans c. Royaume-Uni* du 10 avril 2007, req. n° 6339/05.
- Cour eur. D.H., arrêt *Dickson v. Royaume-Uni* du 4 décembre 2007, req. n° 44362/04.
- Cour eur. D.H., arrêt *Schlumpf c. Suisse* du 8 janvier 2009, req. n° 290002/06.
- Cour eur. D.H., arrêt *S.H. et autres c. Autriche* du 3 novembre 2011, req. n° 57813/00.
- Cour eur. D.H., arrêt *Godelli c. Italie* du 25 septembre 2011, req. n° 33783/09.
- Cour eur. D.H., arrêt *Mennesson c. France* du 26 juin 2014, req. n° 65192/11.
- Cour eur. D.H., arrêt *Labassée c. France* du 26 juin 2014, req. n° 65941/11.
- Cour eur. D.H., arrêt *D. et autres c. Belgique* du 8 juillet 2014, req. n° 29176/13.

Jurisprudence étrangère

- Affaire *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973) .(Jurisprudence américaine)
- Affaire *McKay c. Essex Area Health Authority* [1982] 2 ALL E R 771, (C A)
(Jurisprudence anglaise)

- Affaire *A v C* [1985] *FLR* 453. (Jurisprudence anglaise)
- Affaire *In the Matter of Baby M.*, 537 A.éd 1227 (N.J. 1987). (Jurisprudence américaine)
- Affaire *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992). (Jurisprudence américaine)
- Affaire *Johnson v. Calvert*, 5 Cal. 4th 84 (1993). (Jurisprudence américaine)
- Affaire *In re Marriage of Moschetta*, 30 Cal. Rptr. 2d. 893 [Cal. Ct. App. 1994]. (Jurisprudence américaine).
- Affaire *Re MB (Caesarean Section)* [1997] 2 *FLR* 426. (Jurisprudence anglaise)
- Affaire *In Re Marriage of Buzzanca*, 61 Cal.App.4th 1410, 72 Cal.Rptr.2d 280 (Ct. App. 1998). (Jurisprudence américaine).
- Cass. fr., ass. plén., 17 novembre 2000, *J.C.P.*, 2000, II, 10438. (Jurisprudence française)
- Affaire *Re T* [2011] *EWHC* 33 (Fam). (Jurisprudence anglaise)
- Affaire *In the Matter of N (a Child)*, [2007] *EWCA Civ.* 1053. (Jurisprudence anglaise)

Doctrine

- Avis du Comité Consultatif de Bioéthique n° 53 du 14 mai 2002 relatif au refus de soins médicaux par une femme enceinte ayant une incidence sur le fœtus.
- Avis du Comité Consultatif de Bioéthique n° 27 du 8 mars 2004 relatif au don de sperme et d'ovule
- Avis du Comité Consultatif de Bioéthique n° 30 du 5 juillet 2004 relatif à la gestation-pour-autrui (mères porteuses).
- AGALLOPOULOU P., "La procréation médicalement assistée, source de bouleversement de la parenté en droit hellénique", in *Les incidences de la biomédecine sur la parenté: approche internationale*, sous la dir. de B. FEUILLET-LIGER et M.-C. CRESPO-BRAUNER, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 125-144.
- AUTIN C., "Gestation pour autrui : expérience d'un centre belge de procréation médicalement assistée", in *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, sous la coord. de G. SCHAMPS et J. SOSSON, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 9-21.

- BELLIVIER F., "Le contrat de mère porteuse: émancipation ou aliénation?", *Revue des contrats*, 2008/2,, pp. 545-553.
- BRUNETTI-PONS C., "Existe-t-il un droit de connaître ses origines ?", in *Le don de gamètes*, sous la dir. de A. MIRKOVIC, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 85-112.
- CAILLEAU F., "Penser autrement la gestation pour autrui : contribution d'une recherche en psychologie clinique", in *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, sous la coord. de G. SCHAMPS et J. SOSSON, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 23-33.
- CAP S., "Quelle parenté pour les couples de même sexe?", in *Ann. dr. Louv.*, vol. 74, 2014, pp. 91-112.
- CRESPO-BRAUNER M.-C. et LOBATO A., "La biomédecine, source de pluralisme au Brésil", in *Les incidences de la biomédecine sur la parenté: approche internationale*, sous la dir. de B. FEUILLET-LIGER et M.-C. CRESPO-BRAUNER, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp.255-266.
- DELAISI DE PARSEVAL G. ET COLLARD CH., *La gestation pour autrui. Un bricolage des représentations de la paternité et de la maternité euro-américaines*, Paris, EHESS L'Homme, 2007/3, n° 183, pp. 29-53.
- DERÈSE M.-N. ET WILLEMS G., "La loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes", *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, pp. 279-359.
- DE SCHUTTER O. ET RINGELHEIM J., "La renonciation aux droits fondamentaux. La libre disposition du soi et le règne de l'échange", *CRIDHO, Working Paper Series*, 2005/1.
- DOS REIS E., RUFFIEUX G., TEREL J., et WILLEMS G., "La maternité de substitution", in *Parenté, filiation, origines*, sous la dir. de H. FULCHIRON et J. SOSSON, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 169-220.
- DUBUISSON B., "L'arrêt de la Cour de cassation du 14 novembre 2014 sur la vie préjudiciable. L'être ou le néant : l'alternative illégitime", *J.T.*, 2015, pp. 209-219.
- FIERENS J., "La dignité humaine comme concept juridique", *J.T.*, 2002, pp. 577-582.
- FRUMER PH., "La renonciation aux droits constitutionnels", in *Les droits constitutionnels en Belgique. Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, sous la dir. de M. VERDUSSEN et N. BONBLED, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 367-394.
- FULCHIRON H. (dir.), "Vie privée et familiale", *J.E.D.H.*, 2013, pp. 882-950.
- GALLUS N., "Les relations parentales et la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'Homme", *Rev. dr. U.L.B.*, 2005, pp. 13-68.

- GALLUS N., "Approche juridique nouvelle des parentés et parentalités en droit belge", *Rev. dr. ULB*, 2008, pp. 143-160.
- GALLUS N., *Le droit de la filiation. Rôle de la vérité socio-affective et de la volonté en droit belge*, Bruxelles, Bruylant, 2009.
- GALLUS N., "Gestation pour autrui et reconnaissance des actes de l'état civil étrangers", *J.T.*, 2010, pp. 422-424.
- GALLUS N., "L'adoption par les parents intentionnels de l'enfant né d'une mère porteuse", note sous Trib. jeun. Bruxelles, 23 août 2012, *Act. dr. fam.*, 2013/5, pp. 100-101.
- GARRISSON M., "La procréation médicalement assistée (pma) aux états-unis: un far-west de la filiation", in *Les incidences de la biomédecine sur la parenté*, sous la dir. de B. FEUILLET-LIGER et M.-C. CRESPO-BRAUNER, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 241-254.
- GENICOT G., *Droit médical et biomédical*, Bruxelles, Larcier, 2010.
- GENICOT G., "Comparaison sans raison n'est pas solution", *J.L.M.B.*, 2015, pp. 269-278.
- HENRICOT C., SAROLÉA S. ET SOSSON J., "La filiation d'enfants nés d'une gestation pour autrui à l'étranger", note sous Liège 6 septembre 2010, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, pp. 1139-1163.
- HENRICOT C., "Gestation pour autrui transfrontière. Reconnaissance d'un double lien de filiation monosexuée : une première en Belgique !", note sous Civ. Liège (3^e ch.), 15 mars 2013, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, pp. 721-729.
- LARRALDE J.-M., "La Cour européenne des droits de l'homme et la promotion des droits des femmes", *Rev. trim. dr. h.*, 2007, pp. 855-420.
- LARRALDE J.-M., "La Cour européenne des droits de l'homme et le droit à l'avortement : entre avancées prudentes et conservatisme assumé.", *Rev. trim. dr. h.*, 2012, pp. 609-624.
- LAWRENCE D., *Surrogacy in California: Genetic and Gestational Rights*, 21 Golden Gate U. L. Rev. (1991)
- LE BRETON D., "La question anthropologique de la gestation pour autrui", in *Les incidences de la biomédecine sur la parenté: approche internationale*, sous la dir. de B. FEUILLET-LIGER et M.-C. CRESPO-BRAUNER, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 337-348.
- LELEU Y.-H. ET GENICOT G., "La maîtrise de son corps par la personne", *J.T.*, 1999, pp. 589-600.

- LEMMENS K., "Le droit au respect de la vie privée et de la personnalité", in *Les droits constitutionnels en Belgique. Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, sous la dir. de M. VERDUSSEN et N. BONBLED, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 901-931.
- MARICEAU A., "La Cour européenne des droits de l'Homme et la garantie de l'avortement thérapeutique", *Rev. Int. Dr. Comp.*, 2007, pp. 496-511.
- MASSAGER N., *Les droits de l'enfant à naître*, Bruxelles, Bruylant, 1997.
- MASSON J.-P., "La loi du 30 juillet 2013 portant création d'un tribunal de la famille et de la jeunesse", *J.T.*, 2014, pp. 181-194.
- MATHIEU G., "La recherche des origines appliquée à la pratique de la gestation pour autrui", in *Maternité de substitution à caractère international et droits de l'enfant*, Centre International de Référence pour les droits de l'enfant privé de famille, Bulletin Mensuel, n° 174, août 2013, pp. 7-9.
- MENNESSON S. et MENNESSON D., *Interdits d'enfants*, Paris, Michalon, 2008.
- MONÉGER F., "France", in *Gestation pour autrui: surrogate motherhood*, sous la dir. de F. MONÉGER, Paris, SLC, 2011, pp. 157-168.
- NERI K., "La notion de dignité humaine, fondement de l'émergence de nouveaux droits de l'homme ou nouveaux droits substantiels ?", in *Nouveaux droits de l'homme et internationalisation du droit, les nouvelles dimensions de l'affirmation*, sous la dir. de S. DOUMBE-BILLE, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 53-79.
- OGIEN R., "«Mon corps est à moi », «Non, c'est non». Que reste-t-il de ces principes?", in *Corps de la femme et Biomédecine*, sous la dir. de A. AOUIJ-MRAD et B. FEUILLET-LIGER, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 351-362.
- ORFALI KR., "Biomédecine, corps de femme et corps social aux Etats-Unis", in *Corps de la femme et biomédecine. Approche internationale*, sous la dir. de B. FEUILLET-LIGER et A. AOUIJ-MRAD, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 303-321.
- PERREAU-SAUSSINE L. et SAUVAGE N., "France", in *International Surrogacy Arrangements. Legal Regulation at the International Level*, sous la dir. de K. TRIMMINGS et P. BEAUMONT, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2013, pp. 119-130.
- PICARD E., "Droits fondamentaux et notion du contrat", in *Contrats et droits fondamentaux*, sous la dir. de D. Costa et A. Pélissier, Aix-en-Provence, PUAM, 2011, pp. 129-138.
- PROVOST V., "Le droit de connaître ses origines personnelles: une évidence qui n'en est (peut-être) pas une", *J.D.Js.*, n° 263, mars 2007, pp. 18-29.
- PUIG P., "Droits fondamentaux et formation du contrat", *Revue juridique de l'USEK*, 2009, pp. 159-186

-RAVEZ L., "La gestation pour autrui nous aide à mieux comprendre le métissage de la filiation humaine", in *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, sous la coord. de G. SCHAMPS et J. SOSSON, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 109-124.

-ROEGIER L., "Gestation pour autrui : essai sur le point de vue de l'enfant", in *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, sous la coord. de G. SCHAMPS et J. SOSSON, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 47-53.

-SCHAMPS G., "L'autonomie de la femme et les interventions biomédicales sur son corps en droit belge", in *Corps de la femme et la biomédecine*, sous la dir. de B. FEUILLET-LIGER et A. AOUIJ-MRAD, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 39-68.

-SCHAMPS G. et WILLEMS G., "La convention de gestation pour autrui entre autonomie de la volonté, ordre public et droits fondamentaux : quelles garanties formelles et substantielles ?", in *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, sous la coord. de G. SCHAMPS et J. SOSSON, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 325-374.

-SEUBE J.B., "Formation du contrat et droits fondamentaux", in *Contrats et droits fondamentaux*, sous la dir. de D. Costa et A. Pélissier, Aix-en-Provence, PUAM, 2011, pp. 43-50.

-SNYDER S.H., "United States of America", in *International Surrogacy Arrangements. Legal Regulation at the International Level*, sous la dir. de K. TRIMMINGS et P. BEAUMONT, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2013, pp. 387-396.

-SOSSON J. "La création d'un lien légal avec la mère génétique de l'enfant conçu par gestation pour autrui : une question de filiation ou d'adoption ?", note sous Trib. jeun. Bruxelles, 6 mai 2009, *R.T.D.F.*, 2011, pp. 176-179.

-SOSSON J. et MARY J., "Gestation pour autrui pratiquée à l'étranger : l'intérêt de l'enfant, sésame d'une reconnaissance en Belgique ?", note sous Civ. Bruxelles (12^o ch.), 18 décembre 2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, pp. 552-571.

-SOSSON J. et MATHIEU G., "L'enfant né d'une gestation pour autrui : quelle filiation?, quels liens avec la mère porteuse?", in *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, sous la coord. de G. SCHAMPS et J. SOSSON, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 375-409.

-SOSSON J., "Mère porteuse mariée: danger?", note sous Civ. Dinant (1^{ère} ch.), 6 février 2014, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014/3, pp. 629-637.

-SOSSON J., "La jurisprudence européenne et la gestation pour autrui", *J.D.E.*, 2015, pp. 52-55.

-SPIVACK C., "U.S.A.", in *Gestation pour autrui: surrogate motherhood*, sous la dir. de F. MONÉGER, Paris, SLC, 2011, pp. 257-275.

-STEINER E., "Angleterre. Maternité pour le compte d'autrui: entre prohibition et permission", in *Gestation pour autrui: surrogate motherhood*, sous la dir. de F. MONÉGER, Paris, SLC, 2011, pp. 39-46.

-TULKENS F., "Le droit au respect de la vie familiale. Egalité et non-discrimination", *Rev. trim. dr. fam.*, 2008/3, pp. 623-635.

-VAN OVERSTRAETEN M., "Le droit au respect de la vie privée et le corps humain", in *Les droits constitutionnels en Belgique. Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, sous la dir. de M. VERDUSSEN et N. BONBLED, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 933-970.

-VERSCHELDEN G. et PLUYM L., "Chronique de jurisprudence belge concernant la gestation pour autrui (Droit interne)", in *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, sous la coord. de G. SCHAMPS et J. SOSSON, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 195-212.

-VERSCHELDEN G. et VERHELLEN J., "Belgium", in *International Surrogacy Arrangements. Legal Regulation at the International Level*, sous la dir. de K. TRIMMINGS et P. BEAUMONT, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2013, pp. 49-83.

-WELLS-GRECO M., "United Kingdom", in *International Surrogacy Arrangements. Legal Regulation at the International Level*, sous la dir. de K. TRIMMINGS et P. BEAUMONT, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2013, pp. 367-386

-WILLEMS G., "Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droit des personnes et des familles (2005-2008) — Première partie", *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, pp. 447-504.

-WILLEMS G. et SOSSON J., "Légiférer en matière de gestation pour autrui: quelques repères de droit comparé et de droit international", in *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, sous la coord. de G. SCHAMPS et J. SOSSON, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 239-283.

-WILLEMS G., "La vie familiale des homosexuels au prisme des articles 8, 12 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme: mariage et conjugalité, parenté et parentalité", *Rev. trim. dr. h.*, 2013, pp. 65-96.

-WILLEMS G., "La gestation pour autrui: brève synthèse des réflexions relatives à un éventuel encadrement législatif", *Annales de Droit de Louvain*, vol. 74, 2014, n° 1, pp. 113-121.

-Communiqué de presse du Greffier de la Cour du 26 mai 2014; "Interdite totalement l'établissement du lien de filiation entre un père et ses enfants biologiques nés d'une gestation pour autrui à l'étranger est contraire à la Convention".

Articles Internet:

- <http://www.mariestopes.org.uk/women/abortion/abortion-facts/what-uk-law-abortion> (consulté le 14 février 2015)

- http://www.lester-aldridge.co.uk/_uploads/documents/fertility/surrogacy.pdf
(consulté le 10 février 2014)
- http://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billNavClient.xhtml?bill_id=201320140SB274
(consulté le 2 avril 2015)
- http://archives.lesoir.be/-amorce-chaque-annee-amorce-en-belgique-une-cinquantain_t-20111004-01LTEX.html (consulté le 8 mars 2015)
- <http://www.lalibre.be/actu/belgique/l-ampleur-du-cadre-legal-pour-la-gestation-pour-autrui-fait-debat-au-senat-54eb65a435701001a1e498efv> (consulté le 8 mars 2015).
- <http://deredactie.be/cm/vrtnieuws.francais/infos/1.1037404> (consulté le 8 mars 2015)
- <http://www.slate.fr/story/98377/bebes-cellules-deux-adultes-meme-sexe> (consulté le 5 mars 2013)
- <http://www.cambridge-news.co.uk/Cambridge-university-researchers-breakthrough/story-26065812-detail/story.html>
- http://www.liberation.fr/grand-angle/2005/06/07/donna-un-bebe-vendu-aux-encheres_522563 (consulté le 26 février 2014)
- <http://mackrell.net/content/uploads/2012/09/Surrogacy-Agreements-are-based-on-Trust-not-Law-international.pdf> (consulté le 10 février 2014).
- <http://www.lefigaro.fr/international/2013/03/18/01003-20130318ARTFIG00601-aux-etats-unis-une-mere-porteuse-a-refuse-d-avorter.php> (consulté le 28 octobre 2014).
- <http://www.lifenews.com/2014/08/26/parents-abandon-mentally-disabled-baby-tell-surrogate-mom-we-dont-want-a-dribbling-cabbage/> (consulté le 2 mars 2015)
- <http://www.telegraph.co.uk/news/health/children/11055643/British-mother-rejected-disabled-twin-because-she-was-a-dribbling-cabbage-says-surrogate.html>
- Analyse de la législation internationale relative à la recherche des origines personnelles" faite par La Coordination des ONG pour les Droits de l'Enfant et disponible sur internet ;
http://www.lacode.be/IMG/pdf/analyse_legislations_internationales_droit_origines.pdf
- <http://www.lefigaro.fr/actualite-france/2014/09/29/01016-20140929ARTFIG00109-gpa-les-mennesson-veulent-des-papiers-d-identite-pour-leurs-jumelles.php> (consulté le 7 février 2014).
- http://www.liberation.fr/vous/2014/09/28/nous-appelons-a-un-vrai-debat-sur-la-gpa-pas-a-une-guerre-de-tranchees_1110435 (consulté le 9 mars 2015).

- <http://www.legavox.fr/blog/yadan-pesah-caroline/gestation-pour-autrui-sanction-cour-15945.htm#.VNYwQoeiKt8> (consulté le 7 février 2014).

- <http://www.lalibre.be/debats/opinions/bebe-a-vendre-120-000-une-organisation-en-fait-la-pub-au-siege-du-gouvernement-bruxellois-55446b7035704bb01c13cb51> (consulté le 7 mai 2015).

- <http://www.lefigaro.fr/actualite-france/2015/06/25/01016-20150625ARTFIG00059-deux-ados-nees-par-gpa-temoignent-pour-la-premiere-fois.php> (consulté le 29 juin 2015).

Divers

Doc.parl., Sénat, SE, 1988, n°247/1, p 9.

